[illegible] Kollmann, D. Theol. Handlungsbegriffe im [illegible] 1908. L. 91.
Joh. [illegible] Strafprozeßrechts 1908. L. 92.
[illegible] Heinz, [illegible] Schuldverhältnisse Teil I 1908 L. 93.

Heft 91–93

#91. Kollmann, Stellung des Land. eingeschränkt im Strafprozeß

#92. Müller, Vorstrafen & Register

#93 Guttzeit, Studien zur Gesetzeskunde

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker** Würzburg, Prof. Dr. **A. Frh. v. Overbeck,** Freiburg (Schweiz), Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 91.

Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem.

Von

Dr. jur. Horst Kollmann.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Frank & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem.

Von

Dr. jur. Horst Kollmann.

BRESLAU 1908.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von

Geheimem Hofrat Prof. Dr. von Lilienthal, Heidelberg.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung: Seite

Das Problem und seine Behandlungsweise 1

Kapitel I: Das Kausalproblem.

Abschnitt 1: Die Behandlung des Kausalproblems in der heutigen Strafrechtswissenschaft: eine Kausalliteratur ohne Kausaltheorie.

§ 1. Die möglichen Arten von Kausaltheorien 5
§ 2. Über die Möglichkeit einer metaphysischen Kausaltheorie in der Strafrechtswissenschaft 7
§ 3. Über das sog. Millsche Axiom 14

Abschnitt 2: Das phänomenologische Kausalprinzip.

Unterabteilung 1: Kritik der strafrechtlich bedeutsamsten phänomenologischen Lehren.

§ 1. Mill 21
§ 2. Schopenhauer 38
§ 3. Der Fundamentalfehler der bekämpften Lehren (Hume) 41

Unterabteilung 2: Der phänomenologische Ursachenbegriff.

§ 1. Die Theorie der Veränderungssynthese (Kant) 45
§ 2. Die sog. metaphysischen Kausallehren in ihrem Verhältnis zu der Theorie der Veränderungssynthese 64
§ 3. Die phänomenologischen Kausallehren des Strafrechts in ihrem Verhältnis zu der Theorie der Veränderungssynthese 70

Kapitel II: Das Unterlassen.

Abschnitt 1: Die Irrealität des Unterlassens.

§ 1. Die möglichen Arten negativer Kausaltheorien 77
§ 2. Die allgemeine Bedingungstheorie und der Interferenzgedanke . . 84
§ 3. Der Interferenzgedanke 98

Abschnitt 2: Das Wesen des Unterlassens.

§ 1. Der Begriff des Unterlassens 155
§ 2. Die möglichen Arten des Unterlassens 170
§ 3. Das strafrechtlich relevante Unterlassen 189

Kapitel III: Die systematische Eingliederung des Handlungsbegriffes.

§ 1. Der Verbrechensoberbegriff 200
§ 2. Der Handlungsbegriff 213
§ 3. Grundriss des symptomatischen Systems 224

Abschluss: Die Gegner der Symptomatik 227

EINLEITUNG.

Das Problem und seine Behandlungsweise.

I. Das Verbrechen ist ein mit dem Verbrecher in Beziehung stehender Vorgang, bei dessen Gegebensein der Verbrecher zu bestrafen ist.[1]) Der mit dem Subjekt in Beziehung stehende Vorgang ist also der Verbrechensoberbegriff, mit dessen Eigenart das an ihn anknüpfende System in seinen Grundzügen bestimmt ist.[2]) Das Strafrechtssystem muss somit der Bestimmung jenes Relationsverhältnisses entsprechen. Wie dieses zweifach aufgefasst werden kann, sind zwei Grundtypen von Systemen denkbar. Der mit dem Subjekt in Beziehung stehende Vorgang kann zunächst als dessen Wirkung aufgefasst werden. Die fragliche Relation würde somit als Kausalzusammenhang bestimmt sein. Sodann kann ein äusserer Vorgang mit einem Subjekt als Erkenntnismittel eines inneren Zustandes desselben in Beziehung gebracht werden. So erkennt der Arzt am Fehlen der roten Flecken, dass der Patient nicht mehr am Scharlachfieber erkrankt ist. Durch das Sich-nicht-erheben wird bei der Abstimmung eine bestimmte Willensrichtung konstatiert.[3]) Auch in diesen Fällen handelt es sich um Vorgänge, die mit dem Subjekt in Beziehung stehen, allein sie sind nicht als dessen Wirkungen aufzufassen. Es sind also zwei Verbrecheroberbegriffe denkbar: das Verbrechen ist ein mit dem Verbrecher in kausaler Verknüpfung stehender äusserer Vorgang; sodann: das Verbrechen ist ein bestimmt gearteter

---

[1]) Dr. jur. Gustav Radbruch: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Berlin 1904. S. 143. Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906. S. 5 f.

[2]) v. Liszt: Lehrbuch, Aufl. 14/15. S. 120, Anm. 1.

[3]) Siehe August Sturm: Die Commissivdelikte durch Unterlassung und die Omissivdelikte. 2. völlig umgearbeitete Auflage. Kassel 1884. S. 68.

Vorgang, welcher den Verbrecher in gewisser Weise charakterisiert.[1]) Eine nähere Bestimmung der Art dieser Charakteristik kennzeichnet zugleich das logische Verhältnis der beiden möglichen Verbrechensoberbegriffe. Die Strafe richtet sich gegen die durch das Verbrechen manifestierte Schuld des Verbrechers. Die verbrecherische Handlung ist nie etwas anderes gewesen als die Verwirklichung des schuldhaften Willens einer Person durch den Willensträger selbst.[2]) Jedes Verbrechen ist also Schuldmanifestation, d. h. Erkenntnismittel einer bestimmten und zwar antisozialen Willensartung.[3]) Verbrechensoberbegriff ist demnach unter allen Umständen ein Vorgang, durch den ein bestimmter Willenszustand manifestiert wird. Die eine Verbrechensauffassung präzisiert den Oberbegriff noch näher, in dem sie den fraglichen Vorgang zugleich als Wirkung des Subjekts bestimmt.[4]) So treten sich die beiden Leitbegriffe in folgender Fassung gegenüber: das Verbrechen ist ein bestimmt geartetes Willenserkenntnismittel, sodann: das Verbrechen ist ein bestimmt geartetes, sich als Wirkung des Subjektes erweisendes Willenserkenntnismittel. Zugleich ist damit der Handlungsbegriff umschrieben, wie er den nachfolgenden Erörterungen zu Grunde gelegt werden soll: Handlung ist eine Wirkung des Willensträgers als Willenserkenntnismittel. Die systematische Stellung desselben soll erörtert werden. Es fragt sich also, ob im Sinne der herrschenden Lehre[5]) die Handlung als Verbrechensoberbegriff zu fassen ist, oder ob sie sich als ein mögliches Willenssymptom, somit als eine Verbrechensqualifikation darstellt. Die beiden charakterisierten Verbrechensauffassungen sind neuerdings von Tesař[6]) als realistische und symptomatische als sich gegenseitig ausschliessend einander gegenübergestellt. Dass ihr Verhältnis nicht das der Alter-

---

[1]) Vergl. Schopenhauer. Gesamtausgabe, 2. Aufl., Band 4, S. 256, in der Grundlage der Moral: „Die Vorwürfe des Gewissens betreffen . . . . das, was wir sind, als worüber unsere Thaten allein vollgültiges Zeugnis ablegen, indem sie zu unserem Charakter sich verhalten, wie die Symptome zur Krankheit".

[2]) Binding, im Gerichtssaal Bd. 71, S. 4.

[3]) Beling: a. a. O. S. 28, 29.

[4]) Freilich wird dies Verhältnis zumeist verkannt: vergl. dazu Dr. Horst Kollmann, Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft. B. 28, S. 456.

[5]) Über die ältere Litteratur vergl. Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 1, S. 227.

[6]) Dr. Ottokar Tesař: Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Dazu Dr. Horst Kollmann, a. a. O. S. 450—454.

nation, sondern der Subsumption ist, ergab sich aus den einleitenden Begriffsbestimmungen. Die von Tesař gebrauchte Terminologie ist dahin zu modifizieren, dass statt des irreführenden Ausdrucks „realistischer Verbrechensauffassung" mit Bezug auf das punctum saliens differentiae der einer „kausalen Verbrechensbestimmung" Anwendung zu finden hat. Ist der herrschenden kausalen Verbrechensdefinition gemäss jedes Verbrechen eine Handlung, oder ist es nur unter Umständen unter den Handlungsbegriff zu subsumieren?, so lautet die Frage, welche im nachfolgenden zur Beantwortung steht.

II. Es ist die Aufgabe der Einleitung zu einer dogmatischen Beweisführung, deren Analysis zu leisten. Der zunächst zu gebenden Präzision des thema probandum gemäss ist sodann der durch dasselbe geforderte Gang der Argumentation festzulegen. Abschliessend sind die Modifikationen anzudeuten, welche die nur allgemein gekennzeichnete Beweisrichtung durch den status quo der Wissenschaft erfährt.

Die Erörterung des Problems: ist die Qualifikation des allgemein symptomatischen Verbrechensbegriffes zum kausalen[1]) gerechtfertigt, muss mit einer Inangriffnahme der Kausalfrage einsetzen und insofern muss die Arbeit zu einer kausaltheoretischen Studie werden. Um entscheiden zu können, ob es Verbrechen gibt, die nicht als Wirkung des Subjekts, die nicht als Willensbetätigungen aufzufassen sind, muss die Frage nach der Wesenheit der Kausalverknüpfung zuvor beantwortet sein. Bei dieser Erörterung des Ursachenproblems handelt es sich nicht etwa um eine speziell juristische Frage.[2]) Eine Kritik der juristischen Grundbegriffe erfordert überjuristische Gesichtspunkte. Eine solche befriedigende Kausallösung würde in erster Linie bei den Vertretern der kausalen Verbrechensauffassung zu suchen sein. Ohne dieselbe wäre ihr Verbrechensbegriff noch völlig unbestimmt. Ihren Ausgangspunkt bildet die Definition der Handlung als eine Wirkung des Willensträgers als Willenssymptom. Ohne die Bestimmung des Kausalnexus wäre das die Handlung von den übrigen Willenssymptomen scheidende

---

[1]) Der Gedanke, dass die kausale Verbrechensauffassung die symptomatische zum Ausgangspunkte nimmt, um sie dann durch Einführung der Kausalrelation zu qualifizieren, tritt besonders klar hervor bei Menthas Interpretation des Satzes: cogitationis poenam nemo patitur. F. H. Mentha: Les Délits de commission par ommission. Neuchâtel 1898. S. 9, 25 f.

[2]) Vergl. dagegen die Ausführungen Traegers: Der Kausalbegriff im Straf- und Civilrecht. Marburg 1904. S. 2, 4 f.

Merkmal dogmatisch nicht festgestellt. Ferner könnte die kausale Verbrechensauffassung ohne eine ausreichende Kausallösung ihre Berechtigung nicht erweisen. Von ihr wäre der Nachweis zu fordern, warum Schuldsymptome nur als kausale Willenserkenntnismittel möglich seien. Hierzu bildet die Bestimmung der Kausalrelation die Voraussetzung. Demnach kann ein System, welches keine Kausallösung vorausschickt, keine „kausale Verbrechensauffassung" zu Grunde legen. Eine Lehre vom Verbrechen, die überhaupt keine Kausaltheorie aufzuweisen hätte, müsste schon wegen dieses Mangels in Wahrheit von der symptomatischen Auffassung ausgehen. Hier würde jeder Versuch fehlen, den allgemein anerkannten symptomatischen Verbrechensbegriff zur Handlung zu qualifizieren. Sollte sich z. B. herausstellen, dass in der gesamten heutigen Strafrechtsliteratur keine einzige Kausaltheorie zu finden ist, so würde demnach das herrschende System, trotz aller Gegenbehauptung, in Wahrheit von der einfachen und nicht von der qualifizierten symptomatischen Verbrechensauffassung den Ausgang nehmen.

Doch die Artung des herrschenden Systems ist eine sekundäre Frage. Es gilt zu entscheiden, ob ein „kausales" Verbrechenssystem überhaupt möglich ist. Tun und Unterlassen sind nach herrschender Lehre Handlungsqualifikationen.[1]) Alle Verbrechen sind entweder unter den Begriff des Tuns oder unter den des Unterlassens zu subsumieren. Die Beantwortung der Hauptfrage hängt also von der Lösung der Frage nach der Kausalität des Unterlassens ab. Ist das Unterlassen an der Hand der im ersten Abschnitt der Arbeit festzustellenden Kausallösung als Wirkung des Subjektes erkannt, hat die „kausale Verbrechensauffassung" damit ihre Rechtfertigung erfahren, und die Aufgabe der Erörterung wäre erfüllt.[2]) Sollte dagegen — eine ausreichende Kausallösung immer vorausgesetzt — das Unterlassen sich als nicht-kausal erwiesen haben, so wäre damit die Alleinrichtigkeit des symptomatischen Systems dargetan. Allein zur Beantwortung der Frage nach der Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem würde es noch weiterer Erörterungen bedürfen. Das Verbrechen selbst ist als ein qualifiziertes Willenssymptom zu bestimmen. Die Möglichkeit nicht kausaler Willenserkenntnismittel würde durch eine positive Präzisierung des Unter-

---

[1]) v. Liszt: a. a. O. S. 120 f. Radbruch, a. a. O. S. 131 f. Dazu Dr. Horst Kollmann: a. a. O. S. 455.

[2]) Freilich würden sich auch in diesem Falle Schwierigkeiten ergeben. Vergl. das unten über das Verhältnis der Begriffe Tun und Handeln zu einander Gesagte.

lassungsbegriffes klargelegt sein. Durch den Begriff des Willenssymptoms, dessen Qualifikation sowohl eine Willenswirkung, als ein vom Willensträger nicht kausal abhängiger Vorgang sein kann, ist die symptomatische Stellung des Handlungsbegriffes festgelegt.

III. Mit Bezugnahme auf den Stand der heutigen Strafrechtsliteratur würde sich, wenn wir vorausnehmen, dass die Untersuchungen die Unmöglichkeit eines kausalen Unterlassens lehren müssen, nachfolgende Gliederung der Arbeit ergeben. Das I. Kapitel würde die Kausalfrage zu erörtern haben. Der erste Abschnitt hätte die Kausallösungen der herrschenden Lehre zu würdigen, wobei sich freilich die bedeutungsvolle Entdeckung ergeben wird, dass sich in der reich ausgedehnten strafrechtlichen Kausalliteratur keine Kausaltheorie, geschweige denn eine Kausallösung finden lässt. Durch das Resultat des ersten ist die Aufgabe des zweiten Abschnitts bestimmt. An der Hand der in diesem zu gebenden Kausallösung ist im ersten Abschnitt des II. Kapitels die Möglichkeit eines kausalen Unterlassens zu erörtern. Im zweiten Abschnitt würde das Unterlassen positiv seinem Wesen nach zu bestimmen sein. Im III. Kapitel würde die systematische Stellung des Handlungsbegriffes endgültig festzustellen sein.

Es wird die Aufgabe des Abschlusses sein, den Gedankenkreis zu kennzeichnen, aus dem das behandelte Problem herausgewachsen ist, das Ziel, zu dessen Erreichung die in der Arbeit versuchte Lösung beitragen soll, wie die weiteren Aufgaben, welche mit derselben durch jene Endabsicht zur Einheit zusammengeschlossen werden.

KAPITEL I.

Das Kausalproblem.

Abschnitt 1.

Die Behandlung des Kausalproblems in der heutigen Strafrechtswissenschaft: eine Kausalliteratur ohne Kausaltheorie.

§ 1. Die möglichen Arten von Kausaltheorien.

I. Die Aufgabe einer Kausaltheorie ist es, das Verhältnis der Wirkung zur Ursache festzustellen. Ein Versuch, diese Relation zu bestimmen, ist eine Kausaltheorie. Die Wirkung stellt sich stets dar als eine Veränderung, als ein Erfolg. Wirkung ist also eine durch ihre Beziehung zur Ursache qualifizierte Veränderung. Die Relation von Wirkung und Ursache ist aber eine zweifache, gemäss der Duplizität des Verknüpftseins einer Veränderung. Die Veränderung besteht einmal mit anderen Erscheinungen in notwendiger Beziehung, zugleich liegt ihr eine Nicht-Erscheinung, eine Kraft, notwendig zu Grunde. Ursache ist sowohl die Erscheinung, mit der die Veränderung als Wirkung in notwendiger Verknüpfung steht, als auch die Nichterscheinung, die jeder Veränderung zu Grunde liegt. Gemäss dieses gedoppelten Verknüpftseins jeder Veränderung muss jede Wirkung eine zweifache Ursache haben, einmal im Reiche der Erscheinung ein bestimmt geartetes Phänomen, sodann ein davon wohl zu scheidendes metaphysisches Prinzip. Jede Wirkung gibt somit Anlass zu einer phänomenologischen wie zu einer metaphysischen Kausaltheorie.[1])

II. In der Strafrechtswissenschaft finden sich sowohl Versuche, die zu einer phänomenologischen, als solche, die zu einer metaphysischen Kausallösung führen sollen. Letztere gehen aus von dem Begriff des

---

[1]) Siegwart: Logik. Bd. 2, S. 127.

Wirkens,[1]) der Kraft. Sie bezeichnen die Ursache als das Wirkende, als causa efficiens, welcher die Wirkung als Produkt des Wirkens notwendig entspricht. Die phänomenologischen Lehren der Strafrechtswissenschaft knüpfen sämtlich an das sog. Millsche Kausalaxiom an. Nach diesem ist Ursache im weiteren, oder im philosophischen[2]) Sinne der Inbegriff der Bedingungen eines Erfolges. Jede Bedingung, als für den Erfolg notwendig, ist als dessen Ursache im engeren Sinne aufzufassen. Bezüglich dieses Fundamentalsatzes herrscht bei sämtlichen Vertretern phänomenologischer Kausallehren Einstimmigkeit.[3]) Streitig ist nur die Frage, ob man innerhalb der, von überjuristischen Gesichtspunkten gesehen, gleichwertigen Bedingungen von spezifisch juristischen aus zwischen wesentlichen und unwesentlichen unterscheiden müsse. Gefordert wird diese Gegenüberstellung von den sog. adäquaten Kausaltheorien, die demnach nach Massgabe des Gesichtswinkels zu klassifizieren sind, durch den sie die „allgemeine Bedingungstheorie" zu einer speziell juristischen Ursachenlehre qualifizieren. Die sog. adäquaten Lehren sind also von juristischen Gesichtspunkten geleitete Modifikationsversuche des sog. Millschen Axioms, der „allgemeinen Bedingungstheorie", deren Anerkennung sie präjudiziell erfordern.[4]) Also gibt es nur eine phänomenologische Kausaltheorie in der heutigen Strafrechtswissenschaft, nämlich jenes sog. Millsche Axiom.

III. Somit ist das Problem, ob die heutige Strafrechtsliteratur eine Kausallösung oder auch nur eine Kausaltheorie, welche der oben gegebenen Bestimmung einer solchen entspricht, aufzuweisen hat, auf die beiden [5]) Fragen zurückgeführt worden:

1. Ist eine metaphysische Kausaltheorie in der Strafrechtswissenschaft möglich?
2. Ist durch das Millsche Axiom die phänomenologische Kausallösung oder auch nur eine Kausaltheorie gegeben?

---

[1]) Genzmer: Begriff des Wirkens. Berlin 1903.

[2]) Vergl. z. B. Radbruch: Die Lehre von der adäquaten Verursachung. Berlin 1904. S. 5. Landsberg: Die Kommissivdelikte durch Unterlassung. Freiburg 1890, S. 101, und viele andere.

[3]) Vergl. Traeger: a. a. O. S. 38. Birkmeyer, im Gerichtssaal. Bd. 37, S. 272.

[4]) Radbruch: Die Lehre von der adäquaten Verursachung. S. 9. Vergl. dazu übrigens die Rektifizierung der hier wiedergegebenen herrschenden Meinung auf S. 19 u. 20.

[5]) Zur folgenden Gegenüberstellung vergl. v. Liszt. S. 130, Anm. 8 a. E.

Von der Beantwortung dieser Fragen hängt die Entscheidung darüber ab, ob in der heutigen Literatur sich ein System auffinden lässt, das vom Handlungsbegriffe, von der „kausalen Verbrechensauffassung", in dem in der Einleitung gekennzeichneten Sinn, den Ausgang nimmt.

§ 2. Über die Möglichkeit einer metaphysischen Kausaltheorie in der Strafrechtswissenschaft.

I. Um über die Möglichkeit einer metaphysischen Kausaltheorie in der Strafrechtswissenschaft zu entscheiden, ist zunächst das Wesen einer solchen Ursachentheorie zu präzisieren.

1. Die phänomenologische Theorie verknüpft die Wirkung mit einem bestimmt gearteten Phänomen als deren Ursache. Sie antwortet auf die Frage nach dem Grunde einer Veränderung, anders die metaphysische.

α) Die phänomenologische Ursache erklärt die Veränderung als deren Grund. Dagegen kann eine metaphysische Ursachenlehre niemals die Frage nach dem Grunde der Veränderung zu lösen unternehmen. Nach Gründen kann allein im Reich der Erscheinungen gefragt werden; nur in der von Raum und Zeit umschlossenen Welt der Vorstellung sind Unterschiede, sind Verschiedenheiten möglich, kann verschiedenes mit einander als Grund und Folge verknüpft sein; oder, um es mit den Worten Schopenhauers zu sagen: Raum und Zeit sind die principia individuationis.[1]) Die metaphysische Theorie kann demnach niemals eine Veränderung als notwendig darstellen, d. h. auf Gründe zurückführen, was eben nur im Bereich der Erscheinungen angängig ist.

β) Die metaphysische Theorie nimmt den Ausgang von dem Satze, dass jeder Veränderung eine Kraft zu Grunde liegt. Es ist hier genau auf den Gebrauch der Termini zu achten. Das der Erscheinung zu Grunde Liegende ist nicht deren Grund. Die metaphysische Theorie sagt nicht etwa aus, dass jeder Veränderung die ihr entsprechende konkrete Kraft zu Grunde läge, welche die Veränderung als ihre Wirkung notwendig hervorbringt.

γ) Von konkreten Kräften kann nicht gesprochen werden, da Unterschiede nur im Reiche der Erscheinung möglich sind. Ja, es ist

---

[1]) Welt als Wille und Vorstellung. Bd. 1, S. 184. Ausgabe Reklam.

sogar verfehlt von „Kräften" zu reden, denn Einheit und Mehrheit sind phänomenologische Kategorien. Welcher Denkfehler unterlaufen muss, wenn von verschiedenen Kräften geredet wird, und gar eine so bestimmte Kraft notwendig mit der ihr entsprechenden Veränderung als deren Grund verbunden sein soll, ist im nachstehenden in Kürze hervorzuheben.

2. Den Grund der Veränderung sucht die phänomenologische Kausaltheorie zu bestimmen, was auf metaphysischem Wege unmöglich wäre. Die Aufgabe der metaphysischen Theorie ist demnach näher festzustellen.

α) Den Ausgangspunkt bildet der Satz: Jeder Veränderung liegt eine Kraft zu Grunde. Da weder der Begriff der Kraft aus dem der Veränderung abgeleitet werden kann, noch der Begriff Veränderung aus dem der Kraft, enthält jener Satz ein synthetisches Urteil.

β) Ferner kann eine Veränderung ohne zu Grunde liegende Kraft nicht gedacht werden, ebensowenig ist eine Kraft ohne zugehörige Veränderung denkbar. Auch die sog. latenten Kräfte machen hier keine Ausnahme. Der besonderen Schwierigkeiten, die sich der Erfassung der latenten Kräfte entgegenstellen, ist bei Behandlung des Veränderungsbegriffes zu gedenken. Somit macht jenes Urteil nicht nur auf komperative Allgemeinheit, sondern auf absolute Geltung Anspruch. Es kann mithin nicht auf dem Wege der Erfahrung gewonnen sein, vielmehr muss es vor aller Erfahrung gegeben sein. Der Satz, von welchem die metaphysische Kausallehre den Ausgang nimmt, bildet also ein synthetisches Urteil a priori, dessen Berechtigung festzustellen, dessen transzendentale Deduktion zu leisten, die eigentliche Aufgabe der metaphysischen Kausaltheorie ausmacht.

γ) Und nach dieser Berechtigung ist mit gutem Grunde zu fragen. Zwischen Kraft und Veränderung soll ein notwendiges Verhältnis bestehen. „Die Notwendigkeit hat aber keinen anderen wahren und deutlichen Sinn als den der Unausbleiblichkeit der Folge, wenn der Grund gesetzt ist." [1]) Nun soll zwischen Kraft und Veränderung, zwischen Ursache und Wirkung, also zwischen Verschiedenem, ein notwendiger Zusammenhang bestehen, und dennoch kann die metaphysische Ursache nicht der Grund der Wirkung sein, da Raum und Zeit

---

[1]) Schopenhauer: Ausgabe Reklam. Bd. 3, S. 170.

die principia individuationis sind. Aus gleichem Grunde darf nicht von „Kräften" gesprochen werden, was doch bei dem Satze: jeder Veränderung liegt eine Kraft zu Grunde, unumgänglich ist.

3. Der Versuch einer transzendentalen Deduktion würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten, für die nur eine Bestimmung der von einer metaphysischen Kausaltheorie zu leistenden Aufgabe erforderlich ist. Um jedoch die hier in Frage stehenden Gedankenkreise abschliessend zu charakterisieren, sei kurz der Weg angedeutet, auf dem nach Ansicht des Verfassers die hervorgehobenen Zweifel an der Berechtigung des fraglichen Urteils zu überwinden sind, sei entsprechend der Abschluss gekennzeichnet, den demnach die Deduktion zu finden hätte.

α) Die Erscheinungswelt ist als ein unendliches Verändern gegeben. Alles Erscheinen ist ein Sichändern. [1]) In dem Satze: jeder Veränderung liegt eine Kraft zu Grunde, wird über die Erscheinung etwas ausgesagt, das aus der Erscheinungswelt selbst nicht gewonnen sein kann. Soll der Inhalt dieser Aussage begrifflich, d. h. vermittelst Abstractis, festgelegt werden, so kann dies nur in negativer Fassung möglich sein, da von Nichtphänomenen abgezogene Abstrakta unmöglich sind. Wenn also über die Erscheinungen eine Aussage metaphysischer Art möglich ist, so kann sie in Begriffe gefasst nur den Inhalt haben: die Erscheinung ist nicht blosses Phänomen, blosses Objekt der Vorstellung, sondern noch etwas anderes. Das Wort „Erscheinung" gibt den Inhalt des fraglichen Urteils wieder. Von der blossen Vorstellung vom „Schein" wird ausgesagt, dass er die „Erscheinung eines Erscheinenden" sei. Wenn also über die Erscheinungswelt etwas behauptet werden soll, das in Raum und Zeit nicht zu finden ist, so lässt sich dies Urteil nur dahin fassen: die Erscheinungswelt ist nicht blosse Welt des Scheines, sondern der Erscheinung, hinter dem Schein liegt noch das Erscheinende, dessen begriffliche Erfassung unmöglich ist. Bezeichnen wir eine Erscheinung im Gegensatze zum blossen „Schein", dem ein Erscheinendes nicht zu Grunde liegt, als „wirklich", so ist die einzig-mögliche Aussage metaphysischen Inhalts über das Bereich der Phönomene, über ein Phänomen überhaupt: es ist wirklich. Damit ist

---

[1]) Welt als Wille und Vorstellung, § 4. Vergl. dazu Fr. Nietzsche: Die Philosophie im tragischen Zeitalter der Griechen, No. 5 (Heraklit). Werke: kl. Ausgabe, Bd. 1, S. 432 ff.

zugleich der Sinn des Satzes bestimmt: jeder Veränderung liegt eine Kraft zu Grunde. Eine Veränderung ohne zu Grunde liegende Kraft wäre blosser Schein, keine wirkliche Veränderung, keine Erscheinung. Somit behauptet das fragliche Urteil von den Veränderungen, dass sie Erscheinungen seien, m. a. W., es behauptet, die Wirklichkeit der Veränderungen. [1])

β) Damit wäre zugleich die oben gekennzeichnete Antinomie behoben, bestehend in der unmöglichen Notwendigkeit, eine Verschiedenheit von Kräften anzunehmen. Jeder Veränderung liegt notwendig eine Kraft zu Grunde; wenn dieser Satz allein besagen kann: die Veränderungen sind wirklich, sind nicht blosser Schein, so ist auch das zweite Dilemma behoben, wonach zwischen Veränderung und Kraft ein notwendiger Zusammenhang bestehen soll, welcher nicht der von Grund und Folge ist. Es handelt sich garnicht um den notwendigen Zusammenhang von Verschiedenem, der freilich nur als der von Grund und Folge zu denken ist, sondern um die Aussage über die Wirklichkeit des Veränderns. Die fragliche Verknüpfung erinnert an die, welche in dem bekannten synthetischen Urteil a priori geleistet wird: die grade Linie ist die kürzeste Verbindung zwischen zwei Punkten. [2])

γ) Das synthetische Urteil a priori, dessen Deduktion die metaphysische Kausallehre zu leisten hat, ist mithin auf die Fassung gebracht: jede Veränderung der Erscheinungswelt ist wirklich. Da die ganze Erscheinungswelt als ein unendliches Verändern zu fassen ist, so kann jenes Urteil noch dahin umgeformt werden: Die Welt der Vor-

---

[1]) Vergl. mit diesen Erörterungen die Ausführungen Benno Erdmanns: Logik, Bd. I, 2. Aufl., 1907, S. 139. „Das Kausalgesetz" — heisst es dort — verlangt, „dass wir den Gegenständen, die wir wahrnehmen oder als Bedingungen unseres Wahrnehmens ableiten, etwas zu Grunde legen, was sie zu Ursachen stempelt, was also selbst Ursache oder wirksam ist. Dieses Wirksame ist das, was als Kraft gedacht wird. Was diese Kraft ist und wie sie wirkt, können wir nicht erkennen; wir wissen nur, dass sie wirkt und was sie wirkt. Daraufhin haben wir sie als Unerkennbar anzuerkennen. Sie ist demnach das Transzendente oder Seiende, das unser Denken auf Grund der Erfahrung gemäss dem Kausalgesetz fordert, dass sich jedoch unserem Erkennen auf ewig, versagt." . . . . „Wirklich sind demnach die Gegenstände, sofern ihnen das Transzendente, das Seiende, Wirksame als zu Grunde liegend gedacht wird."

[2]) Kant: Kritik der reinen Vernunft. Ausgabe Reklam, S. 652. Prolegommena zu einer jeden künftigen Metaphysik. Ausgabe Reklam, S. 44.

stellung ist die Welt der Erscheinung und nicht des Scheins. Also spitzt sich das Problem auf die endgültige Frage zu: Wie kann von dem in Raum und Zeit Gegegebenen, von den Phänomenen behauptet werden, dass sie nicht blosser Schein, sondern Erscheinungen sind?[1]) Das metaphysische Kausalproblem stellt also die Grundfrage der Ontologie mit Bezug auf die Veränderung. Dass von der in Raum und Zeit beschlossenen Welt der Phänomene die Aussage möglich ist, dass sie nicht blosser Schein sei, sondern Erscheinung, kann nur dann eine Erklärung finden, wenn das erfassende Subjekt nicht blosse Vorstellung,[2]) nicht „reines Weltauge“ [3]) ist. Jenes synthetische Urteil ist also auf die absolute Einheit von vollendendem und erkennendem Subjekt zurückzuführen, [4]) auf den Satz: Die Welt ist mein objektiver Wille.[5]) Doch würde ein Versuch, diese Probleme zu Ende zu denken, an dieser Stelle zu weit führen. Eine Auseinandersetzung mit dem Kantschen Ding-an-sich-Begriff, eine Stellungnahme zur Schopenhauerschen Kritik dieser Lehre, dessen ganze Philosophie von diesem Punkte aus zu erfassen ist, würden unerlässlich sein. Doch im vorliegenden Zusammenhang bedarf es keiner weiteren Erörterung dieser Fragen. Es kommt nur darauf an, die Aufgabe der metaphysischen Kausaltheorie zu charakterisieren, und das ist hinreichend geleistet worden.

II. Die metaphysische Kausaltheorie beantwortet das ontologische Problem mit Bezug auf die Veränderung, damit entscheidet sich die leitende Frage des Paragraphen.

1. Die strafrechtliche Theorie bedarf einer Kausallösung, um die Artung der Verknüpfung von Willensträger und Willenssymptom festzustellen. Über die Verknüpfung von Erscheinungen kann die metaphysische Theorie nichts aussagen: also ist eine metaphysische Kausaltheorie in der Strafrechtswissenschaft unmöglich.

---

[1]) Welt als Wille und Vorstellung, Bd. I, S. 149. Ausgabe Reklam. „Was uns aber jetzt zum Forschen antreibt, ist eben, dass es uns nicht genügt zu wissen, dass wir Vorstellungen haben. . . . . Wir fragen, ob diese Welt nichts weiter als Vorstellung sei, in welchem Falle sie wie ein wesenloser Traum oder ein gespensthaftes Luftgebilde an uns vorüberziehen müsste, nicht unserer Beachtung wert.“

[2]) Welt als Wille und Vorstellung. Bd. I, S. 155, 163.

[3]) a. a. O. S. 150, 244, 243.

[4]) a. a. O. S. 150 ff. Dazu Bd. 3, Werke, S. 161.

[5]) a. a. O. S. 157, 162, 215, 233.

2. Wenn es die Aufgabe aller strafrechtlichen Kausaltheorien sein muss, das Willenssymptom als einen vom Subjekt verursachten Vorgang darzustellen, somit die Körperbewegung als mit dem Erfolge in bestimmter Weise verknüpft zu erweisen, so kann es nur phänomenologische Kausaltheorien in der Strafrechtswissenschaft geben. Was sind dann aber jene Lehren, die als metaphysische Ursachentheorien in der strafrechtlichen Kausalliteratur einen so breiten Raum einnehmen?

α) Da die Frage, wie es möglich ist, dass das erfassende Subjekt von der Welt der Phänomene behauptet, sie sei Erscheinungswelt, sie sei wirklich, mit dem Strafrecht garnichts zu tun hat, vielmehr es nur auf die Verknüpfung von Erscheinungen, von Körperbewegung und Erfolg ankommen kann, müssen es verfehlte Ansätze zu einer phänomenologischen Theorie sein.

β) Jene Lehren wollten den Ursachenbegriff feststellen. Ursache ist für sie das der Veränderung zu Grunde liegende metaphysische Prinzip. Der Doppelsinn des Wortes Ursache ist von jenen Theoretikern nicht klargestellt. Es kann einmal auf die Wirklichkeit der Veränderung, sodann auf den Veränderungsgrund deuten. Die strafrechtliche Ursachentheorie fragt allein nach dem Grunde der Veränderung. Also müssen die strafrechtlichen metaphysischen Lehren prinzipiell den Unterschied ausser Betracht lassen, ohne dessen genaue Beachtung ein richtiger Gebrauch des Wortes Ursache unmöglich ist. Für sie ist die Ursache das metaphysische Prinzip als Grund der Erscheinung, also eine contradictio in adjecto.

γ) Dieser Widersinn kommt darin zum Ausdruck, dass sich die anfänglich als Ursache angesprochene „wirkende Kraft" unbemerkt in ein phänomenologisches Prinzip umformt. Das Wort „Ursache", für beides passend, verhüllt jene Transformation des metaphysischen Ausgangspunktes in den Veränderungsgrund. Diese Umformung muss sich vollzogen haben, sobald die metaphysische Ursache mit dem der Erklärung bedürftigen Vorgang verknüpft wird. Eine Kraft, welche eine Veränderung erklären soll, ist selber eine Veränderung. Hier kommt der schon angedeutete Doppelsinn des Wortes Kraft zur Geltung. Kraft bezeichnet, exakt gesprochen, das Erscheinende in der Veränderung, das „Wirkliche" des Vorgangs. Sodann versteht man unter Kräften Veränderungen, insofern sie wirklich sind. Wenn z. B. von den bestimmten Gesetzen unterworfenen Naturkräften gesprochen wird, so denkt man an bestimmte, in gewisser Hinsicht gleichartige Ver-

änderungen.[1]) So bestimmt v. Buri die Ursache als den Inbegriff der für den Erfolg erforderlichen Kräfte, die nach seiner Lehre in bestimmten geordneten Zusammenhängen ineinandergreifen.[2]) Sinn hat dies nur, wenn man unter Kräften Veränderungen versteht.[3]) Aus dem Doppelsinn der Worte Ursache und Kraft erklärt es sich, dass metaphysische Kausaltheorien im Bereich der Strafrechtswissenschaft in ihrem Scheindasein möglich wurden: die Kraft als metaphysische Ursache soll als phänomenologische Ursache die Veränderung begründen, was nur denkbar ist, wenn sie zur Kraft im übertragenen Sinne, zur wirklichen Veränderung wird.

3. Der Doppelsinn der Worte Ursache und Kraft, welcher dazu verführen konnte, ein metaphysisches Prinzip da aufzustellen, wo nach dem Veränderungsgrunde gefragt wird, verschleiert die durch denselben mögliche Transformation in eine phänomenologische Ursachenerklärung. Diese hier allgemein aus dem Begriffe geleistete Charakterisierung der sog. metaphysischen Theorien muss in einer Kritik der betreffenden Einzellehren ihre Bestätigung finden. Dieser ins einzelne gehende Nachweis ist vom Verfasser in seiner besonders erschienenen Abhandlung: „Über die Bedeutung der metaphysischen Kausaltheorien für die Strafrechtswissenschaft" (Lilienthalsche Sammlung No. 84) geleistet worden. Da an dieser Stelle nur der Nachweis der Unmöglichkeit metaphysischer Theorien für die Strafrechtswissenschaft zu erfordern war, erübrigt sich ein Eingehen in das Detail, bezüglich dessen auf jene Arbeit zu verweisen ist. Die weitere Frage, warum jene Theorien auch als phänomenologische Versuche ausser Betracht zu bleiben haben, ist geeigneter bei Erörterung des Veränderungsbegriffes zu erledigen, auf den ihr Kraftbegriff in Wahrheit hinauslaufen muss.

§ 3. Über das sogenannte Millsche Axiom.

I. Metaphysische Kausaltheorien kann es in der Strafrechtswissenschaft nicht geben. Der einzige Versuch das Ursachenproblem zu lösen,

---

[1]) Vergl. z. B. Traeger: a. a. O. S. 21.

[2]) v. Buri: Über Kausalität und deren Verwertung. Leipzig 1873. S. 1. v. Buri: Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Stuttgart 1885. S. 1. Vergl. dazu: Haupt: Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. II, S. 356. Landsberg: a. a. O. S. 46.

[3]) Dr. Horst Kollmann: Die Bedeutung der metaphysischen Kausaltheorien für die Strafrechtswissenschaft. Breslau 1908. S. 69 ff.

liegt mithin in dem sog. Millschen Axiom, welches sämtlichen phänomenologischen Kausaltheoretikern als evident zum Ausgangspunkte dient.[1]) Dieses Abhängigkeitsverhältnis bedarf hier keiner weiteren Darstellung; es sind wenige Kausalitätsarbeiten zu finden, die dasselbe nicht mehr oder minder ausführlich erörtert haben. Somit genügt hier ein Hinweis auf die detaillierte, sehr gründliche Arbeit Traegers oder auf das kurzgefasste, präzise Resumé der Kausallehren in v. Liszts Strafrechtslehrbuch. Die Frage, ob die heutige Strafrechtsliteratur eine Kausallösung aufzuweisen habe, ist demnach durch eine Kritik jenes Fundamentalsatzes endgültig zu entscheiden.

II. 1. Das zur Beurteilung stehende Prinzip lautet: Ursache i. w. S. ist der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges. Ursache i. w. S. ist jede Bedingung des Erfolges.[2]) Um über den Bedingungscharakter zu entscheiden, bedarf es nach Traeger eines sog. Eliminierungsverfahrens.[3]) Es ist durch Vergleichung mit anderen Ereignissen festzustellen, was sich ereignet hätte, wenn ein Phänomen, dessen Bedingungscharakter als fraglich erscheint, neben den übrigen Bedingungen gefehlt hätte. Würde sich der gleiche Erfolg trotz des Fehlens ergeben haben, wäre die Frage negativ entschieden. Sollte dagegen mit dem Wegfall des Phänomens auch der Erfolg unmöglich sein, wäre es eine Bedingung, eine Ursache i. e. S.

2. Um dieses als Kausallösung auftretendes Theorem kritisch würdigen zu können, ist zuvor die von einer phänomenologischen Kausallösung zu erfüllende Aufgabe näher zu bestimmen.

---

[1]) v. Liszt: a. a. O. S. 130. Traeger: a. a. O. S. 17, 31, 36, 38 f. Wichowski: Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs. Breslau 1904. S. 4. Reinach: Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht. 1905. S. 15. Liepmann: Über adäquate Verursachung. Separatabdr. aus Goldtammers Archiv. S. 14. Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904. S. 274 f. Meyer-Allfeld: Lehrbuch. 1907. S. 156, Anm. 5. Paul Fischer: Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft. B. 23, S. 464. Radbruch: Über adäquate Verursachung. S. 3 f. Landsberg: a. a. O. S. 101; und andere mehr.

[2]) v. Liszt: a. a. O. S. 130. Übrigens ist v. Liszt sonderbarer Weise von Redslob: Die kriminelle Unterlassung (v. Lilienthalsche Sammlung, Heft 70) S. 8 zu den Vertretern der metaphysischen Kausalauffassung gezählt.

[3]) Traeger: a. a. O. S. 40, 55, 71. Das Eliminationsverfahren ist übrigens in seinen wesentlichen Punkten schon festgestellt durch Glaser: Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht. B. I. 1858. S. 298.

α) Die phänomenologische Ursachenlehre will den Grund der Veränderung feststellen, das principium rationis sufficientis fiendi [1]) ist zu leisten. Jeder Grund ist der Inbegriff der Bedingungen des Begründeten. Für die Richtigkeit eines Schlusses ist die Richtigkeit sämtlicher Prämissen vorauszusetzen. Die Richtigkeit jeder Prämisse ist Bedingung für die Richtigkeit des Schlusses. Der Grund, als Inbegriff der Prämissen ist der Inbegriff der Bedingungen des Begründeten.

β) Jeder Grund muss eine bestimmte Eigenart haben. Sobald sich eine seiner Qualifikationen ändert, ist er selbst ein anderer geworden; und damit kann durch ihn nicht mehr begründet werden, was vor jener Änderung aus ihm folgte. Ob etwas zu einem Grunde gehört, ob es Bedingung des Begründeten ist, kann nur festgestellt werden durch den Versuch, dasselbe von der übrigen Begründung zu eliminieren. Bleibt ein bestimmter Schluss vom Fehlen einer Prämisse unberührt, trägt die fragliche Prämisse keinen Bedingungscharakter. Die Prüfung der Beweiserheblichkeit z. B. enthält eine solche Entscheidung über den Bedingungscharakter einer Klarstellung für einen Schluss; z. B. A ist Täter unter der Bedingung, dass er mit dem dort und dort angetroffenen Individuum als identisch erkannt werden kann.

γ) Die phänomenologische Kausaltheorie fragt nach dem Grunde einer Veränderung, nach dem Realgrunde. Ursache ist also ein bestimmt geartetes Phänomen, das mit der durch dasselbe begründeten Veränderung, der Wirkung in einem bestimmten notwendigen Zusammenhang steht. Nach der Artung des Ursache genannten Phänomens, wie nach der Eigenart des notwendigen Zusammenhanges desselben mit der Wirkung richtet sich die Frage. Der Grund der Veränderung muss als Erscheinung verschiedene Qualifikationen haben, die sämtlich als das Wesen des Grundes bestimmend, für das Begründete Bedingungen sind.[2]) Die Bedingung der Wirkung muss selbst

---

[1]) Schopenhauer, B. III, S. 47.

[2]) Dass eine Bedingung für die Begründung bedeutsamer sei als die andere, ist mithin natürlich ausgeschlossen. Alle Versuche, die Bedingungen nach ihrer mehr oder minder grossen Bedeutung für die Begründung zu unterscheiden, müssen scheitern. Der neueste Versuch dieser Art findet sich in dem Aufsatz von v. Rohland: Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. I, Allgem. Teil. Berlin 1908. v. Rohlands Gedankengang ist folgender:

1. Ursache ist die bedeutsame Bedingung im Gegensatz zu jeder beliebigen.
2. Man muss diese Scheidung machen: denn

ein bestimmt geartetes Phänomen sein, dessen Artung und Zusammenhang mit dem Begründeten die phänomenologische Theorie zu kennzeichnen hat. Das phänomenologische Kausalproblem fragt demnach nach der Ursache, d. h. nach dem Grunde des Erfolges, dem Inbegriff seiner Bedingungen. Gefragt wird, wie geartet ein Phänomen sein muss, um den Gund einer Veränderung abgeben zu können, welcher Art diese notwendige Verknüpfung ist, wie — nicht ob — jeder Komponent des Grundes, als Bedingung, das Begründete, die Wirkung notwendig bestimmt.

3. Den Grund der Veränderung, den Inbegriff der Bedingungen des Erfolges gilt es zu bestimmen, und die Definition des sog. Millschen Axioms lautet: Ursache ist der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges. Also: das Millsche Axiom enthält keine Antwort, sondern nur eine Wiederholung der Frage.

α) Gewiss ist jede Definition tautologisch, insofern sie als eine Auseinanderentwicklung des zu bestimmenden Wortes aufgefasst werden kann. Allein die Scheindefinition des fraglichen Axioms hat nicht das Wort Ursache, sondern das Wort Grund auseinanderentwickelt. Jeder Grund, Real- wie Erkenntnis-Grund, ist der Inbegriff der Bedingungen des Begründeten. Der Erkenntnisgrund kann als Inbegriff der Bedingungen des Erkenntnisses, der Realgrund, die Ursache im phänomenologischen Sinne, als Inbegriff der Bedingung des Erfolges bezeichnet werden. Damit ist jedoch weder die Eigenart der Ursache

---

a) der Gesetzgeber trennt ihr zufolge das Verursachen von der Beihilfe und den sonstigen Fällen des zum Verbrechen Beitragens. — Darin liegt ein circulus vitiosus. Woraus ist also der Begriff der nicht-bedeutsamen Bedingung abzuleiten? Aus dem Begriff der Beihilfe, des Beitragens. Wie konstruiert man mit Bezug auf den Kausalkonnex die Beihilfe, das Beitragen? Als das Setzen einer nicht-bedeutsamen Bedingung. — S. 349/50.

b) Man muss so scheiden, denn dies ergibt sich aus Paragraphen wie § 139 St.G.B.: „Wer eine Anzeige unterlässt zu einer Zeit, wo die Verhinderung noch möglich ist, verursacht zwar nicht den eingetretenen Erfolg, aber er erleichtert, er ermöglicht dem Täter seine Tat.“ Also: ersetzt eine Bedingung nicht die Ursache des Erfolges. S. 352/3. — Dies ist doppelt falsch: 1. ist das Unterlassen kein realer Vorgang. 2. ist „nicht unmöglich-machen“ und ermöglichen“ etwas verschiedenes. Über letzteres wird im nachfolgenden noch ausführlich zu handeln sein.

noch des Erkenntnisgrundes bestimmt. Wenn der Grund gesetzt ist, ist die Folge notwendig. Wäre der Grund nicht, wäre die Folge nicht. Alles, was dem Grunde eigen ist, bedingt die Folge. Fehlte irgend eine Eigenart des Grundes, müsste die Folge fehlen; somit ist eine Umkehrung des Satzes: wenn der Grund gesetzt ist, ist die Folge notwendig, wenn der Grund als Inbegriff der Bedingungen der Folge bestimmt wird.

β) Der Satz vom Grunde sagt aus, dass alles, was sei, einen Grund habe, warum es sei.[1]) Die Eigenart des Grundes kann nur durch Kennzeichnung der Eigenart des notwendigen Zusammenhangs zwischen Grund und Folge bestimmt werden. Dem Realgrund wie dem Erkenntnisgrund ist gemeinsam, dass ihre Folge von ihnen notwendig abhängt, dass sie der Inbegriff der Bedingungen ihrer Folge sind.[2]) Sie unterscheiden sich aber durch die Artung des Zusammenhangs, auf den sie weisen. Erkenntnisse und Veränderungen stehen in der Beziehung von Grund und Folge nicht etwa in einem gleichartigen Verhältnis zu einander. Zwar folgt dem Erkenntnisgrund der Schluss notwendig, allein es ist ein anderes Folgen als bei Ursache und Wirkung.[3]) Fragt man nach dem Erkenntnisgrunde, so weiss man, dass Erkenntnisse notwendig verknüpft sein können, und will wissen, wie diese Verknüpfung geartet ist. Fragt man nach dem Realgrunde, der Ursache im phänomenologischen Sinne, so weiss man, dass Veränderungen mit einander in notwendigem Zusammenhang stehen und will wissen, wie dieser Zusammenhang geartet ist.[4])

γ) Letztere Frage sucht die phänomenologische Kausaltheorie zu beantworten. Dass das sog. Millsche Axiom nur eine Wiederholung der Frage, kein Versuch zu deren Lösung, mithin keine Kausaltheorie sei, wird noch besonders bestätigt durch das charakterisierte Eliminationsverfahren. Freilich erkennt man, ob etwas zur Begründung notwendig sei, indem man sich fragt, ob die Begründung ohne dasselbe noch möglich sei. Dies gilt vom Realgrund wie vom Erkenntnisgrunde. Auf die

---

[1]) Schopenhauer: III. S. 18.

[2]) Vergl. Benno Erdmann: a. a. O. S. 423. „Das Wort „Bedingung" mag uns jeden von beiden (sc. sowohl Real- als Erkenntnis-Grund) ausdrücken."

[3]) Schopenhauer: Bd. III. Satz vom Grunde, §§ 16, 51 u. 52. Benno Erdmann: a. a. O. S. 422.

[4]) Vergl. in diesem Zusammenhang die charakteristischen Worte Belings: a. a. O. S. 24. „Die Typizität . . . ist die condicio sine qua non der Verbrechenseigenschaft."

entscheidende Frage aber, was denn eigentlich die Ursache, was denn der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges sei, wird keine Antwort gegeben.

III. Damit wäre die Frage, ob die heutige strafrechtliche Kausalliteratur eine Kausaltheorie aufzuweisen habe, negativ entschieden.

1. Noch eine Frage ist, bevor dem Kausalproblem selbst näher getreten werden kann, in Kürze zu berühren: Was sind denn eigentlich jene Lehren, die unter Modifizierung des Millschen Axiom als adäquate Kausaltheorien auftreten?

α) Soviel ist nach den vorangegangenen Ausführungen gewiss, dass sie keine Kausaltheorien sein können, dass sie also streng genommen ihren Namen zu Unrecht führen.

β) Es können also nur Theorien sein, die einer Kausallösung selbst nicht bedürfen, die nur auf die Gegebenheit kausaler Verknüpfungen zu weisen brauchen, ohne dass sie die Frage nach der Wesensartung letzterer zu beantworten hätten.

γ) Die adäquaten Theorien können also nur über die als gegeben angenommenen kausalen Zusammenhänge etwas aussagen, ohne angeben zu brauchen, wie ein solcher Konnex geartet sei.

2. In diesen drei Sätzen ist das Wesen der adäquaten Theorie für den vorliegenden Zusammenhang genugsam bestimmt.

α) Zur Beantwortung steht die Frage: Wann ist ein bestimmter Zusammenhang von Vorgängen als strafrechtlich, bezw. ganz allgemein juristisch normal verlaufen anzusehen? Die Möglichkeit dieser Fragestellung setzt voraus, dass man zwischen normalen und anormalen Geschehnissen unterscheiden könne. Diese Gegenüberstellung ist zweifellos möglich, auch ohne dass man sich auf eine bestimmte Kausallehre stütze. Es ist normal, dass jemand an einer schweren Verwundung stirbt, weniger normal, dass er sich infolgedessen verlobt, nämlich im Krankenhause mit der Pflegerin. Diese Unterscheidung erfordert kein weiteres Eindringen in das Kausalproblem.

β) Mit dem Gesagten erklärt es sich auch, warum die adäquaten Theorien, ohne von vornherein sich als unmöglich zu erweisen, vom Millschen Axiom den Ausgang nehmen können. Dieses spielt in der Theorie die Rolle einer unbekannten, aber nicht weiter interessierenden Grösse. Um die Frage nach der Adäquanz von Veränderungszusammenhängen entscheiden zu können, müssen solche Zusammenhänge

gegeben sein. Diese sind ihrerseits nach Massgabe des Kausalprinzips zusammengefügt. Für die adäquaten Theorien kommt es nur darauf an, dass solche irgendwie zusammengegliederten Vorgangsketten gegeben sind. Wie der Zusammenhang selbst geartet ist, bleibt für jene Lehren ausser Betracht. Wenn der adäquate Theoretiker davon ausgeht, dass Vorgang A Bedingung des Vorgangs B sei, und dann sich fragt, ob dieser Konnex ein adäquater sei, so konstatiert er nur, dass ein kausaler Konnex gegeben ist, nicht, wie er geartet sei, und fragt dann von diesem Konnex, ob er juristisch adäquat sei.

γ) Die adäquaten Theorien behandeln also nicht die Frage nach dem Wesen des Kausalzusammenhangs, sondern die nach der Typizität nach Massgabe des Kausalgesetzes aufzulösender kausaler Konnexe. Der Wert der verschiedenen adäquaten Theorien wird mithin durch die vorangegangenen Erörterungen in nichts alteriert. Somit hat die Frage nach der Möglichkeit einer adäquaten Theorie in diesem Zusammenhang ausser Betracht zu bleiben.[1])

3. In folgender Schlusskette, im nachfolgenden Inbegriff der Bedingungen für den Schluss, ist das Resultat dieses ersten Abschnittes zusammenzufassen:

Unter der Bedingung, dass

1. symptomatischer und kausaler Verbrechensbegriff zu einander im Subsumptionsverhältnisse stehen, in dem letzterer eine Qualifikation des ersteren darstellt;
2. dass diese Qualifikation durch Einführung des Kausalbegriffes in die Verbrechensdefinition (Willenssymptom als Willenswirkung) sich vollzieht;
3. dass die Durchführung des kausalen Verbrechensbegriffes im System die Lösung der Kausalfrage voraussetzt;

---

[1]) J. v. Kries: Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. V. J. Zeitschrift für wissenschaftliche Philosophie: B. XII, Heft 2. 1888. S. 196. Wenn v. Kries zwischen abstraktem und konkretem Zusammenhang scheidet, hat er den hier vertretenen Gedanken, freilich ohne, dass er bei ihm zu widerspruchslosem Ausdruck gelangt, wiedergegeben. Ein abstrakter Kausalkonnex ist nicht denkbar, insofern das Kausalgesetz die Regel bestimmt, nach der die Erscheinungen überhaupt mit einander verknüpft sind. Nur von verschiedenen Vorgängen kann das Abstraktum eines Vorgangs, eines Zusammenhangs geformt werden, also eine Abstraktion betreffend das Verknüpfte, nicht die Art der Verknüpfung.

4. dass die heutige Strafrechtstheorie als auf Lösungen der Kausalfrage auf metaphysische Versuche einerseits, auf das sog. Millsche Axiom andererseits verweist;
5. dass eine metaphysische Theorie im Bereich der Strafrechtswissenschaft unmöglich ist;
6. dass das sog. Millsche Axiom eine Fragewiederholung, keine Antwort bietet;

unter diesen sechs Bedingungen ist der Schluss gerechtfertigt: die herrschende Strafrechtstheorie (als eine Kausalliteratur ohne Kausaltheorie bietend) kann in Wahrheit nur vom symptomatischen Verbrechensbegriff den Ausgang nehmen.

Mit jenem negativen Resultat ist die Lösung der Kausalfrage selbst zum unerlässlichen Erfordernis für den Fortgang der Untersuchung geworden. Auszugehen ist dabei von einer Kritik der für die strafrechtliche Doktrin bedeutsamsten phänomenologischen Theorien der neueren Philosophie, insbesondere von Mill, der freilich etwas ganz anderes lehrt, als man nach Massgabe seiner juristischen Anhänger annehmen dürfte.

Abschnitt 2.

Das phänomenologische Kausalprinzip.

Unterabteilung 1:

Kritik der strafrechtlich bedeutsamsten phänomenologischen Lehren.

§ 1. Mill.

I. 1. „Ich erwähne vorläufig, dass wenn ich im Verlauf unserer Untersuchung von der Ursache einer Naturerscheinung spreche, ich nicht eine Ursache meine, die nicht selbst eine Naturerscheinung ist, dass ich nicht die letzte oder ontologische Ursache der Dinge suche.“[1]) In diesen Worten Mills kommt die rein phänomenologische Tendenz seiner Untersuchungen zum Ausdruck. Die „Axiome seiner Lehre“ [2]) sollen Erscheinungen auf Erscheinungen als deren Grund zurückführen.

---

[1]) J. H. Mill: System der deduktiven und induktiven Logik. Übersetzt von Schiel. Aufl. 4, Bd. 1, S. 404.

[2]) a. a. O. S. 425.

2. Drei Momente sind es, welche nach Mill in erster Linie [1]) die Kausalrelation formen: 1. die Sukzession zwischen Erscheinungen, 2. die Unveränderlichkeit dieser Sukzession, 3. die Unbedingtheit [2]) derselben.

a) „Es ist eine eben so weit reichende Wahrheit als die menschliche Erfahrung, dass jedes Ding, das einen Anfang, auch eine Ursache hat.“ [3]) In diesen einleitenden Worten liegt der Prüfstein der Lehre schon zwischen den Zeilen. Ursache und Anfang sind nicht identisch. Der Phänomenalismus Humes ist daran gescheitert, dass er zu dieser Gleichsetzung genötigt war. Freilich hatte auch Hume hier einen Unterschied erkannt [4]), doch war er nicht im stande, das entscheidende Kriterium zu finden, sodass für ihn die regelmässige Folge, deren Eintreffen „gewohnheitsmässig“ erwartet wird, die einzig greifbare Grundlage für den Kausalbegriff abgeben musste.[5]) Ob es Mill gelungen ist, über Hume hinauszudringen oder nicht, ist ein entscheidender Wertmesser seiner Lehre. Zwischen Beginn und Ursache besteht nach Mill eine Verwandtschaft, das unterscheidende Merkmal soll gefunden werden.[6]) Man kann demnach die Lehre Mills darstellen, indem man die Versuche verfolgt, Anfang und Ursache zu differenzieren. Anfang und Ursache stehen im Subsumtionsverhältnis, nach den Qualifikationen des Unterbegriffes ist zu fragen.

b) Zunächst wird die Ursache dahin näher bestimmt, dass sie ein Anfang ist, dem ein anderes Ereignis unveränderlich folgt. „Das Kausalgesetz besteht bloss in der allgemeinen Wahrheit, dass die Beobachtung eine Unveränderlichkeit der Sukzession zwischen einer Tatsache in der Natur und einer anderen, die ihr vorhergegangen ist, nachweist.“ [7]) „Die unveränderlich vorhergehende Tatsache wird die Ursache, die unveränderlich folgende Wirkung genannt, und die Allgemeinheit des

---

[1]) Zu diesem Zusatze vergl. u. S. 29 f.

[2]) König: Die Entwicklung des Kausalproblems. Leipzig 1890. Bd. 2, S. 234.

[3]) Mill: a. a. O. S. 405.

[4]) Hume: Untersuchungen über den menschlichen Verstand. Deutsch von Nathansohn. Leipzig 1903. Zweite verb. Auflage. S. S. 46 f., 88. Über Hume vergl. unten.

[5]) König: a. a. O. Bd. 2, S. 242.

[6]) Mill: a. a. O. S. 425, S. 423.

[7]) a. a. O. S. 407.

Kausalgesetzes besteht darin, dass man jede folgende auf irgend eine Weise mit einer vorhergehenden oder einer Reihe von vorhergehenden Ursachen verknüpft.“ [1]) „Wenn überhaupt je, so besteht diese unveränderliche Folge nur selten zwischen einer folgenden und einer einzigen vorhergehenden Naturerscheinung, zwischen einem einzelnen Antezedenz und Konsequenz, sondern gewöhnlich zwischen einer folgenden und einer Summe von verschiedenen vorhergehenden Erscheinungen, deren aller Zusammenwirken nötig ist, um die folgenden Erscheinungen hervorzubringen, d. h. damit sie ihnen gewiss folgen.“[2]) Und in diesem Zusammenhang führt Mill die viel zitierten Worte ein, von welchen das sog. Millsche Axiom hergeleitet wird. „Wissenschaftlich gesprochen besteht die Ursache aus der ganzen Summe der positiven und negativen Bedingungen, aus dem Ganzen von Ereignissen jeder Art, denen die Wirkung unveränderlich folgt, wenn sie realisiert werden.“ Doch damit ist Mills Lehre noch keineswegs abgeschlossen. Dass die Ursache der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges ist, ist richtig, ist eine unumstössliche Wahrheit, eben so unumstösslich wie die andere, dass damit die Kausalfrage nur wiederholt, nicht etwa gelöst worden ist. So tragen denn auch jene Worte Mills keineswegs einen abschliessenden Charakter, sie dürfen nicht als Quintessenz seiner Lehre aufgefasst werden. Sie sind vielmehr eine Festlegung des Ausgangspunktes für die weiteren Untersuchungen. Bis jetzt ist das zwischen Anfang und Ursache unterscheidende Kriterium noch nicht gefunden. Nach den bisherigen Erörterungen ist die Ursache nur die Erscheinung, bezw. der Erscheinungsinbegriff, dem eine andere Erscheinung unveränderlich folgt.

c) Allein „unveränderliche Sequenz ist nicht synonym mit Ursache.“[3]) Die bis jetzt entwickelte Ursachenbestimmung „würde dem sehr plausibelen Einwurf ausgesetzt sein, den Reid ausgesprochen hat, dass nämlich nach dieser Lehre die Nacht die Ursache des Tages und der Tag die Ursache der Nacht sein muss, indem seit dem Anfange der Welt diese Naturerscheinungen auf einander folgten.“ [4]) Um diesem Einwurf zu entgehen, führt Mill noch die Qualifikation der Unbedingtheit ein. Es ist nicht richtig, dass der Tag der Nacht unbedingt folgen muss. „Für unseren Gebrauch des Wortes Ursache ist es aber notwendig zu glauben,

---

[1]) Ibidem.
[2]) a. a. O. S. 408.
[3]) a. a. O. S. 423.
[4]) a. a. O. S. 421.

nicht allein, dass dem Antezedenz das Konsequenz immer gefolgt ist, sondern auch, dass es, so lange die gegenwärtige Beschaffenheit der Dinge dauert, ihm folgen wird; dies wäre aber von Tag und Nacht nicht richtig."[1]) „Wenn die Sonne nicht mehr aufginge, was, soviel wir wissen, mit den allgemeinen Gesetzen der Materie nicht in Widerspruch steht,[2]) so würde oder könnte die Nacht ewig währen." Auf dass es also Morgen werde, müssen besondere Konstellationen der Himmelskörper gegeben sein. „Das, was von der einen gegebenen Folge begleitet ist, wann und nur wann irgend ein dritter Umstand ebenfalls existiert, ist nicht Ursache." [3]) „Wir können daher die Ursache einer Naturerscheinung definieren als das Antezedenz oder das Zusammenwirken von Antezedentien, worauf dieselbe unveränderlich und unbedingt folgt." Da aber im Sinne Mills unveränderliche Sequenz der weitere und unbedingte Folge der engere Begriff ist, so lautet die Millsche Ursachendefinition dahin: Ursache ist die Erscheinung bezw. der Erscheinungsinbegriff, dem eine andere Erscheinung unbedingt folgt.

3. Diese Begriffsbestimmung bedarf noch an drei Punkten der Erläuterung. Zunächst ist die Fassung „Erscheinung bezw. Erscheinungsinbegriff" durch „Erscheinungs in begriff" zu ersetzen. Sodann erfordert die Frage nach der Sukzession von Ursache und Wirkung in doppelter Beziehung der Klarstellung.

a) Mill selber zweifelt an der Möglichkeit, dass die unbedingte Folge „zwischen einer folgenden und einer einzigen vorhergehenden Naturerscheinung" [4]) bestehen könne. Indessen, um einem möglichen Einwande im voraus zu begegnen, hat er das Zweifelhafte als doch vielleicht möglich, in seine vorhin zitierte Definition aufgenommen. Allein es bedarf nur wenig Überlegung für den Nachweis, dass eine einzelne Naturerscheinung niemals Ursache einer anderen werden kann. Das Kausalgesetz ist für Mill das „Gesetz der Sukzession der Erscheinungen". Ein Phänomen kann nur dann kausal sein, wenn ihm ein anderes folgt. Aber aus sich heraus kann das Phänomen nicht anders

---

[1]) Ibidem.

[2]) Pustoroslew spricht im Gerichtssaal, Bd. 68, S. 241 sein Bedauern darüber aus, dem berühmten Gelehrten Mill den Vorwurf nicht ersparen zu können, nicht erkannt zu haben, dass der Ursachenbegriff den Bestand der Naturgesetze zur Voraussetzung habe. Pustoroslew hätte sich diesen Vorwurf ersparen können.

[3]) a. a. O. S. 422.

[4]) a. a. O. S. 407.

werden.[1]) Wenn es anders wird, muss noch ein anderes Moment hinzugetreten sein. Die Ursache verlangt stets Inbegriff oder wie Mill, phänomenologisch inkorrekt, sagt: „ein Zusammenwirken von Antezedentien". Man hat es Mill zum Vorwurf gemacht, dass er von einer „Summe von Essentialen" geredet habe.[2]) Ich habe daher im Sinne Mills den Terminus Summe vermieden. Freilich müssen die einzelnen Komponenten zusammenkommen, und in diesem Sinne ist es stets eine „Summe", allein das Resultat des Zusammengeführten kann sich als Synthese darstellen. Es kann für einen bestimmten Vorgang die Summe von sechs Pferden gefordert werden, für einen anderen eine Verbindung zu H_2O. Im Millschen „Zusammenwirken" ist beides ausgedrückt; der Terminus ist aber zu vermeiden, da er ein leises Hinneigen zu der prinzipiell ausgeschlossenen [3]) Metaphysik verrät.

b) Unklar ist ferner in den Ausführungen Mills die Beantwortung der Frage: „Steht die Ursache mit ihrer Wirkung immer im Verhältnis von Antezedenz und Folge?" [4]) Zwei Fragen sind es, die sich Mill vorlegt: 1. Können Ursache und Wirkung gleichzeitig bestehen? 2. Muss die Ursache der Wirkung unbedingt vorausgehen?

„Die Tatsache", sagt er, „dass in manchen Fällen die Fortdauer der Bedingungen, welche eine Wirkung hervorbrachten, für die Fortdauer der Wirkung notwendig ist, bleibt bestehen." [5]) Also unter Umständen muss der Satz: cessante causa cessat effectus aufrecht erhalten werden. Es verlangen eben manche Dinge „die beständige Gegenwart der Agentien, welche sie zuerst hervorbrachten." [6]) Mill gibt unter anderem folgendes Beispiel: „Die Beleuchtung, welche die Sonne über die Erde verbreitet, hört auf, wenn die Sonne untergeht". Die Schwierigkeit hebt sich, wofern man bedenkt, dass es sich in jenem Falle gar nicht um ein Ursachenverhältnis handelt. Die sonnenbeleuchtete Erde ist selber ein bestimmter Zustand, der aus verschiedenen Komponenten

---

[1]) Das Gegenteil behauptet P. Pustoroslew: Gerichtssaal, Bd. 68, S. 240. Rein theoretisch soll es demnach möglich sein, dass sich aus einem einzigen Phänomen die Wirkung entwickle.

[2]) Kühles: Fragen der Kausalität. München 1895. S. 20.

[3]) Kraus: Das Dogma von der Ursächlichkeit der Unterlassung. Jur. Zeitschrift von Ullmann, Franke, Finger. S. 12 u. 13. Heft 1 u. 2, Bd. 30. Separatdruck.

[4]) Mill: a. a. O. S. 426.

[5]) a. a. O. S. 428.

[6]) a. a. O. S. 427.

Sonne, Erde u. s. w. gebildet wird. Sobald die Komponenten ihre Konstellation ändern, ist der Zustand „sonnenbeleuchtete Erde" nicht mehr gegeben. „Es kommt nur darauf an", so führt König diesen Gedanken aus, „dass man eine Erscheinung unter den richtigen Begriff Zustand oder Zustandsänderung subsumiere, um den Satz cessante causa cessat effectus als unbedingt falsch, sein Gegenteil als unbedingt richtig zu erkennen." [1]) Allerdings entspricht dieses Resultat ganz der Gedankenkette Mills. Wenn die Sukzession das erste Kriterium der Kausalität abgeben soll, so muss in der Folge der Satz cessante causa als unrichtig verworfen werden, wofern nicht das Ganze an innerem Widerspruch kranken soll.

c) Genau so widerspruchsvoll ist das Zugeständnis einer möglichen Koinzidenz von Ursache und Wirkung. „Was die Frage betrifft, ob es streng notwendig sei, dass die Ursache der Wirkung, wenn auch einen noch so kurzen Augenblick voraufgehe, so ist dies eine Untersuchung ohne Belang für unseren jetzigen Zweck." „Auch zugegeben, eine Wirkung entstehe gleichzeitig mit ihrer Ursache, so wird die Ansicht, welche ich von der Verursachung habe, in keiner Weise dadurch praktisch berührt. Ob die Ursache und ihre Wirkung notwendig nacheinander folgen oder nicht, der Beginn eines Phänomens ist es, der eine Ursache einschliesst, und Verursachung ist das Gesetz der Sukzession der Erscheinungen." [2]) Es ist dies vielleicht der schwächste Punkt in Mills Ausführungen über das Kausalproblem. „Wie es uns scheint, hat auch hier es Mill in der Scheu vor axiomatischen Behauptungen an der nötigen Schärfe des Eindringens fehlen lassen", meint König,[3]) und mit vollem Recht. Es handelt sich hier, wie sich zeigen wird, um den schwierigsten Punkt für die Millsche Lehre, und grade hier scheint jede Einheitlichkeit sich verlieren zu wollen. Das Kausalgesetz ist das Gesetz der Sukzession der Erscheinungen. Wie soll denn eine Sukzession möglich sein, wenn Ursache und Wirkung zusammenfallen? Wenn die Wirkung in demselben Augenblick gegeben sein sollte, in dem die Ursache eintritt, wäre erstens keine Sukzession, zweitens keine Unterschiedlichkeit zwischen Ursache und Wirkung denkbar. Wenn in demselben Moment, in dem die Ursache gegeben ist, auch die Wirkung gegeben sein soll, sind Ursache und Wirkung auch materiell identisch:

---

[1]) König: a. a. O. Bd. 2, S. 239.
[2]) a. a. O. S. 428.
[3]) König: a. a. O. Bd. 2, S. 239.

Die Wirkung ist dann das mit der Ursache zugleich Seiende; die Ursache ist das die Wirkung ausschliesslich Bedingende: das im gleichen Augenblick ausschliesslich Bedingte ist das ausschliesslich Bedingende selbst oder a = a.

Somit heisst die Millsche Ursachendefinition: Ursache ist der Erscheinungsinbegriff, dem eine andere Erscheinung (Wirkung) unbedingt folgt. Doch enthält diese Fassung noch nicht Mills endgültige Antwort auf das Kausalproblem. Ein richtiges Verständnis seiner Lehre setzt die Erkenntnis voraus, dass bei ihm der Terminus „Ursache" nicht dem eines „Grundes der Veränderung" entspricht. Eine Kritik der Lehre ist erst möglich, wenn die Frage gelöst ist, was die Millsche Ursache denn dann sein soll, wenn sie nicht der „Grund des Erfolges" sein kann.

II. An dieser Stelle bedarf die oben gegebene Antwort auf die Frage nach der Aufgabe einer phänomenologischen Kausaltheorie ihrer abschliessenden Vertiefung.

1. Geforscht wird nach dem Grunde der Veränderung. Der Realgrund muss eine Erscheinung sein. Ist es nun möglich, dass irgend eine bestimmt geartete Einzelerscheinung den Grund einer Veränderung abgäbe? Gesetzt, man könnte eine Veränderung mit einer anderen Erscheinung in bestimmter Weise also verknüpft erweisen, dass die betreffende Veränderung ohne jenes Phänomen gar nicht möglich wäre, hätte man noch keineswegs den Grund der Veränderung gefunden. Bei diesem Phänomen wäre dem Satze vom Grunde entsprechend immer noch nach dem Warum?, dem Grunde zu fragen. Also ist jene Veränderung, von welcher ausgegangen wird, nicht allein von dem Phänomen abhängig, mit welchem es in notwendiger Verknüpfung stand, sondern auch vom Grunde dieser Erscheinung. Wofern diese wiederum mit einer anderen in jener eigenartigen notwendigen Relation steht, wäre damit noch immer nicht der Grund der Veränderung gefunden. Nach den obigen Auseinandersetzungen über das Wesen der Bedingung ist der Satz verständlich: Ein Einzelphänomen kann wohl Bedingung einer Veränderung sein, doch niemals deren Ursache: d. h. der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges. Jede Einzelveränderung ist bedingt, also ist eine Veränderung, welche durch sie bedingt ist, auch durch deren Bedingungen bedingt: somit kann eine Einzelveränderung nie den Inbegriff der Bedingungen des Erfolges abgeben.

2. Wenn eine Einzelveränderung, ein bedingtes Phänomen wohl Bedingung eines Erfolges, niemals aber die „Ursache", den Grund, den Inbegriff der Bedingungen abgeben kann, so lässt sich die Ursache allein als das unbedingte Phänomen,[1]) als die unbedingte Veränderung bestimmen. Wenn eine Einzelveränderung als notwendig verknüpft mit einem Phänomen dargetan ist, das seinerseits nicht weiterhin bedingt sein kann, ist freilich damit der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges gefunden. Ist demnach die Ursache als das „unbedingte Phänomen" zu bestimmen, so ergibt sich, dass alle Einzelveränderungen nur einen und denselben Grund haben können. Das Kausalproblem enthält also die Aufgabe, die Möglichkeit einer Überleitung der Einzelveränderung in das unbedingte Phänomen darzutun.[2]) In einer phänomenologischen Theorie kann diese Überführung nur so dargestellt werden, dass die Verknüpfung der konkreten Einzelveränderung mit den Vorgängen, welche sie bedingen, gekennzeichnet wird, dass man die Kette der Phänomene verfolgt, dass man in infinitum zu den Bedingungen der Bedingung aufsteigt. Wie ein solches Verfolgen der eigenartigen Kette — ohne *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος* — die Einzelveränderung in das unbedingte Phänomen überleiten soll: das nachzuweisen, darin liegt die letzte Schwierigkeit der Kausallösung. Doch gesetzt, diese Überführung sei geleistet, so wäre zugleich die Verhäckelung gleichzeitig gegebener Veränderungsreihen geklärt. Denn jede Veränderung fliesst aus dem einen Grunde. Es würde sich als gleich notwendig ergeben, dass auf den Vorgang A der Vorgang B folge, als dass zugleich sich eine anders geartete Reihe von Vorgängen abspielt. Es ist die Aufgabe der Kausallösung, das dunkle mächtige Gefühl der Welteinheit, der absoluten Notwendigkeit all und jeden Geschehens seiner begrifflichen Klärung zuzuführen. „In jedem Momente ihrer Dauer ist die Natur ein zusammenhängendes Ganze, in jedem Momente muss jeder einzelne Teil derselben so sein, wie er ist, weil alle übrigen sind wie sie sind; und du könntest kein Sandkörnchen von seiner

[1]) Siegwart: Logik. Bd. 2, S. 126. „Aus der Natur des Denkens überhaupt entspringt die Forderung, dass, was wir als seiend denken, aus einem Realgrunde seines Seins und Soseins notwendig begriffen werde, Principium rationis sufficiendis, eine Forderung, die übrigens zuletzt ein einfach und schlechthin Seiendes voraussetzen muss."

[2]) Den gleichen Gedanken hat auch Hälschner: a. a. O. Bd. 1, S. 228 ausgesprochen.

Stelle verrücken, ohne dadurch, vielleicht unsichtbar für deine Augen, durch alle Teile des unermesslichen Ganzen hindurch etwas zu verändern. Aber jedes Moment dieser Dauer ist bestimmt durch alle abgelaufenen Momente, und wird bestimmen alle künftigen Momente; und du kannst in dem gegenwärtigen keines Sandkornes Lage anders denken, als sie ist, ohne dass du genötigt würdest, die ganze Vergangenheit ins Unbestimmte hinauf, und die ganze Zukunft ins Unbestimmte herab dir anders zu denken." [1]) In diesen Worten Fichtes ist Aufgabe einer Kausallösung im Sinne der vorigen Ausführungen machtvoll gekennzeichnet worden: Wir wissen um die Einheitlichkeit des Weltgeschehens — wie aber wird die Überleitung der Einzelveränderung in das unbedingte Phänomen denkbar? [2])

3. Mit dieser Frage erst ist der ganze Umfang des Kausalproblems erfasst. Wie kann das Einzelphänomen in das absolute Phänomen übergeleitet werden? — Ein Dreifaches würde die Antwort klarstellen: 1. wäre der Grund der Veränderung, jeder Veränderung gekennzeichnet, 2. würde die Eigenart der Verknüpfung sich bedingender Veränderungen dargestellt, 3. wäre die Frage nach der notwendigen Gleichzeitigkeit verschiedener Veränderungsreihen beantwortet. —

III. Die Denkenergie Mills bei Behandlung der Kausalitätsfragen kann am besten daran ermessen werden, dass sein bis jetzt erörterter Ursachenbegriff nur ein Mittel sein soll, der Lösung dieser letzten Fragen näher zu treten.

1. Nach der bisherigen Begriffsbestimmung haben die Erscheinungsinbegriffe als Ursachen Erscheinungen als Wirkungen im Gefolge. Die Erscheinungen können sich dann wieder zu Inbegriffen kombinieren, die dann als Ursachen wiederum Erscheinungen als Wirkungen nach sich ziehen. Um die Einheitlichkeit des Weltgeschehens weiterhin verständlich zu machen, verweist Mill auf die Tatsache, „dass mehrere sich von einander unterscheidende Naturerscheinungen, die nicht im geringsten von einander abhängig oder bedingt sind, wie der Ausdruck sagt, von einem und demselben Agens abhängen, mit anderen Worten, man sieht, dass eine und dieselbe Naturerscheinung von verschiedenen Arten durchaus heterogener Wirkungen, die aber gleichzeitig mit einander erscheinen,

---

[1]) Fichte: Die Bestimmung des Menschen. Ausgabe Reklam, S. 14. Vergl. dazu Hume: Untersuchungen über den menschlichen Verstand. Deutsch von Nathansohn. Aufl. S. 74.

[2]) Siegwart, Bd. 2, S. 137, 145/146.

begleitet wird, natürlich vorausgesetzt, dass die für eine jede derselben erforderlichen Bedingungen ebenfalls vorhanden seien." „Diese Art von Betrachtung führt uns zu der Vorstellung einer permanenten Ursache." [1]) Auf die so angenommenen permanenten Ursachen ist alles Geschehen zurückzuführen. „Alle Naturerscheinungen, welche anfangs existieren, d. h. alle mit Ausnahme der urersten Ursachen sind entweder unmittelbare oder entferntere Wirkungen jener ursprünglichen Tatsachen oder von irgend einer Kombination derselben." [2])

Mit der Einführung des Begriffes einer „permanenten Ursache" hat Mill erst seine Kausaltheorie zum Abschluss gebracht. Das Einzelgeschehen hat einen Erscheinungsinbegriff zur Ursache und verknüpft sich mit anderen wieder zur Wirkung. Die also sich kombinierenden Einzelphänome sind ihrerseits auf eine „Anzahl" genannter Ursachen zurückzuführen,[3]) die in wechselnder Beziehung mit den nötigen Bedingungen die Bedingungsinbegriffe für die Einzelphänomene formen.

Nach diesem Kausalprinzip ist der Grund einer Veränderung, die phänomenologische Ursache nicht etwa der Erscheinungsinbegriff, dem eine Erscheinung unbedingt folgt, sondern das Geschehen erfolgt so, weil die permanenten Ursachen zu ihren Bedingungen in einem solchen Verhältnisse stehen. Die Relation der genannten Ursachen zu ihren Bedingungen gibt den Grund alles Geschehens ab. Es war als Aufgabe einer Kausallösung bezeichnet, die notwendige Verknüpfung des bedingten Phänomens mit dem unbedingten darzutun. Das unbedingte Phänomen, das selbst nicht weiter bedingt als alles übrige Geschehene bedingen muss, ist für Mill jene Beziehung der permanenten Ursachen zu ihren Bedingungen. Auf diesen Realgrund ist alles Einzelgeschehen überzuführen. Diese Überleitung soll der oben zuerst für sich bestimmte Ursachenbegriff vermitteln. Er soll zeigen, wie die Erscheinungen ineinandergreifen, bis die Annahme von permanenten Ursachen den Abschluss bildet. Was Mill zuvor Ursache nannte, ist nur die Darstellung eines Gliedes der Kette, welche das Bedingte ins Unbedingte überführt.

Bevor mit der Kritik dieser Ursachenlehre begonnen wird, sei noch einmal der Unterschied zwischen dem sogenannten Millschen

---

[1]) Mill: a. a. O. S. 429.

[2]) Mill: a. a. O. S. 431.

[3]) Mill, S. 429: „Es existiert in der Natur eine Anzahl von permanenten Ursachen."

Axiom und dem was in Wahrheit Mills Erkenntnis ausmacht, hervorgehoben. Auf der einen Seite findet sich eine inhaltslehre Wiederholung der Frage, die ein gänzliches Verkennen der Aufgabe verrät, auf der anderen ein kühner, grosszügiger Versuch „den formalen Weltknoten" zu bestimmen.

Das Kausalproblem fordert eine Überleitung des einzelnen Geschehens in das unbedingte Phänomen. Die Kritik einer Kausaltheorie wird vor allem ihr Augenmerk auf die Bestimmung des Realgrundes, des unbedingten Geschehens, wie auf die Artung der Überleitung des Einzelgeschehens in dasselbe zu richten haben. Da alles Geschehen sich auf das eine Unbedingte zurückführen lassen muss, so hängt die Möglichkeit mit einer Kausaltheorie im Prinzip des Zusammenstimmens verschiedener Veränderungsreihen zu leisten, von der entsprechenden Bestimmung des Realgrundes ab. Also muss eine Kritik der Millschen Lehre einmal die gegebene Bestimmung des Realgrundes, sodann die der überleitenden Verknüpfungen der Einzelerscheinungen, der Millschen Ursachen, in Frage stellen.

2. „In dem Universum wird kein Ding hervorgebracht, findet kein Ereignis statt, das nicht durch eine Gleichförmigkeit oder beständige Folge mit einem oder mehreren vorhergegangenen Phänomenen insoweit verknüpft wäre, dass es stattfinden wird, so oft diese Phänomene zusammentreffen, und kein anderes Phänomen, das den Charakter einer entgegenwirkenden Ursache hat, zugleich existiert. Diese vorhergehenden Phänomene sind wiederum in ähnlicher Weise mit denjenigen verknüpft, welche ihnen vorausgingen u. s. w., bis wir zuletzt entweder zu den Eigenschaften einer urersten Ursache oder einer Verbindung von mehreren gelangen. Das Ganze der Naturerscheinungen war daher aus den notwendigen oder mit anderen Worten aus den unbedingten Folgen einer früheren Kollokation der permanenten Ursachen zusammengesetzt."[1])

a) Was sind jene „urersten Ursachen", auf die Mill dieser Art alles Naturgeschehen zurückführen will? Sonne, Erde, Planeten, Wasser, Luft werden als Beispiele angeführt.[2]) Der Ursprung dieser „urersten Ursachen" ist unerklärlich, sie sind gegeben, ohne dass nach deren Bedingungen weiter gefragt werden kann.[3]) Die permanenten Ursachen

---

[1]) Mill: a. a. O. S. 431.

[2]) a. a. O. S. 429, 430.

[3]) a. a. O. S. 431, s. o. bzl. der Erdrotation, die er zu den „permanenten Ursachen" zählt.

sind nicht immer „Gegenstände", sondern auch Ereignisse, und zwar in periodischen Zyklen sich wiederholende Vorgänge, „da dies die einzige Art ist, in welchen Begebenheiten die Eigenschaft der Permanenz besitzen können."[1])

Also permanente Ursachen sind konkret zu bestimmende Gegenstände oder Ereignisse, welche den letzten Grund alles Geschehens bilden sollen. Zunächst würde die Annahme der doppelten Möglichkeit: Gegenstände oder Ereignisse als verfehlt zu erweisen sein. Sofern Gegenstand nicht im metaphysischen Sinne als der nicht phänomenologisch fassliche Träger der Erscheinungen bestimmt sein soll, kann er nur auf „Ereignisse" deuten. Phänomonologisch ist die Sonne, die Erde, das ganze Planetensystem als ein Komplex von Veränderungen, von Ereignissen zu bestimmen. Die Sonne ist ein Inbegriff bestimmter Vorgänge. Nur so kann Mill verstanden werden, wenn er seine urersten Ursachen nicht als metaphysische Prinzipien, als Kraftträger, als Kräfte emanierende Agentien fassen will.[2]) Die permanenten Ursachen sind demnach gewisse, permanente, alles andere bestimmende Einzelvorgänge.

Gleich nach der zitierten abschliessenden Formulierung seiner Kausaltheorie führt Mill den sog. Laplaceschen Geist ein, auf dass dessen Auge das ganze Weltgeschehen überfliege.[3]) Und ein solcher Blick könnte nur erkennen, dass der Unendlichkeit gegenüber alle Grössenunterschiede sich verlieren, dass die Permanenz eines Einzelnen eine contradictio in adjectio sei. Oder um es mit anderen Worten zu sagen: Mills permanente Ursachen suchen in gewissen Einzelvorgängen den selbst nicht mehr der Begründung bedürftigen Grund alles Geschehens und verstossen so gegen den Satz des Grundes selbst.

Mill selbst scheint die Unmöglichkeit seiner Definition empfunden zu haben. Ein permanentes Endliches ist ein unbedingtes Bedingtes. Und so bezeichnet er als permanent die Ursachen, „welche bestanden haben, seitdem das menschliche Geschlecht besteht, und eine unbestimmte und wahrscheinlich enorme Zeit vorher". Damit ist auf den Begriff der Permanenz in Wahrheit Verzicht geleistet.

---

[1]) a. a. O. S. 430.

[2]) Eine Unterscheidung zwischen der Erde an sich und ihrer Rotation als besonderen permamenten Ursachen würde einen Abfall zur prinzipiell ausgeschlossenen Metaphysik darstellen. Vergl. Thyrèn: Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie, I. Bemerkungen zu den strafrechtlichen Kausalitätstheorien: S. 53. Dazu Dr. Horst Kollmann: a. a. O. S. 19.

[3]) a. a. O. S. 431/432.

b) Der Millsche Begriff der permanenten Ursache erklärt sich, wie es scheint, aus der gewagten Verallgemeinerung einer bestimmten Einzelbeobachtung. Man denke an einen Leuchtturm in stürmischer Nacht. Das Licht rettet ein Schiff. Nachtvögel rennen gegen die leuchtenden Glasscheiben. In den Regentropfen sprühen matte Regenbogenfarben. Es liesse sich eine Unendlichkeit von Wirkungen auffinden. Dieser Leuchtturm kann als Prototyp der genannten Ursache angesprochen werden. (Vergl. die ähnliche Einführung S. 429 oben.) Eine Unendlichkeit von Einzelphänomenen hängt von ihm ab. Was der Leuchtturm hier ist, ist anderen Orts etwa ein Sturmwind. Wieder lässt sich eine Unendlichkeit von Wirkungen von demselben ableiten. Somit kann anscheinend das ganze Naturgeschehen auf eine Anzahl „urerster Ursachen" zurückgeführt werden, deren Gegebensein unerklärlich bleibt, die selber permanent sind. Allein was hier vom Leuchtturm, vom Sturmwind gesagt worden ist, lässt sich gleichermassen von jedem beliebigen Ereignisse behaupten. Wenn man die Probe macht und von einem beliebigen Vorgang ausgeht und dessen Wirkungen aufsucht, so gilt genau dasselbe was Mill von Sonne und Erde ausführt. „Die Sonne", sagt er, „bringt die Bewegungen der Himmelskörper, das Tageslicht und die Wärme hervor. Die Erde verursacht den Fall eines schweren Körpers, und durch ihre Eigenschaft eines grossen Magneten das Phänomen der Magnetnadel." Ihrem Wesen nach konnte jene Beobachtung Mills nur zu der Erkenntnis führen, dass jeder Vorgang mit einer Unendlichkeit von anderen in Verknüpfung steht, das alles Geschehen irgendwie mit allem andern Geschehen verhäckelt ist, denn jeder Einzelvorgang trägt das Charakteristikum der „genannten Ursache". Solange man freilich nicht erkennt, dass **jede** Veränderung mit einer Unendlichkeit anderer verwebt ist, so lange man dieses Verknüpftsein nur bei einzelnen Vorgängen bemerkt, „führt uns diese Art von Betrachtungen zu einer Vorstellung die uns für die Interpretation der Natur von grosser Wichtigkeit sein wird, nämlich zu der Vorstellung einer permanenten Ursache, oder eines ursprünglichen, natürlichen Agens".

c) Jeder einzelne Vorgang gibt zur Beobachtung Anlass, dass er mit einer unübersehbaren Zahl von Vorgängen verknüpft ist, dass unbegrenzt viele Wirkungen von ihm abhängen. Ohne jene verfrühte Generalisation hätte Mill nicht zur Annahme von permanenten Ursachen kommen können, vielmehr wäre er nachdrücklichst auf das Problem verwiesen, dessen Lösung ihm jetzt unmöglich wurde, nämlich das Zu-

sammengegebensein verschiedener Kausalketten aus einem einheitlichen Prinzip zu erklären. Was Mill von den „permanenten Ursachen" behauptet, gilt also im wesentlichen von jedem Einzelvorgang. Mill will das Weltgeschehen auf die Kollokation der permanenten Ursachen zurückführen. Das ist nicht angängig, vielmehr könnte der Gedankengang, welcher zu dem fraglichen Begriffe führte, nur auf die Erkenntnis ausmünden, dass das gesamte Geschehen als ein irgend wie geartetes Ineinandergreifen von Einzelvorgängen aufzufassen ist. Jetzt erst hätte Mill die Frage nach der Artung dieser Verhäckelung definitiv beantworten können. Es ist aber eine Konsequenz seines verfehlten Axioms, dass er auf dasselbe gestützt, die Unmöglichkeit einer solchen Beantwortung dartut. Aus den sog. „permanenten Ursachen" soll ja alles Geschehen erklärt werden, während sie selber unbedingt, oder wie Mill sagt, „zufällig" gegeben sind. Demgemäss gibt es „keine unbedingten Gleichförmigkeiten des Zugleichseins zwischen Wirkungen verschiedener Ursachen; wenn sie zugleich sind, so ist dies nur, weil die Ursachen zufällig zugleich waren." [1])

Der Millsche Realgrund stellt sich demnach dar: als eine aus einer verfrühten Generalisierung abgeleitete contradictio in adjecto, die ihren Widersprüchen entkleidet nur einen Hinweis auf das Problem, aber keinerlei Lösung bedeutet.

3. Nach dem vorigen hat die Millsche Ursache nur die Bedeutung eines Mittelgliedes in der Kette vom bedingten Geschehen zur permanenten Ursache. Insofern war das Resultat der Kritik des Millschen Realgrundes für dieselbe präjudiziell. Allein mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche grade die Strafrechtswissenschaft jener Millschen Ursachenbestimmung beilegt — von den permanenten Ursachen ist so weit mir bekannt nirgends die Rede — sei die Bestimmung der Ursache als qualifizierter Anfang einer kritischen Würdigung unterzogen.

a) Ursache ist ein Erscheinungsinbegriff, dem eine andere Erscheinung unbedingt folgt. In der Unbedingtheit glaubt Mill das Kriterium gefunden zu haben, das den Anfang zur Ursache qualifiziere. Auch König stimmt ihm darin voll bei.[2]) Und doch ist in Wirklichkeit damit nichts gewonnen. Wenn Licht eintritt, muss unbedingt Dunkelheit vorangegangen sein. Freilich würde Mill entgegnen: durchaus nicht

---

[1]) Mill: a. a. O. S. 433.

[2]) König: a. a. O. Bd. 2, S. 241.

muss unbedingt auf die Finsternis die Helligkeit folgen.[1]) Aber ist denn die Knospe Ursache der Blüte? die Jugend Ursache des Alters? Wenn Mill die Ursache einer Naturerscheinung definiert, als „das Zusammenwirken von Antezedentien auf welches dieselbe keinen anderen als negativen Bedingungen unterworfen folgt",[2]) so muss demnach die Jugend die Ursache des Alters, die Knospe die Ursache der Blüte sein, u. a. m. Damit ist aber das Ursachenproblem nicht beantwortet, vielmehr würde die Millsche Definition den Inhalt haben: gleiche Veränderungen haben einen gleichen Anfang und ein gleiches Ende. Jedesmal, wenn vom gleichen Vorgange der Anfang gegeben ist, muss das gleiche Ende folgen. Damit wäre sein Kausalaxiom nur Anwendung der Einheitsfunktion des Intellekts auf die Veränderungen.

Dem würde Mill vielleicht entgegenhalten: richtig ist, dass ich unbedingte Sequenz als Kausalzusammenhang bezeichne, auch gebe ich zu, dass bei gleichen Veränderungen dem gleichen Anfang unbedingt der gleiche Schluss folgen muss. Aber wollte man daraus den obigen Schluss ziehen, würden Grund und Folge verwechselt sein. Wenn die Ursache gegeben ist, muss die Wirkung folgen, selbst wenn das konkrete Phänomen nur ein einziges Mal aufgetaucht ist. Freilich folgt dem gleichen Anfang das gleiche Ende. Allein wir nennen den Inbegriff der Antezedentien nicht deshalb Ursache, weil er beide Male die gleichen Wirkungen im Gefolge hat: sondern umgekehrt, weil es sich um die gleichen Ursachen handelte, mussten die gleichen Veränderungen eintreten. Ursache ist eben nicht der gleiche Anfang gleicher Veränderungen, sondern der Anfang, dem die Wirkung unbedingt folgen muss, mag auch das konkrete Phänomen nur ein einziges Mal in der Erscheinungswelt vorgekommen sein.

Einer solchen etwaigen Entgegnung Mills gegenüber wäre einzuwenden: auch der Jugend folgt unbedingt das Alter, selbst wenn es nur ein alterndes Wesen gäbe. Die Jugend ist nicht die Ursache des Alters. Aber wie sollte man dann die „unbedingte Folge" erkennen? Nun, aus der Erfahrung. „Vor der Probe" weiss man noch nicht, dass auf A weiter B folgen muss.[3]) Wie gelangt man dann zur Erkenntnis der Unbedingtheit dieser Folge? Weil bei Gleichem auch die einzelnen

---

[1]) Diese Umkehrung ist von Heilborn: Der Agent provocateur (Berlin 1901) ausser Betracht gelassen (S. 51).

[2]) Mill: a. a. O. S. 422.

[3]) Vergl. dazu Hume: Untersuchungen a. a. O. S. 38.

Momente gleich sein müssen, muss dem gleichen Anfang das gleiche Ende folgen. Also der Einwand wäre stichhaltig gewesen, wenn Mill uns gesagt hätte, woran wir die Unbedingtheit der Sequenz aus dem Antezedenz vor derselben hätten erkennen können: es hätte die Millsche Ursache zugleich Erkenntnisgrund werden müssen.[1]) Indessen verwirft er selbst ja die Rationalisierung der Ursache.[2]) Somit ist mit der Qualifizierung des Anfangs zum unbedingten Anfang für die Ursachenbestimmung nichts erreicht. Nur die Rationalisierung des Ursachenbegriffes hätte weiter führen können. Mithin ist für Mill Ursache im letzten Ende doch nur der gleiche Anfang der gleichen Veränderung.[3])

6. Solange man die Millsche Ursachendefinition im ausgeführten Sinne als einen Verzicht auf die Ursachenbestimmung auffasst, ist sie denkbar. Sobald dagegen die Ursache als qualifizierter Anfang gefasst wird, als ein Zustand, dem die Wirkung unbedingt folgt, wird Mills These völlig unfassbar.

Die Wirkung folgt dem durch das Prädikat „unbedingt" qualifizierten Anfange der Ursache.[4]) Gefragt sei nach der Zeit, in welcher die Wirkung eintritt. Da eine Veränderung per saltem, wie dies schon von Aristoleles, [5]) dann mehrfach von Kant nachgewiesen ist, nicht denkbar ist, muss kontinuierlich ein Zustand dem anderen folgen. Sobald die Ursache, d. h. der fragliche Erscheinungsinbegriff gegeben ist, muss die Wirkung folgen. Wann? Da alle Veränderung in der Zeit erfolgt, kann zwischen der unmittelbaren Ursache und der unmittelbaren Wirkung — und auf die kommt es zunächst an — keine Zeit liegen.[6]) Wenn auf den Erscheinungsinbegriff A in einer bestimmten Zeit der Zustand B folgt, so muss auf A zunächst A 1, dann A 2 u. s. f. gefolgt sein. Dann ist aber auch A 1 eine Wirkung der Ursache, eine ebenso unbedingte Folge wie B, denn von A kann der Weg nur über A 1 zu B führen. Wird aber A 1 als unmittelbare Wirkung gedacht, die durch keine anderen Wirkungen,

---

[1]) Vergl. B. Erdmann: a. a. O. S. 569.

[2]) Mill: a. a. O. Bd. 1, S. 449. König: a. a. O. Bd. 2, S. 247.

[3]) Siegwart: Logik. Bd. II, S. 130, 146.

[4]) Mill: a. a. O. S. 428.

[5]) Schopenhauer, Bd. III, S. 111 u. 112. Siegwart: Logik, Bd. II, S. 102 (§ 71). Kant: Kritik der r. Vernunft. Ausgabe Reclam S. 194/195.

[6]) Dass eben eine unendlich kurze Zeit keine Zeit ist, d. h. $\frac{1}{\infty} = 0$ wird gewöhnlich ausser Betracht gelassen. Vergl. z. B. Redslob: a. a. O. S. 3.

die somit im Verhältnis zu ihr wieder Ursachen sein würden, von der unmittelbaren Ursache getrennt wird, so müssen unmittelbare Ursache und unmittelbare Wirkung zeitlich zusammenfallen. Da aber der Weg zum Mittelbaren nur über das Unmittelbare geht, das Nächstmittelbare dem Unmittelbaren selbst wieder unmittelbar ist, so müssen Ursachen und Wirkungen ständig zusammenfallen.[1]) „Wäre nun jede Wirkung mit ihrer Ursache zugleich, so würde jede Wirkung in die Zeit ihrer Ursache hinaufgerückt und eine noch so lange Kette von Ursachen und Wirkungen würde gar keine Zeit, viel weniger eine endlose, ausfüllen, sondern alle zusammen wären in einem Augenblick. Also schrumpft unter der Annahme, Ursache und Wirkung seien gleichzeitig, der Weltlauf zur Sache eines Augenblicks zusammen."[2]) Mit diesen Worten hat Schopenhauer der Ursachendefinition Mills und, wie der Verlauf der Untersuchung lehren soll, seiner eigenen Theorie das Urteil gesprochen.

c) Die Bedeutung der Millschen Behandlung der Kausalitätsfragen liegt viel weniger in den Lösungen, die er zu geben hatte, als in der Art, in welcher er die eigentlichen Probleme erfasste. Der Gedanke, dass alles bedingte Geschehen auf unbedingtes zurückzuführen sei, macht den Kern der Kausalitätsfrage aus und bleibt bedeutungsvoll, so wenig ihm auch die Millsche „permanente Ursache" entsprechen mag. Die Gegenüberstellung von Grund der Veränderung als permanenter Ursache und Ursache i. e. S. als einzelnem Glied in der Kette vom Bedingten zum Unbedingten, wie Mill sie durchführte, trifft das Wesentliche des Problems, so wenig auch den speziellen Ausführungen beizupflichten ist. Mills Versuche, die Ursache i. e. S., jenes Glied der Kausalkette, zu bestimmen, geben ein Erfassen der eigentlichen Aufgabe zu erkennen, so wenig ihr auch die eigentliche Lösung gerecht geworden ist. In diesem Sinne haben die Ausführungen Mills ganz besonders Wert als eine Propädeutik zur Erfüllung der leitenden Aufgabe.

Die Kausallösung hat die Eigenart der notwendigen Verknüpfung von Veränderungen begrifflich zu bestimmen. Auch Mill erkennt, dass die verschiedenen Vorgänge „in irgend einer Weise"[3]) verknüpft sind. Gesetzt, diese Verknüpfung sei gefunden, so wäre der „unbedingte" Zusammenhang materiell gekennzeichnet, und es wäre damit der Ein-

---

[1]) Vergl. z. B. Redslob: a. a. O. S. 3.

[2]) Welt als Wille und Vorstellung. Bd. 2, S. 52.

[3]) a. a. O. S. 407.

wurf zu widerlegen, nach welchem der Millschen Ursachenbestimmung gemäss die Jugend die Ursache des Alters sein müsste. Das Wort „unbedingt" enthält das von Mill gesuchte unbekannte verborgen. Es soll ein Steigerung des Prädikates „unveränderlich" abgeben und so auf einen besonders innigen Zusammenhang weisen, dessen Eigenart freilich problematisch bleibt. Somit gibt Mills Ursachenlösung die Aufgabe einer solchen Theorie zu erkennen, während die Kritik derselben eine naheliegende Versuchsrichtung als verfehlt dartut: d. h. die Kausalbestimmung muss die Eigenart des Ineinandergreifens der Veränderungen bestimmen; freilich darf nicht, wie Mill dies vergeblich versuchte, die Ursache als qualifizierter Anfang charakterisiert werden. —

Die Auffassung der Ursache als qualifizierter Anfang, welche allen strafrechtlichen Versuchen phänomenologischer Art stillschweigend zu Grunde liegt — deren Widerlegung gleichsam den Kern des negativen Teiles der vorliegenden Kausalitätserörterung zu bilden hat — sei nochmals als unmöglich dargetan durch eine Kritik der Lehre, in welcher sie mit höchster Schärfe durchgeführt wurde: der Schopenhauerschen Kausaltheorie.

§ 2. Schopenhauer.

I. „Wenn ein neuer Zustand eines oder mehrerer realer Objekte eintritt, so muss ihm ein anderer vorhergegangen sein, auf welchen der neue regelmässig, d. h. allemal, so oft der erstere da ist, folgt. Ein solches Folgen heisst Erfolgen und der erste Zustand die Ursache, der zweite die Wirkung". „Jede Wirkung ist bei ihrem Eintritt eine Veränderung und gibt eben, weil sie nicht schon früher eingetreten, unfehlbare Anweisung auf eine andere, ihr vorangegangene Veränderung, welche in Beziehung auf sie Ursache, in Beziehung auf eine dritte, ihr selbst wieder notwendig vorhergegangene Veränderung aber Wirkung heisst. Dies ist die Kette der Kausalität: sie ist notwendig anfangslos. Demnach also muss jeder eingetretene Zustand aus einer ihm vorhergegangenen Veränderung erfolgt sein.[1])

Dieses Kausalprinzip Schopenhauers bedarf zuvörderst noch einer Präzisierung. Ist die Ursache ein Zustand oder eine Verände-

---

[1]) Schopenhauer, Bd. 3, S. 47.

rung? Zu Beginn der zitierten Stelle wird die Ursache als ein Zustand gefasst, um sodann als Veränderung bezeichnet zu werden. Während im Verlauf der Ausführungen Schopenhauers auf S. 48 die Ursache als ein Zustand und Inbegriff der Bedingungen des Erfolges [1]) bestimmt wird, heisst es auf S. 50, „dass die Ursache ebenfalls eine Veränderung sei". Und sofort schliesst sich daran der Hinweis auf die Undenkbarkeit einer causa prima: „nicht einmal ein erster Zustand der Materie ist denkbar, aus dem, da er nicht noch immer ist, alle folgenden hervorgegangen wären." [2]) In den Grundproblemen der Moral definiert Schopenhauer die Ursache wieder als die „vorhergegangene Veränderung, welche die nachfolgende notwendig macht."[3]) Dieser scheinbare Widerspruch, der die Werke Schopenhauers durchzieht, ist gehoben durch einen Hinblick auf die Fassung seines Axioms in der Welt als Wille und Vorstellung." [4]) „Der allein richtige Ausdruck für das Gesetz der Kausalität ist dieser: jede Veränderung hat ihre Ursache in einer anderen, ihr unmittelbar vorhergängigen. Wenn etwas geschieht, d. h. ein neuer Zustand eintritt, d. h. sich etwas verändert, so muss gleich vorher etwas anderes sich verändert haben, vor diesem wieder etwas anderes und so aufwärts ins Unendliche." Damit ist folgendes gesagt: die Ursache ist ein Zustand, auf den ein zweiter notwendig folgt. Allein die Ursache ist selber eine Wirkung, ein Eintritt, ein vollzogenes Sich-Ändern, eine Veränderung. Der scheinbare Widerspruch jener beiden Fassung lässt sich damit überwinden: Ursache ist ein Zustand, auf den ein anderer ebenso notwendig folgt, wie er selbst auf einen andern folgen musste. Die doppelte Fassung gibt somit den Gedanken wieder: Jeder Zustand ist Ursache und Wirkung je nach der Seite, von der aus man ihn betrachtet.

Somit ist Schopenhauers Ursachendefinition dahin zu fassen: Ursache ist der Zustand, dem ein anderer Zustand, Wirkung genannt, regelmässig (unbedingt) folgt. Jeder Zustand ist zugleich als Ursache und als Wirkung anzusehen.

II. Es ist eine Konsequenz dieses Prinzips, dass die Bestimmung des Realgrundes als unmöglich erscheint. Wenn die Verknüpfung von Erscheinungen nur als Zustandsfolge zu denken ist, muss eine Über-

---

[1]) v. Liszt: Lehrbuch des Strafrechts. 14./15. Aufl. S. 130 ff.
[2]) Bd. 3, S. 51.
[3]) Bd. 3, S. 425.
[4]) Bd. 2, Kapitel 4.

leitung des Bedingten auf das Unbedingte so unmöglich sein, wie es ein „absoluter Anfang" wäre. Eine „permanente Ursache" ist für Schopenhauer ebenso unmöglich, wie sie es für Mill sein musste. Schopenhauer ist sich über das Streben, eine causa absoluta aufzustellen, voll im klaren, allein seinem Axiom gemäss könnte sie nur eine causa prima sein, was widersinnig wäre. Schopenhauers Kausalaxiom kann als die höchste Präzision gefasst werden, deren der Millsche Gedanke, die Ursache als qualifizierten Anfang zu bestimmen, fähig ist.

Fehlt der Grund, auf den alles Verändern zurückzuführen ist, so muss auch die Verhäckelung der Veränderungsreihen unbegreiflich bleiben. In dem Augenblicke, bevor ich dies niederschrieb, sah ich, wie der Wind die Zweige eines blühenden Apfelbaumes bewegte, wie schwere Wolken über die schneebedeckten Alpen fuhren, ich hörte die Hausbewohner die Treppe hinabsteigen, dann glitt meine Feder übers Papier — und so fort. Alles sind Kausalreihen, sie laufen nebeneinander her, sie laufen ineinander. All die unendlichen, mannigfachen Veränderungsreihen, die jetzt vorübereilen, schliessen sich zu einem einheitlichen Gewebe zusammen — aber wie? Sobald man die Verknüpfung der Erscheinungen als notwendige Folge von Zuständen auffasst, muss schon die Fragestellung als unberechtigt erscheinen.

III. Die Mill-Schopenhauersche Bestimmung der Ursache als qualifizierten Anfang stellt sich demnach im Grunde als Negierung der Möglichkeit dar, das Kausalproblem zu lösen. Und so wird für den Versuch, das phänomenologische Kausalprinzip zu bestimmen, der Nachweis präjudiziell, dass die Auffassung der Ursache als Anfang, der Verknüpfung der Erscheinungen als Zustandsfolge, völlig widersinnig ist.

Entweder ist die Schopenhauersche Ursache wie die Mills der Anfang gleicher Veränderungen, oder sie ist undenkbar. Sollte es „vor der Probe" gewiss sein, dass auf A . . . B folge, so hiesse dies den Ursachenbergiff rationalisieren.[1])

Wird dagegen die Veränderung nicht mit Hilfe des Begriffes Veränderung irgendwie geklärt, — wie dies ohne circulus möglich sei, ist in der Folge darzutun, — sondern mit Hilfe des Begriffes Zustandes, wird der Begriff der Veränderung selbst unmöglich, geschweige denn, dass eine Verknüpfung von Veränderungen denkbar wird. Nach

---

[1]) Schopenhauer, Bd. 3, S. 23 ff.

Schopenhauer ist der Zustand A die Ursache des Zustandes B, und das Kausalgesetz ist das Gesetz der Veränderungen. Eine Veränderung liegt in der Zeit. Gefragt wird nach der Zeit der Veränderung zwischen Ursache und Wirkung. Schopenhauer selbst weist darauf hin, dass jede Veränderung sich nur kontinuierlich vollziehen [1]) könne. Wird jetzt gefragt nach der Zeit zwischen unmittelbarer Ursache und unmittelbarer Wirkung, so ergibt sich, dass sobald zwischen Ursache und Wirkung eine Zeit läge, auch Zustände dazwischen liegen würden, und so die Wirkung nicht unmittelbar der Ursache folgen. Also müssen unmittelbare Ursache und unmittelbare Wirkung zusammenfallen.[2]) Weil aber der Weg zum Mittelbaren nur über das Unmittelbare führt, und das Nächstmittelbare dem Unmittelbaren selbst wieder unmittelbar ist, folgt, dass gerade unter der Annahme des Schopenhauerschen Axioms „der Weltlauf zur Sache eines Augenblicks zusammenschrumpfen müsse".[3]) Der doppelte Widersinn liegt darin, dass einmal das Schopenhauersche Axiom den Grund des Werdens geben will [4]) und es dabei unbegreiflich macht, dass ferner dem Satze der Identität widersprochen wird. Der Zustand A soll zugleich mit Zustand B gegeben sein. Der endliche Zustand A ist als Grund [5]) das B ausschliesslich bedingende, d. h. A = B. Nun ist aber die Wirkung nicht mit der Ursache identisch, d. h. A = non A. —

§ 3. Der Fundamentalfehler der bekämpften Lehren. (Hume.)

I. Sowohl Schopenhauer wie Mill gingen bei der Bestimmung der Ursache vom Begriff des Zustandes aus, indem sie die Ursache als qualifizierten Anfang definierten. Der Zustand ist als der materielle Inhalt des Augenblicks anzusehen. Ebenso wenig aber — dies mit Bezugnahme auf die lineare Dimension der Zeit — wie man eine Linie aus ihren mathematischen Punkten, eine Zeitspanne au Augenblicken er-

---

[1]) S. o. S. 68. Schopenhauer, Bd. 3, Kapitel 4, § 25.

[2]) Vergl. Hume: Untersuchungen über den menschlichen Verstand. Deutsch von Nathansohn. 2. Aufl., S. 19. „Wer die Verschiedenheit irgend welcher Mittelglieder nicht zugeben will, kann nicht ohne Ungereimtheit die Gleichheit der äussersten leugnen."

[3]) Welt als Wille und Vorstellung. Bd. 2, S. 52, s. o. S. 69.

[4]) Bd. 3, S. 47.

[5]) Bd. 3, S. 170 f.

klären kann, vermag man eine Veränderung auf Zustände zurückzuführen. Mathematische Punkte fallen zusammen, wie dies auch Aristoteles der erwähnten Beweisführung zum Grunde legt. Die Linie ist kein Inbegriff aneinandergereihter Punkte, sondern die Verbindung zweier Punkte. Die Veränderung ist keine Reihe von Zuständen, wohl aber eine Verbindung von Zuständen. Deshalb ist der Satz völlig richtig, dass bei zwei gleichen Veränderungen auf den gleichen Anfang der gleiche Schluss folgt — es ist dies ebenso richtig wie die Erkenntnis, dass damit das Ursachenproblem in nichts gefördert worden ist.

An diese Betrachtung schliesst sich das Raisonnement der griechischen Philosophie an, insofern sie aus dem notwendigen Zusammenfallen der Zustände die Wirklichkeit der Veränderung, der Bewegung ableugnen will. Zeno folgert aus der Undeutbarkeit der Bewegung, bei der, wenn sie wirklich sein sollte, ein Körper zugleich an einem Orte sein und nicht sein, d. h. Ursache und Wirkung zusammenfallen müsse, die Unwirklichkeit desselben. Platon nimmt das Argument auf, um mit seiner Hilfe die Unwirklichkeit des wahrgenommenen Weltbildes zu erweisen, das ein ewiges Werden und Vergehen, unendliche Veränderung zeigt.[1]) Freilich liegt dem ein Sophisma zu Grunde, das dem von Achilles und der Schildkröte [2]) sehr ähnlich ist, in welchem aus der Unmöglichkeit, durch Division mit endlichen Grössen 0 zu erreichen, abgeleitet wird, dass Achilles die Schildkröte nie erreichen kann. Das Sophisma liegt darin, dass man aus der Resultatlosigkeit einer notwendig falschen, aber scheinbar richtigen Methode die Unmöglichkeit des anderweitig zweifellosen Resultats dartun will. In unserem Falle kann aus einer Aneinanderreihung von Zuständen nie eine Veränderung erklärt werden. Das griechische Sophisma will schliessen, dass es deshalb keine gäbe.[3])

II. Ich halte den immer wiederkehrenden Versuch, die Ursache zu rationalisieren, für einen Ausfluss der richtigen Erkenntnis, dass mit

---

[1]) Paulsen: Einleitung in die Philosophie. S. 370/371, 408. Siegwart: Logik. Bd. II, S. 156.

[2]) Achilles verfolgt eine 12 Ellen vor ihm laufende Schildkröte. Achilles läuft 12 mal schneller als die Schildkröte. Indem er die 12 Ellen zurücklegt, ist die Schildkröte um 1 Elle vorwärtsgekommen. Indem er die 1 Elle sich vorwärts bewegt, macht die Schildkröte $^1/_{12}$ Elle. Achilles macht $^1/_{12}$ Elle, die Schildkröte $^1/_{144}$ Elle, u. s. f. in infinitum: also Achilles erreicht die Schildkröte niemals.

[3]) Über die Stellung der Eleaten zum Begriff des Geschehens. Vergl. Windelband: Geschichte der Philosophie, Aufl. 2, 1904, S. 40, 44, insb. 94 ff. Fr. Nietzsche: Werke (kl. Ausgabe), Bd. I, S.

Hilfe des Begriffes Zustand die Veränderung gar nicht zu erfassen ist. „Es war die ganze physikalische Philosophie der Griechen ein Versuch, die Wirkung mit ihrer Ursache geistig zu identifizieren.“ „Sie wollten den Grund sehen, warum das physikalische Antezedenz diese besondere Konsequenz hervorbrachte, und ihr ganzes Streben ging in Richtungen, in denen sie solche Gründe finden konnten. Mit anderen Worten, sie waren nicht damit zufrieden, bloss zu wissen, dass eine Erscheinung immer auf die andere folgt, sondern sie glaubten das wahre Ziel der Wissenschaft nicht erreicht zu haben, wenn sie in der Natur der einen Erscheinung nicht etwas wahrgenommen hätten, woraus man „vor der Probe“ hätte wissen oder vermuten können, dass das andere auf es folgen werde“.[1])

Während griechische Philosophen in extremstem Rationalismus aus der Unmöglichkeit, dieses Ziel zu erreichen, auf die Unwirklichkeit der Veränderung schlossen, leitete Hume in seinen für die spätere Entwicklung so bedeutsamen [2]) Untersuchungen [3]) aus gleichem Grunde die Unmöglichkeit einer Kausallösung ab.

Für Hume ist die Ursache ein „Gegenstand“,[4]) der mit einem anderen ihm nachfolgenden Gegenstande „verknüpft“ [5]) ist. Also: die Ursache ist ein Zustand, mit dem ein anderer ihm nachfolgender verknüpft ist. Wollten wir die Beziehung zwischen der Ursache und dem ihm nachfolgenden Zustande, der Wirkung, als notwendig erfassen, so müssten wir aus der Ursache auf die Wirkung schliessen können, wir müssten durch eine Analyse der Ursache die Wesenheit der Wirkung bestimmen können.[6]) Ohne die Erfahrung zu Hilfe zu nehmen,[7]) kann der Geist „bei der genauesten Prüfung und Untersuchung nie die Wirkung der vorausgesetzten Ursache finden: denn die Wirkung ist gänzlich von der Kausallösung verschieden und kann folglich niemals in ihr entdeckt

---

[1]) Mill: a. a. O. S. 449. Dazu König: a. a. O. Bd. 2, S. 247.

[2]) Kant: Prolegomena. Ausgabe Reclam, S. 34. Kuno Fischer: Kant. Bd. I. Aufl. 4, S. 290 f. Windelband: Geschichte der neueren Philosophie. Bd. 2, S. 41 f.

[3]) Hume: Untersuchungen über den menschlichen Verstand. Übersetzt von Nathansohn, 2. Aufl. Inbes. Abschnitt 4, 5 u. 7.

[4]) Hume: a. a. O. S. 35, 37, 43, 57, 56, 88, 180.

[5]) Hume: a. a. O. S. 22 f. „Von der Assoziation der Ideen.“

[6]) Hume: a. a. O. S. 43, 88.

[7]) Hume: a. a. O. S. 35, 36, 37, 38, 40, 51, 86.

werden." [1]) Da aber ein Schluss auf die Wirkung a priori nicht möglich ist, haben wir keine Möglichkeit zu schliessen, dass gleiche Ursache stets die gleichen Wirkungen haben werden. Es ist durchaus nicht widersinnig, dass dem Zustand A statt des Zustandes B der Zustand C folge,[2]) dass die Weltentwicklung andere Bahnen einschlagen [3]) werde.

Da eine Kausallösung, d. h. die Erkenntnis, warum dem gleichen Zustande immer der entsprechend gleiche folge, nur möglich wäre, wenn man a priori aus der Gegebenheit des ersten Zustandes auf die Wesenheit der Folge schliessen könnte, eine derartige Rationalisierung der Ursache aber nicht möglich ist, kann das Kausalproblem keine Antwort finden. Wir können über die notwendige Verknüpfung der Erscheinungen nichts wissen, sondern nur erfahrungsgemäss [4]) die verschiedenen Zustandsfolgen konstatieren, und die Gewohnheit [5]), bestimmte Vorgänge verknüpft zu sehen, führt, man könnte sagen „verführt", zur Annahme eines notwendigen Zusammenhangs.

III. Aus dem Satze: die Veränderung kann nur als Zustandsfolge gefasst werden, Ursache und Wirkung sind nur als qualifizierte Zustände zu denken, ist (durch die griechische Philosophie) die Unmöglichkeit eines wirklichen Veränderns, wie ferner die eines begreiflichen Veränderns abgeleitet worden. Im Grunde behaupten beide Schlüsse dasselbe, denn den Eleaten war nur die begreifliche Veränderung die wirkliche. Jene These stützt sich aber auf die präjudizielle Prämisse, dass die Veränderung auf eine Reihe von Zuständen zurückzuführen ist, dass die Ursache ein qualifizierter Anfang sei. Und diese Annahme ist falsch. Humes Kritik hat ihre Konsequenzen durchgeführt. Seine Behauptung, dass auf jenem Grunde eine Kausalerklärung unmöglich sei, hat an den Lehren Schopenhauers wie Mills seine Bestätigung gefunden. Wenn die Ursache ein Zustand ist, dem ein anderer, Wirkung genannt, notwendig folgt — wird das unendliche Weltgeschehen zur Sache eines Augenblicks, wird unbegreiflich oder unwirk-

---

[1]) Hume: a. a. O. S. 37.

[2]) Hume: a. a. O. S. 37, 38, 42, 44, 47, 92.

[3]) Hume: a. a. O. S. 44: „Denn es schliesst keinen Widerspruch ein, dass der Naturlauf sich ändern und ein Gegenstand scheinbar denen ähnlich, über die wir eine Erfahrung besitzen, von verschiedenen oder entgegengesetzten Wirkungen begleitet sein könne." Dazu bes. S. 51.

[4]) Hume: a. a. O. S. 35 f., 40 f., 186.

[5]) Hume: a. a. O. S. 52 ff., S. 180. Vergl. dazu Schopenhauer: Ges. Werke (Reclam). Bd. III, S. 105.

lich. Bei Hume selbst finden sich Andeutungen einer möglichen Kausalauffassung. Veränderungen sind nicht durch Zustände, sondern durch Veränderungen zu erklären. Das Kausalproblem ist erst gelöst, wenn die Verhäckelung der Veränderungen erkannt ist. Wir müssen zur Erfüllung jener Aufgabe „irgend ein Vermögen oder eine notwendige Verknüpfung entdecken, irgend eine Qualität, welche die Wirkung an die Ursache bindet, und die eine zur unfehlbaren Folge der anderen macht".[1]) Das Resultat der Humeschen Kritik kann dahin gefasst werden: eine Lösung des Kausalproplems ist unmöglich, wenn der allgemein herrschenden Auffassung gemäss die Veränderung als Zustandfolge, die Ursache und Wirkung als Zustände gefasst werden; soll sie dennoch gelingen, ist vom Begriff Veränderung auszugehen, um so die notwendige Verknüpfung der Erscheinungen aufzuweisen.

Durch die hiermit beschlossene Kritik ist Ziel und Artung der nachfolgenden Kausallösung bestimmt worden.

Unterabteilung 2.

Der phänomenologische Ursachenbegriff.

§ 1. Die Theorie der Veränderungssynthese. (Kant.)

I. 1. Verändern heisst anders werden. Ein Zustand A hat sich geändert. Wäre A für sich geblieben, so hätte er sich nicht geändert. Wenn A aber anders wurde, so muss zu A noch etwas hinzugekommen sein. Mit der Nichtveränderung muss sich eine Veränderung verknüpft haben. Das Objekt A wäre A geblieben, wenn das Objekt B nicht hinzugetreten wäre. Die Veränderung von A vollzieht sich jedoch nicht, nachdem B hinzugetreten war, sondern indem B hinzutritt. Eine Veränderung setzt also eine Zweiheit von Komponenten voraus, von denen der eine in Ruhe, als Nichtveränderung, zu denken ist. Zu diesem muss ein zweiter Komponent hinzutreten, der selbst als Veränderung zu fassen ist. Allein das Hinzutreten des bewegten Komponenten und die in Frage stehende Veränderung treten nicht nach einander ein: sondern die Veränderung selbst ist die Einheit der beiden Komponenten. Die

---

[1]) Hume: a. a. O. S. 73, dann S. 51. Es ist bei den Ausführungen Humes zu beachten, dass „Kräfte" nichts als „wirkliche Veränderungen" sein können.

Veränderung ist also eine Wesenseinheit wesensungleicher Komponenten, d. h. ein Synthese von Veränderung und Nichtveränderung. Die Veränderung und die Nichtveränderung formen nicht eine nachher eintretende Veränderung, sondern sind die Veränderung[1]) selbst. Nicht kommt ein Teil Sauerstoff mit zwei Teilen Wasserstoff zusammen, auf dass erst dann Wasser sich bilde, sondern H_2O ist Wasser.

Sehr nahe kommt der vertretenen Auffassung die entsprechende Ausführung Thyrèns. Für ihn steht es fest, „dass aus Ruhe an und für sich nie und nimmer Bewegung hervorgehen kann".[2]) Indessen muss man sich hüten, daraus die Konklusion zu ziehen: „dass wahre Kausalität nur den Bewegungen zukomme".[3]) Vielmehr „das wahre Verhältnis ist, dass zwischen Bewegung und Zustand eine Wechselwirkung stattfinde, somit vollkommene beiderseitige Aktivität".[4]) — Freilich hat Thyrèn den Gedanken nicht zu Ende geführt, indem er ihn nur zur Widerlegung der Auffassung verwendet, dass die bewegten Bedingungen als in besonderem Sinne kausal, als Ursachen im e. S. zu nehmen seien. — Bei Traeger[5]) wird das Verhältnis von Veränderung und Nichtveränderung durch folgende Worte entsprechend charakterisiert: „Niemals kann ein Ding die Ursache einer Veränderung sein". (16) „Das zweite Ding kann nicht mehr als ein sich bloss passiv verhaltendes Objekt betrachtet werden, auf welches das erste Ding einwirkt, es ist vielmehr ein Teil des Gesamtgrundes, aus dem sich die Veränderung erklärt". (15)

Also die Veränderung kann nur als einheitlicher Vorgang gedacht werden, der in zwei wesensungleiche Komponenten zu zerlegen ist, als die Synthese von Veränderung und Nichtveränderung. Um ein Beispiel aus dem Alltäglichen zu nehmen. Wir schlagen ein Buch auf: Handbewegung und Öffnen des Buches sind ein Vorgang. In der Fassung: „das durch die Hand geöffnete Buch" ist das synthetische Moment zum Ausdruck gelangt.[6])

---

[1]) Damit wird der von Genzmer: Begriff des Wirkens, Berliner Seminar-Abhandlung, 1903, S. 33, wie von Hartmann: Das Kausalproblem im Strafrecht, Breslau 1905, gemachte Einwurf hinfällig, dass es ruhende Zustände nicht geben könne. Gewiss, alles ändert sich, allein die Veränderung kann nur gedacht werden als die Synthese von Veränderung und Nicht-Veränderung.

[2]) Thyrèn: Bemerkungen zu den strafrechtlichen Kausalitätstheorien. S. 51.

[3]) a. a. O. S. 52.

[4]) a. a. O. S. 54.

[5]) a. a. O. S. 13 f.

[6]) Vergl. Siegwart: Logik. Bd. II, S. 131, 142.

2. Wenn die Bestimmung der Veränderung als Synthese von Veränderung und Nichtveränderung richtig ist, so ergibt sich aus ihr eine doppelt unendliche Reihe: die formal verweist einmal auf die unendlichen gleichzeitig im Raum gegebenen Veränderungen, sodann auf die unendlichen sukzessive in der Zeit gegebenen Veränderungen.

a) In der Formel: Veränderung ist die Synthese von Veränderung und Nichtveränderung kommt der Begriff Veränderung als Synthesiskomponent vor, ist also wiederum als Synthesis aufzufassen, und wieder ist der Komponent Veränderung zu zergliedern, und so fort. Jede Veränderung ist eine Synthese von Veränderung und Nichtveränderung. Bei jeder konkreten Veränderung, die man betrachtet, sind die beiden Komponenten zu finden. Betrachtet man ferner den einen Komponenten für sich, so findet man wiederum die gleiche Zweiheit. Analysiert man weiter den Komponenten Veränderung, so trifft man wieder auf die Zweiheit, von welcher dieselbe Kette in infinitum fortführt. Mit anderen Worten die Formel: Veränderung = Synthese von Veränderung und Nichtveränderung umschliesst die unendlichen, gleichzeitig im Raum sich abspielenden Veränderungen.

b) Zugleich verweist die Formel auf die unendliche Zeit. In der Veränderung haben beide Komponenten sich zusammengeschlossen. Beide waren nicht so, beide sind vielmehr als Abschluss von Veränderungen aufzufassen. Jeder Komponent weist also auf eine Veränderung, die selbst wieder in zwei Komponenten zu zergliedern ist. Jeder dieser Komponenten ist selbst wieder geworden, der Abschluss einer Veränderung weist also seinerseits auf eine Komponenten-Zweiheit, deren jedes Glied wiederum derart hinaufweisen muss. Also deutet jede Einzelveränderung, jeder Veränderungskomponent, in der unendlichen Zeit auf eine Unendlichkeit von gleichzeitig im Raum gegebenen Synthesiskomponenten. Dass die Einzelveränderung von der Unendlichkeit von Synthesiskomponenten abhängt, ist erst denkbar, wenn zwischen ihr und dem betreffenden „Weltzustand" — denn das ist der Inbegriff unendlich vieler gleichzeitig im Raum gegebener Synthesiskomponenten — eine unendliche Zeit verflossen ist. Jeder Einzelzustand des gegenwärtigen Weltzustandes ist von dem Weltzustande vor unendlicher Zeit in der ausgeführten Weise abhängig. Aber j e d e r Zustand des gegenwärtigen ist von jenem Weltzustand ganz abhängig: d. h. durch unendliche Zeit getrennte Weltzustände sind völlig von einander abhängig. Jedoch die Verknüpfung der durch die unendliche Zeit getrennten Weltzustände ist

die in unendlicher Zeit sich abspielende unendliche Veränderung selbst — oder ist die unbedingte Veränderung.

3 1. Damit wäre die Überleitung der Einzelveränderung in die unbedingte Veränderung abgeschlossen. Um sie nochmals in ihren formalen Grundzügen zu wiederholen, so ergibt sich folgende Kette:

a) Die Veränderung ist die Synthese von Veränderung und Nichtveränderung. Da in der Formel der eine Komponent Veränderung ist, ergibt sich eine unendliche Reihe: also die Einzelveränderung weist auf die Unendlichkeit gleichzeitiger Veränderungen im Raum.

b) Da die Einzelveränderung nicht immer war, mussten die Komponenten zusammentreffen. Somit ist das Eintreffen jedes Komponenten als Abschluss einer Veränderung aufzufassen und entsprechend zu zergliedern. Für jede dieser Veränderungen mussten die Komponenten zusammentreffen, bis entsprechend in infinitum fortgesetzt, jede Einzelveränderung eine Unendlichkeit von Komponenten erfordert. In diesem Sinne ist jede Einzelveränderung mit dem Weltzustand vor unendlicher Zeit verbunden.

c) Nun aber deutet jede Einzelveränderung auf die Unendlichkeit gleichzeitiger Veränderungen bezw. Veränderungskomponenten im unendlichen Raum. Jeder dieser Komponenten, als Veränderungsabschluss aufgefasst, hängt ab von dem Weltzustand vor unendlicher Zeit. Die zwischen zwei durch unendliche Zeit getrennten Weltzuständen sich abspielende Veränderung ist die unendliche Veränderung, das unbedingte Geschehen.

3 2. Damit hat erst das Wort Birkmeyers seine volle Rechtfertigung gefunden „der Kausalzusammenhang im philosophischen Sinne ist mit Weltzusammenhang identisch".[1]) Und die ganze Abteilung ist ein Versuch, den Gedanken Fichtes begrifflich wiederzugeben,

---

[3]) Birkmeyer: a. a. O. S. 7.

nach dem alles anders sein müsse, wenn „ein Sandkörnchen an einer anderen Stelle" läge.[1]) Also: da die Formel: „Veränderung ist die Synthese von Veränderung und Nichveränderung", sowohl die Unendlichkeit der im Raum sich gleichzeitig vollziehenden Veränderungen umschliesst als jede der Einzelveränderungen als von dem Inbegriff der vor unendlicher Zeit im Raum gegebenen Veränderungskomponenten abhängig dartut, nun aber die zwischen den durch unendliche Zeit getrennten Weltzuständen sich vollziehende Veränderung die unbedingte Veränderung ist: so ist durch jene Formel die Verknüpfung der bedingten Veränderung mit der unbedingten geleistet, mit ihr der formale Weltknoten gewiesen und die Frage nach dem Kausalaxiom auf phänomenologischem Grunde beantwortet.

3 a. Der Grund der Veränderung ist die unbedingte Veränderung: das Weltgeschehen. Die Ursache im phänomenologischen Sinne ist somit das Weltgeschehen, die unbedingte Veränderung. Der Kausalzusammenhang besteht in der Verknüpfung der Einzelveränderungen mit dem Weltgeschehen. Jede den Kausalzusammenhang bildende Veränderung ist kausal und kann in diesem Sinne als Ursache i. e. S. bezeichnet werden. Da der Ursachenbegriff zur Scheidung von unbedingter und in sie überleitender Veränderung drängt, ist die Gegenüberstellung von Ursache und Ursache i. e. S. inhaltlich gerechtfertigt. Nur das Weltgeschehen, die unbedingte Veränderung als Ursache zu bezeichnen, und den Begriff einer Ursache i. e. S. fallen zu lassen, wie dies Lam-

[1]) „Mache, wenn du willst, den Versuch mit diesem Körnchen Flusssandes, das du erblickst. Denke es dir um einige Schritte weiter landeinwärts liegend. Dann müsste der Sturmwind, der es vom Meere hertrieb, stärker gewesen sein, als er wirklich war. Dann müsste aber auch die vorhergehende Witterung, durch welche dieser Sturmwind und der Grad desselben bestimmt wurde, anders gewesen sein, als sie war, und die ihr vorhergehende durch die sie bestimmt wurde; und du erhältst in das Unbestimmte und Unbegrenzte hinauf eine ganz andere Temperatur der Luft, als wirklich stattgefunden hat, und eine ganz andere Beschaffenheit der Körper, welche auf die Temperatur Einfluss haben, — und auf welche sie Einfluss hat. — Auf die Fruchtbarkeit und Unfruchtbarkeit der Länder, vermittels dieser und selbst unmittelbar auf die Fortdauer der Menschen hat sie unstreitig den entscheidensten Einfluss. Wie kannst du wissen, — ob nicht bei derjenigen Witterung des Universums, deren es bedurft hätte, um dieses Sandkörnchen landeinwärts zu treiben, irgend einer deiner Vorväter vor Hunger, oder Frost oder Hitze würde umgekommen sein, ehe er den Sohn erzeugt hatte, von welchem du abstammest? — Dass du sonach nicht sein würdest, alles, was du in der Gegenwart und für die Zukunft zu wirken wähnest, nicht sein würde — weil ein Sandkörnchen an einer anderen Stelle liegt." — Fichte: a. a. O. S. 14/15.

masch[1]) in seiner Ausgestaltung der Millschen Lehre mit Bezug auf die Bestimmung der Ursache gleich Inbegriff aller Antezedentien vorgeschlagen hat, würde verfehlt sein; nicht durch die Scheidung, sondern ohne sie würde der Ursachenbegriff seine Bestimmtheit verlieren. Die Enddefinition der Theorie der Veränderungssynthese lautet demnach:

Ursache ist die unbedingte Veränderung: das Weltgeschehen.

Ursache i. e. S. ist jede die relative in die absolute — die bedingte in die unbedingte — überleitende Veränderung.

II. 1. Die durch die Theorie der Veränderungssynthese gegebene Kausalerklärung stützt sich auf die beiden Behauptungen: 1. eine metaphysische Ursachenbestimmung als Veränderungserklärung ist unmöglich,[2]) da Kraft das Wirkliche der Veränderung bedeutet; 2. die Veränderungen können nicht mit Hilfe des Begriffes Zustand, sondern nur mit dem der Veränderung erklärt werden. Dem präjudiziellen Satze, dass Kräfte ohne entsprechende Veränderungen gar nicht gedacht werden können, dass Kraft im metaphysischen Sinne das Wirkliche in der Veränderung, in weiterer Bedeutung Veränderungen, insofern sie wirklich sind, bezeichne, tritt der Hinweis auf die latenten Kräfte gegenüber. Die oben[3]) geleistete Argumentation gegen die Möglichkeit einer metaphysischen Kausalerklärung nahm den Ausgang vom Satze, dass der Begriff Kraft den Begriff Veränderung voraussetze; und es ist grade das Charakteristikum der latenten Kräfte, dass sie nicht etwa einer Veränderung zu Grunde liegen. Die „effektiven" Kräfte sind freilich an Veränderungen geknüpft, allein nicht die „potentiellen" oder „latenten" Kräfte. Die Aufgabe des nachfolgenden Abschnitts sei es mit Hilfe der geleisteten Veränderungsanalyse[4]) die Richtigkeit des ersten Präjudizialsatzes dem Hinweis auf die latenten Kräfte gegenüber darzutun.

2 a. Auf das Vorhandensein latenter Kräfte kann nur aus der Äusserung effektiver Kräfte zurückgeschlossen werden. Dass potentielle Energie gegeben war, lässt sich nur aus dem Eintritt einer Veränderung ableiten. Wenn man, ohne dass die fragliche Veränderung bereits ein-

---

[1]) H. Lammasch: Handlung und Erfolg. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 9, S. 26.

[2]) Vergl. Benno Erdmann: Logik. Aufl. 2, S. 125.

[3]) S. oben S. 7 f.

[4]) S. oben S. 45 f.

trat, latente Kräfte annimmt, so ist dies nur möglich, dass man die entsprechende Bewegung beim Eintritt bestimmter Umstände erwartet. Zwei auf gleicher Ebene hart nebeneinander stehende Marmorquader geben ebensowenig Anlass auf latente Kräfte zu schliessen, wie zwei aufeinander liegende Steinplatten. Dass es sich im zweiten Fall um eine latente Kraft handelte, dass die obere Platte auf die untere einen Druck ausübte, erkennt man erst nach Entfernung der unteren. Um ein anderes Beispiel zu geben, sei an einen modernen Dampfhammer erinnert. Es ist möglich, den Metallblock des Hammers beim Herabfallen auf das genaueste zu regulieren. Es ist denkbar, dass der Hammer den Amboss berührt, ohne dass dessen Last auf ihm ruht. Betrachtet man Hammer und Block also in inniger Berührung, kann man aus nichts auf das Vorhandensein einer latenten Kraft schliessen. Sieht man den Hammer also eingestellt, ohne etwas von der Regulierung zu wissen, wird man zweifellos einen Druck des Hammers auf den Amboss annehmen, eine latente Kraft, die „effektiv" wird, wenn man den Amboss entfernen wollte. Wo nie und nimmer eine Bewegung eintrat, wo keine Möglichkeit für eine solche gegeben zu sein scheint, kann eine „latente" Kraft nicht angenommen werden. Allein damit ist für die in Frage stehende Argumentation noch nichts gewonnen. Gewiss ist, dass man nur aus einer Veränderung auf eine latente Kraft schliessen kann, allein man schliesst auf ihr früheres, nicht auf ihr gegenwärtiges Vorhandensein. Man ist genötigt, die latente Kraft anzunehmen, als noch keine Veränderung gegeben war: also sind doch Kräfte ohne gleichzeitig hinzugehörende Veränderungen denkbar.

2 b 1. Man nimmt latente Kräfte dort an, wo Druck und Gegendruck sich aufheben. Es handelt sich um ein einheitliches Gegebensein von Druck und Gegendruck, um eine Wesenseinheit von Wesensungleichem. Somit kann die latente Kraft definiert werden als die Synthese von Druck und ihm äquivalentem Gegendruck.

2 b 2. Bei dieser Begriffsbestimmung ist weiter zu fragen nach dem was unter Druck zu verstehen ist. Druck ist zunächst ein „psychologischer" Begriff.[1]) Gesetzt, dem Menschen wäre der Tastsinn nicht gegeben, würde das Phänomen des Druckes dem Menschen unbekannt geblieben sein. Der Mensch empfindet Druck, wenn er körperlich verändert oder er verändert wird, oder um es in der Terminologie der Theorie

[1]) Genzmer: a. a. O. S. 16.

der Veränderungssynthese auszudrücken, wenn er körperlich den positiven oder negativen Synthesiskomponenten abgibt. Gedacht sei an einen Ringkampf, sowohl der Sieger wie der Unterliegende empfinden den Druck. Dieser Druck ist eine völlig einheitliche Empfindung des Tastsinns, in ihr ist nichts unterschieden. Der Sieger oder der Besiegte im Ringen empfindet nicht einmal den von ihm, dann den vom Gegener ausgeübten Druck, sondern beide haben eine absolut ungeteilte Druckempfindung. Jedesmal, wenn der Mensch einen Druck empfindet, ist er körperlich Komponent einer Veränderung. Im Druck empfindet er vermittelst des Tastsinns einheitlich, was der Intellekt vermittelst des Gesichtssinnes in eine Synthese von Veränderung und Nichtveränderung zergliedert. Der Druck ist also die gefühlsmässige Erfassung der Synthese als solcher. Wenn wir die Druckvorstellung auf Veränderungen übertragen, bei denen kein empfindungsfähiges Wesen den einen Synthesiskomponenten abgibt, so will dies besagen, dass die Veränderung so aufgefasst wird, als ob der eine der Komponenten ein empfindendes Wesen sei.[1]) Der Druck ist die Auffassung der Synthese als solcher von seiten des positiven, der Gegendruck dieselbe Auffassung von seiten des negativen Synthesiskomponenten. Sowohl das den Druck wirklich (bezw. fingiert) empfindende Wesen, wie das den Gegendruck empfindende, haben eine absolut einheitliche Empfindung, die dem Reich der Anschauung — und in diesem Sinne dem Reiche der Erscheinung — nicht angehört. Dieser einheitlichen Sensation entspricht im Reich der Anschauung die Synthesis von Veränderung und Nichtveränderung. Druck ist das Korrelat des Satzes: die Veränderung ist eine Synthese von Veränderung und Nichtveränderung im Bereich des wirklichen bezw. fingierten Tastempfindens. Es liegt ein Druck vor — oder eine Veränderung ist gegeben, beides besagt dasselbe. —

2 b 3. Allein ist dies richtig von der latenten Kraft? Letztere war definiert als Synthese von Druck und äquivalentem Gegendruck. Von Synthese kann aber nur in dem von der Anschauung umgrenzten Reich der Erscheinungen gesprochen werden. Die Worte Druck und Gegendruck sind demnach in die Sprache der Erscheinungswelt zu übertragen. In dieser ist ein Druck ein Veränderungskomponent, und zwar der sich

---

[1]) „Indem wir diesen Gesichtspunkt ausdehnen, scheint einerseits alles, was aus der Ruhe in Wirken übergeht, in ähnlicher Weise aus einer immer bereiten Kraft heraus handelnd, dem wollenden Menschen vergleichbar“ . . . . Siegwart: a. a. O. Bd. II, 135.

ändernde. Druck ist ja die gefühlsmässige Erfassung der Synthese von seiten des positiven Komponenten. Der Gegendruck ist im Reich der Erscheinung als der negative Komponent gegeben. Wenn Druck und Gegendruck gleich sind, handelt es sich um eine Veränderung, bei der jeder Komponent zugleich den Komponenten Veränderung als den Komponenten Nichtveränderung abgibt. Demnach ist die latente Kraft eine Veränderung, deren jeder Komponent zugleich Veränderung und Nichtveränderung ist. Jeder Komponent, in dem er verändert, verändert er nicht. Also: die latente Kraft ist eine Veränderung, die als Nichtveränderung erscheint.

2 c 1. Die phänomenologische Erfassung der latenten Kräfte führt also zum Begriff einer Veränderung, bei der jeder Komponent zugleich positiv und negativ ist, zu einer Veränderung, die keine ist — also zu einer contradictio in adjecto. Doch dieser Schluss ist nicht richtig, die gegebene Bestimmung ist irrational, nicht widersinnig. Es ist irrational zu behaupten, dass Achilles die Schildkröte doch erreichen muss; allein es ist nicht widersinnig. Es ist irrational zu behaupten, dass man durch Division 0 erzielen kann, doch nicht widersinnig. Wie in diesem Falle, wird die fragliche Bestimmung irrational, weil der Faktor Unendlichkeit in der Rechnung vorkommt.

Gedacht sei an zwei nach Entfernung der Belastung noch auf- und niederschwebende Wagschalen. Bei der Veränderung der Wage ist bald der eine, bald der andere Teil der Wage als positiver Komponent aufzufassen. Dieselbe Schale ist nacheinander positiver und negativer Komponent. Dieser Wechsel sei unendlich schnell gedacht. A und B wechseln sich dauernd unendlich schnell ab besagt, dass A $\frac{1}{\infty}$ Zeitteil auf B, B $\frac{1}{\infty}$ Zeitteil auf A folge. Der unendlich schnelle Wechsel zweier Qualifikationen am gleichen Objekt besagt: die Qualifikationen sind gleichzeitig gegeben. Die Definition der latenten Kraft als einer Veränderung, bei der jeder Komponent zugleich Veränderung und Nichtveränderung ist, kann demnach auch die Fassung erhalten: Die latente Kraft ist eine Veränderung, bei der jeder Komponent in unendlich kurzer Zeit abwechselnd Veränderung und Nichtveränderung ist. Damit ist der irrationelle, nicht widersinnige Charakter der Definition hervorgehoben.

2 c 2. Man bestimmt den Druck nach der ihm entsprechenden Orts-

bewegung; das Gleiche gilt von den latenten Kräften. Eine latente Kraft ist um so grösser, je grösser die Ortsveränderung ist, die der einzelne Komponent als positiver, das Gegenüber als negativer gedacht hervorbringen würde, und die in unendlich kurzer Zeit durch den jetzt als positiv auftretenden unendlich kurz zuvor negativen Komponenten wieder aufgehoben wird. Die latente Kraft ist auf ein in unendlich kurzer Zeit sich folgendes Verändern und Wiederaufheben dieser Veränderung zurückgeführt worden. Die Grösse der latenten Kraft hängt ab von der Grösse der Veränderung, welche eintritt und in unendlich kurzer Zeit wieder aufgehoben wird.

Mit Hilfe dieses Versuches, die Theorie der Veränderungssynthese auszubauen, erscheint das Erfassen der „potentiellen" Energie, der latenten Kraft überhaupt erst möglich. Jetzt wird erst der Hinweis auf diese „qualitas occultissima" verständlich. Die Kraft ist das Wirkliche der Veränderung, bezw. eine Veränderung, insofern sie wirklich ist. Genau denselben Sinn hat es, wenn man von einer latenten Kraft redet. Bevor es zu einer Veränderung kommt, ist es nicht möglich, den Zustand der Nichtveränderung von dem einer Veränderung, bei der jeder Komponent in unendlich kurzer Zeit abwechselnd Veränderung und Nichtveränderung ist, zu unterscheiden. Behauptet man, obzwar keine Veränderung vorliegt, das Gegebensein einer Kraft, so besagt dies, dass die Veränderung deshalb nicht in Erscheinung tritt, weil die Komponenten in der angezeigten Art unendlich schnell wechseln. Die sog. „effektive" Kraft besagt: diese Veränderung ist wirklich, die „latente Kraft" weist bei einer Nichtveränderung darauf hin, dass hier eine Veränderung wirklich sei, die ihrem Wesen nach dem anschauenden Intellekt als Nichtveränderung erscheinen muss. Somit hat der Satz eine neue Bestätigung empfangen: unterschiedliche Kräfte im metaphysischen Sinne kann es nicht geben, im phänomenologischen Sinne bezeichnen sie wirkliche Veränderungen. Auch die Grössenunterschiede der latenten Kräfte können nur phänomenologisch erfasst werden. Kräfte deuten auf Veränderungen: die „effektive" Kraft sagt die Wirklichkeit der **rationalen**, die „latente Kraft", die der **irrationalen** Veränderung aus.

2 c 3. Nach diesen Begriffsbestimmungen bedeutet das Effektivwerden der latenten Energie die Rationalisierung der irrationalen Veränderung. Die irrationale Veränderung wird so verändert, dass jener unendlich schnelle Wechsel aufhört und der eine Synthesiskomponent

positiv bleibt. Die Veränderung tritt ein, sobald der eine Komponent das „Übergewicht" erlangte, d. h. sobald er [1]) die Synthese nur als positiver Komponent wirklich oder fingiert gefühlsmässig auffassen kann. Ohne mit dem Resultat der Theorie der Veränderungssynthese vertraut zu sein, musste man beim Effektivwerden vor einem Wunder stehen: vor einem Entstehen aus dem Nichts. Erinnert sei wieder an die beiden aufeinanderliegenden Marmorquader. Der untere Stein sei als ausgehöhlt gedacht. Ein seitlicher Stoss zerbricht den letzteren. Wie kommt der obere Stein auf einmal dazu, die Trümmer zusammenzudrücken und positiver Synthesiskomponent zu werden? In der Terminologie der Theorie der Veränderungssynthese wäre das Wunder als eine Veränderung zu definieren, die nicht in den Weltzusammenhang übergeleitet werden kann, als eine „absolute Einzelveränderung". Beim Effektivwerden der latenten Kraft scheint eine solche „absolute Einzelveränderung" gegeben zu sein. Eine Nichtveränderung wird zur Veränderung, allein der positive Komponent kann nicht aufgewiesen werden. Der instinktive Widerwille des wissenschaftlichen Menschen gegen das Wunder [2]) drängt zur Annahme eines Grundes, einer qualitas occulta: „Die latente Kraft ist effektiv geworden". Und doch sind Gründe nur im Reiche der Erscheinung möglich. Auch die „latente Kraft" ist nur das P o s t u l a t eines Grundes. Nach der Theorie der Veränderungssynthese ist nicht etwa der positive Komponent aus dem Zustand der Ruhe in den der Veränderung versetzt worden, sondern durch Zerstörung der anfänglichen Relation der Komponenten ist dem unendlich schnellen Wechsel ein Ziel gesetzt und der positive Komponent blieb positiv.

3. Durch diesen kurzgehaltenen Nachweis sollte die Richtigkeit der präjudiziellen These: eine metaphysische Kausalbegründung ist unmöglich, durch einen dieselbe charakterisierenden Ausbau der Theorie der Veränderungssynthese erprobt werden. Mit der Einführung des phänomenologischen Kausalaxioms sind die verschiedenen einzelnen Kausalprobleme aber noch nicht gelöst. Das Kausalaxiom enthält nur das heuristische Prinzip für die weiteren Lösungen, welche die Sache der Natur-

---

[1]) S. oben S. 52.

[2]) Erinnert sei an die grandiose Überwindung des Wunders durch Leibnizs Philosophie. „Jamais dieu ne déroge aux lois générales comme le veuleut les théologiens, il substitue à une loi dite générale une autre plus générale encore et qui, à force de tendre vers l'absolu, se particularise en apparence." Vergl. Jean Baruzi: Leibniz et l'organisation réligieuse sur la terre, Paris 1907. S. 468.

erklärung, insbesondere der Physik, ausmachen. Mit der Erkenntnis des synthetischen Charakters der Veränderungen hat man noch nicht die Möglichkeit irrationaler Veränderungen erfasst, wohl aber hat man den Schlüssel, das heuristische Prinzip, gefunden. In einer juristischen Arbeit haben die Kausalitätsuntersuchungen an dieser Stelle abzubrechen. Es kam darauf an, ein Prinzip zu finden, wonach sich die Frage beantwortet: Wann steht das Willenserkenntnismittel mit dem Willensträger in Kausalzusammenhang? Und das Gesuchte ist gefunden: in die Gestalt einer heuristischen Maxime gekleidet, hat es zu lauten: Wo von Kräften die Rede ist, handelt es sich stets um (rationale oder irrationale) Veränderungen. Veränderungen sind stets als Synthesen zu erkennen, und diese Einsicht führte zur Erfassung der Kausalverknüpfung.

III. Um die Theorie der Veränderungssynthese abschliessend zu charakterisieren, sei sie den entsprechenden, inhaltlichen verwandten Lehren Kants gegenübergestellt, welche das ihr gleiche Ziel verfolgen und bei einer bestimmten, dem Kantischen Gedanken gemässen Modifikation zum gleichen Abschluss führen müssen.

1a. „Alle Erscheinungen stehen, ihrem Dasein nach, a prori unter Regeln der Bestimmung ihres Verhältnisses untereinander in einer Zeit".[1]) Denn „Erfahrung ist nur durch die Vorstellung einer notwendigen Verknüpfung der Wahrnehmungen möglich".[2]) Mit diesen Worten hat Kant die Aufgabe, welche sein in den „Analogien der Erfahrung" ausgestattetes Kausalprinzip zu erfüllen hat, gekennzeichnet. Kant geht aus von der notwendigen Einheitlichkeit[3]) aller Erscheinungen; gefragt wird nach den Zusammenhängen der Einzelphänome, nach ihrem Zusammenschluss zum unbedingten Weltgeschehen.[4]) Kant fragt nach den formalen Zusammenhängen des Bedingtseins alles übrigen Seins durch die Lage eines Sandkörnchens.

1b. Die Kantsche Disposition seiner Kausalausführungen entspricht seiner Auffassung von den Grundsätzen des reinen Verstandes, als Subsumption der Erscheinungen unter die Kategorien.[5]) Durch

---

[1]) Kant: Kritik der reinen Vernunft (Reclam-Ausgabe). S. 170.

[2]) a. a. O. S. 170, Anm. 1.

[3]) a. a. O. S. 171. III. Abs., S. 172 oben, S. 173.

[4]) „Unsere Analogien stellen also eigentlich die Natureinheit im Zusammenhange aller Erscheinungen . . . dar." (201.)

[5]) a. a. O. S. 157.

Unterordnung der Phänomene unter die Kategorienklasse der Relation[1]) ergeben sich die Analogien der Erfahrung. Die Kategorie der Inhärenz und Substistenz, der Substantialität führt, auf die Erfahrung angewandt, zur ersten Analogie, zum „Grundsatz der Beharrlichkeit". Die zweite Analogie, der „Grundsatz der Erzeugung" ist entsprechend von der Kategorie der Kausalität herzuleiten; während die dritte Analogie, der Grundsatz der Wechselwirkung, auf die Kategorie der Gemeinschaft zurückzuführen ist.

Vergleicht man demgegenüber den Inhalt der drei nebengeordneten Grundsätze, ergibt sich eine andere Gliederung: der ersten Analogie sind die zweite und dritte entgegenzustellen. Der Grundsatz der Beharrlichkeit erwägt die Möglichkeit der Veränderung[2]) überhaupt, während die beiden übrigen Analogien die Regeln, nach denen die Veränderungen in einander greifen, zu bestimmen haben. —

Der Grundsatz der Beharrlichkeit lautet: „Alle Erscheinungen enthalten das Beharrliche (Substanz) als den Gegenstand selbst und das Wandelbare als dessen blosse Bestimmung".[3]) Ohne die Annahme einer Substanz kann die Veränderung nicht erfasst werden. Denn „Veränderung ist eine Art zu existieren, welche auf eine andere Art zu existieren eben desselben Gegenstandes erfolget". „Veränderung kann daher nur an Substanzen wahrgenommen werden, und das Entstehen oder Vergehen, schlechthin, ohne dass es bloss eine Bestimmung des Beharrlichen betreffe, kann gar keine mögliche Wahrnehmung sein, weil eben dieses Beharrliche die Vorstellung von dem Übergange aus einem Zustande in den anderen, und vom Nichtsein zum Sein möglich macht, die also nur als wechselnde Bestimmungen, dessen was bleibt, empirisch erkannt werden können."[4]) .

1 c. Diesen Grundsatz nehmen die zweite und dritte Analogie zum Ausgangspunkt. „Alle Veränderungen in der Welt[5]) stehen in einem zweifachen Verhältnisse zu einander, entweder sofern sie nacheinander

---

[1]) a. a. O. S. 96.

[2]) a. a. O., S. 179: „Auf dieser Beharrlichkeit gründet sich nun auch die Berichtigung (Berechtigung?) des Begriffs von Veränderung."

[3]) a. a. O. S. 174.

[4]) a. a. O. S. 179.

[5]) a. a. O. S. 176.

oder zugleich sind."[1]) Das Verhältnis der Erscheinungen[2]) zu einander, ihre Verbindung[3]) in der „Zeitreihe"[4]) sucht die zweite, in dem „Zeitumfang" die dritte Analogie zu bestimmen.

Die „Apprehension des Mannigfaltigen in der Erscheinung ist jederzeit sukzessiv."[5]) „Jede Apprehension einer Begebenheit ist also eine Wahrnehmung, welche auf eine andere folgt."[6]) Die Teile eines Hauses sind nur sukzessive wahrnehmbar, ohne dass die Teile des Hauses objektiv sich also folgen, wie es die Wahrnehmung zeigt.[7]) Auf dass es überhaupt eine Folge geben könne, die nicht rein subjektiv, willkürlich ist, auf dass eine objektive Folge möglich sei, müssen die Erscheinungen nach einer Regel apprehendiert werden.[8]) Ein Schiff, das man vor einiger Zeit weiter stromaufwärts sah, ist jetzt herabgetrieben. Man kann nicht mehr willkürlich das Schiff an der vorigen Stelle wahrnehmen. Nur die Apprehension ist in dieser Folge möglich, während man beim Hause mit dem Dach beginnen wie aufhören kann.[9]) Objektive Folge heisst demnach, „dass ich die Apprehension nicht anders darstellen kann, als grade in dieser Folge".[10]) Damit ist zugleich gesagt, dass dem konkreten Antezedenz die bestimmte Konsequenz entsprechen muss. Auf dass eine objektive Folge, und damit Erfahrung[11]) überhaupt möglich sei, muss somit die Kategorie der Kausalität auf das Mannigfaltige der sukzessiven Wahrnehmungen Anwendung finden. Der „Grundsatz der Zeitfolge nach dem Gesetze der Kausalität" lautet demnach: „alles was geschieht (anhebt zu sein) — (in der zweiten Auflage: alle Veränderungen) — setzt etwas voraus, wonach es nach einer Regel folgt";[12]) „woraus sich denn ergibt, dass ich erstlich nicht die Reihe umkehren, und das, was geschieht,

---

[1]) a. a. O. S. 176.

[2]) „Dass alle Erscheinungen der Zeitfolge insgesamt Veränderungen sind . . . hat der vorige Grundsatz dargetan." (S. 180.)

[3]) „So soll ich anzeigen, was dem Mannigfaltigen an den Erscheinungen selbst für eine Verbindung in der Zeit zukomme." (S. 182), 185.

[4]) a. a. O. S. 175.

[5]) a. a. O. S. 181.

[6]) a. a. O. S. 183.

[7]) a. a. O. S. 182. Dazu Schopenhauer, Bd. III, S. 102 ff.

[8]) a. a. O. S. 184.

[9]) a. a. O. S. 183.

[10]) a. a. O. S. 184.

[11]) a. a. O. S. 170.

[12]) a. a. O. S. 180.

demjenigen voraussetzen kann, worauf es folgt: zweitens, dass, wenn der Zustand, der vorhergeht, gesetzt wird, diese bestimmte Begebenheit unausbleiblich und notwendig folge."[1])

Macht die Kategorie der Substantialität in ihrer Anwendung auf die Erscheinung die Veränderung überhaupt erst möglich und entspechend die Kategorie der Kausalität die objektiven Verknüpfungen in der Zeitfolge, kann das objektive Zugleichsein von Veränderungen nur vermittelst der Kategorie der Gemeinschaft gedacht werden. Die Apprehension als solche ist immer sukzessive. Es bedarf also einer Regel, nach der die Erkenntnis möglich ist, dass „wenn das eine ist, das andere auch in derselben Zeit sei".[2]) Dementsprechend lautet der Grundsatz der Gemeinschaft: „Alle Substanzen, sofern sie zugleich sind, stehen in durchgängiger Gemeinschaft (d. h. in Wechselwirkung untereinander)."[3]) „Also muss jede Substanz (da sie nur in Ansehung ihrer Bestimmungen Folge sein kann) die Kausalität gewisser Bestimmungen in der anderen und zugleich die Wirkungen von der Kausalität der anderen in sich enthalten, d. i. sie müssen in dynamischer Gemeinschaft (unmittelbar oder mittelbar) stehen, wenn das Zugleichsein in irgend einer möglichen Erfahrung erkannt werden soll."[4])

2. Die Kantschen Kausalerörterungen gehen aus von dem Begriff der Substanz. Die Annahme der Substanz des Beharrlichen in jeder Veränderung macht eine solche überhaupt erst möglich. So ist die erste Analogie für die zweite und die dritte präjudiziell, welche die objektive Verknüpfung der Veränderungen in der Zeitfolge wie im Zeitraum, ihre Sukzession wie Kommunion erwägen. Somit hat eine Kritik der Kantschen Kausallösung mit der des Substanzbegriffes der ersten Analogie einzusetzen.

a) Die Substanz ist das beharrliche Phänomen, welches nach Kant den Begriff der Veränderung überhaupt erst möglich macht. Jeder Veränderung muss demnach eine Substanz zu Grunde liegen. Es muss so viele Substanzen wie Veränderungen geben. In diesem Sinne hat Kant die Pluralität der Substanzen anerkannt und behauptet, dass ihr Quantum stets das gleiche bleiben müsse.

Nun soll aber die Substanz ihrem Begriffe nach unveränderlich

---

[1]) a. a. O. S. 188.
[2]) a. a. O. S. 197.
[3]) a a. O. S. 196.
[4]) a. a. O. S. 198.

sein. Sie ist das Beharrliche in der Veränderung, das diese erst möglich macht. Demnach kann es nur eine einheitliche Substanz geben, welche dem „Naturlauf", dem Weltgeschehen zu Grunde liegt. Denn wollte man für jede Einzelveränderung eine Substanz annehmen, so müssten die Substanzen sich nach Art der Veränderungen differenzieren, welche sie möglich machen, müssten mit diesen kommen und gehen. Legt man dagegen nur dem einheitlichen Weltgeschehen die Substanz unter, ist deren Beharrlichkeit eben so denkbar, wie der Naturlauf selbst nur als ewig zu fassen ist. Die einzelnen Vorgänge, welche sich zur Natureinheit zusammenschliessen, würden sich als Akzidenzen der beharrlichen Substanz auffassen lassen. Allein diese Substanz kann unmöglich ein Phänomen sein, vielmehr sind grade die Phänomene deren Akzidenzen. Die Substanz als das Beharrliche kann nur gedacht werden als das Erscheinende in der Erscheinung, als das allen Phänomen zu Grunde liegende metaphysische Prinzip. Kants Substanz ist das Beharrliche, das jede Veränderung erst möglich macht — also ein Phänomen, das nach Art ihrer entsprechenden Veränderungen verschiedener Qualifikationen fähig ist, das kommt und geht, wie die durch die Substanz erst mögliche Veränderung. Ferner ist die Substanz das absolut Unveränderliche, was nur mit Bezug auf die absolute Veränderung, oder wie Kant sagt, „den Naturlauf" zu denken ist als das allen Phänomenen zu Grunde liegende metaphysische Prinzip. Somit ist Kants Substanz ein der Veränderung unterworfenes, unveränderliches metaphysisches Phänomen.[1])

b) An dieser Stelle bedarf es keiner positiven Erörterung des Substanzbegriffes. Es ist nur zu präzisieren, wozu Kant denselben nötig zu haben glaubt. Ohne das Beharrliche ist nach Kant eine Veränderung unmöglich. Wenn es keinen ruhenden Punkt gibt, kann eine Bewegung nicht gedacht werden. Im leeren Raume als solchem gibt es kein Steigen und kein Fallen, kein Oben, kein Unten, keine Bewegung mehr. Ganz allgemein gesprochen, setzt jede Veränderung voraus, dass man etwa Beharrendes im Auge habe, an dem man überhaupt abmessen kann, ob sich ein Wandel vollzogen hat. In diesem Sinne setzt jede Veränderung ein beharrendes Phänomen voraus, das die Veränderung erst möglich macht. Dies Phänomen bestimmt sich nach Art der Veränderung, welche durch dasselbe möglich wird. Es kommt und geht mit der ihr entsprechenden Veränderung, es kann also nicht absolut, sondern relativ,

[1]) Vergl. Siegwart: Logik. Bd. II. S. 123.

d. h. mit Bezugnahme auf die konkrete Veränderung beharrlich sein. Dies Phänomen kann also niemals die Substanz im Sinne des absolut Beharrlichen sein, was nur als metaphysisches Prinzip gedacht werden kann. Wie weit Kant durch sein bekanntes Zugrundelegen der Kategorientafel bestimmt wurde, jenes relativ beharrliche Phänomen mit dem absolut beharrlichen metaphysischen Prinzip der Substanz zu identifizieren, hat an dieser Stelle ausser Betracht zu bleiben. Kants Frage richtet sich demnach auf die Artung des relativ-beharrlichen Phänomens, ohne welches eine Veränderung nicht gedacht werden kann. Als Substanz, als absolut beharrlich, kann es nicht gefasst werden, positiv lässt sich sein Wesen bestimmen mit Hinblick auf die Theorie der Veränderungssynthese.

c) Gefragt wird nach dem relativ-beharrlichen Phänomen, das die Veränderung erst möglich macht. Ohne die Möglichkeit, sich einen früheren Zustand zu vergegenwärtigen, würde eine Veränderung nicht wahrgenommen werden können. Das Urteil: es ist anders geworden, setzt voraus, dass man den gegenwärtigen Zustand mit dem früheren vergleicht. Die Veränderungswahrnehmung setzt die Möglichkeit einer Vorstellung des vor der Veränderung Gegebenen voraus. Eine solche „Rekognition",[1]) um einen Kantschen Terminus zu verwenden, ist für jede Einzelveränderung Bedingung. Die Veränderung kann nur als Synthese von Veränderung und Nichtveränderung gedacht werden. Die Rekognition muss sich demnach auf den Zeitpunkt beziehen, in dem die Veränderung noch nicht begonnen hatte, also auf den negativen Synthesiskomponenten, bevor der positive hinzugetreten war. Ein Baum wird vom Sturm entwurzelt. Die Veränderung, das Entwurzeltwerden, ist eine Synthese vom niederreissenden Sturm und vom niedergerissenen Baum. Allein um das Entwurzeltsein als Veränderung auffassen zu können, muss man sich des Baumes als eines nicht entwurzelten erinnern können. Im Gegensatz zur ersten Analogie der Erfahrung hat demnach der das Wesen der Veränderung bestimmende Satz zu lauten: Jede Veränderung ist eine Synthese von Veränderung und Nichtveränderung. Eine Veränderungswahrnehmung setzt die Erinnerung an den negativen Komponenten voraus, bevor er sich mit dem positiven zur Synthesis zusammenschloss. Der negative Synthesiskomponent, insofern er nach Ablauf der Veränderung, so, wie er vor Eintritt der Synthese war, vergegen-

---

[1]) a. a. O. S. 118 f.

wärtigt wird, ist das relativ-beharrliche Phänomen, welches Kant als Voraussetzung aller Veränderungen zu bestimmen hatte.

3. Nach dieser Modifikation der ersten Analogie der Erfahrung muss Kants Kausallehre ihrem Wesen nach auf die Theorie der Veränderungssynthese hinauslaufen.

a) Kants Ziel war es, die objektiven Zusammenhänge der Erscheinungen in einer Natur darzulegen, die Einzelveränderung als mit dem Naturlauf, der unbedingten Veränderung, notwendig verknüpft zu erweisen. „Zusammen sagen die Analogien also: alle Erscheinungen liegen in einer Natur und müssen darin liegen, weil ohne diese Einheit a priori keine Einheit der Erfahrung, mithin auch keine Bestimmung der Gegenstände in derselben möglich wäre.“ [1])

b) Kant sucht in der zweiten Analogie die Regel der Verknüpfung der Erscheinungen in der Zeitfolge festzustellen. Allein da der Begriff der Veränderung, mit dessen Hilfe es allein möglich ist, eine solche inhaltlich festzustellen, durch die erste Analogie nicht präzisiert war, konnte Kant nur beweisen, dass eine solche Regel notwendig sei, nicht aber wie sie geartet sein müsse. Freilich kann man, wenn eine solche Regel der objektiven Folge, des Erfolgens existiert, die Reihe nicht beliebig umkehren, was dem Begriffe einer objektiven Verknüpfung widersprechen würde. Ebenso gewiss ist, dass wenn Erscheinungen in einem objektiven Zusammenhange stehen, jedesmal bei Beginn der gleichen Verknüpftheit dem gleichen Anfang der gleiche Schluss folgen muss.[2]) Dass letzterer Satz zur Lösung der Kausalfrage in nichts etwas beitragen kann, ist mehrmals und ausführlich erörtert worden.[3]) Kant beweist demnach in der zweiten Analogie allein die Notwendigkeit einer Regel. Ihre Wesenseinheit kann erst aus dem synthetischen Charakter der Veränderung abgeleitet werden. Jeder Synthesiskomponent einer Veränderung ist geworden und setzt deshalb wiederum zwei Komponenten voraus, deren jeder die gleiche Voraussetzung machen muss. Also deutet jede Veränderung bezw. jeder Veränderungskomponent auf eine Unendlichkeit gleichzeitig im unendlichen Raum gegebener Synthesiskomponenten. Das in der zweiten Analogie als notwendig

---

[1]) a. a. O. S. 201. Auf die Richtigkeit des Kantschen Aprioritätsbeweises und dessen Kritik durch Schopenhauer, Bd. III, S. 101/110 kann in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden.

[2]) a. a. O. S. 188. Dazu oben S. 41 f.

[3]) S. oben S. 36, 40.

erwiesene, mit der sinngemässen Modifikation der ersten Analogie seinem Inhalt nach gegebene Prinzip der objektiven Verknüpfung der Veränderungen in der Zeitfolge kann demnach dahin formuliert werden: Jede Veränderung ist ihrem synthetischen Charakter gemäss durch eine Unendlichkeit von überleitenden Veränderungen mit dem vor unendlicher Zeit gegebenen Weltzustand verknüpft.

c) In der dritten Analogie forscht Kant nach der Regel der Verknüpfung zugleich gegebener Phänomene. Auch hier kann er nur nachweisen, dass eine solche Regel notwendig gegeben sein muss, während eine inhaltliche Bestimmung derselben aus dem gleichen Grunde wie bei der zweiten Analogie unmöglich war. Mit dem Begriff der Wechselwirkung ist nichts geleistet. Wie Schopenhauer mehrfach nachgewiesen hat, ist dieser Begriff völlig widerspruchsvoll, ja, die „Alarmkanone, dass man ins Bodenlose geraten sei",[1]) indem nach ihm die Wirkung die Ursache ihrer Ursache sein müsse. Doch erübrigt sich hier eine Kritik dieser Ausführungen unter dem Gesichtswinkel der Theorie der Veränderungssynthese. Es genügt ein Hinweis auf die Bedeutung des Wortes „Wirken". Trotz seiner metaphysischen Färbung [2]) kann er nur im phänomenologischen Verstande gebraucht werden[3]) und bezeichnet dann das Gegebensein einer kausalen Verknüpfung. Wechselwirkung bedeutet demnach, dass zwischen zugleich gegebenen Erscheinungen eine objektive Verknüpfung bestehe; welcher Art aber diese Verbindung sei, darüber erfahren wir nichts durch den Grundsatz: „Alle Substanzen, sofern sie im Raum als zugleich wahrgenommen werden können, sind in durchgängiger Wechselwirkung". [4])

Auch in diesem Fall kann die von Kant offen gelassene Frage erst beantwortet werden, nachdem man über den synthetischen Charakter der Veränderung zur Klarheit gelangte. Denn da jede Veränderung eine Synthese ist, muss man die positiven Komponenten, für sich betrachtet, wieder gleichermassen zergliedern können, bis man also fortschreitend zur Annahme einer unendlichen Zahl gleichzeitig gegebener Synthesiskomponenten gedrängt wird. Jeder dieser Komponenten aber ist durch die Unendlichkeit überleitender Veränderungen mit dem Weltzustand vor unendlicher Zeit verknüpft. Somit ist jedes Einzelgeschehen in das

---

[1]) Schopenhauer: Bd. III, S. 56.

[2]) Vergl. Genzmer: Begriff des Wirkens. S. 16 f.

[3]) Vergl. unten S. 64 f.

[4]) Kant: a. a. O. S. 196, Anm.

unendliche Geschehen eingegliedert und die Regel bestimmt, nach der die Erscheinungen in der Zeitfolge wie im Zeitraum objektiv mit einander verknüpft sind. Die Theorie der Veränderungssynthese kann demnach als ein Versuch der Ausfüllung des von K a n t offen gelassenen Rahmens bezeichnet werden, dessen Notwendigkeit die Analogien der Erfahrung dartun.

An der Hand des somit gekennzeichneten Kausalprinzips sind die sog. „metaphysischen" Theorien der Strafrechtswissenschaft, insofern sie in Wahrheit phänomenologische sind, abschliessend zu würdigen als notwendig verfehlte Ansätze, die charakterisierte Antwort zu erzielen; ist endlich der Nachweis zu führen, dass die heute herrschenden phänomenologischen Lehren völlig widersinnig sind, wenn man bei ihnen nicht das gefundene Resultat stillschweigend zu Grunde legt.

§ 2. Die sog. metaphysischen Kausallehren in ihrem Verhältnis zur Theorie der Veränderungssynthese.[1])

I. 1. Die sog. metaphysischen Kausaltheorien der Strafrechtswissenschaft sehen sämtlich die Ursache in einer Kraft, die mit den ruhenden Zuständen eine Verbindung eingeht, welche diese verändert. Jenes Eingreifen der causa efficiens, der wirkenden Kraft, in das Beharrende, das durch sie Veränderte, wird als der kausale Vorgang κατ' ἐξοχὴν dargestellt. Der Hinweis auf jenes Ineinanderfassen von Kraft und Zustand bildet das eigentliche „metaphysische" Kausalprinzip, die weiteren Ausführungen der betreffenden Lehren haben nur den Zweck, zu jenem Prinzip überzuleiten bezw. es auszubauen.[2])

2. So ist nach H o r n [3]) die Ursache eines Phänomens „eine Veränderung, welche durch ihre Tätigkeit und Kraft eine zweite Veränderung mit Notwendigkeit nach sich zieht, wenn die für das Eintreten des Erfolges notwendigen Bedingungen vorhanden sind". „Bedingungen eines Erfolges sind ruhende stabile Zustände ...." Noch präziser

---

[1]) Vergl. Dr. H o r s t K o l l m a n n : Die Bedeutung der metaphysischen Kausaltheorie für die Strafrechtswissenschaft. S. 64.

[2]) Vergl. R ü m e l i n : Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Civilrecht. Tübingen 1900. S. 17, Anm. 13.

[3]) R. H o r n : Der Kausalitätsbegriff in Philosophie und Strafrecht. Leipzig 1893. S. 13.

fasst sich Kühles,[1]) nach ihm wird ein Erfolg verursacht, „wenn eine Kraftexistenz auf einen seienden Zustand als Objekt ihrer Tätigkeit stösst und auch mit demselben in Kollision gerät, denn dann kommt es mit Notwendigkeit zu einer Veränderung". Wie ein Stein in eine ruhende Wasserfläche fällt,dann das Wasser weiter und weiter seine Kreise zieht, so fällt nach Wachenfeld[2]) die bewegende Kraft unter die ruhenden Zustände, und nach allen Seiten hin breiten sich die Wirkungen aus. Nach Kohler fällt die wirkende Kraft in die in der Natur waltenden Erregungszustände,[3]) sich mit diesen verknüpfend, bis sie „zu einem Effekte wirkt". v. Rohland[4]) bestimmt die Ursache eines Ereignisses als die Bedingung, „welche die Kraft hatte, dasselbe herbeizuführen", während die übrigen Voraussetzungen als blosse Bedingungen zu betrachten sind, „weil sie diese Kraft nicht besassen". Nach M. E. Mayer[5]) greifen bei der Veränderung bewegte Momente mit unbewegten zusammen, und erstere werden weiterhin als die causa efficiens aufgefasst.[6])

3. Gemäss den obigen Erörterungen über den Kraftbegriff kann jene Auffassung des kausalen Vorganges als eines Ineinandergreifens von Kraft und Beharrendem nur so verstanden werden, dass bei jeder Veränderung eine Veränderung mit einer Nichtveränderung eine Relation eingehen muss. In diesem Sinne können jene metaphysischen Theorien als Ansätze zu der Theorie der Veränderungssynthese aufgefasst werden. Von dieser trennt sie ein Doppeltes: zunächst gehen sie von Kräften aus, ohne den phänomenoligischen Charakter ihrer These zu erkennen; sodann verkennen sie den synthetischen Zusammenschluss von Veränderung und Nichtveränderung; nach ihnen sind die beiden Relationskomponenten nicht gleichzeitig in einem Vorgang gegeben, sondern erst greift die Kraft in das Beharrende, dann folgt die Veränderung.

II. 1. Jener Verkennung des synthetischen Charakters der Veränderung liegt ein sehr naheliegender, daher mit um so grösserer Vorsicht zu vermeidender Denkfehler zu Grunde: es ist etwas anderes, eine

---

[1]) K. Kühles: Fragen der Kausalität. München 1895. S. 35.

[2]) Wachenfeld: Theorie der Verbrechenskonkurrenz. Berlin 1893. S. 16/19.

[3]) Kohler: Studien aus dem Strafrecht. Mannheim 1890. Bd. I., S. 13 f.

[4]) W. v. Rohland: Über Kausalzusammenhang. Leipzig 1903. S. 4.

[5]) M. E. Mayer: Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Freiburg 1899. S. 27 ff.

[6]) Dr. Horst Kollmann: a. a. O. S. 15.

Veränderung zu erklären, als sie zu begründen. Die sog. metaphysischen Theorien können in Wahrheit nur eine Veränderung erklären, wo sie dieselbe begründen sollten. Eine Veränderung begründen, heisst sie auf das unbedingte Phänomen, den Grund der Veränderung zurückzuführen. In welchem Sinne dies mit Hilfe des Begriffes der überleitenden Veränderung möglich ist, sucht die Theorie der Veränderungssynthese darzutun. Eine Veränderung erklären heisst in diesem Zusammenhang, die Möglichkeit der Begründung dartun. Die Veränderung kann nur als notwendig gegeben erkannt werden, insofern sie eine Synthese ist. Eine Veränderung erklären heisst demnach die Synthesiskomponenten eines Vorganges anzugeben, sie begründen heisst ihre Verknüpfung mit dem unbedingten Geschehen einsehen (nicht etwa in concreto darlegen) zu können, insofern sie eine Synthesis ist.

2. Es kann in diesem Zusammenhang das Wunder definiert werden als eine Veränderung, die sich nicht als eine Synthese von Veränderung und Nichtveränderung zergliedern lässt. Der synthetische Charakter macht aber das Eingegliedertsein des Einzelgeschehens in den Naturlauf erst verständlich. Das Wunder ist aber ein mit dem Naturlauf nicht in Zusammenhang stehender Vorgang, also eine asynthetische Veränderung. Gedacht sei an den entwurzelten Baum. Der Vorgang bleibt so lange „wunderbar" als der positive Synthesiskomponent nicht erkannt werden kann. Sobald wir aber wissen, dass der Baum im Sturm entwurzelt wurde, ist die Veränderung als Synthesis erkannt. Durch den Hinweis auf den Sturm ist sie „erklärt" worden. Erinnert sei an die sog. „mysterieusen" Kriminalfälle. Es wird jemand gefunden mit durchschnittenem Halse. Sobald man in dem vom Rivalen geführten Messer den positiven Komponenten erkennt, ist die Veränderung „erklärt" worden. Im Gegensatz zur Veränderungsbegründung ist die Veränderungserklärung: Hinweis auf den synthetischen Charakter in concreto einer Veränderung durch Bezeichnung des positiven Synthesiskomponenten. Die Veränderung begründen heisst nachweisen, dass sie notwendig ist, weil sie eine Synthese ist. Eine Einzelveränderung als kausal darzutun, heisst von ihr in concreto nachweisen, dass sie die „überleitende Veränderung" einer anderen sei.

3. Nach dieser Ausführung kann der Fehler einer metaphysischen Theorie dahin gefasst werden: der positive Synthesiskomponent wird

identifiziert mit der der Veränderung zu Grunde liegenden Kraft,[1]) diese stellt den phänomenologischen Grund dar und wird als überleitende Veränderung behandelt. Die Kraft fällt in ruhende Zustände und bringt dann die Wirkung hervor. Was Kraft genannt wird, kann nur der positive Synthesiskomponent sein, der als solcher die Veränderung nur erklären, nie aber sie begründen kann. Da er aber als Kraft aufgefasst wird, jeder Veränderung aber eine Kraft zu Grunde liegt, wird, indem das zu Grunde Liegende mit dem Grunde verwechselt wird, aus dem positiven Komponenten der Grund der Veränderung, die Ursache. Da aber, wenn in concreto nach einer Ursache gefragt wird, nur die Ursache i. e. S. darunter verstanden werden kann, die „überleitende Veränderung", so wird die Relation von Kraft und Bedingungskomplexen endlich als eine sukzessive gedacht. Damit ist zugleich die noch offen gelassene Frage nach dem Werte der sog. metaphysischen Theorien, insofern man sie sinngemäss als phänomenologische auffasst, beantwortet worden. Sie deuten auf eine Relation von Veränderung und Nichtveränderung, ohne jedoch deren synthetischen Charakter zu erfassen, somit ist jede Möglichkeit, die Regel der Verknüpfung der Veränderungen in der Zeitfolge darzutun, ausgeschlossen. Indem der positive Synthesiskomponent als Kraft dargestellt wird, ist es unmöglich, ihn seinerseits als Synthese aufzufassen, und somit die der Theorie der Veränderungssynthese charakteristische unendliche Reihe zu eröffnen. Dass die metaphysischen Theorien, in dem sie erkannten, dass bei jeder Veränderung eine Relation zwischen Veränderung und Nichtveränderung gegeben sein müsse, einen Ansatz zur richtigen Lösung darstellen, verdeutlicht ein Hinweis auf M. E. Mayers Ausbau der Millschen Lehre. „Als Erfolg bezeichnen wir", nach ihm, „irgend eine Veränderung in der Aussenwelt, ein Anders-Geworden-Sein".[2]) „Jede Veränderung aber setzt eine Veränderung, aus der sie hervorgeht, voraus; denn es ist völlig klar, dass aus Ruhe niemals Bewegung entstehen kann." „Damit steht fest, dass unter den Voraussetzungen des Erfolges immer mindestens eine bewegte, d. h. eine Veränderung sein muss."[3]) Alles kam bei diesem Ausgangspunkte darauf an, wie M. E. Mayer

[1]) Als Prototyp vergleiche die Worte P. Fischers, Z. f. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 23, S. 468. „Der Begriff der Kausalität ist von der Vorstellung einer gewissen Aktivität, also des Wirkens, des Veränderns nicht zu trennen."

[2]) M. E. Mayer: a. a. O. S. 26.

[3]) a. a. O. S. 27.

die Relation von Veränderung und Nichtveränderung bestimmen würde. Durch sein durch nichts gerechtfertigtes Einführen des Kraftbegriffes wird aber in der Folge alle Klarheit unmöglich gemacht, und das Resultat der betreffenden Ausführungen kann sinngemäss nur als eine offengelassene Frage nach der Relation zwischen Bewegung und Nichtbewegung ausgedeutet werden.[1])

III. 1. Anders als die besprochenen Lehren sind die Theorien zu beurteilen, welche die charakteristische Gegenüberstellung von Kraft und Bedingungen gar nicht kennen und bei der Bestimmung des Kausalnexus nur von Kräften reden. Es wird hier eine Verknüpfung von Kräften behauptet, die nur als Verknüpfung von Veränderungen verstanden werden kann. Da aber diese Verknüpfung nur durch Analyse des Veränderungsbegriffes erfasst werden kann, diese aber durch Einführung des Kraftbegriffes unmöglich wurde, enthalten jene Lehren in Wahrheit nicht etwa eine Kausaltheorie, sondern nur das Postulat einer solchen.

2. Typisch sind hierfür die Theorien Huthers[2]) und v. Buris. Huther sieht in der Ursache ein zum Wirken „veranlasstes"[3]) metaphysisches Prinzip. Die Ursache veranlasst wieder das nächste metaphysische Prinzip, so greifen in infinitum diese Prinzipien,[4]) phänomenologisch gesprochen die Veränderungen in einander. Wie aber die Veränderungen in einandergreifen, was zu erklären, doch dass die Sache einer Kausaltheorie ausmacht, darüber kann Huther seinem metaphysischen Ausgangspunkte gemäss keinerlei Auskunft geben. Noch deutlicher tritt im gleichen Sinne die Lehre v. Buris als das Postulat der Theorie der Veränderungssynthese auf. „Will man den Kausalzusammenhang einer konkreten Erscheinung ermitteln, so muss man" — nach v. Buri[5]) — „in geordneter Reihenfolge sämtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgendeine Wirkung geäussert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache dieser Erscheinung anzusehen. Mit demselben Recht lässt sich

---

[1]) Darüber ausführlich: Dr. Horst Kollmann: a. a. O. S. 12 ff.

[2]) Huther: Der Kausalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts. Wismar 1893.

[3]) a. a. O. S. 72.

[4]) Vergl. hierzu Dr. Horst Kollmann: a. a. O. S. 39, 40, 41.

[5]) v. Buri: Über Kausalität und deren Verwertung. S. 1. Leipzig 1873. Derselbe: Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. S. 1. Stuttgart 1885.

auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als Ursache der Erscheinungen betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelkraft ab, dass wenn man aus dem Kausalzusammenhang nur eine einzige Einzelkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt. Es verleiht daher jede Einzelkraft, der, wenn man von ihr ihr absieht, toten Masse aller übrigen Einzelkraft erst die Lebenskraft." Mit diesen Worten hat v. Buri nur gesagt: um das Problem des Kausalzusammenhangs zu lösen, muss man die Regel erkennen, der gemäss die Veränderungen in einandergreifen. Man muss den dieser Regel entsprechenden geordneten Zusammenhang der Veränderungen erkennen. Jede Einzelveränderung, die für diese Verknüpfung notwendig ist, ist als Ursache i. e. S. aufzufassen. Nach welcher Regel sich aber die Veränderungen in einander ordnen, ist von v. Buri nicht angegeben worden, der somit die eigentliche Aufgabe einer Kausaltheorie nur postuliert, statt sie zu erfüllen.[1]) Dass v. Buris Lehre einer der geeignetsten Hinweise ist auf den Gebrauch des Wortes Kraft im Sinne von Veränderung, insofern sie wirklich ist, habe ich mehrfach[2]) hervorgehoben.[3])

3. Die in diesem Paragraphen besprochenen metaphysischen Theorien sind demnach sämtlich als Hinweise auf die Theorien der Veränderungssynthese aufzufassen. Besteht das Kausalprinzip in dem Hinweis auf das Ineinandergreifen von Kraft und Zustand, so ist der erste Ansatz zur Erkennung der leitenden Synthese gegeben. Wird dagegen der Kausalzusammenhang als eine irgendwie geordnete Verknüpfung von Kräften aufgefasst, so ist damit das Ziel charakterisiert, das nur bei richtiger Erfassung der Synthesis zu erfüllen ist. Die erste Gattung metaphysischer Theorien, sinngemäss rektifiziert, ergibt in richtiger Verknüpfung mit der zweiten, den Ausbau des Veränderungsbegriffes zu der Theorie der Veränderungssynthese. —

---

[1]) Die durch v. Buri gegebene Bestimmung der Ursache i. w. S. als „Summe sämtliche Kräfte" ist inkorrekt — der Inbegriff der überleitenden Veränderungen ist nicht der Grund der Veränderung, dies ist der Naturlauf als solcher.

[2]) Die Bedeutung der metaphysischen Kausaltheorien. S. 69/70, ferner s. o. S. 13.

[3]) Aus dem gleichen Gesichtswinkel begreift sich auch die Lehre Pfizers (Gerichtssaal, Bd. 27: „Zur Lehre vom Kausalzusammenhang"), welche die Ursache als die die Veränderung herbeiführende Kraft definiert, um sie sodann, dem Gedanken v. Buris folgend, in verschiedene Umstände aufzulösen, deren jeder seinerseits als Ursache angesehen werden soll.

§ 3. Die phänomenologischen Kausallehren des Strafrechts in ihrem Verhältnis zur Theorie der Veränderungssynthese.

I. 1. Die herrschende phänomenologische Kausallehre, d. h. die Theorie, von der alle weiteren spezifisch juristischen Kausallösungsversuche ausgegangen sind, lautet: die Ursache ist der Inbegriff aller Bedingungen des Erfolges.[1]) Der Wert dieser Fragwiederholung ist ausführlich charakterisiert worden. Wie wenig sich die heutige Wissenschaft über die vollkommene Leerheit dieser „Ursachendefinition" im klaren ist, dafür einige Beispiele. So betont Traeger,[2]) dass den Erörterungen Mills das Verdienst gebühre, „aufs nachdrücklichste und in der den englischen Empiristen eigentümlichen klaren Weise hervorgehoben zu haben, dass nur die Gesamtheit aller Bedingungen eines Ereignisses im streng-philosophischen Sinne dessen Ursache genannt werden dürfe". Entsprechend definiert v. Liszt[3]) die Ursache als Bedingungsinbegriff.[4]) Wiechowski[5]) gibt die Liszt-Burische Theorie wieder mit den Worten: „Ursache eines Erfolges sei nur die Summe der Bedingungen"; entsprechend fasst sich Liepmann, der nur statt Bedingungen den Terminus Voraussetzungen anwendet.[6]) Die Beobachtung, dass die Einzelveränderung mit dem „Urgrund des Seins" verbunden ist, dass auch „die entferntesten Antezedentien der Veränderung unentbehrlich sind", soll (!) nach Abrahamsohn[7]) Mill veranlasst haben, den Satz aufzustellen: „Ursache sei der Inbe-

---

[1]) Vergl. die oben S. 14 zitierte Literatur.

[2]) a. a. O. S. 17, dazu S. 16 u. bes. S. 36.

[3]) a. a. O. S. 130.

[4]) Freilich findet sich bei den meisten Theoretikern eine Ursachendefinition, die etwas mehr als eine blosse Fragewiederholung ist. So definiert v. Liszt mit Schopenhauer (v. Liszt a. a. O., S. 130, dazu Schopenhauer, Bd. III, S. 47) die Ursache als den Zustand, dem ein anderer mit unbedingter Notwendigkeit folgt. Traeger betont im Sinne Mills, dass die Bedingungen als Antezedentien aufzufassen seien. Insoweit hier der Millsche bezw. der Schopenhauersche Standpunkt wieder gegeben sein soll, ist auf das frühere zu verweisen. In diesem Zusammenhang ist aber wesentlich, dass von den betr. Autoren einer solchen Ursachenbestimmung keine weitere Beachtung beigelegt wird, sie vielmehr als Überleitung zu dem Satze: Ursache ist Bedingungsinbegriff, aufzufassen ist.

[5]) Wiechowski a. a. O. S. 4.

[6]) Liepmann: Zur Lehre von der adäquaten Verursachung. Separatabdruck aus Goldtammers Archiv 1906. S. 14.

[7]) Strafrechtliche Studien: 1. Kausalität. S. 5.

griff der Bedingungen des Erfolges". Schliesslich gibt Hartmann[1]) den Grundgedanken Mills mit dem Hinweis auf Siegwart[2]) durch die Definition wieder: „Ursache einer Veränderung ist die Gesamtheit ihrer Bedingungen".

2. Dass der Grund der Inbegriff der Bedingungen des Begründeten und somit der Realgrund, die Ursache, der Grund des Erfolges, der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges ist, ist ebenso zweifellos richtig, wie es feststeht, dass damit nicht die Frage nach der Ursache, nach dem Inbegriff der Bedingungen des Erfolges beantwortet ist. Die von jenen Theoretikern ferner geleistete Bestimmung der Ursache i. e. S. als jede Bedingung, mit deren Fortfall der Erfolg fortfiele, als eine der, wie v. Liszt übrigens pleonastisch sagt, notwendigen Bedingungen des Erfolges, ist ebenso zweifellos falsch wie die besprochene Fragewiederholung richtig war.

Der Grund des Erfolges ist die unbedingte Veränderung, der Naturlauf, das Weltgeschehen. Alles ist mit einander zu einer Einheit verknüpft. Wäre etwas anders verlaufen, als es ist, wäre das Ganze anders, wäre der Naturlauf nicht so, wie er ist, wäre somit jedes Einzelgeschehen anders geartet, als es ist. Jeder konkrete Vorgang, mag er gegenwärtig sein oder der Vergangenheit angehören, ist somit Bedingung für jeden anderen, für alles übrige. Die Lage eines Sandkörnleins ist Bedingung für Dein jetziges Sein, sagt Fichte;[3]) somit für jede Deiner Handlungen. Damit ergibt sich das Widersinnige des Versuches, jede Bedingung des Erfolges als dessen Ursache i. e. S. zu bezeichnen. Wäre gestern nicht in Ostasien ein Schiff untergegangen, würde heute nicht jener Mord begangen sein. Würde jetzt der Himmel nicht grau mit Wolken bedeckt sein, würde die Schlacht von Cannae nicht so erfolgt sein. Kurz — alles wäre anders, wenn etwas anders wäre. Jeder Vorgang der Gegenwart, der Vergangenheit müsste anders sein, wenn ein Einzelvorgang jetzt oder einst anders sich gestaltet hätte, als es der Fall war. Mit anderen Worten, es ist also jeder Vorgang in Gegenwart oder Vergangenheit Bedingung irgend einer menschlichen Handlung.[4]) Also etwa deren Ursache i. e. S.?

---

[1]) Hartmann: a. a. O. S. 9.

[2]) Siegwart: Logik. Bd. 2. S. 434. (1. Aufl.)

[3]) S. o. S. 49.

[4]) Es empfiehlt sich den Fichteschen Gedankengang auf irgend ein Geschehnis analog anzuwenden, und man muss zu den hier ausgeführten Konsequenzen gelangen.

3. Diese Konsequenz wäre zu widersinnig, als dass sie den Vertretern der allgemeinen Bedingungstheorie imputiert werden kann. Versteht man ihre These wörtlich, so ist gewiss das Flattern eines Schmetterlings in Australien condicio sine qua non, also Ursache i. e. S. eines hier begangenen Verbrechens. Ergibt dies auch der Wortsinn des fraglichen Lehrsatzes, so soll doch etwas ganz anderes damit gemeint sein. Man pflegt zu betonen, dass die Bedingungen stets Antezedentien sein müssen. Allein erstens ist das nicht richtig, zweitens ist damit nichts gewonnen. Ich denke an einen Mord in einer Waldlichtung. Im Augenblick des Schusses umflattert den Mörder ein Schmetterling. Kurz zuvor flogen zwei Rotkehlchen durch die Lichtung. Der Schmetterling wie die Rotkehlchen sind gleichermassen Bedingung für den konkreten Mord. Das Rotkehlchenpaar bildet eine antezedierende condicio sine qua non; ist deshalb etwa sein Flug eine Ursache i. e. S.? Was die Theorie der condicio sine qua non im Grunde sagen will, ist etwas ganz anderes. Ursache ist ein dem Erfolg genannten Ereignis irgendwie voran gegangenes Geschehen, das mit dem Erfolg in einer bestimmt gearteten Verknüpfung steht. Das Fliegen der Rotkehlchen ist gewiss eine antezedierende condicio sine qua non, aber keine Ursache i. e. S., wohl aber das Hingeben des Gewehrs an den Mörder seitens eines Dritten. Beide Vorgänge sind den Mord bedingende Antezedentien, allein nur der eine ist Ursache i. e. S. Nach der Terminologie der herrschenden Lehre müssten beide Geschehnisse Ursache i. e. S. sein, und doch wird nur das eine als solche anerkannt. Somit wird instinktiv eine ganz andere Kausaltheorie angewandt, als dem Wortlaut entspricht. Nach dieser besteht zwischen condicio sine qua non und Ursache i. e. S. noch ein einschneidender Unterschied, der in der herrschenden Lehre keineswegs zum Ausdruck gelangt. Die instinktiv angewandte Kausaltheorie ergibt sich, wenn man den Unterschied zwischen den beiden antezedierenden condiciones sine quibus non zu präzisieren vermag. Und dies leistet die Theorie der Veränderundssynthese. Das Fliegen der Vögel, die Hingabe des Gewehrs, beide Vorgänge sind condiciones sine quibus non — allein der letztere ist eine „überleitende Veränderung“ und deshalb eine Ursache i. e. S. Der Schuss ist eine bestimmte Veränderung, deren einer Komponent das in einer bestimmten Lage befindliche Gewehr ist. Dieser Komponent ist auch erst geworden. Er ist an die Mordstätte getragen worden, dem

Mörder übergeben worden und so fort in infinitum.[1]) Jede dieser „überleitenden Veränderungen" ist Ursache i. e. S. Jeder Vorgang ist condicio sine qua non eines anderen, indem er wie dieser das Ganze mitbestimmt, durch welches beide bestimmt werden. Die Ursache i. e. S. ist gewiss condicio ihrer Wirkung, allein sie steht zu ihr in einem noch näheren Verhältnisse. Von jeder Veränderung führt eine Kette „überleitender Veränderungen" zum unbedingten Geschehen hinüber. Erst in dieser eigenartigen Verknüpfung mit dem Einzelvorgang wird die condicio sine qua non zur Ursache i. e. S. Und diese besonders enge Beziehung hat die herrschende Lehre vorausgesetzt, ohne freilich die adäquate Formulierung finden zu können.

Somit kann der herrschende Ursachenbegriff abschliessend charakterisiert werden, als die verfehlte Rechtfertigung der instinktiven Anwendung der Theorie der Veränderungssynthese durch eine inhaltlich absolut nichtssagende, deshalb logisch unanfechtbare Formulierung. —

II. 1. Ursache ist gewiss der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges. Allein nicht jede Bedingung ist Ursache i. e. S. Ebensowenig ist es jede antezedierende Bedingung; vielmehr Ursache i. e. S. ist nur die antezedierende Bedingung, welche zum Erfolg in einer besonders engen Verknüpfung steht — nämlich als überleitende Veränderung. Der hier vertretene Gedanke, nach welchem die Theorie der condicio sine qua non entweder widersinnig ist oder einen Hinweis auf die instinktiv zur Anwendung gelangende Theorie der Veränderungssynthese darstellt, findet eine Andeutung in dem Ausbau, welchen diese Lehre im engsten Anschluss an Thyrén[2]) bei Kriegsmann und bei Radbruch[3]) erhalten hat. In seinem Beitrag „zur Lehre von der adäquaten Ursache"[4]) behauptet Kriegsmann, dass das Kausalproblem „zunächst keinen weiteren Inhalt habe als die notwendige Sukzession totaler

---

[1]) Das gleiche Beispiel verwendet Haupt, Z. 2, S. 539, indem er der herrschenden bezw. der Schopenhauerschen Lehre das Resultat der Theorie der Veränderungssynthese instinktiv zu Grunde legt.

[2]) Thyrén: Bemerkungen zu den strafrechtlichen Kausalitätstheorien. S. 86 f.

[3]) Radbruch: Adäquate Verursachung. S. 81, 82.

[4]) Gerichtssaal, Bd. 68. S. 134 ff. Vergl. dazu Landsberg: Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung. Freiburg 1890. S. 112 f.

Weltzustände, von denen der vorhergehende immer als Ursache des folgenden zu denken ist". „In diesem Sinne ist Ursache eines späteren Weltzustandes jeder vorhergehende Weltzustand und Ursache eines Ausschnittes aus dem späteren Weltzustand jeder Teil jedes vorhergehenden Weltzustandes." [1])

2. Dass der Begriff Ursache unmöglich durch den Begriff Zustand wiedergegeben werden kann, ist mehrfach ausführlich nachgewiesen worden.[2]) Sodann aber soll „jeder Teil des vorhergehenden Weltzustandes" Ursache eines Einzelphänomens sein. Das ist aber gewiss falsch. Das Fliegen der Rotkehlchen vor der Abgabe des mörderischen Schusses ist gewiss ein „Ausschnitt" aus dem vorhergegangenen Weltzustande, aber keineswegs Ursache i. e. S. des Mordes.

3. Auch in diesem Falle ist die Theorie so paradox, dass man sich fragen muss, welchen vernünftigen Sinn deren Vertreter eigentlich wiedergeben wollten. Nicht jeder vorhergegangene Weltzustand steht mit dem Einzelphänomen in Kausalzusammenhang, noch weniger jeder Ausschnitt desselben, wohl aber steht ein bestimmter Weltzustand und gewisse Ausschnitte anderer mit dem fraglichen Einzelgeschehen in kausaler Verknüpfung. Da jede Veränderung eine Synthese ist, deren jeder Komponent wurde, wie er ist, so deutet jeder Komponent wiederum auf eine Synthese, von der sich in gleicherweise die Kette in infinitum fortsetzt, bis man zu einer unendlichen Zahl von Komponenten, d. h. zu einem Weltzustand vor unendlicher Zeit gelangt. Dieser ist durch eine unendliche Zahl von „Ausschnitten" aus früheren Weltzuständen mit dem Einzelphänomen verknüpft. Erst durch den aus der Einsicht in den synthetischen Charakter jeder Veränderung gewonnenen Begriff der überleitenden Veränderung erhält die Thyrèn- bezw. Kriegsmannsche Hypothese das ihr notwendige Korrektiv.

III. 1. Die hiermit abgeschlossenen Erörterungen haben das Verhältnis der Theorie der Veränderungssynthese zu den heute herrschenden strafrechtlichen Kausallehren endgültig bestimmt. Von den phänomenologischen Lehren (sog. Millsches Axiom, bezw. Thyrèn)

---

[1]) Die charakterisierte Lehre findet sich schon dargestellt in dem Aufsatz von v. Berger: Über das Bewirken durch Unterlassen. Separatabdruck aus Grünhuts Zeitschrift.

[2]) S. o. S. 41 f.

wurde sie instinktiv[1]) zu Grunde gelegt,[2]) diejenigen „metaphysischen" Theorien, welche das Kausalproblem auf eine Verknüpfung von Kräften, d. i. von Veränderungen zurückführen wollten (v. Buri, Huther), postulierten das Ziel, welches erst zu erreichen ist, wenn der Versuch derjenigen Lehren gelang, welche die Kausalrelation in einer Beziehung von Kraft und Zustand zu finden glaubten (Horn u. a.), d. h. die Erkenntnis des synthetischen Charakters der Veränderung.

2. Die Ursache im Sinne von Grund der Veränderung kann nur die unbedingte Veränderung sein, und das eigentliche Kausalproblem besteht darin, die Verknüpfung des bedingten Geschehens mit dem unbedingten zu erfassen, und dies leistet der Begriff der „überleitenden Veränderung" als Ursache i. e. S. Die verschiedentlich, insbesondere durch v. Buri behauptete Gegenüberstellung von Ursache und Ursache i. e. S. ist somit völlig gerechtfertigt. Man hat es v. Buri vorgeworfen, dass er einmal den Inbegriff der Kräfte, d. h. der Veränderungen, sodann jede Einzelveränderung als Ursache ansehe. Birkmeyer[3]) findet darin einen Widerspruch. „Wenn m + n + o = p ist, so ist weder m, noch n, noch o = p." Horn[4]) sieht darin einen „überzeugend glänzenden Nachweis" gegen die Richtigkeit der v. Burischen Lehre. In der Tat liegt im Birkmeyerschen Einwand ein Haften am Worte, das dem Sinn von Buris Ausführungen nicht gerecht wird. Gerade weil seine Lehre absurd wäre, wenn man bei der Wortinterpretation stehen bleibt, muss nach einer tieferen Bedeutung gesucht werden.[5])

3. Die Ursache als Grund der Veränderung ist etwas ganz anderes als die Ursache i. e. S. Sie ist der Grund dieses, wie jedes Geschehens.

---

[1]) Vergl. Radbruchs Terminus des „logischen Instinkts". Adäquate Verursachung. S. 1 u. 6.

[2]) Wie sehr die Theorie der Veränderungssynthese allgemein zu Grunde gelegt wird, dazu vergl. die Worte Glasers: Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Bd. I, 1858, S. 294: „Nimmt man nach der landläufigen Erklärung der Ursache als das Ding, welches den Grund vom Dasein eines anderen Dinges in sich enthält, so wird man bei der Innigkeit der Verbindung von Ursache und Wirkung fortgerissen, bis der Blick sich im Unendlichen verliert."

[3]) Birkmeyer: Über den Ursachenbegriff, S. 13. Guex: La rélation de cause à effet. S. 105. Lausanne 1905.

[4]) Horn: a. a. O. S. 58.

[5]) Vergl. damit Hartmann (Das Kausalproblem im Strafrecht mit bes. Berücksichtigung des Strafgesetzbuches, Breslau 1900), S. 48. Dazu Finger:

Spricht man dagegen im täglichen Leben von Ursache, so ist nur die Ursache i. e. S. damit gemeint. Diese kann konkret bezeichnet werden, nach deren Besonderheit kann allein gefragt werden. Freilich muss man, um sie bestimmen zu können, das Kausalproblem in seinem ganzen Umfang gelöst haben. Es war der Fehler der meisten in diesem Zusammenhang kritisierten Theorien, diesen fundamentalen Gegensatz entweder gar nicht erkannt oder nicht entsprechend gewürdigt zu haben.[1]) Im Bereich der Strafrechtswissenschaft ist nur eine Bestimmung der Ursache i. e. S. von Bedeutung, und eine das gesamte Kausalproblem erörternde Theorie hat nur solange Bürgerrecht, als jene Aufgabe nicht gelöst worden ist.

Mit der also gewonnenen Definition der Ursache i. e. S. als: Jede eine relative in die absolute überleitende Veränderung — welcher Satz die gesamten obigen Erörterungen zu seinem Verständnis voraussetzt — ist die leitende Untersuchung dieser Arbeit wieder aufzugreifen. Ist jede Willensmanifestation kausal, lautet die zur Beantwortung stehende Frage, d. h. ist jede (strafrechtlich bedeutsame) Willensäusserung ein Vorgang, mit Bezug auf den sich eine Körperbewegung des Willensträgers als „überleitende Veränderung" darstellen muss? Das die Frage der gesamten Untersuchung entscheidende Problem heisst demnach: Ist die Unterlassung kausal im angeführten Sinne?

Gerichtssaal (gegen Horn), Bd. 50, S. 227; dagegen im Anschluss an Birkmeyer v. Brunneck: Die herrschenden Kausalitätslehren und ihre Stellung zum Reichsstrafgesetzbuch, Halle 1897, S. 32 ff., wie auch Heilborn: Der Agent provocateur, S. 43 u. 44, der in Buris angeblich „logischer Ableitung" ein „Saltomortale" erblickt, in dem der unverwertbare phänomenologische Begriff plötzlich durch den metaphysischen ersetzt wird.

[1]) Vergl. demgegenüber Traeger: a. a. O. S. 13, der streng zwischen Kausalgesetz und Kausalbegriff geschieden wissen will. „Das Kausalgesetz sagt aus, das nichts in der Welt zufällig geschieht." Der Kausalbegriff ist dagegen besonders zu bestimmen. Mit den Worten der hier vertretenen Theorie wäre damit gesagt: dass alles Einzelgeschehen durch das absolute Geschehen bestimmt ist, steht von vornherein fest, fraglich ist nur, wie diese Verknüpfung zu denken ist, und diese leistet den Kausalbegriff.

KAPITEL II.

Das Unterlassen.

Abteilung 1.

Die Irrealität des Unterlassens.

§ 1. Die möglichen Arten negativer [1]) Kausaltheorien.

I. Durch die gegebene Lösung des Kausalproblems ist die Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit eines kausalen Unterlassens und damit die nach der Durchführbarkeit der kausalen Verbrechensauffassung antezipiert worden.

1. Das Verbrechen ist Schuldsymptom; fraglich erscheint, ob mit der herrschenden Lehre jedes Verbrechen als Handlung aufzufassen ist, d. h. als ein als Wirkung des Subjektes sich erweisendes Willenserkenntnismittel. Jedes Verbrechen ist entweder Tun oder Unterlassen, somit hängt die Entscheidung der Grundfrage davon ab, ob der Handlungsbegriff den Oberbegriff von Tun und Unterlassen abzugeben vermag.

2. Nach der vorläufig gegebenen Definition war die Handlung eine bestimmt geartete Wirkung eines Willensträgers. Gemäss der Theorie der Veränderungssynthese ist Wirkung jede Veränderung, insofern sie durch überleitende Veränderungen mit dem absoluten Geschehen verknüpft ist. Die Handlung ist somit — ohne Rücksicht auf die zugehörige Willensseite [2]) — eine Veränderung, die mit dem Subjekt in kausaler Beziehung steht. Das Subjekt als solches kann freilich nicht die Ursache i. e. S. abgeben, sondern diese kann nur eine Verände-

---

[1]) Zu dieser abkürzenden Bezeichnung (statt, Kausaltheorien, nach denen das Unterlassen kausal sein kann bezw. sein muss) vergl. Huther: a. a. O. S. 119 f.

[2]) Vergl. hierzu das auf S. 202 f. Gesagte.

rung am Subjekt sein, d. h. eine Körperbewegung.[1]) Mithin besteht die „objektive" Seite der Handlung in einer Veränderung bezw. in einer Reihe von Veränderungen, die von einer Körperbewegung als zugehöriger Ursache i. e. S. abhängig ist. Demnach ist die gegebene Handlungsdefinition dahin umzuformen: Handlung ist eine Veränderung, die sich in Verknüpfung mit einer Körperbewegung als ihrer Ursache i. e. S. darstellt als Willenserkenntnismittel des sich Bewegenden. Ein Erkenntnismittel muss aber ein äusserer Vorgang sein, eine Veränderung. Auf dass etwas Verhülltes offenbar werde, muss etwas anders geworden sein.[2]) In dem Begriff eines Willenserkenntnismittels ist also der eines äusseren Geschehens, einer Veränderung mit enthalten. Handlung ist demnach ein mit einer Körperbewegung des Willensträgers einsetzendes, an dieselbe kausal geknüpftes Willenserkenntnismittel. Die leitende Frage nach dem Verbrechensoberbegriff kann somit dahin präzisiert werden: muss jedes Verbrechen eine Veränderung sein, zu deren Ursachen i. e. S. eine Körperbewegung des Verbrechers gehört?

3. Jedes Tun ist ein äusserer Vorgang, also ist jede Tat kausal. Somit ist gewiss, dass jede verbrecherische Tat Ursache i. e. S. ist, woraus jedoch keineswegs gefolgert werden darf, dass sie deshalb Handlung sei. Der „objektive Tatbestand" einer Handlung, auf den es in diesem Zusammenhange allein ankommen kann, besteht in der kausalen Verknüpfung von Körperbewegung und Veränderung, technisch gesprochen, Erfolg. Wenn aber Körperbewegung und Erfolg zusammenfallen, ist eine kausale Verknüpfung zwischen ihnen undenkbar. Die Körperbewegung würde gewiss die Ursache i. e. S. anderer Veränderungen sein, allein nicht des Erfolges, da dieser in ihr selbst besteht. Gesetzt es wären Verbrechen denkbar, die allein in der Vornahme einer Körperbewegung beständen, so wären sie als überleitende Veränderungen zwar kausal, allein sie würden nicht unter den Handlungsbegriff zu subsumieren sein. Der Hinweis auf diese Art von Verbrechen würde allein schon

---

[1]) Darüber, dass nur eine Körperbewegung, nicht etwa der Mensch als solcher Ursache i. e. S. sein kann, wie dies z. B. von Glaser angenommen worden ist, vergl. die entsprechenden Ausführungen von Landsberg: a. a. O. S. 64, dazu von Berger: a. a. O. S. 11 u. S. 22.

[2]) Vergl. dazu Dr. Horst Kollmann: Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 28, S. 462; siehe aber auch das Correktiv, das diese Worte auf S. 167 erhalten haben.

zum Nachweis der Unhaltbarkeit der kausalen Verbrechensauffassung genügen. Doch davon später.[1]) So gewiss mithin eine verbrecherische Tat eine Handlung sein kann, so zweifellos ist dies aus gleichen Gründen beim Unterlassen ausgeschlossen. Nur Veränderungen können kausal sein; das Unterlassen ist aber ein Nicht-Tun, somit eine Nichtveränderung, oder, um Landsbergs[2]) Ausdruck zu gebrauchen, „die Negation einer Veränderung". Gemäss der Theorie der Veränderungssynthese ist damit die Frage nach der Kausalität des Unterlassens, und damit wieder die systematische Grundfrage[3]) negativ entschieden worden.

II. Das Unterlassen ist nicht nur kein kausales äusseres Geschehen, sondern überhaupt kein äusserer Vorgang, ist in der Welt der Vorstellung unmöglich.

1. Die Theorie der Veränderungssynthese ist der logische Ausbau vom Satze des All-sich-Veränderns. Jede Erscheinung ändert sich, und kann nur so in die Welt der Vorstellung eingegliedert werden, keine kann als beharrend gedacht werden. Ein beharrendes Phänomen würde die Verknüpfung der Erscheinungen unter einander unmöglich machen, wäre das Wunder[4]) κατ' ἐξοχήν. Gewiss kann die Veränderung nur als Synthese von Veränderung und Nichtveränderung gedacht werden, allein das Ruhende kann nur als Synthesiskomponent gedacht werden. Alles in der Welt der Vorstellung ändert sich, ist der Veränderung an sich eingegliedert, alles bestimmend, von allem bestimmt, für eine Nichtveränderung ist hier kein Raum. Somit ist auch das Unterlassen in der Welt der Phänomene ganz undenkbar.[5])

---

[1]) Vergl. vorläufig Beling: a. a. O. S. 30, 203 f.

[2]) Landsberg: a. a. O. S. 100.

[3]) Über diesen Zusammenhang vergl. auch Landsberg: a. a. O. S. 2. F. H. Mentha: Les delits de commission par ommission. Neuchâtel 1898. S. S. 6, 8, 12.

[4]) S. o. S. 55, 66.

[5]) Guttmann: Die negativen Bedingungen in ihrer Beziehung zu den unechten Unterlassungsdelikten, Breslau 1898, negiert die Kausalität des Unterlassens, behauptet dagegen, dass dasselbe verursacht werde und zwar durch die „negativen Bedingungen". S. 23/24. Allein, was nicht Ursache sein kann, ist auch als Wirkung unmöglich. Der Begriff der negativen Bedingungen ist anerkannt im Kommentar von Frank, 3./4. Aufl. 1903, S. 17. Treffend ist Guttmanns Theorie widerlegt durch die Worte v. Rohlands: Die strafbare Unterlassung, 1887, S. 77, „Wie soll die Unterlassung sich als Folge der Wirkung darstellen können, wenn sie nicht Ursache zu sein vermag? Entweder sie entbehrt der Kausalität und kann dann weder Ursache noch Wirkung sein, oder aber sie besitzt ursächliche Kraft und

2. Jeder Versuch, das Unterlassen als in der Welt der Vorstellung gegeben, oder, um einen besonders von Redslob verwendeten Terminus zu gebrauchen, als real nachzuweisen, muss, wenn dieser Beweis scheinbar gelingen soll, in Wahrheit von Veränderungen reden, wenn sie auch als Nicht-Veränderungen bezeichnet werden. Entweder nennt man eine bestimmte Veränderung Unterlassen und beweist so die Realität der letzteren, oder man definiert das Unterlassen durch einen Begriff zu dessen Essentialen das real Gegebensein gehört, ohne dass sofort in die Augen springt, dass jenes real Gegebene nur als sich ändernd gedacht werden kann. Bei den Versuchen, die Realität des Unterlassens nachzuweisen, muss sich also stets eine Transformation vollziehen, analog der, welche jeder metaphysischen Kausaltheorie im Bereich der Strafrechtswissenschaft zu Grunde liegen muss; wie bei letzteren die Kraft Veränderung werden muss, sobald sie den Grund einer Veränderung abgeben soll, so muss das Unterlassen so oder so zur Veränderung werden, sobald es als reales Phänomen dargestellt wird.

3. Die eine Art der bezeichneten Nachweise ist im Anschluss an die Theorie Ludens versucht worden, die zweite findet sich im Werke von Landsberg.

Alles ändert sich, auch der Unterlassende ändert sich, auch von ihm kann nicht behauptet werden, dass er irgendwie verharre; „denn während er unterliess, muss er notwendig etwas anderes getan haben", so drückt Luden [1]) den gleichen Gedanken aus. Freilich kann aus dieser Erkenntnis weder die Kausalität des Unterlassens erschlossen werden, wie dies im Sinne Ludens [2]) lag, noch kann aus ihr, wie dies Redslob [3]) versucht, etwas für die Realität „des Unterlassens" gefolgert werden. Luden sagt nur, dass der, von dem man ein Unterlassen aussagt, sich verändern müsse. Diese Veränderung ist kausal,

---

dann steht dem nichts im Wege, dass man sie selbst als Ursache anerkennt." Dagegen scheint v. Rohland in seiner letzten Arbeit den Fehler Guttmanns mitzumachen, wenn er sagt: „Die Wirkung einer Handlung kann zunächst ganz allgemein dahin bestimmt werden, dass infolge derselben etwas geschieht oder nicht geschieht." Also das Unterbleiben ist Wirkung eines Handelns. (Strafrechtsvergleichung B. I. Allg. Teil, S. 353.)

[1]) Luden: Abhandlungen aus dem teutschen Strafrecht. 1836. Bd. II, S. 474.

[2]) a. a. O. S. 467 f.

[3]) Redslob: a. a. O. S. 12 f.

darin hat Luden recht, sie ist gewiss real, wie Redslob dies betont,[1]) allein sie ist eben nicht das Unterlassen. Dass die Negation einer Veränderung real sein könne, ist auf diesem Wege nicht zu erweisen.

Diese Erkenntnis mag auch Redslob bestimmt haben, in der Folge die „andere Betätigung" als ein „Verhalten" zu bezeichnen mit der Behauptung, „die Betätigung als ein eintretender Zustand" sei „ein Tun"; die Betätigung als ein beharrender Zustand sei „ein Verhalten".[2]) Mit diesem Ausbau seiner ersten Behauptung ist Redslob völlig in den Gedankenkreis Landsbergs geraten. Wenn dieser das Unterlassen als eine bestimmt geartetes menschliches Verhalten definiert, hat er zwar den Begriff der Realität mit in die Definition aufgenommen, zugleich aber den prinzipiell ausgeschlossenen der Veränderung. Ein solches menschliches Verhalten, welchem eine nach aussen hervortretende Bewegung entspricht, nennt Landsberg (äussere) Tätigkeit, Unterlassung ist dagegen „dasjenige menschliche Verhalten, welchem eine (bestimmte äussere) Bewegung nicht entspricht".[3]) Wenn das Unterlassen ein menschliches Verhalten ist, kommt es gewiss in der Welt der Vorstellung vor. Allein jedes menschliche Verhalten löst sich in Veränderungen auf. Der Mensch mag sich verhalten, wie er will, sein Verhalten ist ein Sich-Ändern. Nun soll aber nach Landsberg selbst das Unterlassen die Negation einer Veränderung sein, also ist es kein menschliches Verhalten, also ist der Landsbergsche Realitätsbeweis missglückt. Dem Gesagten entspricht das Resultat der Polemik Radbruchs gegen die Landsbergsche Unterlassungsdefinition. Das Tun ist eine Veränderung, das Unterlassen eine Nichtveränderung, einen Oberbegriff von Tun und Unterlassen, von a und non-a kann es mithin nicht geben.[4])

III. Das Unterlassen ist die Negation einer Veränderung, eines Vorgangs, kann also in der Welt der Phänome nicht gegeben sein,[5]) nach

---

[1]) Redslob: a. a. O. S. 15. „Luden und seine Anhänger stellen so den Satz auf, dass die Unterlassung Bedingung eines Erfolges sein könne, weil sie als eine andere Betätigung betrachtet real sei."

[2]) Redslob: a. a. O. S. 16.

[3]) Landsberg: a. a. O. S. 26. Dazu P. Merkel: Begehung durch Unterlassung. S. 15. Beling: a. a. O. S. 9, S. 15 f. Frank: Kommentar, 3./4. Aufl. 1903. S. 17.

[4]) Radbruch: Handlungsbegriff. S. 131, insb. S. 140.

[5]) Richtig betont dies Anton Hess: Über Kausalzusammenhang. Hamburg 1895. S. 37.

seiner Kausalität zu fragen wäre widersinnig [1]) — und dennoch gibt es negative Kausaltheorien. Nicht die Kausalität des Unterlassens [2]) ist problematisch, wohl aber die Möglichkeit einer Theorie, welche diese behauptet.

1. Nur Erscheinungen der Vorstellungswelt können mit einander verknüpft werden. Soll überhaupt nach der Kausalität des Unterlassens gefragt werden können, muss es demnach vorerst als real anerkannt sein. Jene Versuche müssen den widerspruchsvollen Begriff einer beharrenden Erscheinung zu Grunde legen. Nur unter dieser Voraussetzung kann eine negative Kausaltheorie denkbar werden.[3]) Nun ist aber das Unterlassen nimmer real, also muss sich bei allen Theorien dieser Art der Fehler nachweisen lassen, dass ein Irreales als Realität behandelt worden ist.

2. Doch gesetzt, dass Unmögliche sei möglich, dass Unterlassen, die Negation einer Veränderung sei eine reale Erscheinung, wie sollte das Beharrliche mit Veränderungen als deren Ursache i. e. S. in Verbindung gebracht werden? Nach der Theorie der Veränderungssynthese würde ein Beharrliches weder Wirkung noch Ursache i. e. S. sein können. Wird demnach die Kausalität des Sich-nicht-verändernden behauptet, so ist dies nur auf zweifachem Wege möglich: entweder durch wörtliche Anwendung der oftmals charakterisierten allgemeinen Bedingungstheorie, oder mit Hilfe der Annahme, dass die Unterlassung eine in Form einer Nichtveränderung gehüllte wirkliche Veränderung sei. Der Gedanke, das Beharren eines Phänomens als Bedingung für den Eintritt eines andern darzustellen, indem B nicht eingetreten wäre, wenn A sich verändert, d. h. nicht beharrt hätte, ist für einen Vertreter der allgemeinen Bedingungstheorie äusserst naheliegend. Dass dieser Weg fast einstimmig abgelehnt wurde, ist ein neuer Beleg für die Richtigkeit der Behauptung, dass man die allgemeine Bedingungstheorie nicht dem Wortsinn gemäss verstehen dürfe, sondern sie als die logisch verfehlte Rechtfertigung der instinktiven Anwendung der Theorie der Veränderungssynthese aufzufassen sei.

---

[1]) Vergl. Traeger: a. a. O. S. 72.

[2]) Genau den gleichen Fehler, nämlich die Unterlassung als reale Tatsache aufzufassen, hat Guthmann begangen, wenn er die Unterlassung als durch negative Bedingungen bewirkt ansieht. Dem gegenüber erscheint seine sachlich gewiss richtige Negation einer negativen Kausalität als ein Widerspruch. Guthmann: a. a. O. S. 23/24.

[3]) Redslob: a. a. O. S. 22.

Bei weitem bedeutsamer ist dagegen der Versuch, das Unterlassen als eine Veränderung unter dem Scheine der Nichtveränderung zu bestimmen. „Die stille Aussenseite wird also hier angesehen als einen innerlichen, widerspruchsvollen Vorgang verhüllend.“ [1]) Wenn eine Veränderungsreihe, die einen bestimmten Erfolg verhindert hätte, selbst durch eine Veränderung aufgehoben wird, so wird der Erfolg nicht verhindert. Hinderung der Hinderung des Erfolges ist nach allgemein herrschender Auffassung Erfolgsverursachung.[2]) Also ist Hinderung der Hinderung des Erfolgs eine Nichthinderung als Verursachung. Wenn demnach ein Willensträger sich so verhält, dass er in der Folge eine Veränderung hindern müsste, dann aber diese Entwicklungstendenz so durchkreuzt, dass dadurch die Hinderung des Erfolges verhindert wird, also er sich selbst hindert an der Erfolgshinderung, so hat er den Erfolg „verursacht“, indem er es unterliess, denselben zu verhindern. Dieser Gedanke, dass die Hinderung der Erfolgshinderung der Erfolgsverursachung gleichzusetzen sei, soll im nachfolgenden, im Gegensatz zu dem an v. Berger [3]) anschliessenden, herrschenden, wesentlich engerem [4]) Sprachgebrauch als der Interferenzgedanke bezeichnet werden. Auf ihn müssen alle Versuche, eine mögliche Kausalität zu erweisen, am Ende hinauslaufen.

3. Doch alle Versuche dieser Art müssen scheitern, denn das Unterlassen ist kein äusserer Vorgang, kein reales Phänomen, das mit anderen Erscheinungen kausal verknüpft werden kann. Wenn es sich als richtig erweisen sollte, dass jede negative Kausaltheorie schliesslich den Interferenzgedanken zu Grunde legt, muss dieser sich stützen auf den fundamentalen Fehler einer Verwechslung von Möglichem und Notwendigem, der Behandlung des bloss Gedachten als etwas Wirkliches. Die fraglichen Theorien können mithin niemals beweisen, dass das Unter-

---

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 55.

[2]) v. Liszt: a. a. O. S. 132. Traeger, a. a. O. S. 64: „Die Interferenztheorien gehen aus von der unbestrittenen und unbestreitbaren Tatsache aus, dass auch dann jemand für den Erfolg kausal gewesen ist, wenn er die Wirksamkeit einer Bedingung, die das Eintreten eines Erfolges aller Voraussicht nach verhindert haben würde, paralysiert hat.“ v. Rohland: Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen. Vergl. Darstellung des deutschen und ausl. Strafrechts. Allg. Teil, Bd. I. Berlin 1908. S. 363, 366, 367.

[3]) v. Berger: a. a. O. S. 24.

[4]) S. u. S. 97. Der herrschende Sprachgebrauch hat nur die unten sog. subjektive Version des Gedankens im Auge.

lassen irgend kausal sei, sondern nur feststellen, unter welchen Bedingungen das Unterlassen als kausal behandelt wird. Mit einem solchen Resultat würde das Problem der zweiten Abteilung dieses Kapitels abschliessend präzisiert sein. Das Unterlassen ist die Negation einer Veränderung, ist kein Phänomen. Es ist aber eine Qalifikation des Verbrechensoberbegriffes, also unter allen Umständen Schulderkenntnismittel, demnach müsste es ein äusserer Vorgang sein, also real, also eine Veränderung. Dies absolut Widerspruchsvolle, dies sich ändernde Beharren, soll überdies unter Umständen als kausal behandelt werden. Welchen Sinn kann es dann haben, etwas als kausal zu behandeln, was doch nicht kausal ist? Damit wäre das völlig Problematische, das im Begriffe eines strafrechtlich relevanten Unterlassens liegt, in der Frage zu prazisieren:[1]) müsste es nicht gedacht werden: als das real-irreale, unmöglich kausale und dennoch als kausal zu behandelnde Beharren?

§ 2. Die allgemeine Bedingungstheorie und der Interferenzgedanke.

I. Die eine mögliche Art negativer Kausaltheorien besteht in der Umkehrung der allgemeinen Bedingungstheorie mit negativem Vorzeichen, welche dann, um nicht völlig ins Sinnlose zu geraten, zur Anerkennung des Interferenzgedankens führen muss.

1. a) Ursache ist nach jener zweifach irrigen [2]) Lehre der Inbegriff der Bedingungen des Erfolges; Ursache i. e. S. ist mithin jede Bedingung des Erfolges, d. h. jedes Phänomen, das nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Erfolg hinwegfiele. Dieser allgemeine Satz ist, dem Wortsinn gemäss, sowohl einer negativen als der positiven Version fähig. Nach letzterer ist Ursache i. e. S. das Eintreten eines bestimmten Ereignisses. Wäre jener Vorgang nicht erfolgt, würde die fragliche Wirkung nicht eingetreten sein. Nach der positiven Fassung s nd mithin Vorgänge

---

[1]) Der zit. Aufsatz Menthas gipfelt darin, die Schwierigkeiten der Lösung zu konstatieren und mit Bezug auf die Gesetze, welche eine Begehung durch Fahrlässigkeit inkriminieren (art. 319 code pénal français, art. 299. code pénal neuchâtelois, § 222 R.Str.G.B.), die Möglichkeit der Lösung als gegeben anzunehmen. S. 22 f.

[2]) 1. Hält jene Lehre die Fragwiederholung für die Antwort — (s. o. S. 14 f.); 2. ist keineswegs jede Bedingung Ursache i. e. S. Dass ich gestern einen hellen Stern sah nah am Monde, ist Bedingung für das heute erfolgte Eisenbahnunglück, allein nicht Ursache i. e. S. (s. o. Kap. I, Abschn. 2, Unt.-Abt. 2, § 3).

Ursachen i. e. S. Die negative Version geht davon aus, dass ein Ereignis nur eintreten konnte unter der Bedingung, dass ein anderes Objekt sich nicht veränderte. Der Tod konnte nur unter der Bedingung eintreten, dass B den verunglückten A nicht rettete. Der Kausalität der positiven Tatsache tritt mithin die der negativen als gleichberechtigt gegenüber.[1]) Ist somit die „Negation einer Veränderung" kausal, wie eine solche selbst, ist auch die Kausalität des Unterlassens bewiesen. Nach dem Traegerschen Eliminationsverfahren fragt man bei der positiven Veränderung, ob der Erfolg eingetreten wäre, auch wenn jene Veränderung gefehlt hätte; dagegen muss man beim Unterlassen fragen, ob der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn jene Unterlassung gefehlt hätte, wenn vielmehr statt der Negation einer Veränderung deren Position gegeben gewesen wäre: „ob also mit dem Hinzudenken einer Handlung gewisser Art der (rechtlich verpönte) Erfolg verhindert worden wäre".[2])

b) Die allgemeine Bedingungstheorie, dem Wortsinn gemäss verstanden, würde ohne Schwierigkeit die Kausalität des Unterlassens erweisen. Nun aber ist keineswegs jede Bedingung Ursache i. e. S. Bedingungen sind nur dann Ursachen i. e. S., wenn sie Veränderungen sind und nicht die als real angenommenen ruhenden Zustände. Dass die herrschende Theorie diesem Gedanken Ausdruck verleihen will, geht in dem vorliegenden Zusammenhang daraus hervor, dass ihre Vertreter fast allgemein von dem Satze ausgehen: „durch nichts kann nichts werden".[3]) Im Gegensatz zum Wortsinn der Lehre können nach herrschender Meinung nur Veränderungen kausal sein, und diese werden in Wahrheit nur dann als Ursache i. e. S. behandelt, wenn sie zu einem bestimmten Vorgange in einem besonderen, von der herrschenden Theorie nicht präzisierten Zusammenhange stehen.[4]) Die Theorie der condicio sine qua non kann mithin nur dann in eine negative

---

[1]) Vergl. Huther: a. a. O. S. 119/122. Dazu Dr. Horst Kollmann: Die Bedeutung der metaphysischen Kausaltheorie. S. 36/38.

[2]) Traeger: a. a. O. S. 72. Dass Traeger, trotzdem er beim Unterlassen das Eliminationsverfahren unter negativem Vorzeichen anwendet, die Kausalität des Unterlassens für widersinnig hält, ist ein bedeutsamer Beleg dafür, dass auch ihm die allgemeine Bedingungstheorie etwas anderes bedeutet als aus dem Wortlaut entnommen werden kann.

[3]) Vergl. zur Auffassung dieses Satzes Binding: Normen II, S. 209; Landsberg: a. a. O. S. 92/93.

[4]) S. o. Kap. I, Abschn. 2, Unt.-Abt. 2, § 3.

Kausaltheorie umgeformt werden, wenn man bei dem gänzlich inhaltsleeren Wortsinn stehen bleibt, keineswegs aber, wenn man ihren richtigen Kern — d. h. die durch sie unrichtig gerechtfertigte Anwendung der Theorie der Veränderungssynthese — ins Auge fasst. Ja man tut gut, beim Versuch einer negativen Kausallösung, jeden Hinweis auf das eigentliche Kausalproblem zu vermeiden, m. a. W., an die Stelle eines Kausalzusammenhangs muss ein Konditionazlusammenhang getreten sein.

Es gibt vielleicht keine präzisere deductio ad absurdum jenes Versuches, mit Hilfe der allgemeinen Bedingungstheorie die Kausalität des Unterlassens zu erweisen, als die — übrigens im Grunde unvermeidliche — Einführung des Begriffes: Konditionalzusammenhang. Jeder notwendige Zusammenhang ist eine solche Verknüpfung, soviel ergibt sich aus dem Satze vom Grunde. Um weiter aber die Frage nach der Möglichkeit der Begründung von Veränderungen durch Nichtveränderungen überhaupt stellen zu können, darf man sich nicht etwa nach dem principium rationis sufficientis fiendi umsehen, denn dies kennt nur ein Verknüpftsein von Veränderungen mit Veränderungen. Vielmehr muss man den Begriff einer „abstrakten Erscheinungsverknüpfung" aufstellen: aus dem Kausalzusammenhang wird der Konditionalzusammenhang, d. h. von der Erscheinungsverknüpfung abstrahiert man das „wie",[1]) somit bleiben irgendwie verknüpfte Phänomen übrig. Der Kausalzusammenhang ist die wirkliche Verknüpfung von Erscheinungen, nach ihm sind Unterlassungen nie kausal. Der Konditionalzusammenhang denkt sich ein Irgendwie-Verknüpftsein von Erscheinungen. Ohne Rücksicht auf die Wirklichkeit wäre es wohl denkbar, dass reale Nichtveränderungen (wenn es solche gäbe) mit Veränderungen irgendwie verknüpft wären. Nimmt man einen Konditionalzusammenhang an, ist ein konditionell verknüpftes Unterlassen denkbar.[2]) Nun mag ein solcher zwar denkbar sein, aber wirklich ist er nicht: d. h. unter den realen Erscheinungen kann es kein kausales Unterlassen geben.[3])

---

[1]) S. o. S. 19 f.

[2]) Redslob: a. a. O. S. 2, Anm. 1 drückt die Sache so aus: „Der Begriff der Kausalität, der oft (!) zur Bezeichnung dieses Zusammenhangs gebraucht wird, soll hier der Vieldeutigkeit (!!) halber vermieden werden und durch den deutlicheren (!!!) Begriff des Konditionalzusammenhangs ersetzt werden."

[3]) Die wunderlichste Hypostasierung, welcher dieser Gedanke, etwas bloss Gedachtes als etwas Wirkliches hinzustellen, in diesem Zusammenhang erfahren kann,

c) Dieser von Redslob und anderen unternommene Versuch einer negativen Umkehrung der allgemeinen Bedingungstheorie, tritt nirgends so selbst- und siegesbewusst auf als in dem Werke von Guex und so sei auf dessen kurze Ausführung als auf ein Prototyp für diese Art von negativer Kausaltheorie verwiesen. „Pour prendre brièvement position dans le débat (sc. über die Frage nach der Möglichkeit eines kausalen Unterlassens), nous dirions que pour nous rien ne s'oppose à l'affirmation de la causalité de l'ommission. Définissant la cause l'ensemble des conditions qui sont invariablement suivies du résultat, nous constatons que pour avoir une énumération complète, il ne suffit pas de mentionner toutes les conditions positives: car elles peuvent être réunies sans que pourtant l'effet se produise, parce qui'l a été empêché par un obstacle. L'absence d'obstacles est un des éléments d'une définition compléte de la cause. L'iniaction de A. est aussi nécessaire à la production du résultat que l'action de B. La logique ne s'oppose pas à cette conclusion; le langage courant la corrobore; la jurisprudence la sanctionne. Il ne faut pas créer des difficultés inutiles.[1])

2. a) Trotz der temperamentvollen Versicherungen des vorletzten Satzes ist von den Guexschen Ausführungen nichts richtig, mit Ausnahme der letzten Worte. So einfach liegt die Sache eben nicht. Gewiss ist, dass A nicht ertrunken wäre, wenn B ihn gerettet hätte, aber soll des-

---

ist durch die Theorie von Anton Hess: Über Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, Hamburg 1895, geleistet worden. Er beweist die, wie er es nennt, objektive Realität der Unterlassung folgendermassen: S. 44/48.

a) 1. Das Unterlassen ist ein negatives Urteil.
2. Alles Denken hat sein objektives Denksubstrat.
Also hat das Unterlassen sein objektives Denksubstrat, ist selbst objektiv.

b) 1. Wirklich ist das Denknotwendige.
2. Notwendig war, dass das Subjekt damals eine Handlung erwartete und dann enttäuscht wurde.
Also ist das Unterlassen wirklich, real.

Wenn das Gedachte das Wirkliche wäre, hätte Hess recht; so aber ist seine Theorie nicht diskutabel. Ebenso Paul Merkel: Die Begehung durch Unterlassung. Nürnberg 1895. S. 17. Das Wertvolle im Gedankengange von Hess ist an den entsprechenden Stellen der Arbeit hervorgehoben.

[1]) Guex: Le relation de cause à éffet dans les obligations extra-contractuelles. Lausanne 1904. S. 67. Vergl. den Aufsatz von Pustoroslew im Gerichtssaal, S. 244; ferner Frank: Kommentar zum R.St.G.B. 3./4. Aufl. 1903. S. 17.

halb B den A ertränkt haben? Wenn B deshalb den Erfolg verursacht haben soll, weil feststeht, dass A nicht gestorben wäre, wenn B das Rettungswerk nicht unterbrochen hätte, so hätte er also B die Ursache des Todes gesetzt, wenn er das Nachschwimmen wegen eines Beinkrampfes [1]) aufgab. Nach jenen Theorien ist Ursachensetzen gleich den Erfolg ermöglichen. Ein ermöglichter Erfolg tritt freilich nur ein, wenn er nicht gehindert wurde, d. h. er tritt ein, wenn er weiterhin nicht unmöglich gemacht wurde. Nicht unmöglich machen darf jedoch nicht mit ermöglichen, mithin mit verursachen gleichgesetzt werden.[2]) Der Rettende macht den anderweitig ermöglichten konkreten Erfolg, das Ertrinken, unmöglich, der Nichtrettende macht jedoch den Erfolg nicht etwa möglich, sondern er macht ihn nur nicht unmöglich. Der Unterschied zwischen ermöglichen und nicht-unmöglich-machen liegt in folgendem: ersteres deutet auf eine notwendige Verknüpftheit einer Veränderung mit einem Vorgange, letzteres auf das Nichtvorhandensein eines solchen Bandes. In der angedeuteten Verwechslung liegt der Grundfehler jener Lehren. Der Nichtrettende macht das Ertrinken nicht unmöglich, doch er ermöglicht dasselbe nicht. Sobald man beides nicht trennt, hat der Nichtrettende den Erfolg nicht unmöglich gemacht, d. h. er hat ihn ermöglicht, d. h. hat ihn verursacht.

Sobald man aber diesen Fehler gemacht hat, wird die Theorie völlig unsinnig, und man hätte an den ganz unmöglichen Konsequenzen merken müssen, dass jene anscheinend so leichte, wie Guex meint, sich von selbst verstehende Lösung ihren Haken haben muss.

Alles, was den Erfolg verhindert hätte, wenn er eingetreten wäre, soll zu dessen Ursachen i. e. S. zählen. Man soll sich also, um mit Traeger zu reden, fragen „ob mit dem Hinzudenken einer Handlung gewisser Art der Erfolg verhindert worden wäre". Es sei gedacht an einen mit den Wellen kämpfenden Schiffbrüchigen. Wenn ein Engel vom Himmel herabgestiegen wäre, ihm zu helfen, wie Leukothea dem Odysseus, so würde er nicht ertrunken sein. Mit dem Gegebensein dieser Handlung wäre der Erfolg verhindert: also ist das Nichtherabsteigen des Engels die Todesursache. Nun aber soll es keine Engel geben, die Ertrinkenden zu Hilfe kommen — dann ist eben die Nicht-

---

[1]) Vergl. Mentha: a. a. O. S. 17.

[2]) Vergl. J. Guthmann: Die negativen Bedingungen in ihrer Beziehung zu den unechten Unterlassungsdelikten. Breslau 1898. S. 6.

existenz solcher Rettungsengel die Ursache des Todes. Doch genug davon, man erkennt, dass jene Lehre ins Bodenlose geraten muss. Lässt sich doch zu jedem Vorgange eine denselben unmöglichmachende Veränderung hinzudenken, und dann soll dies Phantasma Ursache sein? Will man die Kausalität des Unterlassens beweisen, muss man von der Wirklichkeit, der realen Erscheinungsverknüpfung, dem Kausalzusammenhang abstrahieren und an dessen Stelle einen nur in Gedanken bestehenden Konditionalzusammenhang setzen. Dass ein solcher Versuch den Boden der Wirklichkeit verloren hat und in seiner Haltlosigkeit erkannt wird, sobald man jenes Theorem auf die Wirklichkeit anwendet, ergibt sich als notwendige Konsequenz.

b) Allein noch wird die bekämpfte Theorie das Spiel nicht aufgeben. Sie wird etwa folgendes entgegnen: Zwischen dem in der Nähe befindlichen Menschen, welcher retten konnte, und dem Engel, welcher im letzten Augenblick nicht eingriff, besteht ein bedeutsamer Unterschied. Jener Mensch hätte wirklich retten können, und hätte er gerettet, wäre der Verunglückte nicht gestorben. Er hat den Erfolg ermöglicht, also verursacht. Von etwas absolut oder empirisch Nichtexistentem kann jedoch nie behauptet werden, dass es hätte wirken können. Unsere Lehre setzt die objektive Möglichkeit einer Hinderung voraus, eine solche ist beim Engel oder gar beim Phantasma nicht gegeben.

Allein diese Einschränkung der Theorie auf das objektiv Mögliche ist so unhaltbar, wie der Begrifff der „objektiven Möglichkeit". „Objektive Möglichkeit" ist eine contradictio in adjecto. „Objektiv", d. h. ohne Rücksicht auf das subjektiv beschränkte Erkennen ist alles notwendig bestimmt. Der Allwissende, d. h. der objektive Geist, kennt keine Möglichkeiten, keine Zufälle. Wird ein Erfolg als möglich dargestellt, so bildet er eine der denkbaren Qualifikationen eines auf Grund der Gegenwart erfassten abstrakten Zukunftsbildes. Um ein Beispiel zu geben: ein Reisender sagt sich in Dissentis, morgen bin ich auf San Gottardo oder auf Santa Maria in loco magno. Er sagt sich, morgen bin ich auf einem der besagten Pässe der Zentralschweiz. Die Qualifikation des Oberbegriffs (einer der Pässe) zum konkreten Vorgang (Ankunft in Santa Maria) ist dem Subjekt nach nicht möglich. Der objektive Geist würde auch die Qualifikation erfassen, für ihn gäbe es somit keine Möglichkeit. Mit Bezug auf kausale Vorgänge ist „objektiv" nur ihre wirkliche Verknüpfung. Eine „objektive Möglichkeit" wäre somit eine

konkrete Abstraktion. Und grade kann die Richtigkeit dieses Satzes an nichts so gut exemplifiziert werden als an den Fällen der sog. kausalen Unterlassung. A sieht den B in Todesnot, er würde ihn retten können, und dennoch unterlässt er es, also verursacht er der bekämpften Lehre gemäss den Tod. Allein, was berechtigt eigentlich zur Behauptung, dass er hätte retten können? Er rettete nicht, also konnte er es nicht. Unser empirischer Charakter ist genau so notwendig bedingt als alles andere Geschehen. Grade das Konkretum des Nichtrettens lehrt, dass das Retten objektiv unmöglich war.

c) Allein vielleicht gibt die bekämpfte Lehre ihre Sache noch immer nicht verloren. Jetzt würde sie etwa entgegnen können: Der soeben gemachte Einwand stützt sich auf die Unmöglichkeit eines „objektiv" Möglichen. Diese Gegenbehauptung ist falsch, denn es gibt doch einen Fall der objektiven Möglichkeit. — Wollte man zweifelnd einwerfen: Seid ihr euch auch wirklich klar über den Begriff des objektiv Möglichen? — so würde die Entgegnung lauten: Gewiss. Wir erkennen die soeben gemachten darauf bezüglichen Ausführungen vollkommen an. Objektive Möglichkeit ist ein konkreter Oberbegriff, d. h. in concreto kann X zugleich A und B sein. Wenn ihr entgegnet, dass sei eine contradictio in adjecto, a sei = a, und ein x, das zugleich mit a und b identisch sei, ohne dass a = b wäre, könne es nicht geben, so ist das eben ein extremer Rationalismus. Ihr macht es etwa wie die Eleaten, die die Wirklichkeit alles Veränderns leugnen, weil durch Division mit endlichen Grössen niemals 0 zu erreichen ist. Es gibt eben doch eine derartige objektive Möglichkeit, ein derartiges absurdum, einen konkreten Oberbegriff, ein x, das zugleich a und b ist: den freien Menschenwillen. Nur auf ihn bezieht sich unsere Theorie. A hätte den B retten können, wenn er gewollt hätte. Sein Wille war frei. Dass er nicht rettete, war keineswegs notwendig, das Retten wäre objektiv ebenso möglich gewesen. Also keineswegs ist jede irgend denkbare Nichthinderung des Erfolges für denselben kausal, sondern nur das Nichthindern, wo die Hinderung objektiv möglich war, d. h. das Unterlassen aus freiem Willen.

3. Damit aber ist die Umkehrung der allgemeinen Bedingungstheorie unter negativem Vorzeichen zu einer der möglichen Ausgestaltungen des Interferenzgedankens vollzogen.

a) Dem Interferenzgedanken zufolge ist Hinderung der Erfolgshinderung Verursachung des Erfolges. Wenn das Subjekt sich selbst an der Erfolgshinderung gehindert hat, verursachte es den Erfolg, in-

dem es denselben zu verhindern unterliess. Diese Interferenz kann sich am Subjekt dadurch vollziehen, dass der Willensträger eine bestimmte Willensartung umformt, so dass die vorher mögliche Erfolgshinderung nicht mehr stattfinden konnte. Zu dieser subjektiven Version des Interferenzgedankens wird der in Frage stehende Versuch einer negativen Kausaltheorie notwendig gedrängt.

b) Durch den Entschluss die Hinderung zu unterlassen zerstört das Subjekt die objektive Hinderungsmöglichkeit. Es hindert also sich selbst an der Erfolgshinderung. Dem Interferenzgedanken gemäss ist Verursachung Zerstörung der Hinderungsmöglichkeit: die Hinderungsnotwendigkeit kann nicht zerstört werden, eine unmöglich gemachte Notwendigkeit kann es nicht geben. Bei dem unentschiedenen Willen ist also die Hinderungsmöglichkeit gegeben, welcher der bestimmte Nichthinderungsentschluss ein Ende macht. Also ist jeder freie Entschluss nicht zu hindern, wo man bei gutem Willen hindern konnte, ein Selbst-sich-hindern an der Erfolgshinderung, also Verursachung durch Unterlassen.

c) Mithin gibt es in Wahrheit nur eine Art möglicher negativer Kausaltheorien, diese werden durch einen präjudiziellen Gedanken, den der Kausierung durch Interferenz, bestimmt, auf den sie, gleich wie auf einen Generalnenner zurückgeführt werden können.[1]) —

Im weiteren Verlauf des vorliegenden Paragraphen soll zunächst die soeben in abtracto charakterisierte notwendige Transformation der allgemeinen Bedingungstheorie unter negativem Vorzeichen in eine bestimmte Ausgestaltung des Interferenzgedankens in concreto dargestellt werden an dem Ringen Landsbergs mit der negativen Fassung der Theorie der conditio sine qua non, um im dritten Abschnitt den derart postulierten Interferenzgedanken in seiner Eigenart näher zu präzisieren; es sind die möglichen Ausgestaltungen des gemeinsamen Grundgedankens, des Generalnenners, zu bestimmen und so die Bahnen der weiteren Kritik vorzuzeichnen.

II. 1. a) Wie dies für jeden Versuch einer negativen Kausallösung die Voraussetzung bildet, geht Landsberg aus von der „Realität des Unterlassens" im oben gekennzeichneten Sinne. Die Unterlassung

---

[1]) Vergl. Berger: a. a. O. S. 24, dessen Aufsatz meines Wissens die beste Darstellung der psychischen (s. u.) Interferenzlehre enthält.

ist nicht etwas Negatives schlechthin, sondern ein negativer Vorgang,[1]) „die Negation einer Veränderung". Ob wir aber eine Veränderung positiv oder negativ auffassen, berührt nicht die Frage ihrer Realität: „ist es doch durchweg bloss ein Zufall, ob mir ein Vorgang positiv oder negativ erscheint".[2])

b) Dieser eigenartige Vorgang vermag sehr wohl zu den conditiones sine quibus non eines Erfolges zu zählen. Somit erscheint die Möglichkeit einer negativen Kausalität erwiesen.

c) Dabei verkennt Landsberg nicht die Richtigkeit des Satzes, „ohne eine Veränderung der Aussenwelt keine weitere, d. h. kein Ereignis ohne vorhergehendes Ereignis"; und so schliesst er richtig, „die blosse Unterlassung ist kein Ereignis in unserem Sinne".[3]) Allein damit ist für Landsberg noch nichts gegen eine mögliche Kausalität des Unterlassens entschieden. Freilich können demnach nicht sämtliche Bedingungen eines Erfolges sich als Nicht-Ereignisse darstellende Vorgänge sein. Jedoch ist dies auch niemals behauptet worden. Nach der Theorie der conditio sine qua non kann das Unterlassen sehr wohl „mitwirksam" sein: denn wie „Gesamt-Ursache, zureichende Ursache im philosophischen Sinne, die Gesamtheit aller in Unendlichkeit zurückliegenden Bedingungen ist, durch welche die Verhältnisse so und nicht anders liegen, falls bei anderen Verhältnissen ein anderes Ereignis eintreten würde: so ist mitwirkende Ursache jedes, auch unbewegt und untätig erscheinendes Glied dieser unendlichen Reihe".[4])

2. a) Allein im Gegensatz zu anderen Vertretern der gleichen Lehre, z. B. Guex, erkennt Landsberg sofort, dass die Theorie in jener Fassung völlig unsinnig ist. „Die Bedingung ist ja ein rein formales, unter welcher man alles Ersinnbare zusammenstellen, von allen realen Verhältnissen abstrahieren, die aberwitzigsten Kombinationen ausführen kann. Bedingung des Ereignisses X ist, dass diese Erde keine Seifenblase sei, dass wir nicht im Monde leben, dass Kambyses nicht unter uns lebe, dass 2×2 nicht $= 5$ sei, und was man derlei noch sonst aussinnen mag — sofern nur X unter der entgegengesetzten

---

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 98/100; dazu Traegers treffende Polemik, a. a. O. S. 66/69.

[2]) Landsberg: a. a. O. S. 99.

[3]) Landsberg: a. a. O. S. 99.

[4]) Landsberg: a. a. O. S. 101.

Bedingung nicht da wäre."[1]) Da Landsberg weder an der Realität des Unterlassens, noch an der Theorie der condicio sine qua non irgend welche Zweifel hegt, so steht zwar fest, dass das Unterlassen kausal sei, allein „nachzuweisen ist, dass uns diese Annahme nicht zu weiteren ungeheuerlichen Konsequenzen fortzureissen braucht".[2]) Und mit dieser Erkenntnis setzt der zwar unbewusste, allein unvermeidlich sich vollziehende Umschwung Landsberg zur Annahme des von ihm an anderer Stelle abgelehnten[3]) Interferenzgedankens ein.

b) Richtig ist es nach Landsberg, wenn das Nichteintreten eines Ereignisses, welches seinerseits den Erfolg verhindert hätte, zu den Bedingungen, somit zu den Mitursachen eines Erfolges gezählt wird; nur darf der Begriff nicht bloss rein formal aufgefasst werden, denn „die objektive Kausalität betrachtet die realen Dinge, wie sie liegen, während die bloss formal aufgefasste Bedingung sich mit allen möglichen erdachten Umständen beschäftigen darf."[4]) Somit ist der Nichteintritt eines hinderungsfähigen Ereignisses, nur dann Ursache i. e. S., wenn die Hinderung nicht bloss in Gedanken, in abstracto, nein auch in concreto, d. h. objektiv möglich war. Die abenteuerlichen Konsequenzen der Theorie der condicio sine qua non will Landsberg also vermeiden durch die Einführung des Begriffs der objektiven Möglichkeit. Nicht etwa der Nichteintritt jeder, sondern nur der der objektiv möglichen Erfolgshinderung ist kausal.

c) Allein sofort erkennt Landsberg die Unhaltbarkeit des eingeführten Begriffes der objektiven Möglichkeit. Veränderungen treten objektiv ein oder sie treten nicht ein, subjektiv kann freilich beides möglich sein: „denn entweder, die Naturkraft hat die Kraft so hier dann zu wirken; oder sie hat jene Kraft eben nicht; alle Versuche, sich eine Naturkraft zu denken, welche so wie sie einmal ist, wirken könnte und nicht wirken müsste, müssen scheitern, wie von vornherein klar ist."[5])

3. a) Damit würde Landsbergs negativer Kausalversuch endgültig gescheitert sein, wenn sich ihm nicht ein einziger Fall des objektiv Möglichen geboten hätte: der freie Wille. „Der Mensch besitzt das eigentümliche Vermögen, auch dann wenn er die Macht besitzt am

---

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 103.
[2]) Landsberg: a. a. O. S. 104.
[3]) Landsberg: a. a. O. S. 87 f.
[4]) Landsberg: a. a. O. S. 104.
[5]) Landsberg: a. a. O. S. 107.

gegebenen Orte zu der gegebenen Zeit einzugreifen, doch nicht eingreifen zu müssen. Daher kommt ihm, sobald er materiell einzugreifen in der Lage ist, die Doppeleigenschaft zu, welche wir oben von der Kraft verlangen mussten, deren Nichtwirksamkeit kausal in Betracht zu ziehen ist", [1]) d. h. der Menschenwille, dem die Hinderung möglich ist, ohne dass er zu hindern braucht, er ist die einzigartige, lebendige, objektive Möglichkeit.

b) Dass damit die Theorie sich in eine Version des Interferenzgedankens umgewandelt hat, ist oben nachgewiesen worden.[2]) Kausal ist jetzt das Unterlassen, insofern der Entschluss nicht zu hindern der objektiven Möglichkeit der Hinderung ein Ziel setzt. Nach dem Interferenzgedanken ist kausal, was die Hinderung des Erfolges unmöglich macht. Oder um mit Landsberg zu reden, „sofern eine Kraftquelle die stattgehabte Entwicklung nicht beeinflusst hat, obgleich sie sich einer dieselbe beeinflussenden Kraft hätte entäussern und so den Eintritt des anderen Ereignisses hätte bewirken können, so kann als kausal für das wirklich eingetretene Ereignis nur (noch) erscheinen, dass die Kraft nicht gewirkt hat." „Nun ist aber die einzige Kraftquelle, welche so mit der Möglichkeit zu wirken vorhanden sein und dennoch nicht wirken kann einzig der Mensch." „Das Unterlassen ist demnach kausal, so oft und so weit ein Mensch in der Lage war, auf das Ereignis einzuwirken."[3]) [4])

c) Dass die Kausalität des Unterlassens nur mit Hilfe des Interferenzgedankens bewiesen werden kann, dass die Theorie der condicio sine qua non, gedrängt zur Postulierung einer objektiven Möglichkeit, durch das Verlegen der negativen Kausalität in das Nichtsichentschliessen eines objektiv entschlussfähigen Willens notwendig zu einer Art der

---

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 108.

[2]) Dies Verhältnis Landsbergs zur Interferenzlehre ist meines Wissens nirgends erkannt worden. Auch Paul Merkel: a. a. O. S. 24, hält die Lehre Landsbergs dem Interferenzgedanken gegenüber für ein Novum.

[3]) Landsberg: a. a. O. S. 110, zu vergl. S. 151 f., a. a. O.

[4]) Dieselbe Transformation, vielleicht nicht ganz so scharf hervortretend, findet sich in dem unten zu besprechenden Aufsatze von Paul Fischer, ferner bei Beling. Zunächst fasst letzterer das Unterlassen als ein „absolut regungsloses" Verhalten des Menschen auf. Dann heisst es weiter: „Das Unterlassen ist Zurückhaltung der motorischen Nerven; der Wille beherrscht die Nerven hier gerade so wie bei der Körperbewegung: er strebt der Innervation und der Muskelkonzentration entgegen." (Beling: a. a. O. S. 15.)

Interferenztheorie werden muss, wird gleichsam per argumentum e contrario bestätigt durch den Versuch Landsbergs seine Theorie als auch unter dem deterministischen Gesichtswinkel haltbar zu erweisen.

α) „Richtig" haben nach ihm die Interferenztheorien „bemerkt, dass die Kausalität der Unterlassung erklärbar wird nur, indem dieselbe in irgendwelche Verbindung tritt mit der Wegräumung eines Hindernisses des Ereignisses."[1]) Freilich kann unter deterministischer Auffassung die Kausalität nicht vom Willen als der causa sui den Ausgang nehmen. Dass der Mensch nicht handelte, sein Unterlassen kann deterministisch nicht ausschliesslich auf den Willen zurückgeführt werden, vielmehr ist es das Resultat einer Unendlichkeit vorangegangener Geschehnisse. „Die Unterlassung dieses Menschen erscheint dann als das Resultat zahlloser früherer Ereignisse, welche den empirischen Charakter des Menschen so geformt haben, dass er jetzt unterlässt; unter der „Kausalität der Unterlassung" fassen wir die Kausalität aller dieser zahllosen früheren Ereignisse zusammen, welche sich uns als einzelne entziehen."[2]) Diese Einflüsse, die den Charakter so formten, dass er einen Erfolg zu hindern unterliess, sie sind es gewesen, „welche das Hindernis des Ereignisses beseitigt haben, durch Vermittlung des letzten uns greifbaren Zwischengliedes, der menschlichen Unterlassung"[3]) — und also ist das Unterlassen kausal.

β) Dieser deterministische Beweis unterscheidet sich von dem zuvor geleisteten indeterministischen nur durch die Ausschaltung des Begriffes einer causa sui. Beide Beweise fussen im Grunde auf dem Interferenzgedanken, Hinderung der Erfolgshinderung ist Erfolgsverursachung. Die indeterministische Argumentation sah die Hinderung des hinderungsmöglichen Erfolgs in dem Nichthinderungsentschluss, bezw. in dem Nichtfassen des Hinderungsentschlusses; genau den gleichen Schluss zieht der deterministische Beweis, nur dass letzterer das Nichtentstehen des Entschlusses auf eine Unendlichkeit früherer Vorgänge zurückführt, welche den empirischen Charakter also in seiner Wesenheit bestimmten, während nach indeterministischer Willensauffassung der so geartete Wille seine Ursache in sich selber trägt, als die durch nichts anderes bedingte causa sui. Da es für die Frage nach der Kausalität

---

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 117.
[2]) Landsberg: a. a. O. S. 116.
[3]) Landsberg: a. a. O. S. 117.

eines Vorganges gleichgültig ist, wie dieser selbst herbeigeführt wurde, so muss es für die Frage nach der Kausalität des Unterlassens irrelevant sein, ob das Nichtentstehen des Hinderungsentschlusses mit Hilfe des Begriffes der causa sui oder als Resultat unendlicher Antezendentien erklärt wird. Gestützt auf die Irrelevanz glaubt Landsberg die negative Kausalität sowohl deterministisch wie indeterministisch beweisen zu können.[1])

γ) Durch einen derartigen, ohne rechte Liebe zur Sache und nur „um es nicht ganz an dergleichen fehlen zu lassen",[2]) unternommenen philosophischen Exkurs, hat Landsberg seine klaren Kausalitätsausführungen zum Schluss bedenklich in Verwirrung gebracht, indem er den prinzipiell ausgeschlossenen Indeterminismus, verkleidet in den weniger verfänglichen Begriff der objektiven Möglichkeit, sofort der Argumentation wieder zu Grunde legte.

Die fragliche Beweisführung, um haltbar zu sein, muss die Möglichkeit einer Erfolgshinderung voraussetzen. Allein, wie dies aus den zuvor gekennzeichneten Ausführungen Landsbergs selbst hervorgeht, kann es bei den Naturkräften keine objektiven Möglichkeiten geben. Der freie Wille ist objektive Möglichkeit in unbegreiflicher Tatsächlichkeit. Bei Annahme des deterministischen Gesichtswinkels fällt jene einzige Gegebenheit der objektiven Möglichkeit hinweg, mithin kann es keine Hinderung der Hinderung, genauer gesprochen der Hinderungsmöglichkeit, also kein Verursachen durch Unterlassen mehr geben. Der Grundfehler Landsbergs besteht in folgendem: seine Argumentationen müssen vom Begriff der objektiven Möglichkeit den Ausgang nehmen. Objektive Möglichkeit ist nur im freien Willen gegeben. Wäre sie auch anderweitig möglich, bedürfte es eines freien Willens nicht mehr. Landsberg zeigt also in seinem zweiten Beweis, dass die Kausalität auch deterministisch bewiesen werden kann, wofern der Begriff der objektiven Möglichkeit anerkannt wird, was jedoch nur — wie er freilich ausser acht lässt [3]) — bei indeterministischer Auffassung

---

[1]) Das Wesen dieser zweiten Argumentation wird verkannt von Traeger: a. a. O. S. 69, der in ihr etwas toto genere anderes erblickt als in der ersten Beweisführung, denn sie beträfe nicht die Kausalität der Unterlassung, sondern die der vorangegangenen, den Charakter formenden Ereignisse.

[2]) Landsberg: a. a. O. S. 111.

[3]) Der gleiche Fehler, nicht zu beachten, dass der Kausalitätsbeweis mit Bezug auf die Unterlassung nur bei indeterministischer Grundanschauung möglich sei, findet sich z. B. auch bei Gand: Du délit de Commission par ommission. 1900. S. 57.

möglich ist, d. h. der deterministische Beweis ist nur durchführbar, wenn der determinierte Wille frei ist.

III. 1. Von den im ersten Paragraphen gekennzeichneten beiden möglichen Arten negativer Kausaltheorien hat die erste auszuscheiden. Das Resultat der vorigen Betrachtung liegt ausgesprochen in der Erkenntnis: jede denkbare negative Kausaltheorie muss eine Version des Interferenzgedankens sein. Nach diesem ist Hinderung der Erfolgshinderung Erfolgsverursachung. Das Subjekt verursacht ebensowohl, wenn es sich selbst hindert, einem anderen den Erfolg zu hindern, als wenn es ihn einem anderen unmöglich macht. Wer selbst sich hindert, unterlässt, und das Unterlassen ist kausal, wenn das Nichthindern zugleich als ein Sich-selbst-an-der-Hinderung-hindern aufzufassen ist.

2. Dieser grundlegende Gedanke ist einer dreifachen Ausgestaltung fähig. Zunächst kann die Hinderungsmöglichkeit im Gegebensein eines Impulses, eines Triebes gefunden werden, der zur Hinderung des Erfolges gedrängt hätte. Der Badewärter sieht einen Badenden am Ertrinken. Er will ihm die Rettungsleine zuwerfen. Hätte er geworfen, wäre der schon Ermattete nicht ertrunken. Allein der Wärter unterdrückt den Entschluss zu werfen, als er in dem mit dem Tode Ringenden einen Rivalen erkennt, und sein Gegner ertrinkt. Durch Hinderung der Erfolgshinderung hat der Wärter gemordet. Dieser subjektiven Version kann eine objektive Fassung entgegengestellt werden. Das Subjekt in seiner körperlichen Eigenart in concreto wird selbst als Bedingung der Erfolgshinderung gefasst. Ein Schwimmer wird von der Strömung in die Nähe seines ertrinkenden Kindes getrieben. Er weiss, dass er dem Kinde zum Halte dienen würde, wenn er sich weiter treiben liesse. Da es ihm aber lieb ist, sein Kind tot zu wissen, schwimmt er zurück und lässt sich nicht weitertreiben. Er hindert also die Erfolgshinderung und mordet sein Kind. Endlich ist es denkbar, dass die objektive und subjektive Fassung bewusst neben einander gestellt werden. Während die erste Version die Kausalität in der Unterdrückung des Hemmungswillens, die zweite dieselbe in der der Hemmungsfähigkeit erblickt, fordert die dritte Ausgestaltung eine Vernichtung von Willen und Fähigkeit zu hindern bezw. eines von beiden.

3. Nach jeder der drei Auffassungen muss die Selbsthinderung stets in einer Körperbewegung bestehen. Das Subjekt verändert sich. Der Unterschied zwischen der ersten und zweiten Art kann auch dahin gefasst werden: die subjektive Version nimmt eine im Körper sich voll-

ziehende, die objektive eine am Körper stattfindende Veränderung an. Jedem psychischen Vorgange entspricht ein korporeller. Teilt man die paralellistische Grundanschauung nicht, so muss man doch den psychischen Vorgang wie einen körperlichen behandeln. Der Unterlassende befindet sich den Interferenztheorien zufolge nicht im Zustande des reinen Beharrens, sondern er vollzieht eine Veränderung. Diese aber steht für sich allein genommen zu dem konkreten Erfolge in keinerlei Beziehung, vielmehr ist sie nur insofern kausal, als sie der Hinderung des Erfolges entgegentritt. Diese Interferenz, dieses Sichaufheben von zwei entgegengesetzten Entwicklungstendenzen, dieser Nichtvorgang enthält das eigentliche kausale Moment in der Unterlassung. Der Unterlassende ist mithin kausal, insofern sich an ihm selbst die Interferenz vollzieht, welche ihrerseits eine Körperbewegung des Unterlassenden zur Voraussetzung hat. Das sich verändernde Subjekt verursacht durch Unterlassen als Träger des Nichtvorganges, der Interferenz. —

Im folgenden Paragraphen sind die einzelnen denkbaren Versionen dieses allgemeinen Gedankens je an der Hand eines typischen Vertreters darzustellen, um sodann auf die für alle massgebende Fassung übergeleitet zu werden. An dieser ist sodann die Unmöglichkeit der Verwendung des Interferenzgedankens zum Aufbau einer negativen Kausaltheorie nachzuweisen und schliesslich die innere Verfehltheit dieser „unbestreitbaren" Wahrheit. Und damit wird gezeigt sein, dass die Dogmengeschichte der Unterlassungskausalität keine Entwicklung kennt, wie sie keine kennen darf, sondern dass allen Versuchen dieser Art ein und derselbe problematische Gedanke zu Grunde liegt, der zu Beginn des Jahrhunderts naiv, in seinem weiteren Verlauf unter komplizierten und doch überflüssigen Theoremen verhüllt, neuerdings in alter Fassung zum Ausdruck gelangt: das Unterlassen ist nie kausal, dennoch muss es von gewissen juristischen Gesichtspunkten aus, als kausal behandelt werden. —

§ 8. Der Interferenzgedanke.

I. Der Interferenzgedanke wurde zuerst durch v. Buri zum Nachweise herangezogen, dass das strafechtlich relevante Unterlassen eine kausale Schuldmanifestation sei, und damit hatte eine längere Entwicklung ihren notwendigen Abschluss gefunden.

1. Den Ausgangspunkt jenes Entwicklungsganges bildete die von der älteren Doktrin etwa bis in das erste Viertel des vorigen Jahrhunderts

hinein vertretene Auffassung, dass das strafrechtlich relevante Unterlassen als kausal zu behandeln sei. An den Gedanken, dass das als kausal Behandelte auch kausal sein müsse, dass also die Behandlung als kausal auch kausaltheoretisch zu rechtfertigen sei, knüpfen die verschiedenen Versuche negativer Kausaltheorien an, die nach längerem Irren zur Anerkennung des Interferenzgedankens führen mussten.

a) Als Prototyp jener älteren Lehre, die das Unterlassen als kausal behandelte, wenn die Erfolgshinderung rechtlich geboten war, ohne die Frage zu erörtern, ob es auch wirklich kausal sei, diene die Feuerbachsche Darstellung des Ommissionsdelikts. „So ferne", nach dieser, „eine Person ein Recht auf wirkliche Äusserung unserer Tätigkeit hat, insofern gibt es Unterlassungsverbrechen (delicta ommissionis im Gegensatz zu delicta commissionis). Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht, so setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen besonderen Rechtsgrund (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher." [1])

b) Die Unterlassung einer Erfolgshinderung wird demnach der Erfolgsverursachung gleichgestellt, wenn das Subjekt zur Hinderung rechtlich verpflichtet war. Allein die Berechtigung dieser Auffassung musste zweifach zweifelhaft erscheinen. Zunächst erhebt sich ihr gegenüber die Frage, welchen Sinn es denn haben kann, ein Geschehen als kausal zu „behandeln". Entweder ist das Unterlassen Erfolgsursache, dann ist es kausal, und es bleibt unverständlich, warum die Theorie besonders fordert, dass es als kausal behandelt werde, oder das Unterlassen verursacht nicht, wie soll man dann eine Nichtursache als Ursache behandeln können? Sodann fordert doch die kausale Verbrechensauffassung für jedes Delikt eine Verursachung. Töten ist, den Tod verursachen. Soll derjenige, welcher dem Rechtsgebot zuwider die Hinderung eines Todes unterlässt, wegen Tötung bestraft werden, muss er doch den Tod irgendwie verursacht haben.

---

[1]) Feuerbach: Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Rechts. II. Aufl. Giessen 1832. § 24. Dazu besonders die in folgender Anm. zitierten Ausführungen von O. Christoph Carl Stübel: Über den Tatbestand des Verbrechen und die Urheber desselben. Wittenberg 1805. Vergl. aber auch den Aufsatz von Spangenberg, im „Neuen Archiv des Criminalrechts". 4. Band. 1821. S. 529 und S. 548.

c) Diese Zweifel bestimmen sämtliche nachfolgenden Theorien über das Wesen der Unterlassung. Beide würden behoben sein, wenn sich die Kausalität der Unterlassung nachweisen liesse. Der Sinn der Worte, das Unterlassen ist kausal zu behandeln, wäre dann der, zwischen Tun und Unterlassen besteht in Wahrheit kein Unterschied, das eine ist genau so zu behandeln wie das andere. Der erste Versuch in der angedeuteten Richtung wurde durch Luden unternommen.[1]) Seiner Theorie gemäss muss der Unterlassende stets „anders handeln", und dieses Handeln ist das verursachende Moment beim Unterlassen.[2]) Während die die somit begonnene Entwicklung weiter führenden Lehren zwar mit Luden davon ausgingen, dass bei jedem Unterlassen sich auch ein kausierendes Handeln finden müsse, so erkannten sie doch richtig, dass dies Andershandeln grade nicht das Unterlassen sei.[3]) Die Bedeutung Ludens für seine Nachfolger lag mehr in seiner Erfassung des Problems, nicht so sehr in dessen Behandlung.

---

[1]) O. Heinrich Luden: Abhandlungen aus dem gem. teutschen Strafrecht. 1840. Band I. S. 467 ff.

Die Einführung der Ludenschen Lehre vollzieht sich in Anknüpfung an die Ausführungen Stübels. Bei Behandlung der Frage: „ob jemand wegen einer unterlassenen Verhinderung des Verbrechens eines anderen Miturheber werde", behauptet letzterer: „wer das physische Vermögen, den anderen von einem Verbrechen abzuhalten, besitzt, und solches zu tun unterlässt, in demselben liegt offenbar zugleich mit die Ursache der Existenz dieses Verbrechens... Die Anwendung dieses Grundsatzes hängt nun aber noch von der Frage ab, ob die Unterlassung der Hinderung des Verbrechens eines anderen im Staate pflichtwidrig und unerlaubt sei." A. a. O. S. 55, cfr. S. 166 f. l. c. Demgegenüber behauptet nun Luden, dass es zur Verursachung nicht genüge, einen anderen nicht an der Begehung verhindert zu haben, da es sich doch nie genau feststellen lässt, ob der Unterlassende den Täter wirklich hätte verhindern können. (l. c. S. 472.) Anders liegt dagegen der Fall, wenn die Unterlassung „dem Unterlassenden als die alleinige Ursache des verbrecherischen Erfolges erscheinen musste". (S. 473.) Der Mensch handelt, indem er entweder Naturkräfte in Bewegung setzt, oder solche zu seinen Zwecken verwendet. „Und dass er der Wirksamkeit der Naturkräfte seinen Gang gehen liess, während ihm die Bewältigung derselben möglich war, ist zunächst nur eine Unterlassung; aber doch auf der anderen Seite eine positive Handlung: Denn während er das eine unterliess, muss er notwendig etwas anderes getan haben, und das muss immer eine positive Handlung gewesen sein, sollte sie auch im blossen Zusehen oder Ortsveränderung bestanden haben. Und diese positive Handlung ist alsdann die alleinige Ursache des verbrecherischen Erfolges." (S. 474.)

[2]) Luden: a. a. O. I. 474. Vergl. dazu Beling: a. a. O. S. 16, Anm. 1.

[3]) Vergl. Krug: Abhandlungen aus dem Strafrecht. Über Unterlassungsverbrechen. S. 21—45. Leipzig 1855.

2. Die sich an Luden anschliessenden Lehren — die Übergangstheorien — nehmen wie dieser eine kausierende Handlung des Unterlassenden an, doch sehen sie in ihr nicht das Unterlassen.[1]) Jene Handlung verursacht den Erfolg, den der Unterlassende noch hätte hindern können. An das Unterlassen, als das Nichthindern der ausgelösten Kausalentwicklung, knüpfen sie das Schuldmoment an. Mit der Erkenntnis, dass die also notwendig gewordene Trennung von Schuld und Ursachensetzung unhaltbar sei, dass das Unterlassen nicht bloss Träger der Schuld sein könne, sondern auch das kausale Moment des Delikts enthalten müsse, ist der Abschluss der Entwicklung angebahnt.

a) Die Nachfolger Ludens nehmen also beim Unterlassen stets eine vorausgegangene, den Erfolg verursachende Handlung an. Wesentlich ist, dass der später Unterlassende zunächst den Erfolg und zwar eine culpa verursacht hat. Wenn er später den gefährlichen Charakter seiner Handlung erkennt bezw. erkennen muss und dennoch den Erfolg nicht verhindert, so hat er dolos oder kulpos unterlassen. Am klarsten wurde dieser Gedanke durch Krug in seiner Abhandlung über Unterlassungsverbrechen ausgesprochen. Für ihn liegt bei den Unterlassungsdelikten das kausale Moment in der vorausgegangenen, mit dem Erfolg objektiv in Beziehung stehenden Handlung; dagegen besteht das Schuldmoment im schuldhaften Fortwirkenlassen der sine culpa gesetzten gefährlichen Ursachen.[2]) Damit ist aber zugleich der dolus subsequens im Prinzip anerkannt worden.[3]) Beim Unterlassungsverbrechen wird also der Erfolg zunächst sine culpa kausiert, diese strafrechtlich irrelevante Tätigkeit wird durch eine nuda cogitatio, durch einen Willensakt ohne äussere Manifestation zum Verbrechen.[4])

---

[1]) Vergl. v. Rohland: Die strafbare Unterlassung. Dorpat-Leipzig 1887. S. 4. — Neuerdings hat man wieder auf die alte Fassung der Ludenschen Lehre zurückgegriffen, so die schon erwähnte Arbeit von Redslob, und vor ihm schon die Dissertation von Paul Merkel: Die Begehung durch Unterlassung. Nürnberg 1895. S. 11, S. 30.

[2]) Krug: a. a. O. S. 34.

[3]) Landsberg: a. a. O. S. 7.

[4]) Die entscheidenden Sätze in den Ausführungen Krugs lauten: „Ein rechtsverletzender Erfolg kann nur dem zugerechnet werden, in dessen Verhalten die Ursache desselben zu suchen ist. Nun kann aber das Unterlassen an sich nie Ursache eines Erfolges sein. Es kann nur dadurch mit demselben kausal in Verbindung treten, dass es Bestandteil der positiven Handlungsweise des Unterlassenden wird, mit anderen Worten, dass es mit Handlungen desselben, welche mit

Wunderlicher konnte das richtige Verhältnis nicht auf den Kopf gestellt werden. Einig war man sich auch damals darüber, dass nur die Schuld gestraft werden konnte, freilich nur, wenn sie sich entsprechend manifestiert hatte. Die Schuldmanifestation wurde im Handeln gefunden. Um das Unterlassen als Handlung nachweisen zu können, zerriss man das Band zwischen symptomatischem Vorgang und dem Manifestierten. Die Schuld, die allein jenes Geschehen strafrechtlich bedeutsam machen kann, bleibt eine nuda cogitatio, ein unerkennbares Etwas.[1]) Um die kausale Symptomatik zu retten, wurde zwar ein Kausalnexus nachgewiesen, aber so, dass damit aller Symptomatik ein Ende bereitet wurde. Die Möglichkeit einer Elimination dieses Grundfehlers bildete nunmehr das Problem der sich an Krug anschliessenden Lehren von Glaser und von Adolf Merkel.[2])

b) Für Glaser ist gleichfalls die der Unterlassung vorangegangene Handlung der Träger des kausalen Moments bei den Unterlassungsdelikten. Das Schuldmoment tritt freilich auch in seiner Lehre mit dem Unterlassen erst später hinzu, allein er sucht den unhaltbaren Konsequenzen, welche die Anerkennung des dolus subsequens mit sich führen muss, dadurch zu entgehen, dass nach seiner Lehre die Kausierung und die in der Unterlassung zu Tage tretende Schuld eine Einheit bilden sollen.[3]) Freilich ist jene Einheit von Schuld und Kausierung nur ein theoretisches Postulat, das erst erfüllt wird durch den Nachweis, dass das verursachende Subjekt durch das Handeln seine Schuld manifestiere.[4])

---

dem Erfolg im Kausalverhältnis stehen, in Verbindung tritt. Diese Handlungen sind aber nicht diejenigen, welche der Unterlassende während der Zeit, wo er hätte in bestimmter Weise tätig sein sollen, vornimmt, sondern es sind die vorhergehenden Handlungen, durch welche er sich zu einer gewissen bestimmten Tätigkeit verpflichtet hat." Dazu S. 36 u. 41. Vergl. Hälschner: a. a. O. Bd. I, S. 239.

[1]) Vergl. Beling, S. 18, Anm. 1.

[2]) Binding: Normen II, S. 211.

[3]) Glaser: Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht. S. 301. Dazu v. Rohland: a. a. O. S. 22/23.

[4]) Anmerkungsweise sei die Theorie selbst zur Darstellung gebracht, während in den laufenden Text nur der eine unterscheidende Gesichtspunkt, der sich als Träger der Entwicklung darstellt, Aufnahme zu finden brauchte.

Glasers Theorie:

I. Bei Commissivdelikten durch Unterlassen besteht das kausale Moment in einer dem Unterlassen vorangegangenen Handlung, die mit dem in der Unterlassung hinzugetretenen Schuldmoment ein Ganzes bildet. S. 301, 303.

Zwei Wege stehen hierzu offen: entweder ist die dem Unterlassen vorangehende Handlung auch Träger des Schuldmoments oder das schuldhafte Unterlassen wird mit Hilfe des Interferenzgedankens als selbst kausal erwiesen.

c) Die erstere Richtung verfolgen die Gedanken Merkels. Nach Glaser sollen Kausierung und schuldhaftes Unterlassen eine Einheit, eine schuldhafte Verursachung bilden. Letztere ist jedoch erst denkbar, wenn Schuld und Verursachung tatsächlich, nicht wie bei Glaser kraft einer Fiktion,[1]) zusammenfallen. Die Verursachung, die dem Unterlassen vorangehende Handlung, muss demnach von Anfang an entweder schuldhaft oder strafrechtlich irrelevant sein. Das Nichthindern des Erfolges kann bei dieser Annahme keinerlei konstitutive, sondern nur deklarative Bedeutung haben. Damit ist das Wesentliche der Merkelschen Lehre[2]) in ihrem Gegensatz zu Glaser charakterisiert worden.

Die dem Unterlassen vorangegangene Handlung vermittelt nicht nur den Kausalzusammenhang, sondern auch der Schuldkonnex nimmt

---

II. Der dolus kann nur solange hinzutreten, als von den Handlungen des Schuldträgers der in Frage stehende Erfolg noch abhängen kann. — Der gleiche Gedanke findet sich in der Theorie Aldossers: Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? München 1882. S. 111/112, S. 123.

III. Das vorangehende Verursachen kann bestehen:

1. in der Herbeiführung einer Verletzung,
   a) einer materiellen Verletzung: A. treibt die Pferde an und unterlässt es, sie zum Stehen zu bringen; S. 289,
   b) einer zur Verletzung führenden Irrtumserregung: A. gräbt eine Grube, und da B. nichts ahnt, geht er hin und fällt hinein. Neben dem Hingehen wirkt die Irrtumserregung kausal. Vergl. Geyers Lehre: Grundriss, S. 124.
2. in der Übernahme einer Verpflichtung, durch welche ein Stand der Dinge herbeigeführt wurde, „in welchem die blosse Unterlassung schon ausreichte, um das Eintreten des Erfolges unausbleiblich zu machen". S. 313, 311/317.
   a) wer so einen anderen zum Sichgefährden bestimmt. S. 311/312. Beispiel vom Schwimmeister,
   b) wer dadurch anderen solches Zutrauen einflösst, dass sie keine Sicherungsmassregeln ergreifen. 315.

Vergl. dazu v. Rohland: a. a. O. S. 18/34.

[1]) Vergl. Landsberg: a. a. O. S. 63 f.; Mentha: a. a. O. S. 14.

[2]) Über das Verhältnis von Merkel und Glaser: vergl. auch v. Rohland: a. a. O. S. 37.

von ihr den Ausgang.[1]) Nach der Merkelschen Lehre muss man bei jeder Handlung gewillt sein, deren vorauszusehende rechtswidrige Folgen zu vermeiden. Unterlässt man im Augenblick der Gefährdung die Hinderung der unheilvollen Folgen seines Tuns, so hat man durch das Unterlassen nicht etwa sich schuldig gemacht, sondern nur das bei der Tat schon vorhandene Verschulden manifestiert.[2]) Das Unterlassen selbst ist nach dieser Theorie nicht kausal, es ist auch nicht der Träger des dolus subsequens wie bei Krug, sondern es entscheidet nur, ob eine früher begangene Handlung ex tunc schuldhaft war oder nicht, an die Stelle des dolus subsequens ist ein dolus conditionalis getreten.

3. Die Polemik v. Buris gegen diese Theorie führte den Abschluss der Entwicklung herbei. Die Auffassung Merkels von der konditionellen Schuld wurde als unhaltbar erwiesen und so blieb, um das Beweisziel zu erreichen, nur die eine der oben angedeuteten Möglichkeiten übrig: sollten Kausal- und Schuldzusammenhag beim Unterlassungsdelikt tatsächlich zusammenfallen, so musste das Unterlassen selbst als kausal erwiesen werden, und hier setzt die Einführung der Burischen Interferenztheorie ein.

a) Der Lehre von der konditionellen Schuld gegenüber betont v. Buri zunächst mit Recht, dass sie eine verfehlte Übertragung zivilistischer Gesichtspunkte auf das Gebiet des Strafrechts bedeute.[3]) Zivilistisch kann man sich bedingt verpflichten, dass man nur bei Gegebenheit einer bestimmten Tatsache gebunden sein wolle, kann den In-

---

[1]) Über die Abweichung vom Standpunkt Glasers siehe Merkel: Kriminalistische Abhandlungen. Leipzig 1867. S. 80.

[2]) Merkel: Kriminalistische Abhandlungen, S. 81, 87. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 112 ff. Juristische Encyklopädie, 3. Auflage, herausgegeben von Rudolf Merkel. Berlin 1904. § 768. Die entscheidenden Worte Merkels lauten: (S. 81) „Unterlassungen können nur insofern und insoweit verantwortlich machen, als wir die Integrität des anderen in zurechenbarer Weise auf die Vornahme der betreffenden Handlungen gestellt haben." „Nach meiner Ansicht muss ebensowohl die subjektive wie die objektive Zurechnung nicht fiktionsweise, sondern wirklich auf das aktive Verhalten zurückgeführt werden können, wenn von einer verbrecherischen Urheberschaft soll geredet werden können. Dies ist aber der Fall, wo wir durch unser aktives Verhalten die Integrität des Anderen von irgend welchen negativen oder positiven Bedingungen abhängig machen, und dann diese Bedingungen herzustellen unterlassen." „Es gilt hier was von bedingten Geschäften." (S. 87.)

[3]) Gerichtssaal. Jahrgang 1869. S. 195.

halt eines Vertrages ausmachen. Dagegen fehlt strafrechtlich jegliches Analogon einer derartigen Verpflichtung. Wenn eine Handlung schuldhaft ist, so muss dies aus ihr selbst hervorgehen und kann nicht von anderen Umständen abhängig gemacht werden, die nicht notwendig einzutreten brauchen. Soll also das Unterlassen irgendwelche Bedeutung für den Schuldzusammenhang haben, so kann diese nicht darin bestehen, dass derart eine anderweitig schon bestehende Schuld wie durch Zufall ans Tageslicht kommt, sondern sie selbst muss schuldhaft, also dem Axiom der kausalen Verbrechensauffassung gemäss auch verursachend sein. Zu diesem Schluss wird die Merkelsche Theorie, wofern sie nicht zum dolus subsequens zurückkehren will, durch v. Buri gedrängt. v. Buri verweist zunächst auf die Möglichkeit, dass den Handelnden der Wille leitete, alle gefährlichen Folgen seiner Tat zu verhindern.[1]) Merkel geht davon aus, dass bei jeder Handlung das Subjekt den Willen haben müsse, etwaige voraussehbare rechtswidrige Folgen zu vermeiden. Hat der Täter diesen Willen nicht, ist er von Anfang an schuldhaft. Das Unterlassen soll diese Schuld deklarieren. Will dagegen das Subjekt allen gefährlichen Folgen entgegentreten, handelt es sine culpa. Gesetzt nun, es fasse später erst den Entschluss einer gefährlichen Entwicklung nicht entgegenzutreten. Das Unterlassen kann keine Schuld deklarieren, die nicht da war, nach den Prämissen Merkels aber auch keine konstituieren. Also wäre das Unterlassen in diesem Falle straflos, ferner lässt sich das straflose Unterlassen, da Merkel kein Kriterium des deklarativen Unterlassens angibt, in nichts vom strafrechtlichen relevanten unterscheiden. Diese unerträgliche Konsequenz kann nur vermieden werden, wenn man, wie Krug dies schon wollte, im Unterlassen den Träger der Schuld erblickt, zugleich aber dessen Kausalität nachweist. In die gleichen Schwierigkeiten, denen gegenüber nur der angedeutete Ausweg offen steht, gerät die Merkelsche Theorie in den Fällen, in denen der Täter den fraglichen Erfolg bei der Begehung der Handlung gar nicht voraussehen konnte, also schuldlos handelte, später aber, als er die Gefahr erkannte, dem Gebot ihr entgegenzutreten, nicht entsprach.[2]) Merkels Theorie wäre nur dann diskutabel, wenn das Unterlassen zugleich darüber Auskunft geben könnte, ob das Subjekt beim Handeln die betreffenden Folgen voraussah oder nicht, ob es sie

---

[1]) Gerichtssaal 1869. S. 193/194.

[2]) Gerichtssaal a. a. O. S. 195.

unterdrücken wollte oder nicht. Dass das Unterlassen aber darüber nichts klarstellen kann, man somit nie wissen kann, ob es denn wirklich eine Schuld manifestiere oder nicht, bildet das entscheidendste Argument gegen die Merkelsche Theorie. Und so fragt v. Buri[1]) endlich mit Recht, wie denn der Fall behandelt werden soll, in dem der Täter durch Zufall an der Erfolgshinderung gehindert wurde. Da das Unterlassen rein deklarative Bedeutung haben soll, ohne für sich genommen schuldhaft sein zu können, so müsste auch die zufällige, d. h. die vom Subjekt nicht verschuldete Nichthinderung des Erfolges die Strafbarkeit herbeiführen. Dieser Konsequenz kann man nur mit der Behauptung entgegentreten, dass grade das Unterlassen als solches schuldhaft sei.

b) An diesem Punkte knüpft v. Buri an die Theorie Krugs wieder an. Wie Krug nimmt er eine dem Unterlassen vorangehende Handlung an, wie Krug bezieht er die Schuld auf das Unterlassen. Von Glaser und Merkel übernahm er die Erkenntnis der Unmöglichkeit des dolus subsequens, der Notwendigkeit, Schuld- und Kausalzusammenhang zu vereinen. Die Polemik gegen Merkel lehrte ihn die Unmöglichkeit, das Schuldmoment in die vorangegangene Handlung zu verlegen, und so bildet dann den Abschluss der angedeuteten Entwicklung der Ausbau der Krugschen Lehre durch Einführung des Interferenzgedankens. Nach der ersten Fassung, die v. Buri seiner Lehre gab, ist zwar die vorangegangene Handlung eine Erfolgsursache,[2]) allein das Unterlassen stellt sich gleichfalls mit als kausal dar. Das v. Burische Kausalaxiom geht aus von der Gleichwertigkeit aller Mitursachen. Somit konnte v. Buri schliesslich von der Notwendigkeit, eine derartige Handlung anzunehmen, absehen und so bei dem Satze stehen bleiben, strafrechtlich relevantes Unterlassen ist schuldhaftes Erfolgsverursachen.[3])

c) Soll die aufgestellte Behauptung der Irrealität des Unterlassens richtig sein, darf die Dogmengeschichte der strafrechtlichen negativen Kausaltheorien keine inhaltliche Entwicklung kennen. Die historische Skizze ergänzt die dogmatischen Ausführungen des vorigen Paragraphen.

---

[1]) a. a. O. S. 196.

[2]) Irrig Binding: Normen II, 227, indem er behauptet, die vorangegangene Handlung sei nicht kausal, weil in diesem Falle der Erfolg einzig und allein durch sie bestimmt sein müsste. Der zu Grunde liegende Fehler liegt in der Behandlung von Ursachen i. e. S., als ob sie den Grund der Veränderung abgäben.

[3]) Vergl. Binding: Normen II. S. 212.

Jene wiesen nach, dass es nur eine einzige Art negativer Kausaltheorien geben könne, erstere zeigt die allen Versuchen dieser Art gemeinsame Tendenz, jenen einen Gedanken zu erfassen. Die Kritik sämtlicher Theorien muss sich auf eine einzige Frage reduzieren lassen: ist der Interferenzgedanke gerechtfertigt? Im nachfolgenden sind zunächst die einzelnen Versionen desselben zu charakterisieren, und dies wieder nur, um zu zeigen, dass es sich um eine bestimmte These handelt, die in verschiedenartiger Fassung in ihren Grundzügen stets wiederkehrt. Ist dies erreicht, so ist der Gesichtspunkt bestimmt, von dem aus die ganze Dogmengeschichte der negativen Kausaltheorien zu bewerten ist. Damit ist die präjudizielle Bedeutung des Interferenzgedankens definitiv charakterisiert worden, und alles abgestellt auf das Bestreiten dieser „unbestreitbaren" Wahrheit.

II. Die Ausgestaltung des Interferenzgedankens.

1. Die subjektive Version: **v. Buri.**[1])

a) α) „Die Verhinderung der Entwickelung einer entgegenwirkenden Ursache ist gleich einer mitwirkenden Ursache",[2]) mit diesen Worten hat v. Buri den Interferenzgedanken in seiner allgemeinsten Fassung in die Lehre von der Unterlassungskausalität eingeführt. Nach dem abschliessenden [3]) Aufsatze v. Buris über dieselben Fragen enthält „die Beseitigung eines dem Erfolge entgegengesetzten Hindernisses" „eine Mitwirksamkeit für den Erfolg, verursacht also denselben".[4]) Die Kausalität des Unterlassens muss also, wenn es eine solche überhaupt geben kann, bestehen „in der durch die Beseitigung eines Hindernisses, an welchem der Erfolg gescheitert sein würde, herbeigeführten Ermöglichung seines Eintritts". [5])

β) Diesem also ganz allgemein eingeführten Interferenzgedanken gibt v. Buri die speziell subjektiv-psychologische Fassung.[6]) Ist

---

[1]) Über die Vertreter der spezifisch v. Burischen Auffassung vergl. Landsberg: a. a. O. S. 12.

[2]) Gerichtssaal 1869. S. 208, Zeile 6. Dazu S. 202.

[3]) Über den Entwicklungsgang, der die beiden Aufsätze verbindet, vergl. auch Landsberg: a. a. O. S. 58 f.

[4]) Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. I, S. 400.

[5]) Zeitschrift, a. a. O. S. 410/411.

[6]) Vergl. auch die entsprechende Behandlung der Frage bei Maurice Gand: Du délit de commission par ommission. Paris 1900. S. 55 f.

Hinderung der Erfolgshinderung Verursachung, so ist der Unterlassende, der in sich den auf Hinderung des Erfolges gerichteten Willensimpuls unterdrückt, kausal. Und zwar hat v. Buri diesen Gedanken folgendermassen ausgeführt: „Der Handelnde hat in der (dem Unterlassen) vorausgegangenen Handlung den Willen, den möglichen Erfolg abzuwenden niedergelegt, und es ist hierin eine dem Erfolg entgegenwirkende causa zu erkennen. Wenn nun der Handelnde in sich den neuen Willen erweckt, das Gegenteil von dem früher Gewollten zu wollen, so unterdrückt er hiermit seinen früheren Willen und hiermit zugleich die causa, welche ihn antreiben musste, der Entwicklung des schädlichen Erfolges entgegenzutreten.“ „Diese Umänderung des Willens ist nun freilich eine lediglich innere Handlung, aber ihre Wirksamkeit wird hierdurch nicht beseitigt. Wäre sie nicht wirksam, so konnte auch derjenige nicht bestraft werden, welcher zur Umänderung des Willens angestiftet hat, denn an der vorangegangenen Handlung ist er unschuldig.“[1])

γ) Damit ist die für v. Buris Lehre typische Ausgestaltung des Interferenzgedankens zum Ausdruck gebracht. Wer den Trieb [2]) einen Erfolg zu verhindern unterdrückt, verursacht denselben, wofern das Subjekt jenem Impulse folgend den Erfolg unmöglich gemacht hätte. Der Badewärter, der den Willen zu helfen, wo er helfen konnte, unterdrückt, führt den Tod herbei. Wer die Absicht die Freude anderer zu zerstören unterdrückt, verursacht, dass jene fröhlich sind; und sofort.

b) Allein in dieser grundlegenden Fassung ist die Theorie noch völlig unbrauchbar. Das allgemeine Prinzip bedarf zunächst einer notwendigen Limitation.

α) Die Art der erforderlichen Beschränkung ergibt sich aus Grunde ihrer Notwendigkeit.

1. Nach dem allgemeinen Prinzip mordet der, welcher nach hartem Kampf der Motive seine rettende Hand zurückzieht, nachdem er im Verunglückten seinen Feind erkannt hatte. Wer dagegen zu seiner Befriedigung seinen Gegner ertrinken sieht, ohne dass ihm in entferntesten der Gedanke kommt, die leicht zu gewährende Hilfe zu leisten, hat sich nicht an der Erfolgshinderung gehindert, hat nicht verursacht, ist kein Mörder. Altruistische Motive können mithin gefährlich sein.

---

[1]) Gerichtssaal, Jahrgang 1869, S. 200. Dazu Zeitschrift a. a. O. S. 400.

[2]) Über die Termini „Trieb“ und „Wille“ vergl. Landsberg: a. a. O. S. 56/57.

Diese Konsequenz ist unmöglich,[1]) entweder muss die ganze Theorie fallen, oder sie muss in ihrer Anwendung limitiert werden.

2. Jener, der nicht rettet, nachdem er den Rettungstrieb schwer niedergekämpft hat, erfüllte, wenn der Interferenzgedanke richtig ist, den Tatbestand des § 211. Ist diese Konsequenz unhaltbar, so ist es auch der Interferenzgedanke, es sei denn ein Prinzip gegeben, nach welchem sich die Anwendung des allgemeinen Satzes nur auf bestimmte Fälle beschränken liesse.[2]) Die Grenze dieser Limitation ergibt sich aus dem Grunde, der dazu führte, die an die Spitze gestellte Konsequenz als unmöglich abzulehnen. Jener Nichtrettende im Beispiel kann deshalb nicht Mörder sein, weil für ihn keine Rechtspflicht vorlag, dem Erfolge entgegenzutreten. Ganz anders läge der Fall, wenn der Nichtrettende etwa ein zur Rettung verpflichteter Bademeister gewesen wäre. Somit steht v. Buri vor der Alternative, entweder den Interferenzgedanken selbst zu verwerfen oder seine These dahin zu limitieren: Hinderung der Erfolgshinderung durch Unterdrückung ist nur dann als Verursachung zu behandeln, wenn die Erfolgshinderung durch eine Rechtspflicht geboten war.

3. v. Buri,[3]) bei dem die Erkenntnis der Notwendigkeit einer solchen Limitierung einige Male andeutungsweise zum Durchbruch kommt,[4]) dem der Interferenzgedanke als unbestreitbare Wahrheit erschien, musste zur zweiten Alternative greifen. In der ersten Darstellung seiner Lehre, deutlich beeinflusst von der Gedankenkette Krug-Merkel, fordert er eine den Rechtsgütern gefährliche Handlung, die der Interferenz vorausgehen müsse, wofern diese als kausal behandelt werden solle. Da der Gefährdende verpflichtet ist, den bösen Folgen entgegenzutreten, so kann die Unterdrückung des Willens, den drohenden Erfolg abzuwehren, kausal behandelt werden. Späterhin erkennt v. Buri das Willkürliche dieser Limitation und führt den Satz, dass nur die rechtswidrige Interferenz kausal zu behandeln sei, in seiner vollen Allgemeinheit durch.

β) Die durch v. Buri zunächst unternommene Beschränkung

---

[1]) Vergl. Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889. S. 97.

[2]) Nur von Berger: a. a. O. S. 38 f. besitzt die theoretische Tollkühnheit, mit der Theorie auch jene Konsequenz zu akzeptieren. Dazu Landsbergs lakonisches: „— Danke" a. a. O. S. 72.

[3]) Vergl. Gerichtssaal, 1869, S. 206, mit Zeitschrift, Bd. I, S. 10 oben.

[4]) v. Rohland: a. a. O. S. 57.

des allgemeinen Prinzips durch Hinweis auf den rechtlich gefährlichen Charakter der der Interferenz vorangegangenen Handlung, ist hier insoweit von Interesse, als dieser bei den übrigen Gestaltungen der Interferenztheorie wiederkehrende Gedanke nur dazu dient, die allgemein erforderliche Limitation in die Theorie einzuführen. Sobald man die Insuffizienz dieser Einschränkung erkannt hat, führt die notwendige Erweiterung zu dem allein möglichen Satze: Ist das Interferenzprinzip auch selbst richtig, so darf es doch nur dann angewendet werden, wenn die Erfolgshinderung dem Subjekt rechtlich geboten war. In diesen Worten liegt zugleich der Abschluss, den v. Buri diesem Teile seiner Lehre in Wahrheit gegeben hat. Wenn die beiden Limitationsversuche v. Buris im nachfolgenden eine besonders genaue Darstellung erhalten sollen, wird damit die Absicht verfolgt, von vornherein für die übrigen Theorien festzustellen, was eigentlich mit jenem Hinweis auf den gefährlichen Charakter der vorangegangenen Handlung gemeint ist, er enthält eine dogmatische Entwicklungstendenz, die notwendig auf den v. Burischen Schlusssatz hindrängen muss.

1. In der ersten Ausgestaltung seiner Lehre will v. Buri den bezeichneten unmöglichen Konsequenzen durch die These entgehen, „dass die Unterlassung der Abwendung des Erfolges nur wegen der hiermit verbundenen Aufhebung des Willenszusammenhanges mit der vorausgegangenen kausalen Handlung zum strafbaren Urheber des Erfolges machen kann".[1]) Die Strafbarkeit der Unterlassung resultiert also daraus, dass die vorausgegangene Handlung rechtsverletzend werden konnte, „die Erlaubnis zu unterlassen" dagegen „daraus, dass die vorangegangene Handlung eine straflose gewesen ist". Nach dem Interferenzprinzip in der allgemeinen Burischen Fassung müsste eine Frau, die ein ausgesetztes Kind verschmachten lässt, nachdem sie den Willen, dem Kinde zu helfen, unterdrückt hat, dessen Mörderin sein, nicht so nach der gekennzeichneten Limitation. Nur dann wäre sie Mörderin, wenn das kleine Ding auch von ihr ausgesetzt worden wäre. Die Mutter, welche ihr Kind verhungern lässt, ist nicht etwa schon deshalb Mörderin, weil sie den Trieb, ihren Mutterpflichten nachzukommen, unterdrückte, sondern weil sie das Kind geboren hat. v. Buri muss also, um seine Theorien hier anwenden zu können, das Gebären dem

---

[1]) Gerichtssaal, a. a. O. S. 213. Entsprechend Hälschner: a. a. O. Bd. I, S. 241.

Aussetzen gleichstellen. „Die Mutter", heisst es bei ihm, „ist gesetzlich zur Ernährung verpflichtet, zugleich hat sie aber auch diese Pflicht dadurch (!) übernommen, dass sie das Kind in ein hilfloses Dasein gerufen hat."[1] [2])

2. Bei dieser pessimistischen Konsequenz [3]) seiner Lehre ist v. Buri selbst darüber zweifelhaft geworden: „ob wirklich die Verursachung durch Unterlassung eine eigene, derselben vorausgegangene, den Erfolg fördernde Handlung zur Voraussetzung habe, ob also etwa die Genotzüchtigte das von ihr, während sie sich in bewusstlosem Zustand befand, abgegangene Kind hilflos liegen lassen dürfe, da ihr doch die Vornahme einer der Unterlassung vorausgegangene Handlung nicht zur Last falle, von ihr also nicht behauptet werden könne, sie habe sich bei Vornahme einer Handlung zu einer dem Tode des Kindes vorbeugenden Handlung entschlossen gehabt." [3]) Mit diesen Worten hat v. Buri das entscheidende Argument gegen seinen ersten Limitationsversuch angedeutet. Es lassen sich Fälle der Interferenz aufweisen, bei denen die Hinderung des Erfolges geboten war, ohne dass dieser selbst vom Subjekt veranlasst war. Diesen Fällen kann v. Buri nicht gerecht werden, wenn er für das kausal zu behandelnde, strafbare Unterlassen eine Handlung des Subjekts erfordern will, durch die der Erfolg herbeigeführt wurde. Überdies hatte v. Buri schon in seiner ersten Abhandlung die rein psychische Interferenz in einem Falle zur Verursachung des rechtswidrigen Erfolges für genügend erachtet, und zwar bei der Anstiftung.[4]) Der Anstifter zur Unterlassung bestimmt einen anderen zur Unterdrückung eines Entschlusses und ist kausal. Der Unterlassende bestimmt sich selbst zur Unterdrückung des Impulses, ist „Selbstanstifter", muss also kausal sein. Schliesslich widerspricht diese Limitation den bekannten Grundsätzen der Burischen Kausallehre. Soll sie gerechtfertigt sein, so darf sie sich nur aus rein-juristischen Erwägungen ergeben.

3. Damit ist die partielle Richtigkeit der Burischen ersten Einschränkung des allgemeinen Prinzips gekennzeichnet. Unrichtig ist nach

---

[1]) Gerichtssaal, a. a. O. S. 214.

[2]) Diese Ausführung stützt sich auf Krug, dessen Abhandlung sie fast wörtlich entnommen ist. Krug: a. a. O. S. 40. Über die Schwierigkeiten, welche für Glaser daraus erwachsen mussten, als er das Gebären nicht als Aussetzung konstruieren wollte, vergl. Glaser: a. a. O. S. 320 f.

[3]) Zeitschrift, Bd. I, S. 405.

[4]) Gerichtssaal, S. 200. S. o. Seite 108.

Buris Prämissen, dass die Interferenz nur dann kausal sei, wenn das Subjekt zugleich den Erfolg direkt veranlasst hat. Dies widerspricht dem Interferenzprinzip, wie v. Buri es auffasst, und zugleich der allgemeinen Burischen Kausallehre. Die Unterdrückung des Hemmungstriebes muss kausal sein, wenn das Subjekt, seiner Absicht folgend, den Erfolg verhindert hätte. Keinerlei Erwägungen kausaltheoretischer Natur können dies Prinzip beschränken: dies kann nur nach juristischen Gesichtspunkten erfolgen. Soweit mithin der erste Limitationsversuch den entscheidenden juristischen Gedanken wiedergibt, ist er richtig gefasst. Gewiss ist, dass die Interferenz dann als kausal behandelt werden kann, wenn dem Unterlassenden die Hinderung selbst veranlasster Konsequenzen rechtlich geboten war, denn in diesem Falle führt die Anwendung des Interferenzprinzips nicht zu der oben angedeuteten juristisch-unmöglichen Folge, dass sich durch Unterdrückung eines Impulses ein zum Handeln durchaus nicht Verpflichteter strafbar mache. Aus gleichem Grunde ist aber die fragliche Limitation zu eng gegriffen, wofern sich noch andere Fälle der Interferenz nachweisen liessen, bei denen eine Erfolgshinderung geboten ist, ohne dass diese Rechtspflicht sich aus dem Herbeiführen einer Gefahr seitens des Unterlassenden ableiten lässt. Der Hinblick auf diese Fälle muss die Vertreter dieses Limitationsversuches, und insbesondere v. Buri dazu führen, die Beschränkung des allgemeinen Prinzips nur in dem Satze zu finden: die Unterdrückung eines Hemmungsimpulses darf nicht als kausal behandelt werden, obzwar sie kausal ist, wofern dem Unterlassenden die Hinderung durch keinerlei Rechtspflicht geboten war.

γ) Der Fall des genotzüchtigten, bewusstlos Mutter werdenden jungen Weibes führte v. Buri zu der allein zureichenden Beschränkung des allgemeinen kausaltheoretischen Prinzips durch den Hinweis auf die die Erfolgshinderung gebietende Rechtspflicht.

1. Nach jener abschliessenden Fassung der Lehre soll der freiwillig gefasste Entschluss, einen Erfolg unmöglich zu machen, nicht unter die Hindernisse des Erfolges zählen, denn der freie Wille „enthält gleichmässig sowohl die Fähigkeit des Wollens wie diejenige des Nichtwollens, und es reflektiert darum der gegenwärtige Wille gerade so gut auf ein demnächstiges Wollen, als auf ein demnächstiges Nichtwollen. Sonach kann aber auch von einer stattgefundenen Umwandlung des ursprünglichen Willens nicht geredet werden, und es ist dann vielmehr nur das geschehen, was von Anfang an ebensosehr in Aussicht ge-

nommen war wie die Abwendung des Erfolges." „Zur Konstituierung eines im Willen bestehenden Hindernisses würde vielmehr eine Seite des freien Willens, das Nichtwollen aus demselben auszuscheiden sein, dann aber ergibt sich das Müssen. Nicht also das Gewollthaben der Abwendung ist ein dem Erfolge entgegenstehendes Hindernis, sondern nur das von dem vorausgegangenen Gewollthaben unabhängige Müssen dieser Abwendung."[1]) Und dieses Müssen ist seinerseits „aus dem Verbote der Herbeiführung eines strafrechtlichen Erfolges zu erklären". Dieses Muss mache den Willen fest, „nach der Vornahme der Handlung könnte mithin der mit ihr verbunden gewesene, sie straflos machende Entschluss, den vorausgesetzten Erfolg desselben zu hindern, wieder aufgegeben werden, wenn das Müssen nicht hinter ihm stünde".[2])

2. Die diesen Ausführungen zu Grunde liegende Psychologie ad hoc kann nur gewürdigt werden, wenn man das Beweisziel v. Buris im Auge behält, für sich genommen wäre sie der vollkommene Widerspruch. v. Buri sieht nur dann in dem Entschluss, einen Erfolg zu hintertreiben, ein Erfolgshindernis, wenn ein Müssen hinter demselben steht, wenn das Subjekt nicht anders wollen kann, als es dem Rechtsgebot entspricht. Die ganze Auseinandersetzung stützt sich auf den Doppelsinn des Wortes „Müssen". Zunächst behandelt es v. Buri im Sinne von kausaler Notwendigkeit. Ich „muss", bedeutet, ich kann nicht anders wollen, die Willensfreiheit ist ausgeschaltet.[3]) Dass bei einem Müssen dieser Art ein Erfolgshindernis gegeben ist, ist richtig, allein diese Art eines psychologischen Zwanges hat völlig ausser Betracht zu bleiben. Die Interferenztheorie darf sich auf diese Art des Müssens niemals stützen, denn das Unterlassen besteht ja grade darin, dass der Unterlassende dem Entschlusse, obwohl er ihm nachgeben musste, nicht nachgab. Das Wort „müssen" kann ebensogut auf die kausale als auf die moralische Notwendigkeit deuten. Die fraglichen Ausführungen v. Buris reden ausschliesslich vom moralischen Muss und glauben das kausale zu treffen, das, wie gezeigt, in diesen Zusammenhang nicht hineingebracht werden darf.

3. Das rechtliche Muss ist wahrlich nicht die einzig-mögliche Willensmotivierung. Das Rechtsgebot hat durchaus nicht eine so ganz einzigartige Kraft. Sollen wirklich die Gebote des Hasses, der Liebe,

[1]) Zeitschrift, a. a. O. S. 405.
[2]) Zeitschrift, a. a. O. S. 407.
[3]) Vergl. Landsberg: a. a. O. S. 60.

des Stolzes, all die Forderungen, die oft so unendlich viel mächtiger sind als alles soziales Gebieten, den Willen weniger beeinflussen können als die einfachste Polizeiverordnung? Die Furcht vor Strafe soll das weltüberwinder.de Motiv, ja das Motiv an sich sein? v. Buri behauptet derlei zwar, aber kann es vernünftigermassen nicht meinen.[1]) Es handelt sich in Wahrheit um die Frage: Wann hat das allgemeine Burische Interferenzprinzip Anwendung zu finden? Und darauf antwortet jene Theorie nur dann, wenn dem Entschluss, den Erfolg zu hindern ein Rechtsgebot entsprach. Ein Wille, hinter dem zugleich ein rechtliches Muss steht, ist zwar nicht das einzig denkbare psychische Erfolgshemmnis, wohl aber das allein für das Strafrecht in Betracht kommende.

Demnach lautet die Burische Theorie gemäss den bisherigen Ausführungen ihrer Quintessenz nach: Unterlassen ist Verursachen durch psychologisches Selbstsichhindern an der Hinderung des Erfolges. Das Unterlassen ist zwar in allen Fällen, in denen eine psychische Interferenz stattfand, kausal, wofern das Subjekt den Erfolg verhindert hätte, wenn es dem unterdrückten Triebe Folge geleistet hätte. Das Unterlassen darf aber nicht in allen Fällen dieser Art als kausal behandelt werden, sondern nur dann, wenn dem Subjekt die Hinderung durch ein Rechtsgebot zur Pflicht gemacht war, wenn es hindern musste.

c) Allein auch in dieser Fassung ist mit der Theorie noch nicht auszukommen, der Limitation muss eine Extension entsprechen. Während im vorigen Abschnitt gezeigt war, dass eine psychische Interferenz dem allgemeinen Prinzip gemäss zwar immer kausal sein müsse, aber mit Rücksicht auf speziell juristische Gesichtspunkte nicht immer als kausal behandelt werden dürfe, soll im Nachfolgenden der Nachweis geleistet werden, dass in vielen Fällen, in denen gewiss eine Interferenz nicht vorliegt, dennoch wiederum mit Rücksicht auf juristische Gesichtspunkte eine solche anzunehmen ist, dass also das kausaltheoretisch gewiss nicht verursachende Subjekt juristisch dennoch als kausal anzusehen ist.

α) Der Umfang dieser unerlässlichen Extension des allgemeinen Interferenzsatzes auf Fälle, in denen jede Interferenz fehlt, ist wiederum aus dem Grunde abzuleiten, der diese Notwendigkeit verständlicht.

---

[1]) Maurice Gand: Du délit de commission par ommission, Paris 1900, S. 29, bezeichnet richtig die für v. Buri notwendige Limitation des Interferenzgedankens als das Resultat einer „raison de convenauce". Ferner v. Rohland: a. a. O. S. 54.

1. Die Theorie würde in der oben gegebenen Fassung allen Anforderungen genügen, wenn sich wirklich in allen Fällen, in denen eine Erfolgshinderung dem Subjekt geboten war, eine psychische Interferenz nachweisen liesse. Sollte sich eine Interferenz nicht aufweisen lassen, obwohl eine Erfolgshinderung geboten war, würde eine Bestrafung nicht eintreten können. Der Bademeister, der den pflichtgemässen Trieb, seinen Schutzbefohlenen zu retten, unterdrückt, ist kausal und kann auch rechtlich als kausal behandelt werden. Der Tatbestand der widerrechtlichen Tötung ist somit erfüllt. Hat dagegen der rechtswidrig Unterlassende nie auch nur die geringste Neigung gespürt, dem Rechtsgebot zu willfahren, so ist er nicht kausal gewesen; der Bademeister im Beispiel hätte in diesem Falle nicht getötet. Altruistische, allgemeinsoziale Tendenzen würden also sehr gefährlich werden können. Um dieser unmöglichen Konsequenz einer rechtlichen Prämiierung einer rechtsfeindlichen Gesinnung zu entgehen, muss die Theorie in all den Fällen, in denen an den Unterlassenden ein Rechtsgebot erging, einen Trieb, dasselbe zu befolgen, nachweisen oder fingieren.

2. Die erstere Alternative ist aber unmöglich. Ein Rechtsgebot ist durchaus nicht das Motiv an sich. Nicht jeder, dem ein Leid, eine Strafe angedroht wird, braucht dasselbe zu fürchten. Das Duell ist verboten, und doch gibt es manchen, der es für seine Ehrenpflicht hält, zur Waffe zu greifen für den jene Strafbestimmungen nicht vorhanden sind, der nie im entferntesten daran dachte, jenen Geboten Gehorsam zu erweisen. Oder man denke etwa an Antigone. Gesetzt, Kreons Gebot hätte gelautet: Hindere die Leichenfeier. Antigone weiss, dass sie sich strafbar macht, dass Tod den Ungehorsamen trifft. Lebte deshalb etwa in ihr der Trieb, dem Königswillen zu willfahren?

3. Somit bleibt der Theorie allein die zweite Möglichkeit. Da durchaus nicht jedem Gebot ein Trieb zum Gehorsam entspricht, dieser aber die Voraussetzung der möglichen Interferenz, mithin der Bestrafung, bildet, muss in allen Fällen, in denen eine Erfolgshinderung geboten war, ein solcher Impuls postuliert werden. Und zu dieser Konsequenz sah sich auch v. Buri gedrängt. In der ersten Fassung seiner Lehre behauptet er, dass jede Handlung, um straflos zu ein, mit dem Willen, rechtswidrige Folgen zu vermeiden, unternommen sein müsse. In der abschliessenden Arbeit erkennt er seinen ersten Extensionsversuch als zu eng und fordert, dass die Furcht vor Strafe allemal den Willen zeuge, dem Gebote zu willfahren.

β) Der erste Extensionsversuch v. Buris steht im engsten Zusammenhang mit seinem ersten Limitationsversuche, und was vom ersten gilt, gilt genau entsprechend vom zweiten. Die richtige Erkenntnis der doppelten Funktion, welche die dem Unterlassen vorausgehende gefährliche Handlung, welche der Hinweis auf die Rechtspflicht zu hindern ausübt, bildet den Schlüssel zum Verständnis der Burischen Interferenzlehre, und, wie sich zeigen wird, der Interferenztheorien überhaupt.

1. In seiner älteren Abhandlung behauptet v. Buri, dass jede Handlung mit dem Willen erfolge, etwaige rechtsverletzende Folgen derselben abzuwenden.[1]) Gesetzt, diese Annahme sei richtig, so würde zunächst in allen Fällen des strafrechtlich relevanten Unterlassens eine Interferenz gegeben sein, sodann wäre die Anwendung des Interferenzgedankens richtig limitiert, freilich beides nur unter der Voraussetzung, dass eine Hinderung nur dann geboten sei, wenn das Subjekt das, was gehindert werden soll, selbst veranlasst hat.

2. Allein diese Voraussetzung trifft, wie oben an entsprechender Stelle nachgewiesen wurde, nicht zu. Es lassen sich Fälle denken, in denen eine Hinderung, ohne Rücksicht auf ein vorangegangenes Tun, geboten ist. Sollen sie bestraft werden können, muss eine Interferenz dort nachgewiesen oder fingiert werden. Buris erster Extensionsversuch ist mithin aus gleichem Grunde zu eng gegriffen, wie seine erste Limitation. Endlich konnte,, dieser Ansicht, der schuldlos Handelnde fasse stets den ausdrücklichen Entschluss, einen etwa drohenden strafrechtlichen Erfolg seiner Handlung abzuwenden", — wie dies v. Buri selbst zugibt — „der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass sie sich auf eine Fiktion stütze".[2]) Damit hat v. Buri das Wesentliche berührt, seine Theorie ruhte auf einer Fiktion, allein er verkennt auch hier, dass sie nur auf eine Fiktion gegründet werden kann.

3. v. Buri hält die Extension des allgemeinen Prinzips für kausaltheoretisch ebenso gut begründet, wie dessen Limitation. Mit Bezug auf letztere möchte er zeigen, dass das strafrechtlich relevante Unterlassen allein kausal ist; was die Extension betrifft, so glaubt er den Nachweis geführt zu haben, dass jener Gattung des Unterlassens eine Interferenz stets zu Grunde liegen muss. Erst die Erkenntnis, dass es sich

---

[1]) Gerichtssaal 1869, S. 196/197.

[2]) Zeitschrift, Bd. I, S. 401. Dieser Vorwurf findet sich besonders nachdrücklich im Aufsatz von Rudolf Ortmann im Gerichtssaal, Bd. 26, S. 442/443.

gar nicht um kausaltheoretische Erwägungen handeln kann, gibt den Sinn der Burischen Ausführung richtig wieder. Wenn v. Buri dem Unterlassen stets eine gefährdende, mit dem Willen, etwaige rechtswidrige Folgen zu vermeiden, unternommene Handlung voraussetzen will, so hat dies nur den Sinn: allein das strafrechtlich relevante Unterlassen darf als kausal behandelt werden, ist es aber strafrechtlich relevant, muss es auch als kausal aufgefasst werden.

γ) Dieser Gedanke kommt in dem abschliessenden Aufsatze v. Buri klar zur Durchführung. Freilich ist auch hier zu beachten, dass v. Buri eine kausaltheoretische Erörterung zu geben glaubt, während er allein die Frage nach der Anwendbarkeit des Interferenzprinzips unter juristischen Gesichtspunkten zu beantworten sucht.

1. Nach der letzten Ausgestaltung seiner Theorie erwächst „der Entschluss, den Erfolg zu verhindern, aus einem Müssen, welches sich aus dem Verbote der Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges erklärt. Der Handelnde sagt sich hier, dass er sofort strafbar sei, wenn er sich nicht zur Abwendung des Erfolges entschliesse, dass er sich also zu dieser Abwendung entschliessen müsse.“ [1]) Den Gegensatz dieser Fassung seiner Theorie zu der früheren, hat v. Buri dahin präzisiert: „Das Pflichtbewusstsein bedarf zu seiner Entstehung keineswegs einer vorausgegangenen Tätigkeit des Unterlassens und kann vielmehr auch unmittelbar aus einer gesetzlichen Vorschrift erwachsen, welche allerdings vorzugsweise stattgefundene Förderung des Erfolges durch den Unterlasser zur Voraussetzung haben wird, jedoch auch unabhängig von derselben entstehen kann.“ [2])

2. v. Buris Theorie lautet mithin folgendermassen: Wer durch Unterdrückung eines Impulses sich selbst hindert an der Hinderung eines Erfolges, verursacht denselben durch Unterlassen. Eine Willensrichtung stellt sich nur dann als Erfolgshemmnis dar, wenn das Subjekt nicht anders wollen konnte, rechtlich also wollen musste. Ist aber eine Hinderung gegeben, so entsteht auch der Wille zu hindern, denn andernfalls droht Strafe. Nun ist aber diese Psychologie ad hoc in jeder Beziehung falsch: die Behauptung, dass nur die einem Gebote entsprechende Willenstendenz ein Hindernis abgeben könne, beruht auf der Verwechslung des kausalen und des moralischen Müssens; die Behauptung, dass

---

[1]) Zeitschrift, Bd. I, S. 407, dazu S. 405 u. 400.
[2]) Zeitschrift, Bd. I, S. 411.

dem durch eine Strafsetzung sanktionierten Gebote stets der Wille zu willfahren entsprechen müsse, ist gleichfalls doppelt falsch und widerspruchsvoll. Zunächst ist es nicht wahr, dass die Furcht vor Strafe das unwiderstehliche Motiv bilde, sodann aber, gesetzt jene erste Annahme wäre richtig, würde in diesem Falle ein Ungehorsam völlig unverständlich sein. Wenn ein Gebot stets motivieren soll, kann es nie seine motivierende Kraft verlieren. Denn gesetzt, das Subjekt hätte das Gebot erst in jenem Augenblicke des Ungehorsam erfahren, so hätte es durch dasselbe motiviert werden müssen. Wenn die Behauptung von der stets motivierenden Kraft des Gebotes richtig sein soll, darf es keine Kombination der Triebe geben, der gegenüber das Gebot wirkungslos verhallt. Also kann bei dieser Annahme das Gebot nie wirkungslos sein, das Unterlassen der Gebotsbefolgung wäre mithin unmöglich.

3. Die v. Burische Theorie darf eben nicht wörtlich verstanden werden. Es handelt sich nicht um kausaltheoretische Nachweise, sondern um juristische Postulate.[1]) Dass es sich immer um Fiktionen handelt, dass beim strafrechtlich relevanten Unterlassen eine Interferenz angenommen werden muss, sie mag objektiv gegeben sein oder nicht, dass das Unterlassen nicht immer bestimmt geartet „ist", sondern stets als bestimmt geartet „aufzufassen" ist, dieser Erkenntnis ist auch v. Buri an einigen Stellen sehr nahe gekommen. So berührt er den springenden

---

[1]) Die ganze Schwierigkeit, mit der v. Buri zu kämpfen hat, hat er ausgesprochen in den Worten: (Gerichtssaal, Bd. 28, S. 179) „Ist es auch theoretisch richtig, dass jede schuldhafte Unterlassung, die Pflicht zur Abwendung mag sich herschreiben, woher sie will, durch ihre Kausalität die Haftbarkeit für den Erfolg nach sich zieht, so liegt es doch am Tage, dass durch die uneingeschränkte praktische Anwendung dieses Satzes, welcher am Ende auch die Verletzung einer lediglich ethischen Pflicht in sich schliesst, das Gebiet der Strafbarkeit allzuweit ausdehnen würde. Lediglich aus diesem Grunde scheint es gerechtfertigt, durch das Gesetz die Strafbarkeit der kausalen Folge ausschliesslich an die Unterlassung derjenigen Pflicht zur Abwendung zu knüpfen, welche aus der vorangegangenen eigenen Kausalität sich ergeben hat. Die Zulässigkeit einer solchen gesetzlichen Beschränkung wird nicht zu bezweifeln sein. Wohl aber würde es, wenn nicht jede pflichtwidrige Unterlassung des Erfolges von kausaler Wirkung wäre, unerklärlich bleiben, wenn das Gesetz diese Wirkung gerade an die Unterlassung der aus der vorausgegangenen eigenen Kausalität erwachsenen Pflicht knüpfen wollte, da es dann etwas, was in Wirklichkeit nicht vorhanden wäre, als vorhanden fingieren würde." Diese Sätze sind insoweit von Interesse, als sie die Notwendigkeit der Limitation wie der Extension des Interferenzaxioms dartun. Inhaltlich sind sie durch das oben Ausgeführte genugsam widerlegt.

Punkt mit den Worten: „Auch die Verletzung des bloss ethischen Gebots und des entsprechenden Pflichtbewusstseins, drohende Erfolge abzuwenden, würde die Verursachung der betreffenden Erfolge und die rechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen, wenn das Gesetz auch dieses ethische Pflichtbewusstsein als ein dem Eintritt strafrechtlicher Erfolge entgegenstehendes Hindernis betrachtete.“[1]) Somit wäre der Inhalt der v. Burischen Theorie sinngemäss dahin festgestellt: Selbstsichhinderung an der Hinderung eines Erfolges ist zwar kausatheoretisch betrachtet unter allen Umständen Verursachung. Doch juristische Gesichtspunkte erfordern eine beschränkte Anwendung dieses allgemeinen Satzes. Das Unterlassen darf nur dann als kausal behandelt werden, wenn die Erfolgshinderung geboten war. Nun ist aber durchaus nicht bei jedem strafrechtlich relevanten Unterlassen eine Interferenz gegeben; kausaltheoretisch würde es bei diesem Fehlen nicht kausal sein, allein juristisch muss es behandelt werden, als ob eine Interferenz gegeben wäre. Also darf das Unterlassen, mag es auch kausal sein, nicht als kausal behandelt werden, wenn es nicht rechtswidrig ist; widerstreitet es aber einem Gebote, so muss es als kausal behandelt werden, wenn es auch nicht kausal ist — oder: v. Buri lehrt: das Unterlassen kann kausal sein: ob das strafrechtlich bedeutsame Unterlassen kausal ist, — ist irrelevant, denn stets muss es also behandelt werden.

2. Die objektive Version: **Binding.**

Die der v. Burischen Lehre charakteristischen Züge, die Limitation, die Extension des kausaltheoretischen Prinzips kehren bei den übrigen Fassungen des Interferenzgedankens entsprechend wieder, so zunächst bei Binding, dem Repräsentanten der objektiven Version.

a) Binding zergliedert das durch v. Buri bei seinem ersten Auftreten einheitlich behandelte Problem in zwei nach ihm getrennt zu beantwortende Fragen. v. Buri ging davon aus, dass jedem strafrechtlich relevanten Unterlassen ein Handeln vorausgehen müsse, durch das der Erfolg veranlasst würde. Während v. Buri die Fälle als gleichartig behandelt, in denen das Subjekt den Erfolg voraussah, und die, bei denen es denselben nicht voraussah, will Binding hier einen entscheidenden Unterschied gemacht wissen.

[1]) Zeitschrift, Bd. I, S. 411/412.

1. α) Nach der Lehre Bindings besteht das Kommissivdelikt durch Unterlassen in der Hinderung einer, als Äquivalent gegen eine vom Unterlassenden absichtlich herbeigeführten Förderung des strafrechtlich relevanten Erfolges, vom Unterlassenden selbst gesetzten Hinderung des Erfolges.[1]) Dem strafbaren Unterlassen muss[2]) demnach eine Handlung vorausgegangen sein, die den doppelten Charakter trägt: 1. den strafrechtlich erheblichen Erfolg irgendwie zu fördern; 2. gegen diese Förderung wieder ein, und zwar in einer bestimmten Wesensartung des Fördernden bestehendes, Hemmnis zu setzen. „Die Handlung enthält also gleichzeitig eine Förderung und Hinderung des schliesslich eingetretenen Erfolges.“[3]) Der Unterlassende ändert sich in einer bestimmten Weise, so dass er sich selbst an der Hinderung des Erfolges hindert und so den von ihm gesetzten zum Erfolg führenden Bedingungen freien Lauf lässt.[4]) Nicht dagegen zählen nach Binding die Fälle zum Unterlassen, in denen ein unabsichtlich herbeigeführtes Gefährden vom sine culpa Verursachenden absichtlich nicht gehemmt wird.[5]) In diesen Vorgängen erblickt Binding keine Unterlassung, sondern ein Tätigkeitsdelikt. Der Mensch hat nach seiner Lehre erst dann die Ursache gesetzt, wenn sich der Gang der Ereignisse seiner Willkür entzogen hat, denn „so lange es noch in unserer Macht steht, den von uns gesetzten positiven Bedingungen die wirkende Kraft zu nehmen, so lange haben wir noch nicht verursacht.“[6]) Alles, was während dieser Zeit geschieht, bildet eine Einheit.[7]) Wer also im Schlafe ein Licht umstösst und so eine Feuersbrunst herbeiführt, hat sie schuldhaft durch Tun herbeigeführt, wenn er absichtlich, so lange er es noch konnte, dem Feuer nicht entgegentrat.[8])

β) Binding trennt nach diesen Ausführungen, was v. Buri unter demselben Gesichtswinkel betrachten muss. Doch darin liegt nicht der hier wesentliche Unterschied zwischen beiden Lehren, zumal dieser Differenzpunkt mit einer unhaltbaren Behauptung Bindings

---

[1]) Normen Bd. II. S. 238, 246, 249 ff.
[2]) Normen a. a. O. S. 226.
[3]) Normen a. a. O. S. 238.
[4]) Normen a. a. O. S. 251 f.
[5]) Normen a. a. O. S. 259 ff.
[6]) Normen a. a. O. S. 262.
[7]) Normen a. a. O. S. 264.
[8]) Vergl. a. a. O. S. 262.

in Wegfall kommen muss. Die viel bedeutsamere Abweichung Bindings von den Burischen Sätzen besteht darin, dass v. Buri durchweg dem kausalen Unterlassen eine psychische Interferenz zu Grunde legt, während Binding die Hinderung in der Aufhebung einer körperlichen Eigenart erblickt, bei deren Beharren der Erfolg nicht eingetreten wäre.[1])

γ) Im nachfolgenden ist zunächst der zuerst angedeutete Differenzpunkt zu überwinden.[2]) Es drängt die Bindingsche Lehre zu der gleichen dogmatischen Entwickelung wie die v. Burische in der ältesten Fassung. Diese hatte noch von Krug die dem Unterlassen vorangegangene gefährliche Handlung übernommen. Mit der Erkenntnis, dass es für die Kausalität des Unterlassens gleichgültig sein müsse, wie die Gefahr, deren Hinderung der Unterlassende gehindert hatte, veranlasst sei, musste jener dogmatische Atavismus hinwegfallen. Die gleiche Entwicklung entspricht den Bindingschen Prämissen, sodass schliesslich für die Kausalität des Unterlassens nur eine etwaige Interferenz, nichts weiter, in Betracht kommen darf.

b) Die Überwindung der Zweiteilung [3]) in der Bindingschen Theorie muss an den Nachweis anknüpfen, dass, wenn überhaupt das absichtliche Nichteinhaltgebieten unabsichtlich veranlasster Folgen als ein kausales Delikt aufzufassen sei, dies nur in einem dem Interferenzgedanken gemäss kausalen Unterlassen bestehen könne.

α) Jener zweite Leitsatz der Bindingschen Lehre bildet das Gegenspiel der Glaserschen Theorie. Binding nennt genau das „verursachen durch Tätigkeit", was Glaser als „verursachen durch Unterlassen" bezeichnet. Nach Glasers Theorie hat das Subjekt des Kommissivdelikts durch Unterlassen zunächst sine culpa die auf den strafrechtlichen Erfolg zuführende Entwicklungskette angeregt; dass es den Erfolg nachträglich nicht hemmte, enthält das Schuldmoment, das mit dem Verursachen zu einer Einheit zusammengezogen wird.

β) Allein jener Zweig der Bindingschen Lehre scheitert am Begriff des zufälligen Geschehens. Es ist für die rechtliche Würdigung

---

[1]) Dies wird von Mentha ausser acht gelassen, der die Lehre v. Buris mit der Bindings identifiziert. a. a. O. S. 15.

[2]) Vergl. hierzu die entsprechenden Ausführungen von Hälschner: a. a. O. S. 239/246.

[3]) v. Rohland: a. a. O. S. 68.

eines Vorganges völlig irrelevant, ob ich ihn im Schlaf, im Wahnsinnsanfall herbeigeführt habe, oder ob er durch sonst ein mit meinem Willen nicht in Beziehung stehendes Ereignis herbeigeführt wurde. Es ist für die strafrechtliche Wertung gleichgültig, ob ich das Feuer im Schlaf entfachte durch Umstossen des Lichts, oder ob etwa ein plötzlicher Sturmwind das Fenster aufriss und den Leuchter umwarf.[1] In beiden Fällen ist das Feuer zufällig entstanden; wird bei beiden etwa ein schlafender Genosse absichtlich nicht geweckt, so darf kein Unterschied in der juristischen Behandlung daraus resultieren, dass im zweiten Falle der Sturmwind, im ersten aber der Arm des Schlafenden das Medium des Zufalls abgab. Nach der Bindingschen Lehre wäre im ersten Falle der den Schlafenden absichtlich nicht Weckende wegen Brandstiftung und Tötung zu bestrafen, sollte sich aber ergeben, dass nicht er, sondern eine sonstwie entstandene Erschütterung das Licht umwarf, so wäre er ceteris paribus freizusprechen.

γ) Ist es mithin unmöglich, bei zufällig entstandenen Gefahren zu unterscheiden, ob der Körper des den Gefahren absichtlich nicht Entgegentretenden das Medium des Zufalls abgab oder nicht, ist in den angezeigten Fällen eine Bestrafuug bei Anerkennung der kausalen Verbrechensauffassung nur auf zwei Wegen dogmatisch zu rechtfertigen: entweder durch Anerkennung des dolus subsequens — und die Glasersche Lehre, auf die Binding im Grunde rekurriert, ist nur eine „verschämte" Annahme desselben — oder durch den Nachweis einer Interferenz in dem Nichteingreifen. Da Binding den Begriff eines dolus subsequens entschieden abgelehnt hat,[2] muss er entweder, wie Ortmann dies im Gegensatz zu v. Buri wollte, alle Fälle dieser Art als nicht kausal, somit als Nichthandlungen und als straflos behandeln,[3] oder er muss sich der v. Burischen Konsequenz anschliessen, und, wenn überhaupt, das kausale Moment im Unterlassen selbst nachweisen.[4] Zu gleichem Schlusse drängt auch der zweite Leitsatz Bindings.

c) Ehe eine Würdigung der Bindingschen Lehre als negative

---

[1]) Natürlich ist in diesem Zusammenhang von den Fällen der Fahrlässigkeit, der actio libera in causa u. s. w. abzusehen.

[2]) a. a. O. S. 209/210.

[3]) Ortmann: Gerichtssaal, 1875. S. 213. — Ferner Gerichtssaal, Bd. XXVII, S. 28. Über diese Polemik vergl. Binding: a. a. O. S. 208 u. S. 265. v. Rohland: a. a. O. S. 69.

[4]) Vergl. a. a. O. S. 260.

Kausalitätstheorie möglich ist, muss ihr Inhalt zweifelsfrei festgestellt sein, es ist die Frage zu beantworten, ob Binding denn mit Recht unter die Interferenztheoretiker gezählt wird, oder ob nicht seine Lehre, wie dies im wesentlichen Landsberg[1]) annimmt, in Wahrheit auf einer Wiedergabe der Krugschen Grundgedanken beruht.

α) 1. Das Kommissivdelikt durch Unterlassen besteht für Binding in der Entfernung eines Hemmnisses, das durch das Subjekt als Äquivalent gegen eine von ihm selbst veranlasste Förderung des Erfolges gesetzt worden war. Das betreffende Hemmnis besteht in einer bestimmten Artung und Verhaltungsweise des Subjekts. Sobald das Subjekt sich ändert und diese Verhaltungsweise aufhebt, hindert es sich selbst an der Erfolgshinderung. Verursacht es wirklich also den Erfolg durch Selbstsichhindern, oder tritt nicht vielmehr der Erfolg im Gefolge der vom Subjekt veranlassten Erfolgsförderung ein?

2. Nach den Bindingschen Prämissen möchte zunächst letzteres als richtig erscheinen, und die Theorie würde in Wahrheit auf die Krugschen Lehren zurückkommen. Binding begründet sein Erfordernis einer dem Unterlassen vorangehenden, den Erfolg fördernden und zugleich hemmenden Handlung damit, dass, wenn der Unterlassende nicht zuvor den Erfolg gefördert hätte und nur ein selbstgesetztes Hemmnis entfernen würde, er ja mit dem Erfolg in keinerlei Beziehung träte, und der status quo aute in nichts alteriert würde.[2]) Wer z. B. den Plan fasst, jemanden durch eine leicht zu gewährende Hilfe zu retten, dann aber diese Absicht aufgibt, ist zum Erfolg in keinerlei Beziehung getreten, noch weniger, dass er ihn verursacht. „Es kann", wie Binding diesen Gedanken ausdrückt, „niemand dadurch verursachen, dass er eine abhaltende Bedingung, die er selbst gesetzt hat, wieder vernichtet."[3]) Demnach muss das eigentliche Unterlassen nach Binding ein Vorgang sein, der den Erfolg nicht verursacht, der mit dem Erfolg in keinerlei Beziehung steht, und an den das Schuldmoment „wie an einen Notanker" befestigt wird.[4]) Die dem Unterlassen vorangegangene Handlung hat den Erfolg gefördert, zugleich hat sie demselben ein Hemmnis gesetzt. Beim Unterlassen wird dieses Hindernis eliminiert, es wird eine „abhaltende Bedingung, die das Subjekt selbst gesetzt hat,

---

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 16.
[2]) Normen a. a. O. S. 233 f.
[3]) Normen a. a. O. S. 234.
[4]) Normen a. a. O. S. 222.

wieder vernichtet". Dieser Vorgang ist kausaltheoretisch als ein Nichts aufzufassen. Ob die abhaltende Bedingung sich gegen vom Subjekt selbst oder anders wie gesetzte Förderungen richtet, ist für die kausaltheoretische Würdigung ihre Eliminierung gleichgültig. Also verursacht der Unterlassende den Erfolg einzig und allein durch die dem Unterlassen vorangegangene Handlung,[1]) das Schuldmoment tritt mit dem nichtkausalen Vorgange des Unterlassens hinzu. In diesem Sinne gibt Binding den Krugschen Grundgedanken wieder, freilich erscheint bei Binding das Unterlassen als eine Interferenz, während es für Krug das Nichthindern des Erfolges bedeutet, allein das Wesentliche liegt darin, dass beide Male das Unterlassen ein mit dem Erfolg nicht in kausaler Verknüpfung stehender realer Vorgang sein soll.

3. Allein dies kann der richtige Sinn der Bindingschen Theorie nicht sein, trotzdem Bindings kausaltheoretische Ausführungen für sich genommen keine andere Deutung zulassen.[2]) So wäre die Theorie zum dolus subsequens zurückgekehrt, dessen Unmöglichkeit Binding selbst so schlagend nachgewiesen hatte. Um ihn zu überwinden, muss Binding seinen eigenen Ausführungen gemäss,[3]) „die Verursachungshandlung bei den unechten Unterlassungsdelikten als unter der Maske der Unterlassung verborgen überzeugend nachweisen". Binding muss also im Unterlassen und zwar in der von ihm angenommenen objektiven Interferenz das kausale Moment erblicken. Wenn er dennoch die Interferenz für sich genommen nicht als kausal behandeln will, vielmehr die charakterisierte vorausgehende Handlung fordert, um jetzt von der Kausalität des Unterlassens selbst zu sprechen, so handelt es sich hier genau, wie dies bei v. Buri nachgewiesen wurde, um nur als juristische Erwägungen zu erklärende Modifikationen des allgemeinen Interferenzsatzes, die als kausaltheoretische Erörterungen auftreten. Bindings Lehre ist also in Wahrheit eine Interferenztheorie, welche, durch in kausaltheoretischer Form auftretende juristische Forderungen modifiziert, dem Wortsinn gemäss zu einer Reproduktion der Krugschen Grundgedanken wird.

Der Bindingsche Gedankengang hat mithin folgenden Kreis-

---

[1]) Vergl. Guthmann: a. a. O. S. 17, entsprechend auch: Maurice Gand: Du delit de commission par ommission. Paris 1900. S. 14.

[2]) Landsberg: a. a. O. S. 16 f.

[3]) Normen a. a. O. S. 212.

lauf gemacht: 1. Der Begriff des dolus subsequens ist unhaltbar;[1]) soll das unechte Unterlassungsdelikt strafbar sein, muss die Kausalität im Unterlassen selbst irgendwie nachgewiesen werden.[2]) 2. Nun ist Hinderung der Erfolgshinderung Verursachung:[3]) also verursacht der, welcher dadurch, dass er seine konkrete Eigenart ändert, sich selbst an der Erfolgshinderung hindert: er verursacht durch Unterlassen. 3. Dieser Satz würde in dieser Allgemeinheit angewendet, zu den juristisch bedenklichsten Konsequenzen führen:[4]) es darf nicht der als Urheber bestraft werden, der nur die Hemmnisse wieder entfernte, die er selbst gesetzt hat.[5]) 4. Also ist dies Sichselbsthindern an der Erfolgshinderung nicht kausal, soweit es bloss in der Entfernung selbst gesetzter Hemmnisse besteht.[6]) 5. Mithin muss der Interferenz, auf dass sie als kausal behandelt werden kann, eine Tätigkeit vorangehen, durch die der Erfolg nicht nur gehemmt, sondern auch gefördert wurde.[7]) 6. Da das Entfernen selbst gesetzter Hindernisse nicht kausal ist, kausiert beim unechten Unterlassungsdelikt das Subjekt nicht durch die Hinderungsentfernung, sondern durch die vorangegangene Setzung positiver Bedingungen, und so wäre der circulus vitiosus gezogen.

Der Fehler Bindings besteht darin, juristische Erwägungen für kausaltheoretische zu halten. Kausaltheoretisch ist die Interferenz entweder kausal oder nicht, juristisch kann dagegen die kausaltheoretisch unbedingt kausale Interferenz als nicht kausal behandelt werden. Binding möchte, wie vor ihm schon v. Buri dies wollte, den Nachweis führen, dass die Interferenz nur dann kausal sei, wenn sie juristisch so behandelt werden darf. Zu diesem Zweck stellt er die kausaltheoretische Behauptung auf, dass das Entfernen selbst gesetzter Hemmnisse nicht ursächlich sein könne.[8]) Da aber das Unterlassen nach Binding stets in der Entfernung selbstgesetzter Bedingungen besteht, kann es niemals kausal sein. Die Konsequenz hat Binding übersehen und merkt

---

[1]) Normen a. a. O. S. 211 f.
[2]) Normen a. a. O. S. 212.
[3]) Normen a. a. O. S. 233.
[4]) Normen a. a. O. S. 233.
[5]) Normen a. a. O. S. 235 f.
[6]) Normen a. a. O. S. 237.
[7]) Normen a. a. O. S. 238.
[8]) Vergl. die im Sinne des Textes gehaltenen Ausführungen von v. Berger: a. a. O. S. 20.

so nicht, wie er durch seine Polemik gegen K r u g zugleich der abschliessenden Fassung seiner eigenen Lehre das Todesurteil gesprochen hat.

Jetzt erst kann die B i n d i n g s c h e Bestimmung des Unterlassungsbegriffes sinngemäss erfasst werden: Wer sich so ändert, dass er sich dadurch hindert an der Hinderung eines Erfolges, verursacht durch Unterlassen. Allein juristische Gesichtspunkte erfordern, dass der, welcher nichts weiter tat, als selbstgesetzte Hindernisse zu entfernen, nicht als Täter bestraft werde; also darf das Unterlassen nur dann als kausal behandelt werden, wenn die Handlung, die dem Erfolg ein Hindernis setzte, zugleich eine Förderung desselben bedeutet.

β) Die weitere Kritik der B i n d i n g s c h e n Lehre hat nunmehr nach juristischen Gesichtspunkten die Limitation des Interferenzsatzes zu prüfen, die in dem Hinweise auf den zwiefachen Charakter der der Interferenz vorangegangenen Handlung enthalten ist.

1. Die Limitation darf, wenn sie richtig gefasst sein soll, weder zu weit, noch zu eng gezogen sein. Die Theorie muss davon ausgehen, dass der, welcher selbst sich an einer Erfolgshinderung hindert, den Erfolg verursacht, dass aber nur der wegen dieser kausaltheoretisch zweifellos gegebenen Verursachung gestraft werden darf, dem die Erfolgshinderung rechtlich geboten war. Die Interferenztheorie muss mithin stets ein Prinzip aufweisen, nach dem sich die Anwendung des kausaltheoretischen Satzes in dem angezeigten Rahmen beschränkt.

2. B i n d i n g s Erfordernis einer der Interferenz vorausgehenden Handlung doppelten Charakters bedeutet jenes notwendige, limitierende Prinzip. Rechtsverletzungen herbeizuführen ist verboten. Wer ein Rechtsgut irgendwie gefährdet, ist mithin verpflichtet, allen unheilvollen Folgen seines Tuns entgegenzutreten — ihnen, wie B i n d i n g sich ausdrückt, ein „Äquivalent" gegenüber zu stellen. Der Handelnde ist also verpflichtet, das Hindernis aufrecht zu erhalten. Besteht das Hindernis in einer bestimmten Artung des Handelnden, so hindert er sich selbst an der gebotenen Erfolgshinderung, wenn er die fragliche Artung aufgibt. [1]) Wenn der Fall, in dem B i n d i n g Unterlassung annimmt, eintritt, hat das Subjekt sich strafbar gemacht, weil ihm die Erfolgshinderung geboten war, seine Interferenz kann also als kausal behandelt werden. B i n d i n g

[1]) Dass es übrigens falsch ist, bei einem derartigen Limitationsversuch vom Verbote, einen Erfolg zu verursachen auszugehen, dass man vielmehr allein das Gebot der Erfolgshinderung zu Grunde legen kann, soll geeigneter bei der Kritik der Lehre P a u l F i s c h e r s hervorgehoben werden.

hat also seine Lehre dann richtig limitiert, wenn Erfolgshinderung nur dann geboten ist, wenn das Subjekt zugleich den rechtswidrigen Erfolg irgendwie gefördert hat.

Und bei dieser Fragstellung zeigt es sich, dass Binding seine Schranke zu eng gezogen hat. Ich verweise zunächst auf das Beispiel von dem bewusstlos gebärenden, genotzüchtigten jungen Weibe, durch welches v. Buri an seiner Lehre zweifelhaft wurde. Ferner sei erinnert an einen Gefangenen, dem eine Erfolgshinderung anbefohlen wurde, oder an das alte Deichrecht, wonach jedem Eigentümer eines am Deich liegenden Hofes geboten war, dem Eindringen der Flut mit den letzten Kräften entgegenzutreten, oder den Hof zu verlassen. In allen diesen Fällen sind Interferenzen möglich, sie können bestraft werden, weil eine Erfolgshinderung geboten war. In diesen Zusammenhang gehören auch die Fälle des Unterlassens, bei denen Binding durchaus ein Verursachen konstruieren wollte, ich meine die der absichtlichen Nichthinderung zufällig veranlasster rechtswidriger Folgen. Da es ganz irrelevant sein muss, wie der Zufall geartet war, musste Binding unter solchen Umständen entweder eine Bestrafung für unstatthaft erklären, oder im Unterlassen selber die Kausalität dartun. Jetzt erklärt es sich, warum Binding hier kein Unterlassen annehmen wollte, er verkannte, dass die für das Unterlassen geforderte Handlung gedoppelten Charakters nur ein den allgemeinen Interferenzsatz nach juristischen Gesichtspunkten limitierenden Prinzip bedeutet. Da er die juristische Erörterung für eine kausaltheoretische hielt, konnte er die fraglichen Fälle nicht unter den Begriff des Unterlassens subsumieren. Sollten sie überhaupt strafbar sein, mussten sie als positive Tätigkeiten dargestellt werden, und so erklärt sich aus dem die ganze Theorie beherrschenden Fehler auch diese unglückliche Konsequenz.

3. Sieht man derart in dem Hinweis Bindings auf den gedoppelten Charakter des vorangegangenen Tuns nur einen zu eng gegriffenen Limitationsversuch, der demselben Bedürfnis, aus dem er entsprang, entsprechend zu erweitern ist, so lautet Bindings Lehre genau wie die v. Buris: Selbstsichhindern an der Hinderung des Erfolges ist Verursachung durch Unterlassen. Diese stets kausale Interferenz darf aber juristisch nur dann als kausal behandelt werden, wenn dem Unterlassenden die Erfolgshinderung geboten war. In diesem Satze haben die beiden von Binding getrennt aufgestellten Thesen ihre Vereinigung gefunden. Wofern wir verpflichtet sind, bei Feuersgefahr schlafende

Genossen zu wecken, verursachen wir durch Unterlassen, wenn wir den Entschluss zu wecken unterdrücken, oder die zum Alarmsignal gehobene Hand wieder sinken lassen.

γ) Was von der Limitation gesagt wurde, gilt entsprechend von der Extension. Bindings Hinweis auf den gedoppelten Charakter der dem Unterlassen vorausgehenden Handlung enthält zugleich einen Extensionsversuch,[1]) welcher ebenfalls, als zu eng gefasst, so zu erweitern ist, dass er jene Fälle unter sich begreift, die Binding nicht unter den Begriff des Unterlassens subsumieren konnte.

1. Das Unterlassen kann nur kausal sein, wenn ihm eine Interferenz zu Grunde liegt; ob es dann juristisch auch als kausal angesehen werden kann, ist eine andere Frage. In allen Fällen, in denen eine Erfolgshinderung geboten war, muss, wenn gestraft werden soll, dem kausalen Verbrechensaxiom gemäss eine Interferenz nachweibar sein, und ist dies ganz unmöglich, eine solche postuliert werden. Die Interferenztheorie muss also, um strafrechtlich brauchbar zu sein, ein Prinzip enthalten, aus dem die Gegebenheit einer Interferenz in all den Fällen zu folgern ist, in denen dieselbe juristisch als kausal behandelt werden darf. In Bindings Theorie besteht dies Prinzip in dem Hinweis auf die dem Unterlassen vorangehende Handlung, die, indem sie den Erfolg fördert, diese Förderung zugleich durch ein äquivalentes Hemmnis wieder aufhebt. Genau wie bei v. Buri hat also das limitative Prinzip eine extensive Funktion, und genau, wie für jene ist es für diese zu eng gegriffen.

2. In den Fällen, in denen Binding allein eine Unterlassung annehmen will, ist eine Interferenz gewiss gegeben, allein da es noch andere Fälle des strafrechtlich relevanten Unterlassens gibt, ist seine Bestimmung derselben zu eng. Binding muss nachweisen, dass in allen Fällen, in denen die Erfolgshinderung geboten war, das Subjekt die Hinderung des Erfolges hinderte dadurch, dass es sich selbst änderte. Bei der genotzüchtigten Mutter und in anderen Fällen, in denen das Hinderungsgebot ohne Rücksicht auf ein vorangegangenes Tun ergeht, kann freilich eine Interferenz gegeben sein, es ist aber durchaus nicht nötig. Um der Konsequenz der Prämiierung sozial anästhetischer Gesinnungsart zu entgehen, darf die Theorie hier die Bestrafung der Nichthinderung nicht vom Gegebensein einer Interferenz abhängig machen,

---

[1]) Vergl. v. Rohland: a. a. O. S. 71.

sie muss auch die Fälle, in denen eine Interferenz nicht gegeben ist, für strafbar erklären, d. h. sie als kausal ansprechen. Nach dieser Konsequenz muss Binding wegen Tötung durch Unterlassen bestrafen, wenn die Mutter im Beispiel ihr Kind verschmachten lässt, von Anfang an von dem festen Willen geleitet, die Plage los zu sein. Wer seinen der Erstickungsgefahr ausgesetzten Genossen rechtswidrig nicht weckt, tötet also durch Unterlassen. Freilich kann eine Interferenz nicht nachgewiesen werden, wie dies oft von den Fällen gelten wird, in denen zufällig angeregte Entwicklungsreihen pflichtwidrig nicht gehemmt werden.

3. Damit wäre auch die Bindingsche Theorie auf dieselbe Fassung übergeführt, in welche die Burische Lehre einmünden musste: das Unterlassen, sofern es auf einer Interferenz beruht, ist kausal. Juristisch darf es nur dann als kausal behandelt werden, wenn dem Subjekt die Erfolgshinderung geboten war, dann muss es aber auch so behandelt werden, wenn es auch nicht kausal sein sollte. Das rechtswidrige Unterlassen wird also stets als kausal behandelt; ob es kausal ist, bleibt gänzlich ausser Frage.

Mit diesem Schlusssatz fällt auch der einzige Gegensatz hinweg, der Binding und v. Buri noch trennt. v. Buri findet das kausale Moment beim Unterlassen in einer speziell psychischen Interferenz, während Binding sie allgemeiner objektiv bestimmt als Änderung einer körperlichen Wesensartung. Da es aber beim strafrechtlich relevanten Unterlassen niemals darauf ankommen kann, ob es wirklich kausal ist, so ist es auch juristisch gleichgültig, wie man die Interferenz, die Kausalität des Unterlassens konstruieren will.

3. Die vermittelnde Fassung: **Paul Fischer.**

Für die kausaltheoretische Frage nach der Ursächlichkeit des Unterlassens kommt es nur darauf an, dass am Subjekt eine Interferenz nachgewiesen wird. Die subjektive und die objektive Fassung des Axioms ergänzen sich gegenseitig. Aus diesem Zusammenstimmen beider Versionen erklärt sich die Möglichkeit einer Theorie, wie der Paul Fischers, die als Verknüpfung der Lehren Bindings und v. Buris aufgefasst werden kann.

a) Nach Fischer ist Verursachung durch Unterlassen Selbst-

sichhindern an der Hinderung des Erfolges.[1]) Diese Interferenz[2]) hat zur Voraussetzung, dass das Subjekt den „Willen und die Fähigkeit" besass, dem Erfolg entgegenzutreten.[3]) Nach diesem Axiom ist die Selbsthinderung eingetreten, wenn das Subjekt entweder den Willen oder die Fähigkeit zu hindern, bezw. beides, aufgab. Somit können einerseits rein psychische Vorgänge kausal sein, der Unterlassende verursacht durch Unterdrückung eines auf die Erfolgshinderung gerichteten Impulses [4]) (v. Buri) — andererseits kann das kausale Moment in dem Aufgeben einer Fähigkeit, einer bestimmten körperlichen Eigentümlichkeit bestehen, bei deren Beharren der Erfolg verhindert sein würde.[5]) (Binding.)

b) Nach diesem Axiom ist für den Tod kausal, mithin nach herrschender wie nach Fischers eigener Lehre [6]) Mörder, wer den Willen, die unschwere Rettung zu vollziehen, niederkämpft, wer die rettende Hand zurückzieht. Der Interferenzgedanke erfordert das limitative Prinzip.

α) Fischer will die Schwierigkeit durch den Hinweis beheben, dass mangelnde Hilfeleistung keine Schädigung sei.[7]) Wer den Rettungswillen unterdrückt, wer die Hand zurückzieht, hilft dem Verunglückten nicht, allein er schädigt ihn auch nicht.

β) Diese Unterscheidung ist nach Fischers eigenen Prämissen, d. h. bei Anerkennung des Interferenzgedanken, falsch. Es handelt sich in jenen Fällen nicht um einen einfachen Mangel der Hilfe, sondern um ein unter dieser Maske verborgenes Tun,[8]) um eine Hinderung der Hinderung des Erfolges, um dessen Herbeiführung. Schädigung ist aber Schadensherbeiführung.[9]) Nicht jede mangelnde Hilfeleistung ist

---

[1]) Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 23, S. 470, 480, 481, 489, 504, 505.

[2]) Bemerkenswert ist, dass Fischer seine Theorie einführt als Fortbildung der allg. Bedingungstheorie, in dem im § 2 dargestellten Sinne. Vergl. a. a. O. S. 467 f., 470 ff., 482.

[3]) a. a. O. S. 475 f., 505.

[4]) a. a. O. S. 485 f.

[5]) a. a. O. S. 479, S. 505/6.

[6]) a. a. O. S. 459 f.

[7]) a. a. O. S. 495 ff., S. 506.

[8]) a. a. O. S. 468.

[9]) a. a. O. S. 467.

Verursachung, soweit hat Fischer recht, sie kann es aber sein, und ist es auch, wenn unter ihrer Maske sich eine Interferenz verbirgt.

γ) Nur, wenn die dem Unterlassen vorangegangene Handlung einen gefährlichen Charakter trug, soll die Interferenz selber eine Schädigung, eine Erfolgsursache sein. Der Sinn dieser Behauptung ist schon bei der Besprechung Bindings festgestellt worden. Die Ausführungen Fischers lehren nur besonders deutlich, dass man die Strafbarkeit des Unterlassens nicht von der Übertretung des Verbotes zu verletzen — denn wenn der Interferenzgedanke richtig ist, verletzt jede Interferenz — abhängig machen darf, sondern zu dem Satze kommen muss: die kausaltheoretisch ursächliche Interferenz darf juristisch nur dann als kausal behandelt werden, wenn dem Subjekt die Erfolgshinderung geboten war.[1])

c) „Wo der realisierbare Wille einen Erfolg zu verhindern nicht vorhanden war, kann keine Begehung durch Unterlassen begründet werden,“ [2]) dieser bei Anerkennung des Interferenzgedankens notwendige Satz muss immer zur Aufstellung eines extensiven Prinzips führen.

α) Nach Fischer muss deshalb dem Unterlassen stets ein den Willen entsprechend engagierendes gefährliches Handeln vorangegangen sein.[3])

β) Dass dies Prinzip zu eng gefasst ist, ist ausführlich nachgewiesen, hier ist nur noch von Interesse, dass es Fischer zu genau denselben Konsequenzen drängt wie Binding. Ein Unterlassen, dem eine gefährliche, den Willen bindende Handlung nicht vorausging, muss um strafbar zu sein, als Begehungsdelikt sich auffassen lassen,[4]) d. h. als ein nicht durch Interferenz erfolgendes Verursachen.

γ) Die notwendigen Konsequenzen des Fischerschen Extensiv-Prinzips sind dargestellt worden: noch einmal sei die gemeinsame Grundthese aller Interferenztheorien, der Interferenztheorie überhaupt dahin zusammengefasst: Der Unterlassende ist kausal, sofern er sich selbst an der Erfolgshinderung hindert. Das strafrechtlich relevante Unterlassen kann also kausal sein, ob es wirklich kausal ist, kommt nicht in Frage, da es auch, wenn keine

[1]) Vergl. oben das über Binding entsprechend Gesagte: S. 126, Anm. 1.
[2]) a. a. O. S. 508.
[3]) a. a. O. S. 472, 473, 475.
[4]) a. a. O. S. 495/506.

Interferenz nachzuweisen ist, juristisch als kausal behandelt werden muss. —

III. Ist es auch für die Interferenztheorie selbst ohne Belang, wie die Kausalität des Unterlassens zu denken wäre, so ist doch der Interferenzgedanke selbst und seine unbestrittene Anerkennung ein bedeutsames Argument gegen die Grundthese dieses Abschnitts von der Irrealität des Unterlassens. Allein der Interferenzgedanke muss falsch sein, wofern sich nicht die Grundprinzipien alles Strafrechts, aller Kausaltheorie als verfehlt erweisen sollten, und näher besehen ist er auch falsch.

1. Der Interferenzgedanke widerstreitet zunächst den allgemeinsten Sätzen des Strafrechts wie der Kausaltheorie.

a) Die Interferenztheorie ist ein mit nicht geringer Gedankenenergie unternommener Versuch, den kausalen Verbrechensbegriff als allgemeingültig zu erweisen,[1]) ein Versuch, der zur notwendigen Aufgabe des Standpunktes drängt, von dem aus er überhaupt erst unternommen wurde. Dass, wenn der Interferenzgedanke richtig ist, jede Interferenz kausal sein muss, dass mithin der mordet, welcher die rettende Hand bewusst zurückzieht, ist mehrfach nachgewiesen worden. Es bleibt also nur die Alternative, entweder das Interferenzaxiom selbst zu verwerfen, oder zu behaupten: nicht alles bewusste Verursachen ist Verursachen im juristischen Sinne. Damit ist aber das strafrechtliche Grundprinzip aufgegeben: wer den Tod bewusst verursacht hat, hat auch den Tatbestand der Tötung erfüllt. Ferner kann durchaus nicht in allen Fällen, in denen dem Subjekt eine Erfolgshinderung geboten war, bei demselben eine Interferenz nachgewiesen werden. Die Theorie muss stets eine Interferenz postulieren. Fischer bemerkt ganz richtig, dass sich am fraglichen Punkte die Theorie von Buris in einem Zirkel bewegt, denn „er will zuerst die Gesetzesverletzung damit begründen, dass Kausalität vorliegt, und dann begründet er die Kausalität wieder damit, dass Gesetzesverletzung vorhanden ist".[2]) Freilich, das Wichtigste hat Fischer nicht erkannt, dass jede Interferenztheorie diesen Zirkel mit-

---

[1]) Die spöttische Bemerkung von Hess: a. a. O. S. 40, der die Interferenzversuche als „nicht gerade geistreich" bezeichnet, erscheint nach Massgabe der obigen Ausführungen wenig am Platze. „Die Menge von Scharfsinn, welche bei dem Aufbau dieser Theorien aufgegangen ist, muss Bewunderung einflössen." So v. Berger: a. a. O. S. 14.

[2]) Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 23, S. 490.

machen muss, dass er bei Fischer selbst so gut wie bei v. Buri nachzuweisen ist. Doch, wenn es nur ein Zirkel wäre! Cogitationis ponam nemo patitur ist nach kausaler Verbrechensauffassung zu übersetzen durch: eine Bestrafung darf nur erfolgen, wenn sich die Schuld durch eine entsprechende Verursachung manifestiert hat. Diesem Axiom zu Liebe fingiert[1]) die Interferenztheorie eine Kausalität auch da, wo keine gegeben ist, also die Bestrafung erfolgt kraft einer Fiktion. Ad majorem gloriam einer Theorie wird der kausale Verbrechensgedanke in sein Gegenteil pervertiert. Nach ihm gibt es nur ein relevantes Schuldsymptom, die Verursachung. Die Interferenztheorie fordert mithin unter Umständen die Bestrafung einer überhaupt nicht manifestierten Schuld.

b) Gleich schwerwiegende Bedenken ergeben sich bei rein kausaltheoretischer Betrachtung des Axioms. Die Frage nach dem Realgrunde richtet sich auf die Verknüpfung von Veränderungen. Hinderung der Erfolgshinderung muss aber mit dem Erfolge gerade in keinerlei Beziehung stehen. Die Entwicklungsreihe, welche unterbrochen wurde, wäre mit den Phänomenen, die den Erfolg bildeten, in Beziehung getreten, wenn nicht jener Gang der Ereignisse unterbrochen worden wäre. Die interferierende Veränderung verbindet sich also nicht mit dem Erfolg, sondern mit einer Veränderungsreihe, die denselben hätte modifizieren können, aber sich belanglos erwies. Ist der Interferenzgedanke richtig, so beruht der Kausalnexus nicht auf dem Ineinandergreifen von Veränderungen, und alles, was im Zusammenhang dieser Arbeit über Kausalität gesagt worden ist, wäre falsch.[2])

c) Die Anerkennung des „unbestrittenen und unbestreitbaren" Interferenzgedankens würde also eine völlig neue Kausallehre fordern, eine gänzlich neue Grundlegung des Strafrechts. Da aber kein Vertreter des Interferenzgedankens mit dessen Konsequenzen ernst machte und die Möglichkeit von Verbrechen behauptete, bei denen die Schuld sich nicht manifestieren könnte, da ein jeder in Wahrheit das Kausalverhältnis in irgendwie verhäckelte Veränderungen aufzulösen bestrebt war, so ist

---

[1]) Geyer betont vom Standpunkt der kausalen Verbechensauffassung mit Recht, dass man niemals, um ethischer Prinzipien willen Kausalzusammenhang fingieren dürfe, wo ein solcher in Wirklichkeit nicht nachzuweisen sei. (In Holtzendorfs Handbuch des Strafrechts. Bd. IV, S. 92.)

[2]) Besonders deutlich tritt dieser Widerspruch bei Merkel: Lehrbuch, S. 96/97 zu Tage, wo einerseits die Kausalität der Interferenz anerkannt, andererseits richtig erkannt wird, dass dieselbe mit dem Erfolg in keinerlei realem Konnex stehe.

der Interferenzgedanke, wenn man tiefer blickt, in Wirklichkeit von jeher durch die Tat, wenn auch unbewusst, bestritten worden, und man bringt tatsächlich nicht viel Neues, wenn man seine Unhaltbarkeit nachweist.[1])

2. Die Widerlegung des Interferenzgedankens hat seinen Grundfehler aufzuweisen, zu zeigen, worauf derselbe beruht, und mit der endgültigen Betonung der Irrealität alles Unterlassens abzuschliessen.

a) Nach dem Interferenzgedanken ist Hinderung der Erfolgshinderung Verursachung. Dieser Satz besagt genauer: Verhinderung der Hinderungsmöglichkeit ist Verursachung, denn die Hinderung bezw. die Hinderungsnotwendigkeit kann nicht unmöglich gemacht werden.

1. Dieser Gedanke ist von seinen Vertretern niemals bewiesen worden, sondern man stellte ihn stets als unbestreitbare Wahrheit auf. Daher kann sich die Kritik nicht gegen die Beweise richten, welche der Interferenzgedanke bei seinen Vertretern gefunden hat. Diese Sachlage bestimmt die Methode nachfolgender Polemik. Aus dem Interferenzgedanken selbst ist abzuleiten, wie er zu beweisen wäre. Es ist festzustellen, was klargelegt sein muss, wofern er richtig sein soll. Die Kritik hat also in der Frage zu bestehen, ob es möglich ist, die für die Richtigkeit des Satzes als unerlässlich nachgewiesenen Voraussetzungen als gegeben nachzuweisen.

2. Zuvörderst ist der Interferenzgedanke selbst abschliessend zu präzisieren. Die Aufhebung der Hinderungsmöglichkeit soll Verursachung sein. Wer also dem Ertrinkenden die rettende Hand entzieht, verursacht dessen Tod. Hätte der Nichtrettende dem Verunglückten die Hand gereicht, wäre die Verletzung des anderen nicht eingetreten. Der Interferierende hat also der Möglichkeit einer Nichtverletzung ein Ende gemacht. Nach dem Interferenzgedanken führt also die Aufhebung der Möglichkeit, dass eine bestimmte Verletzung nicht eintritt, die Verletzung selber herbei. Beachtet man, dass die Verletzung selbst ja nur als eine bestimmt geartete Veränderung aufzufassen ist, so behauptet der Interferenzgedanke: Die Aufhebung der Möglichkeit, dass eine Veränderung unmöglich werde, führt diese Veränderung selbst herbei, verursacht dieselbe.

3. α) Wenn eine Veränderung eine zweite verursachen soll, so muss sich die eine als überleitende Veränderung der anderen auffassen

---

[1]) Vergl. Landsberg: a. a. O. S. 28/29.

lassen. Der Interferenzgedanke ist mithin richtig, wenn die Aufhebung der Möglichkeit, dass eine bestimmte Veränderung nicht eintritt, als überleitende Veränderung mit Bezug auf den in Frage stehenden Vorgang nachgewiesen werden kann. Dieser Nachweis setzt ein Doppeltes voraus: zunächst muss die Möglichkeit, dass die betreffende Veränderung nicht eintrat, ein objektiv gegebenes Phänomen sein, sodann muss sich zeigen lassen, dass die fragliche Veränderung mit diesem Vorgang in Beziehung steht, soll doch die Modifikation des einen Phänomens das Entstehen des anderen bestimmen. Damit ist der Gang der Kritik bestimmt: in erster Linie ist zu fragen, ob es überhaupt eine Möglichkeit gäbe, die als objektives Phänomen aufzufassen wäre, sodann ist die Möglichkeit der Verknüpfung dieses Geschehens mit einer bestimmten Veränderung zu erörtern.

β) Bei der Frage nach der Gegebenheit einer objektiven Möglichkeit sind die bei Besprechung der allgemeinen Bedingungstheorie unter negativen Vorzeichen angeknüpften Gedankengänge zu Ende zu führen, denn erst an dieser Stelle ist erwiesen, dass, was früher nur gegen eine Art negativer Kausaltheorien gesagt werden konnte, jetzt von den negativen Kausaltheorien überhaupt gilt.

1. Soll die Aufhebung der Möglichkeit, dass ein Erfolg nicht eintritt, für denselben kausal sein, so muss diese Möglichkeit ein objektives Phänomen sein, denn nur Erscheinungen können miteinander im Kausalkonnex stehen. Die Möglichkeit muss real gegeben sein. Die Möglichkeit ist logisch stets ein Abstraktum, und dies soll eine konkrete Tatsache sein.

2. Allein dies real Mögliche darf nicht alles Erdenkliche umfassen. Das Möglichkeitsurteil muss sich auf die Erkenntnis der Gegenwart stützen. Formal möglich ist, dass dem Reiter sein Pferd wegfliegt, objektiv möglich dagegen, dass es scheut und ihn abwirft. Die Bezeichnung „objektiv-möglich" hat mithin einen doppelten Sinn, einmal bedeutet es, dass die Möglichkeit als konkretes Phänomen real gegeben sei, sodann kennzeichnet es den Gegensatz zur formalen Möglichkeit. Um Äquivokationen weiterhin zu vermeiden, soll an Stelle des doppeldeutigen Terminus „objektiv" mit Bezug auf die konkret gegebene Möglichkeit die Bezeichnung „real-möglich" gebraucht werden, und der formalen Möglichkeit ist die auf eine bestimmte Gegenwart sich beziehende „relative" entgegenzustellen.

3. Die Gegebenheit einer solchen „real-relativen" Möglichkeit bildet also die eine Voraussetzung der Interferenzlehre. Wie schon zum

Teil gezeigt worden ist, kann dieselbe allein gegeben sein in dem logisch wie kausaltheoretisch unmöglichen und dennoch für den Indeterministen realen Phänomen des freien Willens. Freilich ist der Begriff eines freien Willens dann nicht so zu verstehen, dass nach ihm der Mensch bezüglich seiner Entschlüsse durch nichts beeinflusst zu werden brauchte. Dann wäre jedem Menschen in jedem Augenblick jeder menschenmögliche Entschluss möglich. Der freie Wille wäre demnach die realisierte formale Möglichkeit. Nach dieser Auffassung zerstört der Mensch, der in einem bestimmten Augenblick einen Entschluss, mit dessen Gegebenheit ein bestimmter Erfolg nicht eingetreten wäre, nicht fasst, die absolute Hinderungsmöglichkeit und verursacht also den Erfolg. Demnach hat der Centurio, der in Begleitung Caesars den Rubikon überschritt, ohne den Entschluss zu fassen, den vor ihm reitenden Imperator rücklings niederzustechen, die römische Republik zerstört und das Kaisertum aufgerichtet. Bei dieser Auffassung vom freien Willen wäre die Interferenztheorie zu dem ganz unmöglichen Schlusse gedrängt: Wer in irgend einer Situation einen Entschluss nicht fasst, mit dessen Gegebensein ein Erfolg nicht eingetreten wäre, hat letzteren verursacht. Unter Willensfreiheit hat man also nicht absolute Entschlussfreiheit, sondern Wahlfreiheit zu verstehen. Nach dieser Auffassung bieten sich dem Willen auf Grund der ihn umgebenden Wirklichkeit bestimmte, ihrer Zahl nach begrenzte Entschlussmöglichkeiten, unter diesen trifft das liberum arbitrium die Wahl. Die Wahl ist völlig frei, jede der auf Grund der das Subjekt umgebenden Wirklichkeit sich bietenden Alternativen ist gleich möglich. Es ist nicht etwa wie bei einer Lotterie, wo die Glücksnummer objektiv feststeht, bloss subjektiv unbekannt ist. Der wahlfreie menschliche Wille repräsentiert also die von der Interferenzlehre als Voraussetzung geforderte „real-relative" Möglichkeit. Damit ist zugleich der einzige Fall gekennzeichnet, in dem eine Interferenz kausal sein kann. Durch die Wahl, welche aus den sich bietenden Möglichkeiten nicht diejenige herausgreift, mit deren Realisierung ein konkreter Erfolg nicht eingetreten wäre, verursacht der Wählende den Erfolg. Für die Konstruktion der negativen Kausalität ist also Voraussetzung, dass sich dem Subjekt mehrere Entscheidungsmöglichkeiten boten, dass eine von diesen einen bestimmten Erfolg unmöglich gemacht hätte. Entscheidet sich das liberum arbitrium nicht für diese besonders hervorgehobene Möglichkeit, so hat das Subjekt sich selbst an der Erfolgshinderung gehindert, d. h. die in der eignen Person realisierte relative

Möglichkeit, dass der Erfolg nicht eintritt, aufgehoben, d. h. den Erfolg verursacht. Besonders zu beachten bleibt, dass diese der Burischen Lehre verwandte Konstruktion die einzigmögliche ist, wenn eine negative Kausalität als gegeben erwiesen werden soll. Alle übrigen Fälle der Hinderung des Erfolges können nicht für den Erfolg kausal sein, da bei ihnen eine realisierte Möglichkeit nicht gegeben sein kann. Erinnert sei wieder an das Beispiel des Ertrinkenden. Schon ist der Retter nahe, noch einige Augenblicke und das Boot hat den Verunglückten erreicht. Ein unerwarteter Windstoss aus einer Ecke des Gebirgssees bringt den Kahn zum Kentern, und die Hinderung des Erfolges ist verhindert worden. In diesem Falle war aber die Rettung durchaus nicht objektiv möglich, der Windstoss musste in diesem Augenblicke gerade so dem Boot in die Segel fahren. Der Ortskundige, der genau wusste, was die hellen Streifen auf dem Wasserspiegel zu bedeuten hatten, der das Boot und seine Segelstellung kannte, der die Bewegungen des Schiffes vom anderen Ufer verfolgte, erkannte, dass die Rettung des Verunglückten unmöglich war, dass das Rettungsboot für sein Geschick keine Bedeutung haben würde. Jener Beobachter sagt sich, der Tod trat ein, weil das Boot des Ertrinkenden an eine Klippe rannte, jener Rettungsversuch konnte den Verlauf nicht mehr hemmen. Genau dasselbe gilt etwa in folgendem Falle: es gilt einen Verunglückten, der sich mit den letzten Kräften an einem Felszacken anklammert, vorm tötlichen Sturz zu bewahren. Schon wirft der Retter dem Gefährdeten eine Seilschlinge zu, als eine Staublawine ihn in die Tiefe reisst. Kausaltheoretisch ist es irrelevant, ob die Rettung durch eine Naturkraft oder durch einen Menschen verhindert wird. A sieht, wie sein Todfeind B durch C gerettet werden soll. Rasch springt er dem C in den Weg und B verunglückt. Bei deterministischem Ausgangspunkt hat A den Tod gewiss nicht verursacht, war doch eine Rettung des B von aller Ewigkeit her ausgeschlossen, die Rettung war niemals objektiv oder real möglich. Gibt man dagegen dem A Wahlfreiheit zwischen den Entschlüssen, den C festzuhalten oder dies nicht zu tun, so war die Rettung real möglich. Der Entschluss, den C festzuhalten, macht der real-relativen Rettungsmöglichkeit ein Ende, A macht also der Hinderungsmöglichkeit ein Ende, verursacht damit den Erfolg. Wie dies Beispiel wieder lehrt, kann die negative Kausalität, wenn überhaupt, nur als die psychische Interferenz im wahlfreien Menschenwillen aufgefasst werden. Somit ist jedenfalls die Argumentationsmethode verfehlt, welche von den Interferenztheorien

befolgt wurde. Diese stellen zunächst den unbewiesenen Satz auf, dass Hinderung der Erfolgshinderung Erfolgsverursachung sei, und schlossen dann, dass der verursache, der sich selbst an der Erfolgshinderung gehindert habe. In Wahrheit ist dagegen die objektive Möglichkeit, dass eine bestimmte Veränderung, die nachher eintritt, nicht eintritt, nur in einem einzigen Falle gegeben, und es ist ein ganz bedenkliches Argument gegen die schliessliche Richtigkeit des Interferenzgedankens, dass dieser einzige Fall von den Vertretern jener Lehre niemals gekennzeichnet worden ist.

γ) Soviel ist nach dem vorigen Absatz gewiss, dass es überall falsch ist von kausaler Interferenz zu reden, wo es sich nicht um das Fassen eines Entschlusses seitens des wahlfreien Willens handelt,[1]) jedoch ist damit noch keineswegs erwiesen, dass in diesem einzigartigen Falle objektiver Möglichkeit die Interferenz auch wirklich kausal sei. Zu diesem Zwecke ist noch zu zeigen, dass die Aufhebung der Hinderungsmöglichkeit als überleitende Veränderung des Erfolges aufzufassen sei. Mit dem Nachweis, dass dieser präjudizielle Beweis ganz unmöglich ist, ist die Interferenztheorie und damit jede sonstige Art negativer Kausaltheorien endgültig widerlegt.

1. Gedacht sei wieder an den Ertrinkenden, dem ein Nahestehender leicht Rettung gewähren kann. Dieser erwägt, ob er retten soll oder nicht, die Rettung ist real-relativ möglich. Er entscheidet sich frei für

---

[1]) Damit ist auch die Theorie von Geyer erledigt, die den Interferenzgedanken nur auf motivierbare Willensträger angewendet wissen will. Kausal ist nach dieser Lehre nur das von Geyer sogenannte „konkludente" Unterlassen, durch welches eine psychische Wirkung auf ein lebendes Wesen geäussert wird, durch welches dieses zu einem Verhalten veranlasst wird, welches den Erfolg verursacht: z. B. das Nichtanhalten laufender Pferde, das Nichtwarnen eines solchen, der nur deshalb handelte, weil eine Warnung nicht erfolgte. (Grundriss zu den Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. München 1884. Erste Hälfte, S. 124.) Das Subjekt, dem in diesen Fällen eine Erfolgshinderung möglich war, macht seiner Hinderungsmöglichkeit ein Ende, verursacht also durch Interferenz. — Diese Theorie Geyers ist von Aldosser (a. a. O. S. 123, dazu S. 111/112) zu dem Satze erweitert worden: „Das bewusste, willkürliche Wirkenlassen der (bewusst, willkürlich) beherrschten Bedingungen ist Verursachung für den betreffenden Erfolg, ist gleich dem persönlichen Setzen einer Bedingung für denselben." Damit ist von Aldosser, ohne dass er sich dessen bewusst wäre, der Geyersche Satz zur vollen Anerkennung des Interferenzgedankens erweitert. Der richtige Gedanke, durch welchen sich Geyer vermutlich zur Beschränkung der Fälle des kausalen Unterlassens geführt sah, ist auf S. 169 Anm. 2 angeführt worden.

die Nichtrettung und hebt so die objektive Rettungsmöglichkeit auf. Zählt dieser Vorgang zu den überleitenden Veränderungen des Ertrinkens? Fasst man das Ertrinken als ein Ersticktwerden durch das Wasser auf, so ist das Ertrinken eine durch Einfluss des Wassers am Körper des Ertrinkenden sich vollziehende Veränderung, technisch gesprochen, eine Veränderung, deren positiver Komponent in der Bewegung des Wassers, dessen negativer im Körper des Verunglückten besteht. Beide Komponenten der Synthese sind geworden, jeder deutet auf eine Veränderung, auf eine Synthese, deren jeder Komponent wiederum entsprechend zu einer Synthese führt, und so fort in infinitum. Nehmen wir etwa an, dass sich das Unglück in einem Gewässer ereignet habe, das von einer grossen Überschwemmung her übrig geblieben ist, so ist diese Überschwemmung für den Tod kausal und so fort. Der Körper fiel ins Wasser, als das Boot an einen Stein stiess, der beim letzten Föhn sich von der Felswand gelöst hatte. Dieser Absturz, das Rudern des Bootes, das Einsteigen in dasselbe, alles, alles sind mit Bezug auf das Ertrinken überleitende Veränderungen; man mag sich unendlich viele davon vorstellen, aber jene Entschlussfassung des am Ufer stehenden, wird man nicht darunter finden.[1]) Ebensowenig wie man von der entscheidenden Veränderung ausgehend die Interferenz erreicht, führt von dieser ein Weg zum fraglichen Vorgang. Wenn der Nichtrettende seinen Entschluss, nicht zu helfen, nachher bereut, und sich aus Verzweiflung das Leben nimmt, so ist das Fassen des Nichtrettungsentschlusses zwar eine überleitende Veränderung für den Eintritt des eignen Todes des Nichtrettenden, doch nicht für das Ertrinken des Nichtgeretteten.[2])

2. Was soeben mit Bezug auf einen konkreten Fall abgeleitet wurde, ergibt sich in voller Allgemeinheit,[3]) wenn man den Begriff des möglichen Nichteintritts erwägt. Wenn der Nichteintritt eines Erfolges möglich ist, so ist es auch sein Eintritt. Eine bestimmte Veränderungsreihe wird also zum Erfolge hinlaufen, wenn nichts dazwischen kommt. Kommt der Veränderungsreihe kein Hindernis in den Weg, so umfasst sie allein die überleitenden Veränderungen; das aber was nicht zu ihr gehört, ist für den Erfolg nicht kausal. Nun liegt bei der Interferenz

---

[1]) Entsprechende Ausführungen finden sich bei Krug: a. a. O. S. 32.

[2]) Vergl. z. B. Merkel: Lehrbuch. S. 96.

[3]) Vergl. R. Löning: Grundriss zu den Vorlesungen des Strafrechts. 1885. S. 17. Dazu R. Löning: Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs. 1889. S. 262/3.

der Fall gerade so, dass die Veränderungsreihe ungestört bei ihrem Ziele ankommt, also können nur in ihr die Ursachen i. e. S. des Erfolges gesucht werden. Die interferierende Veränderung macht der Möglichkeit einer Hinderung ein Ende, also sie macht es grade unmöglich, dass irgendwie in jene Veränderungsweise eingegriffen wird.[1]) Die interferierende Veränderung muss also stets mit den auf den Erfolg hinführenden Veränderungsreihen ausser Beziehung stehen, kann also niemals eine Ursache i. e. S. des Erfolges abgeben. Im obigen Beispiel kann man weder vom Wahlakt noch vom Erfolg ausgehend eine kausale Verknüpfung zwischen beiden Vorgängen herstellen.

3. Noch könnte vielleicht ein Einwand übrig bleiben, um die negative Kausaltheorie dem Gesagten gegenüber zu verteidigen. Vor dem Entschluss des Subjekts war der Eintritt des Erfolges nur möglich, jetzt ist er notwendig geworden. Solange der Unterlassende sich noch nicht entschieden hatte, war der Erfolgsnichteintritt ebenso objektiv-möglich, wie sein Eintritt. Dadurch, dass das Subjekt nicht sich entschloss, den möglichen Erfolg unmöglich zu machen, wurde derselbe notwendig. Also muss doch die Interferenz mit dem Erfolg in kausaler Beziehung stehen, denn durch sie wird der mögliche Erfolg zu einem notwendigen. Ist auch diese Voraussetzung richtig, ist dennoch der Schluss falsch. Ein kausaler Zusammenhang erfordert, dass die interferierende Veränderung als Ursache i. e. S. des Erfolges aufgefasst werde. Die Interferenz eliminiert ja gerade die Möglichkeit, dass die zum Erfolg hinführende Entwicklungsreihe noch unterbrochen werde. Die Aussage, der Erfolg ist notwendig geworden, deutet nicht etwa auf eine Modifikation des Erfolges, sondern umgekehrt auf die jetzt gegebene Gewissheit, dass eine solche Modifikation nicht erfolgen wird. Die charakterisierte psychische Interferenz macht den objektiv möglichen Erfolg zu einem notwendigen, dies besagt nicht etwa, sie modifiziere irgendwie den Erfolg, sondern ihr zufolge ist eine zuvor mögliche Modifikation jetzt ausgeschlossen.[2])

---

[1]) Dr. August Geyer: Grundriss zu den Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. München 1884. 1. Hälfte. S. 124. Die psychische Interferenz wird mit der Bemerkung abgelehnt, dass „jener etwaige Reiz oder die Neigung, das Ereignis zu verhindern, selber noch nicht zu einem Hindernis für das Eintreten des letzteren geworden war" — pars pro toto. —

[2]) Nur in der ausgeführten Weise kann der Interferenzgedanke widerlegt werden. Dagegen ist die viel versuchte Polemik unmöglich, wonach der Interferenz-

b) Der Grundfehler der Interferenztheorie beruht mithin auf der Annahme, dass der Ausschluss der Möglichkeit, dass ein Erfolg nicht eintritt, als überleitende Veränderung mit Bezug auf diesen Erfolg aufzufassen sei. Beachtet man ausserdem, dass die Vertreter des Interferenzgedankens, dessen Anwendung durchaus nicht auf den einzig möglichen Fall einer objektiven Möglichkeit, den des wahlfreien Willens beschränken, so ergibt sich der zweite Grundfehler, in der, der strafrechtlichen Literatur so geläufigen (z. B. beim Begriff einer objektiven Gefahr) fälschlichen Objektivierung des Begriffes Möglichkeit. Erklärlich werden diese Fehler, wird die ganze Theorie durch die der ganzen Unterlassungslehre charakteristische Verwechslung von vorgestellten und wirklichen Zusammenhängen. Wer eine Rettung erwartet, blickt vom status quo in die Zukunft und sieht den Verunglückten schon mit seinem Retter in Verbindung. Nun wird dieses Band plötzlich durchschnitten, und der schon Halbgerettete stürzt jetzt ins Verderben. So erklärt es sich auch, dass die Theorie immer von Hinderung der Erfolgshinderung spricht, statt vom Unmöglichmachen der Möglichkeit, dass der Erfolg nicht eintritt.[1]) Die Theorie denkt gar nicht daran, dass der Erfolg ebenso möglich ist wie der Nichteintritt, sie hat nur letzteren im Auge. Die Erwartung verknüpft den Retter mit dem Verunglückten, nach ihr ist der Erfolg bis jetzt überhaupt noch nicht möglich: er ist verhindert. Das Zerschneiden des Rettungsseils ist freilich Verursachen. Genau so fasst die Interferenzlehre die Sachlage auf, nach ihr zerreisst

---

gedanke deshalb unhaltbar sein soll, weil er von der Kausalität rein interner Vorgänge ausgehe. Soweit diese Behauptung, die nur von der psychischen Interferenz gelten kann, in Betracht zu ziehen ist, krankt sie an einem inneren Widerspruch. Ein rein psychischer Vorgang, der äussere Wirkung hervorbringt, ist eben kein rein psychischer Vorgang; sondern es handelt sich um einen in äussere Wirkungen sich umsetzenden psychischen Akt. Wäre der Interferenzgedanke richtig, dürfte die psychische Interferenz nicht anders als jeder Willensakt behandelt werden, der doch auch nur soweit juristisch von Bedeutung ist, als er sich in äussere Erscheinungen umsetzt. — Vergl. z. B. v. Liszt: a. a. O. S. 130, v. Rohland: a. a. O. S. 87 oder Mentha: a. a. O. S. 16 und viele andere.

[1]) Genau der gleiche Fehler findet sich bei Guthmann: a. a. O. S. 6/7, wenn er lokal veranschaulichen will, ob eine hemmende Kraft zwischen einen Erfolg und die Kraft getreten ist, die denselben herbeiführen soll. Von einer lokalen Beziehung zwischen Erfolg und Herbeiführungskraft kann vor Erfolgseintritt nicht gesprochen werden, zumal als vor Eintritt überhaupt noch kein Konnex zwischen Kraft und Erfolg besteht. Vergl. insb. Anm. 11, wo Guthmann dies Verhältnis graphisch darzustellen sucht.

die interferierende Veränderung das Band, welches dem Rettenden mit dem Verunglückten zusammenhielt. Freilich ist auch bei dieser Anschauungsweise die Rettung noch nicht notwendig, denn sie tritt ja nicht ein, allein sie ist möglich, und zwar bedeutet diese Möglichkeit eine Realität, nämlich eine solche, die mit dem einen Komponent des Erfolges in kausaler Verbindung steht.[1]) Also: wenn man den erwarteten Vorgang als mit dem Vorgang, der ihn herbeiführen soll (die Rettung und das Zuhilfeeilen), schon kausal verknüpft sieht, so realisiert der herbeiführende Vorgang eine objektive mit dem Erfolg in kausaler Verknüpfung stehende Möglichkeit, dann sieht es so aus, als ob für die Richtigkeit der Interferenztheorien präjudiziellen Voraussetzungen: eine real-relative Möglichkeit, eine mit dem Erfolg in Verknüpfung stehende Möglichkeit, erfüllt wären.[2]) Dass die Theorie dauernd von der charakterisierten falschen Anschauung ausging, wird insbesondere dadurch bestätigt, dass ihre Vertreter nie auf den Gedanken kamen, die Gegebenheit einer objektiven Möglichkeit zu erörtern. Nimmt man eine kausale Beziehung zwischen dem Ermöglichenden und dem zu ermöglichenden Ereignis an, so bedarf der Fall des freien Entschluss keiner besonderen Hervorhebung; ob der Retter durch einen anderen Menschen oder durch ein Naturereignis an der Rettung gehindert wurde, ob das „Band" so oder so durchschnitten, also ob der Erfolg so oder so „ermöglicht" würde, muss irrelevant sein. Wenn die Interferenztheorie möglich sein soll, muss der erwartete Zusammenhang selbst eine Realität sein. Und es ist ein interessanter Beleg für die Richtigkeit dieser Auffassung, dass einer der neusten Versuche, die Kausalität des Unterlassens darzutun, zu diesem Zweck das Erwartete als Realität[3]) postulierte. So sagt von Rohland an der entscheidenden Stelle: „Für die psychologische Auf-

---

[1]) Genau das Gleiche wie von der Hinderung der Rettung gilt von der Hinderung der Vernichtung; auch sie wird positiv aufgefasst, als ein „das Leben wieder möglich machen". Ich erinnere an Ausdrücke, wie: „der Gewalt des Todes entrissen". Dass das Fortleben ebenso möglich war wie der Tod, daran hatte der „dem Tode schon Verfallene" nicht mehr gedacht. Auch in diesem Fall war „objektiv" der Erfolg, die Vernichtung, unmöglich.

[2]) Vergl. in diesem Zusammenhang die glücklich gefassten Worte v. Rohlands: „Der Abwendungsentschluss als solcher ist in der Tat nur ein Wechsel auf die Zukunft, und die Schuld des Unterlassers besteht eben darin, dass er den fälligen Wechsel nicht einlöst." a. a. O. S. 88.

[3]) So v. Rohland in seinem Werke: Über Kausalzusammenhang. Leipzig 1903. In seinem Aufsatz über die Kausalität in der „Strafrechtsvergleichung" fasst

fassung, wie sie der praktischen Kausalität eigen ist, bedeutet das zu Erwartende eine Realität, nicht etwas nur Zukünftiges, sondern schon etwas Gegenwärtiges".[1]) Dass, die Realität des Erwarteten einmal postuliert, die negative Kausalität für v. Rohland keine weiteren Schwierigkeiten mehr bietet, ist nach dem Gesagten zweifellos.

c) Damit wäre der grosse circulus vitiosus,[2]) der da Dogmengeschichte der negativen Kausalitätstheorien heisst, glücklich umzogen.[3]) Die ältere Doktrin behandelte das strafrechtlich relevante Unterlassen als kausal.[4]) Der Zweifel, wie denn etwas Nichtkausales als kausal behandelt werden könne, führte zu dem Versuche Ludens, an den dann die Kette der „Übergangstheorien": Krug, Glaser, Merkel sich anschloss, über welche die Entwicklung zum Interferenzgedanken gelangte. Die Quintessenz der Interferenztheorie unterschied sich von der Vor-Ludenschen Doktrin, nur durch den Zusatz, dass das Unterlassen kausal sein könne, in der These, dass das Unterlassen als kausal

---

v. Rohland gleichfalls mit Bezug auf den Gefahrbegriff das bloss Erwartete als eine Realität auf im juristischen Sinne, ohne jedoch seine Begründung der Unterlassungskausalität auf diese Annahme zu stützen, vielmehr greift er zu diesem Zweck zur Anerkennung der Interferenzgedankens. S. 362, 366/367, l. c.

[1]) v. Rohland: a. a. O. S. 22.

[2]) Vergl. Gand: a. a. O. S. 32.

[3]) Dass es sich um ein Zirkel handelt, wird richtig von v. Rohland hervorgehoben, bloss bedeutet er keine Entwicklung wie dies v. Rohland: a. a. S. O. 122 annimmt.

[4]) Der Satz, dass das kausaltheoretisch nicht näher erörterte Unterlassen unter Umständen juristisch als Verursachen zu behandeln sei, trägt einen universalistischen Zug. Die antike wie die mittelalterliche Jurisprudenz stellte nur kasuistisch Fälle fest, in denen der Unterlassende als Urheber zu bestrafen sei. Eine kausaltheoretische Erörterung widersprach durchaus der Tendenz jener spezifisch praktischen Rechtsauffassung. Vergl. z. B. Paulus in L. 4 D. de agnose. et al. lib. 25. 3.: necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui alimonia denegat. (Zitiert nach Löning: Grundriss S. 18.) Oder Cap. 6. X de hom.: qui potuit nominem iberare mortem et non liberavit, eum occidit. (Zitiert nach Stübel: a. a. O. S. 170.) Auch die ausserdeutsche Jurisprudenz ist dem Kernpunkt der Frage nicht näher getreten. Die französische Literatur weist einige über die deutsche Gedankenarbeit referierende, positiv nicht das geringste leistende Werke auf: Mentha, Gand, Guex, während ihre Hauptvertreter bei der Kasuistik stehen blieben. Vergl. z. B. Garraud: Traité théo rique et practique de droit pénal français, tome IV, 2ième. Ed. § 1573; Ortolan: Éléments de droit pénal. 1886. 5ième. Ed. §§ 569—572. Über die neuere russische Jurisprudenz und ihre Abhängigkeit von der deutschen vergl. v. Rohland: a. a. O. S. 116 ff.

zu behandeln sei, wenn dem Subjekt eine Erfolgshinderung rechtlich geboten war. Jetzt hat sich auch dieser Zusatz als irrig erwiesen, und dass die ältere Doktrin die Frage nach der negativen Kausalität selbst nicht aufwarf, hat seine kausaltheoretische Rechtfertigung erfahren. Nicht bloss historisch, sondern auch dogmatisch hat sich der circulus vitiosus geschlossen. Von den beiden möglichen Arten negativer Kausaltheorien musste die eine in die andere übergeführt werden. Die allgemeine Bedingungstheorie in negativer Fassung scheiterte am Begriff der formalen Möglichkeit. Das bloss Gedachte hatte keine Wirklichkeit, wie sie der Kausalzusammenhang erfordert. Man musste eine realobjektive Möglichkeit finden und kam so zu dem Interferenzgedanken, der sich am letzten Ende als Variation desselben Fehlers erweist: das bloss Gedachte gilt als Wirklichkeit. Dogmatisch wiederholen also alle Theorien den einen Grundfehler: etwas nur Gedachtes als Wirkliches zu behandeln, den Konditionalzusammenhang als Kausalzusammenhang zu fassen, von der Realität eines Irrealen, der Unterlassung, auszugehen.

3. Die Unterlassung kann nie kausal sein, dennoch ist sie dann als kausal zu behandeln, wenn dem Subjekt eine Erfolgshinderung rechtlich geboten war: auf diesen Satz müssen alle strafrechtlichen Unterlassungstheorien auslaufen.[1]) Dieser Notwendigkeit entspricht die eigentümliche Gruppe von Theorien, die beim Unterlassen eine besondere „Rechtskausalität" annehmen. Dass sie nur den an die Spitze gestellten Satz wieder geben, sei im Nachfolgenden hervorgehoben, denn dann ist der Nachweis geführt, dass alle strafrechtlichen Theorien, sinngemäss verstanden, nur einen Gedanken enthalten, in dem zugleich das Problem des zweiten Abschnittes dieses Kapitels angeregt wird: was ist eigentlich das Wesen des Unterlassens, so dass es, obzwar nicht kausal, dennoch als kausal soll behandelt werden können?

a) Gerade weil die Theorien, welche eine besondere Rechtskausalität aufstellen, sich inhaltlich von denjenigen nicht unterscheiden, welche erst der Umweg über den Interferenzgedanken zu dem gleichen Schlusse führte, wird es erklärlich, dass ein Vertreter der negativen Kausaltheorie zu den Anhängern des Begriffes der Rechtskausalität gezählt werden konnte.[2])

---

[1]) Vergl. Meyer-Allfeld: Lehrbuch, S. 163 Anm. 8. — v. Liszt: Lehrbuch, S. 133, S. 135.

[2]) Gemeint ist Haupt. Zu den Anhängern der Theorie einer Rechtskausalität zählen ihn z. B. v. Liszt, a. a. O. S. 135, Meyer-Allfeld, a. a. O. S. 164, Anm. 21.

α) Diese Verwechslung ist um so auffallender, als die Strukturen der beiden Arten von Theorien gänzlich von einander abweichen.

1. Die Vertreter einer „Rechtskausalität" verlassen von vornherein das Gebiet des realen Geschehens. Sie behaupten nicht, dass das Unterlassen, allgemein kausaltheoretisch erfasst, eine Veränderung herbeiführen könne, sondern nur, dass es, von einem bestimmten juristischen Gesichtswinkel aus angesehen, kausal sei: Nicht das Unterlassen ist kausal, lautet ihre These, sondern: für die juristische Betrachtung ist es unter Umständen kausal.

2. Die negative Kausaltheorie will dagegen die Frage, ob Unterlassen verursache, kausaltheoretisch erörtern. Sie muss auf diesem Wege zur Anerkennung des Interferenzgedankens geführt werden. Dieser darf aber nicht überall angewendet werden, wo eine Interferenz nachzuweisen ist; ferner ist unter Umständen auch dort, wo keine Interferenz vorliegt, eine solche zu postulieren. So gelangt die negative Kausaltheorie dahin, von wo die Rechtskausalitätstheorie den Ausgang nahm, die kausaltheoretische Frage wird ausgeschaltet, nur der Satz bleibt übrig: Das Unterlassen ist als Erfolgsverursachung juristisch anzusehen, wenn dem Unterlassenden die Erfolgsverhinderung rechtlich geboten war.

3. Der Fall, bei dessen Gegebenheit die charakterisierten Arten von Theorien mit einander verwechselt werden können, ist bei Besprechung der Interferenztheorien besonders hervorgehoben worden. Jenen Lehren war es eigen, dass sie das bei Anerkennung des Interferenzgedankens unvermeidliche Extensions- und Limitationsprinzip als eine kausaltheoretische Modifikation der Theorie einführten. Die Kritik musste daher stets nachweisen, dass es sich gar nicht um kausaltheoretische Gesichtspunkte handeln konnte, sondern nur um den Satz, dass das Unterlassen nur gestraft werden dürfe, wenn dem Subjekt eine Erfolgshinderung geboten sei, dass also dem kausalen Verbrechensaxiom gemäss eine Interferenz stets zu postulieren sei, wenn eine Erfolgshinderung rechtlich geboten war. Eine Theorie, welche diese rein-juristischen Modifikationen des negativen Kausalprinzips nicht erst als kausaltheoretische einführt, sondern sie, dem wahren Sachverhalt gemäss, als das Resultat juristischer Erwägungen aufstellt, vollzieht expressis verbis, was die Interferenztheorien nur implicite taten, nämlich den Übergang vom Begriff der allgemeinen Kausalität zu dem der Rechtskausalität. Sobald eine Theorie an diesem Punkte die nötige Klarheit vermissen lässt, kann sie sowohl als der einen wie der anderen der fraglichen Gattungen zuge-

hörig angesehen werden. Und dies trifft zu bei den Ausführungen von Haupt.[1]) Diese Erörterungen sind im vorliegenden Zusammenhang besonders deshalb von Interesse, weil Haupts Theorie die dogmatische Entwicklung des negativen Kausalitätsgedankens zu einer Einheit zusammenschliesst.

β) Haupt setzt ein mit einer an der Hand Schopenhauers[2]) durchgeführten Darstellung der allgemeinen Bedingungstheorie und wird, ohne freilich sich dessen bewusst zu sein, zur Anerkennung des Interferenzgedankens geführt. Diesen aber sieht er sich genötigt durch den Hinweis zu modifizieren, dass das kausale Unterlassen nur dann als kausal behandelt werden dürfe, wenn dem Subjekt das Hindern des Erfolges rechtlich geboten war. Freilich dringt bei ihm nicht die Erkenntnis durch, dass jener Abschluss seine übrigen kausaltheoretischen Erörterungen implicite für überflüssig erklärt hat.

1. Die Ursache i. e. S. wird als Bedingung für den Eintritt eines Erfolges bestimmt.[3]) Gefragt wird, ob das Unterbleiben, einer menschlichen Tätigkeit, ein Unterlassen,[4]) als kausal anerkannt werden kann. Diese Frage wird in ihrer Allgemeinheit verneint. Nicht jedes Nichtgeschehen ist kausal, sondern es ist es nur dann, wenn zugleich das betreffende positive Geschehen möglich war. Ohne den Terminus zu gebrauchen, fordert auch Haupt, um ein Nichtgeschehen als kausal annehmen zu können, die real-relative Möglichkeit des Geschehens.[5])

2. Damit ist die Theorie zur Anerkennung des Interferenzgedankens gelangt. Verursachen durch Unterlassen kann nur dann gegeben sein, wenn dem Subjekt die Erfolgshinderung objektiv möglich war. Hinderung der Erfolgshinderung ist also auch hier Verursachung. Zugleich legt Haupt, freilich unter grobem Selbstwiderspruch, seiner Theorie den einzigmöglichen Fall einer objektiven Möglichkeit, nämlich den wahlfreien Willen, zu Grunde. „Überall, wo gleichsam vor dem Auge eines Menschen eine Kausalreihe abläuft, in welche einzugreifen diesem die Macht gegeben ist, bildet der Umstand, dass der Mensch nicht zum Eingreifen motiviert wird, dass er untätig bleibt,

---

[1]) Haupt: Zur Lehre von den Unterlassungsdelikten. Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 2, S. 533– 550.

[2]) Landsberg: a. a. O. S. 50.

[3]) Haupt: a. a. O. S. 534 f., 539.

[4]) Haupt: a. a. O. S. 539.

[5]) Haupt: a. a. O. S. 539/540.

eine Bestimmung des für das Eintreten eines gewissen Erfolges kausalen Zustandes."[1]) Wenn Haupt zwischen dem Nichteintreten einer Naturerscheinung, welche einen bestimmten Erfolg gehindert hätte, und einer entsprechend gearteten Handlung einen Unterschied machen will, so ist dies nur bei indeterministischer Willens-Auffassung möglich. Nur unter dieser Voraussetzung kann — die Anerkennung des Interferenzgedankens zugegeben — folgenden Worten beigestimmt werden: „Wenn ich mir im Freien eine Zigarre anzünde, so ist der Umstand, dass der Wind nicht weht, der mir das Zündholz ausblasen könnte, nicht als ursächliche Bestimmung für das Brennen meiner Zigarre zu bezeichnen. Wenn ich aber an meinem Schreibtisch sitzend ruhig zuschaue, wie ein Bleistift von demselben herunterrollt, so ist meine Untätigkeit kausal für das Herabfallen des Bleistiftes."[2]) Der Determinist Haupt[3]) darf hier freilich keinen Gegensatz konstatieren. Es ist genau so notwendig, dass das konkrete Subjekt den Bleistift rollen liess, als dass der Wind das Streichholz nicht ausblies. Oder um es mit den von Haupt zitierten Worten Kants zu sagen: „wenn wir alle Erscheinungen menschlicher Willkür bis auf den Grund erforschen könnten, so würde es keine einzige menschliche Handlung geben, die wir nicht mit Gewissheit vorhersagen und aus ihren vorhergehenden Bedingungen als notwendig erkennen könnten." Wenn Haupt seine Unterscheidung der Fälle darauf stützen will, dass das Streichholz keinen Wind erregen könne, sodass es erlösche, dagegen der vor Augen des Menschen hinabrollende Bleistift diesen motivieren könne, ihn aufzuhalten,[4]) so ist damit vom deterministischen Standpunkt aus gar nichts gewonnen. Das Streichholz erregt gewiss nicht den Wind; aber ob der Fall des Bleistiftes den Menschen motiviert oder nicht, ist genau so notwendig bestimmt, wie die Tatsache, ob der Wind wehen wird oder nicht. Wenn also Haupt das Nichtmotiviertwerden als kausal ansieht, so kann er dies nur, wenn er die objektive Möglichkeit der Beeinflussung annahm.[5]) Es gilt also hier genau dasselbe, was schon bei der Besprechung Lands-

---

[1]) Haupt; a. a. O. S. 540.

[2]) Haupt: a. a. O. S. 539.

[3]) Haupt: a. a. O. S. 538.

[4]) Haupt: a. a. O. S. 539.

[5]) Adolf Boyé: Über das Commissivdelikt durch Unterlassung, 1893, S. 17, bemerkt richtig, dass Haupt von seinem Standpunkt aus zwischen Natur- und Menschenkraft nicht scheiden darf.

b e r g s ausgeführt wurde: die Überleitung der allgemeinen Bedingungstheorie negativer Fassung in die Interferenzlehre ist nur für den Indeterministen möglich. H a u p t s negatives Kausalaxiom lautet mithin: Kausal ist das Ausbleiben einer Veränderung, die den Erfolg verhindert hätte, wenn ihr Eintritt objektiv möglich war; also verursacht der wahlfreie Mensch, der einen bestimmten Erfolg objektiv hindern konnte, dennoch aber sich nicht entschloss, denselben zu verhindern. Über diese eigenartige Fassung des Interferenzgedanken ist oben mehrfach gesprochen worden; dass es die einzige Version, die nicht a limine als falsch zurückzuweisen ist, weil der Begriff der objektiven Möglichkeit zu Unrecht statuiert wird, ist umso mehr zu beachten, als weder H a u p t [1]) noch seine Kritiker [2]) sich über diese Sachlage klar geworden sind.

3. Wie garnicht anders möglich, sieht sich auch H a u p t genötigt, sein Axiom zu limitieren. Denn „setzen wir den Fall: zwei Männer stehen am steilen Uferrand und sehen ruhig zu, wie ein Knabe zu ihren Füssen im letzten vergeblichen Kampf mit den Wellen ringt; und doch brauchen sie ihm nur das Tau, das neben ihnen liegt, zuwerfen, um ihn zu retten. Der eine der Männer ist ein Diener des Knaben, der andere ein ihm Fremder. Sind beide wegen Mordes dem Strafgesetze verfallen? Das Verhalten beider ist teuflisch; aber das Strafgesetz trifft nur den Diener. Die Untätigkeit des andern verletzt nicht die Norm: Du sollst nicht töten; wenn schon dieselbe in ihrer Allgemeinheit jeden z u t r e f f e n s c h e i n t, dessen Verhalten für den Tod eines anderen kausal ist.“ [3]) In diesen Worten ist das oftmals charakterisierte Dilemma treffend gekennzeichnet. Wenn H a u p t s Kausalaxiom richtig ist, muss auch der Fremde im Beispiel wegen Mordes bestraft werden, doch diese Konsequenz muss vermieden werden. Während die übrigen Vertreter des Interferenzgedankens dies Ziel durch kausaltheoretische Erwägungen zu erreichen suchten, geht H a u p t zu diesem Zweck vom Begriff des kriminellen Unrechts aus, welches er als „Einbruch in fremde Willenssphäre“ definiert.[4]) „Hieraus erhellt“ dann weiter, „dass das blosse Unterlassen an sich niemals Unrecht ist. Nur dann erscheint es als Einbruch in fremde Willenssphäre, wenn die untätig bleibenden Kräfte des Unterlassenden in einer vom Recht anerkannten Weise zu-

---

[1]) Vergl. seine Polemik gegen den Interferenzgedanken bei S i g w a r t, S. 540.
[2]) L a n d s b e r g: a. a. O. S. 48 f.
[3]) H a u p t: a. a. O. S. 546/547.
[4]) H a u p t: a. a. O. S. 547.

vor demjenigen, gegen welchen die Unterlassung gerichtet ist, dienstbar gemacht sind; was nur durch Gesetz oder Vertrag geschehen kann.[1]) Sind aber die Kräfte des einen in solcher Weise gleichsam Eigentum eines anderen geworden, so raubt das Untätigbleiben desselben diesem einen Teil seines Eigentums, verletzt seine vom Rechte anerkannte Machtsphäre. Das Unterlassen ist also nur dann Unrecht, wenn eine Pflicht zum Handeln dadurch verletzt wird."[2]) Dass sich Haupt nicht genötigt sieht, neben diese Einschränkung seines kausalen Axioms noch ein extensives Prinzip zu stellen, erklärt sich aus seinem indeterministischem Ausgangspunkt. Wenn das Subjekt weiss, dass es zum Handeln verpflichtet ist, so ist es objektiv möglich, dass es sich frei für diese Handlung entscheidet. Freilich gilt dies nur vom bewussten Unterlassen, während sich, wenn auch ein Unterlassen kulpos sein kann, niemals die Kausalität des kulposen Unterlassen, Hauptes Kausalaxiom vorausgesetzt, wird nachweisen lassen.[3])

γ) Diese Theorie gibt offensichtlicher als die übrigen besprochenen negativen Kausallehren den Punkt zu erkennen, an welchen der Rechtskausalismus die allgemeine Kausalauffassung verdrängt.

1. Hauptes Limitationsversuch beruht auf dem schon mehrfach besprochenen Fehler, nicht beachtet zu haben, dass verletzen und eine Verletzung verursachen Synonyma sind. Der nachdrücklichste „Einbruch in fremde Willenssphäre" besteht gerade darin, dass man den Tod des anderen verursacht. So umgeht Haupt die Konsequenz nicht, dass der fremde Zuschauer im Beispiel als Mörder zu bestrafen sei.

2. Anders liegt der Fall freilich, wenn man Haupt so verstehen wollte, dass beim Unterlassen die allgemein kausaltheoretischen Betrachtungen auszuschalten seien, indem nicht nach den Wirkungen des Unterlassens in der physischen Welt, sondern nach denen in einer Rechtswelt zu fragen ist. In einer solchen Welt der juristischen Begriffe können die Kräfte dessen, dem eine Erfolgshinderung geboten wird, „gleichsam als Eigentum" dessen angesprochen werden, in dessen Interesse das Rechtsgebot ergangen ist. Bei dieser Annahme zerstört der Unterlassende, wenn ihm ein Handeln geboten war, aber auch nur unter dieser Voraussetzung ein „Eigentum" eines anderen. In der „Rechtswelt"

---

[1]) Vergl. dazu die oben zitierten Worte Feuerbachs.

[2]) Haupt: a. a. O. S. 547.

[3]) Vergl. dagegen die Ausführungen Haupts S. 543 ff.

ist das Unterlassen nur dann kausal, wenn dem Unterlassenden die Handlung, welche unterblieb, geboten war.

3. So etwa muss Haupt von denen verstanden sein, die seine Erörterungen für rechtskausaltheoretische ansahen. Doch diese Auffassung ist nicht haltbar. Anderenfalls hätte Haupt seine kausaltheoretischen Argumentationen für irrelevant erklären müssen, seine irrige Annahme, dass nicht jedes Verletzungsverursachen auch Verletzen sei, verhüllt ihm die Notwendigkeit dieser Konsequenz. So interessant auch die besprochene Verwechslung für die Beurteilung des Zusammenhanges ist, in welchem die verschiedenen Arten von strafrechtlichen Unterlassungstheorien sich zu einander befinden, so bleibt es für die Wertung Haupts ganz gleichgültig, ob man seine Lehre unter die eine oder die andere der in Frage stehenden Gruppen subsumiert, denn der Sinn auch seiner Ausführungen liegt in dem Satze ausgesprochen: Ob das Unterlassen kausal ist, bleibt eine Frage für sich. War aber dem Unterlassenden eine Erfolgshinderung rechtlich geboten, so ist es juristisch als kausal zu behandeln.[1])

b) Die Lehre vom Rechtskausalismus stellt neben die physische Welt eine solche des rechtlich relevanten Geschehens. Im Sinne dieser Auffassung kann nur ein rechtlich bedeutsamer Vorgang für einen zweiten kausal sein. Die Interferenztheorie musste ihren Prämissen gemäss jede Interferenz als Ursache eines rechtlich relevanten Erfolges ansprechen und kam hier zu unmöglichen Konsequenzen. Nach der Lehre vom Rechtskausalismus kann bloss das juristisch bedeutsame Unterlassen als Glied eines Kausalnexus in Frage kommen, d. h. es kann das Unterlassen nur dann kausal sein, wenn dem Unterlassenden ein Handeln rechtlich geboten war. Dies Unterlassen dem Gebot zuwider wird als in der Welt des juristischen Geschehens mit dem rechtlich bedeutsamen Erfolg kausal verknüpft dargestellt.[2]) Wie der Versuch, eine Unterlassungskausalität zu konstruieren, auf zweierlei Wegen unternommen werden kann, gibt es zwei Arten rechtskausaltheoretischer

---

[1]) Vergl. in diesem Zusammenhang die Bemerkung v. Liszts über Haupt: a. a. O. S. 135.

[2]) Vergl. v. Rohland: a. a. O. S. 121. „Zwischen dem Verhalten des Unterlassers und der Verwirklichung oder Vereitelung des Rechtszweckes besteht somit ein Zusammenhang und deshalb betrachtet das Recht die Unterlassung als kausal."

Unterlassungslehren, die eine geht aus von der negativen Fassung der allgemeinen Bedingungstheorie, die andere vom Interferenzgedanken.[1])

---

[1]) Von besonderem Interesse erscheint die Tatsache, dass auch die Theorien, die ich als „Übergangstheorien" bezeichnen möchte (Luden bis Merkel), zum Teil als Rechtskausalitätstheorien gefasst wiederkehren. Und zwar ergibt die Glasersche Theorie in Form der Rechtskausalitätsauffassung die Lehre von August Sturm, die Merkelsche Lehre wird entsprechend gefasst zur Theorie von v. Bar.

I. Die Theorie von A. Sturm: Die Commissivdelikte durch Unterlassung und die Ommissivdelikte. 2. völlig umgearbeitete Auflage. Kassel 1884:

1. Das Unterlassen ist nicht kausal, denn es setzt keine Erfolgsbedingung.

2. Das kausale Moment kann bei den Kommissiv-Delikten durch Unterlassung nur unter Zuhilfenahme der „vorausgegangenen" Handlung gefunden werden. S. 65/66.

3. Diese Handlung ist entweder mit dem Hinderungswillen unternommene Einzelgefährdung — oder ein Hindern bestimmter schädlicher Erfolge. S. 67.

4. Das Unterlassen ist: bei der ersten Art vorangegangener Handlungen ein Nichtmehr, die Hinderung, also den Erfolg-Wollen. „Diese Willensäusserung verbunden mit der vorangehenden Handlung verursacht." „Dies ist möglich, weil alle Handlungen durch das freie Ich hinter dem Willen zu einer Einheit verbunden werden." S. 68. Bei der zweiten Art ist es ein Nichtmehrhindern, ein doppeltes Unrecht, in dem verletzt wird, was zu schützen war. S. 69.

5. Das Unterlassen setzt aber nur eine Ursache im Rechtssinne. „Wir müssen die Kausalität in der äusseren Natur und im Rechtsleben entschieden trennen. Bei der Kausalität handelt es sich um Bewegung, welche die Erscheinung verursacht, bei der Verursachung im Rechtsleben gibt den Ausschlag das freie Ich und dessen Wille, die neben der werdenden Erscheinung stehen." S. 71.

Also kausal ist die vorangegangene Handlung in der Verknüpfung zur Einheit mit dem Nichthinderungswillen (Glasers Gedanke), doch nur als Ursache im Rechtssinne.

II. Die Theorie von v. Bar: Die Lehre vom Kausalzusammenhang. 1871:

1. „Ein Mensch ist im rechtlichen Sinne Ursache einer Erscheinung, insofern er als Bedingung gedacht wird, durch welche der sonst als regelmässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird." S. 11.

2. Nach Satz 1 müsste, wie v. Rohland: a. a. O. S. 43 richtig hervorhebt, jede Unterlassung einer rechtlich gebotenen Erfolgshinderung als der Regel des Lebens zuwiderlaufend kausal im Rechtssinne sein. Dagegen finden v. Bars weitere Ausführungen in dem Unterlassen selbst nicht das kausale Moment. Die blosse „Nichthinderung macht nicht verantwortlich." S. 98. Dazu „bedarf es also besonderer Umstände". „Diese Gründe kann ich nur finden in einer vorausgegangenen positiven Tätigkeit, welche als eine der Regel des Lebens entsprechende nur angesehen werden kann, wenn der Handelnde eine andere positive Tätigkeit darauf folgen lässt." S. 99.

Also: kausal im Rechtssinne ist die vorangegangene Handlung unter der Bedingung, dass das Rechtsgebot zur weiteren Handlung nicht befolgt wird. Die

1. Die erstere Gruppe sieht in dem gebotswidrigen Unterlassen einen realen Vorgang, den sie als Bedingung für den strafrechtlich bedeutsamen Erfolg auffasst. Wenn jener Erfolg nicht eingetreten wäre, wenn der Unterlassende das Gebot befolgt hätte, hat er durch sein Nichthandeln eine Bedingung, eine Ursache i. e. S. für die Rechtsverletzung gesetzt. Diese Gedanken hat v. Kries in seinem Ausfatz „Über den Begriff der objektiven Möglichkeit" zum Ausdruck gebracht.

2. „Erstlich muss man sich hüten", heisst es dort, „bei der Kausalität des schuldhaften Verhaltens an eine Wirkung im physikalischen Sinne zu denken. Ob eine solche stattfindet oder nicht... ist für die rechtliche Beurteilung ganz belanglos. Sobald jemand nicht handelt, wie er in einer bestimmten Weise zu handeln verpflichtet ist, da wird er verantwortlich zu machen sein für den verletzenden Erfolg, der eintritt und nicht eingetreten wäre, wenn er in normaler Weise gehandelt hätte. Eine Verursachung noch in einem anderen Sinne zu fordern, liegt schlechterdings kein Grund vor... Es ist daher ganz überflüssig, für die sog. „Kommissivdelikte durch Unterlassung" darin eine Schwierigkeit zu finden, dass einer Unterlassung als etwas rein Negativem keine Wirksamkeit zugeschrieben werden könne. Wenn ein rechtswidriges Verhalten X in dem Sinne Ursache eines verletzenden Erfolges geworden ist, dass derselbe nicht eingetreten wäre, falls an Stelle jenes Verhaltens das normale X bestanden hätte, so ist Verantwortlichkeit zu statuieren und es ist hinsichtlich der Verursachung irrelevant, ob X eine Handlung und X, eine Unterlassung ist oder umgekehrt." [1])

3. v. Kries behauptet nicht etwa, dass das Unterlassen, kausaltheoretisch erfasst, ursächlich wirke, vielmehr will er diese Frage völlig ausgeschaltet wissen. Für die kausaltheoretische Beurteilung des Nichthandelns muss es gänzlich ausser Betracht bleiben, ob dem Subjekt das Handeln geboten war oder nicht. Wenn ein bestimmtes Handeln geboten wird, so wird damit der Zweck verfolgt, dass ein gewisser Erfolg

---

Merkelsche Lehre lautet, ob die vorausgehende Handlung Verbrechensbegehung sei oder nicht, ist daran zu erkennen, ob der Handelnde eine bestimmte weitere Tätigkeit unterlässt oder nicht. Diesem inneren Zusammenhang der beiden Theorien entspricht es, dass Guthmann: a. a. O. S. 21/22 in seiner Polemik gegen v. Bar im wesentlichen denselben Einwand erhebt, welcher der v. Burischen Bekämpfung der Merkelschen Lehre zu Grunde lag.

[1]) v. Kries: Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, in der V. Jahresschrift für wissenschaftliche Philosophie, herausgegeben von Avenarius, Leipzig 1888. 12. Jahrgang. Heft 2, S. 222.

nicht eintreten soll. Wird dem Gebote nicht entsprochen, so tritt der Erfolg, welcher vermieden werden sollte, ein, freilich kausaltheoretisch gefasst nicht als Wirkung des Unterlassens. Die rechtskausale Auffassung verknüpft dagegen beide Vorgänge zu einer Einheit, und gibt damit den Gedanken wieder: für die juristische Beurteilung (denn die Welt der juristischen Begriffe ist die physische Welt, insofern man von allem juristisch nicht bedeutsamen Geschehen abstrahiert hat) ist das Unterlassen — mag es auch kausaltheoretisch nicht ursächlich sein — als kausal zu behandeln, wofern dem Subjekt ein Handeln rechtlich geboten war.[1])

c) v. Kries konstruiert seine Theorie nach dem Schema der allgemeinen Bedingungstheorie in negativer Fassung; die andere Art der rechtskausalen Theorien legt entsprechend den Interferenzgedanken zu Grunde.

1. Kries lehrte, das gebotswidrige Unterlassen ist juristisch Ursache, d. h. eine condicio sine qua non des rechtlich relevanten Erfolges. Die andere Fassung behauptet entsprechend, jedes Nichthandeln, wo ein Handeln rechtlich geboten war, ist eine Interferenz, und nur in diesen Fällen ist für den juristischen Beurteiler eine Interferenz anzunehmen. In diesem Sinne sind die entsprechenden Ausführungen Kohlers zu verstehen und zu würdigen.[2])

---

[1]) Von Interesse sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von M. Liepmann. (Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900. S. 77/78.) Anscheinend handelt es sich in ihnen um die negative Fassung der allgemeinen Bedingungstheorie, in Wahrheit erhalten die Unmöglichkeiten dieser Auffassung durch Einführung des Rechtskausalitätsgedankens ihr Korrektiv. Die in Frage kommenden Sätze lauten: „Eine Unterlassung ist im Sinne des Strafrechts Ursache eines Erfolges, sofern... sich nachweisen lässt, dass mit dem Wegfall der pflichtwidrigen Unterlassung... auch der Erfolg nach menschlicher Berechnung unterblieben wäre. Sobald man sich klar macht, dass wir überhaupt darauf verzichten müssen, die Kausalität wirkender Kräfte zu bestimmen, dass die ursächliche Beziehung sich stets für unser Erkennen in einer Beziehung gesetzmässig-logischer Abhängigkeit auflöst, ergibt sich das Recht, die Untersuchung nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen und sie demgemäss als kausal zu bezeichnen.“ — Liepmanns Ausführungen sind falsch (s. o.), wenn man sie auf das Unterlassen überhaupt bezieht; sie sind richtig, wenn Satz 2 durch Satz 1 sein Korrektiv dahin erhält, dass Satz 2 nur auf die rechtswidrige Unterlassung zu beziehen ist.

[2]) Unter dem gleichen Gesichtswinkel ist die Theorie von Jauka: Das österreichische Strafrecht, 4. Auflage, Wien 1902, S. 69/72 zu beurteilen. Kausal ist nach ihr jede psychische Interferenz. Allein das Verursachen durch Unterlassen ist ein

2. Die entscheidenden Gedanken liegen im folgenden: „Wenn die Staatsordnung den A aufstellt, um gewissen schädlichen Zuständen entgegenzutreten, so ist die Staatsordnung und ihre Vorschrift auch eine Macht, welche im Bereiche des Geschehens ihre Bedeutung hat. Die menschliche Ordnung... wird in der Sphäre des Geschehens mit in Rücksicht gezogen und muss mit in Rücksicht gezogen werden; die soziale Ordnung ist eines der wichtigsten Elemente unter den Faktoren des Geschehens: es verhält sich hiermit, wie mit einer Maschinerie, bei welcher ein Rad eine bestimmte Funktion hat, auf dass das Ganze ordnungsgemäss manöverieren kann und nicht eine Zerstörung, sondern eine Förderung der menschlichen Wirtschaft eintritt; auch dieses Rad hat seine Bedeutung, es hat seine wesentliche Bedeutung, und seine Funktion muss in Rücksicht gezogen werden, bei Beurteilung der maschinellen Wirksamkeit."

„Jetzt ergibt sich die kausierende Natur des Unterlassens aufs klarste: wer die von der sozialen Ordnung eingefügte Tätigkeit, auf welche die soziale Ordnung behufs Erreichung ihrer Interessen baut, unterlässt, der nimmt damit ein Rad aus dem Getriebe der sozialen Ordnung heraus, und damit wirkt er kausierend; er lähmt die Bewegung eines Rades und bewirkt damit von selbst, dass die Maschinerie in anderer Art fungiert, als die soziale Ordnung will." [1])

3. Der dem Rechtsgebot zuwider Unterlassende schaltet sich also selbst aus dem sozialen Getriebe aus, er hindert sich selbst an der ihm gebotenen Hinderung eines Erfolges. Jedes strafrechtlich relevante Unterlassen — aber auch nur dieses — ist im ausgeführten Sinne als eine Interferenz, als kausal, aufzufassen, ob es dagegen auch im Bereich des Naturgeschehens als verursachend anzusehen ist, wäre eine Frage, die in diesem Zusammenhang ausser Betracht zu bleiben [2]) hätte. So gibt auch Kohlers Lehre richtig erfasst, den einen, all die verschie-

---

rein interner Akt (vergl. dazu Anm. 2 S. 140), den das Recht „in seine Sphäre einbeziehen muss" durch Statuierung einer Handlungspflicht. Also: jedes gebotswidrige Nichthandeln ist als Interferenz anzusehen, und nur unter dieser Voraussetzung ist für den juristischen Beurteiler eine Interferenz anzunehmen.

[1]) Josef Kohler: Studien aus dem Strafrecht. 1890. Bd. I. S. 45/46.

[2]) In dem in der „Woche" 1906, Nummer 27, S. 1151 erschienenen Aufsatz: „Über Missetat durch Unterlassung" bezeichnet Kohler seine frühere Theorie als ein „belehrendes Bild", indem er weiter ausführt, dass wenn auch bei rechtswidrigem Nichthandeln keine Kausalität vorliege, es doch ev. gerecht sei, wenn der Nichthandelnde so bestraft würde, als ob er den fraglichen Erfolg verursacht hätte.

denen, äusserlich so sehr von einander abweichenden Theorien, wie ein roter Faden durchziehenden Gedanken wieder: die Frage nach der Kausalität des Unterlassens ist juristisch ohne Intersese, dagegen ist das gebotswidrige Unterlassen vom rechtlichen Gesichtspunkt aus so anzusehen, als ob es kausal wäre.[1])

Die Quintessenz der ganzen kritischen Untersuchung liegt ausgesprochen in den Worten v. Liszt. „Nur dann, wenn eine Rechtspflicht zur Hinderung des Erfolges begründet war, steht die Nichthinderung des Erfolges seiner Verursachung gleich."[2]) In ihnen kommt zugleich die herrschende Auffassung vom Unterlassen zum Ausdruck.[3]) Die bisherige und heutige Doktrin lehrt also, was das Unterlassen nicht ist, bezw. wie es zu behandeln ist, sein Wesen ist nicht ergründet worden; oder um es mit anderen Worten zu sagen: Die Kritik der Unterlassungstheorien lehrt, dass die heutige Wissenschaft als Antwort nur eine offene Frage bietet.

Abschnitt 2.

Das Wesen des Unterlassens.

§ 1. Der Begriff des Unterlassens.

I. Das Urteil: „er unterliess" enthält eine negative Aussage über ein real Gegebenes. Zur Begriffsbestimmung des Unterlassens selbst leitet über die Frage nach der Wesenheit solch negativer Aussagen.

1. Sofern das Urteil sich allein auf das in der Erscheinungswelt Gegebene stützt, kann die Aussage nur positiv sein.

α) Bezeichnet man das konkret in der Welt der Vorstellung Gegebene als „real", so ergibt sich, dass nur das Positive real sein kann. Die facta in der Welt der Vorstellung sind in bestimmter Weise geartet,

---

[1]) Einen interessanten Beleg für die Richtigkeit des hier vertretenen Standpunktes bieten die Ausführungen v. Rohlands in der Strafrechtsvergleichung. Er beweist die Kausalität des Unterlassens mit Hilfe des Interferenzgedankens. Dabei bemerkt er nicht, zu welchen unmöglichen Konsequenzen das Interferenzaxiom führen muss, da er sich in dem Aufsatz nicht mit dem Unterlassen überhaupt, sondern nur mit dem strafrechtlich relevantem Unterlassen beschäftigt. Inhaltlich genommen vertritt also v. Rohland die sich an das Interferenzaxiom anlehnende Fassung der Rechtskausalitätstheorie. Vergl. v. Rohland: l. c. S. 363, 366, 367.

[2]) a. a. O. S. 133.

[3]) Vergl. die Literaturangaben bei v. Liszt, S. 135.

ein auf sie allein sich gründendes Urteil vermag nur ihre positive Eigenart zu bestimmen.

β) Dagegen ist die Aussage unmöglich, dass sie in bestimmter Weise n i c h t geartet seien. Ein derartiges Urteil würde noch etwas anderes voraussetzen, als in der Welt der Vorstellung gegeben ist; zu der Erkenntnis der konkreten facta müsste noch die eines irgendwie zu bestimmenden, der Welt der Vorstellung nicht zugehörigen Etwas, also eines Irrealen hinzugekommen sein. Mithin muss eine negative Aussage über ein Phänomen stets auf ein Irreales Bezug nehmen. „Der Blitz schlug in den Baum und nicht in das Haus", dies Urteil kann nicht ausschliesslich auf Grund des real Gegebenen gefüllt werden. In der Welt der Vorstellung war nur ein konkreter Vorgang zu erkennen: während eines Gewitters schlug der Blitz in eine nahe dem Bauernhofe stehende Eiche ein. Aus dem also erfolgenden Blitzschlag kann nicht entnommen werden, dass er nicht in einer bestimmten Weise anders geartet sei, wofern man das konkrete Phänomen nicht einem Vorgang gegenübergestellt hätte, wie er sich in der Welt der Vorstellung nicht abgespielt hat.

γ) In der vollständigen, nicht gekürzten, negativen Aussage gelangt diese Gegenüberstellung zum Ausdruck: formal ausgedrückt lautet sie: während etwas in dieser Weise geartet war, war es nicht in jener Weise geartet; z. B.: das Haus ist gross und nicht klein; oder auf Vorgänge übertragen: er reiste nach Venedig und nicht an den Genfer See. In der gekürzten Form der negativen Aussage unterdrückt man die zugehörige positive Tatsache, und sagt einfach, es war, bezw. geschah, nicht so; z. B. er ging nicht in das Theater. In diesen Fällen ist der entsprechende positive Vorgang stillschweigend zu ergänzen.

2. Somit enthält die Frage nach der Möglichkeit negativer Aussagen über reale Phänome ein besonders zu beachtendes Problem.

α) In der vollständigen Fassung gibt die negative Aussage deutlich zu erkennen, dass bei ihr zu dem real Gegebenen ein Irreales hinzukommen muss. Bei der gekürzten Fassung wird dieser Sachverhalt verhüllt, und es wird der falsche Schein erweckt, als ob nicht bloss das Subjekt, sondern auch die negativen Prädikate real wären. Bei dem Urteil: er rächte sich nicht an seinem Feinde, sondern er verzieh ihm, tritt deutlich hervor, was real gegeben, was irreal ist; heisst es dagegen in gekürzter Form: er rächte sich nicht, so wird man leicht verführt, das Sich-nicht-rächen als ein reales Geschehnis anzusehen.

β) Aus der Erkenntnis des in der Welt der Vorstellung Gegebenen kann mithin die negative Aussage nicht analysiert werden. Alle negativen Urteile tragen mithin einen synthetischen Charakter. So wird die Frage nach der Möglichkeit negativer Aussagen über real Gegebenes zu der, wie denn eine Synthesis bezeichneter Art möglich sei, bezw. nach ihrer wirklichen Gestaltung.

γ) Die fragliche Synthese besteht in der Verknüpfung von zwei Vorstellungsbildern, von denen das eine durch die Erkenntnis der realen Phänomene gebildet wird. Dieses wird mit einem zweiten Vorstellungsbilde zusammengestellt. Die negative Aussage behauptet sodann die Verschiedenheit der beiden Bilder. Die negativen Aussagen sind also unter der Voraussetzung möglich, dass das urteilende Subjekt seine Erkenntnis von der realen Welt mit Bildern einer irrealen Welt vergleichen kann, sodass sich die Auffassung des Realen wie des Irrealen zur Synthese der negativen Aussage vollzieht.

3. Neben der Welt der Vorstellung, der Welt des realen Geschehens, ist dem Menschen eine Welt des Vorgestellten, des Irrealen, gegeben.

α) Jene beiden Bereiche schliessen sich im negativen Urteil zur Einheit zusammen. Die Aussage: der Blitz schlug in den Baum und nicht in das Haus, stützt sich auf zwei Vorstellungsbilder. Das eine gibt einen wirklichen, das andere einen unwirklichen, bloss vorgestellten, Vorgang wieder. Der Blitz schlägt wirklich in den Baum, das zweite Vorstellungsbild lässt ihn das Haus treffen. Dass sich jene negative Aussage also auf zwei Vorstellungsbilder stützt, ist besonders zu beachten bei der gekürzten Form, da hier die wirkliche Sachlage nicht augenfällig ist.

β) Das negative Urteil konstatiert die Diskrepanz der beiden Vorstellungsbilder. Das Urteil „der Blitz schlug nicht in den Baum", besagt mithin, der wirkliche Vorgang war nicht wie ein bloss vorgestellter. Die negative Aussage ist mithin ein Urteil darüber, dass die positiven, realen Prädikate eines Subjekts nicht mit bestimmten bloss vorgestellten Prädikaten zusammenstimmen.[1])

[1]) Das hier allgemein von der negativen Aussage Behauptete führt Finger (Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht, Separatabdruck aus der Jur. V.-J.-Zeitschrift, Prag 1889) mit Bezug auf den Begriff „Unmöglichkeit" aus: „er entsteht nur dadurch, dass wir die Welt des Realen in uns nicht nur ab-, sondern auch vorbilden". (S. 7.) „Der Begriff der Unmöglichkeit bedeutet somit die Verneinung eines Gedankens und Vorstellungsbildes durch die jeweils gegebenen Elemente der Erfahrung; er hat in der Aussenwelt keine Grundlage, findet lediglich an derselben sein Korrektiv." (S. 8.)

γ) Damit ist zugleich die Irrealität aller negativen Prädikate erwiesen. Das Negative ist niemals real gegeben, vielmehr wird von den konkreten positiven Prädikaten eines Subjektes ausgesagt, dass sie nicht so geartet sind, wie es einem Bilde der blossen Vorstellung entsprechen würde. Dass die Gletscherbrücke nicht brach, ist kein realer Vorgang: in concreto wurde die Brücke von den Touristen überschritten. Diese Tatsache, dem Bilde des Zusammensturzes gegenübergestellt, führt zu dem negativen Urteil: Die Brücke brach nicht. Bei vollständiger Fassung des Urteils würde das Reale vom Irrealen klar geschieden sein : die Brücke wurde überschritten und brach nicht. Das „Nichtgeschehen" ist also kein reales Phänomen, sondern es ist der Inhalt der Aussage, dass ein bestimmtes reales Geschehen mit einem bloss Vorgestellten nicht zusammenstimme.

II. Vor allem weiteren bedarf der eingeführte Begriff einer Welt des Vorgestellten im Gegensatz zu dem einer Welt der Vorstellung einer näheren Bestimmung.[1])

1. Die Welt des Vorgestellten kann zweifach geartet sein.

α) Die Welt des Vorgestellten, im Gegensatz zur Welt der Vorstellung, bedeutet im vorliegenden Zusammenhang den Inbegriff von Vorstellungsbildern, mit denen das reale Geschehen bei negativen Aussagen über dasselbe verglichen werden kann.[2]) Bei dem einzelnen negativen Urteil tritt dem konkreten Vorstellungsbilde eine nicht die realen Geschehnisse wiedergebende bestimmte Vorstellung gegenüber. Diese Vorstellung des Irrealen kann je nach ihrer Entstehung zwiefach geartet sein, mithin gibt es zwei verschiedenartige Inbegriffe solcher Vorstellungsbilder.

β) Es kann das wirkliche Geschehen einer Welt der Phantasie oder der absoluten Möglichkeiten, sodann einer Welt der relativen Möglichkeit gegenübergestellt werden. Welchen gedanklichen Inhalt vermittelt die Aussage: die Sterne reden nicht? Dies Urteil, dessen abgekürzte Fassung zu beachten ist, erfordert einen Vergleich des wirklichen sternbedeckten Nachthimmels mit der Vorstellung der phantastischen Möglichkeit, dass die Sterne auf Schicksalsfragen Antwort zu geben vermöchten: „Es blinken die Sterne gleichgültig und kalt. Und ein Narr wartet auf Antwort." (Heine, Nordseesyklus, 2. Teil, No. 7.)

---

[1]) Vergl. dazu Paul Merkel: a. a. O. S. 3.

[2]) Mit Rücksicht auf das Endziel der vorliegenden Ausführungen soll im nachfolgenden ausschliesslich der negativen Aussagen über Geschehnisse gedacht werden.

γ) Das Wesen dieser Art negativer Aussagen wird näher zu bestimmen sein durch den Hinweis auf die Gattung, welche etwas als relativ möglich Vorgestelltes zu Grunde legt. Beiden Arten von Urteilen ist die kritische Untersuchung begegnet. Auf jener Zweiheit beruht die Notwendigkeit des Überganges von der allgemeinen Bedingungstheorie negativer Fassung zum Interferenzgedanken.

2. Zum Verständnis des Gesagten wie des Weiteren bildet die begriffliche Bestimmung des in Zukunft möglichen die Voraussetzung.[1])

α) Im Gegensatz zu den angedeuteten, phantastischen Möglichkeiten stützen sich die relativen Möglichkeiten auf die in einer bestimmten Gegenwart gegebene Kenntnis von der Welt der Vorstellung. Mit Bezug auf diese Kenntnis sind die fraglichen Möglichkeiten relativ. Auf Grund der Gegenwartserkenntnis eröffnet sich ein Blick in die Zukunft. Allein das Zukunftsbild kann nicht eine notwendige bestimmte konkrete Erkenntnis sein, vielmehr ist unser Wissen von der Zukunft ein von der Gegenwartserkenntnis abhängiges Abstraktum. Nicht vermag man auszusagen, dass in Zukunft etwas geschehen muss, sondern nur, dass künftig etwas möglich ist. Ich weiss nur, dass ein bestimmtes Ereignis in Zukunft eintritt oder nicht eintreten wird. Die Aussage, es wird nicht eintreten, enthält ein abgekürztes negatives Urteil. Wenn also jenes zunächst in Frage kommende Ereignis nicht eintritt, erfolgt ein anderes. Ich kann also von der Zukunft nur wissen, es wird dies o d e r jenes erfolgen. Wie gewisse Vorgänge nach Massgabe der aktuellen Sachlage möglich sind, bleiben andere völlig ausgeschlossen. Wer sich heute in Dresden befindet, kann morgen unmöglich in Ostindien sein. Das Bereich des Relativ-Möglichen kann sehr weit sein, aber es ist niemals unbeschränkt.[2]) Da jedesmal in Zukunft mehreres möglich ist, weiss das Subjekt von der Zukunft nur, dass sie so geartet sein muss, dass sie zu den verschiedenen Möglichkeiten konkretisiert werden kann. In diesem Sinne ist all und jedes Zukunftswissen eine von der Gegenwartserkenntnis abhängige Abstraktion. Mit anderen Worten: wer da weiss, dass in Zukunft dies oder das möglich ist, weiss auch, dass das Zukünftige den beiden Möglichkeiten gemeinsame Prädikate tragen muss.

---

[1]) Vergl. hierzu den bedeutsamen, von der juristischen Fachliteratur nirgends genügend gewürdigten Aufsatz Eduard von Hartmanns: Die Grundlage des Wahrscheinlichkeitsurteils. V.-J.-Schr. für wissensch. Philosophie und Soziologie. (Avenarius.) Jahrgang 1903. S. 291.

[2]) Vergl. hierzu v. Kries: a. a. O. S. 185.

Sind dem in die Zukunft Blickenden sämtliche Möglichkeiten mit Bezug auf einen bestimmten Verlauf klar, so kann dieser das richtige Zukunftsabstraktum bilden. Kennt er dagegen nur einige Möglichkeiten, so weiss er von dem Zukünftigen nur, dass es den erkannten Alternativen gemeinsame Prädikate tragen muss, dagegen weiss er nicht, ob das künftige sämtliche jenen Möglichkeiten gemeinsame Prädikate tragen muss. Alles Zukunftswissen ist also ein Abstraktum, die einzelnen Möglichkeiten sind diesem Abstraktum subsumierbare Konkretisierungen derselben. Eine Schwierigkeit für das Verständnis dieser Gedanken liegt darin, dass unsere Zukunftsbilder stets konkret sein müssen. Wir stellen uns stets bestimmte Vorgänge vor das innere Auge. Wir „sehen" uns schon auf dem Gipfel des Berges, freilich wissen wir, dass es nicht unumgänglich notwendig ist, dass wir unsere Namen ins Gipfelbuch tragen. Unser Zukunftswissen beschränkt sich auf die abstrakte Erkenntnis, dass wir in einer Stunde uns irgendwo irgendwie im Gefelse befinden werden. Wir müssen also bei dem Zukunftsbild stets das Gewisse vom Ungewissen scheiden, gewiss ist das Abstraktum,[1]) zu dessen Konkretisierungen auch das vorgestellte Bild gehört, ungewiss dagegen die Qualifikation, welche das Abstraktum zum anschaulichen Bilde erhebt. Auf Grund der Gegenwartserkenntnis haben wir ein abstraktes Zukunftserkennen. Unser Zukunftsblick sucht sich aus den Konkretisierungen, die das charakterisierte Abstraktum zu tragen vermag, eine bestimmte heraus, oder auch mehrere. Fast ausgeschlossen ist, und ausser Betracht bleiben kann der Fall, dass der in die Zukunft Blickende sich nach einander sämtliche Konkretisierungen, die für das in Frage kommende Zukunftsabstraktum möglich sind, vor Augen führen könnte. Also greift das Subjekt der zugehörigen Gegenwartserkenntnis aus den nach Massgabe des Zukunftsabstraktums denkbaren Konkretisierungen derselben eine oder auch mehrere heraus. Logisch sind die einem Begriffe möglichen Konkretisierungen einander gleichartig,[2]) d. h. logisch ist kein Grund vorhanden, nach dem eine oder einige derselben eine bevorzugte Stellung einnehmen sollte. Nun ist dem Menschen auf Grund der Gegenwartserkenntnis das abstrakte Wissen um die Zukunft gegeben; wenn sich sein Zukunftsblick an einige unter den vielen möglichen Konkretisierungen hält, so bedarf dies der besonderen Erklärung. Zwei Gesichtspunkte sind es, welche die Auswahl unter den vielen Konkretisierungen bestim-

[1]) Eduard v. Hartmann: a. a. O. S. 285.

[2]) Eduard v. Hartmann: a. a. O. S. 287, S. 299.

men: einmal und in erster Linie der der Wahrscheinlichkeit, sodann der des Interesses. Wenn das Zukunftsbild eine Konkretisierung des Abstraktums veranschaulicht, so vergegenwärtigt sich der dem Kommenden entgegen Blickende in der Regel den ihm wahrscheinlichsten Verlauf der Zukunft,[1]) oder er malt sich einen ihn irgendwie, peinlich oder freudig, berührenden Vorgang aus. In folgender Erwägung treffen die beiden Bestimmungsgründe bei der Wahl der Konkretisierungen zusammen: Ich erwarte, sagt sich der Examinand nach Abgabe der Arbeit, dass den Examinator meine Lösung der Frage befriedigen wird, doch immerhin ist nicht ausgeschlossen, dass sie ihm wegen einer bestimmten Konsequenz gänzlich missfällt. Damit wäre der Begriff des zukünftig Möglichen für diesen Zusammenhang abschliessend bestimmt worden: Auf Grund der Gegenwartserkenntnis ist dem Subjekt desselben ein abstraktes Zukunftswissen gegeben.[2]) Wer weiss, dass etwas möglich ist, weiss auch, dass etwas anderes möglich ist, und erkennt mithin, dass das Zukünftige Prädikate tragen muss, die beiden Möglichkeiten gemeinsam sind. Das Zukunftsabstraktum, von dem bekannt ist, dass es in seinem Umfang beschränkt sein muss, — denn nicht alles ist auf Grund einer bestimmten Gegenwartserkenntnis

[1]) An dieser Stelle genügt der Hinweis auf den Begriff des Wahrscheinlichen, seiner Bestimmung bedarf es in diesem Zusammenhang nicht.

[2]) Was v. Kries l. c. in seinem bekannten Aufsatz mit „objektiver Möglichkeit" bezeichnet, ist etwas anderes, als im Verlaufe dieser Arbeit darunter verstanden wurde. Die gleiche Bedeutung, wie sie oben zu Grunde gelegt wurde, verbindet Finger a. a. O. mit dem fraglichen Begriff. Daher trifft die Polemik Fingers gegen v. Kries nicht das punctum saliens. v. Kries hält es für „objektiv" möglich, dass mit einem Würfel sowohl 1 wie 6 geworfen wird, dagegen behauptet Finger „objektiv möglich ist nur einer der beiden Würfe". (S. 15.) Beide haben recht. Finger konstatiert selbst, dass v. Kries inhaltlich seinem Satze zustimmt, (S. 14.) Also muss v. Kries unter objektiver Möglichkeit etwas anderes verstehen, als Finger, bezw. die vorliegende Arbeit. v. Kries versteht unter objektiver Möglichkeit die Tatsache, dass bei Gegebenheit einer bestimmten Gegenwartserkenntnis eines bestimmten Subjekts etwas Bestimmtes als möglich erscheinen muss. Also: Diese Gegenwartserkenntnis erzeugt notwendig dieses Zukunftswissen als Oberbegriff dieser Konkretisierungen: also diese objektiven Möglichkeiten. Der Unterschied der Anschauungen kann also dahin präzisiert werden: dass dem Subjekt etwas als möglich erscheint, ist subjektiv bedingt: in diesem Sinne ist alle Möglichkeit subjektiv; was dagegen dem Subjekt bei bestimmter Gegenwartserkenntnis als möglich erscheint, ist durch diese objektiv bestimmt; insofern ist alle Möglichkeit objektiv. Vergl. v. Kries: a. a. O. S. 180 f. Vergl. Eduard v. Hartmann: a. a. O. S. 292, 293.

möglich — dass ferner sein Umfang mindestens weit genug sein muss, um die Möglichkeiten, welche das Subjekt sich veranschaulichte, unter sich zu subsumieren, vermag, wie jeder Begriff, nur zu einer durch seinen Umfang beschränkten Zahl von Konkretisierungen qualifiziert werden, deren jede eine Zukunftsmöglichkeit darstellt. In Zukunft möglich sein bedeutet mithin: eine der nach Massgabe des auf Grund der Gegenwartserkenntnis entstandenen Zukunftsabstraktums denkbaren Konkretisierungen derselben darstellen. Bei Blicken in die Zukunft ist Zukunftswissen und Zukunftsanschauung zu scheiden. Die Zukunftsanschauung enthält eine nach Massgabe des Interesses bezw. der Wahrscheinlichkeit erwählte Konkretisierung des Zukunftsabstraktums.

β) Ein negatives Urteil mit Bezug auf das in der Welt der Vorstellung Gegebene entsteht mithin durch den Vergleich des konkreten Geschehens mit einer jener besprochenen Konkretisierungen des Zukunftsabstraktums. Entspricht der reale Verlauf letzterer nicht, so wird ein negatives Urteil gefällt. Ich werde heute einen Vortrag anhören; es ist möglich, dass mir die Arbeit des Redners missfällt. Das Urteil: der Vortrag hat mir nicht missfallen (sondern regte mich lebhaft an), wird nur möglich, wenn ich den positiven Eindruck mit jener denkbaren Konkretisierung meines Zukunftsabstraktums vergleiche.

γ) Nach dieser Bestimmung des Relativ-Möglichen erklärt sich die oben gebrauchte Bezeichnung einer „absoluten" (oder wie früher gesagt wurde, einer „formalen") Möglichkeit. Während in den soeben besprochenen Fällen auf Grund der Gegenwart eine Zukunftsanschauung entsteht, die ihrem Inhalt nach an das betreffende Gegenwartserkennen geknüpft ist, fällt diese Beschränkung bei der „absoluten" Möglichkeit hinweg. Vielmehr wird eine phantastische Annahme gemacht, und etwas mit Bezug auf das Gegenwartsbild Unmögliches als möglich gesetzt. Man fragt die Sterne und wartet auf Antwort. Daraus ergibt sich, dass alle negativen Urteile, welche irgend einen allgemeingültigen Inhalt haben sollen, auf ein allgemeingültiges, d. h. auf einer bestimmten Gegenwartserkenntnis basierendes, nicht etwa phantastisches Zukunftsbild bezogen werden müssen, d. h. dass sie die relative, nicht die absolute Möglichkeit zu Grunde zu legen haben.

3. Relative und absolute Möglichkeit bilden die entscheidenden Begriffe für das Verständnis der charakterisierten Entwicklung der

negativen Fassung der allgemeinen Bedingungstheorie zur Anerkennung des Interferenzgedankens, sie verständlichen die Unhaltbarkeit des letzteren.

α) Die negative Version der allgemeinen Bedingungstheorie schloss mit dem Satz ab: jedes Ereignis, mit dessen Gegebensein ein fraglicher Erfolg nicht eingetreten sein würde, ist kausal für denselben. Damit war das absolut Mögliche als Ursache hingestellt worden. Die Ursache des Ertrinkens wäre das Fehlen des Rettungsengels. Um dieser Konsequenz zu entgehen, muss man zu dem Begriff des Relativ-Möglichen greifen. Es ist relativ möglich, dass der in der Nähe Befindliche dem im See Verunglückten das zu seinen Füssen liegende Seil zuwirft, so dass er sich retten kann. Ursächlich ist mithin der Nichteintritt eines relativ-möglichen Vorgangs, mit dessen Gegebensein der in Frage stehende Erfolg nicht eingetreten wäre. Diese Möglichkeit des Eintretens muss ein real gegebenes Phänomen sein. Wenn etwas möglich ist, muss auch ein anderes möglich sein. Das reale Phänomen muss mithin beide Möglichkeiten umfassen. Dieser Widerspruch einer realen Möglichkeit wird für den Indeterministen realisiert durch den von ihm angenommenen, den einzelnen Entschlüssen gegenüber wahlfreien Willen.

β) Damit ist die Theorie zu einer, und zwar besonders bedeutsamen Art der Interferenzlehren geworden. Durch den Entschluss macht das Subjekt der objektiven Möglichkeit der Erfolgshinderung ein Ende und verursacht also den Erfolg. Diese Fassung der Lehre ist, wie mehrfach nachgewiesen wurde, die einzige, deren Stichhaltigkeit ernstlich in Frage kommen kann, da nach ihr die für die Richtigkeit der Theorie präjudizielle, objektive (reale) Möglichkeit gegeben ist.

γ) Doch auch bei Annahme dieser durch den wahlfreien Willen realisierten, relativen Möglichkeit kann das Interferenzaxiom nicht aufrecht erhalten werden. Mag auch die Möglichkeit des Handelns real gegeben sein, so ist doch der Nichteintritt derselben kein kausaler, kein realer Vorgang. Real gegeben ist der noch unentschlossene wahlfreie Wille. Er kann sich objektiv so oder so entschliessen. Die Möglichkeit erklärt sich nicht, wie in den übrigen Fällen, aus der menschlichen Unwissenheit, sondern auch der Allerkennende würde die Wahl nicht als notwendig voraussehen können. Allein bevor der Entschluss erfolgt, existieren die einzelnen möglichen Entschlüsse nur im Bereich des Vorgestellten. Real ist nur die Möglichkeit des Sich-so-und-so-entschliessen-könnens, sodann der wirklich getroffene Entschluss. Die übrigen Mög-

lichkeiten bleiben im Bereich des Vorgestellten. Ein negatives Urteil erfolgt, wenn der reale Entschluss mit einem als möglich vorgestellten Entschlusse verglichen wird, und sich die Diskrepanz beider ergibt. Es ist also für das Wesen des negativen Urteils gänzlich irrelevant, ob es sich auf eine realative oder subjektiv-relative Möglichkeit stützt. Man betrachte nochmals das Beispiel vom Nichtretten, wo die Rettung relativ-möglich war, vom indeterministischen wie deterministischen Gesichtswinkel aus. Der Determinist erhält auf Grund der gegenwärtigen Sachlage ein abstraktes Zukunftswissen. Er weiss, dass sich der dem Verunglückten nahe Befindliche irgendwie verhalten muss. Als eine Konkretisierung dieses Begriffes stellt sich der Wurf der Notleine dar. Dieser Vorgang existiert allein im Bereich der Vorstellung des Beobachtenden. Genau dasselbe gilt vom Indeterministen als Beobachter. Nur, dass letzterer den Wurf, das Stehenbleiben oder Weitergehen des von ihm Beobachteten als objektiv gleich möglich ansehen muss, während der Determinist die Nichtvoraussicht des notwendigen Entschlusses seiner beschränkten Erkenntnis zuzuschreiben hat. Dieser Unterschied ist aber bei der gegenwärtigen Frage völlig irrelevant. Für den deterministischen wie den indeterministischen Beobachter ist vor der definitiven Wahl jede einzelne Entschlussmöglichkeit nur im Bereich seiner Vorstellungen gegeben. Mit der Wahl ist nur eine der verschiedenen vorgestellten Möglichkeiten real geworden. Wir nehmen an, der Beobachtete im Beispiel habe seinen früheren Standort verlassen und der Verunglückte ertrank. Sowohl der Determinist wie der Indeterminist urteilen jetzt: er unterliess es, das Seil zu werfen. Doch das Unterlassen ist für beide kein realer Vorgang, dieser bestand im Fortgehen; vielmehr konstatieren sie nur dessen Diskrepanz mit dem als möglich Vorgestellten, und weder das Geschehen und noch viel weniger der Nicht-Vorgang sind für den Erfolg kausal.

III. Damit ist der Begriff des Unterlassens in die Untersuchung eingeführt worden und dessen abschliessende Bestimmung genügend vorbereitet.

1. Das Unterlassen ist eine negative Aussage in gekürzter Fassung; es ist das Urteil des Nichtübereinstimmens des konkreten Verhaltens eines Willensträgers mit einer als möglich vorgestellten Willensäusserung.[1])

---

[1]) Vergl. Paul Merkel: a. a. O. S. 4.

α) Das Unterlassen ist eine negative Aussage über einen Willensträger. Sobald man von Nichtwillensträgern ein Unterlassen aussagen wollte, wäre man mitten im Märchen, d. h. man hätte das Unpersönliche personifiziert. Das Unterlassen ist mithin eine negative Aussage über eine Willensäusserung. Dieselbe muss einen Vergleich zwischen dem realen Sein des Willensträgers und einer als möglich vorgestellten Willensäusserung voraussetzen. Die Behauptung: „er unterliess eine Willensbetätigung", ist mithin eine auf Willensäusserungen bezogene negative Aussage in abgekürzter Fassung, die vollständig ausgedrückt lauten würde: „er verhielt sich so und so, und unterliess die fragliche Willensäusserung".[1]) Der Vergleich, welchen das negative Urteil voraussetzt, wird möglich, indem der Urteilende, von seiner Kenntnis des empirischen Charakters des von ihm Beobachteten ausgehend, eine Konkretisierung seines abstrakten Zukunftswissens sich veranschaulichte. Wenn das wirkliche Verhalten des Willensträgers mit irgend einer der veranschaulichten Konkretisierungen des Zukunftsabstraktums nicht zusammenstimmte, so hat das Subjekt irgend eine bestimmte Betätigung „unterlassen". A hielt es für möglich, dass B sich an ihm rächen würde, so bald sich eine bestimmte Gelegenheit böte. Das spätere Geschehen entsprach dieser veranschaulichten Konkretisierung des Zukunftsabstraktums nicht: B „unterliess" es, sich an A zu rächen.

β) Das Urteil: „er unterliess", setzt voraus, dass man eine als möglich vorgestellte Willensäusserung mit dem wirklichen Verhalten vergleicht, und dass sich dabei eine Diskrepanz zwischen der Welt der Vorstellung und des Vorgestellten ergibt.[2]) Somit ist richtig, dass sich der Willensträger, von dem ein Unterlassen ausgesagt wird, sich irgendwie verhält. Allein dies Verhalten, das zugleich in die verschiedensten Einzelveränderungen aufzulösen ist, ist gar nicht das Unterlassen, wie

---

[1]) Der Gegensatz zwischen vollständigen und gekürzten negativen Urteilen kommt auch im Strafrecht zum Ausdruck: „er unterlässt die Erfüllung der Wehrpflicht", wäre ein gekürztes Urteil, das, die entsprechenden Voraussetzungen als gegeben gedacht, in vollständiger Fassung lauten würde: „er unterlässt die Erfüllung der Wehrpflicht, indem er auswandert". R.St.G.B. § 141. Nach v. Rohland: Strafrechtsvergleichung. Allg. Teil, Bd. I, S. 366 liegt in diesem Falle „eine Unterlassung vor in Gestalt des Ommissivdelikts durch Begehung".

[2]) Vergl. Anton Hess: Über Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, Hamburg 1895, S. 38, der das Unterlassen als Inhalt eines „negativen Urteils" auffasst, das eine subjektive Vorstellung zur Voraussetzung hat. Seine im übrigen ganz unmögliche Theorie ist skizziert worden auf S. 86 Anm. 3.

dies deutlich zum Ausdruck gelangt, wenn die negative Aussage des Unterlassens in vollständiger Form erfolgt. Wenn der Unterlassende „handelt", wie Luden dies will, so ist dies Handeln gewiss real, allein es ist nicht das Unterlassen. Der Fehler, der dem Landsbergschen bezw. Ludenschen Versuche, die Realität des Unterlassens darzutun, zu Grunde liegt, kann mithin dahin bestimmt werden: beide halten den realen Komponenten des Vergleichs für den Inhalt der negativen Aussage. Beide bestimmen nur das Wirkliche, das am Vorgestellten gemessen wird. Luden fasst es überdies zu eng, denn obzwar es notwendig ist, dass der Willensträger in dem Moment, in dem ein Unterlassen von ihm ausgesagt wird, sich irgendwie verändert, so braucht er dennoch nicht zu handeln. Dagegen ist der Terminus Landsbergs völlig adäquat, denn unter „Verhalten" ist nur eine nicht näher präzisierte Artung des Subjekts zu verstehen. Der Fehler in der Auffassung Ludens und Landsbergers wird treffend charakterisiert durch das bekannte Beispiel einer negativen Aussage, welches Krug[1]) in seiner Polemik gegen Luden verwendet, die in vollständiger Fassung zu lauten hat: die Mutter strickte Strümpfe und unterliess es ihr Kind zu tränken. Das Reale ist dem Irrealen deutlich gegenübergestellt: das Strümpfestricken ist nicht der von der Mutter zu erwartende Vorgang.

γ) Das Unterlassen ist mithin ein in erster Linie[2]) deterministischer Begriff. Der Determinist behandelt den Willensträger wie die übrigen Objekte seiner Erkenntnis. Sein Zukunftsblick haftet an den ihm nach Massgabe seiner Kenntnis vom empirischen Charakter des Beobachteten wahrscheinlichsten — bezw. an den sein Interesse berührenden Konkretisierungen des Zukunftsabstraktums. Der Indeterminist wird entsprechend mehrere Entschlüsse für möglich halten müssen. Bei Annahme der Wahlfreiheit kann er aus Gründen der Wahrscheinlichkeit keiner Entscheidung den Vorzug geben, heisst doch Wahlfreiheit grade, dass unter den möglichen Entschlüssen ein jeder gleich wahrscheinlich ist. Also kann er nicht, wie der Determinist eine bestimmte Zukunftserwartung hegen. Der Fall aber, dass das beobachtende Subjekt eine Handlung erwartete, d. h. sie für möglich und für wahrscheinlich hielt, ist der normale bei den negativen Aussagen über menschliche

---

[1]) a. a. O. S. 30.

[2]) Vergl. das bei Besprechung des esoterischen Unterlassens gegebene Korrektiv.

Willensäusserungen. Und dieser Normalfall ist nur für den Deterministen möglich, in diesem Sinne ist das Unterlassen ein in erster Linie deterministischer Begriff. Ist auch die Erwartung einer Handlung beim Unterlassen das Normale, so ist es doch, wie schon gezeigt, keineswegs das einzig denkbare. Es setzt vielmehr nur voraus, dass ein Beurteilender eine Willensbetätigung für relativ möglich hielt. Das Unterlassen ist mithin zu definieren: als das **Urteil** des Nichtübereinstimmens des konkreten Verhaltens eines Willensträgers mit einer als relativ-möglich vorgestellten Willensäusserung desselben.[1])

2. Mit dieser Definition löst sich die Antinomie im Unterlassungsbegriffe, nach welcher das Unterlassen als „Negation einer Veränderung" einerseits irreal sein muss, andererseits aber als Willenserkenntnismittel doch nur real zu denken ist.

α) Von der Überwindung dieser Antionomie hängt der weitere Verlauf der vorliegenden Arbeit ab. Soviel muss als feststehend angenommen werden, dass die Unterlassung kein realer, kausaler Vorgang sein kann. Wenn sie deshalb auch als Schuldsymptom unmöglich ist, kann sie überhaupt keine Form des Verbrechens abgeben. Nun kann es aber geradezu als Ziel der Untersuchungen angenommen werden, für Tun und Unterlassen den Oberbegriff zu finden, der wie nachgewiesen durch den der Handlung nicht geboten wurde.

β) Das Unterlassen ist kein äusserer Vorgang, sondern ein negatives Urteil, das sich auf einen solchen stützt. Das Unterlassen ist aber nicht etwa ein irgendwie beurteilter äusserer Vorgang, sondern ein auf ein konkretes äusseres Verhalten gestütztes Urteil, dass dieses mit einem als möglich vorgestellten nicht übereinstimme. Jenes Urteil sagt über die Wesenheit des konkreten Vorgangs nichts aus, sondern die Gegebenheit desselben berechtigt nur zu der Aussage, dass eine als möglich vorgestellte Willensäusserung nicht eingetreten ist.

---

[1]) „Wenn wir von einer Unterlassung reden, so verneinen wir damit in positiver Ausdrucksweise, dass eine bestimmte Handlung, an die wir denken, begangen worden sei. Hat aber die Unterlassung solchergestalt ihren Sitz lediglich in unseren Gedanken, so kann sie auch niemals eine Ursache wirklich gewordener Ereignisse sein. Diese unantastbare Wahrheit ist von unserer Wissenschaft lange verkannt worden." Eduard Herz: Das Unrecht und die allgem. Lehren des Strafrechts, 1880, S. 196. Vergl. auch die Ausführungen des Grafen Dohna, Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 27, S. 332 f.

γ) Mithin ist das Unterlassen nicht real, nichts in der Welt der Vorstellung Gegebenes. Aber dennoch vermag es Willenserkenntnismittel zu sein. Auf Grund der Gegenwartserkenntnis hielt der negativ Beurteilende eine bestimmte Willensäusserung für möglich. Durch das konkrete Verhalten, welches mit dem als möglich vorgestellten nicht übereinstimmt, erkennt der Beurteilende, dass das Subjekt nicht so geartet ist, wie es seiner Willensdisposition nach geartet sein müsste, wenn es in der als möglich vorgestellten Weise hätte handeln sollen. Mit dem Urteil: er unterliess, erkennt der also Beurteilende, dass eine bestimmte, als möglich angenommene Willensrichtung nicht vorliegt. Das Unterlassen rektifiziert die vorausgesetzte Auffassung vom empirischen Charakter des Unterlassenden, freilich fordert auch diese Erkenntnis einen Vorgang. Insoweit ist der oben aufgestellte Satz völlig richtig, dass sich etwas verändert haben müsse, wenn sich etwas habe enthüllen sollen. Die für den Begriff des Willenserkenntnismittels geforderte äussere Veränderung ist auch beim Unterlassen gegeben. Ohne das Verhalten, welches mit der als möglich vorgestellten Willensbetätigung nicht zusammenstimmt, würde der negative Beurteiler seine Auffassung von der Willensdisposition des Beurteilten nicht ändern können. Jedoch dieser Vorgang, der immer in Veränderungen aufzulösen ist, ist weder das Willenserkenntnismittel, noch das Unterlassen. Der Vorgang für sich genommen hat durchaus nicht die charakterisierte symptomatische Bedeutung. Gesetzt, der, von dem ein Unterlassen ausgesagt wird, der Unterlassende, schliefe. Aus diesem Vorgang lässt sich nichts für die Willensdisposition entnehmen; auch ist das Schlafen für sich genommen kein Unterlassen. Anders liegt dagegen die Sache, wenn der negative Beurteiler annahm, das fragliche Subjekt würde die Nacht durcharbeiten, um das versprochene Werk zum nächsten Morgen fertig zu stellen. Jetzt erst wird das Schlafen zum realen Komponenten im negativen Urteil: er unterliess die Fertigstellung; erst jetzt kann der Beurteiler aus dem Vorgange schliessen: er hatte an der Fertigstellung der Arbeit nicht das Interesse, welches ich bei ihm vorausgesetzt habe. Also, der äussere Vorgang für sich genommen ist durchaus nicht das in Frage kommende Willenssymptom, sondern erst dann, wenn man ihn mit einer als möglich vorgestellten Willensbetätigung vergleicht. Dieses Vergleichen ist aber die Verknüpfung des realen Vorgangs mit dem irrealen zur Synthese des negativen Urteils: also nicht der äussere Vorgang, ohne den ein Unterlassen nicht gedacht werden kann, ist das Willens-

erkenntnismittel, sondern das Unterlassen, d. h. der reale Vorgang in Verknüpfung mit dem Irrealen.[1])

3. Mit jener Antinomie löst sich auch das Widerspruchsvolle, welches in dem Satze enthalten liegt, auf welchen sämtliche strafrechtlichen Unterlassungstheorien bislang hinauslaufen mussten: das Unterlassen sei zwar nicht kausal, müsse aber unter Umständen als kausal behandelt werden.

α) Das Unterlassen ist das auf das äussere Verhalten eines Willensträgers sich stützende negative Urteil, dass dasselbe mit einer als möglich vorgestellten Willensäusserung des Subjektes nicht übereinstimme. Ein Urteil kann niemals kausal sein. Ebensowenig kann es als kausal behandelt werden. Von diesem Gesichtspunkte betrachtet, müsste jene juristische Formel etwas völlig Widersinniges, ein „kausal zu behandelndes Urteil", enthalten.

β) Das Unterlassen kann freilich nicht als kausal behandelt werden, und die Theorien, welche, um die unmögliche Behandlung zu rechtfertigen, die Kausalität des Unterlassens nachzuweisen suchten, waren auf dem Irrwege.[2]) Dagegen kann sehr wohl unter Umständen der Unterlassende, d. h. das Subjekt, dessen äusseres Verhalten den einen Komponenten zum negativen Urteil abgibt, so behandelt werden, als ob er gehandelt hätte. Das Unterlassen ist Willenserkenntnismittel, indem es zu dem Schluss berechtigt, dass dem Unterlassenden ein bestimmtes als möglich vorausgesetztes Interesse fehlt. Nun sind Handlungen denkbar, die nur vorgenommen werden können, wenn dem Handelnden

---

[1]) Beachte übrigens das Korrektiv, welches das hier Ausgeführte durch das auf S. 189 Gesagte erhält.

[2]) In einem Sinne kann freilich das negative Urteil selbst als kausal angesehen werden. Wenn jemand durch das Urteil: „er handelt nicht", selbst zum Handeln bestimmt worden ist, kann von einer Kausalität des negativen Urteilens gesprochen werden, freilich nicht von einer Kausalität der Unterlassung im Sinne der negativen Kausalitätstheorien. Eine Verwechslung dieser Art hat m. E. Geyer dazu geführt, die auf S. 138 Anm. 1 skizzierte Theorie des konkludenten „Unterlassens" aufzustellen. Es ist sehr wohl möglich, dass jemand durch das negative Urteil: „er warnt nicht, also liegt keine Gefahr vor", zu einer ihm gefahrvollen Handlung motiviert wird. Was der Unterlassende in diesem Falle macht, ob er z. B. schläft oder sich vergeblich bemüht zu warnen, ist ganz irrelevant. Nach Geyer wird dagegen das kausale Moment in dem Nicht-Eingreifen dort, wo der Unterlassende eingreifen konnte, gefunden. Geyers Theorie geht also aus von der Anerkennung des Interferenzaxioms, will aber dasselbe nur anwenden, wenn der negative Beurteiler sich durch sein eigenes negatives Urteil zu einem gefahrvollen Handeln bestimmte.

unter den konkreten Umständen ein bestimmtes Interesse fehlte, bezw. wenn er auf dessen Befriedigung verzichtete. Somit ist es sehr wohl denkbar, dass unter Umständen der Unterlassende wie ein in gewisser Weise Handelnder angesehen werden kann. Wer sich selbst eine Wunde beibringt, etwa um ein Geschwür zu entfernen, achtet der Schmerzen nicht. Das gleiche gilt von dem, welcher es unterliess, den Arzt am Schnitt zu hindern, welcher dieselbe Operation vornehmen will. Aus dem Handeln wie aus dem Unterlassen kann gleichermassen eine gewisse Standhaftigkeit Körperschmerzen gegenüber entnommen werden. Der Unterlassende kann dem Handelnden gleich gewürdigt, gleich behandelt werden: die Nichthinderung des Erfolges (des Schnittes) ist in diesem Sinne seiner Verursachung gleichzustellen. Somit laufen die negativen Kausaltheorien der Strafrechtswissenschaft auf den in sich keinen Widerspruch tragenden Satz hinaus: Wer einen Erfolg nicht hindert, wenn ihm die Erfolgshinderung rechtlich geboten war, wird strafrechtlich behandelt, als ob er denselben herbeigeführt hätte.

γ) Somit wären alle Widersprüche geklärt, welche den Begriff des Unterlassens als eigenartig problematisch erscheinen liessen.

1. Das Unterlassen ist kein Vorgang, sondern ein auf einen solchen sich stützendes negatives Urteil.

2. Obzwar selbst nicht real, ist es dennoch als Schulderkenntnismittel möglich. Der Begriff des Schulderkenntnismittels setzt eine Veränderung voraus, ohne dass es jedoch selbst eine Veränderung zu sein braucht. Das äussere Verhalten des negativ Beurteilten ist nur dann symptomatisch von Bedeutung, wenn es zugleich der als möglich vorgestellten Willensäusserung gegenübergestellt ist. Diese Verknüpfung aber erfolgt durch das negative Urteil: er unterliess. Also ist das irreale Unterlassen Willenssymptom.

3. Natürlich kann nicht das Urteil, nicht das Symptom als kausal behandelt werden, wohl aber der Unterlassende, insofern das Unterlassen einen bestimmten Mangel an gewissen Interessen manifestieren würde, ohne welchen eine bestimmte Handlung nicht gedacht werden könnte.

§ 2. Die Arten des Unterlassens.

I. Das exoterische und das esoterische Unterlassen.

II. Das bewusste und unbewusste Unterlassen.

III. Das mit einem Erfolg in Beziehung und das nicht in Beziehung gesetzte Unterlassen.

I. Das exoterische und das esoterische Unterlassen.

a) Das Unterlassen hat nur subjektive Gültigkeit; ohne eine relative Möglichkeitsvoraussicht auf der Grundlage der konkreten Geschehnisse kann jenes negative Urteil nicht gefällt werden. Daraus ergibt sich die Möglichkeit, nach Massgabe des Voraussehenden, des negativen Beurteilers, zwei Arten von Unterlassungen zu scheiden.

α) Der Begriff eines objektiven Unterlassens, als eines äusseren Vorgangs ist durch die vorangeschickten Untersuchungen hinreichend widerlegt. Der negative Beurteiler macht das Unterlassen überhaupt erst möglich, und es hat nur Existenz in seiner Gedankenwelt. Somit ergibt sich die Möglichkeit, die verschiedenen Fälle der fraglichen Urteile nach der Art ihrer Entstehung zu klassifizieren.

β) Nach jener subjektiven Auffassung vom Unterlassen ist es möglich, erstens, dass das Subjekt, dessen positives Verhalten den einen Komponenten mit dem als möglich Vorgestellten abgibt, mit Bezug auf sich selbst jene Möglichkeitsvoraussicht formte und daraufhin das negative Urteil abgab. Zweitens können andere Subjekte von einem Nichtich, sich eine bestimmte Handlungsweise als möglich vorstellen und auf Grund des konkreten Verhaltens jenes Subjektes das negative Urteil formen.

γ) Im nachfolgenden sei die erste Gruppe als das e s o t e r i s c h e, die zweite als das e x o t e r i s c h e Unterlassen bezeichnet. Es sind diese Begriffe näher zu veranschaulichen und ihre wechselseitige Beziehung ist anzudeuten.

2. Zunächst sei das e s o t e r i s c h e Unterlassen näher gekennzeichnet.

α) Das fragliche Unterlassen setzt voraus, dass das Individuum von sich eine Handlung in Zukunft für möglich hält. Insbesondere wird dies der Fall sein, wenn es einen Entschluss bestimmter Art gefasst hat. Um ein Beispiel aus dem täglichen Leben zu geben: Auf einer Schneepartie lernt ein Referendar eine junge Dame kennen. Er beschliesst, sobald als möglich bei deren Angehörigen Besuch zu machen. Nachher kommt einiges dazwischen, und er „unterlässt" die Visite.

β) Übrigens braucht es sich durchaus nicht immer um fertige Entschlüsse handeln. Grade im Stadium der Unentschlossenheit treten dem Subjekt die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten ins Bewusstsein. Von diesem Zustand und der damit verbundenen Sensation gehen die Indeterministen aus, indem sie eine objektive Unbestimmtheit des künftigen Entschlusses behaupten. Hat nun das Subjekt das eine ge-

wählt, so hat es alles übrige „unterlassen". Wenn oben das Unterlassen als in erster Linie deterministischer Begriff dargestellt war, so bezog sich das Gesagte auf den Fall, dass ein anderer von einem Subjekte eine Willensbetätigung erwartete, d. h. auf die gleich zu besprechende Gruppe des exoterischen Unterlassens.

γ) Was vom gefassten Entschluss bezw. von dem Zustand der Unentschlossenheit gesagt wurde, gilt entsprechend, wenn das Subjekt einen Entschluss oder eine Wahlnotwendigkeit in Zukunft unter bestimmten Voraussetzungen für möglich hält. Auch in diesem Fall wird eine Willensäusserung als relativ möglich vorgestellt, und das Subjekt kann von sich selbst urteilen: „Da das und das nicht eintraf, habe ich das unterlassen, zu dem ich mich bei Eintritt jener Umstände entschlossen hätte." —

3. Nunmehr ist das für die Strafrechtsdogmatik besonders bedeutsame exoterische Unterlassen näher zu charakterisieren.

α) Das exoterische Unterlassen ist gegeben, wenn ein anderes Subjekt als das, dessen positives Verhalten zum negativen Urteil führte, von diesem eine Willensäusserung für möglich hielt und demgemäss urteilte. Jemand erwartet den Besuch seines Freundes. Das äussere Verhalten desselben verglichen mit dieser Möglichkeit führt zur negativen Aussage: er „unterliess", welche vollständig gefasst etwa zu lauten hätte: „er machte einen Ausflug und unterliess es, mich zu besuchen". Natürlich braucht ein esoterisches Unterlassen nicht zugleich ein exoterisches zu sein, noch umgekehrt. Ein Sonntagsreiter wollte seinen Freunden in den Wald nachfolgen, die von dieser Absicht nichts wussten. Er erhielt eine Aufforderung zu bleiben und „unterliess das Nachreiten". Doch da er niemandem von seiner Absicht etwas gesagt hatte, konnte nur e r das negative Urteil fällen (esoterisch), während seine Freunde im Walde nicht (exoterisch) urteilen konnten: „er unterliess es, nachzukommen". Für den entgegengesetzten Fall sei auf folgendes Beispiel verwiesen: Zwei Bekannte verlassen einen Empfangsabend, und der eine fragt seinen Begleiter: „Warum unterliessen Sie es, sich dem und dem Herrn vorstellen zu lassen?" Worauf der andere entgegnet: „Inwiefern soll ich die Vorstellung unterlassen haben? Wie kommen Sie eigentlich zu der Annahme, dass ich es tun würde?"

β) Das exoterische Unterlassen kann im Gegensatz zum esoterischen auf den a b s t r a k t e n Menschen bezogen werden. Wir erwarten vom Menschen im allgemeinen unter bestimmten Umständen gewisse Willens-

äusserungen, wir halten sie von gewissen Klassen für möglich. Man nimmt an, dass der Beleidigte die sich ihm bietende Gelegenheit zur Rache benutzt. In der heutigen Gesellschaft erwartet man eine Verletzung der §§ 201 ff. St.G.B. Dem gegenüber „unterlässt" es ein konkreter Mensch, sich zu rächen, der Offizier nahm seinen Abschied und „unterliess" es, zu fordern. Die Voraussicht als möglich kann sich beim esoterischen Unterlassen nur auf das Selbstsichkennen des Subjekts beziehen mit Rücksicht auf sein Verhalten gewissen Umständen gegenüber. Dagegen kann der exoterisch Urteilende den Einzelmenschen als Repräsentanten einer Gattung auffassen und dann konstatieren: er verhielt sich nicht so, wie man es vom Menschen im allgemeinen, oder von einem Angehörigen einer besonderen Klasse unter bestimmten Verhältnissen erwarten sollte.

γ) Das „abstrakt-exoterische" Unterlassungsurteil ist der Normalfall des strafrechtlich relevanten Unterlassens. Jedes Gebot rechnet mit der Möglichkeit des Gehorsams, ja es erwartet Gehorsam, denn sonst würde das Gebot nicht erlassen sein. Besonders gilt dies von den Geboten der Rechtsordnung. Auch die §§ 201 ff. erwarten Gehorsam. Auf die allgemein menschliche Eigenschaft, dem Staatsgebote zu folgen, stützt sich eine bestimmte Möglichkeitsvoraussicht. Wenn ein Rechtsgebot eine bestimmte Handlung anbefiehlt, so erwartet man von jedem, an den dies Gebot sich richtet, dass er in der vorgeschriebenen Weise handeln werde. Das negative Urteil konstatiert, dass das konkrete Verhalten des Willensträgers nicht ein solches war, wie es von ihm als Repräsentanten der Gattung anzunehmen war. Näheres wird bei der Besprechung des strafrechtlich relevanten Unterlassens hinzuzufügen sein.[1])

II. Das bewusste und unbewusste Unterlassen.

a) Das Unterlassen kann entweder bewusst oder unbewusst sein. Das Unterlassen ist bewusst, wenn derjenige, dessen reales Verhalten den einen Komponenten abgibt, weiss, dass auf Grund seines Verhaltens jenes negative Urteil gefällt wird. Sowohl das esoterische wie das exoterische Unterlassen kann bewusst und unbewusst gedacht werden, doch sind hier Unterschiede zu beobachten.

b) Zunächst sei unter dem angezeigten Gesichtspunkt das esoterische Unterlassen betrachtet.

---

[1]) Die Scheidung in esoterisches und exoterisches Unterlassen findet sich sinngemäss angedeutet bei Landsberg: a. a. O. S. 148.

α) Das esoterische Unterlassen wird in der Regel bewusst erfolgen; liegt doch der Fall zumeist so, dass sich das Möglichkeitsurteil auf einen bestimmten Entschluss stützt. Wenn der entscheidende Augenblick der Verwirklichung kam, und das Subjekt nicht in der als möglich angenommenen Weise handelte, wird es sich der Diskrepanz zwischen wirklichen und vorgestelltem Handeln bewusst sein. Er wird sich z. B. sagen: ich mache jetzt einen Spaziergang und unterlasse die beabsichtigte Fertigstellung meiner Arbeit.

β) Dieser Fall des bewusst-esoterischen Unterlassens liegt der subjektiven Ausgestaltung des Interferenzgedankens zu Grunde. Es ist bei dieser Art von Unterlassen sehr oft ein Kampf der Motive gegeben, der jedoch durchaus nicht unter allen Umständen vorzuliegen braucht. Ein Entschluss kann einfach aufgegeben sein. Jemand beabsichtigt z. B. nur bei einer bestimmten Besetzung in ein Theaterstück zu gehen. Er erfährt, dass der Hauptdarsteller erkrankt und durch einen andern Künstler vertreten wird. „Haben Sie sich ein Billet besorgt?" — lautet später eine Frage. „Nein, ich habe es unterlassen". Dass es für das Wesen des Unterlassens, für das negative Urteil gleichgültig ist, ob dem positiven Verhalten, das mit dem als möglich vorgestellten nicht übereinstimmt, ein Kampf der Motive vorausging oder nicht, liegt auf der Hand. So enthält jene Ausgestaltung des Interferenzgedankens neben den schon oben nachgewiesenen Unhaltbarkeiten unter dem vorliegenden Gesichtswinkel noch zwei besondere Denkfehler: 1. setzt sie ein dann und wann gegebenes Phänomen als unvermeidlich voraus,[1]) indem sie die völlige Irrelevanz des also postulierten Phänomens verkennt; 2. beschäftigt sie sich nicht mit der Art des Unterlassens, die für den Juristen in erster Linie in Betracht zu kommen hat, dem exoterischen.

γ) Übrigens kann das esoterische Unterlassen auch als unbewusst gedacht werden. Ich wollte an einem Ausflug teilnehmen. An dem entscheidenden Tage bin ich mit so viel anderem beschäftigt, dass ich durch nichts an jene Absicht erinnert werde. Würde mir das Vergessene niemals mehr in den Sinn kommen, wäre kein esoterisches Unterlassen mehr möglich. Allein eine Woche später fällt mir meine frühere Absicht wieder ein. Ich gedenke des damaligen Zukunftsbildes, ich vergleiche damit mein positives Verhalten am fraglichen Tage, erkenne die damals

---

[1]) Vergl. das oben über die notwendige Extension des Interferenzgedankens Gesagte.

gegebene, mir selbst unbewusste Diskrepanz, und urteile: „ich habe unbewusst (esoterisch) unterlassen". Es ist dies der Punkt, an welchem exoterisches und esoterisches Unterlassen in einander übergehen. Das Subjekt blickt auf sich selbst, wie auf einen Fremden. —

c) Entsprechend ist das exoterische Unterlassen als bewusst und als unbewusst zu betrachten.

α) Beim exoterischen Unterlassen machte das unbewusste keine Schwierigkeit. Es ist sehr wohl denkbar, dass jemand eine Willensäusserung als von mir möglich ins Auge fasst, ohne dass ich von der Vorstellung jenes Subjektes eine Ahnung hatte. „Du hast ja Deine Reise unterlassen", sagt ein Freund zum anderen, und die Entgegnung lautet: „Wie kamst Du denn zur Annahme, dass ich reisen würde?"

β) Bei dem bewusst-exoterischen Unterlassen ist dem Subjekt, dessen positives Verhalten für einen anderen zu dem negativen Urteil Anlass gibt, bekannt, dass sein Verhalten von dem bestimmten Subjekt also beurteilt wird. Zum Beispiel ein Gespräch: „Er erwartet, dass Du ihn um Verzeihung bittest?" — „So? Na, ich denke gar nicht daran." Für den Erwartenden hat der also Antwortende die Bitte um Verzeihung bewusst unterlassen.

γ) Zu beachten ist beim bewusst-exoterischen Unterlassen, dass es mit dem bewusst-esoterischen Unterlassen zusammenfallen kann, aber keineswegs zusammenfallen braucht. Ich teile meinem Freunde meinen Reiseplan mit. Am bestimmten Tage fahre ich an den Rhein, statt in die Schweiz. Ich habe die Schweizerreise unterlassen, und das bewusst exoterische Unterlassen ist zugleich ein bewusst esoterisches. Anders liegt es dagegen in dem sub β gegebenen Beispiel. Freilich ist das Unterlassen bewusst-exoterisch; allein das Subjekt hielt sein Verhalten dem die Bitte um Verzeihung Erwartenden gegenüber von Anfang an für gerechtfertigt; ihm kam garnicht der Gedanke, dass er um Verzeihung zu bitten hätte. Wenn in Fällen wie dem angeführten der negativ Beurteilte, dennoch von sich aussagt, „ich unterlasse die betreffende Handlung, z. B. die Bitte um Verzeihung", so handelt es sich nicht um ein esoterisches Unterlassen, hat doch das Subjekt die betreffende Willensäusserung niemals für möglich gehalten; vielmehr sagt er aus, dass sein Verhalten für einen anderen die Grundlage eines negativen Urteils abgebe. Es handelt sich also um einen Fall des bewusst-exoterischen Unterlassens.

III. Das mit einem Erfolg in Beziehung und das nicht in Beziehung gesetzte Unterlassen.

1. Das Unterlassen wird unter Umständen mit einem äusseren Erfolge in eine bestimmte notwendige Beziehung gebracht. Im Nachfolgenden ist festzustellen, wie ein derartiger notwendiger Konnex gedacht werden muss.

α) Die Lösung des angeregten Problems setzt voraus, dass man über das eigentlich fragwürdige desselben zur Klarheit gelangte.

a) Auszugehen hat die Charakterisierung des Problems von der Darstellung eines praktischen Falls, der die Essentialia des mit einem Erfolge in notwendige Beziehung gesetzten Unterlassens aufweist. Ein Spaziergänger am Elbufer sieht, wie ein Kind von einer Zille ins Wasser fällt. Am Schiffsrande steht ein Mann mit einem Rettungsring in den Händen. Der Beobachter hält den Wurf desselben für relativ-möglich. Erfolgt derselbe, kommt das Kind mit dem Leben davon. Das Verhalten des Schiffers führt zu dem negativen Urteil: „er unterliess es, den Rettungsring dem Kinde zuzuwerfen". Unterdessen ertrank das Kind. Jetzt urteilt der negative Beurteiler: „das Kind ist ertrunken, weil der Schiffer den Seilwurf unterliess".

β) Das Unterlassen ist also „kommissiv", wenn mit seiner Hilfe die Notwendigkeit eines Erfolges begründet wird. Diese Begründung würde kein spezielles Problem enthalten, wenn das Unterlassen im Sinne der negativen Kausalitätstheorien als äusserer Vorgang aufzufassen wäre. In diesem Falle würde der Hinweis auf die Unterlassung zur kausalen Begründung des Erfolgseintritts führen. Nun kann aber das Unterlassen nicht als realer Vorgang gedacht werden. Das Unterlassen ist ein negatives Urteil, und dieses kann mit einem äusseren Geschehen als solchem nicht in notwendige Beziehung gebracht werden. Nur Vorgänge können mit Vorgängen, Erkenntnisse mit Erkenntnissen als Grund und Folge notwendig verknüpft werden. Eine Form des Satzes vom Grunde, in welcher eine Erkenntnis den Grund eines Vorganges abgibt, ist dem Menschen nicht gegeben;[1]) und eine solche scheint gerade der Begriff eines „kommissiven" Unterlassens zu postulieren. Damit ist das eigenartig fragwürdige des Problems gekennzeichnet worden.

γ) Zugleich ist aber mit dem Gesagten die Richtung angegeben, in deren Verlauf eine Lösung allein möglich ist. Es muss sich zeigen lassen, dass das negative Urteil im Falle eines kommissiven Unterlassens nicht den Eintritt eines Erfolges begründet, sondern das Urteil, dass

---

[1]) Schopenhauer: Werke. Bd. III. (Ausgabe Reclam.) S. 40.

ein Erfolg eintreten muss. Die Tatsache, dass eine Veränderung erfolgte, kann nur auf eine „überleitende" Veränderung zurückgeführt werden; das Urteil dagegen: ein Erfolg muss eintreten, kann nur auf ein anderes Urteil zurückgeführt werden. Das „kommissive" Unterlassen begründet also unmöglich die Tatsache, dass ein Erfolg eintrat; die gesuchte notwendige Beziehung kann also nicht zwischen dem Urteil und dem Eintritt des Erfolges bestehen, sondern zwischen dem Urteil und der Erkenntnis, dass ein Erfolg eintreten muss, in dem die letztere mit Hilfe des negativen Urteils begründet wird.

b) Mit der Erkenntnis des Problems sind für die Lösung die Bahnen vorgezeichnet.

a) Bei jeder Gegenwartserkenntnis kann sich das Subjekt den Verlauf der Zukunft ausmalen, sofern ein bestimmtes Geschehnis wirklich werden sollte. Es kann also stets das hypothetische Urteil formen: wenn der Vorgang A wirklich wird, muss die Veränderung B eintreten. Kann dann dieses Urteil mit der Erkenntnis verknüpft werden: A ist wirklich eingetreten, so ergibt sich der Schluss: also muss B eintreten. Wird dagegen negativ geurteilt: A ist nicht wirklich geworden, muss der betreffende negative Beurteiler auch weiter schliessen: also kann B nicht eintreten. Jeden beliebigen Vorgang kann sich das Subjekt also vorstellen und auf dieser Vorstellung sein Luftschloss basieren. Stellt sich heraus, dass das Vorgestellte nicht wirklich werden kann, so muss auch alles das unmöglich sein, was nur eintreten konnte, nachdem das zunächst Vorgestellte existent geworden war. Die Bäuerin sagt sich: „wenn das Schock Eier in meinem Korbe ausgebrütet ist, besitze ich 60 Hühner. Diese legen wieder Eier, und meine Hühnerzahl steigt ins Ungemessene." Vor Freuden macht sie einen Luftsprung, und alle Eier zerbrechen. Jetzt muss sie schliessen, dass alle die hypothetischen Reichtümer ihr nicht zufallen können. Der gleiche Schluss charakterisiert das sog. kommissive Unterlassen. Der negative Beurteiler stellt sich eine Willensäusserung des negativ Beurteilten als möglich vor und knüpft an diese Vorstellung sein hypothetisches Urteil. Er sagt sich: wenn das beurteilte Subjekt die betreffende Handlung vornimmt, so muss der und der bestimmte Erfolg eintreten. Verknüpft er nun mit diesem hypothetischen Urteil die Erkenntnis: die Handlung wurde nicht vorgenommen, also das negative Urteil des Unterlassens, so ergibt sich für ihn der Schluss: also kann der hypothetische Erfolg nicht eintreten. Das an die Spitze der Erörterung gestellte Beispiel würde sich unter dem

angezeigten Gesichtswinkel folgendermassen auflösen lassen: der Beobachter hält das Zuwerfen des Rettungsringes durch den Schiffer für relativ-möglich. Auf Grund seiner Gegenwartserkenntnis sagt er sich: „Wenn dem ertrinkenden Kinde der Ring zugeworfen wird, so wird es aus dem Wasser gezogen.“ Das Verhalten des Schiffers führt den negativen Beurteiler zu dem Urteil, „er unterliess es, den Rettungsring dem Kinde zuzuwerfen“. Die Verknüpfung beider Urteile ergibt nunmehr den Schluss: „er unterlässt den Wurf: also kann das Kind nicht gerettet werden“.

β) Mit dem Hinweis auf das durch den negativen Beurteiler gebildete hypothetische Urteil ist das eine Charakteristikum des kommissiven Unterlassens angegeben, doch noch ist dasselbe nicht abschliessend bestimmt. Nach dem bis jetzt Gesagten kann mit Hilfe des negativen Urteils nur geschlossen werden, dass ein hypothetisch ins Auge gefasster Erfolg nicht eintreten kann; während der Schluss zu fordern war, dass ein bestimmtes Ereignis eintreten müsse. In folgendem Fall ist zwar ein hypothetisches Urteil, aber doch kein kommissives Unterlassen gegeben. Ein Hochtourist sagt sich: „wenn ich meinen Plan, nach Chamonix zu reisen ausführe, so werde ich die Aiguilles du Dru besteigen“. Sobald er das negative Urteil fällen muss: „ich unterlasse die Reise nach Chamonix“, so muss er gleichfalls schliessen, „die für diesen Fall geplanten Hochtouren können nicht wirklich werden“. Allein in diesem Fall ist das Unterlassen nicht kommissiv, da der Tourist mit Hilfe des negativen Urteils nicht schliesst, dass etwas bestimmtes eintreten muss, sondern nur, dass etwas nicht eintreten kann. Der Begriff des kommissiven Unterlassens setzt also voraus, dass der negative Beurteiler weiss, was positiv eintreten muss, wenn etwas hypothetisch ins Auge Gefasstes nicht eintreten kann. Unter dieser Voraussetzung würde der negative Beurteiler beim kommissiven Unterlassen folgendermassen schliessen müssen:

Wenn die Handlung A erfolgt, wird auch das Geschehen B wirklich.
Nun erfolgt die Handlung A nicht: „er unterlässt“.

Also: kann auch das Geschehen B nicht verwirklicht werden.

Wenn das Geschehen B nicht wirklich wird, muss C wirklich werden.

Nun kann B nicht wirklich werden.

Also: muss C wirklich werden.

Oder um das Gleiche an dem leitenden Beispiel durchzuführen, so muss der negative Beurteiler schliessen:

Wenn der Schiffer den Ring wirft, wird das Kind gerettet.
Nun wirft der Schiffer den Ring dem Kinde nicht zu: „er unterlässt".

Also: kann das Kind nicht gerettet werden.
Wenn das Kind nicht gerettet wird, so muss es ertrinken.
Nun wird das Kind nicht gerettet.

Also: muss das Kind ertrinken.

Mit dem Hinweis auf diesen Doppelschluss ist das Wesen des kommissiven Unterlassens erklärt worden. Es bedarf nur noch eines Nachweises der Voraussetzungen, welchen zufolge aus der Erkenntnis, dass der hypothetisch in Betracht gezogene Erfolg nicht eintreten kann, auf den Eintritt eines positiven Geschehens geschlossen werden muss.

γ) Wenn das Subjekt von einer bestimmten Gegenwartserkenntnis ausgehend eine Körperbewegung als relativ-möglich ins Auge fasst, sind die Voraussetzungen für das kommissive Unterlassen gegeben. Das Subjekt kann sich ein Zukunftsbild entwerfen, einmal für den Fall, dass die betreffende Körperbewegung erfolgt, sodann für den Fall, dass sie nicht erfolgt. Es sagt sich, dass eine wie das andere ist möglich. Der eine Vorgang wird notwendig, wenn die Körperbewegung erfolgt. Wird dieser Vorgang nicht existent, muss der andere eintreten. Das Subjekt kann also stets das Urteil bilden: wenn die Körperbewegung A erfolgt, tritt der Erfolg B ein; dagegen erfolgt C, wenn B nicht existent wird. Nun unterliess der negativ Beurteilte die Handlung A, also muss C eintreten. Der Beobachter im Beispiel sagt sich: entweder ertrinkt das Kind oder es wird aus dem Wasser gezogen. Wenn der Schiffer das Seil wirft, wird es aus dem Wasser errettet. Nun wirft jener das Seil nicht, also muss das Kind ertrinken. Bei jedem Unterlassen sind mithin die Voraussetzungen gegeben, auf dass es als „kommissiv" mit einem Erfolge in Beziehung gesetzt werden kann. Um diese Erörterungen mit einer Definition des gesuchten Begriffes abzuschliessen, sei dieser folgendermassen bestimmt: kommissiv ist das Unterlassen, wofern das negative Urteil — in Verbindung mit dem hypothetischen Urteil: ein Erfolg muss eintreten, wenn die vom negativen Beurteiler ins Auge gefasste Willensäusserung existent wird, wie mit der Erkenntnis des Erfolges, welcher eintreten muss,

wenn der hypothetisch in Betracht gezogene Vorgang nicht stattfindet — den Schluss begründet, dass ein positiver Erfolg eintreten muss.

c) Die also gefundene Lösung ist mit Bezug auf das exoterische wie das esoterische Unterlassen durchzuführen.

α) Wie das Unterlassen überhaupt nicht durch den Unterlassenden, den negativ Beurteilten, zu stande kommt, sondern nur durch den negativen Beurteiler, so kann es auch nur von diesem und nicht etwa vom Unterlassenden abhängen, ob die Unterlassung kommissiv ist oder nicht. Besser als durch einen derartigen Nachweis kann die Möglichkeit einer negativen Kausalität im Sinne der Unterlassungskausalitätstheorien nicht widerlegt werden. Jedes Unterlassen kann kommissiv sein und ist es auch, wenn der negative Beurteiler sich vorgestellt hat, was eintreten muss, wenn die als relativ-möglich ins Auge gefasste Körperbewegung stattfindet, und zugleich sich klar gemacht hat, was geschehen wird, wenn der hypothetische Erfolg nicht eintreten kann. Ob der negative Beurteiler sich die entsprechenden Einsichten verschaffen will, ist seine Sache, von ihm allein hängt es ab, ob er das negative Urteil weiter zur Urteilsbegründung im angezeigten Sinne verwenden will oder nicht, ob also für ihn das Unterlassen kommissiv sein soll oder nicht.

β) Wie das Unterlassen überhaupt exoterisch und esoterisch sein kann, je nach der Person des negativen Beurteilers, ist auch das „kommissive" Unterlassen entweder exoterisch oder esoterisch. Zunächst einige Worte vom exoterisch-kommissiven Unterlassen. In diesem Falle erwartet ein negativer Beurteiler, der mit dem negativ Beurteilten nicht identisch ist, von letzterem eine Willensäusserung. Es bildet das charakterisierte hypothetische Urteil und weiss was eintreten muss, wenn der hypothetische Erfolg ausbleibt. Als Beispiel diene der an die Spitze gestellte praktische Fall vom ertrinkenden Kinde. Ebenso gut wie es ein rein exoterisches Unterlassen geben kann, ist ein blos exoterisch-kommissives Unterlassen denkbar. Gesetzt, der Schiffer im leitenden Beispiel sei schwer betrunken. Er hält den Ring in der Hand, allein, dass das Kind ins Wasser fiel, ist ihm garnicht ins Bewusstsein getreten. Er selbst kann das negative Urteil nicht fällen, noch weniger mit seiner Hilfe schliessen, dass ein positiver Erfolg eintreten muss.

γ) Was vom exoterischen Unterlassen gesagt wurde, gilt entsprechend vom esoterischen. Auch hier ist der Fall eines bloss esoterisch kommissiven Unterlassens denkbar. Als Beispiel erinnere ich an eine

bekannte Stelle aus Stendhals Chatreuse de Parme. Der Graf Moska kennt die Gefahr, in welcher der Held des Romanes sich befindet. Er allein weiss, dass er ihn durch seine Rückkehr aus Bologna retten kann. Und dann heisst es: „Qui eût songé à lui faire un sujet de reproche de la mort de Fabrice arrivée en son absence, et pour une si sotte cause? Mais il avait une de ces âmes rares qui se font un remords éternel d'une action généreuse qu'elles pouvaient faire et qu'elles n'ont pas faite; d'ailleurs il ne put supporter l'idée de voir la duchesse triste, et par sa faute." (Chap. VIII.)

2. Nachdem der Begriff des kommissiven Unterlassens entsprechend festgestellt und durchgeführt worden ist, soll im Nachfolgenden der Zusammenhang gekennzeichnet werden, der zwischen den Aussagen besteht: diese Körperbewegung ist kausal, und: dies Unterlassen ist kommissiv, um endlich auf diesem Wege den Denkfehler zu charakterisieren, der zur Annahme verführte, es müsse sich die Behandlung des Unterlassens als kausal kausaltheoretisch rechtfertigen lassen.

a) Zunächst ist das den beiden Aussagen Gemeinsame festzustellen.

α) Wenn von einer Veränderung bezw. von einer Körperbewegung behauptet wird, sie sei mit Bezug auf einen bestimmten Erfolg kausal, so stützt sich diese Aussage entweder auf einen real gegebenen Konnex überleitender Veränderungen, oder auf ein hypothetisches Urteil. Den Kausalkonnex kann man erst anschaulich überblicken, wenn der betreffende Erfolg eingetreten ist, also ex post. Ganz anders wird bei der Beurteilung ex ante verfahren. Es handelt sich um die Aussage: da diese Veränderung erfolgte, muss jene in Zukunft eintreten. In der Veränderung als solcher ist nichts enthalten, was einen Schluss auf das Zukünftige begründen könnte, wie Hume dies nachdrücklichst hervorhob. Soll jenes Urteil: die betreffende Veränderung muss eintreten, dennoch gerechtfertigt sein, muss die Erkenntnis, dass die entsprechende Körperbewegung bezw. der fragliche Vorgang existent wurden, mit dem hypothetischen Urteil verknüpft werden: wenn die und die Veränderung erfolgt, muss der und der Erfolg in Zukunft eintreten. Ex post betrachtet, lässt sich jede Veränderung als überleitende bestimmter anderer nachweisen, ex ante jedoch nur dann, wenn die Erkenntnis ihres Eintritts mit dem charakteriserten hypothetischen Urteil verbunden worden ist.

β) Auf die Notwendigkeit eines Erfolgseintritts wird ex ante entweder mit Hilfe der Erkenntnis geschlossen, dass eine Veränderung eintrat, oder dass eine solche nicht eintrat, indem diese Erkenntnis mit

dem entsprechenden hpyothetischen Urteil verknüpft wird. Der Schluss: „dieser Erfolg muss eintreten", erfolgt entweder, indem geurteilt wird:

wenn A wirklich wird, muss B wirklich werden.
Nun ist A wirklich geworden.

Also muss B wirklich werden.

oder der Untersatz lautet:

Nun ist A nicht wirklich geworden,

---

also kann auch B nicht wirklich werden.

Wenn B nicht wirklich wird, muss C wirklich werden.
Nun kann B nicht wirklich werden.

Also muss C wirklich werden.

γ) Das Urteil: diese Körperbewegung ist kausal für einen künftigen Erfolg, und das andere: dies Unterlassen ist mit Bezug auf ein bestimmtes Geschehen kommissiv, wird mithin in völlig analoger Weise begründet, nur dass im einen Fall positiv und unmittelbar geschlossen wird, im zweiten dagegen negativ und mittelbar. Freilich darf diese Gleichheit nicht zu der irrigen Annahme verführen, das negative Urteil sei kausal, weil mit seiner Hilfe genau wie vermittelst der Einsicht, dass eine Veränderung erfolgt sei, auf den notwendigen Eintritt eines Erfolges geschlossen werden kann.

b) Bevor auf die in den letzten Worten angedeutete Gefahr eines Denkfehlers näher eingegangen werden kann, soll der Fall berücksichtigt werden, in welchem die chaarkterisierte Gleichheit von ganz besonderer Bedeutung ist, ich meine die Zusammenhänge zwischen bewusstem Verursachen und esoterisch-kommissivem Unterlassen.

α) Das bewusste Verursachen seitens eines Subjektes ist die Vornahme einer Körperbewegung in der Erkenntnis, dass mit ihrer Vornahme bestimmte ohne dieselbe unmögliche Veränderungen notwendig bezw. möglich werden müssen. Das Subjekt hält seine Körperbewegung für eine überleitende Veränderung eines bestimmten Erfolges, indem es das hypothetische Urteil bildet: wenn die Körperbewegung erfolgt, muss das und das in Zukunft eintreten. Ganz entsprechend liegt es beim esoterischen kommissiven Unterlassen. Das Subjekt als negativer Beurteiler schliesst: der und der Erfolg muss eintreten, weil ich auf Grund meines eigenen Verhaltens das negative Urteil fällen muss: ich unterliess die und die Körperbewegung. Mithin hängt in beiden Fällen der Schluss: der Erfolg muss eintreten, von dem Verhalten des betreffenden Sub-

jektes ab. Das Subjekt konnte sich ja nach seiner Interessenrichtung entweder so verhalten, dass es schliessen musste, der Erfolg muss eintreten, oder so, dass es zu folgern hatte, der Erfolg trat nicht ein. In diesem Sinne kann das bewusste Verursachen in der angezeigten Bedeutung wie das esoterisch-kommissive Unterlassen unter den gemeinsamen Oberbegriff des „Eintretenlassens" eines Erfolges subsumiert werden. Eintretenlassen heisst: sich so verhalten, dass man direkt oder indirekt mit Hilfe des hypothetischen Urteils ex ante auf die Notwendigkeit eines Erfolgseintritts schliessen muss.

β) Entsprechend der aufgewiesenen Gleichheit zwischen bewusstem Verursachen und dem esoterisch-kommissiven Unterlassen müssen sich bei diesem dieselben Formen (Versuch und Vollendung), dieselben Arten (Gefährden, dolus eventualis) ergeben, wie beim Verursachen. War der Schluss des Subjekts richtig, liegt Vollendung vor: d. h. der Erfolg tritt wirklich ein, wie er dem Schluss zufolge eintreten musste. War der Schluss falsch, ist Versuch gegeben. Der Räuber schliesst: wenn ich schiesse, stürzt mein Gegner tot zu Boden. Er schiesst, und jener kommt mit dem Leben davon. Der esoterisch Unterlassende schliesst: wenn ich ihm nicht die Hand reiche, muss er ertrinken. Er reicht ihm die Hand nicht, und dennoch kann jener sich retten. Freilich ist hierbei ein wesentlicher Unterschied zu beachten: beim Versuch durch Verursachen ist der Schluss falsch, weil das hypothetische Urteil inhaltlich falsch war: das hypothetische Urteil: wenn ich schiesse, stirbt er, war nicht richtig; beim Versuch durch Unterlassen ist das hypothetische Urteil selbst richtig, allein es wird falsch behandelt: die angegebene Bedingung wird fälschlich als die einzig-mögliche angesehen. Der Schiffer im leitenden Beispiel sagt sich: wenn ich das Seil werfe, wird das Kind gerettet. Der Schluss, das Kind kann nicht gerettet werden, weil ich das Seil nicht werfe, ist nur dann richtig, wenn das Seilwerfen die einzige Möglichkeit der Rettung darstellte. War dies nicht der Fall, sprang im letzten Augenblick ein Dritter dem Kinde zu Hilfe, war der Schluss falsch, und es ist Versuch gegeben.[1]) War dagegen das hypothetische Urteil selbst falsch, hätte das Kind auch nicht durch den Seilwurf gerettet werden können. Es kann in diesen Fällen von einem kommissiven

---

[1]) Landsberg bemüht sich vergeblich die Möglichkeit einer versuchten reinen Ommission darzutun. Er nimmt den Fall an, dass die Handlung bis zum Ablauf einer bestimmten Frist vorgenommen sein muss. Wer, während die Frist läuft, nicht handelt, weil er überhaupt nicht handeln will, dann aber doch noch vor

Unterlassen überhaupt nicht geredet werden, da aus dem negativen Urteil auf den Erfolgseintritt garnicht geschlossen werden kann.

γ) Wird von dem Subjekt statt auf die Notwendigkeit nur auf die Möglichkeit eines Erfolgseintritts geschlossen, so ist, wofern der mögliche Erfolg ein Unheil darstellt, der Fall der Gefährdung gegeben. Hätte der Gedanke an die Notwendigkeit des Unheils bei dem entsprechenden Verhalten das Subjekt nicht bestimmt, entweder die Körperbewegung zu unterlassen, oder die unterlassene vorzunehmen, würde es sich in strafrechtlicher Terminologie um ein „Eintretenlassen" dolo eventuali handeln.

c) Der angezeigten Gleichartigkeit gegenüber, die eine Subsumtion des bewussten Verursachens wie des esoterisch-kommissiven Unterlassens gestattet, darf der fundamentale Unterschied zwischen kausaler Veränderung und kommissiven Unterlassen nicht ausser Betracht gelassen werden.

α) Es handelt sich um den Gegensatz realer und rationaler Begründung eines Erfolgseintritts. Mit Hilfe des hypothetischen Urteils wird durch die Erkenntnis, dass die Veränderung erfolgte, das Urteil rational begründet, dass ein bestimmter Erfolg eintreten müsse. Die Erkenntnis, dass die Veränderung erfolgte, hat hier genau die gleiche Funktion wie beim kommissiven Unterlassen das negative Urteil. Dagegen begründet die Tatsache der Veränderung real die mit ihr in Verbindung stehenden Veränderung. Die Körperbewegung bezw. die Veränderung hat also eine gedoppelte Funktion: einmal gehört die Erkenntnis ihres Eintritts zur rationalen Begründung des Urteils, dass der Erfolg eintreten müsse; sodann begründet die Tatsache ihres Erfolges, insofern sie überleitende Veränderung ist, realiter das Eintreten anderer Vorgänge. Nur mit Bezug auf die erste Funktion kann die Veränderung mit dem negativen Urteil gleichgesetzt werden. Das negative Urteil kann wohl ein anderes Urteil begründen, aber niemals einen äusseren Vorgang.

Fristablauf die Handlung vornimmt, hat nach Landsbergs Konstruktion eine Ommission „versucht".

Diese Konstruktion ist überflüssig und falsch. Sie ist überflüssig, weil, wie dies Landsberg S. 173 selbst zugibt, der Versuch stets durch tätige Reue rechtlich ausgeglichen wird. Sie ist falsch: denn das Gebot fordert nur, dass bis zu einer bestimmten Zeit gehandelt werde. Vor Ablauf der Frist kann das Gebot überhaupt nicht übertreten werden. Hat das Subjekt bei Fristablauf gehandelt, hat es seine Pflicht getan, ohne sie je vorher verletzt zu haben.

Vergl. C. T. Rubo: Kommentar. S. 410. Dagegen u. a. Luden: a. a. O. S. 467 f. Glaser: a. a. O. S. 292.

β) Die Verwechslung bezw. Gleichsetzung der beiden Funktionen ist ein sehr naheliegender Denkfehler. In beiden Fällen wird mit der Gegebenheit einer Veränderung die Notwendigkeit einer anderen begründet. Nun ist der notwendige Konnex zwischen Veränderungen der von Ursache i. e. S. und Wirkung. Mithin erscheint der Schluss: weil diese Veränderung stattfand, muss jene andere eintreten, als eine kausale Begründung; man verkennt also den Unterschied zwischen der Betrachtung ex ante wie der ex post.

γ) Ist dieser in der Geschichte der Kausalitätstheorien eine so bedeutsame Rolle spielende Denkfehler einmal gemacht, ist das kommissive Unterlassen ebenso kausal wie die Veränderung, mit deren Hilfe doch in ganz gleicher Weise die Notwendigkeit eines Erfolgseintritts begründet wird. Doch sollen diese Zusammenhänge zwischen jenem Fehler und dem Entstehen der Unterlassungskausalitätstheorie im Folgenden eingehender dargestellt werden.

3. Damit ist die Untersuchung an dem Punkt gelangt, von welchem aus die negativen Kausalitätstheorien nicht mehr bekämpft zu werden brauchen, vielmehr aus dem ihnen zu Grunde liegenden Fehler als aus einem einheitlichen Prinzip erklärt werden können.

a) Eine Vorahnung des wahren Wesens des kommissiven Unterlassens enthalten die Theorien, welche zwischen der Unterlassung und dem Erfolge keinen Kausalzusammenhang, wohl aber einen der Kausalität analogen Konnex annehmen.

α) Diese insbesondere durch v. Liszt[1]) vertretene Auffassung gibt in Wahrheit das Problem wieder, welches dem Begriff eines kommissiven Unterlassens zu Grunde liegt. Das Unterlassen soll mit dem Erfolg nicht in kausalem Konnex stehen; also kann es selbst nicht als realer Vorgang aufgefasst werden. Die Theorie sucht also nach dem unmöglichen Bande zwischen einem real und einem nur irreal Gegebenen, genauer dem negativen Urteil und einem realen Erfolge. Diese Verknüpfung muss notwendig sein, wie der Kausalkonnex, ohne jedoch diesem gleichartig zu sein, also der Kausalität analog. Fragt man aber weiter, wie denn dies analoge Band gedacht werden solle, so steht man vor derselben Frage, mit der die Erörterungen über den Begriff eines kommissiven Unterlassens eingeleitet wurden.[2])

---

[1]) v. Liszt: a. a. O. S. 130 f. J. Hrehorowicz: Die Grundbegriffe des Strafrechts. 2. Aufl. 1882. S. 312 f. Eduard Herz: Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. Erster Band. 1886. S. 196 ff.

[2]) Vergl. auch v. Rohland: a. a. O. S. 116.

β) Indessen die Behauptung eines der Kausalität „analogen" Zusammenhangs enthält nicht nur einen Hinweis auf das Problem, sondern auch einen solchen auf die Lösung. Analogie bedeutet Gleichartigkeit der Form bei Verschiedenheit des Inhalts. Man denke an 2 analoge Dreiecke. Im vorliegenden Falle ist gleichartig die Notwendigkeit der Verknüpfung, dagegen ist verschiedenartig, was notwendig verknüpft wird. Es handelt sich also um zwei verschiedene Formen des Satzes vom Grunde. Die behauptete Analogie muss mithin diejenige sein, die besteht zwischen einer notwendigen Verknüpfung nach Massgabe des Realgrundes einerseits, nach Massgabe des Erkenntnisgrundes andrerseits.

γ) Allein jeder Form des Satzes vom Grunde entspricht eine bestimmte Klasse von Objekten.[1]) Das principium rationis sufficientis fiendi bestimmt den notwendigen Zusammenhang realer Vorgänge;[2]) das principium rationis sufficientis cognoscendi den der Erkenntnisse.[3]) Also sagt die v. Lisztsche Theorie in Wahrheit aus: beim kommissiven Unterlassen handelt es sich um die notwendige Beziehung zwischen Erkenntnissen, ohne jedoch die Eigenart dieser Verknüpfung ergründet zu haben.

2. Durch die Darstellung dieser der hier vertretenen Lehre verwandten Auffassung ist nochmals der Denkfehler hervorgehoben, welcher bei den Versuchen eine Unterlassungskausalität nachzuweisen, die entscheidende Rolle gespielt hat.

α) Der Versuch eine negative Kausalität nachzuweisen, setzt voraus, dass man im Unterlassen selbst einen realen Vorgang erblickt. Diesen will man als mit einem Erfolge notwendig verknüpft nachweisen, und muss so einen Kausalkonnex da annehmen, wo nur nach dem Erkenntnisgrunde gefragt werden kann.

β) Diese Verwechslung von Real- und Erkenntnisgrund hat aber ihre zwei Seiten. In erster Linie sieht man sich genötigt im Unterlassen eine Bedingung, d. h. in Wahrheit eine überleitende Veränderung des Erfolges nachzuweisen. Sodann verkennt man allgemein die gedoppelte Funktion der Veränderung mit Bezug auf die Begründung einer anderen. Man beachtet nicht, dass bei Beurteilung ex ante die Erkenntnis der Körperbewegung in Verbindung mit dem hypothetischen Urteil das Urteil begründet, dass eine bestimmte Veränderung eintreten müsse.

---

[1]) Schopenhauer: Bd. III, S. 40.
[2]) Schopenhauer: l. c. S. 41, 47.
[3]) Schopenhauer: l. c. S. 113 f., 121.

γ) Diese zweite Verwechslung liess die v. Lisztsche Lehre nicht zu ihrem inneren Abschluss kommen. Die charakterisierte Anschauung glaubte eine Veränderung begründen zu müssen und verkannte somit, dass es sich nur darum handeln konnte, den Erkenntnisgrund für den Schluss aufzuweisen, dass eine Veränderung eintreten müsse. Diese Unklarheit verhinderte, dass durch jene Theorie das Wesen der das kommissive Unterlassen charkterisierenden Erkenntnisverknüpfung positiv festgestellt wurde.

3. Abschliessend soll die Quintessenz der Unterlassungskausalitätstheorien vom gewonnenen Standpunkt aus in Kürze gewürdigt werden. Es ist jetzt die Stelle erreicht, an welcher sich die Gedanken des vorliegenden Abschnitts mit denen des vorigen zur Einheit zusammenschliessen.

α) Die Unterlassungskausalitätstheorien mussten sämtlich auf den Gedanken hinauslaufen: die Nichtvornahme einer relativ-möglichen Körperbewegung, bei deren Vornahme ein bestimmter Erfolg nicht eingetreten wäre, ist für denselben kausal. Da die Vornahme als objektiv möglich gedacht werden musste, was allein vom im indeterministischen Sinne wahlfreien Willen gelten kann, mussten sich sämtliche Theorien jener Art auf eine bestimmte subjektive Version des Interferenzgedankens hinüberführen lassen. Die Intereferenzlehre und damit jede mögliche negative Kausalitätstheorie ist oben auf doppeltem Wege widerlegt worden: einmal wurde die juristische Irrelevanz des Interferensaxioms nachgewiesen, sodann wurde dieses selbst durch kausaltheoretische Erwägungen als irrig dargestellt. Jede der beiden Gegenargumentationen erscheint vom gewonnenen Standpunkt aus unter einem neuen Lichte.

β) Der leitende Satz der Unterlassungskausalitätstheorien kennzeichnete in Wahrheit das Wesen des kommissiven Unterlassens im Sinne der vorangeschickten Erörterungen. Kausal soll sein die Nichtvornahme einer Körperbewegung, bei deren Vornahme der Erfolg nicht eingetreten wäre. Dieser Satz hat folgenden Tatbestand im Auge: das Subjekt, der negative Beurteiler, hält eine Körperbewegung eines Willensträgers für relativ-möglich. Er macht sich klar, was eintreten muss, wenn diese Bewegung erfolgt. Zugleich weiss er, was geschehen wird, wenn der hypothetische Erfolg ausbleibt. Der negative Beurteiler fällt jetzt das negative Urteil und begründet, indem er dasselbe mit dem von ihm gebildeten hypothetischen Urteil verbindet, die Erkenntnis, dass ein bestimmter Erfolg eintreten muss. Der Inhalt der negativen Kausalitätstheorien kann mithin folgendermassen bestimmt werden: man geht

aus von der oben gegebenen Definition des kommissiven Unterlassens; verwechselt man jetzt Erkenntnis- und Realgrund, so wird das inhaltlich als kommissives Unterlassen bestimmte negative Urteil für eine reale Tatsache gehalten, welche den Erfolg realiter begründen hilft. Sobald man diesen Fehler begeht, muss man die Vornahme der unterlassenen Bewegung für objektiv möglich halten, ohne freilich mit dieser Annahme das thema probandum erweisen zu können. Die oben geleistete Polemik beruht mithin auf dem Gedanken, dass es sich bei dem von der Theorie ganz richtig charakterisierten kommissiven Unterlassen niemals um einen kausalen Konnex handeln könne.

γ) Schon zuvor war das Interferenzaxiom als juristische Unmöglichkeit nachgewiesen worden. Durchaus nicht in allen Fällen, in denen ein kommissives Unterlassen vorliegt, darf dieses juristisch als kausal behandelt werden. Damit ist der Inhalt jener Polemik charakterisiert. Der negativ Beurteilte kann behandelt werden, wie wenn er einen Erfolg verursacht hätte, wenn nämlich aus dem negativen Urteil auf die gleiche Willensdisposition geschlossen werden muss wie bei der Ursachensetzung. Durchaus nicht jede Interferenz, d. h., unter Berücksichtigung des sub b Gesagten, nicht jede kommissive Unterlassung darf strafrechtlich als Verursachung behandelt werden, sondern nur diejenige, welche die gleiche Schuld manifestiert wie die entsprechende Verursachung. Das Eintretenlassen eines Erfolges durch Unterlassen im obigen Sinne manifestiert dann die gleiche Schuld wie das Eintretenlassen durch Verursachen, wenn dem Subjekt das eine ebenso wie das andere rechtlich verboten war, d. h. wenn ihm geboten war eine Handlung vorzunehmen, der zufolge der Erfolg nicht eintreten konnte, wie es ihm verboten war, eine Körperbewegung zu vollziehen, welche für den Erfolg kausal sein würde.[1])

Die strafrechtliche Theorie stand vor dem Problem, welches in der vom juristischen Standpunkt aus unter bestimmten Voraussetzungen zu fordernden Behandlung des Unterlassens als kausal enthalten liegt. Die Verwechslung von Real- und Erkenntnisgrund bei Bestimmung des kommissiven Unterlassens führte sie zu der Annahme, es müsse sich die fragliche Behandlung kausaltheoretisch rechtfertigen lassen: mithin wurde das kommissive Unterlassen als eine mit dem Erfolg kausal in

---

[1]) Die Notwendigkeit das oben sog. extensive Prinzip einzuführen, erklärt sich aus der Unmöglichkeit, bei jedem exoterisch-kommissiven Unterlassen ein esoterisch-kommissives bezw. eine Interferenz nachzuweisen. Vergl. das oben S. 174 Gesagte.

Beziehung stehende reale Tatsache aufgefasst. Somit müssen die Unterlassungskausalitätstheorien einmal kausaltheoretisch zu widerlegen sein, denn beim kommissiven Unterlassen ist ein realer Konnex unmöglich, sodann müssen sie juristisch zu Unmöglichkeiten führen, denn nicht jedes kommissive Unterlassen, sondern nur das gebotswidrige, kann dem verbotswidrigen Verursachen als Schuldmanifestation gleichgestellt werden. Erst durch den Hinweis einmal auf den irrealen Charakter des Unterlassens, sodann auf die Begründung des Urteils, dass ein Erfolg eintreten müsse, durch die Verknüpfung des negativen Urteils mit dem hypothetischen Urteil, hat das Problem seine positive Auflösung erhalten. — In diesen Worten liegt die Quintessenz alles dessen, was im vorliegenden Zusammenhang über die Unterlassung gesagt worden ist, enthalten.

§ 3. Das strafrechtlich relevante Unterlassen.

I. Der Begriff des strafrechtlich relevanten Unterlassens.

II. Dasselbe als bewusstes und unbewusstes Unterlassen.

III. Das Kommissivdelikt durch Unterlassen, das reine Ommissionsdelikt.

I. Der Begriff des strafrechtlich relevanten Unterlassens.

1. Zunächst ist der Begriff des strafrechtlich relevanten Unterlassens nach seiner formellen Seite hin zu bestimmen.

α) Das strafrechtlich bedeutsame Unterlassen ist ein exoterisches Unterlassen. Vom Anderen wird erwartet, dass er den Anordnungen des Rechtes Folge leisten werde. Als negativer Beurteiler ist jeder möglich, dem die Norm und ihre Bedeutung für den dem Rechte unterworfenen Menschen im allgemeinen bekannt ist, insbesondere aber der verordnete Vertreter der Gerichtsbarkeit: der negative Beurteiler als Richter.

β) Das strafrechtlich relevante Unterlassen ist weiter zu bestimmen als ein abstrakt-exoterisches Unterlassen. Es kann dem Richter von vornherein bekannt gewesen sein, dass der Delinquent der in einem Gebote ausgesprochenen Erwartung nicht Folge leisten werde. Mit Bezug auf das konkrete Subjekt würde also der Richter überhaupt nicht mit der Möglichkeit rechnen, dass dasselbe die vom Gesetz erwartete Handlung vollziehen werde, er würde also mit Rücksicht auf den konkreten Delinquenten überhaupt nicht von Unterlassung reden können. Vergegenwärtigt sich dagegen in solchen Fällen der Richter, welchen Sinn es haben könne, das nicht befolgte Gebot zu erlassen, so muss er

im konkreten Delinquenten den Vertreter einer Gattung erblicken, von deren Gliedern Gehorsam zu erwarten steht. War auch nicht anzunehmen, dass das konkrete Subjekt als solches Gehorsam leisten werde, so musste doch von dem Subjekt als Glied der Gattung der Gehorsam dem Gesetze gegenüber erwartet werden. Das konkrete Subjekt als Glied der Gattung entspricht nicht der Erwartung, dass es die Gattungseigenschaften trägt: „es unterlässt". Natürlich kann in vielen Fällen das strafrechtlich relevante Unterlassen zugleich ein konkret exoterisches sein. Der Richter durfte auch vom konkreten Subjekt als solchem Gehorsam erwarten. Doch kommt es darauf nicht weiter an, entscheidend bleibt, dass das strafbare Unterlassen abstrakt-exoterisch sein muss.

γ) Fragt man noch besonders nach dem Umfang der Abstraktion, so bestimmt sich diese nach dem Umfang des Kreises, an den sich die Erwartung richtet, dass in bestimmter Weise gehandelt werde. Das strafrechtliche Unterlassen setzt eine Norm voraus, die ein Handeln erheischt, die mithin von allen der Norm unterworfenen Subjekten Gehorsam erwartet. Dass die Gattung, von welcher ein Handeln erwartet wird, in den der ein Handeln befehlenden Norm Unterworfenen besteht, führt zum Abschluss der Bestimmung des strafbaren Unterlassens nach seiner formellen Seite, welches also zu definieren ist, als auf eine ein Handeln erheischende Norm gestütztes, abstrakt-exoterisches Unterlassen.

2. Dieser formellen Bestimmung hat die Kennzeichnung des strafrechtlich relevanten Unterlassens nach seiner materiellen Seite zu folgen.

α) Als exoterisches Unterlassen muss sich das strafrechtlich relevante auf die dem negativen Beurteiler zugängige Kenntnis vom Willenszustande eines anderen stützen. Nur bei einer bestimmten Kenntnis vom empirischen Charakter eines anderen, kann man eine gewisse Willensbetätigung für möglich halten und so ein negatives Urteil fällen.

β) Beim generell-exoterischen Unterlassen muss der negative Beurteiler beim Subjekt bestimmte Gattungseigenschaften annehmen. Von jedem Deutschen steht es zu erwarten, dass er sich beim Kaiserhoch vom Platze erhebt, denn bei jedem ist die Ehrfurcht vorm Kaiser vorauszusetzen.

γ) Stützt sich das negative Urteil auf die durch ein Rechtsgebot begründete Erwartung, dass der demselben Unterworfene den schuldigen Gehorsam leisten werde, so muss der negative Beurteiler beim Beurteil-

ten Eigenschaften annehmen, bei denen es Sinn hat, ein Gebot jener Art zu erlassen. Bestimmt man den allgemeinen Inhalt der rechtlichen Normen als Verbote, etwas dem Staatsleben Feindliches zu beginnen, als Gebote, dem Staatsleben Heilsames zu unternehmen, so kann es nur dann sinngemäss sein, Normen zu erlassen, wenn man vom Staatsbürger im allgemeinen ein soziales Interesse von vornherein erwartet. Somit kann das strafrechtlich relevante Unterlassen materiell bestimmt werden: als ein abstrakt-exoterisches auf Annahme des für den Staatsbürger normalen Sozialgefühls sich stützendes Unterlassen.[1])

3. Verbindet man jene formelle und materielle Bestimmung des strafrechtlich relevanten Unterlassens zur Einheit, so erhält man dessen Bestimmung nach seiner symptomatischen Bedeutung.[2])

α) Das exoterische Unterlassen ist dasjenige negative Urteil, welches möglich wird durch eine gewisse Kenntnis des negativen Beurteilers vom empirischen Charakter des Beurteilten. Auf Grund jener Kenntnis hält der negative Beurteiler eine bestimmte Willensäusserung für möglich. Wenn das wirkliche Verhalten dem als möglich vorgestellten nicht entspricht, so ergibt sich daraus, dass dem Subjekt eine bei ihm als möglich angenommene Willensdisposition fehlte. Das exoterische Unterlassen ist also ein Willenserkenntnismittel. Mit dem Urteil: er unterliess, weiss der negative Beurteiler zugleich, dass der Beurteilte nicht so war, dass er in bestimmter Weise hätte handeln müssen, sondern dass sein Charakter anders geartet war. Freilich bedarf das Gesagte einer Einschränkung. Jede Willensbetätigung setzt voraus, dass äussere Momente den Willen entsprechend bestimmt haben. Um eine Handlung richtig voraussehen zu können, muss man sowohl dem Charakter gerecht werden, als die äusseren Umstände richtig erfassen. Dass das Subjekt nicht der von dem negativen Beurteiler gehegten Erwartung entsprach, dass letzteres also ein Unmögliches als möglich setzte, kann beruhen auf Falschbeurteilung des Charakters wie der äusseren Umstände. Das

---

[1]) Vergl. Gand: a. a. O. S. 61: „il faut que l'acte ommis soit precisément celui que la société ou la victime ponvaient légitimement espérer de l'ommettant."

[2]) Vergl. Boyé: a. a. O. S. 25. „Demnach richtet sich bei der Unterlassung unser Augenmerk nicht auf die Kausalität, sondern darauf, ob sich in dem Unterlassen genügend Fehlsamkeit des Willens erkennen lässt." — Erich Hartmann: Das Kausalproblem im Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung des Verursachungsbegriffes im R.St.G., S. 77 f.

Gesagte ist also dahin einzuschränken: dass das exoterische Unterlassen nur dann für den negativen Beurteiler Willenserkenntnismittel sei, wenn dieser die den Willen motivierende Momente richtig erkannt hat.

β) Beim abstrakt-exoterischen Unterlassen erkennt mit gleicher Beschränkung der negative Beurteiler, dass dem Individuum bestimmte Gattungseigenschaften fehlen: denn, da das Handeln von ihm nur erwartet werden konnte, wenn man bestimmte Gattungseigenschaften bei ihm annahm, er also bei Besitz jener Eigenschaften entsprechend gehandelt hätte, so muss der negative Beurteiler dem abstrakt-exoterischen Unterlassen entnehmen, dass dem Beurteilten jene Qualitäten fehlten.

γ) Jene angegebene Beschränkung fällt fort, wenn das abstrakt-exoterische Unterlassungsurteil sich auf die Gegebenheit eines Gebotes stützt, in diesem Falle trägt das Unterlassen unter allen Umständen symptomatischen Charakter. Es hat nur dann Sinn, ein Rechtsgebot zu erlassen, wenn das entsprechende Sozialinteresse als gegeben vorausgesetzt werden kann. Im strafrechtlichen Sinne kann nur derjenige unterlassen, an den sich das betreffende Rechtsgebot richtet. Es richtet sich z. B. nicht an Handlungsunfähige im Sinne des Gesetzes, an irgendwie von der Norm Eximierte. Von jedem aber, an den sich die ein Handeln heischende Norm wendet, darf Gehorsam, darf das notwendige Sozialinteresse erwartet werden. Das strafrechtlich relevante Unterlassen ist also in jedem Falle ein solches, das die Erkenntnis vermittelt, dass dem Beurteilten die bei Erlass des Gebotes vorausgesetzte Gattungseigenschaft, das notwendige Sozialinteresse, fehlte. Bezeichnet man ferner den Mangel an sozialem Interesse als Schuld im rechtlichen Sinne, so ist das strafrechtliche Unterlassen zu bestimmen als Schulderkenntnismittel. Die Schuld im strafrechtlichen Sinne wird insbesondere dadurch charakterisiert, dass sie im Sinne des Gesetzes als strafwürdig erscheint. Eine derartige strafwürdige Schuld manifestiert auch das strafrechtlich relevante Unterlassen, welches mithin unter Bezugnahme auf seinen symptomatischen Charakter definiert werden kann als das Unterlassen als Strafschulderkenntnismittel.[1])

---

[1]) Natürlich ist der Fall denkbar, dass der Unterlassende anstatt dem Gebote gemäss zu handeln, eine schon für sich genommen strafbare Handlung begeht. „Wir können daher", sagt Adolf Merkel, welcher diesen Fall besonders in Betracht zieht, „von einer idealen Konkurrenz positiven und negativen Unrechts reden". Krim. Abhandlungen: S. 90/91.

II. Das strafrechtlich relevante Unterlassen als bewusst und unbewusst.

a) Die symptomatische Bedeutung des strafrechtlich relevanten Unterlassens ist verschieden, je nachdem das Unterlassen ein bewusstes war oder nicht. Es handelt sich also um die Frage nach der strafrechtlichen Wertung des Unterschiedes, der darin liegt, dass dem Subjekt die Tatsache, dass gestützt auf sein positives Verhalten ein von dem Rechtsgebot ausgehendes abstraktes Unterlassungsurteil zu fällen ist, bekannt sein kann oder auch nicht.

b) Das Rechtsgebot erwartet Gehorsam; es richtet sich an solche, die ihm bei dem vorausgesetzten Sozialinteresse entsprechen müssen. Die Tat, als Willensbefriedigung, ist das positive Willenserkenntnismittel. Dass jemand etwas Bestimmtes will, erkennt man aus seinem entsprechenden Handeln.[1]) Wenn jemand, von dem man weiss, dass er sich der Möglichkeit eines Zieles bewusst ist, nicht handelt, so erkennt man, dass er die Erreichung desselben nicht begehrt. Wer weiss, dass ihm etwas geboten wird und dennoch nicht entsprechend handelt, manifestiert durch sein Unterlassen, dass er kein Interesse daran nimmt, das Gebot zu erfüllen. Gessler kannte genau die symptomatische Bedeutung des bewussten Unterlassens, als er den Fürstenhut auf die Stange setzen liess. Wer ein Rechtsgebot bewusst nicht befolgt, manifestiert dadurch den Mangel des bei Erlass des Gebotes generell vorausgesetzten Sozialgefühls, insofern er zu erkennen gibt, dass er dem Gebote nicht gehorchen will.

c) Das bewusste strafbare Unterlassen gibt kund, dass das negativ beurteilte Subjekt dem Rechtsgebote nicht willfahren wollte. Etwas anderes aber ist es, nicht wollen, dass ein Gebot erfüllt wird, und, kein Interesse daran nehmen, ob es befolgt wird oder nicht. Diesen letzteren Mangel an Interesse an der Gebotserfüllung manifestiert das unbewusste strafrechtlich relevante Unterlassen.

α) Mit dem Interesse eines Menschen verknüpfen sich ganz bestimmte Vorstellungsassoziationen. Liebe und Hass haben scharfe Augen, sagt ein Sprichwort. Ein Maler sieht auf einem Bilde unendlich viel mehr als ein Laie; dem Musiker sagen die gleichen Töne etwas ganz anderes als dem Nichtkünstler. Wer nach bestimmten historischen Zusammenhängen sucht, findet sie stets, das gehörige Zwielicht vorausgesetzt. Wer

---

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 127.

an einem Werke der Literatur ein spezielles Interesse nimmt, wird es immer unter einem bestimmten eigenartigen Gesichtswinkel lesen. Ich denke etwa an Sophokles Antigone. Der Ästhetiker hat eine andere Freude als der Ethiker. Wo dieser sinnend stehen bleibt, geht der Psychologe vielleicht rasch vorüber, um endlich aus einem Worte sein Geheimnis zu lesen, an welchem jener achtlos weiter gegangen ist. Darin liegt ja gerade der grosse Reiz des Zusammenlebens mit Menschen verschiedener Interessensphären: zu sehen wie derselbe Text so unendlich verschiedener Interpretationen fähig ist. Doch es mag mit diesen Andeutungen genug sein. Es kam mir nur darauf an, die Tatsache solcher Assoziationen hervorzuheben. Wer also ein bestimmtes Interesse hat, nimmt etwas Bestimmtes notwendig wahr. Wer die Wahrnehmung nicht macht, hat eben das betreffende Interesse nicht. Von Personen, die uns nahe stehen, wissen wir z. B. den Geburtstag genau. Weil wir das Interesse haben, erinnert uns das Nahen des betreffenden Datums an jene Persönlichkeit. Deshalb liegt ein peinlicher Affront im Vergessen einer Einladung, eine leise Kränkung in dem Nichtwiedererkennen einige Zeit nicht gesehener Nachbarn. So bezeichnet man Handlungen, die nur möglich sind, wenn der Handelnde einem Anderen Interesse entgegenbringt, wenn er „aufmerkt", als „Aufmerksamkeiten". Wer irgendwie von dem Bestehen eines Gebotes erfährt und ein Interesse daran hat, dass demselben entsprochen werde, wird im entscheidenden Augenblicke wissen, was von ihm verlangt wird. Unterlässt er, nachdem ihm das Gebot kundgetan worden, dennoch unbewusst die anbefohlene Handlung, zeigt er damit, dass er an der Gebotserfüllung kein Interesse nahm. Wer eine rechtlich gebotene Handlung unbewusst unterlässt, beweist dadurch: 1. entweder, dass er von dem Gebot niemals etwas vernahm; oder, 2. dass er, obzwar er vom Gebot vernommen, nicht das erwartete Interesse an der Ausführung desselben besass.[1])

β) Die Tatsache, dass jemand unbewusst etwas rechtlich Gebotenes deshalb unterliess, weil er von der Norm nichts wusste, kann ein Schuldsymptom in zweiter Potenz abgeben. Weshalb wusste er nichts vom Gebot? Musste er sich bei dem vom Recht bei ihm zu erwartenden Sozialinteresse sagen, dass in der betreffenden Sache ein Gebot erlassen sei, und war es von ihm zu verlangen, dass er Erkundigungen einzog? Wenn ja, so manifestiert das Unterlassen zunächst das Unwissen um die

---

[1]) Vergl. Gand: a. a. O. S. 118.

Norm, und dieses wieder den Mangel an gehörigem Sozialinteresse. Doch sind diese zum Problem der Fahrlässigkeit gehörenden Gedanken in diesem Zusammenhang nicht weiter auszuspinnen. Es genügt den Begriff der Fahrlässigkeit allgemein bestimmt zu haben, als Mangel an Vorstellungen, die gegeben gewesen wären, bei dem von der Rechtsordnung vorausgesetzten Sozialinteresse. Diese Definition stimmt völlig mit der herrschenden überein, nach welcher die Fahrlässigkeit bestimmt wird als Nichtvoraussicht eines Erfolges, den das Subjekt hätte voraussehen können und müssen. „Es hätte voraussehen können", kann, da es ja in Wahrheit nicht voraussah, nur besagen, die Voraussicht wäre gegeben gewesen, wenn das Subjekt so gewesen wäre, wie es hätte sein müssen. Also ist nach herrschender Auffassung die culpa die Nichtvoraussicht eines Menschen, der vorausgesehen hätte, wenn er so gewesen wäre, wie er sein musste. Nur der Terminus Voraussicht ist durch den allgemeineren Vorstellung zu ersetzen. Beim fahrlässigen Verursachen fehlt freilich die nötige Voraussicht, doch diese ist erst auf dem Boden der Gegenwartserkenntnis möglich. Ein bestimmtes gegenwärtiges Phänomen regt nicht bestimmte Assoziationen an, weil das entsprechende Interesse fehlt.[1]) Bei dem reinen Unterlassen fehlt, so fern es unbewusst erfolgt, nur die Assoziation, welche im Bewusstsein ruht, dass ein Handeln rechtlich geboten war, ohne dass eine Voraussicht zu erfordern war.

γ) Somit tragen bewusstes (vorsätzliches) und unbewusstes (fahrlässiges) Unterlassen ganz verschiedenen sympomatischen Charakter. Der dolos Unterlassende manifestiert, dass er dem Gebot nicht gehorchen will, der kulpos Unterlassende dagegen nur, dass er momentan an der Gebotserfüllung kein Interesse nimmt. Das kulpose Unterlassen gibt aber nicht zu erkennen, warum das Subjekt an der Gebotserfüllung kein Interesse nimmt. Formal sind zwei Möglichkeiten gegeben, entweder kann die Erfüllung dem Subjekt nur gleichgültig sein, d. h. wenn das Gebot erfüllt werden sollte, wäre es ihm auch recht; oder es kann gerade das vom Gebote Angestrebte positiv nicht wollen. Der fahrlässig Unterlassende kann vielleicht ebenso schuldig sein, wie der vorsätzlich Unterlassende. Freilich kommen diese Unterschiede beim fahrlässigen Unterlassen nicht zum Ausdruck. Auch die symptomatische Verbrechensauffassung erkennt den Satz an: cogitationis poenam nemo patitur.[2]) —

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 161.

[2]) Vergl. Mentha: a. a. O. S. 9 u. 25.

III. Das Kommissivdelikt durch Unterlassen und das reine Ommissivdelikt.

a) Zunächst sind die beiden in Frage kommenden Begriffe einander entgegenzustellen und so zu bestimmen.

α) Darin sind sich das reine Ommissivdelikt und Kommissivdelikt durch Unterlassen gleich, dass sie den Mangel an Interesse an einer Gebotsbefolgung manifestieren. Erfolgen sie bewusst, geben sie kund, dass das Subjekt das betreffende Gebot nicht erfüllen will, während aus dem unbewusstem Unterlassen nur zu entnehmen ist, dass das Subjekt an der Gebotserfüllung kein Interesse nahm.

β) Jeder Fall des strafrechtlich relevanten Unterlassens trägt seinen besonderen symptomatischen Charakter. Es ist etwas anderes, ob jemand dem Gebote zu rauben nicht nachkommt, oder dem des § 139. Die Art der Schuld bestimmt sich also nach dem Inhalt des Gebotes.

γ) Die beiden jetzt in Frage stehenden Gruppen von Unterlassungsdelikten unterscheiden sich in ihrer symptomatischen Bedeutung wie die Arten von Geboten, die ihnen zu Grunde liegen. In beiden Fällen stützt sich die generelle Erwartung auf ein Rechtsgebot zum Handeln, nur dass bei der einen Gruppe dies Gebot motiviert ist, und zwar kausal motiviert ist, bei der anderen nicht. Bei den reinen Ommissivdelikten lautet das Gebot: du sollst so und so handeln, bei den Kommissivdelikten dagegen: du sollst in bestimmter Weise handeln; denn: wenn du so handelst, tritt ein bestimmter Erfolg ein und ein anderer nicht. Das sog. kommissive Unterlassen ist ein solches, bei welchem der negative Beurteiler zugleich die Folgen ins Auge fasst, die wirklich werden, wenn die als möglich vorgestellte Willensbetätigung realisiert wird. Das entsprechende Gebot wird erlassen, damit etwas Mögliches wirklich werde, und dann sich eine daran knüpfende Folge realisiere, und somit das nicht eintreten kann, was eintreten würde, wenn die betreffende Körperbewegung nicht erfolgte. Das Omissionsgebot lautet: wenn du von einem verbrecherischen Anschlag Kunde erhalten hast, so bringe ihn zur Anzeige, das Kommissivgebot ist dagegen zu fassen: wenn deine Anzeige einen verbrecherischen Anschlag vereiteln kann, so bringe ihn zur Anzeige.[1])

---

[1]) Das norwegische Gesetzbuch § 139 bestraft den Beamten, der es unterlassen hat, ein in seinem Dienstbereich begangenes Verbrechen zu verhindern, insofern ihm dies möglich war. v. Rohland: Strafrechtsvergleichung. Allgem. Teil, Bd. I, S. 366. Vergl. damit das entsprechende Ommissivdelikt des § 139 R.St.G.B.

b) Nunmehr vermag der symptomatische Charakter des Kommissivdelikts durch Unterlassen insbesondere gekennzeichnet werden.

α) Das kommissive Unterlassen manifestiert mithin den Mangel an Interesse, das kausal motivierte Gebot zu befolgen, also, dass der Zweck, der mit Erlass des Gebotes verfolgt wurde, erreicht werde. Wer da weiss, dass er handeln soll, damit ein Erfolg eintritt, bezw. ein anderer nicht eintritt, gibt durch die Unterlassung zu erkennen, dass er dem Rechtsgebot zuwider jenen Erfolg nicht wirklich sehen bezw. einen anderen nicht verhindern wollte. Der Badewärter ist verpflichtet, dem Gefährdeten zu helfen. Wirft er ihm den Rettungsring nicht zu, so manifestiert er damit, dass er den Verunglückten nicht gerettet sehen will, sondern ertrunken, obzwar ihm das „Eintretenlassen" dieses Erfolges rechtlich verboten war. Das Kommissivdelikt durch Unterlassen setzt also voraus, dass dem negativ Beurteilten das Motiv kundgegeben war. An und für sich ist es nämlich sehr wohl angängig, dass ein kommissives exoterisches Unterlassen als reines Unterlassen bewusst, als kommissives Unterlassen dagegen unbewusst ist. Der negativ Beurteilte kann wissen, dass von ihm ein Handeln erwartet wird, ohne jedoch zu wissen, dass der Beurteiler an jene Erwartung weitere Kombinationen knüpft. Auf dass das kommissive Unterlassen einen besonderen symptomatischen Charakter trage, ist naturgemäss erforderlich, dass dem Subjekt jene weitere Erwartung bekannt war, bezw. im oben angegebenen Sinne bekannt sein musste.[1])

β) Das unbewusste rechtlich relevante Unterlassen gibt zu erkennen, dass der negativ Beurteilte kein Interesse an der Gebotsvollziehung nahm. Ein Rechtsgebot fordert eine sozial fördernde Handlung. Bei dem kausal motivierten Gebot erhält die Handlung den sozialen

---

[1]) Dass es nach der hier vertretenen Auffassung ganz ausgeschlossen ist, die Mutter wegen vorsätzlicher, durch Unterlassung begangener Kuppelei zu bestrafen, wie P. Merkel: a. a. O. S. 43, dies will, wenn sie die Tochter nicht hindert, nächtige Besuche des Bräutigams zu empfangen, weil sie bona fide den geschlechtlichen Verkehr unter Brautleuten für legitim ansieht, liegt auf der Hand. [Merkel beruft sich auf sein Rechtsgefühl. Es ist eine interessante Tatsache, dass für unser Theorem in der Regel auch das (nicht „unser") Rechtsgefühl sprechen soll. Übrigens traut Merkel seinem Rechtsgefühl nicht mehr recht, als er einen Rechtsfall bespricht, in dem mit seiner Lehre, dass ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum dolus nicht erforderlich sei, Ernst gemacht wird; er findet die Bestrafung jener Art von Kuppelei mit 1 Jahr Zuchthaus „exorbitant" hoch. S. 47. Vergl. Dr. Horst Kollmann: Das Problematische der freien Rechtsbewegung. Aschaffenburgs M. Schrift. Jahrg. 5 S. 660 f.]

Charakter, durch die an dieselbe sich knüpfenden Folgen. Die Folgen sind sozial fördernd. Bei den Kommissivdelikten durch Unterlassung besteht jene Förderung in einer Schädigungsverhinderung. Wenn ein Rechtsgut in Gefahr ist, wird ein Handeln befohlen, damit es nicht untergehe. Wer dem Rechtsgute gegenüber, welches geschützt werden soll, gar nicht merkt, dass der Augenblick gekommen ist, in welchem er helfend eingreifen muss, besitzt nicht das bei Erlass des Gebotes vorausgesetzte Interesse für dasselbe. Der Wärter, welcher das ihm zur Pflege befohlene Kind in der Nähe eines reissenden Flusses spazieren führt und dann sich so in seine Zeitung vertieft, dass er gar nicht merkt, wie das Kind am überhängenden Ufer Blumen pflückt, hat fahrlässig ein Kommissivdelikt durch Unterlassen begangen, wenn das Kind jetzt im Wasser umkommt. Da ihm das notwendige Interesse fehlte, fehlten ihm auch die entsprechenden Assoziationen, er entnahm der Situation nicht, dass der Augenblick gekommen sei, in welchem er zum Eingreifen verpflichtet war. Aus dem unbewussten kommissiven Unterlassen im rechtlichen Sinne kann nur entnommen werden, dass dem Subjekt der ihm rechtlich zur Pflicht gemachte Schutz der betreffenden Rechtsgüter nicht am Herzen lag, dagegen darf nicht geschlossen werden, dass er das Rechtsgut auch dann nicht geschützt hätte, wenn ihm das entsprechende Gebot zum Bewusstsein gekommen wäre, mag auch eine derartige Willensdisposition bei ihm möglich gewesen sein.

γ) Wie schon oben ausgeführt wurde, ist beim kommissiven Unterlassen ein Versuch möglich, der dieselbe symptomatische Bedeutung haben muss,[1]) wie das Unterlassen bei Eintritt des Erfolges. Der Unterlassende sieht die Gefahr, gegen welche durch seine Handlung einzugreifen, ihm rechtlich geboten war. Er erblickt in der ihm gebotenen Körperbewegung das einzige Mittel, um den Erfolg zu hintertreiben. Deshalb handelt er nicht. Allein er hat sich in seiner Annahme getäuscht. Der Bademeister will seinen Feind ertrunken sehen, deshalb leistet er ihm nicht die gebotene Hilfe. Da treiben die Wellen einen Balken heran, und jener wird gerettet.[2])

---

[1]) Vergl. hierüber besonders das auf S. 220 f.

[2]) Vergl. die entsprechenden Ausführungen von Gand: S. 112 ff. Hier ist auch der Landsbergsche Begriff eines aus Ungeschicklichkeit fahrlässig komm. Unterlassens in Betracht zu ziehen. Der negativ Beurteilte hat dem Gebot Folge geleistet, doch ohne die nötige Aufmerksamkeit. Dieser Mangel an Erkenntnis manifestiert die Schuld. Es handelt sich also nicht um einen Fall des „unbewussten" Unterlassens, wie dieses oben dargestellt wurde. Landsberg: a. a. O. S. 124/125.

Wie ein Versuch, kann auch beim kommissiven Unterlassen im strafrechtlichen Sinne das Vorliegen des Gefährdungsvorsatzes bezw. des dolus eventualis konstruiert werden. Der Bademeister hält die Rettung des Verunglückten, auch wenn er die gebotene Hilfe verweigert, für möglich. Allein unter allen Umständen will er jenen seinem Schicksal überlassen, auch der Gedanke an den Tod des Verunglückten bringt ihn von seinem Entschlusse nicht ab, und der Verunglückte, der noch zu retten war, ertrinkt.

Doch sind diese Gedanken hier nicht weiter auszuführen, denn es kommt im vorliegenden Zusammenhang nur auf den Nachweis an, dass das Unterlassen, insbesondere das strafrechtlich relevante Unterlassen, weder als reine Ommission noch als commissio per ommissionem gefasst, dem Begriff der Handlung, der kausalen Verbrechensauffassung gemäss, zu subsumieren sei, sondern nur dem des Strafschulderkenntnismittels.

3. Somit wären alle Widersprüche, die im Begriffe eines strafrechtlich relevanten Unterlassens zu liegen scheinen, aufgelöst und der Verbrechensoberbegriff wäre festgelegt. Nur eine Frage steht noch aus, die in ihren Grundzügen durch das 3. Kapitel zu beantworten ist, nämlich, wie sich der Handlungsbegriff selbst dem eines Willenssymptoms subsumieren lässt. Nicht jedes Verbrechen ist eine verbrecherische Handlung, also bleibt noch die Frage offen nach den Qualifikationen, die den allgemeinen Verbrechensbegriff zu dem einer verbrecherischen Handlung konkretisieren. Dieser Nachweis braucht in einer Arbeit, die sich in der Hauptsache nur die Bestimmung des Verbrechensoberbegriffes zum Ziel gesetzt hat, lediglich soweit durchgeführt zu werden, als erforderlich, um die systematische Verwendbarkeit des symptomatischen Verbrechensbegriffes darzutun.

KAPITEL III.

Die systematische Eingliederung des Handlungsbegriffes.

§ 1. Der Verbrechensoberbegriff.

I. Mit der Subsumption des Begriffes Handlung unter den des Schuld- bezw. Willenserkenntnismittels haben die vorliegenden Betrachtungen abzuschliessen.

1. Die Behandlung der Schlussfrage bestimmt sich nach dem Zweck der Abhandlung; ihren Inhalt, das Festzustellende, kennzeichnet ein Rückblick auf das Festgestellte.

a) Festgestellt haben die bisherigen Ausführungen die strafrechtssystematische Stellung des Handlungsbegriffs in abstracto. Die kausale Verbrechensauffassung ist durch Anwendung des gefundenen Kausalaxioms auf die Unterlassung als unmöglich erwiesen. Die positive Bestimmung des Unterlassens erwies die Richtigkeit der symptomatischen Doktrin. Somit ist nicht jedes Schuldsymptom eine qualifizierte Handlung, vielmehr der Handlungsbegriff als qualifiziertes Symptom irgendwie dem symptomatischen System einzugliedern.

b) Festzustellen bleibt die konkrete Stellung des Handlungsbegriffes im System. Voraussetzung bildet die materielle Bestimmung des formalen Begriffes eines Willenserkenntnismittels. Ist gezeigt, wie die Willensmanifestationen geartet sein können, muss sich der Handlungsbegriff mit einer dieser möglichen Artungen als identisch erweisen. Die genaue Beantwortung der Schlussfrage erfordert den Aufbau des symptomatischen Systems auf Grundlage des Begriffes eines Willenserkenntnismittels.

c) Die Schlussfassung würde mithin den Aufbau des symptomatischen Systems implizieren. Damit wäre der Rahmen der Arbeit überschritten. Ihr Zweck war die Polemik gegen die kausale Verbrechenslehre. Diese ist widerlegt worden. Das Schlusskapitel dient nur noch dem Nachweis, dass die Negation der Hauptausführung zugleich als Position, d. h. als Fortschritt in der Verbrechenserfassung zu werten sei. Es sind also im nachfolgenden nur die Richtlinien des mit der Überwindung der kausalen Verbrechensauffassung gegebenen symptomatischen Systems zu entwerfen. Demnach gliedert sich das dritte Kapitel in folgende 3 Paragraphen: im 1. hiermit eingeleiteten, ist der Verbrechensoberbegriff, sind die möglichen Willenserkenntnismittel ihrem Wesen nach festzustellen; im 2. ist zu zeigen, wie der Handlungsbegriff durch den ersten Paragraphen umschrieben worden ist; abschliessend hat im 3. ein Aufriss des symptomatischen Systems die Richtlinien zu bestimmen, in deren Verlauf die Leitfrage ihre umfassende Durchführung zu finden hat.

2. Das Verbrechen ist Schulderkenntnismittel. Im Gegensatz zur kausalen Lehre behauptet die symptomatische, dass die Handlung nicht das einzige Schuldsymptom sei, dass es noch andere Arten gäbe, welche nicht unter den Handlungsbegriff subsumieret werden können: z. B. das strafrechtlich relevante Unterlassen. Das Verbrechen kann als die Grundlage des Schuldurteils bezeichnet werden. Nach der symptomatischen Theorie wird diese durchaus nicht ausschliesslich durch eine bestimmte Handlung des Schuldigen, noch wie man neuerdings versucht hat, (Landsberg,[1]) Frank,[2]) Kitzinger[3]) u. a.), durch ein bestimmtes Verhalten desselben geleistet. Dass das Verbrechen nicht als ein bestimmt geartetes Verhalten des Schuldigen definiert werden darf, sei noch einmal in diesem Zusammenhang in Kürze hervorgehoben.

a) Das Verbrechen ist Grundlage des Schuldurteils. Das Schuldurteil stützt sich stets auf ein bestimmtes Verhalten des Subjektes. Also ist jedes Verbrechen ein Verhalten des zu Bestrafenden. Das Verbrechen wäre also zu definieren als ein mit dem Recht in Widerspruch stehendes Verhalten, welches zu dem Urteil führen muss, dass der also

---

[1]) Landsberg: a. a. O. S. 25 f.

[2]) Frank: a. a. O. S. 17.

[3]) Kitzinger: Art und Zeit der Handlung im Strafrecht. München 1902. S. 113.

sich Verhaltende derart schuldig sei, dass eine bestimmte Strafe bei ihm anzuwenden sei. Wäre diese Schlussfolgerung richtig, müsste das oben über das verbrecherische Unterlassen Gesagte f a l s c h sein, oder umgekehrt dieser Schluss enthielte einen Fehler.

b) Richtig ist die Behauptung, dass zu jeder Grundlage eines Schuldurteils ein Verhalten des betreffenden Subjekts gehört, falsch dagegen die Folgerung, dass mithin jedes Verbrechen ein bestimmtes Verhalten sei. Das Verhalten gehört stets zur Grundlage des Schuldurteils, ohne es jedoch stets ausschliesslich zu bilden. Im K r u g s c h e n Beispiel bildet das Strümpfestricken der Mutter nicht die Grundlage des Schuldurteils, sondern gehört nur zu derselben. Die Grundlage besteht in diesem Falle in der Verknüpfung der Erkenntnis des äusseren Verhaltens mit der Vorstellung einer auf Grund eines Gebotes erwarteten Tätigkeit zu dem negativen Urteil, dass vollständig gefasst lautet: „Sie unterliess es, das Kind zu tränken, während sie Strümpfe strickte." Nicht auf die Erkenntnis: die Mutter strickt Strümpfe, sondern auf jenes negative Urteil stützt sich das Urteil der Schuld: ihr lag das Leben des ihrer Pflege rechtlich anbefohlenen Kindes nicht am Herzen.

c) Die symptomatische Theorie gibt, wie mehrfach betont, der realistischen Lehre darin Recht, dass eine Handlung, ein Verhalten unter Umständen die alleinige Grundlage des Schuldurteils abzugeben vermag. Hätte die Mutter etwa ihr Kind erwürgt, so würde allein aus diesem Vorgehen die Schuld zu entnehmen sein. Die hier vertretene Anschauung behauptet nur, dass es noch andere Schuldsymptome gäbe, welche sich nicht unter Begriffe wie Handlung oder Verhalten subsumieren lassen. Der Vorwurf, welchen die symptomatische Theorie der realistischen machen muss, kann mithin also formuliert werden: die herrschende Lehre sieht ein bestimmtes Schuldsymptom für das Schuldsymptom überhaupt an und fasst die übrigen Schulderkenntnismittel als dessen Qualifikationen auf, während in Wahrheit jene verschiedenen Symptome nur unter Bezugnahme auf ihre symptomatische Funktion unter einem gemeinsamen Oberbegriff zu subsumieren sind.

3. Ebensowenig wie das Verbrechen als Handlung bezw. Verhalten definiert werden kann, ist es eine bestimmte Willensbetätigung.

a) Die Willensbetätigung kann als das Verursachen des Willensträgers, als die Handlung, von der subjektiven Seite gefasst bezeichnet werden. Wie der Handlungsbegriff den Nachdruck auf den realen Konnex zwischen Körperbewegung und Erfolg legt, wird durch den

Begriff Willensbetätigung die Gegebenheit eines subjektiven Konnexes[1]) zwischen dem Erfolge und dem Willen des ihn verursachenden Subjektes betont. Wie die Arbeit den herrschenden Verbrechensbegriff durch den Nachweis bekämpfte, dass ein realer Konnex zwischen Willensträger und Erfolg nur bei einigen, nicht bei allen Verbrechen zu finden sei, kann eine analoge Polemik vom Begriff des subjektiven Zusammenhangs ausgehen.[2])

b) Der Handlungsbegriff im herrschenden Sinne erfordert einen kausalen Konnex beim Tun, wie beim Unterlassen. Da das Unterlassen aber kein Tun sein soll, so müsste die herrschende Lehre zwischen dem Unterlassenden und dem Erfolg einen Kausalzusammenhang anderer Art annehmen als beim Tun. Die Handlung wäre demnach ein oberbegriffliches Verursachen, das einmal zum Handeln, ein ander Mal zum Unterlassen qualifiziert werden könnte.[3]) Nun ist aber der Kausalkonnex kein diskursiver Begriff, eine Kausalität des Unterlassens ist in keinem Sinne nachzuweisen, also ist der Handlungsbegriff hinfällig. Genau in derselben Weise kann gegen den Begriff der Willensbetätigung, des subjektiven Konnexes zwischen Willen und Erfolg argumentiert werden. Was die Unterlassung für den bedeutet, der von der Betrachtung des realen Zusammenhanges ausgeht, leistet in diesem zweiten Falle der Begriff der Fahrlässigkeit. Wie beim Tun die Frage nach der kausalen Verknüpfung im allgemeinen keine Schwierigkeiten bereitet, um so mehr beim Unterlassen, so liegt die Frage nach dem Willenskonnex beim dolus im ganzen einfach, um so schwieriger aber bei der culpa. Will also die herrschende Lehre bei allen Verbrechen eine Verknüpfung von Willen und Erfolg zu Grunde legen, so müsste sie einen abstrakten Willenszusammenhang konstruieren, der einmal zur vorsätzlichen, ein ander Mal zur fahrlässigen Willensbetätigung qualifiziert werden kann. Nun kann aber der Zusammenhang zwischen wollendem Subjekt und gewolltem Erfolge nicht als diskusiver Begriff gedacht werden. Der Erfolg kann bei der fahrlässigen Verursachung in keiner Weise als gewollt und somit mit dem wollenden Subjekt im Willenskonnex stehend nachgewiesen werden. Somit ist die Behauptung der herrschenden Lehre, dass das Verbrechen als Willensbetätigung zu bestimmen sei,

---

[1]) Vergl. v. Liszt: a. a. O. S. 125, S. 157.

[2]) Vergl. z. B. Graf zu Dohna: Ztschr. für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 27, S. 329.

[3]) Vergl. Dr. Horst Kollmann: Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 28, S. 456.

dass zwischen dem Erfolg als einem gewollten und dem Willensträger ein Willenszusammenhang zu konstruieren sei, ebenso verfehlt als die andere, dass jedes Verbrechen als Wirkung einer Körperbewegung des Willensträgers bestimmt werden müsse.

c) Sofern bei jedem Verbrechen ein realer Konnex nachgewiesen werden soll, muss der an und für sich nicht sonderlich schwierige Unterlassungsbegriff unübersteigliche Hindernisse bieten; sofern in allen Fällen ein Willenskonnex zwischen dem Subjekt und dem Erfolg, als einem von diesem gewollten, nachgewiesen werden soll, muss es mit dem Begriff der Fahrlässigkeit entsprechend gehen; sofern aber beide Nachweise gefordert werden, muss der Begriff der fahrlässigen Unterlassung zum Rätsel κατ' ἐξοχὴν werden. Und in ihm liegt auch der wundeste Punkt der herrschenden Strafrechtssystematik.

II. Demnach drängt die Erörterung zur Frage, was denn alles Willenserkenntnismittel sein kann, welche Vorgänge durch die ihnen gemeinsame Funktion, Willenssymptome zu sein, unter den Oberbegriff des Willenserkenntnismittels zusammengefasst werden können. Es wird zu handeln sein, zunächst vom Begriff eines Erkenntnismittels überhaupt, dann von dem eines Willenserkenntnismittels, endlich von dem eines Schulderkenntnismittels im besonderen.

1. Erkenntnismittel ist eine Tatsache, aus deren Gegebenheit auf die Existenz einer anderen, in jener nicht enthaltenen Tatsache notwendig zu schliessen ist.

a) Der normale, der primäre Fall symptomatischer Erkenntnis knüpft an ein reales Phänomen an, von dem unzweifelhaft feststeht, dass es nur gegeben sein kann, wenn eine bestimmte andere Tatsache existent geworden ist. Sobald, den normalen Luftdruck vorausgesetzt, erhitztes Wasser ins Wallen gerät, hat es die Temperatur von 100° Celsius erreicht. Sobald sich gewisse schwarze Flecken an der Hautoberfläche zeigen, hat sich an dem inneren Organismus eine bestimmte Veränderung vollzogen. Sobald ein Himmelskörper eine bestimmte Kurve beschreibt, muss er unter dem Einfluss eines anderen, wenn auch noch nicht erblickten, stehen. (Die Entdeckung des Neptun.) Durch Veränderungen der lichtempfindlichen Platte wird auf ultrarote oder ultraviolette Strahlen geschlossen.

b) Dieser primären Erkenntnis entspricht die sekundäre. Sofern es relativ möglich (s. o.) ist, dass ein Objekt bestimmte nur symptomatisch kenntliche Prädikate trage, wird eine bestimmte Erkenntnis des betref-

fenden Objektes vermittelt durch die Einsicht der Tatsache, dass jenes eine mögliche Prädikat nicht gegeben ist. Es ist relativ-möglich, dass eine bestimmte Lichtquelle ultraviolette Strahlen aussendet. Stützt sich auf die Erkenntnis einer solchen Möglichkeit die Vorstellung der Gegebenheit des zugehörigen Symptoms, so vermittelt das negative Urteil: das Symptom ist nicht gegeben, eine bestimmte Erkenntnis des Objektes, zu dessen Prädikaten die nur symptomatisch zu erkennende Tatsache möglicherweise hätte zählen können.

c) Sobald mithin die Notwendigkeit der Verknüpfung zweier Tatsachen im angedeuteten Sinne festgestellt ist, ergeben sich zwei Arten von Erkenntnismitteln. In erster Linie ist die betreffende äussere Tatsache selbst das Symptom, sodann aber das negative Urteil, in dem die Vorstellung der Gegebenheit des Symptoms mit der realen Sachlage verglichen wird. Die positive Symptomatik bildet keine Schwierigkeiten, die negative hat dagegen zur Voraussetzung, dass die Einsicht, dass ein Objekt ein bestimmtes Prädikat nicht trage, eine inhaltliche Erkenntnis des Objektes selbst in sich schliesse. Diese Bedingung ist aber nur dann erfüllt, wenn feststeht, welche Prädikate das fragliche Objekt tragen kann, wenn ein bestimmtes nicht gegeben ist. Der wichtigste Fall negativ-symptomatischer Erkenntnis liegt mithin dann vor, wenn überhaupt nur zwei, also nicht in conträrem, sondern in contradictorischem Gegensatz stehende Prädikate als möglich gegeben sind.

2. Als Willenserkenntnismittel sind mithin nur die realen Tatsachen bezw. negativen Urteile anzunehmen, aus denen mit Notwendigkeit auf die Gegebenheit einer Willensdisposition geschlossen werden kann.

a) Mit Notwendigkeit wird auf die Gegebenheit einer bestimmten Willensartung geschlossen aus der Erkenntnis derjenigen Veränderungen, welche das betreffende Subjekt bewusst eintreten lässt, sodann aus bestimmten Vorstellungsassoziationen. Da das letztere Symptom hier nicht weiter zur Betrachtung steht, sei es mit kurzen Worten vorweg genommen. Wenn von einem Menschen feststeht, dass er seit einiger Zeit von allem Möglichen zu der Betrachtung einer bestimmten Sache hinübergeführt wird, so muss ihm diese irgendwie von Bedeutung sein. Wenn ein junger Mann durch das Unmöglichste immer wieder an ein junges Mädchen erinnert wird (etwa er findet eine Nelke — sie aber trug gestern eine Rose im Haar u. s. w.), charakterisiert sich damit eine ganz bestimmte Willensdisposition. Die schwierige Frage, welche Asso-

ziationen auf eine bestimmte Willensartung zurückzuführen sind und welche nicht, kann in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben.

b) Der normale und wichtigste Fall eines Willenserkenntnismittels ist der des bewussten Eintretenlassens bestimmter Veränderungen seitens des Subjektes, indem dieses eine entsprechende Körperbewegung vornimmt. Das Subjekt ist mit all den Veränderungen einverstanden, die es eintreten lässt. Der Begriff des „bewussten Eintretenlassens" setzt voraus, dass dem Subjekt eine Zukunftserkenntnis gegeben war, zu deren Qualifikationen die Veränderungen zählten, in welche das Subjekt einwilligte. Noch erscheint demselben der Eintritt nur möglich, nach seinem auf die Gegenwartserkenntnis gestützten Zukunftswissen wird er bei Vornahme einer bestimmten Körperbewegung, die sodann „überleitende Veränderung" der ins Auge gefassten Veränderung sein würde, notwendig. Die in dem Bewusstsein, damit die überleitende Veränderung zu bestimmten ins Auge gefassten Veränderungen zu setzen, vorgenommene Körperbewegung bildet das Willenserkenntnismittel *κατ' ἐξοχήν*. Nicht jede beliebige Körperbewegung ist Willenssymptom, sondern nur die, welche mit dem Bewusstsein vollzogen wurde, bestimmte mögliche Veränderungen damit notwendig zu machen. Von diesem Bewusstsein, dem Vorsatz der strafrechtlichen Terminologie, hängt allein die symptomatische Bedeutung ab, welche der in Frage stehenden Körperbewegung zukommt. Das Subjekt willigt nur in diejenigen Veränderungen ein, deren Eintritt es nach seiner Gegenwartserkenntnis für möglich hielt, deren Eintritt ihm aber nach Vornahme einer bestimmten Körperbewegung seinerseits als notwendig erscheinen musste. Der Begehungsvorsatz kann also in diesem Zusammenhang definiert werden als dasjenige Bewusstsein des Willensträgers, durch das dessen Körperbewegung zum Willenssymptom gestempelt wird. Alles, was von dem charakterisierten Bewusstsein umfasst wurde, hat das Subjekt vorsätzlich herbeigeführt. Da dieses Herbeiführen, dieses Eintretenlassen unter Vornahme einer Körperbewegung, kein neues Schaffen einer Sachlage, vielmehr ein Sich-den-Verhältnissen-Anpassen bedeutet, so werden die verschiedenen Veränderungen für das Subjekt einen ungleichen Wert haben. Jedenfalls muss eine Veränderung derart gewesen sein, dass ihn die Erkenntnis, dass sie durch die betreffende Körperbewegung notwendig würde, zur Vornahme der Bewegung bestimmt hat. Diese eine Veränderung ist dann vom Subjekt „beabsichtigt" worden. Natürlich können mehrere

Veränderungen derart „beabsichtigt“ worden sein. Die übrigen sind nur „vorsätzlich“ herbeigeführt. Dem widerspricht nicht, dass unter Umständen dem Subjekt die übrigen Veränderungen durchaus unerwünscht sein mussten. Um aber seine „Absicht“ erfüllt zu sehen, musste er sie mit in den Kauf nehmen. Doch darin sind Absicht und einfacher Vorsatz gleich zu behandeln: in beiden Fällen hat das Subjekt in den Eintritt der betreffenden Veränderungen eingewilligt.

c) Während bei dem soeben besprochenen Fall das Subjekt Veränderungen als möglich erkannte und deren Eintritt bei Vornahme einer bestimmten Körperbewegung für notwendig hielt und die Körperbewegung vornahm, weil es eine bestimmte Veränderung beabsichtigte und in die übrigen einwilligte, ist auch der andere Fall denkbar, dass das Subjekt den Eintritt bestimmter Veränderungen für möglich hielt, für notwendig aber, sofern es nicht eine bestimmte Körperbewegung vornehmen sollte. Nimmt das Subjekt diese Körperbewegung bewusst nicht vor, so hat es in den Eintritt der für möglich gehaltenen Veränderungen eingewilligt. Von Vorsatz und Absicht gilt genau dasselbe wie beim Eintretenlassen vermittelst Vornahme einer Körperbewegung. Es handelt sich also in dem jetzt zur Betrachtung stehenden Falle um das oben charakterisierte esoterisch-kommissive Unterlassen, welches, insofern es Willenserkenntnismittel ist, auch exoterisch-kommissiv sein muss. Der Unterlassende ist selbst insoweit negativer Beurteiler, als er die Vornahme der Körperbewegung für möglich hält und dann das negative Urteil fällt: „ich unterlasse die Körperbewegung“. Die also bewusst esoterische Unterlassung ist kommissiv. Der negative Beurteiler sagt sich: wenn ich die Körperbewegung vornehme, dann werden auch bestimmte Veränderungen wirklich; da ich diese aber nicht wirklich sehen will, sondern andere, welche eintreten müssen, wenn die zunächst hypothetisch ins Auge gefassten Vorgänge nicht wirklich werden, nehme ich auch die Körperbewegung nicht vor. Sodann muss dies Unterlassen als Willenserkenntnismittel exoterisch sein. Ein anderer muss die Körperbewegung für möglich gehalten haben, er musste, um den Bewusstseinsinhalt des von ihm negativ Beurteilten wissen. Die Möglichkeit eines derartigen Unterlassens als Schuldsymptom hat die Erkenntnis der symptomatischen Bedeutung der Körperbewegung zur Voraussetzung. Es handelt sich um das, was zuvor als primäre und sekundäre symptomatische Erkenntnis bezeichnet worden ist. Die Körperbewegung ist nur dann Willenssymptom, wenn das Subjekt be-

stimmte Veränderungen als möglich voraussah, deren Notwendigkeit es bei Gegebenheit einer bestimmten Körperbewegung annahm. Ist dem negativen Beurteiler bekannt, dass bei dem Subjekt der gekennzeichnete Bewusstseinszustand vorlag, so wird für ihn das negative Urteil: die Körperbewegung wird nicht vorgenommen, zu einem eine ganz bestimmte Willensdisposition charakterisierenden Symptom. Sobald nämlich jener Bewusstseinszustand gegeben ist, muss das Subjekt entweder in die Veränderungen einwilligen, die seiner Voraussicht nach notwendig werden, wenn die bestimmte Körperbewegung vorgenommen wird oder in diejenigen, welche eintreten müssen, wenn die Körperbewegung unterbleibt. Aus dem negativen Urteil leitet also der negative Beurteiler ab: das Subjekt ist mit den eintretenden Veränderungen einverstanden. Es handelt sich also um den Fall der negativ-symptomatischen Erkenntnis, indem nur zwei in kontradiktorischem Gegensatze stehende Prädikate möglich sind.

3. Das somit allgemein von den möglichen Willenserkenntnismitteln Gesagte ist noch insbesondere auf den Begriff des Schulderkenntnismittels anzuwenden.

a) Die Schuld ist im vorliegenden Zusammenhang zu bestimmen als: der Mangel desjenigen Sozialinteresses, welches die Rechtsordnung bei Erlass ihrer Anordnungen voraussetzen muss. Schuldsymptome sind Willenssymptome, sofern aus ihnen das Vorliegen der Schuld notwendig geschlossen werden kann, es sind also Willenssymptome, sofern diese bei einem Nichtschuldhaften unmöglich vorkommen können. Der Nichtschuldhafte befolgt aber jede rechtliche Anordnung, soweit ihm eine solche zu Bewusstsein gelangt, und besitzt die bei dem vorauszusetzenden Sozialinteresse notwendigen Vorstellungsassoziationen. Damit sind die möglichen Schuldsymptome, d. h. die möglichen Verbrechensarten gekennzeichnet worden.

b) Das Verbrechen besteht also zunächst in der bewussten Einwilligung in rechtlich verbotene Körperbewegungen. Sofern die Körperbewegung allein verboten sein sollte, so liegt in ihr allein das Schuldsymptom; sie manifestiert, dass der Sich-Bewegende in etwas rechtlich Missbilligtes eingewilligt hat. In der Regel ist dagegen nicht eine einfache Körperbewegung verboten, sondern das Eintretenlassen eines bestimmten Erfolges vermittelst irgend einer Körperbewegung. Nimmt das Subjekt die betreffende Körperbewegung vor in dem Bewusstsein, dass das Eintretenlassen einer der jetzt notwendig werdenden Verände-

rungen verboten sei, so manifestiert es durch diese Bewegung sein Einverständnis mit dem Erfolge, obwohl es ihm rechtlich verboten war, ihn durch Vornahme einer Körperbewegung eintreten zu lassen. Vom symptomatischen Gesichtspunkte bedeutet es keinen Unterschied, ob das Subjekt den verpönten Erfolg „beabsichtigte" oder nur in ihn „einwilligte". Es ist gleichgültig, ob die Ermordung des A Zweck war oder nur durch den Zweck geheiligtes Mittel. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang nur, dass das Subjekt in einen Erfolg „einwilligte", obzwar er wusste, dass er ihn nicht eintreten lassen durfte.

Sodann besteht das Verbrechen in der bewussten Nichtvornahme rechtlich gebotener Körperbewegungen. Doch es kann an dieser Stelle auf das oben über die symptomatische Natur des ommissiven wie des kommissiven Unterlassens Gesagte verwiesen werden.

c) Wenn ein Subjekt nicht erkannte, dass die Rechtsordnung ihm eine Körperbewegung untersagt oder eine solche von ihm fordert, sei es mit Bezug auf einen bestimmten Erfolg oder nicht, so ist damit, sofern feststeht, dass bei dem zu fordernden Sozialinteresse das Subjekt das Nichterkannte notwendig erkannt hätte, die Grundlage eines Schuldurteils gegeben. Die Schuld wird nicht durch die betreffende Körperbewegung manifestiert, denn diese kann ja, da der Vorsatz fehlt, wie soeben hervorgehoben, kein Schuldsymptom sein. Entsprechendes gilt vom unbewusst-exoterischen Unterlassen. Die Grundlage des Schuldurteils liegt vielmehr in dem negativen Urteil: das negativ beurteilte Subjekt hat nicht die Vorstellungsassoziationen, die bei ihm, die Gattungseigenschaften des rechtlich erforderlichen Sozialinteresses vorausgesetzt, abstrakt-möglich[1]) waren. Es kommen also bei der Fahrlässigkeit nur die Assoziationen in Betracht, welche bei dem in Frage stehenden Sozialinteresse notwendig gegeben sind. Fehlt eine Vorstellung aus anderen Gründen, z. B. wegen Mangel an Fachkenntnis, bleibt dies bei Bildung eines Schuldurteils ausser Betracht. Dass die Fahrlässigkeit keine Einwilligung in rechtswidrige Erfolge manifestiere, sondern nur eine Gleichgültigkeit, ob die Rechtsordnung aufrecht erhalten werde oder nicht, ist schon angedeutet worden.

III. Dieser Paragraph der Richtlinien und der Andeutungen sei beschlossen mit einem Hinweis auf die bei konsequentem Ausbau der

---

[1]) Vergl. das oben über den Begriff des „abstrakt-exoterischen Unterlassens" Gesagte. S. 172/173.

symptomatischen Verbrechenslehre notwendig zu postulierende Lehre von der Kombination der Schuldsymptome.

1. Jede Erkenntnis eines empirischen Charakters beruht auf einer nach bestimmten Regeln vollzogenen Kombination von Willenserkenntnismitteln. Jeder Charakterzug wird auf die entsprechende Weise näher festgestellt. Das Gleiche muss von der Erkenntnis der Eigenart der antisozialen Willensdisposition eines Subjektes gelten.

a) Dass eine Schuld gegeben sei, wird durch die dargestellten Symptome notwendig klargelegt. Die Missachtung einer bestimmten Rechtsanordnung kann aus den verschiedensten Willenstendenzen zu erklären sein. Diese weitere Erklärung einer einmal manifestierten Schuld setzt eine nach bestimmten Regeln erfolgende Kombination der Willenssymptome voraus.

b) Praktisch angewandt wird jene Lehre bei Begriffen wie Rückfall, Gewohnheit, Gewerbsmässigkeit, bei denen bestimmte Symptome nach bestimmter Regel miteinander verknüpft werden. Zu Grunde liegt sie bei der Berücksichtigung „mildernder Umstände" und ähnlichem.

c) Ihre wichtigste Rolle aber muss sie spielen bei der Klärung des Begriffes der Spezialprävention. Geht doch grade die Forderung einer spezialprävenierenden Strafe davon aus, dass jede Schuldmanifestation, jedes Verbrechen, seinerseits aus einer bestimmten Willensdisposition zu erklären sei. Die Erkenntnis dieser Willensartung soll die Operationsbasis bei Anwendung der Strafmittel abgeben.[1]) Der Gegensatz von Generalprävention einerseits, Spezialprävention andererseits heischenden Strafrechtstheorien kann mithin dahin bestimmt werden: die ersteren wollen der Bestrafung nur das eine konkrete Schuldsymptom zu Grunde legen, die letzteren dagegen die Bestrafung abhängig machen vom Resultat einer Kombination des Schuldsymptomes mit anderen Willenserkenntnismitteln. Welcher tiefer liegende, fundamentale Gegensatz sich hierin ausdrückt, soll nach wenigen Sätzen hervorgehoben werden.

2. Die Voraussetzung für die Möglichkeit der angedeuteten Kombination bildet das Vorliegen eines fundamentalen Gegensatzes zwischen primären und sekundären Schuldsymptomen.

a) Unter primären Schuldsymptomen sind diejenigen Willenserkenntnismittel zu verstehen, aus denen auf das Vorliegen von Schuld

---

[1]) Vergl. v. Liszt: a. a. O. S. 68 f.

notwendig zu schliessen ist, also die Verbrechen im Sinne der obigen Erörterungen. Die primären Schuldsymptome sind also die einzige Grundlage der Bestrafung für eine die Generalprävention fordernde Strafrechtstheorie.

b) Sekundäre Schuldsymptome würden solche sein, aus denen, wenn sie allein gegeben sind, die Gegebenheit von Schuld nicht notwendig entnommen werden kann sondern erst dann, wenn sie mit primären Symptomen kombiniert werden. An und für sich ist das Sammeln von Giften kein Schuldsymptom, dagegen hat es hervorragende symptomatische Bedeutung, wenn dem also Sammelnden die Vergiftung eines Menschen nachgewiesen werden kann. Benutzt dagegen der Sammelnde das Gift stets zu einer bestimmten chemischen Reinigung, ist von sekundären Schuldsymptomen keine Rede. Entsprechend kann das Gesamtverhalten eines Menschen dem von ihm Verletzten gegenüber sekundärsymptomatische Bedeutung haben. Auch kann ein primäres Symptom mit Bezugnahme auf ein anderes Verbrechen sekundär-symptomatische Bedeutung haben (z. B. Rückfall). Doch sind diese Möglichkeiten hier nur beispielsweise anzudeuten.

c) Von der Möglichkeit der Scheidung in primäre und sekundäre Schuldsymptome hängt die Möglichkeit der symptomatischen Verbrechenslehre selbst ab. Die Strafrechtslehre baut sich auf auf der Relation der Grundbegriffe Verbrechen und Strafe. Mit dem Begriff Verbrechen würde sich die Wissenschaft selber auflösen müssen. Würde die angeführte Scheidung sich nicht in voller Schärfe durchführen lassen, wäre aus dem Verbrechen — ein Symptom mehr geworden.[1]) Würde aus Symptomen, die nicht unter die primären im Sinne der Ausführung zu subsumieren sind, die Schuld gleichfalls mit Notwendigkeit erschlossen werden können, würde der Verbrechensbegriff eine dolose oder kulpose Missachtung der Rechtsordnung nicht mehr erfordern — und damit wäre die volle Anarchie der strafrechtlichen Begriffe eingeleitet worden.

3. Mit den hiermit angeregten Fragen ist der Kernpunkt im Streit der Strafrechtstheorien berührt worden. Ob Generalprävention oder Spezialprävention, ob Zugrundelegung eines primären Schuldsymptoms oder Kombination primärer und sekundärer Symptome: die Beantwort-

---

[1]) Vergl. z. B. die Polemik Birkmeyers gegen v. Liszt: Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1907. S. 2 f. Dazu Tesař: a. a. O. S. 267 f.

tung dieser Fragen hängt von jener ab: ist zur Lösung der Strafrage determinische oder indeterministische Betrachtung des Verbrechers vorauszusetzen? [1])

a) Auch der Indeterminist will die Schuld des Verbrechers treffen. Allein die manifestierte Schuld darf ihrerseits nicht weiter aus einer bestimmten Willensdisposition abgeleitet werden. In dem verbrecherischen Entschluss des wahlfreien Individuums liegt die ganze Schuld enthalten. Während der Determinist aus dem Verbrechen nur entnimmt, dass eine bestimmte Schuld vorliegt, welche durch sekundäre Symptome noch näher gekennzeichnet werden kann, muss der Indeterminist aus dem einzelnen Verbrechen die Schuld in ihrer völligen konkreten Eigenart ableiten. Ein weiteres Zurückführen auf eine bestimmte Willensdisposition würde der indeterministischen Prämisse widersprechen. Somit kann die indeterministische Strafrechtsauffassung niemals Begriffen wie Rückfall, Gewohnheit, ohne Inkonsequenzen zu begehen, gerecht werden. Das zu Beginn der Arbeit erwähnte Buch von Tesař enthält in dieser Richtung lehrreiche Belege. Da mithin der Indeterminist niemals auf die sekundären Schuldsymptome rekurieren kann, muss seine Strafrechtstheorie im Sinne der Generalprävention gehalten sein.

b) Bei der sich hieraus ergebenden Polemik behauptet die indeterministische Theorie, dass der Determinismus zu einer Auflösung des gesamten Strafrechts führen müsse. Gewiss ist, dass zwischen Strafrecht und Ethik bestimmte notwendige Zusammenhänge bestehen, so dass ein Gesichtspunkt, von dem aus eine Ethik selbst unmöglich wird, auch für den Aufbau der Strafrechtswissenschaft nicht verwertet werden darf. Nun leugnen die Indeterministen[2]) die Möglichkeit einer Moral unter Zugrundelegung des deterministischen Gesichtspunktes; und, wofern diese Behauptung berechtigt wäre, hätten sie damit die deterministische Strafrechtsauffassung definitiv widerlegt. Dann wäre auch die weitere Behauptung gerechtfertigt, wonach in dem Versuche einer deterministischen Strafrechtslehre eine Negation der Moral implicite enthalten sei. So erklärt jener, ich möchte sagen, anachronistische Zug jener Polemik, indem die Indeterministen ihre Gegener als Verführer der Jugend und

---

[1]) Vergl. dagegen v. Liszt: a. a. O. S. 82/83.

[2]) Vergl. z. B. Birkmeyer: Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1907. S. 4. Kohler: Goltdammers Archiv. Bd. 54, S. 11. Nagler: Gerichtssaal. Bd. 70, S. 14 f.

Totengräber der öffentlichen Moral darzustellen sich für berechtigt halten.[1])

c) Somit ergibt sich die Forderung an den Determinismus durch den Nachweis, dass nur auf seinem Grunde der Aufbau einer Moral möglich sei, seine Existenzberechtigung in der Strafrechtswissenschaft zu erweisen. Denn, soll der Menschenwille nur deterministisch zu erfassen sein, muss die Existenz einer Moral nur von diesem Gesichtspunkt aus begriffen werden können.

§ 2. Der Handlungsbegriff.

I. Die Aufgabe dieses zweiten Paragraphen ist es, zu zeigen, dass bei der gegebenen Darstellung der Willenserkenntnismittel auch der Handlungsbegriff entsprechend umschrieben worden ist. Auszugehen ist hierbei von der Gegenüberstellung der realistischen wie der symptomatischen Definition der Handlung.

1. Die realistische Definition ist in der Einleitung den gesamten Erörterungen vorausgeschickt worden.

a) Die Definition selbst lautet: Handlung ist eine mit einer Körperbewegung als überleitender Veränderung in Beziehung stehende Veränderung insofern sie als Willenserkenntnismittel des Sich-Bewegenden aufzufassen ist. Gemäss dieser Bestimmung charakterisiert den Begriff Handlung ein kausaler Konnex zwischen Körperbewegung und Erfolg und fehlt dieser, ist keine Handlung gegeben. Ebensowenig entspricht dem Handlungsbegriff jeder beliebige Kausalkonnex zwischen Körperbewegung und Veränderung, sondern ein solcher ist nur dann „Handlung", sofern er ein Willenserkenntnismittel ist. Demnach haben zwei Gruppen von Willenserkenntnismitteln zum realistischen Handlungsbegriff keine Beziehung, obwohl sie die bewusste Vornahme einer Körperbewegung zur Voraussetzung haben.

b) In erster Linie gilt dies von denjenigen bewussten Körperbewegungen, welche als solche dem Individuum verboten sind. Da in diesem Fall Körperbewegung und Erfolg identisch sind, kann von keinem Kausalkonnex die Rede sein. Nach realistischer Lehre dürften also Körperbewegungen der bezeichneten Art nicht als Handlungen, mithin

---

[1]) So ganz besonders Birkmeyer: Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig? S. 1 u. S. 97. München 1907. Dazu v. Liszt: Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 27, S. 213 f. Carl Torp: a. a. O. Bd. 28, S. 327 f.

nicht als Schulderkenntnismittel angesprochen werden. Schon ein Hinweis auf diese Gruppe von Delikten würde die herrschende Lehre widerlegen können.[1])

c) Ferner wird unter Zugrunde-Legung der realistischen Definition gleichfalls nicht von Handlungen zu reden sein, wenn nicht der wirklich mit der Körperbewegung in Beziehung stehende Erfolg das Willenserkenntnismittel abgibt, sondern die Tatsache, dass das Subjekt durch Vornahme der Körperbewegung in Veränderungen einwilligte, die dann in Wirklichkeit nicht eintraten. Es gilt dies insbesondere vom Versuch. In diesem Falle ist zwar die Körperbewegung kausal. Der fehlgehende Schuss tötet eine Henne. Allein in dem realen Kausalkonnex liegt nicht das Schulderkenntnismittel. Also ist der Versuch nicht unter den realistischen Handlungsbegriff zu subsumieren. Den Theorien gegenüber, welche die Wirkung der Versuchshandlung in der entstandenen objektiven Gefahr finden wollten, mag in diesem Zusammenhang auf das oben über den Begriff der Möglichkeit Gesagte verwiesen werden.

2. Der gegebenen realistischen Definition ist jetzt die symptomatische gegenüberzustellen.

a) Die Definition selbst lautet: Handeln ist das Vornehmen einer Körperbewegung in dem Bewusstsein, dass mit Vornahme derselben bestimmte als möglich ins Auge gefasste Veränderungen notwendig werden müssen. Das Vornehmen einer Bewegung wird also nur durch jenes sie begleitende Bewusstsein zur Handlung. Ob jene Annahme richtig war oder nicht, ist für den Begriff des Handelns irrelevant. Somit umfasst der symptomatische Handlungsbegriff jene zweite Gruppe von bewussten Körperbewegungen, welche unter den realistischen Begriff nicht subsumiert werden können.

b) Die Körperbewegung, sofern sie ohne Bezugnahme auf sonstige Veränderungen, für sich allein, weil sie dem Verbot zuwider vorgenommen wurde, das Schuldsymptom abgibt, ist gleichfalls nicht dem symptomatischen Handlungsbegriff zu subsumieren. Sie kann als blosses „Tun" dem „Handeln" gegenübergestellt werden. Doch ist diese Möglichkeit der Subsumption bei der symptomatischen Verbrechensauffassung ohne Bedeutung. Tun und Handeln sind beides bewusste Körperbewegungen, und sind unter diesem Begriff im symptomatischen System zusammenzufassen.

---

[1]) Vergl. dazu Beling: a. a. O. S. 203 „schlichte Tätigkeitsdelikte".

c) Dass die Annahme des Subjektes, mit Vornahme einer bestimmten Körperbewegung müsse eine als möglich ins Auge gefasste Veränderungsreihe wirklich werden, als solche falsch war, alteriert nicht den Begriff des Handelns. Die Körperbewegung ist auch dann ein Handeln, wenn der begleitende Bewusstseinsinhalt mit den Tatsachen nicht übereinstimmte. Ob das Subjekt eine falsche Körperbewegung wählte oder ob seine Gegenwartserkenntnis und mithin die Zukunftsbilder, unrichtig waren, ist gleichgültig. Es wird dies bei dem nachfolgenden Überblick über die Handlungsformen hervorzuheben sein.

3. Nach der erfolgten Bestimmung der in Frage stehenden Begriffe ist ihre wechselseitige Relation zu kennzeichnen.

a) Der realistische Begriff stellt einen Sonderfall des symptomatischen dar. Die Handlung im realistischen Sinne ist das symptomatische Handeln, sofern die Annahme, unter welcher die Körperbewegung vollzogen wird, richtig ist, denn dann stehen Erfolg und Körperbewegung im Kausalkonnex und gegeben ist „eine mit einer Körperbewegung als überleitender Veränderung in Beziehung stehende Veränderung", welche „als Willenserkenntnismittel des Sichbewegenden aufzufassen ist".

b) Ferner ist zu beachten, dass von sämtlichen realistischen Theoretikern der symptomatische Handlungsbegriff de facto ihren Ausführungen zu Grunde gelegt wird, anderenfalls dürfte der „Versuch" nicht als Handlungsform, d. h. als Qualifikation des Handlungsbegriffes angesprochen und unter den entsprechenden Voraussetzungen unter Strafe gestellt werden.

c) Demnach haben die realistischen Theoretiker mit ihrer grundsätzlichen Forderung, dass jedes Verbrechen eine Handlung, eine Wirkung des Willensträgers sein müsse, in Wahrheit nicht Ernst gemacht. Ihr Handlungsbegriff ist der symptomatische. Die wichtigste Form desselben ist freilich die sog. realistische Handlung, bei welcher der Kausalkonnex gegeben ist. Ihre Definition bestimmte also das Prinzip: denominatio fit a potiori. Wie die Anwendung desselben schliesslich zum herrschenden Verbrechensoberbegriff führte, ist am Schluss dieses Paragraphen besonders hervorzuheben, als letztes Argument zu Gunsten der symptomatischen Lehre.

II. Dass der realistische Handlungsbegriff in Wahrheit eine Form des symptomatischen darstellt, bestätigt ein Überblick über die möglichen Handlungsformen. Wofern eine Unterscheidung verschiedener Handlungsformen möglich sein soll, muss der Handlungsbegriff variable

und konstante Komponenten enthalten und zwar so, dass die konstanten Komponenten das Charakteristikum der Handlung abgeben. Bei dem realistischen Begriff kann neben den konstanten ein variabler Komponent nicht aufgewiesen werden, weshalb realistische Handlungsformen nicht gedacht werden können. Bestätigt wird dies durch den Nachweis, dass die von den realistischen Theoretikern angenommenen Handlungsformen in Wahrheit mögliche Modifikationen des symptomatischen Begriffs sein müssen. Die konstanten Komponenten des symptomatischen Handlungsbegriffes bestehen in der bewussten Vornahme einer Körperbewegung in der Annahme, dass durch Vornahme desselben bestimmte als möglich ins Auge gefasste Veränderungsreihen notwendig werden müssen. Der variable Komponent dagegen bildet die Richtigkeit oder die Unrichtigkeit jener Annahme. Aus der Kombination des letzteren mit den konstanten Komponenten ergeben sich die möglichen Handlungsformen.

1. Die hervortretendste Form der Handlung ist diejenige, bei welcher die Annahme, unter welcher die Körperbewegung vorgenommen wurde, sich als richtig erwiesen hat: die Handlung im realistischen Sinne.

a) Die realistische Doktrin dürfte mithin nur „vollendete", niemals „versuchte" Verbrechen kennen, da nur im ersten Falle der erforderte Kausalkonnex gegeben sein kann. Auch bei der realistischen Lehre kommt die Körperbewegung nur dann als Handlung in Betracht, wofern sie ein Willenserkenntnismittel abgibt. Für den symptomatischen Charakter der mit dem Erfolg in Beziehung gesetzten Bewegung ist es jedoch gleichgültig, ob die Annahme des Subjekts richtig oder falsch war, da es doch nur darauf ankommt zu wissen, in welche Veränderungen das Subjekt eingewilligt hat oder nicht.

b) Die symptomatische Bedeutung der soeben charakterisierten Form der Handlung liegt also in der Tatsache, dass das Subjekt die in Frage stehende Körperbewegung nur vornehmen konnte, wenn es in den Eintritt von Veränderungen einwilligte, deren Erfolgen es für notwendig hielt, wenn die fragliche Körperbewegung vorgenommen wurde. Vom symptomatischen Gesichtspunkte aus ist also nur zu fragen: in welche Veränderungen hat der Sichbewegende eingewilligt, als er die Körperbewegung vollzog.

c) Die Handlung ist eine mit dem Erfolg in Beziehung gesetzte Körperbewegung, insofern sie Willenserkennntnismittel ist. Die Handlung ist also ein bestimmtes Willenssymptom. Alle Handlungen müssen

also eine bestimmte Erkenntnis vermitteln; oder, um es mit anderen Worten zu sagen: alle Handlungsformen müssen den gleichen symptomatischen Charakter tragen, und zwar die charakterisierte Einwilligung in nur mögliche Veränderungen. Mit diesem Nachweis wäre die zuvor aufgestellte Behauptung erwiesen, welcher zufolge es unrichtig sein sollte, die Richtigkeit der den Sichbewegenden leitenden Annahme zum Begriffsessentiale der Handlung zu machen.

2. Einer besonderen Erwähnung bedürfen die Handlungen, bei denen der sog. dolus eventualis gegeben ist oder Gefährdungsvorsatz vorliegt.

a) Zunächst ist das den beiden Fällen Gemeinsame hervorzuheben.

α) Die Handlung war im symptomatischen Sinne definiert worden als die Vornahme einer Körperbewegung in dem Bewusstsein eine als möglich angenommene Veränderungsreihe damit notwendig zu machen. Diese Notwendigkeit kann keine absolute sein, bleibt doch immer die Möglichkeit, dass im letzten Augenblick ein Unvorhergesehenes „dazwischen kommt". Ist die Wahrscheinlichkeit einer solchen Störung so gering, dass sie erfahrungsgemäss nicht in Betracht gezogen zu werden braucht, liegt Notwendigkeit im Sinne der obigen Handlungsdefinition vor. Nun muss sich unser Blick in das Zukünftige stets im Unbestimmten verlieren. Nur ein gewisser Kreis von Veränderungen erscheint dem, der die Körperbewegung vornimmt, als notwendig, andere kann er nur als möglich, und zwar als mehr oder minder wahrscheinlich ansehen. Auf diese Veränderungen, welche dem Subjekt der Körperbewegung als unmöglich erscheinen müssen, wenn die Bewegung unterbleibt, als möglich, wenn sie stattfindet, bezieht sich der dolus eventualis, wie der Gefährdungsvorsatz.

β) In beiden Fällen willigt das Subjekt in den Eintritt der Möglichkeit ein, d. h. der Sich-Bewegende wird nicht durch die Vorstellung zurückgehalten, dass jetzt der Eintritt eines Ereignisses, soweit es an ihm liegt, nicht mehr völlig ausgeschlossen ist.

γ) Diese Einwilligung in die Möglichkeit kann einen zweifach verschiedenen Charakter tragen: entweder handelt das Subjekt in der Hoffnung, der Erfolg wird schon nicht eintreten, indem es durch den Gedanken, der Erfolg muss eintreten, von der Körperbewegung zurückgehalten wäre, oder, es hätte ihn auch dieser Gedanke nicht dazu bestimmt, die Bewegung zu unterlassen. Damit ist der Unterschied zwischen dolus eventualis und Gefährdungsvorsatz angedeutet.

b) Zunächst ist das Handeln dolo eventuali näher zu kennzeichnen.

α) Das Handeln dolo eventuali ist zu definieren als die bewusste Vornahme einer Körperbewegung in der Erkenntnis, dass mit ihr ein rechtswidriger (allgemeiner: unheilvoller) Erfolg möglich werde, in dem der Gedanke an den Erfolgseintritt das Subjekt nicht von der Körperbewegung zurückgehalten hätte. (Frankische Formel.[1])

β) Sobald nachgewiesen werden kann, dass der Handelnde unter allen Umständen in die betreffende Veränderung eingewilligt haben würde, so manifestiert die Körperbewegung die gleiche Schuld wie in dem Falle, in welchem das Subjekt, wofern es die Körperbewegung vornahm, in den Erfolg einwilligen musste. Ich erinnere an den Rheder in Hegjermanns „Hoffnung auf Segen". Er gibt den Befehl zur Abfahrt des morschen Schiffes, um die Versicherungsprämie zu verdienen. Der Gedanke, dass die Seeleute dabei zu Grunde gehen werden, kann ihn nicht abgehalten haben. Sein Vorgehen manifestiert die gleiche Missachtung des Menschenlebens wie etwa ein bewusstes Ertränken in der Absicht, den Ermordeten zu beerben.

γ) Es liegt im Sinne der realistischen Doktrin in Fällen der angezeigten Art eine Bestrafung wie bei der Vollendung nur dann als gerechtfertigt zu erachten, wenn der rechtswidrige Erfolg, in welchen der Handelnde einwilligte, wirklich eingetreten ist; bestenfalls konstruiert man einen Versuch dolo eventuali. Allein es ist hier eine Unterscheidung, je nachdem der Erfolg eintrat oder nicht, völlig ungerechtfertigt. Die Schuld des Rheders wird durch seinen Befehl, das morsche Schiff in See stechen zu lassen, manifestiert. Ob die Leute ertrinken oder ob sie gerettet werden, ist für die Beurteilung, mithin für die Bestrafung völlig irrelevant.

c) In gewisser Hinsicht das Gegenspiel zum Handeln dolo eventuali bildet das Handeln mit Gefährdungsvorsatz.

α) Zu definieren ist es als die bewusste Vornahme einer Körperbewegung in der Erkenntnis, dass mit ihr ein rechtswidriger (allgemeiner: unheilvoller) Erfolg möglich werde, indem der Gedanke an den Erfolgseintritt als einem notwendigen das Subjekt von seiner Körperbewegung zurückgehalten hätte.

β) Die symptomatische Bedeutung liegt darin, dass das Subjekt mit Vornahme der Körperbewegung darin einwilligen musste, dass der

---

[1]) Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 10, S. 217.

rechtswidrige Erfolg jetzt nicht mehr, so weit es an ihm lag, unmöglich blieb. Es müssen sich in diesem Falle verschiedene Schuldgrade konstruieren lassen, je nachdem dem Subjekt die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts mehr oder minder gross erscheinen musste. Der häufige Fall des Gefährdungsvorsatzes ist gegeben bei dem bewussten Sich-einlassen in eine gefährliche Unternehmung: z. B. in eine schwierige Gletschertour. Der Tourist handelt nur, weil er hofft, der Erfolg wird nicht eintreten. Der Gedanke an den tötlichen Sturz als notwendig hätte ihn zurückgehalten. Nach der Grösse der Gefahr bemisst sich die Grösse des Mutes bezw. des Leichtsinnes; ein anderes ist der gewöhnliche Montblanc-Weg, ein anderes die Monte-Rosa-Ost-Wand. Natürlich ist es für die Beurteilung des Leichtsinns ganz gleichgültig, ob der Tourist heil davon kam oder nicht. In den Fällen des strafrechtlichen Gefährdungsvorsatzes darf also unter keinen Umständen die Bestrafung von dem Eintreten oder Nichteintreten des rechtswidrigen Erfolges abhängig gemacht werden. Tritt der Erfolg ein, darf keine härtere Bestrafung erfolgen, als wenn er nicht eingetreten wäre. Das Gesagte gilt entsprechend vom Handeln dolo eventuali. Diese durchaus symptomatische Konsequenz ist auch im Sinne der herrschenden Strafrechtslehre, von welcher, trotz des realistischen Ausgangspunktes, jegliche Erfolgshaftung prinzipiell verworfen wird.[1])

γ) Die realistische Lehre kann dem gegenüber dem Gefährdungsvorsatz in keiner Weise gerecht werden. Die Gefährdung als solche, die Möglichkeit einer Verletzung ist kein reales Geschehnis, mithin kein Erfolg, welcher als realer Vorgang mit der Körperbewegung als überleitender Veränderung in Beziehung gesetzt werden kann. Ferner kann auch nicht der real gegebene Kausalkonnex in Betracht kommen. Dass der zu rasch das Dorf durchfahrende Automobilist eine junge Katze überfuhr, darin liegt nicht das Schuldsymptom; ebenso wenig aber auch darin, dass er ein spielendes Mädchen tötete.

3. Das Handeln dolo eventuali bezw. mit Gefährdungsvorsatz bildet keine besondere Handlungsform, sondern als solche sind nur möglich Vollendung und Versuch.

a) Die verschiedenen Handlungsarten unterscheiden sich gemäss dem Inhalt des Bewusstseins, unter welchem das Subjekt die Körper-

---

[1]) Eine Ausnahme macht freilich v. Rohlands Befürwortung des versari in re illicita. „Wer in Schuld ist, hat den Zufall zu tragen." Strafrechtsvergleichung. Allg. Teil. Bd. I, S. 375.

bewegung vornahm. Die Körperbewegung selbst ist als solche nicht von Bedeutung. Man bezeichnet die Handlung als Mord, wenn der Sichbewegende annehmen musste, durch seine Bewegung den Eintritt eines Todes notwendig zu machen. Welches Glied des Körpers dabei sich rührte ist gleichgültig. Die Handlungsformen unterscheiden sich dagegen, je nachdem die die Körperbewegung begleitende Vorstellung richtig war oder nicht. Mithin bildet das Handeln doli eventuali bezw. unter Gefährdungsvorsatz keine besondere Handlungsform, sondern das Gefährden ist eine besondere Handlungsart, bei welcher der Vorstellungskomplex richtig sein kann oder falsch, die also in beiden Handlungsformen möglich ist. Neben der schon charakterisierten „Vollendung" ist mithin als zweite Handlungsform nur noch der „Versuch" möglich, und dieser ist zu definieren: als die Vornahme einer Körperbewegung in der den Tatsachen nicht entsprechenden Annahme, damit eine ohne die Vornahme der Bewegung unmögliche Veränderungsreihe notwendig oder möglich zu machen. Durch diese Definition ist zugleich die Handlungsart des Gefährdens berücksichtigt worden.[1])

b) Der symptomatische Charakter des Versuches kann kein anderer sein als der der Vollendung. Das Subjekt hat deshalb nicht minder in die von ihm ins Auge gefassten Veränderungen eingewilligt, weil seine Annahmen irgendwie objektiv falsch waren. Da die Handlung Willenserkenntnismittel ist, der symptomatische Charakter derselben aber nur durch den Inhalt der Annahme, nicht durch deren Richtigkeit bestimmt sein kann, ist es falsch, die Richtigkeit der Annahme mit der herrschenden Lehre zum Begriffsessentiale der Handlung zu machen. In dem Prinzip der Napoleonischen Gesetzgebung haben diese Gedanken ihren praktischen Ausdruck gefunden.

c) Die realistische Lehre kann nach ihren Prämissen den Versuchsbegriff überhaupt nicht konstruieren. Es gilt das Gleiche wie beim Handeln doli eventuali bezw. mit Gefährdungsvorsatz: wird er dennoch konstruiert, bedeutet dies eben eine stillschweigende Anerkennung des symptomatischen Handlungsbegriffes. Beim Versuch besteht die Handlung nicht in dem realen Konnex: er wollte seinen Gegner töten; er fehlte und erschoss einen Spatzen. Den Versuch als das Verursachen einer objektiven Gefahr[2]) zu konstruieren, wäre doppelt falsch: 1. kann

[1]) Vergl. hierzu das oben Kap. II, Abschn. 2, § 2, Abt. III, 2 bβ Gesagte.

[2]) Vergl. z. B. v. Liszt: a. a. O. S. 201,210.

die Gefahr als reale Wirkung einer Körperbewegung nicht gedacht werden (s. o.); 2. manifestiert das Gefährden als solches grade nicht die Schuld, das Subjekt hat nicht in die Möglichkeit des Eintrittes, sondern in diesen selbst eingewilligt. In Konsequenz dieser verfehlten Auffassung erscheint die heute verwirklichte kriminalpolitische Forderung [1]) den Versuch mit einer Gefährdungsstrafe zu belegen statt mit derselben wie die Vollendung.

III. Durch das Gesagte ist die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem genügend angedeutet worden. Im Nachfolgenden hat die Gegenüberstellung von symptomatischem und realistischem Verbrechensbegriff ihre abschliessende Präzisierung zu erfahren.

1. Zunächst ist noch einmal der Handlungsbegriff in seinem Verhältnis zum Verbrechensoberbegriff im Zusammenhang zu kennzeichnen.

a) Der symptomatische Verbrechensbegriff lautet: jedes Verbrechen ist ein Willenserkenntnismittel. Nur durch die ihnen gemeinsame Funktion, Willenssymptom zu sein, werden die verschiedenen Verbrechensarten zusammengefasst. Die Handlung ist ein bestimmtes Willenserkenntnismittel und muss als solches seinen Platz im System finden.

b) Der symptomatische Handlungsbegriff ist eingeführt worden bei Feststellung der möglichen Willenserkenntnismittel. Und zwar gehört das Handeln zu den Erkenntnismitteln des Willens eines Individuums, insofern es bewusst ist. Die Willenssymptome am bewussten Subjekt, im Gegensatz zu denen am unbewussten, scheiden sich wieder in die bewusste Vornahme einer Körperbewegung wie in das bewusst exoterische Unterlassen. Wie letzteres rein ommissiv oder kommissiv sein kann, kann die Körperbewegung als solche oder in Bezug auf eine bestimmte Veränderungsreihe als Symptom in Betracht gezogen werden. Die letztere Gegenüberstellung wird freilich erst aktuell, wenn dem Subjekt die Körperbewegung als solche geboten war. Die bewusst von dem Subjekt mit einer Veränderungsreihe in Beziehung gesetzte Körperbewegung macht aber das Wesen des symptomatischen Handelns aus.

c) Beachtet man ferner das über die Relation des symptomatischen wie des realistischen Handlungsbegriffes Gesagte, wonach letzterer eine alle Charakteristika an sich tragende Form des ersteren darstellt; berücksichtigt man ausserdem, dass sich die Handlungsarten gemäss dem Inhalt der die Körperbewegung leitenden Vorstellung differenziieren,

---

[1]) v. Liszt: a. a. O. S. 207.

sich somit zwei formelle Handlungsarten scheiden lassen, je nachdem das Subjekt in die Notwendigkeit oder die blosse Möglichkeit eines Eintritts willigte: so kann die Stellung des Handlungsbegriffs, des symptomatischen wie des realistischen, im Strafrechtssystem durch folgenden systematischen Grundriss hinreichend gekennzeichnet werden:

Jedes Verbrechen ist Willenserkenntnismittel. Zu scheiden sind:

I. Erkenntnismittel am bewussten Subjekt. II. Erkenntnismittel am unbewussten Subjekt. Weiter in Betracht zu ziehen sind nur die Symptome sub I.

Die Erkenntnismittel am bewussten Subjekt sind:

1. Die bewusste Vornahme einer Körperbewegung. 2. Das bewusst exoterische Unterlassen. Weiter in Betracht zu ziehen sind nur die Symptome sub 1.

Die bewusste Vornahme einer Körperbewegung kann Willenssymptom sein:

a) insofern nur die Körperbewegung als solche in Betracht gezogen wird; b) insofern diese vom Subjekt bewusst mit einer Veränderungsreihe in Beziehung gesetzt wird. Damit ist der symptomatische Handlungsbegriff systematisch lokalisiert.

α) Nach dem Inhalt der das Subjekt bei Vornahme der Körperbewegung leitenden Vorstellung bestimmen sich die Handlungsarten. Diese sind formal zu scheiden je nach dem das Subjekt einwilligte: α^1) in die Notwendigkeit eines Erfolgseintrittes; β^1) in die Möglichkeit eines solchen.

War der betreffende Erfolg ein Unheil, so kann das Subjekt im Falle β^1) eingewilligt haben: 1α) auch in den Eintritt des Unheils, wofern dieser notwendig würde; oder 2 β) bloss in die Nicht-Unmöglichkeit derselben. (dolus eventualis: = Gefährdungsvorsatz.)

β) Nach der Richtigkeit jener leitenden Annahme scheiden sich die Handlungsformen.

Die Annahme des Subjektes kann richtig sein, dann ist gegeben: 1α) die Vollendung: d. h. die Vornahme einer Körperbewegung in der den Tatsachen entsprechenden Annahme, damit eine ohne die Vornahme der Körperbewegung unmögliche Veränderungsreihe notwendig oder möglich zu machen. Damit ist zugleich der realistische Handlungsbegriff im System lokalisiert worden. Dagegen ist 2β) Versuch gegeben, wenn jene charakterisierte Annahme den Tatsachen nicht entsprochen hat.

2. Abschliessend soll nun noch gezeigt werden, dass der herrschende Verbrechensoberbegriff, sofern man von seinem Wortsinn abstrahierend die Bedeutung betrachtet, welche ihm von der herrschenden Lehre zugeschrieben wird, in Wahrheit als ein Versuch zu der hier vertretenen Auffassung zu gelangen, angesehen werden muss. Zunächst ist eine Genesis des herrschenden Oberbegriffs zu leisten.

a) Nach herrschender Lehre soll der Handlungsbegriff den Oberbegriff abgeben für Tun und Unterlassen, für die dolosen wie die fahrlässigen Delikte. Um möglich zu sein, müsste er auf der Annahme eines abstrakten Kausalzusammenhangs einerseits, eines abstrakten Willenszusammenhangs andererseits fussen können. Nun ist aber dies Beides undenkbar, also ist der Handlungsbegriff in seiner Funktion als Oberbegriff nichts als ein leeres Wort, dessen Sinn nur sein kann: Handlung ist der Name für den zu findenden, noch nicht gefundenen Oberbegriff für Tun und Unterlassen, für vorsätzliche wie fahrlässige Delikte.

b) Bei Betrachtung des realistischen Handlungsbegriffes muss also genau zwischen seinem Inhalt und seiner Funktion als Oberbegriff geschieden werden. Seinem Inhalt nach deutet er auf ein bestimmtes, oben charakterisiertes Willenserkenntnismittel; dagegen als Oberbegriff gibt er den Namen ab für ein noch nicht gefundenes Etwas.

c) Handlung bezeichnet also als Verbrechensoberbegriff das noch nicht bestimmte allen Verbrechen Gemeinsame. Und diese Namengebung erfolgte nach dem Prinzip: denominatio fit a potiori. Die Handlung im realistischen Sinne ist der praktisch bedeutsamste Fall des in der bewussten Vornahme einer Körperbewegung bestehenden Willenserkenntnismittels. Diese Gruppe von Willenssymptomen ist wiederum diejenige, welche bei Betrachtung dieser Fragen zunächst in die Augen springt. So bezeichnet man zunächst diese Gruppe als Handlung, endlich benennt man so das allen Verbrechen Gemeinsame, nämlich ihre Funktion als Willenserkenntnismittel.

3. Damit ist das richtige Verhältnis der in Frage stehenden Verbrechensauffassungen abschliessend gekennzeichnet.

a) Der Handlungsbegriff als Oberbegriff des realistischen Systems kann in Wahrheit nicht mehr sein als die nach dem Prinzip denominatio fit a potiori bestimmte Bezeichnung des noch nicht inhaltlich gekennzeichneten allen Verbrechen Gemeinsamen. Wäre diese Erkenntnis Gemeingut der herrschenden Lehre, würde es sich in dieser Polemik um einen Streit um Worte handeln. Freilich ist es gefährlich den Oberbegriff

mit dem Worte zu belegen, das in erster Linie einer seiner Qualifikationen, und wenn auch der wichtigsten, zukommt. Die Gefahr der Verwechslung ist gross, und bestätigt wird dies durch den Aufbau des herrschenden Systems.

b) Das herrschende System wird gerade dadurch charakterisiert, dass jene gekennzeichnete Unterscheidung nicht beachtet worden ist. Die Qualifikation des Oberbegriffes wird zum Oberbegriff selbst. Sobald man sich jetzt vergegenwärtigt, welchen Inhalt der herrschende Oberbegriff haben müsste, um Tun und Unterlassen, Vorsatz und Fahrlässigkeit umfassen zu können, so erkennt man, dass der realistische Handlungsbegriff hierzu in keiner Weise ausreicht, dass er in Wahrheit nur eine gefährliche Bezeichnung eines unbestimmten Etwas ist.

c) Blickt man also tiefer, drängt auch das„ realistische System" zu seiner Auflösung in das symptomatische. Es gilt den Oberbegriff für Tun und Unterlassen, vorsätzliche, fahrlässige Delikte zu finden, in Wahrheit gibt die herrschende Lehre ein inhaltsleeres Wort. Mit der Einsicht in den Unterschied zwischen dem Handlungsbegriff, inhaltlich bestimmt und seiner Funktion als Oberbegriff, muss die herrschende Lehre als unbeantwortete Frage nach dem symptomatischen Verbrechensbegriff erkannt werden.[1])

§ 8. Grundriss des symptomatischen Systems.

I. In einer Skizze vom Grundriss des symptomatischen Systems haben die vorliegenden Erörterungen ihren Abschluss zu finden.

An den symptomatischen Verbrechensbegriff knüpft sich das Strafrechtssystem. Das Verbrechen ist zu definieren als Strafschulderkenntnismittel einer Schuld, welche also geartet ist, dass gegen den Schuldigen mit Strafe eingeschritten werden muss. „Ein auf diesem Begriffe sich aufbauendes System würde in folgende drei Teile zu zergliedern sein: 1. ist das Verbrechen zu bestimmen als das Erkenntnismittel eines psychischen Zustandes überhaupt; 2. ist die gegebenene Bestimmung zu der eines Schulderkenntnismittels zu erweitern; 3. ist abschliessend das Schulderkenntnismittel zum Strafschulderkenntnismittel zu qualifizieren."[2])

---

[1]) Vergl. hierzu das in der Einleitung Gesagte wie den Schluss von Kap. I, Abschnitt 1.

[2]) Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 28, S. 466.

II. Im zweiten Abschnitt des Systems ist der Begriff des Willenserkenntnismittels zu dem eines Schuldsymptoms zu qualifizieren. Die in dem ersten Abschnitt inhaltlich festgestellten Begriffe kehren jetzt durch Einführung des Schuldbegriffs qualifiziert wieder. In dem Begriff des Schuldsymptoms ist, wie dies in den obigen Ausführungen schon angedeutet worden war,[1]) der Begriff der Rechtswidrigkeit implicite enthalten. Das bewusste Unterlassen gestattet nur dann einen Rückschluss auf die Schuld, wenn dem negativ Beurteilten das die Handlung fordernde Rechtsgebot bekannt war. Auf dass die Körperbewegung einen symptomatischen Charakter trage, ist es erforderlich, dass das Subjekt in eine verbotene Körperbewegung als solche einwilligte oder in Veränderungen, die es nicht durch Vornahme einer Körperbewegung eintreten lassen durfte. Ob jene Veränderungen wirklich eintreten oder nicht, ist wie oben betont wurde, für die symptomatische Bedeutung der Körperbewegung irrelevant. Das Gleiche gilt auch von der Fahrlässigkeit. Erkannte das Subjekt nicht, welche Folgen seine Handlung hätte haben können, während ihm dies bei dem erforderlichen Sozialinteresse nicht hätte entgehen können, so wäre die Schuld manifestiert. „Ob das fahrlässig entladene Gewehr den Gefährten tötet, verletzt oder (glücklicherweise!) keinen Schaden anrichtet",[1]) muss für die Beurteilung des Schuldigen ausser Betracht bleiben. Unter welchen Voraussetzungen die Tatsache, dass das Subjekt bei dem erforderlichen Sozialinteresse die in Frage stehende Vorstellung besessen hätte, exakt festgestellt werden kann, scheint mir den schwierigsten Punkt der Fahrlässigkeitslehre auszumachen.

III. Der gegebene Nachweis der Möglichkeit eines symptomatischen Systems sei mit nachfolgendem, durch das Ausgeführte verständlichen Grundriss desselben beschlossen.

Das Verbrechen ist Straf-Schuld-Erkenntnismittel.

I. Das Verbrechen als Willenserkenntnismittel.

1. Die Lehre von der symptomatischen Erkenntnis überhaupt.

2. Die Lehre von den Willenserkenntnismitteln, zu denen zählend an dieser Stelle der Handlungsbegriff einzuführen ist.

3. Die Lehre von der Kombination der Willenssymptome.

---

[1]) Vergl. insb. S. 209, 218.

[1]) Zeitschrift Bd. 28, S. 467.

II. Das Verbrechen als Schulderkenntnismittel.

1. Die Lehre von der Schuld.

2. Der rechtswidrige Charakter der Schuldsymptome.

3. Die Lehre von der Kombination der Schuldsymptome.

III. Das Verbrechen als Strafschulderkenntnismittel.

1. Die Lehre von der Strafe und von deren Bedeutung beim Vorliegen eines Einzelsymptoms wie einer Kombination der Symptome. (General- und Spezialprävention.)

2. Die Artung der strafwürdigen Schuld.

3. Die Artung des straffähigen Individuums.[1]) —

---

[1]) Zeitschrift. Bd. 28. S. 469.

ABSCHLUSS.

Die Gegner der Symptomatik.

Der Ausbau eines symptomatischen Systems, wie er im Vorigen als möglich gezeichnet wurde, würde mit Bezug auf den aktuellen Stand der Strafrechtswissenschaft die Überwindung zweier Gegner fordern, welche in der Arbeit charakterisiert worden sind:

1. ist der realistische Verbrechensbegriff endgültig zu widerlegen. Da er in der Bestimmung der Realition zwischen Subjekt und Rechtsverletzung als Kausalzusammenhang besteht, ist das Wesen der Kausalität festzustellen und aus dieser abzuleiten, dass das Vorliegen einer Kausalitätsverknüpfung nicht zu den Essentialien des Verbrechens gezählt werden darf.

2. ist die Möglichkeit einer indeterministischen Symptomatik von vornherein abzuschneiden. Nur durch den Nachweis, dass die Grundlegung der Ethik und damit die des Strafrechts allein auf deterministischem Grunde möglich ist, kann dem Indeterminismus sein Halt in der Strafrechtswissenschaft entzogen werden.[1])

Die erste der bezeichneten Aufgaben sucht die vorliegende Arbeit zu erfüllen, eine entsprechende nachfolgende Studie des Verfassers hätte sich die zweite zum Ziele zu setzen, sofern er die begonnene Polemik im Sinne des Gesagten zum Abschluss bringen wollte.

---

[1]) Zeitschrift. Bd. 28, S. 470.

1, Criminals — Registration — Germany,
FY

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. von **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker** Würzburg, Prof. Dr. **A. Frh. v. Overbeck,** Freiburg (Schweiz), Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 92.

Vorstrafen und Strafregister.

Von

Dr. jur. et rer. pol. Josef Müller

München.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Frank & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Vorstrafen und Strafregister.

Von

Dr. jur. et rer. pol. Josef Müller

München.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

18

Zum Druck empfohlen von

Geheimem Hofrat Prof. Dr. von Lilienthal, Heidelberg.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Kapitel.

§ 1. Geschichtliche Entwicklung 3

II. Kapitel.

§ 2. Die Strafregister-Systeme 8
§ 3. Vorzüge und Nachteile der einzelnen Systeme 9

III. Kapitel. Das Strafregister in Deutschland.

§ 4. A) Rechtsgültigkeit der Bundesratsverordnung 12
B) Beschaffenheit des Strafregisters.
§ 5. Die Registerbehörden 14
§ 6. Die Registerführung 15
§ 7. Der Inhalt der Strafnachrichten insbesondere 17
§ 8. Die Registerfälle 18
§ 9. Die Form der Registerführung 19
§ 10. Berichtigung und Entfernung der Strafnachrichten 21
§ 11. Auskunftserteilung aus dem Register 24
§ 12. Benützung des Strafregisters zur Ermittlung steckbrieflich Verfolgter 27
§ 13. Aufnahme militärgerichtlicher Verurteilungen im Strafregister . . 28
§ 14. Befugnisse der einzelstaatlichen Gesetzgebung 31

IV. Kapitel. Die Strafregistereinrichtungen der Einzelstaaten.

§ 15. 1. Das bayerische Strafregister 33
§ 16. 2. Die Strafregistereinrichtungen der anderen deutschen Bundesstaaten 43

V. Kapitel.

§ 17. Übersicht über die ausländische Strafregister-Gesetzgebung . . . 48

VI. Kapitel.

§ 18. Die Strafregisterbeziehungen zwischen dem Deutschen Reich und auswärtigen Staaten 51

VII. Kapitel. Wert der Strafregistereinrichtung.

§ 19. Die Benützung des Strafregisters 55
§ 20. Vorteile und Nachteile der Strafregistereinrichtung 57
§ 21. Verbesserungsvorschläge 60

Erklärung der gebrauchten Abkürzungen.

PStrGB: Bayer. Polizeistrafgesetzbuch.
RStrGB: Reichsstrafgesetzbuch.
RStrPO: Reichsstrafprozessordnung.
GVG: Gerichtsverfassungsgesetz.
RMStrGO: Reichsmilitärstrafgerichtsordnung.
BRV: Bundesratsverordnung.
J. MBek: Justizministerialbekanntmachung.
Inn. MBek: Bekanntmachung des k. Staatsministeriums des Innern.
J. Inn. F. MBek: Bekanntmachung der k. Staatsministerien der Justiz, des Innern und der Finanzen.
KrME: Kriegsministerialerlass.
D. J. Ztg.: Deutsche Juristenzeitung.
Z. f. Rpfl. in Bay.: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Z. f. d. g. Strafrechtswiss.: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Mitteilungen: Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung.

A. Quellen.

Die benützten Quellen sind jeweils im Texte angeführt.

B. Literatur.

Delaquis & Polec, Materialien zur Lehre von der Rehabilitation 1905.

Delaquis, Weitere Materialien zur Lehre von der Rehabilitation 1906.

Delaquis, Rehabilitation: in Mitteilungen Bd. XIII, S. 548 ff.

Delaquis, Rehabilitation Verurteilter 1906.

Delaquis, Rehabilitation: in Aschaffenburgs Zeitschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. III, S. 357 ff.

Delaquis, Die Rehabilitation im Strafrecht, 1907.

Hamm, Die Einführung einheitlicher Strafregister, 1876.

Hildenhagen, Rehabilitation: in Zeitschr. für Strafrechtswissenschaft, Bd. XXVII, S. 398 ff.

Hoegel, Rehabilitation: in Allg. österr. Gerichtszeitung 1906, No. 18, S. 137 ff.

Hoegel, Rehabilitation: in Aschaffenburgs Monatsschrift, Bd. III, S. 487 ff.

Klimmer, Ergänzung der Strafregister: in Zeitschr. f. Rpfl. in Bay. 1907, S. 464.

Laband, Reichsstaatsrecht, 1901.

Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, 1907.

Marchand, Strafregister in Deutschland, 1900.

Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899.

Oetker, Rehabilitation: in Mitteilungen Bd. XIII, S. 567 ff.

Oetker, Rehabilitation: in Gerichtssaal, Bd. 67, S. 428 ff.

Oetker, Lohn und Strafe: in Gerichtssaal, Bd. 70, S. 321 ff.

Oppler, Vorstrafen: in DJZtg. 1907, Seite 647.

Ortloff, Lehrbuch der Kriminalpolizei, 1893.

Riss, Die Aufhebung von Straffolgen im Gnadenwege nach bayer. Rechte: in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1904, S. 533 ff.

Schiller, Rehabilitation Verurteilter nach schweizerischem Recht, 1905.

Seuffert, Hermann, Strafregister: in Stengels Lexikon des Verwaltungsrechts Bd. 2.

Sichart, Strafregister: in v. Holzendorff und v. Jagemanns Lehrbuch des Gefängniswesens, Bd. 2.

Sichart, Über individuelle Faktoren des Verbrechens: in Z. f. d. g. Strafrechtswissenschaft, Bd. 10, S. 306 ff.

Wahlberg, Individualisierung im Strafrecht 1869.

Zachariae, Deutscher Strafprozess 1882.

Bulletins de la Société Générale franisçae des Prisons. 11. année No. 3, S. 263 ff. und 300 ff.. No. 5 S. 489 ff.

Einleitung.

Je fortgeschrittener die Rechtsentwicklung eines Staates ist, desto humaner ist seine Rechtspflege. Als die Völker noch auf primitiverer Kulturstufe standen, war das Grundmotiv, welches das Strafrecht beherrschte, Befriedigung des Rachetriebs des verletzten Einzelmenschen oder einer verletzten Gesamtheit — sei es der Sippe oder der grössten Rechtseinheit, des Staates. Diese Anschauung hat im Laufe der Zeiten — wenn auch in der Theorie der gerechten Vergeltung das Racheprinzip noch zum Ausdruck kommt — eine natürliche Änderung erfahren: „die Strafe hat sich aus einer ungezügelten Triebhandlung in die durch die Zweckvorstellung bestimmte und gemässigte Willenshandlung verwandelt".[1])

Dieses Menschlicherwerden des Strafrechts äussert sich vor allem in zwei Beziehungen: Beseitigung der grausamen Strafarten und Berücksichtigung der Individualität des Übeltäters.

Im ältesten Strafrecht richtet sich das Maß der Strafe bezw. Genugtuung nach dem äusseren Schaden der Rechtsverletzung: massgebend für die Bestrafung ist einzig und allein der objektive Tatbestand. In späterer Zeit — schon zur Zeit des Compositionen-Systems — begann man die äussere Geltung der verletzenden und verletzten Person zu berücksichtigen: in den Wergeldregistern und Busstaxen wird gleichsam der Wert der einzelnen Volksklassen nach Geburt, Geschlecht, Volksstamm, Besitz, Standesverhältnis abgeschätzt. Man wollte so die Gerechtigkeit, das höchste Ideal der Rechtspflege, wahren — und tat das Gegenteil, indem man die berechtigte Forderung nach absoluter Gleichheit Aller vor dem Gesetz umging. Heute hat sich die Überzeugung Bahn gebrochen, dass nicht das Verbrechen als Einzel-Ereignis, sondern der Verbrecher in seiner ganzen Individualität Gegenstand der staat-

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. des Strafrechts, S. 6.

lichen Strafbehandlung sein solle. Das Gesetz kann nicht alle möglichen und denkbaren Straffälle aufführen; es generalisiert, es gibt eine abstrakte gesetzliche Regel. In den meisten Fällen stellt es daher nur relative Strafbestimmungen auf, um dem Richter Gelegenheit zu geben, die Besonderheit des Falles in Erwägung zu ziehen, zu individualisieren, die persönlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen, insbesondere sein Vorleben, seine Vorstrafen und eine etwaige Rückfälligkeit.

Soll das Urteil ein „gerechtes" sein, so ist also für den Richter vor allem Voraussetzung die Kenntnis der Persönlichkeit des Angeklagten: primum consideranda persona nocentis. Nun gestattet ja in zahlreichen Fällen die Tat selbst Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Täters. Auch läge es wohl am nächsten, die in Betracht kommenden Tatsachen aus seinem eigenen Munde zu erfahren; aber wie oft wird er sich nicht bereit finden lassen, Aufschlüsse zu geben, nachdem er durch prozessuale Mittel dazu nicht gezwungen werden kann, wie oft auch wird er durch falsche Angaben den Richter irre zu führen suchen, besonders wenn es sich um Angabe etwaiger Vorbestrafungen handelt, die für die Strafzumessung von grossem Einfluss sein können, ganz abgesehen davon, dass das Gesetz selbst in einigen Fällen (bei Diebstahl §§ 244, 245, Raub § 250 No. 5, Hehlerei § 261, sowie bei Betrug § 264 RStrGB) bei Vorliegen von Bestrafungen wegen gleichartiger Verbrechen oder Vergehen innerhalb einer gewissen Zeit (Rückfall) eine schwerere Strafe androht. In manchen zweifelhaften Fällen mag sogar die Tatsache des Vor- oder Nichtbestraftseins mit massgebend sein für die Entscheidung, ob gegen einen Beschuldigten die Anklage zu erheben ist oder nicht. Bei einer so weittragenden Bedeutung der Kenntnis des Vorlebens eines Angeschuldigten kann sich das Gericht auf dessen eigne Angaben nicht verlassen, vielmehr musste zu zuverlässigeren, wenn auch umständlicheren Mitteln gegriffen werden.

Diesem Zwecke dient heute insbesondere die Einrichtung der sog. „Strafregister". Mit dieser Institution wollen wir uns in Folgendem befassen.

I. Kapitel.

§ 1.

Geschichtliche Entwickelung.

Die Quellen und die Literatur des römischen Strafrechts und des römischen Strafprozesses liefern keinen Anhaltspunkt dafür, dass man schon in alten Zeiten die von den Gerichten ausgesprochenen Strafen irgendwie aufgezeichnet hat, um bei späterer Gelegenheit Kenntnis darüber zu haben, ob die betreffende Person schon vorbestraft ist oder nicht. Wohl ist aus der Tatsache, dass schon das römische Recht in gewissen Fällen Rückfalls-Delikte mit schwererer Strafe bedroht [1]) und die Infamie des Täters als Strafschärfungsgrund anerkannt hat,[2]) der Schluss zu ziehen, dass man auch Mittel zur Verfügung haben musste, die Grundlage des Rückfalls oder der üblen Beleumundung festzustellen.

Das Geständnis des Angeklagten, vielleicht noch das Erinnerungsvermögen der Volksgenossen, besonders der Ältesten unter ihnen, mag für damalige Verhältnisse, wo die Strafrechtspflege noch primitiver gewesen ist, genügt haben: die Rechtspflege spielte sich damals in grösserer Öffentlichkeit ab als heute, nicht in Gerichtssälen, sondern auf dem Forum, sodass eine Verurteilung zu Ohren von „ganz Rom" kommen musste. Dazu war die Rechtspflege völlig zentralisiert, so dass nicht, wie heute, die Urteile unzähliger Gerichte der verschiedensten und entferntesten Provinzen und Länder in Betracht gezogen werden mussten.

Auch dem germanischen Recht, das ohnedies jeglichem schriftlichen Verfahren abhold war, sind Aufzeichnungen der Strafen nicht bekannt. Wohl war auch hier, wie im römischen Recht, in der Strafrechtspflege die Kenntnis des Vorlebens des Beschuldigten von grosser Bedeutung.[3]) Verfehlungen übel beleumundeter Personen wurden mit

---

[1]) Paulus 5, 21, 1. — Dig. 37, 14, 1. — 48, 19, 28, 3. Cod. 6, 1, 4. — 10, 20, 1.

[2]) Callistratus Dig. 48, 19, 28, 16: maiores nostri in omni supplicio severius... famosos quam integrae famae homines punierunt.

[3]) Zachariae, Handb. d. deutschen Strafprozesses, Bd. I, S. 123 ff.

barbarischer Strenge geahndet. Das germanische Recht kannte das Institut des sog. „Richtens auf bösen Leumund" — allerdings ist es niemals gemeingültiges Recht geworden: hiernach war das Gericht von der Anwendung des allgemeinen gesetzlichen Beweisrechts übelberüchtigten oder notorisch schädlichen oder gefährlichen Menschen gegenüber dispensiert, wenn ein zur Überzeugung der Schuld dem Gerichte genügender, dringender Verdacht einer Missetat vorlag.[1]) Der Beweis der notorischen Schädlichkeit oder Gefährlichkeit des Beschuldigten aber konnte erbracht werden durch den Eid der Schöffen.

In der Constitutio Criminalis Carolina finden wir den Rückfall ausdrücklich erwähnt: derjenige, der zum dritten mal gestohlen hatte, sollte „als mehrer verleumden Dieb, der einem Vergewaltiger gleich zu achten sei", mit Todesstrafe geahndet werden. Wenn man auch — ungefähr seit dem Beginn des 16. Jahrhunderts — das „Richten auf üblen Leumund" ausdrücklich verboten hatte, so stand eben jetzt ein sicheres Mittel zur Verfügung, die Tatsache des Vorbestraftseins des Beschuldigten fast stets durch das Geständnis beweisen zu können:[2]) nach geeigneter „peinlicher" Befragung (Tortur) wird er wohl auch zugestanden haben, ein „mehrer verleumden Dieb" zu sein.

Wenn also auch schon seit undenklichen Zeiten auf die Kenntnis der Vorstrafen Gewicht gelegt worden ist, so hat man doch erst seit den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts — und zwar in fast allen Kulturstaaten — begonnen, durch schriftliche Aufzeichnungen die amtliche Feststellung der Vorstrafen eines Übeltäters zu ermöglichen. Die verschiedensten Wege wurden von den einzelnen Ländern eingeschlagen:[3]) in den einen Ländern wurden die Strafen aufgezeichnet bei den Polizei-

---

[1]) Besonders deutlich erhellt das Wesen dieses „Richtens auf bösen Leumund" aus dem Privilegium des Kaisers Ludwig für die Stadt Nürnberg vom Jahre 1320: „Wir tun den Bürgern von Nürnberg die Gnad und das Recht, dass sie einen jeden schädlichen Menschen, der in ihr und des Reiches Gefängnis zu Nürnberg kommt, mit bösem Leumund überkommen, den Leib abgewinnen mögen: also dass der Rath und Schöpsen oder der mehrere Teil unter ihnen dünkt auf Eid, dass der Leumund so stark auf ihn gangen, dass man billig richte über seinen Leib, den man es lasse, dass er den Leib damit verloren habe."

[2]) Die Bambergische peinliche Halsgerichtsordnung v. J. 1507 Art. 273 verbietet das Richten auf bösen Leumund, aber der Richter soll — nach Art. 23 l. c. — die Beschuldigten „mit peinlicher ernstlicher Frage zu Bekenntnis der Wahrheit (hier also üblen Beleumundung oder Vorbestraftheit) zwingen lassen".

[3]) E. Yvernès in Bulletin de la Société Générale des Prisons, 11. Jahrg. No. 3, S. 265.

behörden (so in Dänemark, Norwegen etc.), während in Schweden die Ortspfarrer die zuständige Behörde waren; in Russland wurde allmonatlich im Justizministerium eine Liste der im Reiche bestraften Personen zusammengestellt, die den Behörden übermittelt wurde, in Spanien wurden Strafverzeichnisse geführt in den Gefängniskanzleien. England schuf nur in London ein Büro, in welchem Listen über die in der Hauptstadt verhängten Strafen geführt wurden, während die von Provinz-Gerichten ausgesprochenen Strafen überhaupt nicht berücksichtigt wurden.

In manchen Ländern wurden die Strafen verzeichnet bei Behörden des Geburtsorts, in den andern bei solchen des Wohnorts, letzten Wohnorts und später auch des Heimatsorts.

Preussen hat durch Justiz-Ministerialreskript v. 12. September 1838 angeordnet, dass bei jedem Gericht, dem die Führung von Kriminal- und Fiskalischen Untersuchungen zustand, Repertorien in alphabetischer Ordnung nach dem Namen der Angeschuldigten über die von ihnen zur Untersuchung gezogenen Personen zu führen seien.

War das betreffende Gericht nicht der „persönliche Richter", so war derselbe vom erkennenden Gericht in Kenntnis zu setzen. Der persönliche Richter war dementsprechend um Auskunft wegen der Vorstrafen anzugehen.

Bei diesen Anordnungen blieb es bis zur Gerichtsorganisation vom 1. Oktober 1879. Die allgem. Justizministerialverfügung, betreffend die von den Beamten der Staatsanwaltschaft an andere Behörden zu machenden Mitteilungen bestimmte, dass Mitteilung von sämtlichen Verurteilungen wegen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen gegen § 361 No. 1—8 RStrGB an die Staatsanwaltschaft desjenigen Landgerichts zu übersenden sei, in dessen Bezirk der Wohnort, bei Mangel eines solchen der Aufenthaltsort des Verurteilten lag.

Auch in Bayern hat man schon seit der Mitte des 19. Jahrhunderts begonnen, Strafaufzeichnungen anzulegen. § 54 der Dienstesvorschriften für die Staatsanwälte vom 20. Juni 1862 bestimmte, „dass die Staatsanwälte von den bei den Bezirksgerichten und Schwurgerichten erfolgten Aburteilungen von Inländern dem „betreffenden" Vertreter der Staatsanwaltschaft behufs Vervollständigung der Strafliste Kenntnis zu geben haben." Die Mitteilungen hatten zu erfolgen sogleich nach eingetretener Rechtskraft und zwar in Verbrechensfällen durch den Staatsanwalt an demjenigen Bezirksgericht, bei welchem der Schwur-

gerichtshof gebildet war, in den übrigen Fällen durch den Staatsanwalt bei dem aburteilenden Bezirksgericht. Die Staatsanwälte hatten sich dabei vorgeschriebener Formulare zu bedienen, wie sie bereits für Übertretungen angeordnet waren. Auch die ev. Mitteilungen von Verurteilungen von Ausländern an ausländische Behörden hatten durch die Staatsanwälte zu erfolgen.

Durch Justizministerialerlass vom 28. Januar 1864, die Mitteilungen über das Ergebnis strafrechtlicher Untersuchungen betreffend, wurden die Staatsanwälte weiter angewiesen „in allen Fällen, in welchen eine wegen Verbrechens oder Vergehens in der Richtung gegen eine bestimmte Person eingeleitete Untersuchung wegen Mangels zureichender Verdachtsgründe eingestellt wird, hievon dem Vertreter der Staatsanwaltschaft am einschlägigen Stadt- oder Landgericht behufs entsprechender Vormerkung auf der Titelseite der Strafliste der betr. Person Mitteilung zu machen".

Unter dem „betreffenden" oder „einschlägigen" Staatsanwalt war stets gemeint der Vertreter der Staatsanwaltschaft an demjenigen Stadt- oder Landgericht, in dessen Bezirk sich die H e i m a t des Abgeurteilten oder in Untersuchung Gefangenen befand.

Durch Justizministerialerlass vom 2. Juli 1865, die Mitteilungen über das Ergebnis strafrechtlicher Untersuchungen betreffend, wurde angeordnet, dass in den Strafmitteilungen auch stets der letzte aktenmässig bekannte Aufenthaltsort bekannt gegeben werden müsse, der sodann in der Strafliste Aufnahme fand.

Die aus Anlass der Gerichts-Neuorganisation vom 1. Oktober 1879 erlassenen Justizministerialverfügungen brachten wesentliche Änderungen in Bezug auf die Aufzeichnung der Strafen nicht.

Ähnliche Einrichtungen, wie in Preussen und Bayern, fanden sich fast in allen deutschen Staaten.

F r a n k r e i c h hat schon im Jahre 1850 auf die Anregung des Appellationsgerichtsrates Bonneville de Marsangy in seiner Schrift „De la localisation au greffe de l'arrondissement natal des renseignements judiciaires concernants chaque condamné" ein neues System der Vorstrafen-Aufzeichnung eingeführt. Dieses ist das heute noch dort gültige und in den meisten anderen Ländern — auch in Deutschland befolgte: das S t r a f r e g i s t e r — in Frankreich „casier judiciaire" genannt — wird geführt im G e b u r t s bezirk des Verurteilten.

Einige romanische Länder ahmten das französische System sofort nach: Portugal und Italien führten den casier judiciaire auch in ihren Ländern ein.

Wie schon erwähnt, auch fast sämtliche deutsche Staaten hatten damals schon Einrichtungen, die Strafen aufzuzeichnen. Aber so zersplittert und uneinig in jener Zeit Deutschland politisch war, so sehr auch sonst die Rechtssicherheit durch die Herrschaft vieler Partikularrechte beeinträchtigt wurde, so verschiedenartig waren auch die Einrichtungen der einzelnen Staaten, die Vorstrafen einer Person festzustellen, Einrichtungen, die oft recht mangelhaft funktionierten, sodass noch Hamm, der 1876 in einer Broschüre [1]) die Einführung einheitlicher Strafregister in Deutschland empfahl, schreiben konnte: „Jeder mit der Strafrechtspflege in Deutschland befasste Beamte kennt die Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten, mit welchen in den meisten Fällen die Feststellung der gerichtlichen Antezedentien des Beschuldigten verbunden ist. Manche Untersuchung und Untersuchungshaft wird durch die Aufklärung dieses Punktes um Wochen verlängert. Nicht selten ist eine sichere Auskunft, so wünschenswert sie für die Beurteilung der Sache und selbst mit Rücksicht auf gesetzliche Rückfallstrafen wäre, trotz aller Bemühungen nicht zu erlangen."

Eine durchgreifende Besserung trat erst ein, als es nach der Gründung des Reiches möglich war, die Vereinheitlichung der Rechtspflege auch auf dieses Gebiet auszudehnen: durch Bundesratsverordnung vom 16. Juni 1882 wurde für das deutsche Reich die Einführung einheitlicher Strafregister angeordnet.

Und heute haben fast alle Kulturstaaten ähnliche, wenn auch im einzelnen von einander abweichende Einrichtungen. Soweit sie solche noch nicht besitzen, ist ihre Einführung vielfach bereits ins Auge gefasst.

---

[1]) I. Hamm, Die Einführung einheitlicher Strafregister in Deutschland. Ein Amendement zur Straf-Pr.-O.

II. Kapitel.

§ 2.

Die Strafregister-Systeme.

Wenn also auch die überwiegende Mehrheit der heutigen Kulturstaaten eine Strafregistereinrichtung hat, so beruhen sie dennoch keineswegs auf einem einheitlichen System. So verschiedenartig aber die Einrichtungen im einzelnen auch sein mögen, so lassen sie sich dennoch in folgende Gruppierungen unterbringen:[1])

1. Wir finden zwei Hauptgruppen: Länder mit zentralisiertem und solche mit dezentralisiertem System. Bei ersterem gibt es im ganzen Lande nur eine Strafregisterbehörde (regelmässig natürlich in der Hauptstadt), welche von sämtlichen Verurteilungen wegen bestimmter Delikte, die im gesamten Staatsbereich erfolgen, in Kenntnis gesetzt wird, sie registriert und gegebenen Falls Auskunft erteilt oder auch von selbst, ohne darum angegangen zu sein, in periodischen Zeitabschnitten an die Behörden des Landes Verzeichnisse überschickt, die wiederum alle Verurteilungen des ganzen Staates enthalten.

Beim dezentralisierten System werden die Register von den einzelnen, generell bestimmten Behörden des Landes geführt und zwar nur über solche Personen, welche zu dem Amtsbezirk der betr. Behörde in gewissem Zusammenhange stehen.

2. Eine weitere Unterscheidung ergibt sich in Bezug auf die Art der Registrierung der einlaufenden Strafnachrichten: wir finden hier zwei Arten, die Vorstrafen aufzuzuzeichnen, das Protokollationsverfahren und die Karten- (auch Schachtel-) Ordnung genannt.

Bei dem erstgenannten Verfahren werden die eingehenden Strafmitteilungen in besondere, dazu bestimmte Bücher eingetragen. Die Gesamtheit dieser Bücher bildet dann das Strafregister. Da die einzelnen

---

[1]) Marchand, Strafregister in Deutschland, S. 1 ff.

Bände allmählich sehr umfangreich werden, die Übersicht sich aber dadurch verringert, werden bei diesem System in der Regel, um den gesuchten Namen leichter und schneller auffinden zu können, alphabetische Namensregister geführt, welche auf den ersten Blick erkennen lassen, ob das Strafregister den Namen des Gesuchten überhaupt enthält und auf welcher Seite sich die auf den Betreffenden sich beziehenden Einträge befinden.

Das Kartensystem beruht darauf, dass die Strafnachricht von der absendenden Behörde auf ein nach Format, Grösse und Farbe vorschriftsmässiges, daher stets gleiches Formular („Strafkarte", „Strafnachricht") verzeichnet wird, um sodann der zuständigen Registerbehörde übermittelt zu werden. Diese legt sodann die Strafkarten, wie sie einlaufen, in alphabetischer Reihenfolge in Fächer oder Schachteln ein, von denen jedes bezw. jede auf der Aussenseite diejenigen Buchstaben eingezeichnet hat, mit welchen die Namen derjenigen Personen beginnen, deren Bestrafungen die Blätter des betr. Faches enthalten. Die Gesamtheit der in den Kästen niedergelegten Karten ist das Strafregister.

Die Führung eines besonderen alphabetischen Namensverzeichnisses ist hier nicht notwendig, auch nicht üblich: die durch die alphabetische Einordnung gewährte Möglichkeit, jede gesuchte Strafkarte mit einem Handgriff entnehmen zu können, sichert eine rasche Orientierung. Protokollations- und Kartensystem gestatten sowohl zentralisierte als dezentralisierte Führung des Strafregisters.

Welche Systeme die einzelnen Länder eingeführt haben oder einzuführen beabsichtigen, wird aus den späteren Kapiteln ersichtlich sein.

§ 3.

Vorzüge und Nachteile der einzelnen Systeme.

Dass irgend eines der genannten Systeme in allen Fällen den Vorzug verdient, lässt sich schwerlich behaupten.

1. Das zentralisierte System ist für einen räumlich kleinen Staat oder einen Staat mit geringer Einwohnerzahl praktisch und empfehlenswert. Es ist dabei natürlich eine völlige Einheitlichkeit des Registers am sichersten gewährleistet: es werden stets die gleichen Delikte eingetragen, die gleichen ausser acht gelassen. Auch die Entfernung von Strafkarten (bei Eintritt des vorgeschriebenen Alters oder Todes) oder die Beseitigung einzelner Strafnotizen lässt sich hierbei gleichmässig

vollziehen. Ersuchen um Strafregisterauszüge gelangen stets sofort an die richtige Adresse, es besteht daher für die ersuchende Behörde die Sicherheit, dass sie die gewünschte Auskunft prompt erhält. In gewissen Fällen wird also eine Ersparnis an Zeit und Mühe erreicht: Die ersuchende Behörde kommt nie in die Lage, eine Anfrage an eine unzuständige Registerbehörde abzusenden, die letzteren bleiben von zwecklosen und unnützen Anfragen verschont.

Trotzdem also das zentralisierte System manchen Vorteil gewährt, verbietet es sich — ganz abgesehen von der Frage, ob die ihm auch sonst anhaftenden Nachteile die Vorzüge nicht überwiegen — bei grossen Staaten, also in der Mehrzahl der Fälle, ganz von selbst. Das Register würde hier so umfangreich werden, dass es seine Zuverlässigkeit einbüssen würde.

Die Übersicht würde leiden, es würden sich trotz grösster Aufmerksamkeit der Beamten leichter Fehler einschleichen, die sich nur schwer feststellen liessen. Es würde unverhältnismässig viel Zeit vergehen, bis eine gesuchte Strafkarte gefunden würde. (Man denke sich, bei einer bayerischen Zentralstrafregisterbehörde würde eine Vorstrafenauskunft über den Dienstknecht „Josef Maier geboren zu München" verlangt werden!)

Aber auch im allgemeinen hat das dezentralisierte System manches vor dem zentralisierten voraus. Die Richtigkeit der Personalangaben in den Strafnachrichten oder den Auskunftsersuchen kann viel leichter nachgeprüft werden, da die Einzelbehörde, der ein kleiner Bezirk als Wirkungskreis angewiesen ist, mit Leichtigkeit die Dokumente, die über die Personalien der zu ihrem Amtsbezirk in Beziehung stehenden Personen Aufschluss geben (Standesamtsnebenregister, Kirchenbuchduplikate), erreichen kann, falls sie nicht schon bei ihr selbst aufbewahrt werden. Auch kommen natürlich in einem kleinen Bezirk weniger gleichlautende Namen vor, sodass also Verwechslungen mehr hintangehalten sind.

Das Ergebnis dieser Erwägungen dürfte sein: dass für grössere Staaten das dezentralisierte System das geeignetere ist.

2. Bei der Wahl zwischen dem Protokollations- und dem Kartensystem ist auf jeden Fall dem letzteren der Vorzug zu geben. Es ist vor allem einfacher und weniger zeitraubend, während hier die von der absendenden Behörde bereits fertig gestellte Strafnachricht von der Registerbehörde einfach an die richtige Stelle eingelegt wird, ist dort

das Verfahren viel umständlicher. Die eingelaufene Strafnachricht muss vollständig abgeschrieben, d. h. in das Buch umgeschrieben werden, worauf dann noch die Vormerkung der bestraften Person im Namenregister erfolgen muss. Also eine dreifache Schreibarbeit, während doch gerade in neuerer Zeit in sämtlichen Dienstanweisungen an Behörden die Ausschaltung jedes überflüssigen Schreibwerks angestrebt und vorgeschrieben wird. Aber nicht nur die Fertigung des Registers, sondern auch das Suchen eines Namens in ihm oder in dem Namenverzeichnis ist umständlicher, insbesondere, wenn letzteres, wie es natürlich nicht zu vermeiden ist, allmählich stark angewachsen ist; die Zerlegung des Namenregisters in solche für je einen einzelnen Buchstaben wäre nur ein Aushilfsmittel für eine beschränkte Zeit. Denn früher oder später würde das Verzeichnis des einen oder anderen Buchstaben wiederum zu umfangreich werden, und durch eine abermalige Zerlegung etc. würde der ganze Apparat sich nur noch verwickelter gestalten. Des weiteren, soll eine einzelne Strafnotiz oder die ganze Strafliste einer Person entfernt werden, so kann diese nicht — wie es bei der Kartenordnung der Fall ist — einfach heraus genommen werden; ein Herausreissen, Herausschneiden oder Überkleben würde die Zuverlässigkeit des Strafregisters in Frage stellen. Ein Durchstreichen, Unterstreichen der betr. Stelle oder Versehen mit einem entsprechenden Vermerk würde wiederum eine Erhöhung der Unübersichtlichkeit nach sich ziehen.

Bei solchen Nachteilen können Vorzüge, wie die Unmöglichkeit, dass Strafnachrichten verlegt, verloren oder absichtlich beiseite geschafft werden können, dass ihr Eingang stets festgestellt werden kann, dass das Register bei Bränden leichter in Sicherheit gebracht werden kann, nicht entscheidend ins Gewicht fallen, zumal sie meist nur in Ausnahmefällen — bei Geschäftsführung durch nachlässige oder untreue Beamte, Verlust von Strafnachrichten seitens der Post etc. — zur Geltung kommen.

III. Kapitel.

Das Strafregister in Deutschland.

Die Bundesratsverordnung vom 16. Juni 1882 — abgeändert durch die BRV vom 9. Juli 1896 — hat für sämtliche Staaten des deutschen Reiches eine den Grundzügen nach einheitliche Strafregistereinrichtung geschaffen. In diesem Abschnitt soll das „deutsche" Strafregister, d. h. die den Strafregistereinrichtungen aller Bundesstaaten gemeinsamen Grundzüge, soweit sie eben auf der angeführten Bundesratsverordnung beruhen, betrachtet werden.

A. Rechtsgültigkeit der Bundesratsverordnung.

§ 4.

Hamm hat in seiner Schrift die Ansicht vertreten, dass es zur Einführung des Strafregisters eines Reichsgesetzes bedürfe. Es ist daher zu erwägen, ob der erlassenen Bundesratsverordnung Rechtsgültigkeit zuzuerkennen ist.

Bei Untersuchung dieser Frage sind drei Punkte in Betracht zu ziehen:

1. Konnte die Institution überhaupt durch eine „Verordnung" ins Leben gerufen werden?
2. War das Reich berechtigt, die Schaffung eines Strafregisters für sämtliche Bundesstaaten anzuordnen?
3. War bejahenden Falls der Bundesrat die zur Erlassung der Verordnung zuständige Reichsbehörde?

Zu 1. Die Verordnung enthält keinerlei Rechtsregeln, vielmehr lediglich Instruktionen oder Anweisungen rein tatsächlicher Natur für die einzelnen Regierungen und deren zuständige Behörden. Für diese ist sie verbindlich; sie hat also Rechtswirksamkeit nur innerhalb des Verwaltungsapparates selbst, nicht gegen Dritte. Sie kann und stellt keine neue Strafvorschrift — sei es in materieller oder prozessualer Beziehung —

auf, vielmehr will sie nur gleichsam eine, wenn auch namentliche Statistik der über die Reichsangehörigen — in Ausnahmefällen auch über Nichtreichsangehörige — ausgesprochenen Strafen einführen. Die Verordnung stellt sich also als eine reine „Verwaltungsverordnung" dar. Hermann Seuffert[1]) bezeichnet sie in einem Aufsatze als „Ausführungsverordnung"; diese Bezeichnung ist irreführend. Denn die Wissenschaft versteht unter „Ausführungsverordnungen" einen Teil der Rechtsverordnungen. (Die letzteren zerfallen nämlich in „Ausführungsverordnungen", d. h. solche, welche innerhalb der durch die Gesetze aufgestellten Rechtsgrundsätze weniger bedeutungsvolle, ergänzende Rechtsvorschriften enthalten und in „Verordnungen mit interimistischer Gesetzeskraft", d. h. solche, welche zwar im stande sind, bestehende Gesetze zu suspendieren oder aufzuheben, die aber stets nur unter der Resolutivbedingung Gültigkeit haben, dass das demnächst zusammentretende Parlament sie genehmigt.) Rechtsverordnungen aber sind Verordnungen, welche Rechtsnormen enthalten, also Gesetze im materiellen Sinne, die nur da möglich sind, wo die Willenssphäre des Staates mit derjenigen eines Dritten in Berührung oder Gegensatz kommt. Ganz abgesehen davon, dass die Bundesratsverordnung vom 16. Juni 1882 schon ihrem Inhalte nach mit einer Rechtsverordnung nichts gemeinsam hat, spricht auch die Tatsache, dass nach der heute im Staatsrecht fast durchweg anerkannten Ansicht Rechtsverordnungen nur auf Grund einer speziellen reichsgesetzlichen Delegation erlassen werden können, dass eine Ermächtigung für irgend eine Reichsbehörde zum Erlasse von Verordnungen strafprozessualer Art, wie es die erwähnte Bundesratsverordnung eventuell wäre, nicht besteht, dafür, dass wir es hier mit einer reinen Verwaltungsverordnung, d. h. einer Verordnung zu tun haben, durch welche die Verwaltung ihr eigenes Verhalten innerhalb des Bereiches ihrer freien Willensbestimmung regelt, ohne einem Dritten etwas zu gewähren oder zu entziehen.

Zur Anordnung solcher rein verwaltungstechnischer Einrichtungen bedurfte es keineswegs eines Gesetzes, vielmehr war eine Verordnung (Verwaltungsverordnung) völlig genügend.[2])

Zu 2. war das Reich berechtigt, eine für alle Bundesstaaten verbindliche Verordnung zu erlassen? Nach Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung ist die Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht, Straf-

[1]) Seuffert, Strafregister in Stengels Lexikon des Verwaltungsrechtes.

[2]) Vergl. Laband, Reichs-Staatsrecht, Bd. I, S. 562 ff.

recht und das gerichtliche Verfahren dem Reiche übertragen. Durch diese Ermächtigung war das Reich im stande, die Errichtung eines Strafregisters für das gesamte Reich anzuordnen. Wenn der angeführte Art. der Reichsverfassung davon spricht, dass die betr. Materien der Reichsgesetzgebung überlassen sind, so hat das natürlich nicht die Bedeutung, dass die Regelung der Materie durch ein „Reichs gesetz" erfolgen müsse, dass also das Reich nur befugt sei, diesbezügliche „Gesetze" zu erlassen, vielmehr entspricht hier das „Gesetzgebungsrecht" dem materiellen Gesetzesbegriff, d. h. es wird die Zuständigkeit des Reiches ausgesprochen, die angeführten Materien überhaupt — sei es durch Gesetz, Verordnung (Rechtsverordnung oder Verwaltungsverordnung), Verfügung etc. zu regeln.

Zu 3. des weiteren ergibt sich aus Art. 7 Abs. I Ziff. 2 der Reichsverfassung, dass das zur Erlassung der Verordnung zuständige Reichsorgan der Bundesrat war: denn ihm ist die Beschlussfassung über die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungs-Vorschriften und Einrichtungen übertragen, was gegebenen Falls zutrifft.

Sonach ist die Rechtsgültigkeit und Rechtsverbindlichkeit der Bundesratsverordnung vom 16. Juni 1882 in vollem Umfang zu bejahen.

B. Beschaffenheit des Strafregisters.

§ 5.

I. Die Registerbehörden.

Vor Einführung der einheitlichen Strafregister in Deutschland wurden die Strafurteile in den einzelnen Staaten bei Behörden registriert, die zum Verurteilten in dem einen Lande in dieser, in einem anderen Lande in jener Beziehung standen. Massgebend waren da die Heimat, der Wohnsitz, der Unterstützungswohnsitz, der Aufenthaltsort oder letzte Aufenthaltsort des Verurteilten.

In Bayern war bestimmend die Heimat, in Preussen der Wohnsitz bezw. Aufenthaltsort.

Ganz abgesehen davon, dass es schon einen grossen Fortschritt bedeutete, dass man für die Registerführung in sämtlichen Bundesstaaten nur Behörden zuliess, deren Bezirk zur verurteilten Person in der nämlichen, bestimmten Beziehung steht, — in dieser Hinsicht also eine Vereinheitlichung und dadurch auch Vereinfachung erzielte, — war es vor allem geraten, die Zuständigkeit der Registerbehörden durch eine ein-

fache, im Regelfalle bekannte und leicht festzustellende Tatsache bestimmen zu lassen. Heimat, Unterstützungswohnsitz einer Person ist in gewissen Fällen recht schwierig festzustellen, andererseits — ebenso wie Aufenthaltsort — veränderlich.

Diese Nachteile hat dagegen der Geburtsort, den die BRV vom 16. Juni 1882 nach französischem Vorbild als massgebend eingeführt hat, nicht aufzuweisen.

Er ist unveränderlich und lässt sich — einige besondere Fälle vielleicht ausgenommen, z. B. bei umherziehenden Zigeunern, bei auf Schiffen Geborenen — mit Sicherheit und ohne Schwierigkeit feststellen.

Die Strafregister werden also in ganz Deutschland von bestimmten Behörden über alle diejenigen Personen geführt, deren Geburtsort im Bezirk der Behörde gelegen ist. Dagegen ist die Bestimmung der Kategorie von Behörden, denen die Registerführung übertragen ist, den einzelnen Landesregierungen überlassen. (BRV § 1 Ziff. 1.)

Nur bezüglich der im Deutschen Reich verurteilten Personen, deren Geburtsort ausserhalb des Deutschen Reiches gelegen oder nicht zu ermitteln ist, wurde als Registerbehörde das Reichsjustizamt in Berlin bestimmt. (BRV § 1 Ziff. 2.)

Den Einzelregierungen ist es, wie erwähnt, nicht gestattet, irgend eine andere Ortsbeziehung als die der Geburt bei Bestimmung der Strafregisterbehörden massgeblich sein zu lassen.

Bestehen jedoch Zweifel über den Geburtsort (bei Unbekanntsein Zuständigkeit des Reichsjustizamts), so sind die Strafnachrichten sowohl der Registerbehörde des wahrscheinlichen Geburtsorts, als auch derjenigen des regelmässigen Aufenthaltsorts, ev. der des letzten Aufenthaltsorts des Verurteilten zu übermitteln.

II. Die Registerführung.

§ 6.

Die Mitteilungen an die Strafregisterbehörden.

Damit die Behörden, denen die Strafregisterführung übertragen ist, im stande sind, sämtliche für ihren Bezirk in Betracht kommende Bestrafungen in das Register aufzunehmen, müssen sie über dieselben baldmöglichst in Kenntnis gesetzt werden.

Es geschieht dies durch die sog. Strafnachrichten. Die Mitteilungen über erfolgte Verurteilungen sind nicht etwa nach Erlassung,

sondern stets erst nach Rechtskraft des Urteils zu machen. Sie haben auszugehen bei Verurteilungen — mit Ausnahme der militärgerichtlichen, von welchen gesondert gesprochen wird — von der Strafvollzugsbehörde, d. h. der Behörde, welche die Strafvollstreckung zu veranlassen hat oder überhaupt — je nach Bestimmung durch die Landesregierung — stets durch die Staatsanwaltschaft. Die Beschlüsse über Unterbringung im Arbeitshause oder über Verwendung zu gemeinnützigen Arbeiten sind von den beschliessenden Behörden bekannt zu geben. (BRV § 5.)

Die Mitteilungen sollen im Regelfalle binnen 14 Tagen nach dem Eintritt der Mitteilungsmöglichkeit erfolgen. Sie dürfen nicht etwa mit Rücksicht darauf, dass ein Gnadengesuch oder ein Gesuch um bedingte Begnadigung eingereicht worden ist, verzögert werden.

Für jeden Verurteilten ist eine besondere Strafnachricht zu versenden. Doch dürfen mehrere Verurteilungen gegen die nämliche Person auf der nämlichen Strafnachricht Aufnahme finden, ebenso wie mehrere Strafnachrichten an die nämliche Behörde zusammen abgesendet werden dürfen. (BRV § 7.)

Die Mitteilung ist an die Registerbehörde unmittelbar zu richten, gleichgültig ob mitteilende und Registerbehörde dem nämlichen oder verschiedenen Bundesstaaten angehören. Ist der Geburtsort des Verurteilten ermittelt und in Deutschland gelegen, so erfolgt die Mitteilung an die Registerbehörde des Geburtsortes; ist die Registerbehörde dem mitteilenden Amte nicht bekannt, so hat die Strafnachricht an die Staatsanwaltschaft desjenigen Landgerichts abzugehen, zu dessen Bezirk der Geburtsort gehört. Ist die so benachrichtigte Staatsanwaltschaft nicht selbst die Strafregisterbehörde, so hat sie unverzüglich die Weitersendung der Mitteilung an die zuständige Registerbehörde zu veranlassen.

Ist der Geburtsort zweifelhaft, so gehen die Strafnachrichten, wie erwähnt, an die Registerbehörde des wahrscheinlichen Geburtsortes u n d an diejenige des gewöhnlichen Aufenthaltsortes. Ist er unbekannt oder im Ausland gelegen, dann an das „Reichsjustizamt (Strafregister)". Ob es sich hierbei um einen im Ausland geberenen Inländer oder um einen im Inland verurteilten Ausländer handelt, ist belanglos. (BRV §§ 9, 7.)

Ist die Benachrichtigung eines ausländischen Staates vorgesehen, so hat sie auf diplomatischem Wege zu erfolgen. Die Strafnachrichten erfolgen durch Zusendung eines Formulars, auf welchem die Entscheidung auszugsweise vermerkt sein muss.

Die Formulare sind nach Farbe, Grösse und Format genau vorgeschrieben, ebenso wie die Formulare für Strafregister-Auskunftsersuchen. (BRV §§ 7, 8.)

§ 7.

Der Inhalt der Strafnachrichten insbesondere.

Die Strafnachrichten müssen enthalten:

1. Den Familiennamen, etwaige Beinamen sowie den Vornamen des Verurteilten.

   Der Familienname ist mit grösseren Buchstaben zu schreiben. Bei mehreren Vornamen ist der Rufname zu unterstreichen. Bei Frauen ist zunächst nur der Geburtsname, nicht der des Mannes anzugeben.

   Führt ein Verurteilter — sei es befugter oder unbefugter Weise — mehrfache Familiennamen, so ist auf jeden Namen eine besondere Strafnachricht abzusenden: in jeder muss auf die andere verwiesen sein.
2. Die Namen der Eltern (mit dem Geburtsnamen der Mutter).
3. Tag der Geburt.
4. Den Ort der Geburt (ist dieser Berlin, wenn möglich, Angabe der Strasse oder des Stadtteils).
5. Den Wohnort des Verurteilten.
6. Seinen Beruf.
7. Familienstand; gegebenen Falls auch Namen und Stand des Ehegatten.
8. Einen kurzen, präzisen Auszug aus der verurteilenden Entscheidung, aus welcher insbesondere zu ersehen ist:
   a) Die erkennende Behörde.
   b) Datum der Verurteilung.
   c) Charakter der für erwiesen erachteten Straftaten und die zur Anwendung gebrachten gesetzlichen Bestimmungen.
   d) Die ausgesprochene Strafe, und zwar sind sowohl Hauptstrafe als sämtliche Nebenstrafen anzugeben. Bestimmt ein Urteil, dass die verhängte Geldstrafe für den Fall der Uneinbringlichkeit in eine Freiheitsstrafe umzuwandeln sei, so muss die Strafnachricht auch hierüber Auskunft geben.

Auf die Vollständigkeit und aktenmässige Richtigkeit aller in den Strafnachrichten enthaltenen Angaben ist grösste Sorgfalt zu verwenden.

Steht eine mitzuteilende Tatsache nicht zweifellos fest, — sei es durch die Akten selbst oder durch nachträglich erfolgte Erhebungen der mitteilenden Behörde — so muss dies in der Strafnachricht erkennbar gemacht werden, meist wohl durch den Vermerk „angeblich" (z. B. Stand (Beruf, Gewerbe): „angeblich Schuhmacher").

Ist eine Tatsache überhaupt unbekannt, so muss auch dies ausdrücklich angegeben sein (z. B. Tag der Geburt: „unbekannt" oder „nicht ermittelt"). BRV §§ 8, 11.)

§ 8.

Die Registerfälle.

Strafnachrichten sind abzusenden — in das Strafregister sind also aufzunehmen:

I. Alle Verurteilungen

1. wegen Verbrechen,
2. wegen Vergehen,
3. wegen folgender Übertretungen (§ 361 Ziff. 1—8 RStrGB):
   a) Bruch der Polizeiaufsicht,
   b) Bruch der Reichs- oder Landesverweisung,
   c) Landstreicherei,
   d) Bettel bezw. Ausschicken oder Anleiten zum Bettel bezw. Nichtabhalten vom Bettel,
   e) Erwerbs- bezw. Ernährungsunfähigkeit infolge Spiel, Trunk oder Müssiggang,
   f) Gewerbsunzucht bezw. Übertretung sittenpolizeilicher Vorschriften bei Prostituierten,
   g) Arbeitsscheu,
   h) Vernachlässigung der Unterkunftsgewinnung.

Ob die Verurteilung erfolgte durch Urteil, richterlichen Strafbefehl oder durch eine polizeiliche oder behördliche (z. B. zoll- oder steuerbehördliche) Strafverfügung, ist ebenso unerheblich als die Tatsache, ob das Straferkenntnis ausgegangen ist von einem bürgerlichen (einschliesslich der Konsular- bezw. Schutzgebietsgerichte) oder einem Militärgericht.

Ausgenommen von der Aufnahme in das Strafregister sind durch besondere Vorschrift:

Verurteilungen

1. in den auf Privatklage verhandelten Sachen,
2. in Forst- und Feldrügesachen,
3. wegen Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle,
4. wegen der militärischen Verbrechen oder Vergehen wider die §§ 62—68, 79, 80, 84—90, 92—95, 101—104, 112—120, 132, 139, 141, 144, 146, 417, 150—152 des MStrGB vom 20. Juni 1872.

Ferner sind in das Strafregister aufzunehmen:

II. Die in Gemässheit des § 362 Abs. II RStrGB ergangenen Beschlüsse der Landespolizeibehörden über die Unterbringung verurteilter Personen in ein Arbeitshaus oder deren Verwendung zu gemeinnützigen Arbeiten.

III. Die aus dem Ausland eingehenden Mitteilungen über die dort erfolgten Verurteilungen.

Die hier aufgeführten Fälle müssen unter allen Umständen im Strafregister aufgenommen werden: die Landesregierungen sind nicht berechtigt, in dieser Beziehung abändernde — insbesondere aufhebende — Bestimmungen zu erlassen. Dagegen bleibt es ihnen unbenommen, die Aufnahme auch anderer, als der oben benannten Nachweisungen in das Strafregister anzuordnen, soweit sie nur den Zwecken der Strafrechtspflege oder der Polizei dienen. Hierüber wird in einem späteren Kapitel die Rede sein. (BRV §§ 2, 3, 4.)

§ 9.

Die Form der Registerführung.

Jedes „Strafregister" wird gebildet durch die sämtlichen, bei der betr. Behörde eingelaufenen Strafnachrichten. Und zwar sind letztere nicht etwa abzuschreiben, vielmehr ist die übersandte Urschrift einzulegen, mit der durch die Anlegung von Strafl i s t e n sich ergebenden Ausnahme. Die angekommenen Strafvermerke sind alphabetisch geordnet in einem verschlossenen Behältnis (nicht etwa nur in einem verschliessbaren Zimmer) aufzubewahren.

Bei Eingang einer Strafnachricht hat der Registerbeamte zu prüfen, ob der Inhalt vollständig und vorschriftsmässig abgefasst ist; wenn irgend möglich, hat er auch — insbesondere wenn ihm die Standesregister

leicht zugänglich sind — an der Hand dieser die Richtigkeit der in dem Vermerke enthaltenen Angaben über die Persönlichkeit und den Geburtsort des Verurteilten zu untersuchen. Findet er eine erhebliche Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit (belanglose und auf den ersten Blick als solche erkennbare Schreibfehler sind natürlich nicht zu beachten), so darf er, auch wenn er die zu verbessernde Tatsache genau kennt, die Ergänzung oder Berichtigung nicht selbst vornehmen, vielmehr hat er den Vermerk unter kurzer, aber deutlicher Angabe des Grundes der Rücksendung an die Abgangsbehörde zwecks weiterer Prüfung und etwaiger Ergänzung oder Berichtigung zurückzumitteln.

Ist dagegen der Inhalt der Strafnachricht nicht zu beanstanden, so hat der Beamte sie unter genauer Beobachtung der alphabetischen Ordnung in das Register aufzunehmen.

Bei verheirateten Frauen ist nicht der durch die Ehe erworbene, sondern der ursprüngliche Familienname—Mädchenname — bestimmend. Führt jemand einen Doppelnamen (auch bei Pseudonym, nom de guerre), so ist bei jedem Namen ein Strafvermerk einzulegen.

Von der Tatsache, dass die eingelaufenen Strafnachrichten genau an der gehörigen Stelle untergebracht werden, hängt die Übersichtlichkeit und Zuverlässigkeit der ganzen Einrichtung in erster Linie mit ab.

Sind für eine Person mehrere Strafnachrichten eingelaufen, so wäre es unpraktisch und unzuverlässig, wollte man sie, einzeln hintereinander gelegt, aufbewahren. Für diesen Fall sind zwei Wege vorgesehen: entweder die sämtlichen Nachrichten sind in einen mit Namensaufschrift versehenen Umschlag zu legen, der dann in der alphabetischen Reihenfolge aufzubewahren ist oder es ist für die Person eine sog. Strafliste anzulegen.

Dieselbe wird in der Weise gefertigt, dass die erste, diese Person betreffende Strafnachricht (A) oder das Formular zu einer solchen als Strafliste benützt wird. Treffen weitere Strafvermerke für diese Person ein, so werden sie ihrem wesentlichsten Inhalt nach auf die erste Strafnachricht bezw. Formular — jetzt also Strafliste — übertragen. Wird die erste Strafnachricht als Strafliste allmählich unzulänglich, so wird die Liste durch einen beigefügten, in der nämlichen Weise bedruckten Beibogen ergänzt.

Ergeben sich bei den später einlaufenden Strafnachrichten bezüglich der Personalangaben erhebliche Abweichungen, so müssen sie auf der Vorderseite der Strafliste, welche die genauen Personalien des Be-

treffenden enthält, bei der Rubrik „sonstige Bemerkungen" unter Hinweis auf die laufende Nummer der Eintragung verzeichnet werden. (Z. B. No. 1, 2: ledig, No. 3, 4: verheiratet, seit No. 5: verwitwet.)

Ist eine Strafliste angelegt, so können, wenn die eingelaufenen Vermerke in die Liste übertragen sind, die Urschriften aus dem Register entfernt und vernichtet werden. Es ist selbstverständlich, dass die Übertragungen in die Liste mit peinlicher Genauigkeit erfolgen müssen, da eine spätere Nachprüfung auf Grund der Originalnachrichten regelmässig nicht mehr möglich sein wird.

Mitteilungen über die im Auslande erfolgten Verurteilungen sollen in die Strafliste nicht eingetragen werden; sie sind aber mit dieser im Register aufzubewahren und bei Auskunftserteilungen ebenso in Betracht zu ziehen als die inländischen, in der Strafliste vermerkten Verurteilungen.

Im übrigen sind gerade in Bezug auf die Form und die Art der Führung des Strafregisters in den Ausführungsbestimmungen der Landesregierungen zahlreiche Vorschriften und Anleitungen enthalten. (BRV §§ 8, 11, 13, 14, 15.)

§ 10.

Berichtigung und Entfernung der Strafnachrichten.

Schon im vorhergehenden § ist erwähnt, dass Berichtigungen grundsätzlich nur durch oder zum mindesten unter Mitwirkung der Behörde erfolgen können, welche die Strafnachricht abgesandt hat.

Ebenso wie Strafnachrichten, deren Unrichtigkeit sich schon nach Einlauf bei der Registerbehörde ergeben hat, an die Abgangsbehörde zurückgesandt werden müssen und erst nach entsprechender Berichtigung seitens der letzteren Aufnahme im Strafregister finden können, genau so ist es zu halten, wenn sich nach Registrierung Fehler oder Mängel herausstellen: eine Berichtigung seitens der Registerbehörde auf eigene Faust wäre unstatthaft.

Bei der Wichtigkeit der Tatsache, dass der Inhalt des Strafregisters ein richtiges und vollständiges Bild ermögliche, ist seitens sämtlicher Registerbehörden — jede Staatsbehörde, die bei ihrer Tätigkeit die Mangelhaftigkeit eines Strafregisterauszuges in Erfahrung bringt, hat die zuständige Registerbehörde davon in Kenntnis zu setzen — genauestens Sorge zu tragen, das jedwede Unrichtigkeit aus dem Straf-

register ausgemerzt wird. Die BRV enthält hierüber zwei spezielle Vorschriften.

Ergibt sich im Laufe einer Untersuchung, dass ein Angeschuldigter früher unter falschem Namen verurteilt worden ist oder dass seine Vorstrafen von der zuständigen Behörde noch nicht registriert sind, so ist am Schlusse der Untersuchung zu veranlassen, dass die vorschriftsmässigen Strafnachrichten ergehen oder dass die Berichtigung (Vernichtung) der in die Register gelangten falschen Strafnachrichten erfolgt.

Wird eine zur Registrierung mitgeteilte Verurteilung infolge einer Wiederaufnahme des Verfahrens aufgehoben, so hat hiervon nach eingetretener Rechtskraft der die Wiederaufnahme aussprechenden Entscheidung die Behörde, welche für deren Vollzug zu sorgen hat, dem betreffenden Strafregister oder der zuständigen Staatsanwaltschaft Mitteilung zu machen. Die Registerbehörde hat den Inhalt der Mitteilung neben dem Strafvermerke einzutragen. Ein Wiederaufnahme-Vermerk muss im Strafregister auch dann aufgenommen werden, wenn durch die Wiederaufnahme des Verfahrens eine Änderung des ersten Erkenntnisses überhaupt nicht erzielt worden ist. Eine Entfernung des Vermerks ist sonderbarer Weise nicht vorgesehen, trotzdem eine im Wiederaufnahme-Verfahren rechtskräftig aufgehobene Verurteilung als überhaupt nicht erfolgt zu gelten hat. Es ist dies wohl ein Ausfluss des Prinzips, Änderungen im Strafregister womöglich lieber auf dem zuverlässigeren, weil stets kontrollierbaren Wege berichtigender Anmerkungen als auf die einfachere und radikalere Art der Entfernung der Strafnachricht vornehmen zu lassen.

Nur mit Rücksicht darauf, dass ein allzu umfangreiches Strafregister dem Fehler der Unübersichtlichkeit anheimfallen muss, hat man in einigen Fällen ausdrücklich eine Entfernung der Strafnachrichten vorgesehen.

Zwei Fälle wurden in anderem Zusammenhang schon erwähnt: ist für eine Person eine Straf l i s t e angelegt, so sind die Urschriften der übertragenen Vermerke aus dem Register zu entfernen; neu eingehende Strafnachrichten, deren Inhalt in eine Strafliste überführt wird, werden natürlich im Register gar nicht mehr aufgenommen.

Des weiteren: hat sich ergeben, dass die „Verurteilung einer Person unter falschem Namen" im Strafregister aufgenommen worden ist, so kann, wenn eine nachträgliche Registrierung unter richtigem Namen erfolgt ist, die Vernichtung der ersten falschen Nachrichten erfolgen.

In den erwähnten beiden Fällen handelt es sich um Aussonderung einzelner Strafvermerke einer Person. Ist eine Strafliste angelegt, so kann natürlich ein einzelner Vermerk nicht mehr „entfernt" werden; in diesem Falle muss eben ein berichtigender Vermerk Platz greifen.

Eine Entfernung der sämtlichen Strafangaben einer Person aus dem Register — sei es der einzelnen Strafnachrichten oder der Strafliste — ist möglich in zwei Fällen: wenn dem Registerbeamten der Tod der Person glaubhaft nachgewiesen wird, sowie nach Schluss des Jahres, in welchem der Verurteilte das 80. Lebensjahr vollendet hat. Im ersten Falle hat die BRV die Entfernung vorgeschrieben, in letzterem nur vorgesehen, d. h. sie hat nur ausgedrückt, dass die Vermerke nicht vor Schluss des bezeichneten Jahres entfernt werden dürfen.

Schliesslich noch eine spezielle Bestimmung: die im Strafregister aufzubewahrenden Steckbriefnachrichten — vergl. später — sind zu vernichten, wenn bei der Strafregisterbehörde eine Mitteilung über Erledigung des Steckbriefes eingegangen ist oder wenn seit der Niederlegung des Steckbriefes im Register 3 Jahre verflossen sind. (BRV §§ 10, 12, 15, 16, 18 a.)

In den besprochenen Fällen handelt es sich stets um die „amtliche" — d. h. vorgesehene, gestattete und seitens des zuständigen Organs erfolgende — Enfernung von Straf-Nachrichten oder -Listen.

Denkbar ist jedoch auch eine unbefugte oder zufällige Beschädigung, Beiseiteschaffung oder Vernichtung einzelner Vermerke oder eines ganzen Registers.

Eine Person, die sich eine solche Handlung zu schulden kommen lassen würde, würde Strafe aus § 133 RStrGB treffen. Ist diese Person ein Registerbeamter oder ein Beamter, dem die Register amtlich zugänglich sind, so ist sie strafbar gemäss §§ 348, 349 RStrGB, abgesehen von der Disziplinarstrafe, der sie verfallen wäre. Unbefugte Mitteilungen oder Einsicht-Gestattung seitens eines Registerbeamten wären ebenso, wie auf Fahrlässigkeit beruhende Verfehlungen — z. B. Nachlässigkeiten in der Aufbewahrung, Ordnung etc. —, nur disziplinär zu ahnden.

Ist irgend ein Vermerk, gleichgültig auf welche Weise, abhanden gekommen, so hat die Registerbehörde, soweit ihr der Name desjenigen, auf dessen Namen die in Verlust geratene Straf-Liste oder Nachricht gelautet hat, bekannt ist, die Herstellung und Übersendung von Duplikaten seitens der nachrichtgebenden Behörde zu veranlassen. Ist dies aus einem irgend Grunde unmöglich, so ist auf jeden Fall als Ersatz

im Register unter dem betreffenden Namen ein entsprechender Vermerk aufzunehmen. (Z. B. „Johanna Meier, Strafliste verloren gegangen. Wiederanlegung unmöglich; bis 3. Januar 1906 mehreremale vorbestraft, darunter bekanntermassen öfters wegen Gewerbsunzucht.") Der Vermerk darf natürlich nur unbedingt Feststehendes konstatieren.

Ginge ein ganzes Strafregister zu Grunde, so wäre seine Wiederherstellung ein ausserordentlich schwieriges und umständliches Unternehmen: auf jeden Fall wäre hierzu die Mitwirkung der obersten Dienstaufsichtsstelle (Justizministerium) und des Bundesrats notwendig.

§ 11.

Auskunftserteilung aus dem Register.

Die Strafregister können grundsätzlich nur von „öffentlichen deutschen Behörden" benützt werden.

Und zwar ist auf jedes, eine bestimmte Person betreffende Ersuchen einer solchen Behörde über den Inhalt der Register kostenfrei amtliche Auskunft zu erteilen.

Die Benützung des Strafregisters ist also nicht auf die Verwendung innerhalb der eigentlichen Rechtspflege beschränkt, indem nicht nur „gerichtliche" — Gerichte, Staatsanwälte, Amtsanwälte, — sondern öffentliche Behörden jeder Art Auskunft erhalten müssen.

Ob die Behörde Reichs- oder Landesbehörde ist, ob sie dem nämlichen Bundesstaat angehört oder nicht, ist belanglos. Auch sind nicht nur Reichs- und Staatsbehörden, Provinzial-, Kreis-, Distrikts-, sondern auch Gemeindebehörden, ebenso wie die Behörden der öffentlichen Korporationen auskunftsberechtigt.

Zu den öffentlichen Behörden sind also — um die wichtigsten beispielsweise anzuführen — vor allem die Gerichte und die Anklagebehörden, die sämtlichen Staatsverwaltungsbehörden, die Magistrate, Gemeindeverwaltungen, Gefangenenanstalten, Korrektionsanstalten, Arbeitshäuser, Armenverbände etc. zu zählen. Auch die Vorstände der Versicherungsanstalten des Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetzes haben durch § 47 des Gesetzes vom 22. Juni 1889 den Charakter von öffentlichen Behörden erhalten. Dagegen darf den Organen der Privatgesellschaften — Aktiengesellschaften, Vereine, Innungen — ebensowenig Auskunft erteilt werden, wie privaten einzelnen Personen. Nur soweit diesen Gesellschaften, wie z. B. in gewissem Umfang den Eisen-

bahnbehörden, ein Stück der Polizeigewalt übertragen ist, insoweit haben sie als öffentliche Behörden zu gelten. Hinsichtlich der Vorschrift, dass Mitteilungen aus dem Strafregister an Private nicht erfolgen dürfen, besteht nur eine Ausnahme, die durch Art. 6 der Zusatzkonvention vom 11. Dezember 1871 zum Frankfurter Friedensvertrag vom 10. Mai 1871 statuiert ist: nicht nur französischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, sondern auch französischen — hier wohl in der Bedeutung „in Frankreich wohnenden" — Privatpersonen ist die Befugnis zugestanden, Auskunft aus denjenigen Strafregistern zu erholen, welche in den abgetretenen Gebietsteilen aufbewahrt sind. Da der Frankfurter Friedensvertrag samt Zusätzen unverändert in Geltung ist, muss die Zusage auch jetzt noch erfüllt werden, trotzdem die Bundesratsverordnung von einer Auskunftserteilung an Private überhaupt nichts erwähnt.

Das Ersuchen um Auskunft über eine bestimmte Person ist durch Übersendung eines vorgeschriebenen Formulars (C) zu stellen. Die in ihm enthaltenen, die Personalverhältnisse betreffenden Rubriken sind schon von der ersuchenden Behörde möglichst genau auszufüllen. Die Registerbehörde hat auf dieses Formular den Inhalt der Strafliste oder Strafnachricht aus dem Register wörtlich zu übertragen. Findet sich der Name der Person im Strafregister nicht vor, so ist das überschickte Formular mit der Bemerkung „ist ausweislich des Registers n i c h t verurteilt" zurückzusenden.

Ist die Person, über welche Auskunft erteilt werden soll, wegen einer oder mehrerer Übertretungen des § 361 Ziff. 1—8 RStrGB wiederholt verurteilt, so müssen, falls die ersuchende Behörde aus besonderen Gründen nicht einen vollständigen Auszug wünscht, für jede einzelne Art dieser Übertretungen nur je die drei letzten Verurteilungen und ausserdem diejenigen, bei welchem zugleich gemäss § 362 Abs. II RStrGB auf Überweisung an die Landespolizeibehörde erkannt worden ist, gesondert und vollständig in die Auskunft aufgenommen werden. Hinsichtlich der übrigen Verurteilungen genügt es, wenn für jede Übertretungsart die Zahl der Verurteilungen angegeben ist. (Z. B.: vom 1. I. 1904 — 1. III. 1907 wegen groben Unfugs 6 mal, wegen sittenpolizeilicher Übertretungen 11 mal bestraft.) Da es sich bei diesen Übertretungen nur um Delikte unbedeutender Art handelt, andererseits Verurteilungen wegen einzelner dieser Reate gegen eine Person oft in grosser Anzahl und schnell hintereinander erfolgen (insbes. bei Prostituierten wegen Übertretung sittenpolizeilicher Vorschriften), würde es nur eine zweck-

lose Zeit- und Materialvergeudung bedeuten, wollte man jede Bestrafung genau aufführen: im Regelfall genügt es zu wissen, dass Bestrafungen wegen dieser oder jener Übertretung bereits mehrfach erfolgt sind.

Ergibt sich, dass die in dem Ersuchen bezeichnete Person an dem angegebenen Orte des Registerbezirks nicht geboren ist — worüber sich die ersuchte Behörde tunlichst Gewissheit zu verschaffen hat, — so ist das Ersuchen mit einer kurzen entsprechenden Bemerkung zurückzusenden. Erfolgt seitens einer deutschen Behörde eine Anfrage nicht durch vorgeschriebenes Formular, so besteht eine Verpflichtung, sie zu beantworten, nicht, wiewohl es in der Praxis trotzdem häufig geschieht. Zweckmässig dürfte es auf jeden Fall sein, die Anfrage zurückgehen zu lassen mit dem Hinweis auf die vorgeschriebene Benützung des Formulars C.

Auf Verlangen kann die Auskunft auf telegraphischem Wege erfolgen. Jedoch ist in diesem Falle eine schriftliche Auskunft nachzusenden, da durch telegraphische Verstümmelungen leicht Irrtümer hervorgerufen werden könnten. Das gleiche gilt für Mitteilung durch das Telephon, welche, wenn es auch in der BRV nicht erwähnt ist, als provisorisches Auskunftsmittel wohl ebenso zulässig ist; doch ist bei telephonischer Auskunftsübermittelung mit besonderer Vorsicht zu verfahren, da auf diese Weise das Strafregister missbräuchlich von Privaten in Anspruch genommen werden könnte.

Die Strafregister-Auskünfte sind im Verkehr zwischen deutschen Behörden ausnahmslos gebührenfrei.

Die Regelung der Frage, ob und in welcher Weise die Sendungen der Strafregisterbehörden — ebenso natürlich die aller anderen Behördenkategorien — portopflichtig sind, ist Sache der einzelstaatlichen Gesetzgebung.

In Bayern sind die Strafregisterbehörden nach der in jüngster Zeit erfolgten Neuregelung der Postportofreiheits-Vorschriften berechtigt, ihre dienstlichen Sendungen ohne Rücksicht auf die Adresse, soweit sie nach Orten innerhalb Deutschlands gerichtet sind, unfrankiert zu versenden; sie müssen jedoch mit dem Vermerk „Frei durch Ablösung“ versehen sein und auf der Aussenseite des Umschlags deutlich die Bezeichnung der absendenden Stelle sowie deren amtliches Siegel tragen. Diese Regelung bedeutet keine Portofreiheit, vielmehr werden von den betreffenden Ministerien zur Erleichterung des Abfertigungsgeschäftes Bauschsummen (Portoablösungen) bezahlt. (Bayer. Gesetz vom 22. Dezember 1907, die Portofreiheit betr., K. Allerh. Verordnung vom gleichen Tage und gleichen Betreff, MBek vom 25. Dezember 1907, den Vollzug obigen Gesetzes und obiger Verordnung betreffend.)

Analoge Vorschriften bestehen auch in den meisten anderen deutschen Bundesstaaten, insbesondere auch in Preussen.

Von der Auskunftserteilung an ausländische Behörden wird in einem späteren Abschnitte die Rede sein. (BRV §§ 17, 17 a.)

§ 12.

Benützung des Strafregisters zur Ermittelung steckbrieflich Verfolgter.

Schon kurze Zeit nach Einführung der Strafregister hat man damit begonnen, sie nicht nur für den nächstverfolgten Zweck, die Feststellung der Vorstrafen, zu benützen, sondern auch anderen Gebieten der Strafrechtspflege dienstbar zu machen.

Preussen hat zuerst, einer Empfehlung Hamms folgend, durch Verfügung des Justizministers vom 6. November 1887 die Verwendung der Strafregister zur Ermittlung von steckbrieflich Verfolgten angeordnet. Diese Einrichtung wurde sodann durch Verordnung des Bundesrats vom 9. Juli 1896 für das Reich übernommen und zwar, mit geringen Abänderungen, genau nach dem preussischen Vorbild.

Die verfolgende Behörde benachrichtigt die zuständige Registerbehörde von dem Erlasse eines Steckbriefes durch Übersendung einer Steckbriefnachricht. Hierbei ist das vorgeschriebene Formular D zu verwenden.

Sofort nach Eingang der Steckbriefnachricht ist seitens des Registeramts zu prüfen, ob Strafnachrichten über den Verfolgten vorhanden sind.

Ist nun nach dem Inhalt des Registers anzunehmen, dass der Verfolgte sich in Strafhaft befindet oder ist von seinem Aufenthalte sonst etwas bekannt geworden — gleichgültig auf welche Weise —, so ist das übersandte Formular mit entsprechendem Vermerk an die verfolgende Behörde zurückzusenden.

Ist über den Aufenthalt des Verfolgten dagegen nichts bekannt, so ist das Steckbriefformular solange beim Strafregister aufzubewahren, bis etwas über den Aufenthalt bekannt wird oder bis eine Mitteilung über die Erledigung des Steckbriefes eingegangen ist. Ersteren Falls muss das Formular mit entsprechendem Vermerk an die Ursprungsbehörde zurückgesandt werden, in letzterem Falle ist es zu vernichten; das gleiche hat zu geschehen, wenn seit der Niederlegung des Steckbriefes im Strafregister 3 Jahre verflossen sind.

Ist bei Ankunft der Steckbriefnachricht über den Aufenthalt des Gesuchten zwar nichts bekannt, liegen aber aus der letzten Zeit Strafnachrichten vor — aus diesen lassen sich oft Schlüsse auf den Aufenthalt ziehen! — oder hat eine andere Behörde um Übersendung der Strafliste ersucht, so ist die verfolgende Behörde sofort davon zu benachrichtigen, die Steckbriefnachricht ist dagegen beim Register zurückzubehalten. Ebenso ist es zu halten, wenn während der Zeit, in welcher eine Steckbriefnachricht im Strafregister niedergelegt ist, Strafnachrichten oder ein Ersuchen um einen Registerauszug einlaufen.

Liegen von seiten mehrerer Stellen Steckbriefnachrichten vor, so ist jede davon zu verständigen.

Ergibt sich bei Eingang einer Steckbriefnachricht, dass mit Rücksicht auf den Geburtsort eine andere Strafregisterbehörde zuständig ist, so ist das übermittelte Formular D sofort — unter Mitteilung an die absendende Behörde — an das zuständige Amt weiter zu leiten.

Um den Registerbehörden überflüssige Arbeit zu ersparen, sind die Behörden, die eine Steckbriefnachricht erlassen haben, selbstverständlich verbunden, erstere von der Erledigung des Steckbriefes — sei es durch Ergreifung des Übeltäters oder auf andere Weise —, in Kenntnis zu setzen. (BRV § 18 a.)

§ 13.

Aufnahme militärgerichtlicher Verurteilungen im Strafregister.

Der amtliche Strafregisterauszug einer Person soll ein genaues Bild von dem Vorleben derselben in krimineller Hinsicht geben. Es wäre unvollständig, wollte man einen grösseren Zeitraum, die militärische Dienstzeit — regelmässig also 2—3 Jahre — unberücksichtigt lassen.

Es ist daher auch die Aufnahme der von Militärgerichten ausgesprochenen Strafen in das Strafregister vorgeschrieben; und zwar müssen registriert werden alle Bestrafungen wegen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen gegen § 361 Ziff. 1—8 RStrGB.

Die in Ziff. 1—2 und 5—8 angeführten Übertretungen können zwar von Militärpersonen unmöglich begangen werden; da aber nach § 6 RMGO in gewissen Fällen auch strafbare Handlungen, die von einer Person vor Beginn der militärischen Dienstzeit (also als Zivilperson) begangen worden sind, der Zuständigkeit der Militärgerichte unterstehen, konnte den Militärbehörden eine Mitteilungspflicht auch

bezüglich dieser Übertretungen auferlegt werden. Dagegen wäre die Begehung einer Übertretung nach Ziff. 3 und 4 des § 361, wenn auch vielleicht nicht sehr wahrscheinlich, doch möglich (z. B. ein Soldat wird fahnenflüchtig, verschafft sich Zivilkleider, treibt sich sodann als Landstreicher umher und bettelt; er müsste in diesem Fall vom Militärgericht verurteilt werden wegen eines Verbrechens der Fahnenflucht in sachlichem Zusammenhang mit je einer Übertretung der Landstreicherei und des Bettels).

Während bei Verurteilungen seitens der Zivilgerichte sämtliche Bestrafungen wegen Verbrechen und Vergehen im Strafregister vermerkt werden müssen, sind durch gesetzliche Bestimmung eine Reihe von militärischen Verbrechen und Vergehen von der Registrierung ausgenommen. Es sind dies Verfehlungen gegen die militärische Disziplin, die zwar während des Militärverhältnisses teilweise mit grosser Strenge geahndet werden, die aber wegen ihres rein militärischen Charakters die Person nach ihrem Rücktritt in das Zivilverhältnis nicht weiter beschweren sollen.

Allerdings ist nicht folgerichtig verfahren, denn manche militärische Delikte sind Registerdelikte, während andere, verwandte zu den ausgenommenen gehören.

Ausgenommen sind die militärischen Verbrechen oder Vergehen wider die §§ 62—68, 79, 80, 84—90, 92—95, 101—104, 112—120, 139, 141—144, 146, 147, 150—152 des MStrGB vom 20. Juni 1872.

Es sind dies ausser einzelnen Verfehlungen gegen die militärische Unterordnung namentlich Fälle der Gefährdung der Kriegsmacht im Felde, der unerlaubten Entfernung, der Selbstbefreiung eines Gefangenen, des weiteren einzelne Fälle des Missbrauchs der Dienstgewalt und der Ausstellung von unrichtigen Dienstattesten.

Sollte also wegen eines dieser Delikte eine Strafnachricht seitens der Militärbehörde bei einer Registerbehörde einlaufen, so dürfte sie dem Strafregister dennoch nicht einverleibt werden.

Während die Strafmitteilungen sonst sofort nach Rechtskraft der betreffenden Entscheidung gemacht werden, hat die Übermittlung der Nachrichten von militärgerichtlichen Verurteilungen erst zu erfolgen:

1. Wenn der Militärgerichtsstand für den Verurteilten gänzlich aufgehört hat. In welchem Zeitpunkt dies der Fall ist, ergibt sich des näheren aus § 1 der Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898; siehe später Anmerkung.

2. Des weiteren hat aber die Mitteilung schon zu erfolgen mit der Überführung oder Wiederüberführung des Verurteilten — gleichgültig, ob es sich um Offiziere oder Mannschaften handelt — in das Beurlaubten-Verhältnis (denn sowohl für Offiziere als auch die Mannschaften des Beurlaubtenstandes bleibt der Militärgerichtsstand, allerdings ein sachlich beschränkter gemäss § 5 der MStrGO, bestehen).

Die Strafmitteilung ist zu machen seitens desjenigen Truppenteiles, welchem der Verurteilte bei seinem Ausscheiden aus dem Militärgerichtsstand oder bei seinem Übertritt oder Rücktritt in das Beurlaubtenverhältnis angehört hat. Gehörte der Verurteilte einem Truppenteile nicht an, so erfolgt die Strafnachricht von seiten derjenigen Militärbehörde, welcher er im bewussten Zeitpunkt unterstellt war; war auch letzteres nicht der Fall, dann von seiten des Kriegsministeriums. Analoge Vorschriften bestehen für die Fälle von Verurteilungen durch die Gerichte der kaiserlichen Marine. Die Strafnachrichten haben in diesem Falle auszugehen von der betreffenden Marinestation, ev. von dem Chef der Admiralität.

Abs. V des § 6 der BRV ist nach der neuesten Gesetzgebung belanglos geworden: denn nach heute geltendem Recht sind weder die mit Pension noch die ohne Pension verabschiedeten Offiziere der Militärgerichtsbarkeit unterworfen — sofern sie nicht als Offiziere oder militärische Beamte in Wiederverwendung sind —, während bis zur Erlassung des Reichsgesetzes vom 3. Mai 1890 für die mit Pension verabschiedeten Offiziere der Militärgerichtsstand weiter dauerte. Es ist also bei den mit, wie ohne Pension verabschiedeten Offizieren Strafmitteilung zu machen von derjenigen Militärstelle, der sie im Moment ihrer Verabschiedung, also ihres Ausscheidens aus dem Bereiche der Militärgerichtsbarkeit, angehört haben bezw. unterstellt waren.

Was unter den militärischen terminis technicis „Truppenteil, Militärbehörde“ zu verstehen ist und welche Organe dieser Behörden die Strafmitteilung zu vollziehen haben, ist seitens der einzelstaatlichen Kriegsministerien festgelegt worden.

Anmerkung: Da in diesem Abschnitt des öfteren vom Militärgerichtsstand die Rede ist, ist es vielleicht angebracht, festzustellen, welche Personen dem Militärgerichtsstand unterstehen und in welchem Zeitpunkt für diese die Militärgerichtsbarkeit beendigt wird:

I. Dem Militärgerichtsstand unterstehen:

1. Sachlich unbeschränkt die in § 1 Ziff. 1—6 der RMStrGO genannten Personen. (Vergl. unten.)

2. Sachlich beschränkt die in § 5 l. c. aufgeführten Personen des Beurlaubtenstandes.

Hier interessiert es natürlich nur, die Beendigung des sachlich unbegrenzten Militärgerichtsstandes festzustellen, denn für die sub 2. genannten Personen erfolgt ohnedies schon Strafmitteilung bei Eintritt der sachlich beschränkten Militärgerichtsbarkeit (dem Zeitpunkt der Überführung in das Beurlaubtenverhältnis).

II. Im einzelnen wird der Militärgerichtsstand gänzlich beendet:

I. Der völlig unbeschränkte Militärgerichtsstand

1. bei Militärpersonen des aktiven Heeres und der aktiven Marine:
   a) bei Offizieren, Sanitätsoffizieren und oberen Militärbeamten durch Verabschiedung oder durch Entlassung aus dem Heere,
   b) bei Unteroffizieren und Mannschaften durch Ausscheiden (nach erfolgter aktiver Wehrpflicht), Entlassung oder Entfernung aus dem Heer oder der Marine,
2. bei den zur Disposition gestellten Offizieren, Sanitätsoffizieren und Ingenieuren des Soldatenstandes, durch Verabschiedung aus dem Heere;
3. bei den Studierenden der Kaiser Wilhelms-Akademie für das militärärztliche Bildungswesen in Berlin bei Austritt oder Entlassung aus der Anstalt, wenn der Betreffende dann nicht etwa als Sanitätsoffizier der Militärgerichtsbarkeit unterworfen ist,
4. bei den in militärischen Anstalten versorgten Offizieren und Mannschaften bei Austritt oder Entlassung aus der Anstalt;
5. bei den verabschiedeten Offizieren, Sanitätsoffizieren und Ingenieuren des Soldatenstandes, die als solche oder als Militärbeamte in der aktiven Armee oder Marine in Wiederverwendung sind, bei Beendigung der Wiederverwendung;

II. sachlich unbeschränkter, zeitlich beschränkter Militärgerichtsstand;

demselben sind gewisse Personen nur während gewisser Zeiten unterworfen und zwar

1. Schiffsjungen, wenn sie eingeschifft, d. h. einem Schiffe zugeteilt sind,
2. die nicht zum Soldatenstand gehörigen Offiziere und Sanitätsoffiziere à la suite, wenn und solange sie zu vorübergehender Dienstleistung zugelassen sind,
3. in Kriegszeiten alle bei dem Heere befindlichen Nicht-Militärpersonen, fremde zugelassene Offiziere, sowie die Kriegsgefangenen.

§ 14.

Befugnisse der einzelstaatlichen Gesetzgebung.

Indem die Bundesratsverordnung, welche die Einrichtung von Strafregistern in die Wege geleitet hat, für die sämtlichen deutschen Bundesstaaten Rechtsverbindlichkeit hat, ist erreicht, dass wir in ganz

Deutschland ein wenigstens den Grundzügen nach einheitliches Strafregister besitzen.

Doch hat die Bundesratsverordnung selbst der einzelstaatlichen Gesetzgebung verschiedene Befugnisse vorbehalten:

Vor allem ist die Bestimmung, welche Behörden das Strafregister zu führen haben, den Landesregierungen überlassen. (BRV § 1 Ziff. 1.)

Die Bundesratsverordnung schreibt zwar bindend vor, welche Verurteilungen in die Register aufzunehmen sind (§§ 2, 3), überlässt es aber gleichzeitig den Einzelstaaten, in die Strafregister „auch andere, den Zwecken der Strafrechtspflege und der Polizei" dienliche Nachweisungen verzeichnen zu lassen. (§ 19.)

Des weiteren sind vor allem die zur Ausführung der BRV notwendigen Einzelbestimmungen der Zuständigkeit der Landesregierungen überlassen. (§ 4.)

Auch sollten die etwa in den Einzelstaaten bestehenden Vorschriften über anderweitig in Strafsachen von den Behörden zu machende Mitteilungen in ihrer Gültigkeit keineswegs berührt werden, ebenso wie es auch zukünftig gestattet sein wird, derartige Anordnungen zu treffen. Auch etwaige Abmachungen mit ausländischen Regierungen, ob und inwieweit die Verurteilungen gegen Angehörige des fremden Staates mitgeteilt werden sollen, ebenso die Vereinbarungen darüber, ob Strafregisterauszüge von Inländern an ausländische Behörden abgegeben werden sollen, sind der Zuständigkeit der einzelnen Regierungen überlassen worden, letzteren Falls allerdings nur soweit, als nicht bezügliche Abmachungen seitens des Reichs mit der betreffenden auswärtigen Regierung getroffen sind. (§ 18, 20.)

In allen Punkten, in denen sonst einzelstaatliche Gesetzgebung zugelassen ist, ist, soweit es sich um das beim Reichsjustizamt geführte Strafregister handelt, die Zuständigkeit des Reichskanzlers begründet.

IV. Kapitel.

Die Strafregistereinrichtungen der Einzelstaaten.

§ 15.

1. Das bayerische Strafregister.

Von den in der Bundesratsverordnung zugestandenen Befugnissen haben denn auch sämtliche Bundesstaaten in mehr oder minder ausgedehntem Masse Gebrauch gemacht.

Uns interessiert natürlich vor allem, welche Ausgestaltung das bayerische Strafregister auf diese Weise erfahren hat. Es kann sich dabei meist nur um erläuternde und ergänzende Bestimmungen handeln, die im Wege von Verordnungen, Bekanntmachungen oder Entschliessungen der in Betracht kommenden Ministerien erlassen worden, teils also in den Ministerialblättern veröffentlicht, teils aber auch nur in Form von autographierten Verfügungen an die zuständigen Behörden hinausgegeben worden sind.

Die folgenden Ausführungen sollen sich in Bezug auf die Disposition genau der bei Schilderung des „deutschen" Strafregisters eingehaltenen Anordnung anschliessen:

1. Als die Behörden, welche die Strafregister zu führen haben, sind die Amtsanwälte bestimmt.

In der Regel ist für jedes Amtsgericht ein Amtsanwalt bestellt: ausnahmsweise werden aber auch mehrere Amtsgerichte durch einen Amtsanwalt versehen, ebenso wie an besonders grossen Gerichten mehrere Amtsanwälte tätig sein können. Im Regelfalle (von München und der Pfalz abgesehen) wird die Amtsanwaltschaft von einem Beamten der Distriktsverwaltungsbehörde im Nebenamt geführt.

Zur Feststellung der für eine Person zuständigen Strafregisterbehörde ist also nur notwendig, zu wissen, zu welchem Amtsgerichtsbezirk der Geburtsort des Betreffenden gehört. Der Amtsanwalt an diesem Amtsgericht führt das gesuchte Strafregister. An ihn sind alle Strafregister-Sendungen zu richten und zu adressieren (nicht also an die Distriktsverwaltungsbehörde, der der betreffende Amtsanwalt im Hauptamte angehört).

Es ist nicht notwendig, dass der für ein Amtsgericht aufgestellte Amtsanwalt am Orte desselben auch seinen Amtssitz hat; die Adresse hat dann richtiger Weise zu lauten: z. B. an den Amtsanwalt am Amtsgericht A. in B.

Sind für ein Amtsgericht mehrere Amtsanwälte bestellt, die derselben Distriktsverwaltungsbehörde angehören, so besteht immer nur ein Strafregister. Die Amtsanwaltschaft ist in diesem Falle, wie die Staatsanwaltschaft eine bureaukratische Behörde, die zwar in verschiedene Referate eingeteilt ist, nach aussen hin aber als eine einheitliche Behörde auftritt: das Register wird also „von dem Amtsanwalt am Amtsgerichte X" geführt.

Sind dagegen bei ein und demselben Amtsgericht für den Stadtbezirk und Landbezirk oder für Teile des Landbezirks verschiedene Amtsanwälte aufgestellt, die nicht derselben Distriktpolizeibehörde angehören (z. B. am Amtsgericht Traunstein je ein Amtsanwalt für Traunstein Stadt (Beamter des Stadtmagistrats) und für Traunstein Land (Beamter des Bezirksamts), so ist von jedem der Amtsanwälte für diejenigen Personen ein Strafregister zu führen, deren Geburtsort in seinem Amtsbezirk gelegen ist. Im Interesse pünktlicher Geschäftserledigung ist in diesem Falle die Adresse genau zu bezeichnen.

Nur für die in München (Stadt) geborenen Personen wird das Strafregister nicht etwa vom Amtsanwalt am Amtsgericht München I, sondern bei der k. Polizeidirektion München geführt. Es ist daselbst für diesen Zweck ein eigenes Bureau errichtet mit der Bezeichnung „k. Polizeidirektion München (Strafregister)", an welche alle Strafmitteilungen und Straferholungen zu richten sind. Dieses Bureau steht unter der Aufsicht eines Referenten der k. Polizeidirektion, wird jedoch geleitet von einem beeidigten Registerführer, der Auszüge aus dem Strafregister unter seinem Namen zu fertigen berechtigt ist. Unbeschadet der dem Staatsanwalt bei dem k. Landgericht München I zustehenden Aufsicht und Leitung — nach § 1 der BRV liegt die Aufsicht über die Strafregister-

führung stets dem zuständigen Staatsanwalt ob — ist das Personal des Bureaus dem Vorstand der k. Polizeidirektion dienstlich untergeordnet. (Inn. MBek v. 2. August 1905, ferner J. Inn. F. MBek v. 24. Juli 1882, Ziff. I, III.)

---

2. Grundbedingung für die Zuverlässigkeit der Einrichtung ist, dass die Registerbehörden in vorschriftsmässiger Weise informiert werden.

Trotz der durch die BRV getroffenen Anordnung, dass die Mitteilung der Bestrafungen entweder durch die Strafvollzugsbehörden oder die Beamten der Staatsanwaltschaft zu erfolgen habe, haben in Bayern die Strafnachrichten bezüglich der Verurteilungen, die seitens der Schöffengerichte erfolgten, von den Amtsanwälten auszugehen. Die Strafvollstreckung in schöffengerichtlichen Sachen erfolgt zwar durch das Amtsgericht, nicht durch den Amtsanwalt; trotzdem aber ist jene Bestimmung zulässig: denn dass das Gesetz, wenn es von den Staatsanwaltschaften spricht, nicht nur die Staatsanwaltschaft im eigentlichen Sinne meint, vielmehr auch in diesen Begriff die Amtsanwälte einschliesst, welche gemäss k. allerh. Verordnung vom 31. August 1879 als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft zu gelten haben, erhellt deutlich aus dem Gebrauch des Wortes „Staatsanwaltschaft" im § 447 RStrPrO.

Die Mitteilung der seitens der Strafkammern und Schwurgerichte erfolgten Verurteilungen geschieht durch den landgerichtlichen Staatsanwalt.

Die Mitteilung ist unmittelbar an die zuständige Strafregisterbehörde zu richten. Sie festzustellen, wird regelmässig ein leichtes sein, insbesondere an der Hand der meist zur Verfügung stehenden Ortsverzeichnisse. Vermögen die Amtsanwälte mit denen ihnen zu Gebote stehenden Hilfsmitteln eine Registerbehörde nicht zu ermitteln, so haben sie die Strafnachricht oder das Ersuchen um Vorstrafenauskunft bis auf die Bezeichnung des Amtssitzes der Registerbehörde vollständig auszufertigen und sodann unter Umschlag dem vorgesetzten Staatsanwalt in Vorlage zu bringen, der sodann unverzüglich den betreffenden Ortsnamen einsetzen und die Nachricht an die Registerbehörde absenden lässt.

Gehört der Geburtsort einer Person, gegen die eine schöffengerichtliche Verurteilung erfolgte, zum eigenen Bezirk des betreffenden Amtsanwalts, so hat dieser die Strafnachricht dem von ihm selbst zu führenden Strafregister einzuverleiben.

Im Strafregisterverkehr sind die vorgeschriebenen Formulare zu benutzen. Die Strafnachrichten sind unter besonderem Umschlage zu versenden und dürfen zu dem Zwecke der Einlegung in den Umschlag nicht öfter als einmal gefaltet werden, welche Massregel im Interesse der Erhaltung eines geordneten Zustandes des Strafregisters geboten ist. (J. MBek. 3. März 1883.)

Ausser den Strafnachrichten haben die Amtsanwälte und Staatsanwälte bei Vorliegen einer Verurteilung, die Grundlage für eine spätere Rückfall-Bestrafung sein kann, der Registerbehörde auch darüber eine beim Strafregister aufzubewahrende oder einzutragende Mitteilung zukommen zu lassen, dass und wann der Verurteilte die Strafe erstanden hat. Ist die Strafe so kurz, dass ihre Erstehung noch in den Zeitraum von 14 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils fällt, so können die Mitteilungen über Verurteilung und Strafvollstreckung verbunden werden. Die Mitteilung der Verurteilung so lange zu verzögern, bis die Strafe erstanden ist, auch wenn der Zeitraum von 14 Tagen bedeutend überschritten ist, ist in der Praxis häufig üblich, jedoch unzulässig. (J. Inn. F. MBek. vom 24. Juli 1882, Z II u. III.)

Des weiteren ist die zuständige Strafregisterbehörde auch stets in Kenntnis zu setzen, wenn durch eine allerh. Entschliessung eine im Strafregister einzutragende Strafe oder Nebenstrafe aus Gnade erlassen, gemindert oder gemildert wurde; zur Mitteilung ist ebenfalls Formular A zu benützen. Im Register selbst ist der Vermerk über die Begnadigung unmittelbar unter den Eintrag der Verurteilung zu setzen; er hat den Inhalt der allerhöchsten Entschliessung kurz, aber erschöpfend anzugeben und im Falle des teilweisen Erlasses einer schon in Vollzug gesetzten Freiheitsstrafe ersichtlich zu machen, wann die Vollstreckung begonnen und wann sie geendet hat. (J. MBek vom 23. April 1907.)

Ferner: ist einer verurteilten Person auf dem Wege der „bedingten Begnadigung" Aussetzung der Strafvollstreckung bewilligt worden, so ist hiervon der Strafregisterbehörde mittels besonderen Formulars Mitteilung zu machen. Sie enthält die Angabe, dass dem Betreffenden durch das k. Staatsministerium der Justiz Aussetzung der Strafvollstreckung unter der Bedingung einer guten Führung bis zum . . . bewilligt worden sei und zugleich das Ersuchen, der absendenden Behörde sofort davon Kenntnis zu geben, wenn in einer Strafsache von einer Behörde ein Registerauszug verlangt werden sollte. Jene Mitteilung ist beim Strafregister aufzubewahren, bis die Bewährungsfrist abgelaufen

ist, falls sie nicht schon vorher mit dem Bemerken, dass gegen den Betreffenden ein Strafverfahren schwebe, zurückgesandt worden ist. Erfolgt trotz eines neuen eingeleiteten Strafverfahrens kein Widerruf der Bewilligung der Bewährungsfrist, so ist die Strafregisterbehörde davon zu verständigen unter Wiederholung des Ersuchens um Mitteilung etwaiger Strafregistererholungen. J. ME vom 24. März 1896, Ziff. VI.)

---

3. Welche Nachweisungen in das Strafregister aufgenommen werden müssen, ist schon durch die BRV festgelegt worden. Bayern hat ausserdem noch angeordnet die Aufnahme der Verurteilungen:

a) in den auf Privatklage verhandelten Sachen; bei Beleidigungen, welche im Wege der Privatklage verfolgt und lediglich nach § 185 RStrGB bestraft wurden, jedoch nur die Verurteilungen zu einer Freiheitsstrafe;
b) der Verurteilungen wegen der sonstigen im RStrGB, dann wegen der im AG zur RStrPO vom 18. August 1879, im PStrGB und in besonderen Landesgesetzen oder Verordnungen vorgesehenen Übertretungen, jedoch nur in dem Falle, wenn die Übertretung für die Beurteilung des allgemeinen bürgerlichen Lebenswandels oder des Verhaltens der verurteilten Person in ihrer besonderen Berufsstellung von Bedeutung ist;
c) auch einlaufende Mitteilungen, durch die der Vollzug einer Strafe oder Begnadigung bekannt gegeben wird (vergl. oben), sind auf den betr., im Register niedergelegten Vermerke einzutragen.

Die Anordnung der Aufnahme der erwähnten Nachweisungen war gemäss § 4 der BRV vom 16. Juni 1882 statthaft mit einer Ausnahme: unseres Erachtens ist es unstatthaft, die auf Privatklage ergangenen Verurteilungen dem Strafregister einzuverleiben. Die BRV sagt im § 2 Abs. II Ziff. 1 ausdrücklich: ausgenommen (von der Aufnahme im Register) sind die Verurteilungen „in den auf Privatklage verhandelten Sachen". Zwar werden dann im § 4 l. c. die Landesregierungen ermächtigt, auch andere Nachweisungen aufnehmen zu lassen; die Worte „auch andere" sollen in diesem Zusammenhang aber nicht bedeuten „auch andere als die im § 2 Abs. I und § 3 genannten Nachweisungen", vielmehr „auch andere Nachweisungen als die in den vorhergehenden §§ erwähnten". Die auf Privatklage erfolgenden Verurteilungen aber sind ausdrücklich in der Weise genannt, dass ihre Aufnahme im Strafregister ausgeschlossen ist. Es ist also den Landesregierungen zwar unbenommen,

von der BRV nicht vorgesehene Nachweisungen aufnehmen zu lassen, sie sind aber ebensowenig berechtigt, die Aufnahme einer Verurteilung anzuordnen, deren Nichtaufnahme die BRV ausdrücklich vorgeschrieben hat, wie es ihnen nicht gestattet ist, die Nicht eintragung einer Nachweisung anzuordnen, die gemäss der BRV in das Strafregister einzutragen ist.

So wünschenswert es also auch sein mag, insbesondere auch Verurteilungen wegen Beleidigungen im Strafregister aufzunehmen, damit der Richter im stande ist, Personen, die wegen Beleidigungen öfters vorbestraft sind, denen also offenbar das Bewusstsein dafür abgeht, dass auch die Ehre ihrer Mitmenschen ein unantastbares, von der Rechtsordnung geschütztes Gut ist, mit entsprechender Strafe zu belegen, vom formellen Standpunkt aus ist die Aufnahme der auf Privatklage erfolgten Verurteilungen ungesetzlich, solange die BRV vom 16. Juni 1882 in ihrer jetzigen Fassung in Geltung ist.

Die Bestimmung, dass auch alle Bestrafungen wegen Übertretungen aufzunehmen sind, soweit sie auf die Beurteilung des allgemeinen bürgerlichen Lebenswandels oder des Verhaltens der verurteilten Person in ihrer besonderen Berufsstellung von Bedeutung sind, ist zwar formell nicht zu beanstanden, ihre Fassung ist jedoch nicht gerade glücklich zu nennen, indem sie die Einheitlichkeit des Strafregisterinhaltes illusorisch macht, dem Ermessen des Registerführers oder dessen vorgesetzter Behörde zu freien Spielraum lässt. Infolge dieser dehnbaren Bestimmung ist es in Bayern soweit gekommen, dass die meisten Strafregisterbehörden die Verurteilungen wegen jeder Übertretung aufnehmen, während nur die Minderzahl von Behörden sich weise Beschränkung auferlegt. Ganz abgesehen davon, dass die Registerbeamten manchmal selbst im Unklaren darüber sind, ob diese oder jene Bestrafung zu registrieren ist, wird es häufig vorkommen, dass eine Person, die wegen eines Delikts bestraft worden ist, in dem einen Bezirk in die „schwarze Liste“ eingetragen wird, während ein anderer wegen der gleichen Tat Verurteilter in einem anderen Bezirk von dieser Folgeerscheinung der Strafe verschont bleibt. Und diese Tatsache könnte vielleicht für ihn nicht ohne Bedeutung sein: angenommen, diese Fälle würden sich öfter wiederholen, so bekäme der Betreffende allmählich eine ganz umfangreiche Strafliste zusammen; und mögen die Delikte, die er sich hat zu schulden kommen lassen, auch noch so geringfügig und nichtssagend gewesen sein, eine „häufig vorbestrafte“ Person wird nicht selten, sei es, dass es sich um

Bewerbung um eine Anstellung handelt oder dass sie später wegen einer neuerlichen Tat in Untersuchung kommt, gewissen Vorurteilen begegnen, denen ein anderer, ebenso Vorbestrafter nur dadurch enthoben ist, dass er in einem anderen Bezirk geboren oder verurteilt worden ist.

(Als Beweis dafür, dass die dehnbare Vorschrift zu grossen Willkürlichkeiten führt, möge die Tatsache dienen, dass z. B. in München die Übung besteht, dass Verurteilungen wegen groben Unfugs und Ruhestörung nur dann zum Strafregister mitgeteilt werden, wenn die Strafe mindestens 7 Tage Haft beträgt, während von den meisten anderen Amtsanwälten jegliche Verurteilung auf Grund des § 360 Ziff. 11 RStrGB mitgeteilt wird, sogar bei Verurteilung zur geringsten möglichen Geldstrafe. Ähnliche Unstimmigkeiten herrschen in Bezug auf die Behandlung der Strassenpolizeiübertretungen: In grösseren Städten werden z. B. Verurteilungen wegen Schnellfahrens, wegen Übertretung von Hausiervorschriften etc. stets als registerpflichtig angesehen, während an kleineren Orten von ihrer Mitteilung abgesehen wird.)

Zudem werden manche Strafregister durch die Aufnahme unzähliger Übertretungen so mit unnützem Ballast beschwert, dass sie, abgesehen von dem unnützen Mehraufwand an Zeit, Arbeit und Material, an ihrer Übersichtlichkeit, einem Hauptmoment ihrer Brauchbarkeit, in bedeutendem Masse Einbusse erleiden. Unseres Erachtens dürfte es völlig genügen, wenn ausser den Verbrechen und Vergehen nur die in der BRV genannten Übertretungen im Strafregister aufgenommen werden, wie es auch in anderen Bundesstaaten — insb. Preussen — der Fall ist: Übertretungen, die in Bezug auf die Berufs- oder Gewerbeausübung des Verurteilten von Bedeutung sind, könnten ja ev. in polizeilichen Personallisten verzeichnet werden. Auf jeden Fall empfiehlt es sich, wenn man auch andere Übertretungen in die Strafregister aufnehmen will, sie genau zu bestimmen und zu bezeichnen, anstatt die Auswahl willkürlich den einzelnen Registerbehörden oder Staatsanwaltschaften zu überlassen.

---

4. Insbesondere über die Art und Weise der Registerführung wurden auch von Bayern Ausführungsbestimmungen erlassen, welche ausführlich zu erwähnen, infolge ihres rein formellen Charakters hier nicht von Interesse ist. (J. Inn. F. MBek vom 24. Juli 1882 Ziff. V.)

Den Registerbehörden ist ausdrücklich eine sorgfältige Prüfung der eingehenden Strafnachrichten hinsichtlich der Personalien und des Inhalts vorgeschrieben. Ist letzterer mangelhaft oder steht die Identität

des Bestraften nicht fest, so ist die Strafnachricht zum Zwecke der Verbesserung zurückzusenden; wenn möglich hat sich die Registerbehörde über die genauen Personalien des Verurteilten aus den Standesregistern, zunächst aus den bei dem Gerichte I. Instanz aufbewahrten Nebenregistern, Gewissheit zu verschaffen. Auch für den Fall, dass nach Angabe der mitteilenden Behörde der Verurteilte bereits früher vorbestraft ist, das Strafregister die Vorstrafe aber nicht aufweist, empfiehlt es sich, die Strafnachricht zur Angabe der Vorstrafen zurückgehen und aufklären zu lassen, warum die Vorstrafen zum Register nicht mitgeteilt worden sind.

Das System der „Straflisten" ist in Bayern seit dem Jahre 1899 durchgeführt: nicht die Originale der Strafnachrichten werden zum Register genommen, sondern ihr Inhalt wird in eine Liste übertragen.

Mitteilungen über die im Auslande erfolgten Verurteilungen sollen in die Strafliste nicht aufgenommen werden; in der Praxis besteht jedoch der Brauch, sie zwar einzuschreiben, jedoch mit einer laufenden Nummer nicht zu versehen. Es entspricht die Übung zwar nicht dem Wortlaut der Verordnung vom 22. August 1896, läuft jedoch auf das gleiche hinaus, wie wenn, wie es vorgeschrieben, jene Mitteilungen beim Strafregister aufbewahrt und bei Auskunftserteilungen an der chronologisch richtigen Stelle eingesetzt werden.

Den Amtsanwälten bleibt es überlassen, alte, vor Einführung der Strafregister angelegte Straflisten in die neuen Listen zu übertragen oder die alte Liste im Register aufzubewahren. Nach Anlegung einer Strafliste brauchen die Urschriften nicht mehr beim Register behalten zu werden. Sie können vernichtet werden; meist jedoch werden sie noch längere Zeit gesondert aufbewahrt, ohne aber in diesem Falle einen eigentlichen Bestandteil des Strafregisters zu bilden. Die Bestimmung, dass sie an die Distriktsverwaltungsbehörde und an das Rentamt zur Kenntnisnahme abgegeben werden müssen, ist nunmehr aufgehoben.

Die Hauptvorteile des Systems der „Straflisten" sind die, dass ein zu starkes Anwachsen der Strafregister hintangehalten wird und dass Verluste von Strafmitteilungen nicht so leicht möglich sind, als wenn die Strafnachrichten einzeln aufbewahrt werden.

Die Zuverlässigkeit der ganzen Einrichtung hängt also insbesondere davon ab, dass die Strafregisterbehörden gewissenhaft und mit peinlicher Sorgfalt arbeiten, die für sie geltenden Vorschriften genau einhalten, ohne willkürliche, wenn auch vielleicht bedeutungslos er-

scheinende Änderungen zu treffen; denn durch eine kleine Ungenauigkeit, schon durch einen Schreibfehler kann der Wert einer Strafliste illusorisch gemacht werden. Stellen sich irgend welche Unebenheiten heraus, so sollen nachträgliche Erhebungen, so umständlich und langwierig sie im Einzelfall auch manchmal sein mögen, niemals versäumt werden. Allerdings ist es notwendig, dass bereits seitens aller Behörden, die schon während des Strafverfahrens dazu im stande sind, Bedacht genommen wird, die für die Aufnahme in die Strafnachricht bestimmten Tatsachen, insbes. die Personalverhältnisse, zweifelfrei festzustellen. (J. Inn. F. MBek vom 24. Juli 1882 Ziff. VI, IV, sowie J. F. MBek vom 22. August 18 96 Ziff. 2, 3.)

---

5. Von Wichtigkeit ist es auch, dass die Straflisten derjenigen Personen, die nicht mehr am Leben sind oder die das 80. Lebensjahr vollendet haben, tunlichst ausgeschieden werden — von der Berechtigung der letzteren Vorschrift soll noch die Rede sein —; denn durch diese Massnahmen wird dem übermässigen Anwachsen des Strafregisters vorgebeugt.

Nachahmenswert erscheint in dieser Hinsicht die bei der k. Polizeidirektion München bestehende Vorschrift, wonach die Sterberegisterbureaus dem Strafregister von jedem Todesfall Mitteilung zukommen lassen müssen; letzteres hat sodann zu prüfen, ob für den Verstorbenen eine Strafliste vorhanden, gegebenen Falls, ob sie auszusondern und später zu vernichten ist.

In Anlehnung an diese Übung wäre eine für das ganze Deutsche Reich verbindliche Anordnung ratsam und förderlich, dass jedes Standesamt der zuständigen Strafregisterbehörde Mitteilung von den bei ihm angemeldeten Sterbefällen machen müsse. Diese Handhabung würde ein unzuträgliche Mehrbelastung der Standesämter wohl kaum zur Folge haben, da die Nachrichten formularmässig erfolgen könnten.

Wie sich die ev. notwendige Berichtigung des Registers vollziehen muss, darüber erwähnen die bayerischen Ausführungsbestimmungen nichts. (J. Inn. F. MBek vom 22. August 1896 Ziff. 4.)

---

6. Ebenso ist die Frage, wem Auskunft aus dem Register zu erteilen sei, von Reichswegen erschöpfend behandelt und demgemäss von uns also schon ausführlich besprochen worden. Erwähnt sei noch, dass trotz der Bestimmung der BRV, dass das Strafregister nur „öffentlichen

Behörden" zugängig sein solle, Bayern die Anordnung getroffen hat, dass auch die Privateisenbahngesellschaften berechtigt sein sollen, Auskünfte über Vorstrafen von den als Bahnpolizeibeamte in ihren Dienst aufzunehmenden Personen zu erholen. (J. M.Vrf. vom 10. Dezember 1891.)

Dem Wortlaut der BRV nach wäre diese Massnahme unzulässig; denn die Direktion einer Privateisenbahngesellschaft ist sicherlich nicht eine „öffentliche Behörde" im Sinne des § 17 der BRV; da aber für alle zur Ausübung der Bahnpolizei berufenen Beamten das Erfordernis des unbescholtenen Rufes aufgestellt ist,[1]) die Direktionen der Privateisenbahngesellschaften aber die Qualifikation der Bahnpolizeibeamten zu überwachen haben,[2]) besteht wohl ein öffentliches Interesse dafür, dass jene Direktionen von etwaigen Vorstrafen der in ihren Dienst — sei es sofort oder später als Bahnpolizeibeamte — aufzunehmenden Personen authentische Auskunft erhalten.

---

7. Durch die Novelle vom 9. Juli 1896 zur BRV vom 16. Juni 1882 wurden die Strafregister auch dem Zwecke der Ermittlung steckbrieflich Verfolgter dienstbar gemacht. Bayern ging in dieser Richtung noch etwas weiter, indem es gestattete, dass die Register nicht nur zur Aufenthaltsermittlung von Personen benützt werden können, die einer strafbaren Handlung verdächtig sind oder gegen die eine Strafe zu vollstrecken ist (denn gegen solche kann ein Steckbrief erlassen werden), sondern auch zur Eruierung von Zeugen unbekannten Aufenthalts oder sonstigen behördlich gesuchten Personen. Diese Inanspruchnahme ist natürlich auch nur seitens derjenigen Stellen statthaft, die auch sonst berechtigt sind, Strafregisterauszüge zu erholen. Insbesondere ist es auch noch den Bezirkskommandos erlaubt, von der Einrichtung der Strafregister zur Aufenthaltsermittlung von Militärpersonen Gebrauch zu machen, die sich einer Kontrollentziehung schuldig gemacht haben.

Zu den erwähnten Ermittlungen ist das Formular D zu benützen, dem jeweiligen Zweck entsprechend handschriftlich umgeändert. In welchen Fällen das Strafregister zur Aufenthaltsermittlung von Personen — strafrechtlich zu Verfolgenden oder anderen — benützt werden soll, muss dem Ermessen der nachforschenden Behörde überlassen

---

[1]) Bahnpolizeireglement für die Eisenbahnen Bayerns vom 29. III. 1886 § 68 Ziff. I, sowie Bahnordnung für die Bayr. Eisenbahnen untergeordneter Bedeutung v. 5. III. 1882 § 49 Abs. I.

[2]) Bahnpolizeireglement § 72 lit. B, sowie Bahnordnung § 53 lit. B.

bleiben. Auf jeden Fall aber ist zur Vermeidung überflüssiger und zweckloser Inanspruchnahme der Register Unterlassung geboten, wenn nicht einige Aussicht auf sachdienlichen Aufschluss besteht. Im übrigen soll eine Benützung des Strafregisters zur Ermittlung von Zeugen oder sonstigen behördlich gesuchten, jedoch nicht steckbrieflich verfolgten Personen regelmässig nur dann erfolgen, wenn der Geburtsort in Bayern gelegen ist. Doch ist auf jeden Fall derartigen Ersuchen auch ausserbayerischer, aber deutscher Behörden zu entsprechen. (J. Inn. F. MBek vom 22. August 1896 Ziff. 5.)

---

8. Auch seitens des bayerischen Kriegsministeriums wurden Ausführungsbestimmungen über das Strafregister erlassen, worin insbesondere die in § 6 Abs. III und IV BRV gebrauchten militärtechnischen Ausdrücke erläutert werden: unter „Truppenteil" sind die Regimenter, die selbständigen Bataillone, das Eisenbahnbataillon (jetzt wohl auch Telegraphen-Detachement) sowie die Landwehrbezirkskommandos zu verstehen; zu den „Militärbehörden" zählen die höheren Kommandobehörden, sowie alle übrigen militärischen Behörden, Formationen und Institute, namentlich auch die militärische Gefangenenanstalt und die Arbeiterabteilung.

Die angeführten Stellen sind also zur Absendung eventueller Strafnachrichten verpflichtet. (KrME vom 13. September 1882.)

§ 16.

2. Die Strafregistereinrichtungen der anderen deutschen Bundesstaaten.

Eine eingehende Schilderung der Strafregistereinrichtungen der sämtlichen anderen deutschen Bundesstaaten würde die Abhandlung allzu umfangreich gestalten, zudem infolge der vielen unvermeidlichen Wiederholungen — denn, wie erwähnt, sind die deutschen Strafregister in ihren Grundzügen gleichmässig — eintönig wirken. Es seien daher nur kurz diejenigen Ausführungsbestimmungen der Einzelstaaten erwähnt, die von besonderem Interesse sind. Einige Staaten haben übrigens überhaupt keine Ausführungsverfügungen erlassen.

I. Vorweg genommen werde eine kurz zusammengefasste Nachweisung der Behördenkategorien, denen von den Landesregierungen die Führung der Strafregister übertragen ist, an die also die Strafnachrichten und Auskunftsersuchen zu richten sind:

1. Die Amtsanwälte bei den Amtsgerichten: in Bayern (Ausnahme: für den Stadtbezirk München „die k. Polizeidirektion München, Strafregister") und in Bremen.
2. Die Amtsgerichte: in Sachsen und Baden.
3. Die Schultheissenämter der Gemeinden: in Württemberg.
4. Die Gerichtsschreibereien der Landgerichte: in den Reichslanden Elsass-Lothringen.
5. Die Staatsanwaltschaften bei dem zuständigen Landgerichte: in allen übrigen deutschen Bundesstaaten (eine detaillierte Nachweisung siehe bayr. JMBl 1882 S. 323 u. 1883 S. 332).
6. Das Reichsjustizamt (Strafregister) zu Berlin: bezüglich aller ausserhalb des deutschen Reichsgebietes — also auch bezüglich der in den deutschen Kolonien — geborenen Personen, ohne Unterschied, ob sie ihrer Heimat und Staatsangehörigkeit nach Inländer oder Ausländer sind, ferner bezüglich aller Personen, deren Geburtsort nicht ermittelt werden kann.

II. Preussen hat von allen deutschen Bundesstaaten in Bezug auf das Strafregister die meisten Ausführungsbestimmungen erlassen, die jedoch meist erläuternder, nicht ergänzender Natur sind: sie zeigen genau, wie die Vorschriften der BRV durchzuführen sind, machen jedoch von den durch sie den Landesregierungen zugestandenen Befugnissen geringen Gebrauch. Insbesondere werden in Preussen im Strafregister andere Nachweisungen, als die durch die BRV vorgesehenen, nicht aufgenommen; nur die sog. Strafaufschubsnachrichten werden eine Zeitlang beim Strafregister aufbewahrt (ähnlich wie die in Bayern üblichen Mitteilungen über bedingte Begnadigung).

Über die in das Strafregister niedergelegten und aus ihm herausgegebenen Strafnachrichten und Straflisten hat der Registerführer ein Notizbuch zu führen. Die Einrichtung verfolgt hauptsächlich statistische Zwecke, ist jedoch umständlich und ohne grossen Wert.

Anmerkung: Besonders eingehend ist die Ausführungsverfügung des preussischen Justizministers vom 7. IX. 1896; sie enthält nicht nur Vorschriften in Bezug auf die Tätigkeit der Strafregisterbehörden selbst, sondern regelt auch die Aufgaben der strafvollstreckenden, sowie der strafverfolgenden Behörden in Bezug auf die Strafregister. In Bayern vermissen wir eine allgemeine Vorschrift darüber, in welchen Fällen seitens der strafverfolgenden Behörden Vorstrafenauskunft zu erholen ist.

III. Sachsen: Die einschlägigen Bestimmungen sind in den §§ 708—729 der sächsischen Geschäftsordnung enthalten (Ausführungsverordnungen vom 28. August 1882 und 22. September 1896).

Bei den sog. Rückfallsdelikten ist in den Strafnachrichten bei Angabe der Straftat auch die Zeit der Verübung der Tat und, sofern die Strafvollstreckung bereits begonnen hat, ihr Beginn anzugeben. Dagegen wird im Falle späteren Beginns der Strafvollstreckung oder späteren Straferlasses keine nachträgliche Mitteilung abgesendet. (Die diesbezüglichen bayerischen Bestimmungen dürften zweckmässiger sein.)

Ist jemand in derselben Entscheidung wegen eines Delikts, das in das Strafregister aufgenommen werden muss, und eines solchen, das von der Mitteilung ausgeschlossen ist, verurteilt, so ist, falls wegen jeder Straftat auf eine besondere Strafe erkannt worden ist, die von der Eintragung ausgenommene Strafe in der Mitteilung an die Registerbehörde überhaupt nicht zu berücksichtigen. Sind dagegen die beiden Strafen gemäss § 74 RStrGB auf eine Gesamtstrafe zurückgeführt, so ist in der Strafnachricht anzugeben:

a) nur die mitteilungspflichtige Straftat,
b) die für die beiden Delikte ausgesprochene Gesamtstrafe,
c) ein Vermerk, dass die Strafe auch noch wegen eines anderen, in das Register nicht aufzunehmenden Delikts höher bemessen ist. (Bayern hat diesen Fall nicht besonders erwähnt und geregelt.)

Das Strafregister wird bei den Amtsgerichten geführt; Auskunftsersuchen und Registerauskünfte können vom Gerichtsschreiber gezeichnet werden; dagegen ist die Berichtigung und Vernichtung falscher Strafnachrichten vom Richter zu beschliessen, ebenso wie Verfügungen, durch welche unrichtige oder unvollständige Strafnachrichten an die absendende Stelle zurückgeschickt werden, von ihm gezeichnet werden müssen.

Eine Strafnachricht erfolgt nicht mehr, wenn zu der Zeit, in der sie auszufertigen wäre, der Verurteilte das 80. Lebensjahr vollendet hat oder sein Tod glaubhaft nachgewiesen ist.

In Sachsen darf Privatpersonen, wenn sie ein rechtliches Interesse nachweisen, auf Entschliessung des Amtsrichters Auskunft aus dem Strafregister erteilt werden. Diese Regelung entspricht nicht den Absichten der BRV, dürfte daher nicht zulässig sein.

IV. Württemberg: Da die Strafregister von den Schultheissen (Bürgermeistern) geführt werden, ist die vorgeschriebene Nachprüfung der Personalangaben auf Grund der Standesregister, ev. der älteren, von den Stiftungs- und Kirchenpflegern aufbewahrten Familienregister, sehr erleichtert. Die Anlegung von Straflisten ist nicht vor-

geschrieben, jedoch für Personen mit zahlreichen Vorstrafen üblich. Die gemäss § 16 der BRV aus dem Register entfernten Straflisten sind noch mindestens zwei Jahre lang gesondert aufzubewahren und nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde zu vernichten.

Ausser den Strafnachrichten an die Registerbehörde (also für den Geburtsort) sind auch solche für den Wohnort des Verurteilten auszufertigen. Diese Massnahme kann nicht als zweckmässig erachtet werden. (MBek vom 18. September 1882 und MBek vom 30. September 1896.)

V. Baden: Ausser den Strafaufschubsnachrichten werden Vermerke über vorläufige Entlassung auf Grund des § 23 RStrGB und über Beurlaubung auf Wohlverhalten in das Strafregister aufgenommen.

Der Registerführer hat jede Strafnachricht und jedes Auskunftsersuchen in Bezug auf die Richtigkeit der Personalien, insbesondere des Geburtsortes, — nötigenfalls auf Grund der beim Amtsgericht verwahrten Standesregister — zu prüfen.

Der Registerführer hat vom Inhalt jeder ankommenden Strafnachricht dem Bürgermeisteramt des Geburtsortes des Verurteilten auf vorgeschriebenem Formular Mitteilung zu machen. (Strafregisterordnung vom 28. November 1896.)

VI. Hessen: Sämtliche Strafnachrichten werden in geheftete Straflisten übertragen.

Die ausgesonderten Strafnachrichten werden aufbewahrt und im Januar jeden Jahres vernichtet. (Ausführungs-Verfügung vom 30. September 1896.)

VII. Braunschweig: Die Richtigkeit der in den Strafnachrichten enthaltenen Personalangaben wird in allen Fällen einer genauen Nachprüfung unterzogen. Zu diesem Zwecke werden in jedem Einzelfalle von der Strafregisterbehörde (durch Formulare) Auskünfte über die sämtlichen in der Strafmitteilung A angegebenen Personalverhältnisse erholt, und zwar sowohl beim Standesamt als auch der herzoglichen Polizeidirektion.

Diese Art der Personalienfeststellung ist sicherlich die zuverlässigste, würde jedoch in grösseren Staaten eine untunliche Arbeitsüberlastung der Behörden zur Folge haben. (MBek No. 54 vom 28. September 1896.)

VIII. Elsass-Lothringen: Die Strafnachrichten sind von dem Gerichtsschreiber des Gerichts I. Instanz anzufertigen, gegenzuzeichnen und der Staatsanwaltschaft oder Amtsanwaltschaft bei

diesem Gericht zur Prüfung und Unterschrift vorzulegen. Die Amtsanwälte haben sodann die von ihnen geprüften und unterzeichneten Nachrichten dem vorgesetzten ersten Staatsanwalt zu übermitteln, welcher sie nach nochmaliger Prüfung ihrer Ordnungsmässigkeit weiter befördert: ein viel zu umständliches Verfahren.

Das Strafregister enthält auch noch die „bulletins No. I des französischen casier judiciaire" aus der Zeit vor 1871.

Die ankommenden Strafnachrichten werden bezüglich der Personalangaben geprüft. Die von dem Registerführer nicht beanstandeten sind am unteren Rande mit seinem Namen zu versehen.

Die Register werden zwar bei den Gerichtsschreibereien der Landgerichte geführt, die Auskunftserwiderungen werden jedoch durch die Staatsanwaltschaft vollzogen. Die Strafregister werden alljährlich durch die Staatsanwaltschaft einer Kontrolle unterzogen.

Der Verkehr mit dem Auslande zum Zwecke der Erlangung von Vorstrafenauskünften ist — auch im Grenzverkehr — auf den diplomatischen Weg verwiesen.

In gewissen Fällen können, wie bereits erwähnt, auch Privatpersonen Auskunft aus dem Strafregister erhalten. (Verordnung vom 26. September 1896.)

IX. Von der Erwähnung der übrigen Bundesstaaten kann Abstand genommen werden, da ihre Strafregistereinrichtungen den bereits erwähnten mehr oder minder gleichen, ohne bedeutendere Abweichungen aufzuweisen.

V. Kapitel.

§ 17.

Übersicht über die ausländische Strafregistergesetzgebung.

Auf eine allseitig gründliche Würdigung der ausländischen Strafregistereinrichtungen muss verzichtet werden, weil sie nicht mehr im Rahmen unserer Arbeit liegt. Wir beschränken uns lediglich darauf, die Grundzüge der ausländischen Bestimmungen kurz anzuführen; zu berücksichtigen werden hierbei nur die grösseren europäischen Staaten sein, mit denen seitens des Deutschen Reiches ein Strafregister-Verkehr stattfindet. Griechenland und Rumänien haben eine zeitgemässe Einrichtung der Strafaufzeichnung bis heute noch nicht eingeführt.

Sonderbarerweise fehlt es auch Grossbritannien an einem durchgebildeten und einheitlichen Strafregistersystem. Die dort bestehenden Einrichtungen sind meist lokaler Natur und dienen mehr den Zwecken der Kriminalpolizei.

Auch die Schweiz hat ein nach einheitlichen Grundsätzen ausgebautes Bundes-Strafregister-System noch nicht, doch wird ein Register bei der Polizeidirektion jeden Kantons, allerdings nach verschiedenen Systemen, geführt.

Die drei nordischen Staaten Schweden, Dänemark und Norwegen haben auf der IX. nordischen Juristenversammlung die Einführung nach gleichen Grundsätzen eingerichteter Strafregister beschlossen. In Ausführung dieser Verhandlungen wurde in Schweden und Norwegen je ein Zentralregister auf der Grundlage der Straf-Kartenordnung geschaffen, während Dänemark das dezentralisierte System auf Grund des Protokollationsverfahrens erwählt hat.

Das älteste und durchgebildetste Strafregister besitzt — wie schon in der Einleitung erwähnt — Frankreich. Es wurde bereits eingeführt im Jahre 1850 durch ministerielle Verordnung, zu welcher bis heute eine Unzahl erläuternder, abändernder und ergänzender Verfügungen ergangen ist. Die französische Strafregistereinrichtung ist der deutschen vorbildlich gewesen, weist daher die gleichen Grundzüge auf, wie diese. Hervorzuheben ist hierbei nur, dass Frankreich eine weitaus grössere Anzahl von Nachweisungen in das Strafregister aufnimmt. Die einzelnen Straflisten enthalten ein vollständiges Signalement des betreffenden Übeltäters, in neuerer Zeit sogar die Ergebnisse der anthropometrischen Messung; auch wird über sämtliche Konkurseröffnungen Mitteilung an das Strafregister gemacht. Auskunft aus dem Register wird nicht nur sämtlichen Behörden, sondern gegen Erhebung einer Gebühr der betreffenden Person selbst über ihre eigenen Vorstrafen, ausnahmsweise bei Nachweis eines besonderen Interesses auch dritten Personen erteilt.

Italien, Portugal und die Niederlande haben das französische System als Muster benützt und sich dessen Grundzüge in allen wichtigen Punkten zu eigen gemacht. Doch hat Portugal ausdrücklich die Auskunftserteilung aus dem Strafregister an Privatpersonen ausgeschlossen.

Auch in Belgien ist das Kartensystem zur Einführung gelangt. Das Strafregister ist hier zentralisiert; Strafregisterbehörde für ganz Belgien ist das Justizministerium in Brüssel. Die Strafnachrichten (bulletins de condamnation) enthalten zahlreichere Nachweisungen, als die unsrigen, so z. B. den Zeitpunkt, in dem die Tat begangen, die Angabe, ob sie in Trunkenheit verübt worden ist, ob der Täter Analphabet, ob er unvollkommen oder gut schreiben und lesen kann oder ob er etwa eine höhere Bildung besitzt. Bei bedingter Verurteilung wird auch die Bewährungsfrist im Strafregister vermerkt. An Privatpersonen wird Auskunft aus dem Register nicht erteilt.

Luxemburg hat 1886 ebenfalls ein zentralisiertes Strafregister, jedoch nach dem Protokollationsverfahren eingeführt. Eingetragen werden auch die Fälle, in denen jemand wegen Unzurechnungsfähigkeit ausser Verfolgung gesetzt oder freigesprochen wird, ferner die Entscheidungen, durch welche die Entmündigung einer Person ausgesprochen wird. Begnadigungen und Rehabilitationen werden am Rande neben der betreffenden Strafeintragung vermerkt. Die Eintragungen in das Strafregister erfolgen erst, wenn die Personalien des Verurteilten amtlich

festgestellt sind. Auch Auskunftserteilung aus dem Register an Privatpersonen ist gestattet.

Die Strafregistereinrichtung Österreichs, eingeführt im Jahre 1897, ist dem deutschen Strafkartensystem nachgebildet. Jedoch werden die Register, in welche sämtliche Verurteilungen wegen Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen aufgenommen werden, vom Staatsanwalt des Heimatsprengels geführt. Nur im Falle unbekannter oder ausländischer Heimatzuständigkeit ist jene Staatsanwaltschaft Strafregisterbehörde, in deren Sprengel die Verurteilung erfolgte. Auskunft aus dem Register wird nur öffentlichen Behörden erteilt.

Das zentralisierte Strafregister Russlands wird im statistischen Amt des Justizministeriums in Petersburg geführt, dem alle Verurteilungen mitgeteilt werden. Dieses gibt monatlich ein Verzeichnis der durch die russischen Behörden und Gerichte ausgesprochenen Verurteilungen heraus, soweit sie sich auf Delikte beziehen, die bei wiederholter Begehung mit schärferer Strafe bedroht sind. Diese Verzeichnisse werden an alle Gerichte, sowie an eine Anzahl von Behörden abgegeben. Die Unzulänglichkeiten dieses Systems, insbesondere in Hinsicht auf die mächtige Ausdehnung des russischen Reiches, liegen auf der Hand.

Von den aussereuropäischen Staaten seien nur die Vereinigten Staaten von Amerika erwähnt: hier ist die Tatsache, ob jemand bereits vorbestraft ist, ausserordentlich schwer festzustellen. Denn abgesehen davon, dass Amerika eine Strafregistereinrichtung nicht besitzt, werden auch umfangreiche Strafakten nur selten angelegt, auf jeden Fall aber bald vernichtet.

VI. Kapitel.

§ 18.

Die Strafregisterbeziehungen zwischen dem deutschen Reich und auswärtigen Staaten.

Von Wert ist nur ein „vollständiges" Strafregister, d. h. ein solches, welches über sämtliche Vorstrafen einer Person Aufschluss gibt. Dazu ist aber nötig, dass nicht nur die von deutschen Gerichten ausgesprochenen Strafen, sondern auch die im Ausland gegen deutsche Reichsangehörige verhängten Strafen in ihm verzeichnet werden.

Soweit einzelne Bundesstaaten vor dem Inkrafttreten der BRV vom 16. Juni 1882 durch Verträge mit ausländischen Regierungen die gegenseitige Mitteilung von Verurteilungen ihrer Staatsangehörigen vereinbart hatten, sind diese Verträge in Kraft geblieben. Aber auch für die Zeit nach dem Erlass der BRV ist es den Landesregierungen gestattet, mit auswärtigen Regierungen Abmachungen zu treffen, insoweit dies nicht schon von seiten des Reiches geschehen ist. (Art. 20 Abs. II, analog § 18 BRV.)

Die gegenseitige Mitteilungspflicht in Bezug auf Verurteilungen von Angehörigen des anderen Landes ist verabredet zwischen dem Deutschen Reich und folgenden Ländern:

1. Belgien: durch Vertrag vom 24. Dezember 1874, Art. 16, s. RGBl 1875 S. 86 ff.
2. Brasilien: durch Vertrag vom 17. September 1877, Art. 17, s. RGBl 1878 S. 305.
3. Frankreich: nach Massgabe des Art. 6 der Zusatzkonvention vom 11. Dezember 1871 zum Frankfurter Friedensvertrag, s. RGBl 1872 S. 11 ff.; hiernach hat die deutsche Regierung der französischen ohne Kostenanrechnung diejenigen Straferkenntnisse mitzuteilen, welche

von den Gerichten der abgetretenen Länder (Elsass-Lothringen) gegen französische Staatsangehörige gefällt werden, wogegen Frankreich Kenntnis gibt von sämtlichen Verurteilungen, welche von französischen Gerichten gegen Angehörige der abgetretenen Gebiete ausgesprochen werden, die deutsche Untertanen geworden sind.

4. Italien: durch Vertrag vom 31. Oktober 1871, Art. 15, s. RGBl 1871 S. 221.
5. Luxemburg: durch Vertrag vom 9. März 1876, Art. 16, s. RGBl 1876 S. 221.
6. Niederlande: durch Vertrag vom 31. Dezember 1896, Art. 16, s. RGBl 1897 S. 731.
7. Norwegen: durch Vertrag vom 7. März 1907, Art. 14 a, s. RGBl 1907 S. 239.
8. Peru: s. J. Inn. MBek vom 1. Juli 1902.
9. Spanien: durch Vertrag vom 2. Mai 1878, Art. 16, s. RGBl 1878 S. 305.
10. Schweiz: durch Vertrag vom 24. Januar 1874, Art. 15, s. RGBl 1874 S. 119.

Diesbezügliche Vereinbarungen wurden weiter getroffen zwischen Bayern und folgenden Ländern:

1. Frankreich: s. J. Inn. MBek vom 18. Oktober 1876.
2. Österreich: s. J. Inn. MBek vom 12. April 1901.
3. Portugal: s. J. Inn. MBek vom 13. Januar 1895.
4. Russland: s. Vertrag vom 14./26. Februar 1869 Art. 14.

In Bezug auf die Art und Weise der Strafnachricht-Übermittlung an ausländische Staaten sind von seiten Bayerns eine Anzahl Ausführungsbestimmungen erlassen worden, deren Inhalt genau aufzuführen, hier nicht von Interesse ist. Zusammenfassend sei nur erwähnt, dass die Mitteilungen meist auf diplomatischem Wege erfolgen und für sie stets entsprechend geänderte Formulare A zu benützen sind.

Handelt es sich um die Verurteilung eines ausländischen Staatsangehörigen wegen eines Verbrechens, Vergehens oder einer Übertretung gemäss § 361 Ziff. 1—8 RStrGB, so ist in Bezug auf die notwendigen Strafmitteilungen zu unterscheiden:

1. Liegt der Geburtsort des verurteilten Ausländers ausserhalb des deutschen Reichsgebietes oder ist er nicht zu ermitteln, so ist abzusenden

   a) eine gewöhnliche Strafmitteilung an das Reichsjustizamt,

b) als Beilage zu dieser eine weitere gewöhnliche Mitteilung (ohne Schreiben) an das Reichsjustizamt zum Zweck der Übermittlung an den auswärtigen Staat.

2. Liegt der Geburtsort des verurteilten Ausländers im deutschen Reichsgebiet, so hat er zu erfolgen
   a) eine gewöhnliche Mitteilung an die zuständige deutsche Strafregisterbehörde,
   b) Mitteilung an den auswärtigen Staat (mittels Formular wie gewöhnlich), jedoch einzureichen mittels besonderen Berichtes beim k. Staatsministerium der Justiz.

Ist Verurteilung erfolgt in Privatklagesachen oder wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über öffentliche Abgaben und Gefälle — soweit es sich um Vergehen handelt —, so ist die Mitteilung an den auswärtigen Staat stets mittels Bericht an das Justizministerium abzugeben, gleichgültig ob der Geburtsort des verurteilten Ausländers im Ausland oder im Deutschen Reich liegt.

In Bezug auf österreichische Staatsangehörige besteht nur noch die Sonderbestimmung, dass die Strafnachrichten über sie auf jeden Fall — sowohl wenn sie im Deutschen Reich oder im Ausland geboren sind — mittels Berichtes beim k. Staatsministerium der Justiz zum Zweck der Weitergabe an Österreich einzureichen sind.

Empfiehlt sich ausnahmsweise die Mitteilung einer gegen einen Angehörigen eines fremden Staates, mit dem das Deutsche Reich oder Bayern in Strafregisterbeziehungen nicht steht, ausgesprochenen Strafe an diesen Staat, so ist die Strafmitteilung mittels Berichtes dem k. Staatsministerium der Justiz vorzulegen mit Angabe des Grundes, warum ausnahmsweise die Strafmitteilung geraten erscheint.

Auch die Frage, inwieweit auswärtigen Behörden — kostenfrei oder gegen Gebühr — Auskunft aus dem Strafregister zu erteilen ist, ist hier einschlägig.

Die Bestimmung hierüber ist, soweit nicht Abmachungen seitens des Reichs mit der betr. auswärtigen Regierung getroffen sind, den Landesregierungen, bezüglich des beim Reichsjustizamt geführten Strafregisters dem Reichskanzler überlassen: das Reich hat ebensowenig wie Bayern besondere Anordnungen in dieser Beziehung erlassen; die Befugnis einer auswärtigen Regierung, die Strafregisterbehörde direkt um eine Auskunft zu ersuchen, richtet sich nach den bestehenden Verträgen; sie besteht meist im Grenzverkehr, ferner für Österreich. In

der Regel aber können auswärtige Staaten nur auf diplomatischem Wege Vorstrafenauskünfte erhalten.

Sollen die Strafregister der einzelnen Staaten ihren Zweck ganz erfüllen, so ist ein Haupterfordernis, dass sie „international" sind, d. h. dass zwischen sämtlichen zivilisierten Staaten ein gegenseitiger Strafnachrichtenaustausch bezüglich ihrer Staatsangehörigen stattfindet. Schon der internationale statistische Kongress zu Budapest 1876 hat diese Forderung gestellt und als bestes Mittel für eine diesbezügliche Verständigung Verhandlung der Frage auf einer Konferenz der beteiligten Staaten empfohlen.

VII. Kapitel.

Wert der Strafregistereinrichtung.

§ 19.

Die Benützung des Strafregisters.

Es dürfte zweckmässig sein, vor der Darlegung des Wertes der Strafregister kurz zusammenzufassen, zu welchen Zwecken die Einrichtung überhaupt benützt wird, trotzdem dies wohl schon grossenteils aus dem vorhergehenden ersichtlich ist.

I. Im Regelfall hat sich die Anklagebehörde — von unbedeutenden Übertretungen abgesehen — über die Person des Angeschuldigten und dessen Vorleben und Vorstrafen Gewissheit zu verschaffen. Es geschieht dies fast ausschliesslich durch Einsichtnahme oder Erholung eines Strafregisterauszuges, welche zweckmässig in den ersten Stadien der Untersuchung zu betätigen ist. Manchmal sogar wird das Vorleben des Beschuldigten auf die Entschliessung, ob Anklage zu erheben oder das Verfahren einzustellen sei, von Einfluss sein. In den Fällen, in denen von vornherein die Erhebung der Anklage ausgeschlossen erscheint, wird wohl von der Einforderung von Registerauszügen abgesehen werden können.

Die Bundesratsverordnung enthält in dieser Beziehung keine bestimmten Vorschriften.

Preussen hat mit JMVerf vom 7. September 1896 angeordnet, dass die Strafregisterbehörde von seiten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts in allen Untersuchungen wegen strafbarer Handlungen, bezüglich derer im Falle der Verurteilung eine Strafnachricht zu erteilen ist, um Auskunft über die Vorstrafen zu ersuchen ist.

Bayern hat eine allgemein gültige Vorschrift darüber, in welchen Fällen die Vorstrafen zu erholen sind, nicht erlassen. Anordnungen sind

jedoch von seiten der Staatsanwaltschaften in grosser Anzahl ergangen. Es werden hiernach Strafregisterauszüge eingefordert:

1. in allen Fällen der Einreichung einer Anklageschrift,
2. bei sonstigen Anklagesachen, die ohne Einreichung einer Anklageschrift zur Hauptverhandlung kommen, insbesondere bei Einspruch-Sachen, wenn die Vorstrafen von Bedeutung für die Entscheidung sein können,
3. bei wichtigeren Strafbefehlsanträgen,
4. in allen Fällen der Vorlage der Akten an die Berufungsinstanz, soweit ein Registerauszug nicht schon in I. Instanz erholt ist.

II. § 242 RStrPO ordnet an, dass in der Hauptverhandlung sich an den Aufruf der Zeugen und Sachverständigen die Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse anschliessen soll. Die Motive zur RStrPO S. 160 führen hierzu an, dass bei Feststellung der Personalien neben Namen, Geburtsort, Wohnort, Stand oder Gewerbe auch die Ermittlung der Vorstrafen des Angeklagten wünschenswert erscheint.

So hat sich in Deutschland ein gemeiner Gerichtsgebrauch herausgebildet, in sämtlichen Strafsachen nach Befragen des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse den vollständigen Inhalt seines Strafregisterauszuges zur Verlesung zu bringen. In wieweit dieses Verfahren berechtigt und zweckmässig ist, darüber im nächsten Abschnitt.

III. Des weiteren bildet das Strafregister für die Polizeibehörden der grösseren Gemeinwesen, in welchen die einzelnen Persönlichkeiten und ihr Vorleben der auskunftgebenden Behörde nicht bekannt sein können, die hauptsächlichste Grundlage für die häufig verlangten, amtlich auszustellenden Leumundszeugnisse.

IV. Den Verwaltungsbehörden dient das Strafregister als Auskunftsmittel, insbesondere zur Feststellung der persönlichen Würdigkeit bei Gesuchen um Zulassung zu einem konzessionspflichtigen Gewerbe, Erteilung einer Jagdkarte etc.

V. Viele öffentliche Behörden suchen sich bei Anstellung von Bediensteten (auf Dienstvertrag) über die Persönlichkeit der Bewerber durch Erholung von Strafregisterauszügen Gewissheit zu verschaffen. (So z. B. die Oberpostdirektionen bei Anstellung von Aushilfsbriefträgern etc. zur Weihnachts- und Neujahrszeit.)

VI. Eine Benutzung der Strafregistereinrichtung für private Zwecke ist in Deutschland weder vorgesehen noch statthaft. (Die in Sachsen bestehende Ausnahme ist bereits erwähnt.)

§ 20.

Vorteile und Nachteile der Strafregistereinrichtung.

I. Aus den erwähnten mannigfaltigen Verwendungsarten des Strafregisters ist ersichtlich, dass die Einrichtung — trotz verhältnismässig einfacher Organisation — dem Staate in den verschiedensten Beziehungen zu statten kommt.

1. Sie hat eine sichere Grundlage für die strafgerichtlichen Verfolgungen geschaffen.

Anklagebehörden wie Gerichte sind durch die Strafregisterauszüge in den Stand gesetzt, Rückfallsdelikte sofort als solche zu erkennen und sie, als Beweise verstockter verbrecherischer Gesinnung, zu entsprechender Ahndung zu bringen, während andererseits die Registerauszüge für denjenigen, der, ohne je vorbestraft zu sein, einmal mit dem Strafgesetz in Konflikt gerät, einen Schutzbrief bilden, auf Grund dessen, sei es auf mildernde Umstände oder eine verhältnismässig geringe Strafe, sogar auf Freisprechung erkannt wird. Und wird erst der Inhalt des Strafregisters noch entsprechend erweitert sein, — worüber unten gesprochen werden soll — dann wird die Einrichtung in noch viel höherem Masse die Billigkeit und Gerechtigkeit der Strafurteile in Bezug auf Schuld und Strafe verbürgen.

2. Sie dient dem Interesse des Staates und der Gesellschaft,

indem sie verhindert, dass zu öffentlichen Ehrenämtern und Vertrauensstellungen Personen, deren Vorleben kein makelfreies, verwendet, dass zu Berufen, deren Ausübung der Staat von gewissen Bürgschaften abhängig machen muss, unwürdige Elemente zugelassen werden.

3. Die Vorteile der Einrichtung in statistischer Beziehung sind augenfällig;

sie erleichtert nicht nur die Feststellung der Straftaten und der Bestraften, sondern ermöglicht insbesondere auch die Feststellung des Rückfalls als solchen.

In Deutschland allerdings werden eingehende Feststellungen — wenn auch vielleicht mehr justiz- als kriminalistischer Art — bereits von den Strafgerichten auf Grund der Strafurteile selbst gesammelt. In den meisten anderen Ländern jedoch bildet das Strafregister die

einzige Grundlage sowohl für die Justiz-, als auch für die Kriminalstatistik. So hat denn schon der internationale statistische Kongress von Budapest 1876 den „casier judiciaire" eindringlich als Grundlage für die internationale Kriminalstatistik anempfohlen.

4. Da aber der Kriminalstatistik erster und wichtigster Zweck ist, die Verminderung der Kriminalität, sei es durch Repressiv- oder Präventivmittel, in die Wege zu leiten, sehen wir, dass das Strafregister auch in einer weiteren Beziehung von Nutzen ist:

Es kann dem Gesetzgeber dienen als Wegweiser zu wirksamer Bekämpfung der Verbrechen.

5. Psychologisch wohl begründet ist auch die Anschauung Bonneville de Marsangy's, [1]) dass gar manchen nicht ganz hartgesottenen Sünder die Erwägung, dass seine Verurteilung nach seinem Geburtsort mitgeteilt würde, dass also seine Straftat an dem Ort bekannt würde, an dem seine Eltern vielleicht noch leben, an dem seine Vorfahren von Alters her in Ehrbarkeit gehaust haben, abhalten wird, die abschüssige Bahn des Verbrechens zu betreten. In dieser Hinsicht besitzt also das Strafregister auch die Eigenschaft von der Begehung strafbarer Handlungen abzuschrecken.

II. Trotz dieser offensichtlichen Vorzüge des Strafregisters ist es gerade in neuerer Zeit heftigen Angriffen in den Parlamenten sowie in der Presse ausgesetzt gewesen. Wenn diese Kritiken auch vielfach über das Ziel hinaus geschossen sind, so ist doch nicht zu leugnen, dass dem System auch manche Härten und Mängel anhaften, die teils durch das Wesen der Einrichtung, bestrafte Rechtsverletzungen nicht der Vergessenheit anheimfallen zu lassen, sondern sie nötigenfalls stets wieder in Erinnerung zu bringen, nicht zu vermeiden sind, teils aber auch durch entsprechende Änderungen und Ergänzungen behoben werden können.

Die gegen das System erhobenen Vorwürfe gipfeln in dem Grundgedanken, dass es in seiner jetzigen Beschaffenheit und Handhabung mit Rückwirkungen auf das öffentliche Leben verbunden sei, die der sozialen Richtung und Auffassung unserer Zeit zuwider sind.

Die Richtigkeit dieser Behauptung kann nicht bestritten werden, insbesondere in Hinsicht auf folgende Punkte:

1. Die Bestimmung, dass die Strafverzeichnisse einer Person bis zu ihrem 80. Lebensjahre

---

[1]) Bulletins de la Société Générale des Prisons 1887, No. 3 S. 306.

oder bis zu ihrem Tode aufbewahrt werden müssen, um geeignetenfalls gegen den Betreffenden verwendet zu werden, kann in Einzelfällen zu ungerechten Härten führen.

Wird z. B. jemand wegen einer in jugendlicher Unbesonnenheit begangenen Handlung verurteilt, so bleibt er bis zu seinem Tode als „vorbestraft" gebrandmarkt. In polizeilichen Leumundszeugnissen wird diese Strafe stets vermerkt werden, auch wenn es der Betreffende im späteren Alter zu einer geachteten Lebensstellung gebracht hat. Kommt er zufällig — während er sich vielleicht in der Zwischenzeit von mehreren Jahrzehnten tadelfrei geführt hat — wegen eines gleichartigen Reats in späteren Zeiten wieder vor die Schranken des Gerichts, so kann möglicherweise die begangene Jugendsünde für ihn, wenn auch nicht eine Rückfall-Annahme, so doch eine ungerechtfertigte Strafschärfung zur Folge haben.

2. Die durch den Gerichtsvorsitzenden in der Hauptverhandlung erfolgende Kundgabe der Bestrafungen einer Person, die nur wegen irgend einer geringfügigen und nichtssagenden Verfehlung vor den Schranken des Gerichts steht oder die Bekanntgabe von Verurteilungen wegen Straftaten, die im Bezug auf die neuerdings zur Aburteilung stehende Delikt Rückschlüsse nicht ermöglichen, kann unter Umständen die ganze Existenz des Betroffenen in Frage stellen, ohne dass diese Folgeerscheinung zu dem prozessualen Zweck, der durch die Verlesung verfolgt wird, in irgend einem Verhältnis steht. [1])

3. Unter Umständen kann auch für einen irgendwie Vorbestraften, wenn er als Zeuge vor Gericht kommt, die häufig von den Verteidigern oder den Angeklagten beliebte Übung, die Glaubwürdigkeit von Zeugen durch den Hinweis auf bereits erlittene Bestrafungen in Frage zu stellen, mit ungerechten Schädigungen verbunden sein.

Die Unzweckmässigkeit des Strafregisters in den angeführten Beziehungen erhellt vielleicht am eindruckvollsten durch die Wiedergabe einiger aus dem praktischen Leben gegriffener Einzelfälle:

Zu 1. Verfasser hat z. B. einmal einen 13jährigen Knaben ver-

---

[1]) Oppler: in der DJZtg 1907, S. 647.

teidigt, der über eine niedrige Drahtumzäunung geklettert war, um sich eines der vielen darin befindlichen Stallhäslein mitzunehmen, an denen er Gefallen fand. Eine redliche Tracht Prügel von seiten der Eltern oder des Lehrers wäre die richtige und heilsamste Bestrafung für diesen Knabenstreich gewesen; aber die Polizei machte die „vorschriftsmässige" Anzeige, worauf denn auch prompt eine Verurteilung „wegen eines Verbrechens des schweren Diebstahls, verübt durch Einsteigen" erfolgen musste, und nun kommt das Strafregister und bewahrt das Gedächtnis dieser — juristisch unanfechtbaren — Härte für sein ganzes Leben, damit er für alle Zeiten als Einbrecher gebrandmarkt dasteht; eine sicherlich ungerechte Folge eines Jugendstreiches!

Zu 2. Einem Reisenden wurde in einer Verhandlung — es handelte sich um eine Privatbeleidigungsklage — eine 23 Jahre zurückliegende Strafe (die er in der Höhe von 3 Wochen wegen einer unbedeutenden Unterschlagung erlitten hatte) vorgehalten. Die Folge war, dass der Prozessgegner diese Blösse nach Kräften ausnützte, indem er insbesondere den Reisenden bei dem kaufmännischen Verbande denunzierte, dem er angehörte, worauf er von der Mitgliedschaft am Verbande ausgeschlossen wurde.

§ 21.

Verbesserungs-Vorschläge.

Bei der in Aussicht stehenden Strafprozessreform wird zweckmässigerweise auch das Strafregister zu berücksichtigen sein. Und zwar werden Reformen nach verschiedenen Richtungen eintreten müssen.

I. In erster Linie wird eine möglichste Beseitigung der vorher erwähnten Missstände anzustreben sein.

1. Vorweg sei erwähnt, dass an der Bestimmung, dass das Strafregister nur „öffentlichen Behörden" zugängig ist, unbedingt festgehalten werden muss. Die Lieferung von Vorstrafenauskünften an Privatpersonen würde die schädigenden Wirkungen des Strafregisters in bedeutendem Masse erhöhen, während andererseits eine Einschränkung der Strafregisterbenützung auf den Kreis der eigentlichen Rechtspflegeorgane als eine übertriebene Massnahme zu erachten wäre. —

Die Feststellung der Vorstrafen eines Angeschuldigten ausserhalb

der Verhandlung, wie sie fast stets durch die Anklagebehörde erfolgt, ist zweckmässig und in keiner Weise zu beanstanden.

Dagegen ist nicht zu bestreiten, dass insbesondere der Brauch, die Vorstrafen eines Angeklagten in der Hauptverhandlung bekannt zu geben in dem Umfang, in dem er geübt wird, nicht gerechtfertigt und zweckmässig ist, wobei eben als Mangel empfunden wird, dass diese Übung nicht auf eine ausdrückliche Vorschrift gegründet ist. Denn die §§ 136, 242 RStrPO sagen nur allgemein, dass bei der Vernehmung des Angeklagten auf die Ermittlung seiner persönlichen Verhältnisse Bedacht zu nehmen sei.

In denjenigen Fällen, in denen die Konstatierung bestimmter Vorstrafen und ihrer Verbüssung zur Feststellung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des gegenwärtig zur Aburteilung stehenden Delikts gehört, bildet sie einen notwendigen Bestandteil der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht und ist daher unerlässlich.

Zweckmässig wird die Vorstrafenverlesung nicht nur stattfinden müssen, wenn bereits ein wirklicher Rückfall vorliegt, sondern überhaupt in allen Verhandlungen wegen eines derjenigen Delikte, die Rückfallsdelikte abgeben können. (Diebstahl §§ 242 ff., Raub §§ 249 ff., Hehlerei §§ 259 ff., Betrug §§ 263 ff.) Analog wird zu verfahren sein in den Fällen, in denen Gewohnheits- oder Gewerbsmässigkeit ein Tatbestandsmerkmal oder ein erschwerendes Moment darstellen. (§§ 180, 260, 284, 302, 361 Ziff. 4 mit 362 Absatz II RStrGB.)

Aber auch darüber hinaus wird die Bekanntgabe früherer Bestrafungen nicht zu umgehen sein, wenn sie von Bedeutung für die Charakterisierung der Tat und des Täters, also auch für die Zumessung der Strafe, sind: insbesondere also vorhergegangene Bestrafungen wegen gleicher oder gleichartiger Straftaten.

Es hätte nun allerdings viel Bestechendes für sich, wenn man überhaupt nur diejenigen Strafen aus dem Register verlesen würde, die unmittelbar Rückschlüsse auf die neuerliche Tat zulassen, die anderen Bestrafungen dagegen übergehen würde. Da nun aber nicht zu leugnen ist, dass schon allein die Tatsache, dass jemand, der wegen eines schweren Delikts vor Gericht steht, schon öfters — sei es auch wegen ganz anders gearteter, schwererer Delikte — vorbestraft ist, für die Charakterisierung des Täters nicht ohne Bedeutung ist, da andererseits für den Fall, dass man nur die „bedeutungsvollen" Bestrafungen verlesen wollte, eine ungleiche Behandlung der Angeklagten vor

Gericht in dieser Beziehung nicht ausgeschlossen wäre — denn die Bestimmung darüber, welche Strafen als bedeutungsvoll zu erachten seien, müsste dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt bleiben, aus diesen Gründen wird es wohl das zweckmässigste sein, wenn man bei Verhandlungen wegen Verbrechen oder Vergehen für den Fall, dass irgend eine oder mehrere Vorstrafen des Täters das Urteil beeinflussen können, den ganzen Inhalt des Strafregistersauszuges zur Verlesung bringt. Bei Verhandlungen wegen einer Übertretung dagegen kann wohl zweckmässig von einer Kundgabe der Vorstrafen — mit Ausnahme derjenigen wegen gleicher oder gleichartiger Übertretungen, die für das Strafausmass sehr wohl von Belang sein können, — überhaupt abgesehen werden.

Der ganze Inhalt des Strafregisterauszuges wird von der Bekanntgabe in der Hauptverhandlung wohl dann auszuschliessen sein, wenn keine der darin enthaltenen Vorstrafen die rechtliche Beurteilung der Tat oder das Strafmass zu beeinflussen geeignet ist.

Wir haben oben gesehen, welch unheilvolle Wirkungen manchmal durch die in breitester Öffentlichkeit — vor dem häufig recht wenig vertrauenswürdigen Gerichtssaalpublikum — stattfindende Bekanntgabe der Vorstrafen für den Betroffenen hervorgerufen werden können. Es wäre grausam einen Angeklagten einer solchen Lage auszusetzen, wenn die Verlesung der Vorstrafen sachlich wertlos, daher also ohne weiteres entbehrlich ist.

Was also die Verlesung der Strafregisterauszüge in der Hauptverhandlung anlangt, wäre vielleicht folgende gesetzliche Regelung am Platze.

Nach Absatz II des § 242 RStrPO wäre folgender Absatz einzuschalten:

„Bei der Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse ist auch nach Massgabe des folgenden § auf die Ermittlung seiner Vorstrafen, insbesondere durch Verlesung eines amtlichen Strafregisterauszuges, Bedacht zu nehmen.“

Nach § 242 wäre sodann einzusetzen:

„§ 242 a. Der Strafregisterauszug eines Angeklagten ist in der Hauptverhandlung grundsätzlich nur insoweit zu verlesen, als eine oder mehrere der darin enthaltenen Bestrafungen auf die Beurteilung der Tat, insbesondere auch auf das Strafausmass, von Einfluss sein können.

Er ist stets bekannt zu geben in Hauptverhandlungen wegen der Vergehen bezw. Verbrechen des Diebstahls, des Raubes, der Hehlerei und des Betruges sowie wegen Vergehen und Verbrechen, bei denen nach gesetzlicher Vorschrift Gewohnheits- oder Gewerbsmässigkeit eine Voraussetzung der Strafbarkeit oder einen Strafschärfungsgrund bilden.

Bei Hauptverhandlungen wegen einer Übertretung ist nur die Verlesung derjenigen Bestrafungen zulässig, die wegen gleicher oder gleichartiger Übertretungen ausgesprochen worden sind."

2. Durch diese Regelung würde auch dem Hauptvorwurf, der dem Strafregister gemacht wird, dass nämlich die „schwarze Liste" über einem einmal Verurteilten für sein ganzes Leben drohend schwebe,[1][2]) der Boden grösstenteils entzogen. Die schädigenden Wirkungen treten eben meistens dadurch ein, dass die Vorstrafen in der Hauptverhandlung bekannt gegeben werden.

Zur Beseitigung des Missstandes, dass die Vorstrafen, die jemand erlitten, zeitlebens aufgezeichnet bleiben, wurden — auch in der Presse — schon die verschiedensten Vorschläge gemacht, die unseres Erachtens meist zu weit gehen. Es mag zugegeben werden, dass die wachgerufene Erinnerung an eine erlittene Vorstrafe den Betroffenen meist recht unangenehm berühren, manchmal auch schädigen wird. Dieses missliche Moment wird jedoch nicht durch das Strafregister, sondern durch die Verurteilung selbst hervorgerufen; das Strafregister gibt nur, einem Spiegel gleich, ein getreues Bild davon, ob und wann die betreffende Person sich gegen die Gesetze verfehlt hat. Hat ein erwachsener und zurechnungsfähiger Mensch eine strafbare Handlung begangen und ist er wegen ihr verurteilt, so muss er eben die Strafe und ihre Folgeer-

---

[1]) Die BRV vom 9. VII. 1896 § 3 hat die Dauer der Aufbewahrung der Strafvermerke sogar noch verlängert: während sie früher schon nach Eintritt des 70. Lebensjahres beseitigt werden durften, müssen sie heute bis zum 80. aufbewahrt werden. Da es statistisch nachgewiesen ist, (siehe Anmerk. 2), dass die Kriminalität der 70-Jährigen und darüber nicht unerheblich ist, war diese Neuerung am Platze; dagegen werden wohl Leute über 80 Jahren wohl nur äusserst selten mit den Gesetzen noch in Konflikt geraten.

[2]) In Deutschland wurden Leute im Alter von 70 Jahren und darüber, und zwar nur wegen Verbrechen und Vergehen gegen Reichsgesetze, verurteilt, z. B.

im J. 1885:	1560	Personen:	darunter	272	Vorbestrafte,
„ „ 1886:	1592	„	„	273	„
„ „ 1887:	1659	„	„	305	„

scheinungen, also auch die Konsequenzen auf sich nehmen, welche die Allgemeinheit aus der Tatsache des Bestraftseins in vielen Fällen — manchmal vielleicht in übertriebenem Masse — zieht: es ist also nicht einzusehen, warum man gerade diese ganz natürliche Folge der Bestrafung, dass man sie von Amtswegen aufzeichnet und im geeigneten Moment wieder in Erinnerung bringt, von dem Verurteilten abzuwälzen sucht. Wenn die Tatsache, dass jemand bestraft ist, für die Beurteilung einer neuerlichen Straftat von Bedeutung ist — und es ist dies auch in dem Fall möglich, dass zwischen der früheren Bestrafung oder Bestrafungen und der neuen Tat eine grosse Spanne Zeit liegt, — so wäre es falsche Humanität, die Vorstrafe um deswillen nicht in Betracht zu ziehen, weil der Betreffende vielleicht dadurch an seinem Ruf oder seiner Existenz beeinträchtigt werden könnte, zumal die Erinnerung an die erlittene Strafe doch nur bei Gelegenheit einer neuerlichen Gesetzesübertretung wachgerufen wird. Ungerecht ist es allerdings, wenn die Vorstrafen unnötigerweise, d. h. in Fällen, in denen sie einen Rückschluss nicht gestatten, wieder in das Gedächtnis der Allgemeinheit zurückgerufen werden, wie es heute noch durch die rein mechanische Handhabung, die Strafliste in jeder Hauptverhandlung zur Verlesung zu bringen, geschieht. Dabei macht es aber keinen Unterschied, ob diese unnötige Bekanntgabe der Vorstrafe erfolgt kürzere Zeit nach ihrer Verhängung oder vielleicht erst nach Jahrzehnten.

Durch die oben erwähnte Regelung — betreffend die Verlesung des Strafregisterauszuges in der Hauptverhandlung — wäre aber diesem Missstand nach Möglichkeit gesteuert.

Dem Vorschlag, allgemein eine Löschung der Strafnotierungen durch Verjährung eintreten zu lassen, kann also nicht beigetreten werden: ebenso wie das Moment, dass jemand einmal in Konkurs geraten ist, ebenso kann auch die Tatsache einer erfolgten Bestrafung nicht aus der Welt geschafft werden; quod factum est, infectum fieri non potest, wobei allerdings gleich erwähnt werden soll, dass der moderne Gesetzgeber in einigen Ausnahmefällen, von denen noch gesprochen werden wird, im Interesse der Humanität Mittel finden muss, die Konsequenzen dieses Satzes zu durchbrechen.

Die nämlichen Gründe, die gegen die Einführung der Verjährung sprechen, lassen sich auch bei der in neuerer Zeit öfters ventilierten und bestrittenen Frage, ob eine moderne Strafgesetzgebung das Institut der Rehabilitation entbehren kann, mit ins Feld führen — nach unserer

Ansicht — neben anderen Gründen — im Sinne einer Bejahung dieser Frage. In erschöpfender Weise auf dieses Thema einzugehen, ist nicht angängig, da es ausserhalb des eigentlichen Rahmens dieser Arbeit liegt. Da jedoch die Einführung des Rehabilitations-Institutes auf die Ausgestaltung der Strafregister-Einrichtung von Einfluss ist, muss — in möglichster Kürze — auch das Gebiet der Rehabilitation gestreift werden.

Das [1]) Wort „Rehabilitation" wird in verschiedenstem Sinne gebraucht. Nach gemeinem Sprachgebrauch bedeutet es allgemein „die Wiedererlangung des verlorenen Ansehens in den Augen der Allgemeinheit oder auch nur eines bestimmten Standes". Aber auch juristisch lässt das Wort mehrere Deutungsarten zu: Rehabilitation im eigentlichen Sinne ist „die nach Verbüssung der Hauptstrafe durch Staatsakt auf Grund von Wohlverhalten erfolgende vorzeitige Aufhebung des strafweisen Entzuges der gesamten oder eines einzelnen bürgerlichen Ehrenrechtes". Das Strafgesetzbuch von Portugal bedient sich des Begriffes in dem Sinne „nachträgliche Wiederaufhebung des Strafurteils auf Grund der erwiesenen Unschuld des Verurteilten". Häufig bedeutet Rehabilitation in den Ländern, die das Institut der bedingten Verurteilung eingeführt haben, „das von dem günstigen Ablauf der Bewährungsfrist abhängige Entfallen der Strafe (also meist Freiheitsstrafe)". In Frankreich, in mehreren schweizerischen Kantonen, sowie in Belgien ist Rehabilitation „die durch gerichtlichen Akt erfolgende Tilgung einer Verurteilung mit ihren sämtlichen Rechtsfolgen". In diesem letzteren Falle wird die Bestrafung für die Zukunft als nicht erfolgt erachtet.

In Bezug auf die Art ihres Eintritts unterscheidet man: Rehabilitation im Gnadenweg, Rehabilitation durch Richterspruch und die bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen von selbst eintretende Rehabilitation. In der Wissenschaft wird vielfach unter Rehabilitation im engern Sinn nur die durch Richterspruch erfolgende Wiedereinsetzung verstanden. Die Rehabilitation im Gnadenweg ist ihre noch nicht ausgereifte Form. Von Rehabilitation im eigentlichen Sinn kann wohl erst dann gesprochen werden, wenn bei der Entscheidung über die Reinintegrierung nicht allein reine Willkür massgebend ist. Dies hindert nicht, dass manche Gesetze schon die Begnadigung im eigentlichsten Sinn als Rehabilitation bezeichnen. Als dem innern Wesen des Rehabilitations-

---

[1]) Schiller, S. 9 ff., Delaquis, Die Rehabilitation im Strafrecht 1907, S. 101 ff.

gedankens, „die Tatsache der erlittenen Bestrafung durch dauernde tatkräftige Besserung zu kompensieren",[1]) widersprechend wird diese Art der Rehabilitation in der Wissenschaft allenthalben abgelehnt. Ebenso wird die Rehabilitation ipso jure, als eine Mischung von Verjährung und Rehabilitation, meist verworfen.

Wenn es auch nicht angebracht ist, hier auf die Frage näher einzugehen, ob sich die Aufnahme der Rehabilitation in die Strafgesetzgebung überhaupt empfiehlt, so müssen wir uns umsomehr versagen, zu untersuchen, wie ein etwa einzuführendes Rehabilitationssystem im einzelnen ausgestaltet werden soll.

Bemerkt sei noch, dass die Rehabilitation aus der heutigen Gesetzgebung Deutschlands verschwunden ist, während um die Mitte des vorigen Jahrhunderts die meisten deutschen Staaten mehr oder minder entwickelte Rehabilitationsinstitute kannten: Die norddeutschen Staaten besassen meist die gnadenweise, die süddeutschen die richterliche Rehabilitation.

Eine Rehabilitation im technischen Sinne existiert heute nur noch im deutschen Militärstrafrecht: Die Rehabilitation — die näheren Bestimmungen enthält die Heer-Ordnung vom 22. November 1902 § 36 und Anlage V hierzu — bewirkt hier die Rückversetzung in die erste Klasse des Soldatenstandes, gibt sonach das Recht, die Militärkokarde wieder zu tragen.

Die in den meisten Einzelstaaten noch vorgesehene Berechtigung des Landesherrn, Verurteilte zu begnadigen, ist nicht etwa (gnadenweise) Rehabilitation, sondern reine Gnade.

Auch [2]) in Bayern kann das landesherrliche Begnadigungsrecht wirksam sein: Titel VIII § 4 der Verfassungsurkunde enthält die Bestimmung: „der König kann in strafrechtlicher Sache Gnade erteilen, die Strafe mildern oder erlassen". Hier handelt es sich jedoch nur um die Strafe selbst.

Um die Beseitigung von Straffolgen auf dem Wege königlicher Gnade zu ermöglichen, musste ein eigenes Gesetz erlassen werden: Es ist dies das Gesetz vom 10. Juli 1861 betr. die Aufhebung der Straffolgen, nebst der dazu erlassenen Ausführungsverordnung vom 4. September 1861.

Durch Art. 3 Ziff. 8 des bayer. Ausführungsgesetzes zur Strafprozessordnung vom 18. August 1879 ist dieses Gesetz vom 10. Juli 1861 ausdrücklich als weiterhin in Kraft bleibend erklärt worden.

Unter der Herrschaft des bayer. Strafgesetzbuches von 1861 verstand man

---

[1]) Oetker, Gerichtssaal Bd. 70, S. 367.

[2]) Riss, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, S. 533 ff.

unter Straffolgen diejenigen nachteiligen Wirkungen, einer Verurteilung, die sich aus dieser von Rechts wegen ergeben, unter Nebenstrafen dagegen jene, die einen besonderen Urteilsspruch voraussetzen. Seit der Einführung des RStrGB, das sich jeglicher Angabe, was unter Straffolgen zu verstehen sei, enthält, lässt sich diese Terminologie nicht mehr ganz aufrecht erhalten: Wollte man dies tun, so würde das RStrGB nur an einer Stelle Straffolgen kennen: Bei Verurteilung zur Zuchthausstrafe die dauernde Unfähigkeit zum Dienste im Heere oder in der Marine und die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter. Zwischen Nebenstrafen und Straffolgen eine bestimmte Grenzlinie zu ziehen, ist heute recht schwierig. In der Praxis ist die Handhabung folgende: Nach dem Gesetze vom 10. Juli 1861 werden behandelt Gesuche um Aufhebung der im § 31 RStrGB angeführten Straffolgen, Gesuche um Wiedereinsetzung in die bürgerlichen Ehrenrechte (§§ 32—34), Gesuche um Wiederverleihung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter und zur Verwendung in bestimmten Betrieben (§§ 35, 315), Gesuche um Wiederverleihung der Eidesfähigkeit (§ 161); die übrigen im StrGB von 1861 aufgeführten Straffolgen, die auch im RStrGB enthalten sind, werden als Nebenstrafen angesehen und Gesuche um ihre Aufhebung werden wie andere Gnadengesuche behandelt. Auf jeden Fall kann die Rehabilitation im Sinne des Gesetzes vom 10. Juli 1861 nur dann eintreten, wenn die Straffolge in dem Verlust oder der Beschränkung der Fähigkeit zur Erlangung bestimmter Rechte besteht.

Begnadigung- und Rehabilitationsgesuche erfahren eine verschiedene Behandlung: In den Begnadigungssachen findet eine Mitwirkung der Gerichte überhaupt nicht statt, während bei letzteren das Oberlandesgericht — des Wohnorts — ein Gutachten abzugeben hat.

Die Frage, wie die Rehabilitation sich im Strafregister geltend machen soll, möge hier, wenn sie gegenwärtig vielleicht auch noch nicht akut sein mag, näher beleuchtet werden, denn insoweit gehört auch die Behandlung der Rehabilitation zu unserem Thema.

Vorweg sei bemerkt, dass auch heute schon häufig an die Behörden Gesuche gestellt werden, eine Strafe möge im Strafregister gelöscht werden. Sie werden jedoch regelmässig abschlägig beschieden. Denn eine die Löschung vorsehende Verwaltungsanordnung wäre wohl denkbar, existiert aber nicht; und an eine Streichung im Gnadenwege (Begnadigung) kann deswegen nicht gedacht werden, weil die Vermerkung der Strafe im Strafregister zwar eine Folge der Bestrafung ist, jedoch selbst Strafcharakter nicht besitzt. Inwieweit Verwaltungsbehörden Strafen in die von ihnen auszustellenden Leumundszeugnisse aufzunehmen haben, das bestimmt, soweit nicht die Aufführung bestimmter Bestrafungen speziell vorgeschrieben ist, das Ermessen der betr. Behörde.

Dass dort, wo das Institut der Rehabilitation besteht, die Rehabilitationsfälle im Strafregister irgendwie zum Ausdruck kommen müssen, steht wohl ausser allem Zweifel.

Die zu diesem Zweck gewählten oder vorgeschlagenen Wege sind jedoch verschiedener Art: Die einen fordern Tilgung (d. h. völliges Verschwinden der Strafe aus der Strafliste), die andern nur Vermerkung der Rehabilitation im Register. Frankreich schlägt den Mittelweg ein: in das bulletin No. 1 wird neben dem Strafvermerk die Rehabilitationsnotiz eingetragen, das bulletin No. 2 wird verschieden behandelt, je nachdem es an gerichtliche oder andere Behörden abgegeben wird: ersterenfalls enthält es auch die Strafen, die durch Rehabilitation getilgt sind — allerdings unter Erwähnung der Rehabilitation —, im letzteren Falle werden diese Bestrafungen in der Regel ausser acht gelassen. Im bulletin No. 3 endlich, das zur Lieferung an Privatpersonen bestimmt ist und nur die bedeutungsvollen Verurteilungen aufzählt, dürfen die durch Rehabilitation erloschenen Strafen überhaupt nie Aufnahme finden.

Welches Verfahren das richtige ist, ist in der Literatur bestritten. Für eine völlige Löschung ist vielfach die Presse eingetreten, ebenso Aschrott[1]) und früher Delaquis[2]). Letzterer stellt heute die Forderung,[3]) dass primär die Rehabilitation im Strafregister nur vermerkt werde, dass aussergerichtlichen Behörden nach Rehabilitation nur jene Verurteilungen mitgeteilt werden, die ihnen nach dem Zweck der Anfrage zu kennen nötig ist, dass aber dann weiter bei guter Führung während einer neuen, längeren Frist sowohl Verurteilungs- als Rehabilitationsvermerk im Strafregister getilgt werde. Diese Vorschläge können als zweckmässig nicht erachtet werden. Eine verschiedene Behandlung der Gerichts- und Verwaltungsbehörden dürfte nicht am Platze sein. Denn es ist im öffentlichen Interesse gelegen, dass gerade die Verwaltungsbehörden in Fällen, in denen völlige Makellosigkeit und Vertrauenswürdigkeit der betr. Person verlangt werden muss, von erlittenen Vorbestrafungen aus dem Strafregister Kenntnis erhalten, soweit sie irgendwelche Rückschlüsse gestatten — und soweit sie solche nicht ermöglichen, wäre auch eine Mitteilung der durch Rehabilitation getilgten Strafen an die Gerichte sinnlos. Dem Grundgedanken der Rehabilitation direkt widersprechend wäre es, wollte man die Löschung des betreffenden Strafvermerks vom günstigen Ablauf einer zweiten, nach Eintritt der Rehabilitation erst beginnenden Frist abhängig machen.

---

[1]) „Die Frage nach den Vorstrafen" in einem Artikel der Berliner Morgenpost.

[2]) Mitteilungen, Bd. XIII, S. 562.

[3]) Die Rehabilitation im Strafrecht 1907, S. 194, 197.

Die typische Wirkung des Rehabilitationsaktes ist gerade die, dass der Vollwert und die Achtungswürdigkeit des Betreffenden wiederhergestellt und anerkannt wird. Ist also der vordem Verurteilte — nach behördlicher Anerkennung — wieder makellos, wozu ihn dann noch einer zweiten Führungsprobe unterwerfen, um nach deren günstigen Ablauf seine Makellosigkeit von neuem, wenn vielleicht auch mit anderer Wirkung, festzustellen?

Oetker [1]) ist der Ansicht, dass die Strafe im Strafregister nicht einfach gelöscht werden dürfe, dass vielmehr nur der Vermerk der Rehabilitation aufzunehmen sei, [2]) mit der Konsequenz, dass später bei Erteilung von Auszügen aus dem Strafregister die durch Rehabilitation getilgte Strafe stets auf Antrag vermerkt wird und unter dieser Voraussetzung auch nur dann, wenn die Mitteilung im öffentlichen Interesse liegt. Da nun aber die anfragende Behörde doch von vornherein nicht wissen kann, ob die betr. Person bezüglich irgend einer Strafe rehabilitiert worden ist, insbesondere aber auch nicht, wegen welcher Verfehlung diese Strafe seinerzeit verhängt worden war, könnte eine zweckmässige, individuelle Handhabung des Antragsrechtes nicht erfolgen, vielmehr würde sich die rein mechanische Übung herausbilden, entweder stets oder nie um Mitteilung auch derjenigen Strafen zu ersuchen, bezüglich deren Rehabilitation eingetreten ist; es würde also die Antragstellung vom reinen Zufall abhängig sein. Zum weiteren Punkt: Eine derartige Strafe solle im Registerauszug nur dann Platz finden, wenn die Mitteilung im öffentlichen Interesse liegt. Steht man nun auf dem Standpunkt, dass die Rehabilitation, — wenn sie vielleicht auch nicht die Wirkung hat, die Strafe als überhaupt nicht erfolgt hinzustellen, — die Stellung vollwertiger Persönlichkeit wieder verleihe und den Makel der Verurteilung völlig aufhebe, dann sollte man glauben, dass diese Strafe überhaupt nicht mehr von Interesse sein und ins Gewicht fallen kann!

Meines Erachtens sollte man konsequent verfahren: Die Grundidee des Rehabilitationsinstituts ist, dass „dauernder tatkräftiger Besserung Kompensationskraft beigelegt wird gegenüber der Tatsache erlittener Bestrafung". Von diesem Standpunkt aus sollte man auch vor dem letzten Schritt nicht zurückschrecken, für die Zukunft die Bestrafung als überhaupt nicht erfolgt zu betrachten. Der Reha-

---

[1]) Mitteilungen, Bd. XIII, S. 569.

[2]) Ebenso Schiller, S. 83 u. 84.

bilitationsakt soll „einen Akt der Vergeltung in Gestalt lohnweiser Aufrechnung“ [1]) darstellen. Man könnte dem Betroffenen eine grössere Belohnung wohl nicht zuteil werden lassen, als wenn man die Tatsache seiner Bestrafung aus dem Gedächtnis der Mitwelt für immer verschwinden lässt.

Der Rehabilitationsidee entspricht nur volle Löschung des Strafvermerks im Strafregister; getraut man sich diese Konsequenz nicht, so liegt hierin ein Zugeständnis an diejenigen, die der Frage nach der Berechtigung und Notwendigkeit der Rehabilitation — sei es, dass sie sich beziehen soll auf die Verurteilung selbst, oder nur auf ihre Ehrenfolgen — überhaupt zweifelnd gegenüberstehen.

Und diese Zweifel sind unseres Erachtens — auf die zahlreichen Gründe näher einzugehen, ist an dieser Stelle, wie schon erwähnt, unmöglich — nicht ohne Berechtigung.

Dem häufig gehörten Ruf nach einer Vorschrift, die, allgemein die Löschung (oder Nichtberücksichtigung) einer im Strafregister vermerkten Verurteilung nach einer gewissen Zeit seit Verhängung der Strafe — überhaupt oder nach guter straffreier Führung des Verurteilten — vorschreiben würde, kann also Gehör nicht geschenkt werden.

Nur in einer Hinsicht dürfte es sich für den Gesetzgeber empfehlen, die Löschung von Strafregistereinträgen nach einem gewissen Zeitraum seit erfolgter Verurteilung zu ermöglichen: in Bezug auf die gegen Jugendliche ausgesprochenen Strafen.

Gerade in neuerer Zeit hat man sich vor allem der Frage der Entwicklung des Jugendstrafrechts mit besonderem Eifer zugewendet; Wissenschaft und Gesetzgebung sind darüber einig, dass in Bezug auf Jugendliche der Gedanke der vergeltenden Strafe zurücktreten müsse, dass gegen solche mehr mit Mitteln der Erziehung als mit Strafen gewirkt werden müsse. Diese Anschauungen machen wohl auch bezüglich des Strafregisters eine Ausnahmevorschrift hinsichtlich Verurteilter jugendlichen Alters erforderlich. Es soll vermieden werden, dass einer Person, die in einem Alter eine strafbare Handlung begeht, in welchem sie zwar formell die strafrechtliche Verantwortung tragen muss, in welchem ihr

---

[1]) Oetker, Gerichtssaal, Bd. 70, S. 368.

aber doch noch die völlige geistige und moralische Reife fehlt, die verderblichen Folgen dieser Jugendirrung für das ganze Leben anhängen. (Unberücksichtigt müssen dabei natürlich bleiben schwere Verbrechen, die den Täter trotz seiner Jugend als Verbrechernatur charakterisieren.)

Zur Hintanhaltung dieser ungerechten Härte wäre folgende Bestimmung am Platze:

§ .. „Der Vermerk einer Verurteilung, die gegen eine Person im Alter von 12—18 Jahren erfolgt ist, ist im Strafregister von Amts wegen zu löschen, wenn seit dem Tage der Verbüssung der Strafe 5 Jahre verflossen sind, ohne dass der Strafregisterbehörde eine neuerliche Nachricht von der Verurteilung des Betreffenden wegen eines Verbrechens oder Vergehens zugegangen ist.

Ausgenommen von der Löschung sind die Vermerke wegen Verurteilungen aus den §§ 211, 251, 307 Ziff. 2 RStrGB."

Lässt sich der Jugendliche wiederholt schwere Verfehlungen zu schulden kommen, so beweist er, dass seine damalige Tat nicht Ausfluss jugendlichen Leichtsinns, sondern ein Beweis verbrecherischer Gesinnung gewesen ist.

Die Löschung von Amts wegen ist deshalb vorzuziehen, weil, wollte man einen Antrag des Verurteilten als Voraussetzung aufstellen, die Einrichtung wesentlich nur auf dem Papier stehen würde, womit der ganze Zweck verfehlt wäre.

(Die Führung eines besonderen Verzeichnisses der jugendlichen Verurteilten bei jeder Strafregisterbehörde mit Vormerkung der Löschungstermine wäre zweckmässig und unerlässlich.)

Durch eine solche Regelung würde auch der in der Presse schon öfters gemachte Vorschlag gegenstandslos, dass Verurteilungen, die auf dem Wege der bedingten Begnadigung endgültig erlassen worden sind, als nicht ergangen zu betrachten und aus dem Strafregister zu entfernen seien, denn das Institut der bedingten Begnadigung wurde hauptsächlich zum Schutze der Jugendlichen geschaffen und kommt daher meist auch bei Verurteilungen solcher in Anwendung.

3. Es ist nichts Ungewöhnliches, dass bei der Vernehmung von Zeugen vor Gericht — auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung — deren Strafregisterauszug zur Verlesung kommt, um ihre Glaubwürdigkeit ins richtige Licht zu stellen.

Nach § 67 RStrPO sind dem Zeugen Fragen über solche Um-

stände vorzulegen, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen.

Besteht insbesondere eine begründete Vermutung dafür, dass ein Zeuge wegen Meineids vorbestraft, also eidesunfähig ist, so ist vor der Vernehmung die Verurteilung wegen Meineids — aber auch nur diese — aus dem Strafregisterauszug zu konstatieren.

Darüber hinaus ist sowohl die Verlesung der Vorstrafen von Zeugen als auch deren Befragung nach solchen tunlichst zu beschränken und nur insoweit zuzulassen, als die Feststellung der Vorstrafen für den Prozess in Wahrheit von Bedeutung ist. Es wäre vielleicht am Schlusse des § 67 StrPO der Absatz anzufügen:

„Vorstrafen sind festzustellen bezw. aus der Strafliste zu verlesen, soweit sie ausgesprochen worden sind wegen Meineids oder wenn sie für den vorliegenden Prozess von Bedeutung sind."

Diese Regelung würde die bestehenden Missstände wenn auch vielleicht nicht ganz beseitigen — denn die Entscheidung, welche Strafe für den Prozess von Bedeutung, müsste dem Ermessen des Vorsitzenden bezw. des Gerichts anheim gestellt bleiben —, so doch um ein erhebliches Mass eindämmen.

II. Das Strafregister in seiner jetzigen Gestalt gibt über die formellen Personalverhältnisse und die Vorstrafen, die eine Person erlitten hat, erschöpfend Auskunft. Soll es seinen Zweck ganz erfüllen, eine sichere Stütze der Strafrechtspflege zu bilden, so muss sein Inhalt, weil gegenwärtig zu dürftig, nach zwei Richtungen hin erweitert werden:

1. es müssen in ihm wichtige Anhaltspunkte aufgenommen werden, die zur Feststellung der Identität der Person dienen können,
2. es sind ihm alle bekanntgewordenen Momente — Tatsachen und Eigenschaften — einzuverleiben, die dem Richter eine Handhabe bieten können, eine von der betr. Person begangene strafbare Handlung im richtigen Licht zu sehen, gerecht zu beurteilen und zu ahnden.

1. Um von ersterem Punkt zu reden, wäre es vielleicht nicht unzweckmässig, wenn die Direktionen der Gefangenenanstalten die Personenbeschreibungen (Signalements) sämtlicher Sträflinge, die wegen eines Verbrechens verurteilt worden waren, vor ihrer Entlassung der Strafregisterbehörde des Geburtsorts zwecks Aufnahme oder — besser vielleicht — Aufbewahrung bei der Strafliste der betreffenden Person übermitteln würden. Die gleiche Verpflichtung könnte den Polizeibe-

hörden bezüglich derjenigen Personen auferlegt werden, deren Signalements sie in den Personalakten besitzen.

Auch körperliche Feststellungen — vielleicht nach dem jetzt allgemein üblichen anthropometrischen System von Bertillon — sind ein brauchbares Mittel zur sicheren Feststellung der Persönlichkeit.

Das praktischste wäre vielleicht, wenn die Polizeibehörden einen oder mehrere Abdrücke der von ihnen aufgenommenen Verbrecherphotographien — bei den grösseren Polizeibehörden ist photographische Aufnahme heute allgemein Brauch — an die Strafregisterbehörde abgeben würden.

Es ist nicht zu leugnen, dass alle diese Massnahmen ein erhebliches Mehr an Mühe und Zeitaufwand verursachen und das Strafregister manchmal recht umfangreich gestalten würden. Es müsste eben so gehandhabt werden, dass Gerichten und Behörden, die nicht ausdrücklich Signalement oder Photographie verlangen, nur der eigentliche Strafregisterauszug übermittelt würde.

Für den polizeilichen Erkennungsdienst aber würde die erwähnte Nutzbarmachung des Strafregisters eine bedeutende Erleichterung bringen; auch würde es eher verhindert, dass Personen — wie es bei Zigeunern häufig der Fall ist — unter falschem Namen verurteilt werden.

2. „Soll die Strafe als soziale Funktion im Kampfe gegen das Verbrechertum die nötige Gestaltung erfahren, so ist es geradezu unerlässlich, sich eine möglichst eingehende und vollkommene Kenntnis dieses Gegners zu verschaffen.“[1])

Welches Mittel wäre geeigneter, dem Richter diese Kenntnis zu verschaffen als das Strafregister! Der persönliche Eindruck, den der Beschuldigte in der Hauptverhandlung erweckt, dessen eigene Angaben, die Gutachten von ärztlichen Sachverständigen werden häufig ein sicheres Bild nicht entrollen. Es erscheint daher zweckmässig, alle Momente, welche zur individuellen Charakterisierung des Täters beitragen, also eine gerechte Würdigung der Tat ermöglichen, dem Strafregister einzuverleiben: Die nachteilige Wirkung nicht elterlicher Erziehung in Bezug auf die Kriminalität ist nachgewiesen; Leute, die von frühester Jugend an in die Welt geworfen und auf sich selbst angewiesen sind, ohne den Halt des Elternhauses zu geniessen, werden häufig den an sie

[1]) Sichart, Über individuelle Faktoren des Verbrechens.

herantretenden Versuchungen nicht so leicht Widerstand leisten, verdienen also bei Begehung von strafbaren Handlungen oft eine mildere Beurteilung.

Ebenso ist bekannt, dass übermässiger Alkoholgenuss die Selbstbeherrschung beschränkt oder völlig aufhebt und die ihm Ergebenen häufig auf die Bahn des Verbrechens treibt.

Auch die Veranlagung zu ungezügeltem Geschlechtstrieb ist nicht selten die Ursache für Begehung von Verbrechen. Alle diese Momente sollten daher — vielleicht unter der bis jetzt nur wenig benützten Rubrik „sonstige Bemerkungen" — im Strafregister Eingang finden. Besonders aber zur Entscheidung der Frage, ob jemand gemäss § 51 RStrGB zurechnungsfähig ist, die so oft von den Sachverständigen in ganz entgegengesetztem Sinn beantwortet wird, sollte das Strafregister in weitestem Masse herangezogen werden können: alle Tatsachen oder Anzeichen, die auf eine erbliche Belastung oder geistigen Fehler einer Person hinweisen und bei irgend einer Gelegenheit zur Kenntnis einer Behörde gelangt sind, sollten im Strafregister Aufnahme finden; auch die Kenntnis von etwaigen geistigen Defekten der Eltern eines Beschuldigten wird seine richtige Einschätzung oft erleichtern.

So sollten die Distriktsverwaltungen verpflichtet sein, Beschlüsse, durch welche die Unterbringung einer Person gemäss Art. 80 Abs. II des PStrGB in einer Irrenanstalt angeordnet wird, der zuständigen Strafregisterbehörde mitzuteilen, ebenso wie dieselbe von jedem ergangenen Entmündigungsbeschluss seitens des Gerichtes in Kenntnis gesetzt werden müsste. Des weiteren wäre es dringend erforderlich, dass von seiten der Strafverfolgungsbehörden alle diejenigen Fälle zum Strafregister mitgeteilt würden, in denen auf Grund eines die Unzurechnungsfähigkeit aussprechenden, ärztlichen Gutachtens das Verfahren gegen eine Person eingestellt oder der Täter ausser Verfolgung gesetzt oder freigesprochen wurde. Im Strafregister müsste ein Vermerk der Akten aufgenommen werden, welche das ärztliche Gutachten enthalten, so dass jedes Gericht in den Stand gesetzt ist, solches im Bedarfsfalle zu erholen.[1]) Auch die Schulbehörden könnten oft zur Beseitigung der Zweifel über die geistige Gesundheit eines Angeklagten wirksam herangezogen werden. Seit einer Reihe von Jahren werden geistig schwache

---

[1]) Vergl. Klimmer, in Z. f. Rpfl. in Bay. 1907, S. 464.

oder anormale Kinder in besonderen „Hilfsschulen" unterrichtet. In diesen Schulen werden besondere Personalbogen für die einzelnen Zöglinge angelegt, in welche sowohl vom Schularzt als auch durch die Lehrer fortlaufend Eintragungen über die Art und den Grad des geistigen Defektes des Schülers gemacht werden. Wenn nun ein solch Schwachsinniger später mit den Strafgesetzen in Konflikt gerät oder in einem Prozess als Zeuge vernommen wird, so können den Gerichten diese Personalbogen eine wertvolle Grundlage für die Beurteilung der Persönlichkeit bieten; es wäre daher von nicht zu unterschätzender Bedeutung, wenn die Schulen, insbesondere aber die Hilfsschulen, angehalten würden, der zuständigen Strafregisterbehörde von auffallender geistiger oder psychopathischer Minderwertigkeit eines zur Entlassung aus der Schule kommenden Zöglings, womöglich durch Übersendung einer Abschrift des Personalbogens, Mitteilung zu machen.

Dagegen ist es zu vermeiden, dass das Strafregister mit unnützem Ballast beschwert werde; Tatsachen, die der Richter beim Verhör des Angeschuldigten aus seinem eigenen Munde oder durch Zeugen erfahren kann (wie z. B. Bildungsgrad, ob jemand Analphabet ist oder ob er gut lesen und schreiben kann etc.), sollen nach wie vor von der Aufnahme im Strafregister ausgeschlossen bleiben. Ebenso scheint der Vorschlag, die Strafvermerke über den Tod der betreffenden Person hinaus aufzubewahren, um sich aus ihnen Rat zu erholen, wenn ein Nachkomme der betreffenden Person strafbarer Handlungen beschuldigt ist, unausführbar, da dieser Weg viel zu umständlich ist, das Strafregister aber allmählich ins Unendliche anwachsen würde.

III. Eine weitere Verbesserung des Strafregisters kann endlich nach der Richtung erfolgen, dass es eine grössere Vereinheitlichung erfährt.

Dadurch, dass seine Einrichtung zwar durch Bundesratsverordnung vorgeschrieben, seine Ausgestaltung aber der einzelstaatlichen Gesetzgebung überlassen worden ist, die ihrerseits wieder — insbesondere die bayerische — manches dem Gutdünken der Register- oder der Aufsichtsbehörden anheimgestellt hat, wurde erreicht, dass die Strafregistereinrichtungen der deutschen Staaten zwar nach gleichen Grundsätzen geschaffen, jedoch vollkommen ungleichmässig ausgebaut worden sind: Die verschiedensten Behördenkategorien sind mit der Führung des Registers betraut, die Form der Registerführung ist keineswegs gleichmässig, insbesondere aber der Inhalt des Strafregisters entbehrt der erforder-

lichen Einheit, alles Momente, die einer gleichmässigen, gerechten Wirkung der Einrichtung und einer möglichst vereinfachten Geschäftsführung zuwider sind.

Dass der Weg der Anordnung durch eine Bundesratsverordnung gesetzlich zulässig war, haben wir bereits früher gesehen.

Schon Hamm (S. 8) hat sich in seinem Schriftchen dahin geäussert, „dass es zur Errichtung eines allgemeinen deutschen Strafregisters einer reichsgesetzlichen Bestimmung bedürfe, welche ihre richtige Stelle in der Strafprozessordnung finden sollte; dem Reichskanzler würde es vorbehalten sein, sowohl die zunächst erforderlichen Ausführungsbestimmungen zu treffen, als auch die in Zukunft nötigen Anweisungen zu erlassen, um den Einzelheiten die Gleichförmigkeit zu sichern, ohne welche die, auf eine ineinandergreifende Tätigkeit aller deutschen Gerichte gegründete Einrichtung weder ins Leben treten noch in sicherem und pünktlichem Gange erhalten werden kann.“ Dieser Anschauung kann auch heute noch beigetreten werden, nur mit der Einschränkung, dass die reichsgesetzliche Regelung der Materie zwar nicht der allein zulässige, wohl aber der beste und empfehlenswerteste Weg ist. Dass die reichsgesetzliche Anordnung mit bemerkenswerten Nachteilen verbunden wäre, ist nicht einzusehen.

Ganz kurz soll hierbei nur noch die Frage beantwortet werden, welche Behördenkategorie — für den Fall, dass wir einer einheitlichen Regelung der Materie entgegengehen — für die Führung des Strafregisters am geeignetsten erscheint:

Ortsvorsteher und Amtsrichter sind abzulehnen; erstere entbehren unter Umständen, besonders an kleinen Orten, der nötigen Vorbildung und Gewandtheit, um eine zuverlässige Führung des Strafregisters und der damit verbundenen Tätigkeiten zu verbürgen, während von der Übertragung an die Amtsrichter oder Amtsgerichte deshalb abzusehen ist, weil einerseits eine Belastung der Amtsrichter mit mehr formeller Tätigkeit tunlichst vermieden werden soll und andererseits eine Unterstellung von Richtern unter die Staatsanwaltschaften, denen nach der BRV allgemein die Oberaufsicht über die Strafregisterbehörden übertragen ist, gemäss § 152 GVG ungesetzlich ist. (Letzteres Bedenken wäre übrigens beseitigt, wenn — was unbedenklich geschehen könnte — mit der Aufsicht über die Strafregisterbehörden eine andere Stelle, z. B. die Landesgerichtspräsidenten, betraut würde.)

Bei der Wahl zwischen Staatsanwaltschaft und Amtsanwaltschaft

ist hinwiederum der letzteren der Vorzug zu geben, weil ihr Amtsbezirk klein, die Registerführung also dadurch erleichtert und zuverlässig ist.

Als geeignetste Strafregisterbehörde erscheint daher die Amtsanwaltschaft an den Amtsgerichten.

IV. Auf die in den vorhergehenden Abschnitten, insbesondere im IV. Kapitel, allenthalben eingestreuten Kritiken einzelner Bestimmungen und Übungen und auf dort gemachte Verbesserungsvorschläge wird hier Bezug genommen.

Nach den in letzter Zeit in den Parlamenten seitens massgebender Persönlichkeiten gemachten Äusserungen ist zu erwarten, dass sich der Gesetzgeber bei der kommenden Strafprozessreform der Strafregistereinrichtung, insbesondere aber der bis jetzt stiefmütterlich behandelten Frage annehmen wird, welche Beachtung und Bedeutung vor Gericht erlittenen Vorstrafen beizumessen sei. Es lohnt dies der Mühe: ein nach den vorstehend angegebenen Grundzügen verbessertes Strafregister wird in hohem Masse der Rechtspflege und Gerechtigkeit dienen, ohne soziale Schädigungen im Gefolge zu haben.

Anlagen.

Die bei den Strafregisterbehörden vorgeschriebenen und gebräuchlichen Formulare A, B, C, D.

Mitteilende Behörde:	**Strafnachricht** (*A*) für das Strafregister zu Gleiche Strafnachricht erhielt das Strafregister zu	Aktenzeichen:

Familienname (bei Frauen Geburtsname):

Vornamen (Rufnamen zu unterstreichen):

Familienstand: ledig verheiratet verwitwet geschieden

Vorstehend bezeichnete Person ist rechtskräftig verurteilt worden:

am	durch	wegen	auf Grund von	zu

*) Kreis, Bezirksamt, Amtshauptmannschaft, Oberamt, Amtsbezirk 2c.

**) Unberücksichtigt bleiben Verurteilungen in Privatklagesachen, in Forst- und Feldrügesachen, wegen Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle und wegen der in der Verordnung des Bundesrats vom 16. Juni 1882 § 2 Nr. 4 bezeichneten militärischen Verbrechen und Vergehen.

Datum:

Die Richtigkeit bescheinigt:

Umstehend bezeichnete Person ist weiter verurteilt worden:*)

Nr.	nach Mitteilung von	Aktenzeichen	am	durch	wegen	auf Grund von	zu

Mitteilende Behörde:

Strafnachricht (*B*) für das Strafregister zu

Aktenzeichen:

R 1

Urschriftlich mit der Bitte um schleunige R:

Urschriftlich unter E

zur gefälligen Auskunfterteilung über die S

zugnahme auf beifolgenden Auszug zurück

an

.....

in

.....

Unterschrift:

r.	nach Mitteilung von	Aktenzeichen	am

de .....

Familienname (bei Frau

Vorname (Rufname zu un

Familienstand:
Vor- und Familien- (Geburts
des (bezw. früheren) Ehego

Des Vaters Vor- und Fam

Der Mutter Vor- und Geb

Ge- Tag:
burts- Monat:
tag Jahr:

Wohnort:

Stand (Beruf, Gewerbe):

ist ausweislich des

r.	nach Mitteilung von	Akten

	durch	wegen	auf Grund von	zu
ugnahme auf				
.....				

Verfolgende Behörde	**Steckbriefnachricht** *(D)* für das Strafregister zu	Aktenzeichen:

durch	wegen	auf Grund von	zu

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. **von Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Loening,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg, Professor Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald,

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 93.

Studien zur Gesetzestechnik.

Von

Dr. Harald Gutherz.

Teil I.

Der Begriff Gesetzestechnik und sein Wert.

(Untersuchung auf dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre.)

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Studien zur Gesetzestechnik.

Teil I.

Der Begriff der Gesetzestechnik und sein Wert.

Von

Dr. Harald Gutherz.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von Geheimen Hofrat Prof. Dr. v. **Lilienthal**, Heidelberg.

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Vorwort.

Meine Absicht ging ursprünglich nur dahin, durch Aufstellung eines Systems der Technik des Strafgesetzes im Hinblick auf die in Deutschland und Oesterreich obschwebenden Reformarbeiten auf ein bisher wenig beachtetes Gebiet aufmerksam zu machen. Das Gebiet erschien mir so neu und wichtig, daß ich glaubte, ohne Rücksicht auf die in der „Vergleichenden Darstellung" vorgesehene Bearbeitung desselben selbständig in eine solche eingehen zu können. Es zeigte sich mir aber bald, daß eine Bearbeitung der Technik des Strafgesetzes unmöglich sei, ohne vorher die Grundlagen der Gesetzestechnik überhaupt und die Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik sichergestellt zu haben. So entwickelte sich mein Plan zu den „Studien zur Gesetzestechnik", deren erster, nunmehr vorliegender Teil sich mit den aus der allgemeinen Rechtslehre stammenden Grundlagen der Gesetzestechnik befaßt. Der Inhalt meiner weiteren Arbeit ist aus meinem Aufsatz „Beitrag zu einem System der Gesetzestechnik" [1]) zu ersehen.

Es erschien mir für meinen Plan als völlig überflüssig, mich mit der sehr reichen, die allgemeine Rechtslehre betreffenden Literatur auseinanderzusetzen. Es genügte mir vielmehr die in neuerer Zeit grundsätzlich vertretenen Anschauungen flüchtig zu streifen.

Mein verehrter Lehrer, Geheimer Justizrat, Professor Dr. *Franz von Liszt* hat mir gestattet meiner Dankbarkeit für die reiche

---

[1]) Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Zwanzigster Jahrgang 1907, S. 346—379.

Unterstützung und Anregung, die ich von ihm empfangen habe, durch die Widmung der Arbeit Ausdruck zu geben.

Zu dem besten Danke für die freundliche Ueberlassung des sehr schwer erhältlichen Buches von *Geny* „Methode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris 1899" bin ich dem Herrn Privatdozenten Dr. *F. K. Neubecker,* zu gleichem Danke für die liebenswürdige Unterstützung bei der Korrektur bin ich den Herren Dr. *Ernst Delaquis* und Dr. *Franz Exner,* überdies auch dem Herrn Referendar *Alfred Oborniker* verpflichtet.

Traunkirchen, Sommer 1908.

Inhalts-Verzeichnis.

	Seite
Einleitung.	1
§ 1. **Vorläufige Feststellung des Begriffes „Gesetzestechnik“.**	8
§ 2. **Vorläufige Feststellung des Begriffes „Gesetz“.**	7
§ 3. **Der Begriff Recht.**	13
I. Rechts- und Gemeinschaftsbegriff.	14
II. Herkunft des Rechtes.	40
III. Gegenstand des Rechtes.	46
IV. Geltung des Rechtes.	48
A. Der unbedingte Geltungswille des Rechtes.	54
B. Das Rechtsprinzip.	57
C. Die Geltungsmöglichkeit.	60
D. Die besondere logische Natur und die Struktur des Rechtes.	64
E. Die Rechtsverkörperungen.	87
§ 4. **Interpretation.**	100
§ 5. **Ergebnisse.**	111

Franz von Liszt
in Dankbarkeit gewidmet.

Teil I.

Der Begriff Gesetzestechnik und sein Wert.

Einleitung.

Der Wert der nachfolgenden Untersuchungen soll in deren Tauglichkeit als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes liegen. Der Zweck, dem sie dienen sollen, wird als gegeben angenommen und auf seinen Wert nicht geprüft. Dieser Zweck ist die Schaffung von Gesetzen. Die nachfolgenden Untersuchungen werden also wertvoll sein, wenn sie Mittel zur Schaffung von Gesetzen darstellen.

Der Begriff „Gesetzestechnik“ selbst ist auf den Zweck abgestellt, der ihm seinen Wert verleihen soll. Seine nähere Bestimmung wird wesentlich in der näheren Bestimmung dieses Zweckes liegen. Soll also die Bestimmung des Begriffes „Gesetzestechnik“ für die Schaffung von Gesetzen wertvoll sein, so wird dieser Wert in einer genauen Erwägung des Zweckes selbst gefunden werden müssen.

Liegt in der Kenntnis eines Zweckes die notwendige Voraussetzung zur Erreichung desselben, so kann diese Kenntnis auch wieder als Mittel zur Erreichung des fraglichen Zweckes insoferne aufgefaßt werden, als die Eigenheiten des Zweckes allein in der Lage sind, über die Eigenheiten der entsprechenden Mittel Aufschluß zu geben. Der Zweck ist für die Mittel maßgebend, — erst eine genaue Kenntnis des Zweckes ermöglicht eine solche Kenntnis der Mittel, — die Eigenart des Zweckes bestimmt die Eigenart der

Mittel. Der Wert der Bestimmung des Begriffes „Gesetzestechnik“ wird also darin liegen, daß der Zweck der Schaffung von Gesetzen näher geprüft, als durchaus eigenartiger — von allen ähnlichen Zwecken verschiedener — dargestellt wird, und daß daraus Schlüsse auf das Wesen und die Eigenart der für die Schaffung von Gesetzen tauglichen Mittel gezogen werden.

---

§ 1.

Vorläufige Feststellung des Begriffes „Gesetzestechnik".

Um die hier mit dem Worte „Gesetzestechnik" verbundene Bedeutung klarzustellen, muß vorerst auf den Sinn der Ausdrücke „Technik" und „Gesetz" zurückgegangen werden.

Das Wort „Technik" (aus dem griechischen τέχνη [τεύχω, τίκτω] = Kunst; Handwerk; Kunstfertigkeit; Wissenschaft; Kunstgriff; List; Betrug; Art und Weise, Mittel etwas durchzusetzen) hat in allen seinen Anwendungen die seinem Ursprunge entsprechende Bedeutung eines um menschliche Zwecktätigkeit bemühten idealen Erkenntnisganzen der richtigsten Mittel beibehalten. Technik ist ein Ganzes zweckgewerteter Erkenntnisse (richtiger: möglicher Erkenntnisse). Die Einheit dieser Erkenntnisse liegt in der Einheit des Zweckes.[1])

Soll der Begriff Technik zu einem spezielleren Begriffe determiniert werden, so bedarf es der Angabe eines speziellen Zweckes. Der Zweck, dem ein Ganzes von Mitteln zu dienen hat, kann in einer Tätigkeit und in dem Produkte einer Tätigkeit liegen. Bei der Gesetzestechnik liegt er in dem Produkte einer Tätigkeit und zwar in dem Gesetz.[2])

„Gesetzestechnik" ist sohin ein Ganzes erkannter (erkennbarer) und gewerteter (wertbarer) Mittel zur Fertigstellung von Gesetzen.

---

[1]) Husserl, Logische Untersuchungen, Halle 1900—1901, Bd. I, S. 46.

[2]) Der Zweck liegt hier nicht in der Tätigkeit der Gesetzgebung; es erscheint daher der Ausdruck Gesetzestechnik vor den synonym verwendeten „legislative Technik" oder „Gesetzgebungskunst" den Vorzug zu verdienen.

Nach Einsetzung der Bedeutung des Wortes „Gesetz“ wird der Begriff „Gesetzestechnik“ die nötige Bestimmtheit erlangen. Nun gehört aber das Wort Gesetz „zu den vieldeutigsten in der Sprache der Wissenschaft und des täglichen Lebens“.[1]) Es ist eine längere Erörterung über das unter dem Ausdruck „Gesetz“ Gedachte notwendig. Diese führt in die Zentralprobleme der allgemeinen Rechtslehre und wird gleichzeitig rechtfertigen müssen, warum der Begriff „Gesetzestechnik“ von anderen ihm gleichgestellten Begriffen unterschieden wurde.[2]) Unter Hinweis auf diese späteren Untersuchungen erscheint es praktisch, den Begriff „Gesetzestechnik“ hier einleitungsweise wenigstens zu einem vorläufigen Ausbau zu bringen.

Beim Worte „Gesetz“ wird hier an dasjenige gedacht, was gemeinsam in den Zusammensetzungen: Strafgesetzbuch, bürgerliches Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch, Lebensmittelgesetz u. s. w. liegt. Dabei wird der konkrete Rechtszustand (die Summe aller Rechtsanwendung) als gegeben angesehen, die gedanklich sprachliche Fixierung des Rechtszustandes durch das Gesetz aber als variabel. Die Gesetzestechnik kümmert sich nur um diese Fixierung, sie befaßt sich nicht mit dem Kraftinhalt der Gesetze. Um ihre Lehren rein zu erhalten, um durch keine außerhalb ihres Gebietes liegende Schwierigkeit behindert zu werden, geht sie von der Fiktion aus, daß ein und dieselbe Person einen völlig bestimmten Rechtszustand denke, wolle und gesetzlich fixiere. Sie stellt sich erst vor der gesetzlichen Fixierung in den Dienst dieser Person. So hütet sie sich vor jeder Einmischung in die Rechtspolitik und in die Gesetzgebungspolitik, welch letztere es mit dem Umstande zu tun hat, daß an dem Zustandekommen von Gesetzen eine Mehrheit von Menschen beteiligt ist. In der Wirklichkeit freilich treffen und verbinden sich immer die Lehren verschiedener Gebiete, die Wissenschaft aber muß ihre Stärke in der Besonderung suchen und bewahren.[3]) Die Gesetzestechnik hat also nur jene

[1]) Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freiburg i. B. 1887, S. 226. Aehnlich: Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, Leipzig 1892, S. 40.

[2]) Sigwart, Logik, 3. Aufl., Tübingen 1904, Bd. I, S. 326: „Von dem Gesichtspunkte der logischen Vollendung ist endlich der der Zweckmäßigkeit der Begriffsbildung zu trennen . . . .“

[3]) Tönnies, Sinn und Wert einer Wirtschaftsphilosophie, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. I, 1907, S. 40.

Mittel in sich zu fassen, die der gedanklichen und sprachlichen Fixierung eines konkret bestimmten Rechtszustandes dienen.

Der hier gedachte Begriff „Gesetzestechnik“ ist den Juristen nicht fremd. Ich glaube ihn an verschiedenen Stellen wiedergefunden zu haben. So scheint mir z. B. *Binding* mit dem Worte „Gesetzgebungstechnik“,[1]) *Haenel* mit dem Ausdruck „Technik des Gesetzgebers“,[2]) *Zitelmann* mit dem Ausdruck „Technik des Gesetzes“,[3]) und *Wurzel* mit dem Ausdruck „gesetzgeberische Technik“[4]) auf den hier gedachten Begriff loszuzielen. *Weiske*[5]) gebraucht den Ausdruck „Theorie der Gesetzgebungskunst“ und gibt sogar dessen Bedeutung an. Er sagt: „Die Theorie der Gesetzgebungskunst . . . zeigt uns, wie wir es anzufangen haben, um diesen Stoff der Gesetze, den die Gesetzpolitik und die Rechtsphilosophie liefert, diejenige innere Form und äußere Darstellung zu geben, welche das Gesetz haben muß, wenn es zweckmäßig sein soll.“ *Von Bar* verwendet den Ausdruck „Gesetzgebungskunst“ offenbar in ähnlicher Bedeutung.[6]) *Tesař* gebraucht das Wort Gesetzestechnik in unserem Sinne.[7])

Die Gesetzestechnik ist eine Kunstlehre, eine praktische Wissenschaft.[8]) Als solche hat sie notwendig theoretische Wissenschaften zur Grundlage.[9]) Denn wenn letzten Endes die Sätze der Gesetzestechnik das Schema tragen werden: Wenn Du A (bestimmter Rechtszustand) erreichen willst, so mußt Du B

---

[1]) Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Aufl., Leipzig 1890, Bd. 1, S. 10; Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885, Bd. 1, S. 53.

[2]) Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888, S. 73.

[3]) Die Kunst der Gesetzgebung, Dresden 1904, Heft 9 der neuen Zeit- und Streitfragen, herausgegeben von der Gehestiftung.

[4]) Das juristische Denken, Wien 1904, S. 83.

[5]) Rechtslexikon, Leipzig 1844, Bd. 4, S. 756.

[6]) Gesetz und Schuld im Strafrecht, Berlin 1906, Bd. 1, S. 6.

[7]) Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Berlin 1907, Abh. des krim. Seminars an der Univ. Berlin, Neue Folge, Bd. 5, Heft 3, S. 237.

[8]) Ein Zweig der Ethik. Paulsen, System der Ethik, 5. Aufl., Berlin 1900, Bd. 1, S. 2.

[9]) Husserl a. a. O., Bd. 1, S. 47 ff.; Sigwart a. a. O., Bd. 1, Inhaltsverzeichnis; Erdmann, Logik, Halle a. S. 1892, Bd. 1, Inhaltsverzeichnis; Simmel, Die Probleme der Geschichtsphilosophie, Leipzig 1892, Einleitung; Paulsen a. a. O., Bd. 1, S. 2.

(Komplex von Worten) sagen, so liegt diesem Satz notwendig der andere Satz zugrunde: Wenn Du B sagst . . . . . ., so wird A erreicht. Dieses Urteil setzt eine Summe von Erkenntnissen voraus, welche in unserem Falle der Psychologie, der reinen Logik,[1]) vor allem aber der Jurisprudenz zugehören.

Die Gesetzestechnik zerfällt in eine allgemeine und in eine besondere Gesetzestechnik, von denen die Erstere nur den allgemeinen Rechtscharakter der Gesetzessätze berücksichtigt, während die Letztere auch der Zugehörigkeit zu dem besonderen Rechtsgebiete Rechnung trägt. In der folgenden Untersuchung wird von der allgemeinen Gesetzestechnik gehandelt werden. Die Begriffsbestimmungen der besonderen Gesetzestechnik ergeben sich sohin von selbst durch bloße Einsetzung der Begriffe der besonderen Rechtsgebiete.

Die Literatur über Gesetzestechnik ist äußerst spärlich.[2]) Abgesehen von den unten in Anm. 2 erwähnten drei Schriften bleibt eigentlich nur noch hervorzuheben der Aufsatz *Kohlers* „Technik der Gesetzgebung“ im Archiv für die zivilistische Praxis, Jahrg. 1905. Die übrigen Arbeiten, die sich mit Gesetzestechnik befassen, werden im späteren Verlaufe Berücksichtigung finden.

---

[1]) Im Sinne Husserl's a. a. O., Bd. 1.

[2]) Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung; Mohl, Politik, Bd. I, Tübingen 1862, S. 375; Geny, La Technique législative dans la Codification civile moderne, in Le Code Civil, Livre du Centenaire, Paris 1904, Tome second, p. 989.

§ 2.

Vorläufige Feststellung des Begriffes „Gesetz".

Der Begriff Gesetz enthält von Anfang an den Gedanken an eine bewußte menschliche Tätigkeit.

„Die Uebertragung staatlicher Verhältnisse auf die personifizierten Kräfte der Natur und des Menschengeistes haben zu der Vorstellung eines Gesetzgebers im natürlichen und sittlichen Kosmos geführt, als dessen Gebote Naturgesetze und Normen erscheinen".[1]) Das Gesetz ist das Resultat einer menschlichen Tätigkeit. Sowohl die Art und Weise dieser Tätigkeit als das Resultat derselben ist gesonderter Betrachtung unterziehbar.

Mit der Scheidung dieser zwei Betrachtungsweisen ist in der staatsrechtlichen Literatur ein Streit darüber ausgebrochen, inwiefern die jeweilige Betrachtung selbständige Bedeutung hat. In diesem Sinne tauchte die Frage auf, ob es formelle und materielle Gesetze gebe oder nur Gesetze schlechthin.[2])

Die Begriffe des formellen und des materiellen Gesetzes gelangten erst durch *Laband* zu voller Bedeutung.[3]) Die Unterscheidung betrifft ausschließlich das Staatsgesetz.

---

[1]) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 227 und in näherer Ausführung S. 37. Aehnlich auch der Artikel „Gesetz" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Conrad, Lexis, Elster und Loening, Jena 1900; ferner Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, Freiburg i. B. 1901, S. 38 und die dort Angegebenen; endlich auch Wundt, Ethik, 2. Aufl., Stuttgart 1892, S. 2.

[2]) Ueber die geschichtliche Notwendigkeit der Scheidung: Jellinek, Das Recht des modernen Staates, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 594.

[3]) Hierüber Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 4. Man vergl. auch Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 252.

Laband definiert das Staatsgesetz im formellen Sinne dahin, es sei „ein Willensakt des Staates, der in einer bestimmten feierlichen Weise zu Stande gekommen und erklärt worden“ sei,[1]) während nach ihm das Gesetz im materiellen Sinne „die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes“ bedeutet.[2]) Ueber die Berechtigung resp. die Nichtberechtigung dieser Scheidung sind zwei bedeutende Monographien erschienen und zwar die bereits zitierten von *Haenel* und von *Jellinek*. Die sehr umfangreiche Literatur ist bei *Laband* a. a. O. Bd. 2 S. 1, bei *Haenel* a. a. O. S. 99 ff, und bei *Georg Meyer* Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 5. Aufl., Leipzig 1899, S. 500 angegeben.

Soll ein Gesetzesbegriff als Gattungsbegriff aufgestellt und unter ihn auch das Staatsgesetz subsumiert werden, wie es in dieser Arbeit geschieht, so muß derselbe unbedingt inhaltlich determiniert werden — hier den Rechtsbegriff aufnehmen. Die Art und Weise der Tätigkeit allein, selbst bei Hinzunahme der Bestimmung, daß die Tätigkeit in einer Willensäußerung bestehe,[3]) gibt noch keinen Gesetzesbegriff. Auf das staatsrechtliche Gebiet übertragen folgt aus dieser Erwägung, daß ein sogenannt formelles Gesetz nicht mehr verdient „Gesetz“ genannt zu werden, sondern je nach dem Resultate der Tätigkeit richtig „ein in Form eines Staatsgesetzes zustandegekommenes Rechtsgeschäft (Verwaltungsakt, Rechtsspruch)“ heißen sollte.[4]) Mehr als terminologische Bedeutung scheint den meisten Schriftstellern gegenüber diese Bemerkung nicht zu haben. Allerdings dreht sich der staatsrechtliche Streit eigentlich um die Frage, welches Resultat aus einer in verfassungsgemäß gesetzlicher Art und Weise erfolgten Tätigkeit hervorgehen kann.[5]) Dieser Streit berührt die nachfolgende Untersuchung überhaupt nicht. „In der Lehre von der Entstehung des Rechts hat das „Gesetz im bloß formellen Sinne“ nichts zu bedeuten, während es im Staatsrecht

---

[1]) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Auflage, Tübingen und Leipzig 1901, Bd. 2, S. 57.

[2]) a. a. O. S. 1.

[3]) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 231.

[4]) Aehnlich Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Leipzig 1890, S. 1121.

[5]) Aehnlich Haenel a. a. O. S. 115 und Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891, S. 1.

resp. Verwaltungsrecht immerhin als Sammelnamen gebraucht werden möge.“ [1])

Was die Art und Weise der besprochenen Tätigkeit betrifft, ist man sich darüber einig, daß es sich um eine sprachliche Aeußerung handelt — fast ausschließlich um eine schriftliche Aeußerung.

„Das Gesetz hat seine notwendige Form in der Schrift. Um deswillen wird es geschriebenes Recht — jus scriptum — genannt.“ [2])

Die fragliche Aeußerung muß innerhalb einer Gemeinschaft von einer zur Gesetzgebung befugten Autorität ausgehen.[3])

Natürlich ist es gleichgiltig, ob diese Aeußerung ihren Ursprung von der zur Gesetzgebung berufenen Macht herleitet, oder ob diese Macht die Aeußerung eines andern zu der ihren macht (Gesetzentwurf). Für die nachfolgende Untersuchung ist es nicht erheblich festzustellen, welche Autoritäten Gesetze schaffen dürfen. Es wird sich vorwiegend um Staatsgesetze handeln.

Daß die fraglichen Aeußerungen weder Monologe noch auf bestimmte einzelne Personen begrenzte Geheimnisse sind, ist unbestritten.[4]) Prinzipiell liegt im Gesetze kein Hindernis für die allgemeine Kenntnisnahme seines Inhaltes und regelmäßig sorgt es selbst für seine allgemeine Zugänglichkeit.

Da hier nur jene Aeußerung Gesetz genannt werden wird, die sich als Recht darstellt (S. 11), fällt die Frage nach der Adresse der Gesetze zusammen mit der Frage nach der Adresse des Rechts.[5]) Die bezüglichen Kontroversen werden daher erst unter § 3 S. 13 f. berührt werden. Hier wird nur zu untersuchen sein, ob nicht schon im Begriffe des Gesetzes (von dessen Eigenschaft, Recht zu sein, abgesehen) etwas liegt, das die Möglichkeit des Rechts, sich zu wenden, an wen es will, ausschließt oder einschränkt.

Es muß daher hier der bezüglichen Aufstellung *M. E. Mayers* gedacht werden. M. E. Mayer setzt einen Gedankengang fort, den man schon bei *Mirabeau*[6]) vorfindet:

---

[1]) Bergbohm a. a. O. S. 88.

[2]) Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900, Bd. 1, S. 51.

[3]) Hierüber vergl. man S. 95 f.

[4]) Dies gilt auch für die Hausgesetze autonomer Familien.

[5]) Auf diese Abhängigkeit macht auch Wendt in seiner Rede über die Sprache der Gesetze aufmerksam, Tübingen 1904, S. 6.

[6]) Observations d'un voyageur auglais sur la maison de force appelée Bicêtre. Oeuvres de Mirabeau. 1821. Tome IV. S. 205 ff., S. 287.

„Si les lois modernes peuvent être toutes particuliérement connues et mêmes entendues de ceux qui ont le loisir, l'intelligence et la volonté nécessaires pour s'appliquer sérieusement à une étude aussi laborieuse, elles ne peuvent très certainement pas être du vulgaire. . . ."

Während aber *Mirabeau*[1]) zu der Ansicht fortschreitet: „La maxime que l'ignorance de la loi n'excuse pas, serait peut-être susceptile d'être justifiée par des raisons de nécessité,"[2]) geht *M. E. Mayer* einen andern Weg. Er sagt[3]) unter Berufung auf *Ihering*[4]) und die bei *Binding*[5]) angegebene Literatur, daß „die Organe des Staates, die einzig berufen sind die Gesetze zu handhaben, ... die einzigen Adressaten der Befehle" sind, „die das Gesetz gibt," weil ja die Untertanen das Gesetz weder kennen, noch auch kennen können, und weil die Publikation der Gesetze ja nur erklären solle, „welcher Gesetzesinhalt echt ist."[6])

Daß die Publikation und die vacatio legis in Rücksicht darauf bestehen, daß dem Grundsatze „ignorantia legis nocet" wenigstens die Möglichkeit der Gesetzeskenntnis seitens jener, die dem Gesetze entsprechend leben sollen, zur Unterlage diene, ist von allen Staatsrechtslehrern anerkannt.[7]) Das hebt bezüglich der Publikation M. E. Mayer[8]) selbst hervor. Er sagt weiters[9]): „Es kann nicht verkannt werden, daß die Verkündung der Gesetze

---

[1]) Auf S. 240.

[2]) Aehnlich Lukas, Zur Reform des Strafrechts, Deutsche Juristenzeitung 1906, S. 30.

[3]) Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903, Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Bennecke, herausgegeben von Beling Heft 50, S. 4—13.

[4]) Zweck im Recht, 3. Aufl., Leipzig 1893, Bd. 1, S. 332 ff.

[5]) Normen Bd. 1 S. 8 ff.

[6]) Gegen Letzteres sehr richtig die Kritik Gerland's in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Tübingen 1905, Bd. 10, S. 417 ff.

[7]) Man vergleiche z. B. Laband, Staatsrecht, Bd. 2, S. 20, 21, 100; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 329; v. Schulze-Gaevernitz, Das preußische Staatsrecht, 2. Aufl., Leipzig 1890, Bd. 2, S. 7; v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 4. Aufl., Leipzig 1881, Bd. 1, S. 397; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Freiburg i. B., Bd. 1, 1894, S. 132.

[8]) a. a. O. S. 11.

[9]) S. 12, Anm. 4.

auf die Auffassung, das Gesetz wende sich an das Volk, zurückzuführen sei.“ Es sei aber heute „verkehrt im Gesetz einen Befehl an die Untertanen zu sehen; und mit der richtigen Anffassung“ stehe „die heutige Form der Gesetzesverkündigung im Einklang.“ (S. 13.) Nach diesen Angaben und der Betonung, daß es die Form der Publikation sei, die die Annahme ausschließe, es richte sich das Gesetz an das Volk, bleibt *M. E. Mayer* zur Verteidigung nur die Tatsache übrig, daß das Volk die Gesetze weder kenne noch auch kennen könne. Demgegenüber hebt *Brütt*[1]) sehr richtig hervor, daß auch die Richter nicht das ganze Recht kennen, und daß überhaupt die tatsächliche Kenntnis oder Unkenntnis des Rechts für die Frage nach dem Normadressaten ganz gleichgiltig sei. Die Frage lautet eben einfach: An wen richtet sich das Gesetz? nicht aber: Wer kennt das Gesetz? und auch nicht: Wer kann das Gesetz kennen? Nur dann, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit der Kenntnisnahme, soweit es an ihm liegt, einschränken würde, wäre der Rückschluß berechtigt, es richte sich das Gesetz nicht an alle Gesetzesuntertanen. Daß der Gesetzgeber dies getan habe, dafür liegt kein Beweis vor. Die Schwierigkeit der Gesetzeskenntnis folgt aus der Schwierigkeit der Rechtskenntnis.

Für die Frage nach dem Adressaten der Gesetze genügt hier die Feststellung, daß die Publikation[2]) und die vacatio legis eine Beschränkung in der Adresse der Gesetze nicht ersehen lassen, daß sie vielmehr gerade eine weitgehende Kenntnis der Gesetze ermöglichen.

Nicht jede in einer Gemeinschaft von einer zur Gesetzgebung befugten Autorität ausgehende Aeußerung ist ein Gesetz. Es kann vielmehr nur eine solche Aeußerung Gesetz genannt werden, welche die Verkörperung von Recht darstellt. (S. 91 ff.)

„Die Gesetzgebung . . . ist der Beruf des Staates, kraft seiner Autorität die Gesamtheit der Rechtsregeln zu erzeugen, welche

---

[1]) Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907, S. 27.

[2]) Kierulff nennt sie in seiner Theorie des Gemeinen Civil-Rechts, Altona 1839, S. 16 „ein dem Begriff des Gesetzes integrierendes Merkmal.“

für die seiner Herrschaft unterliegenden Willensverhältnisse erforderlich sind."[1])

„Gesetz ist die vom Staate ausgehende Anordnung eines Rechtssatzes, das Produkt der staatlichen Rechtssetzungsfunktion."[2])

„Das Gesetz ist ein Ausspruch über die Rechtsregel."[3])

„Gesetz ist der Ausspruch des Staates, daß etwas Recht sein soll."[4])

„Von manchen wird der Begriff des Gesetzes weiter gefaßt, um auch die von anderen rechtssetzenden Gewalten als vom Staate ausgehende, insbesondere die autonome Rechtssetzung, einzuschließen."[5]) Einen materiellen, nicht auf Staatsgesetze beschränkten Gesetzesbegriff gibt auch *Lexis* im Artikel „Gesetz" des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften, Jena 1900, 2. Aufl., 4. Bd. S. 234: „In seinem eigentlichen Sinne bedeutet das Wort Gesetz nichts anderes als eine von einer Autorität aufgestellte, bestimmt formulierte Vorschrift für das Handeln oder Verhalten der Menschen."[6])

Nach dem Gesagten ist eine Erfassung des hier gedachten Gesetzesbegriffes unmöglich ohne eine Begriffsbestimmung vom Recht.

---

[1]) Haenel, Deutsches Staatsrecht aus Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft herausgegeben von Binding, Leipzig 1892, Bd. 1, S. 238.

[2]) Anschütz a. a. O. S. 1.

[3]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Bd. 1, S. 9.

[4]) Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid, bearbeitet von Kipp, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, Bd. 1, S. 72.

[5]) Ebenda Anm. 1.

[6]) Ebenso Geny Methode . . . S. 100.

§ 3.

Der Begriff „Recht."

Um die Uebersichtlichkeit zu fördern, soll vorerst mithilfe weniger kurzer Sätze zu einer Rechtsdefinition vorgeschritten werden: Recht gibt es nur in menschlichen Gemeinschaften (unter Menschen, die auf einander einwirken). Soweit wir sehen, stammt es aus Menschen und ist da schon der inneren Erfahrung zugänglich. Es bezieht sich nur auf die Aktivität der Menschen, kann dieselbe aber schon in einem Vorstadium treffen. Es existiert bloß in der tatsächlichen Beeinflussung menschlicher Aktivität — es existiert bloß, insoferne es „gilt." Um solche Beeinflussung, solche Geltung zu erreichen, muß es eine Kraft sein (ein Wille). Der Rechtswille ist auf die Geltung gerichtet. Dieser Wille erreicht sein Ziel aber nur dann, wenn dies im Hinblick auf die gegebenen Verhältnisse möglich ist; das Recht muß jeweils geltungsmöglich sein. Der Geltungswille des Rechtes ist an keine Bedingungen geknüpft, er ist unbedingt. Er muß einerseits ein eigenes Prinzip darstellen, durch das er trotz des verschiedenen Inhaltes doch immer wieder als Rechtswille erscheint, er muß andererseits dieses Prinzip in solcher Art durchbilden, daß es — ohne auf irgend etwas anderes zu verweisen — mit vollster Bestimmtheit durchführbar wird. Das Rechtsprinzip muß sich in der sichersten, objektivsten Sphäre menschlicher Geistestätigkeit verwirklichen können. Es muß sich in festen Regeln niedergeschlagen haben und darin den Angriffspunkt für eben diese sicherste objektivste Geistestätigkeit, die logische darbieten.

Das Recht ist ein auf die Aktivität von (in Gemeinschaft lebenden) Menschen bezughabendes, (aus Menschen

stammendes,) gelten wollendes und jeweils gelten könnendes, in festen Regeln niedergeschlagenes Prinzip.

Unter Wiederaufnahme der zur hiesigen Rechtsdefinition führenden Sätze sollen die notwendigen näheren Ausführungen nachfolgen:

I. Recht gibt es nur in menschlichen Gemeinschaften[1]) (unter Menschen, die auf einander einwirken.)

A. Es liegt kein Anlaß vor, hier die unter Gemeinschaften der Tiere beobachteten rechtsähnlichen Tatsachen zu berücksichtigen. Vielmehr muß derjenige, welcher diese rechtsähnlichen Tatsachen als solche aufweisen will, selbst von dem auf menschliche Gemeinschaften beschränkten Rechtsbegriff ausgehen und kann nur von diesem Begriff aus analogisch fortarbeiten.[2])

B. Das Recht ist ein soziales Phänomen, die Existenz einer menschlichen Gemeinschaft ist die Voraussetzung der Existenz des Rechtes, beim Nichtvorhandensein einer solchen Gemeinschaft kann es ein Recht nicht geben. Um zu vermeiden, daß aus diesem notwendigen Zusammenhang zwischen Gemeinschaft und Recht zu weitgehende Schlüsse gezogen werden, muß angegeben werden, welchen Inhalt der Gemeinschaftsbegriff hat. Eine Gemeinschaft besteht dort, wo Menschen auf einander einwirken. Dieser Gemeinschaftsbegriff ist der „herrschende."[3]) Er ist allerdings sehr weit und inhaltsarm, aber er hat dafür „die große Bedeutung einer Korrektur falscher und einseitiger Theorien"[4]) und wird aus diesem Grunde hier bevorzugt. Es hat sich nämlich in jüngerer Zeit wiederholt gezeigt, daß dem Rechtsbegriff durch seinen Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsbegriff bei zu inhaltsreicher Gestaltung des letzteren Ge-

---

[1]) Dieses Wort soll, wie schon die eingeklammerte Bemerkung zeigt, nicht etwa im Sinne von Tönnies (Gemeinschaft und Gesellschaft Leipzig 1887) verstanden werden.

[2]) Aehnlich Stammler Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 87 ff. Man vergl. auch Jellinek. Das Recht des modernen Staates, 1. Bd.; Allgemeine Staatslehre. Berlin 1900. S. 79 f. und die dort S. 80 Anm. 1 angegebene Literatur.

[3]) Spann, Wirtschaft und Gesellschaft, Dresden 1907, S. 179. Man vergl. Simmel, zur Methodik der Sozialwissenschaft im Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Leipzig 1896, Bd. XX S. 579 ff.

[4]) Jellinek, Allg. Stl. S. 90.

fahren drohten, worauf später noch etwas näher eingegangen werden wird.

Der notwendige Zusammenhang zwischen Recht und Gemeinschaft beruht einzig und allein auf dem hier hervorgehobenen Inhalt des Gemeinschaftsbegriffes. Recht greift nur dort ein, wo Verhältnisse vorliegen, die nur bei gegenseitiger Einwirkung von Menschen aufeinander denkbar sind. Das schließt nicht aus, daß sich das Recht auch z. B. mit dem Verhältnis der Menschen zu Sachen befaßt; es darf nur auch dieses Verhältnis kein solches sein, das gleicherweise für einen isolierten Menschen bestehen könnte. Der Sinn des notwendigen Zusammenhanges zwischen Recht und Gemeinschaft erschöpt sich also darin, daß sich das Recht nur mit Dingen befaßt, die in irgend einer Weise, sei es als Voraussetzung, sei es als Resultat mit der gegenseitigen Einwirkung von Menschen zu tun haben.

Es wurde gesagt, daß aus dem Verhältnis zwischen Recht und Gemeinschaft oft zu weitgehende Schlüsse gezogen werden; diese Behauptung harrt der Belege und der Aufdeckung des Grundes der angefochtenen Schlüsse. Um Letzteres vorwegzunehmen, sei darauf aufmerksam gemacht, daß meist von dem empirischen Zusammenhange zwischen Gemeinschaft und Recht ausgegangen wird. Es wird gesagt: Recht kommt nur in Gemeinschaften vor. Die Gemeinschaft ist die Voraussetzung des Rechtes. Dann wird der Gemeinschaftsbegriff untersucht und konstatiert, daß er den Inhalt A, B und C habe. Die weitere Aufgabe nunmehr einzeln zu untersuchen, ob das Recht in notwendigem Zusammenhange mit A, mit B und mit C stehe, wird meist nicht mehr gelöst. Es wird vielmehr dem Rechte alles zugeschrieben, was von der Gemeinschaft ausgesagt wurde. So ergeht es dann allen sozialen Phänomen, und es werden daraufhin zwischen diesen selbst, insbesondere zwischen Recht, Wirtschaft und Kultur vielerlei Zusammenhänge behauptet.

Dem gegenüber ist zu betonen, daß der Inhalt des Gemeinschaftsbegriffes nur dann mit dem Inhalte des Rechtsbegriffes in notwendigem Zusammenhange steht, wenn im Rechtsbegriffe selbst dieser Zusammenhang als notwendig erscheint. Wird das Wesen der Gemeinschaft — wie in unserem Falle — in einer einzigen Tatsache gefunden, so muß der Rechtsbegriff auf dieser Tatsache

fußen, damit ein notwendiger Zusammenhang zwischen Rechts- und Gemeinschaftshegriff behauptet werden kann. Hat es das Recht nur mit Verhältnissen zu tun, die eine gegenseitige Einwirkung der Menschen aufeinander zur Voraussetzung haben, und wird das Wesen der Gemeinschaft darin gefunden, daß Menschen aufeinander einwirken, so liegt ein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Gemeinschaft vor. Diejenigen Begriffe, die gleicherweise die Existenz einer Gemeinschaft voraussetzen, z. B. die Wirtschaft und die soziale Kultur treten mit dem Rechte aber erst dann in Verbindung, wenn es sich bei ihnen um dieselben Verhältnisse handelt als beim Recht, was insolange unerwiesen ist, als der Börsenkurs oder das Schaffen eines großen Künstlers oder Philosophen das Recht unberührt lassen und innerhalb einer staatlichen Gemeinschaft Gemeinschaften von wirtschaftlich und kulturell ganz verschiedener Art einem und demselben Rechte unterstehen.

Wird aber das Wesen der Gemeinschaft nicht nur in der Tatsache der gegenseitigen Einwirkung von Menschen gefunden, sondern muß hiezu z. B. noch irgend ein Zielstreben hinzutreten, so bleibt das Recht von diesem Streben insolange völlig unberührt, als in ihm selbst nicht ein gleiches Streben als für das Recht notwendig nachgewiesen wird. Geschieht dies nicht, so kann von dem Rechte überhaupt nicht gesagt werden, daß es notwendig ein Gemeinschaftsphänomen sei. Bei inhaltsreichen Gemeinschaftsbegriffen muß der notwendige Zusammenhang zwischen dem Recht und jedem einzelnen Teile des Wesens des Gemeinschaftsbegriffes dargetan sein, um das Recht als Gemeinschaftsphänomen anzusprechen. Der notwendige Zusammenhang mit der Wirtschaft oder der Kultur wäre wieder gesondert beweisbedürftig — es müßte sich ergeben, daß keine Tatsache der Wirtschaft und der Kultur auf das Recht ohne Einfluß sei. Daß die hier geforderte Einwirkung von Menschen noch nicht genügt, um Recht zu ermöglichen, soll zugegeben werden. In einer bestimmten Art und Weise der Einwirkung wird wohl eine weitere Voraussetzung für das Recht gefunden werden können, und es ist wahrscheinlich, daß Wirtschaft und Kultur auch nur bei Vorhandensein dieser weiteren Voraussetzung ihre Existenzmöglichkeit erfüllt sehen. Je vielfältiger die Einwirkungen unter den Menschen

werden, umso vielfältiger werden auch die Gestaltungen des Rechts und wohl auch die der Wirtschaft und Kultur. Die Ausgestaltung des Einwirkens zu einem Zusammenwirken ist sicher auch sehr einflußreich für alle sozialen Phänomene; Parallellismen werden sich unter diesen wohl finden lassen. Trotzdem erschien es notwendig, den Gemeinschaftsbegriff auf die gegenseitige Einwirkung von Menschen zu beschränken und insbesondere in diesen Begriff nicht das Erfordernis des Zusammenwirkens (den sozialen Gedanken zu ungunsten des individuellen) aufzunehmen, da es als sehr fraglich erscheint, ob das Recht wesentlich auf das Zusammenwirken der Menschen aufgebaut sei und hiedurch einem sozialen Ideal als Mittel zum Zweck unterliege.[1]) Das Erfordernis der Positivität des Rechts[2]) zwingt zur Kontrolle aller Analysen und Deduktionen an den Tatsachen der Erfahrung.[3]) Die Erfahrung reicht aber meines Erachtens nicht aus, um das Recht einem andern Zweck zu unterstellen als jenem, den das Vorhandensein seiner Regeln selbst schon befriedigt.[4])

Diese Ausführungen sollen dazu dienen, das Recht von allen inhaltsreicheren Begriffen der Gemeinschaft, ferner von den Begriffen Wirtschaft und Kultur unabhängig zu stellen, Verbindungen dieser Begriffe als sehr beweisbedürftig darzutun oder in das Reich des Glaubens zu verweisen. Der Jurist darf umsoweniger nachsichtig in der Annahme solcher Verbindungen sein, als das Recht dadurch in die Gefahr einer Abhängigkeit gerät, die seiner Positivität, seinem unbedingten Geltungswillen durchaus widerspricht.[5]) Läge dem Recht ein bekannter Zweck zu-

---

[1]) Stammler, Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft. S. XXXVIII der Systematischen Rechtswissenschaft, Berlin 1906, Teil II, Abteil. VIII der Kultur der Gegenwart, herausgegeben von Hinneberg. Den gleichen Zweifel spricht Kohler auf S. 4 f. seines Aufsatzes „Wesen und Ziele der Rechtsphilosophie“ im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, herausgegeben von Kohler und Berolzheimer, Berlin 1907, Jahrg. I, Heft 1 aus.

[2]) Das merkwürdigerweise auch von Stammler aufrechterhalten wird z. B. S. XLIV a. a. O.

[3]) Bergbohm a. a. O. S. 79 „Auf empirielosem Wege wird man nimmer zum Begriff des Rechts gelangen“.

[4]) Aehnlich Kierulff a. a. O. S. 2.

[5]) Auch Stammler anerkennt den unbedingten Geltungswillen a. a. O. S. XXIII.

grunde oder eine bekannte Abhängigkeit von anderen sozialen Phänomenen, so könnte von vernünftigen Menschen nicht verlangt werden, daß sie Rechtssätze anwenden ohne deren Zwecktüchtigkeit oder das Bestehen der Abhängigkeit nachzuprüfen.

Das Erfordernis der Positivität müßte bei solchen Annahmen völlig wegfallen. Jeder Rechtssatz müßte sich vom Richter einen Paß auf seine Gültigkeit ausstellen lassen.

Die Aufstellung von Zusammenhängen zwischen dem Recht und inhaltsreichen Gemeinschaftsbegriffen einerseits, zwischen Recht und Wirtschaft und Kultur andererseits ist in der neueren Literatur außerordentlich häufig. Die Behauptung gegenseitiger Wechselwirkung von Recht und Wirtschaft ist sogar so sehr anerkannt, daß die Einführung zu dem Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie[1]) diese „fast allgemeine" Anerkennung als genügende Rechtfertigung für „die Erstreckung der Aufgaben des Archivs auch auf die Wirtschaftsphilosophie" annimmt.

Hier ist der Behauptung einer Unselbständigkeit des Rechtes nur insoferne entgegenzutreten, als es das Verhältnis des Rechts zur Gemeinschaft berührt. Alle weiteren Angriffe auf die Selbstständigkeit des Rechtes werden erst bei Besprechung des unbedingten Geltungswillens des Rechtes Berücksichtigung finden. Freilich muß schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß alle Angriffe auf die Positivität des Rechtes letzten Endes aus derselben Quelle fließen, nämlich aus dem Ueberwuchern des Zweckbegriffes. Wie der Phönix aus dem Feuer ist die Idee der Vernünftigkeit des Weltganzen, und insbesondere der sozialen Phänomene aus dem Materialismus wieder emporgestiegen. Sie hat sich mit der Kraft des πάντα ῥεῖ ausgestattet und stellt nun mit frischem Mut diesem ewigen Fluße der Dinge Ziele und Zwecke fest. Bald könnte man glauben, man lebe in einer Welt, in der alles unseren Ideen folge und nur hie und da in der Wahl der Mittel ungeschickt sei.

Der hier aufgestellte Gemeinschaftsbegriff wird oft dadurch bereichert, daß demselben aus methodologischen Gründen ein neues Element hinzugefügt wird. Der dabei eingenommene

---

[1]) Berlin 1907, Jahrg. I, Heft 1.

methodologische Standpunkt ist meist der des Soziologen. Er müßte vom Juristen nur dann geteilt werden, wenn sich herausstellen würde, daß auch die juristische Untersuchung nur bei Annahme des entsprechenden Elementes möglich sei. Ist dies nicht der Fall, so hat sich der Jurist um die methodologischen Voraussetzungen der Soziologen nicht zu bekümmern; der Soziologe aber wird gut tun die Notwendigkeit seiner Voraussetzungen neuerdings zu überprüfen und nur mit den nötigen Einschränkungen anzuwenden.

Was die Aufstellung des eben angedeuteten reicheren Gemeinschaftsbegriffes anbelangt, sei auf das obenzitierte Werk *Spanns* verwiesen, in dem die betreffende Literatur ausreichende Verarbeitung findet. In diesem Werke, das den ersten Band der „Untersuchungen über den Gesellschaftsbegriff" darstellt, wird die Frage nach dem Begriff von der Natur des Sozialen überhaupt, sohin jene nach den Begriffen von den gesellschaftlichen Teil-Phänomenen (!) und endlich jene nach dem Verhältnis dieser Begriffe untereinander prinzipiell aufgerollt. Ein „System der sozialen Erscheinungen" soll aufgestellt werden.[1]) Die Lösung des entwickelten Problemes wird in dem bisher erschienenen ersten Teile der Arbeit bloß angedeutet.[2]) Die „Funktion" sei der Gesichtspunkt, welcher eine soziologische Forschung überhaupt erst ermögliche.[3]) Bei dieser Anschauung handle es sich aber nicht um die Zwecke selbst, sondern nur um das „kausale System der Mittel" zu Zwecken.[4]) So beruhigend diese stark betonte Versicherung[5]) auch klingt, gewonnen wird durch sie wohl nicht viel. Dies zeigt folgender Satz: „Zu einem einheitlichen System geordnet, kann man sich diese Ziele am besten vorstellen, wenn man den Begriff des höchsten Zieles oder höchsten Gutes einführt . . ., weil dadurch das gesamte menschliche Handeln als ein Totalsystem bewirkender Mittel zur Erscheinung kommt."[6]) Die Beschäftigung mit dem Rechte

[1]) a. a. O. S. 8.

[2]) S. 221—229.

[3]) S. 228.

[4]) S. 225.

[5]) Es handelt sich Spann darum, nicht in Stammlers und Natorps Fehler zu verfallen.

[6]) S. 228.

unter Visierung eines solchen höchsten Zieles müßte natürlich sofort zu einem Naturrechte führen, wie sich dies bei Besprechung von *Stammler's* Aufstellungen zeigen wird.

Die wesentlichste Aufgabe der Einzelwissenschaft ist aber die Reinhaltung ihres obersten Begriffes, für den Juristen die des positiven Rechtes. Dieser kann nur durch kausale Betrachtungsart vor dem Uebergriffe teleologischer (finaler) Anschauung geschützt werden. Es soll hervorgehoben werden, daß neuerdings von *Max Adler*[1]) ausgesprochen wurde, daß „die teleologische Durchführung der *Kant*'schen transzendentalen Erkenntnistheorie... jedenfalls nicht die Krönung der Kritischen Methode, sondern ihre Umbeugung in Metaphysik" bedeute. Wissenschaft — „das System des absoluten und objektiv allgemeingültigen Wissens"[2]) — lasse in sich selbst eine wertende Betrachtung nicht zu. Es ist „alle Wissenschaft (oder Naturerkenntnis) entweder Naturwissenschaft im engeren Sinne. wenn sie ihr Objekt ohne Rücksicht auf den Zusammenhang betrachtet, in dem es in einem Erkennen und von diesem bestimmten Handeln steht. Sie ist Sozialwissenschaft, sobald eben dieser Zusammenhang selbst... in seiner empirisch-historischen Entfaltung ihr Objekt wird, mit welchem sich ihr allererst die Erscheinungen des geistig-sozialen Lebens erschließen".[3])

Kohler geht einerseits von der Relativität allen Rechtes aus, andererseits von der Notwendigkeit einen Grundgedanken anzunehmen, der alles Recht durchzieht.[4]) In dem Begriff der Kultur glaubt er das Gleiche und das Wechselnde zu bannen. Das Recht ist eine Kulturerscheinung. „Die Kultur aber ist die Entwicklung" (Wertung!) „der in der Menschheit liegenden Kräfte zu einer der Bestimmung" (Fatum?) „der Menschheit entsprechenden Gestaltung".[5]) Statt nun festzustellen, daß der rückhaltslos zuzugebende Charakter des Rechtes als Kultur-

---

[1]) Kausalität und Teleologie im Streite um die Wissenschaft, Wien 1904, S. 206.

[2]) S. 62.

[3]) S. 236.

[4]) Moderne Rechtsprobleme, Leipzig 1907, S. 1, Bd. 128 aus Natur und Geisteswelt.

[5]) a. a. O. S. 2.

erscheinung für das Wesen des Rechtes höchstens besagt, daß es die Existenz einer kulturell irgendwie entwickelten Menschheit voraussetze, daß aber der Begriff der Entwicklung und einer Bestimmung der Menschheit durch die Bezeichnung des Rechtes als Kulturerscheinung nicht mit dem Rechte in notwendige Verbindung trete, geht *Kohler* noch weiter und macht das Recht auf dem Boden einer organischen Weltauffassung gleichzeitig zu einem Erzeugnis und einem Förderungsmittel der Kultur: „Wir schließen aus dem Sein und Werden, daß dem Ganzen eine mit unbewußtem Zweckstreben ausgestattete Gesamtkraft zugrunde liegt . . . . . so kommen wir zu der Ueberzeugung, daß auch der Geschichte eine organische Entwicklung zugrunde liegt".[1])

„Nur wer eine Weltanschauung die seinige nennt, nur der kann die Kulturentwicklung . . . . erfassen und die Elemente würdigen, die teils Erzeugnisse der Kultur, teils Förderungsmittel ihrer Weiterbildung sind.[2]) „Wer das Recht erkennen will, der muß die Kultur erkennen und muß erkennen, welche Ziele die menschliche Kultur verfolgt" (ebenda.) Das Postulat dieser Anschauung spricht *Kohler*[3]) folgendermaßen aus: „. . das Recht jeder Kulturperiode soll so gestaltet sein, daß es den Entwicklungskeimen eben dieser Kulturperiode entspricht. . ." „Diese Idee habe ich schon längst dargelegt, schon längst bevor man den unschönen Ausdruck vom richtigen Recht gebrauchte."

Kohlers Aufstellung führt also zu einem Naturrecht (im Sinne *Bergbohms*) allerdings nicht zu einem unwandelbaren, wohl aber zu einem sich entwickelnden. Zu einem solchen muß jeder gelangen, der den Glauben an eine Vernunft der Welt hat. *Kohler* schränkt aber gleich die seinem Naturrechte etwa inwohnende Tendenz der Feindschaft gegen das positive Recht ein, indem er sagt[4]): „Allerdings das ist richtig, daß wir uns unbewußt der Führung des Schicksals anvertrauen müssen. . ."

Solange *Kohlers* Synthese: Recht und Kultur, nur auf dem

---

[1]) a. a. O. S. 4.
[2]) a. a. O. S. 2.
[3]) a. a. O. S. 13.
[4]) a. a. O. S. 18.

Gebiete der Rechtsschaffung von Einfluß werden soll, ist sie nicht nur nicht gefährlich, sondern vielmehr ausgezeichnet durch die Weite der dargelegten Gesichtspunkte. Sehr gefährlich wäre aber ein Uebergreifen der Wirkung dieser Synthese auf das Gebiet der Interpretation. In „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“ [1]) wird von *Kohler* allerdings über die „konstitutionelle Berechtigung“ eines auf „unrichtigen Entscheidungsgründen“ basierenden guten Urteils (dem Rechtsbewußtsein der Zeit entsprechenden Urteils) nicht entschieden. Die starke „Entsubjektivierung“ [2]) der *Kohler*'schen Aufstellungen an Geschichte und Rechtsvergleichung und *Kohlers* Hingabe an das Unbewußte in der Entwicklung lassen es seinerseits nicht befürchten, daß das positive Recht, die Unbedingtheit und Selbständigkeit desselben, zu kurz kommen, wie dies auch aus seinem Aufsatz „über die Interpretation von Gesetzen“ [3]) hervorgeht. Aber Angriffspunkte gegen die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Rechts liegen doch in seiner Lehre. In Händen von Leuten, die von dem Studium der Geschichte und der Rechtsvergleichung für die Erkenntnis der Kultur weniger erwarten als *Kohler*, kann die dem Recht auferlegte Aufgabe, die Kultur zu fördern, leicht zu einem gefährlichen Werkzeug gegen die Selbständigkeit des Rechtes werden.

Stammler wählt dieselben Ausgangspunkte wie *Kohler*, nämlich einerseits die Relativität des Rechts, anderseits das im Rechte sich Gleichbleibende (die notwendige Voraussetzung einer Beschäftigung mit dem Rechte überhaupt). [4])

Weniger großzügig als *Kohler*, der das Recht letzten Endes einer „Weltanschauung“ einordnet, unterstellt es *Stammler* dem Oberbegriff des sozialen Phänomens. [5]) Es „ist nötig, das Ganze der sozialen Erfahrung zu untersuchen, da in dem Problem des gesellschaftlichen Daseins der Menschen der Rechtsgedanke zweifellos auftritt, und in diesem die allgemein ermöglichenden

---

[1]) Würzburg 1883, S. 89.

[2]) Bergbohm.

[3]) Wien 1885.

[4]) Syst. Rechtsw. S. I. Der gleiche Gedankengang findet sich bei Bierling Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, Freiburg i. B. 1894, S. 3 ff.

[5]) Syst. Rechtsw. S. II.

Bedingungen für den Begriff des Rechtes durch kritische Besinnung festzustellen."

Das Recht gehört also zu jenen Erscheinnngen, die in dem Problem des gesellschaftlichen Daseins der Menschen auftreten. Damit ist, wie oben bemerkt, nicht viel gesagt, da es ja noch unklar bleibt, welche Elemente des Begriffes „gesellschaftliches Dasein der Menschen" die Bedingungen für den Begriff „Recht" abgeben. Letztere sind also aufzusuchen. Vorarbeit ist die Klärung des Begriffes der menschlichen Gesellschaft. Das gesellschaftliche Dasein der Menschen ist nach *Stammler*[1]) nur insoferne Gegenstand einer eigenartigen (von der Naturwissenschaft verschiedenen) Wissenschaft, als der Verkehr und das Miteinanderleben der Menschen von diesen geregelt ist. „Erst auf der Grundlage dieser so begriffenen Wechselbeziehungen (der Menschen) unter äußeren Regeln vermögen wir von sozialen Erscheinungen zu handeln. . . ."[2]) „Zu dem Begriff einer soziales Leben konstituierenden Regel gehört weiter nichts, als daß es eine von Menschen ausgehende Norm ist, die das Verhalten von zusammenlebenden Menschen zueinander bestimmen will. Sie verbindet diese in dem Begriff der Gesellschaft und erschafft" (!) „damit das soziale Leben als einen besonderen Gegenstand, weil" (!) „dadurch bebestimmende Gründe für den einzelnen eingeführt werden, die für ihn, als gänzlich isolierten Menschen gedacht, so nicht bestehen könnten."[3]) Zusammenfassend könnte *Stammler* also sagen: Soziales Leben als Gegenstand einer Wissenschaft liegt nur dort vor, wo für Menschen bestimmende Gründe eingeführt werden, die für ihn, als gänzlich isolierten Menschen gedacht, so nicht bestehen könnten. Recht wäre nur bei seinem Vorhandensein denkbar. Das würde meinen obigen Aufstellungen entsprechen, und eine Gefährdung der Selbständigkeit des Rechts würde hieraus nicht zu befürchten sein.

Stammler läßt aber dem Rechte die Selbständigkeit nicht. Er sieht, wie *Kohler*, den eigentlichen Fehler der Naturrechtslehrer darin, daß sie unwandelbares Recht aufstellen wollen;

---

[1]) Wirtschaft und Recht, S. 83.
[2]) S. 83.
[3]) S. 85.

wandelbares Naturrecht gibt er als berechtigt zu,[1]) ein solches stellt er selbst in seinem richtigen Rechte auf.[2]) Und dieses Recht leitet er aus Grundsätzen ab, die Elementen des Gesellschaftsbegriffes ihr Dasein verdanken. Die Unselbständigkeit des Rechts resultiert also bei ihm aus dem von ihm angenommenen Verhältnis zwischen Rechts- und Gesellschaftsbegriff. Der „Begriff der menschlichen Gesellschaft und des menschlichen Zusammenlebens" ist ein „Grundbegriff," „neben welchem derjenige der Rechtsordnung und der Sozialökonomie in dienender Stellung sich befinden."[3])

In den Begriff des Rechtes selbst nimmt *Stammler* allerdings nicht mehr auf als das erwähnte unschädliche Element seines Gesellschaftsbegriffes, d. h. er entwickelt wenigstens die weiteren Elemente dieses Begriffes nicht vor der Aufstellung der Rechtsdefinition, und er beansprucht ausdrücklich[4]) selbständige Betrachtung seiner, den Begriff des Rechts, die Berechtigung des Rechtszwanges und den richtigen Inhalt eines Rechts herausstellenden Operationen. Er definiert das Recht[5]) als „unverletzbare, selbstherrliche Regelung des sozialen Lebens der Menschen." In dieser Definition steckt ein teilweises ὕστερον πρότερον. Der Begriff „Recht" soll erklärt werden und daß geschieht durch einen Begriff, der schon voraussetzt, daß man den wesentlichen Charakter des Rechts erfaßt habe. Ein soziales Leben ist ja schon äußerlich geregeltes Leben und das Wesen dieser äußeren Regelung muß man bereits kennen, bevor man den Begriff „soziales Leben" denken kann. Die Definition enthält auch ein Begriffsmerkmal doppelt. Unter Einsetzung der Begriffsbestimmung für „soziales Leben" sieht sie folgendermaßen aus: Recht ist unverletzbare, selbstherrliche Regelung des durch Menschen äußerlich ge-

---

[1]) Syst. Rechtsw. S. VI.

[2]) Stammlers richtiges Recht wird als Naturrecht angesprochen von Gierke, die historische Rechtsschule und die Germanisten Rede. Berlin 1903, S. 61, Anm. 127 und Makarewicz, Das richtige Recht in der Z. f. d. ges Strafrechtswissenschaften, Jahrg. 1906, S. 937.

[3]) W. u. R. S. 10.

[4]) Syst. Rechtsw. S. II und XV.

[5]) Syst. Rechtsw. S. XXVIII.

regelten, menschlichen Verkehrs und Miteinanderlebens. Es lägen aber hier nur Fehler in der Definition, nicht in der *Stammler*'schen Bedeutungseinheit „Recht." In letzterer Richtung wird die Definition erst dann anfechtbar, wenn man die später von *Stammler* entwickelten Elemente des Begriffes „soziales Leben" in die Definition einsetzt, wozu man natürlich vollauf berechtigt ist, und wenn man die Verbindung „Regelung des sozialen Lebens" als eine die Pflicht des Rechtes begründende auffaßt, alle Elemente des sozialen Lebens auszubilden. *Stammler* geht selbst diesen Weg zur Begründung der Berechtigung des Rechtszwanges und zur Aufstellung der Lehre vom richtigen Recht. Er versucht[1]) den Nachweis zu erbringen, daß eine Betrachtung sozialen Lebens unmöglich sei außer unter vorhergehender Annahme eines „Endzweckes" desselben, unter welchen Endzweck sich alle anderen, im Laufe der Betrachtung anzunehmenden Zwecke als Mittel unterordnen müssen. Soziales Leben sei also nur denkbar als Leben mit einem Endzweck.[2])

Vom sozialen Leben dehnt sich diese Betrachtungsweise auch auf das Recht aus. Dieses ist nur als näheres oder entfernteres Mittel zu dem Endzweck der Gesellschaft berechtigt. Es ist aber das Recht nun tatsächlich „das unvermeidliche Mittel, um alle nur denkbaren Menschen sozial verbinden und unbedingt jede nur mögliche Gesellschaft bestimmen zu können."[3]) Ohne Recht ist ein soziales Leben undenkbar.[4]) Darin liegt die Begründung des Rechtszwanges.

Setzt man diese Resultate der Betrachtung in die gegebene Rechtsdefinition ein, so stellt sich folgender, wunderlicher Satz heraus: Recht ist unverletzbare, selbstherrliche Regelung des Lebens von Menschen, die unter dem Rechte einem Endzwecke nachstreben. Nun wird bei *Stammler* der Endzweck wirksam. Er muß durch eine unbedingt gültige Art des Verfahrens die Eigenschaft objektiver Berechtigung erweisen.[5]) Dies kann er nicht, weil er ja eben Endzweck ist.

---

[1]) W. u. R., S. 338 ff.

[2]) Hierüber Spann, a. a. O., S. 153.

[3]) Syst. Rechtsw., S. XXVII.

[4]) Artikel „Recht" im HWB. der Staatsw.

[5]) W. u. R., S. 354.

Er muß absolut, empirisch unbedingt sein.[1]) Er findet sich vor als „Gesetz für jede nur denkbare Zwecksetzung.“[2]) „Frei wollen von aller empirischen Bedingtheit, seine Zwecke so setzen und wählen, daß sie in der Richtlinie des absoluten Endzieles geführt werden, das ist die Gesetzmäßigkeit des Telos, die wir in unserer Sprache mit sollen bezeichnen.“[3]) Von diesem Standpunkte der Betrachtung aus gelangt *Stammler* zum sozialen Ideal (Endzweck), zu der Gemeinschaft frei wollender Menschen, ohne welches Ideal die Eigenart des sozialen Wollens — des sozialen Lebens nicht gedacht werden kann. Das Recht, als Regelung des sozialen Lebens, muß natürlich denselben Gedanken erhalten. Es ist Mittel zum Zweck — zum Endzweck; am Endzweck wird es gerichtet. Die zwei angeblich in dem Gedanken der Menschengemeinschaft enthaltenen Gedanken: die Richtung der Gemeinsamkeit der Zwecke und der Hinweis auf Menschen als vernünftige Wesen, als Selbstzwecke[4]) werden Richter des Rechts. Daß diese Aufrollung das Gebiet des „Formalen“ überschreitet, ergibt sich ohne weiteres schon daraus, daß „Materielles“ danach gerichtet werden kann, während wirklich „Formales“ das Materielle doch nur aufnehmen dürfte.[5])

Bei all dem Gesagten liegt immer noch einheitliches Recht vor. Die logische Einsetzung aller jener Merkmale, ohne die soziales Leben nicht gedacht werden kann, in die Rechtsdefinition hat die Einheit des Rechtes nicht gestört. Dieses Recht ist nur nicht mehr das positive Recht. Es gibt ja positives Recht, das dem Endzweck der menschlichen Gemeinschaft nicht dient. Wie dies noch als Recht gedacht werden kann, bleibt freilich unerfindlich, aber seine Existenz wird ja zugegeben. Es gibt also zweierlei Recht, und das richtige Recht kann man mit der gegebenen Definition wohl erkennen. Das unrichtige Recht bleibt

---

[1]) W. u. R. S. 355.

[2]) S. 356.

[3]) S. 356.

[4]) Syst. Rechtsw. S. L.

[5]) Interessant ist es, daß schon Stahl, die Philosophie des Rechts 3. Aufl. Heidelberg, Bd. II, 1856, S. 203, einen ähnlichen Gedanken verfolgt wie Stammler: „Das Prinzip und Maß des Rechtes“ ist „die Idee des vollendeten Gemeinzustandes.“

verborgen. Man kann ja erst dann etwas Recht nennen, wenn man sich darauf besinnt, was Recht ist. Das hat *Stammler* gegetan, aber er hat sich bloß auf das richtige Recht besonnen. Unrichtiges Recht ist, wie ja der Name schon andeutet, überhaupt kein Recht.

Von den radikalen Anhängern des freien Rechts kann es daher Stammler ganz begründetermaßen als Inkonsequenz vorgeworfen werden, daß er bei der Rechtsanwendung den Richter an die Gesetze binde. Die richtige Konsequenz seiner naturrechtlichen Aufstellungen zieht *Oskar Kraus*[1]: „Die Pflicht zur Botmäßigkeit erwächst einzig und allein aus der nachweisbaren Ersprießlichkeit des Gehorsams und aus der Weisheit und Gerechtigkeit der Norm.[2]"

Berolzheimer bezeichnet sich selbst als Neuhegelianer.[3]) Er habe versucht die von *Kohler* begründete Kulturphilosophie für Recht und Wirtschaft auszubauen. Eine klare Darlegung des logischen Verhältnisses der Begriffe Kultur, Recht, Wirtschaft und Gemeinschaft zueinander ist bei ihm nicht zu finden. Es liegt aber vielleicht gerade in dieser Unbestimmtheit eine besondere Gefährdung für die Selbständigkeit des Rechtes.

Der Begriff der Kultur wird von Berolzheimer nicht direkt an den der Gemeinschaft angeknüpft, sondern an den des Menschen. Die absolute Scheidelinie zwischen „Naturmensch" und „Kulturmensch" liegt nach Berolzheimer in dem ideologischen Denken.[4]) Der „Mensch als Idee" (d. h. in seiner „unmittelbaren Beziehung. . . zur Unendlichkeit„) ist gleich „Kultursubjekt."[5]) Daß der Mensch

---

[1]) Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation, Wien 1905, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 32.

[2]) Die reiche, Stammlers Aufstellungen betreffende Literatur ist bei Spann, a. a. O. S. 142 f. angegeben. Man vergl. auch Max Adler, a. a. O. S. 191 und insbesondere Simmel, „Zur Methodik der Sozialwissenschaft, S. 575 ff., endlich Jellinek, das Recht d. m. Staates, S. 342.

[3]) Arch. f. R. und Wph., Bd. I, die deutsche Rechtsphilosopie im XX. Jahrh., S. 134.

[4]) System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. I, München 1904, S. 184.

[5]) a. a. O. S. 185.

aber hiebei nicht als isolierter gedacht wird, ergibt die Definition des Begriffes Kultur[1]): „Alle Kultur bedeutet Kraft, Erhöhung menschlicher Kraft durch Schaffung von Kraftpositionen für die Menschheit.“ Gleiches zeigt sich bei der Entwicklung der Begriffe „gut“ und „böse“, bei welcher auf eine Zeit zurückgegangen wird, in der nicht ideologisch gedacht wird, die aber doch an die Gemeinschaft anknüpft.[2]) „Die Menschheit als Kultursubjekt ergibt zugleich die Menschheit als ethisches Subjekt.“[3]) Recht setzt also[4]) eine Gemeinschaft voraus. Fermentiert ist diese Gemeinschaft mit dem Kulturgedanken und mit diesem Kulturgedanken geht das Recht eine enge Verbindung ein. Das Recht ist eine Kulturerscheinung; es ist „die durch autonome Herrschaft im Kulturzustande begründete Ordnung.“[5])

„Die Rechtskultur erhöht die menschliche Kraft durch Bildung und Erhaltung geordneter Herrschaft“.[6]) „Das Recht scheidet sich von der bloßen Macht dadurch, daß es zugleich Kulturerscheinung und Kulturnotwendigkeit ist.“[7]) „Recht und Staat, Sittlickeit und Sitte, Gesellschaftsordnung und Ordnung überhaupt sind artifizielle Kräfte, Kraftpositionen der Kulturentfaltung.“[8]) Bei der ungeheuren Weite, die man dem Kulturbegriff geben kann, ist die Verbindung von Kultur und Recht, solange sie eine descriptive ist, wohl völlig unschädlich. Dazu kommt die wiederholte Betonung, daß die Kulturstrebungen keinesfalls als bewußte erfaßt werden müssen. Bei der Bemerkung: „Der geschichtliche Fluß läuft . . ., wie jeder natürliche Fluß, in vielen Windungen und Biegungen und scheinbar ohne Ziel, in Wahrheit immer wieder abgetrieben vom eigentlichen Ziele durch äußere Widerstände mannigfachster Art,“ scheint der Wert der Verbindung von Recht und Kultur überhaupt recht gering zu sein.[9]) Trotz-

[1]) a. a. O., Bd. III, S. 24.
[2]) a. a. O., Bd. I, S. 271 ff.
[3]) a. a. O., Bd. I, S. 261.
[4]) a. a. O., Bd. I, S. 282 und Bd. III, S. 106.
[5]) a. a. O., Bd. III, S. 91.
[6]) a. a. O. Bd. III S. 24.
[7]) a. a. O. Bd. III S. 95.
[8]) a. a. O. Bd. II S. VII.
[9]) a. a. O. Bd. III, S. 207.

dem leitet *Berolzheimer* aus dieser Verbindung sehr wesentliche Folgerungen ab, deren wesentlichste die Folgende ist: „Der Ideenkomplex, aus dem der Richter „freies Recht“ schöpfen soll, kann ... stets nur die jeweils herrschende“ (?) „Kultur sein. So mündet die „freie Rechtsschöpfung“ ein in den Neuhegelianismus“.[1]) Nachdem *Berolzheimer* in der Idee der Menschheit (Kultursubjekt!) den Grund für die Individualethik und die Sozialethik gefunden hat,[2]) nachdem also der Kulturgedanke die nötige Aktivität erlangt hat, wird vom Gesetzgeber gefordert:[3]) die „rechtliche Anerkennung und Fixierung der berechtigten“ (!) „Interessen jeder“ (!) „Wirtschaftsklasse“ und „rechtliche Garantie der Freiheit“ (!) „aller Kulturbestrebungen“. In diesem Sinne müssen die Gesetzgebungsfaktoren und die Verwaltungsbehörden „den Sozialismus von heute als das .. erkennen und feststellen, was er ist, und danach .. handeln. Der Sozialismus von heute“ sei „die einseitige Vertretung des Klasseninteresses der Lohnarbeiter; er“ müsse „also“ (!) „auf das berechtigte“ (!) „Klasseninteresse der Arbeiterschaft beschränkt werden.“[4]) Sehr gefährlich ist noch folgende, die Rechtssprechung betreffende Aeußerung *Berolzheimers*:[5]) „... in vielen .. Fällen ist ... der Rechtsbegriff unstrittig, dagegen die Entscheidung darüber, ob ein gewisser Tatbestand unter den Rechtsbegriff subsumiert werden kann, abhängig von der Kulturauffassung der zur Entscheidung Berufenen. Hier besteht in der Tat bisweilen ein weitgehender Unterschied der Auffassung der Richter und der ihnen nahestehenden Gesellschaftsklassen gegenüber der Anschauung anderer Bevölkerungsteile. Allein damit ist noch lange nicht gesagt, daß die Richter die Träger der irrigen oder rückständigen Kulturauffassung seien.“

Man sieht also, wie auch bei *Berolzheimer* aus der Unterstellung des Rechtes unter einen reichen (mit dem Kulturgedanken ausgestatteten) Gemeinschaftsbegriff das Recht in seiner Selbstständigkeit bedroht wird. Es wird abhängig von der Gesamt-

---

[1]) Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. Bd. I, S. 148.
[2]) Syst. Bd. I S 261.
[3]) a. a. O. Bd. II S. 493.
[4]) a. a. O. Bd. II S. 488.
[5]) a. a. O. Bd. III S. 250.

kultur, insoferne man unter dieser das Recht nicht mitbegreift. Soferne es nicht zugleich Kulturerscheinung und Kulturnotwendigkeit ist, kommt es der bloßen Macht gleich,[1]) insoferne ist es auch ungerechtfertigt und überhaupt nicht Recht. So kommt auch *Berolzheimer* zu einem Naturrecht. Die Rechtsidee ermöglicht die Erkenntnis des Unrechtes auch im Gesetz.[2]) Annähernd richtig läßt sich das Gesetz der Kulturentwicklung des Rechtes finden.[3]) Dieses Naturrecht äußert sich in rechtspolitischen Postulaten, von denen früher eine Probe gegeben worden ist, und es äußert sich auch auf dem Gebiete der Rechtsanwendung. Im Gegensatz zur Philosophie hat die Wissenschaft die „Tendenz zur Spezialisierung, daher auch zur isolierenden Abstraktion, und sie hat in beiden, durch beide, ihre größten Erfolge".[4]) Deshalb mußte *Berolzheimer's* Verbindung „Recht und Kultur" der auf S. 14 ff. befindlichen logischen Auseinandersetzung unterstellt werden.

An einer zu engen Verbindung von „Recht und Gesamtkultur" (minus Recht) krankt auch die Schrift *M. E. Mayer's:* Rechtsnormen und Kulturnormen.[5]) Soferne man nicht mit Graf *zu Dohna*[6]) annimmt, daß sich *M. E. Mayer* in dem Zirkel bewege: „Kulturnorm = Pflichtgebot — Kulturnormwidrigkeit = Pflichtwidrigkeit — x = y: eine Gleichung mit zwei Unbekannten", soferne man vielmehr dem Begriffe „Kulturnorm" Bedeutung beimißt, tritt dadurch das Recht in Abhängigkeit von etwas, das ihm wesensfremd ist. „Die Rechtfertigung des Rechtes und in Sonderheit die Verbindlichkeit der Gesetze beruht darauf, daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt".[7]) (Von jenen Gesetzen, die nur verbindlich sind, „weil es Gesetze sind",[8]) sei hier abgesehen.) Dementsprechend gibt es gerechtfertigtes Recht

---

[1]) a, a. O. Bd. III S. 95.

[2]) a. a. O. Bd. III S. 100.

[3]) a. a. O. Bd. III S. 101.

[4]) Tönnies, Sinn und Wert einer Wirtschaftsphilosophie. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphil. Bd. I S. 40.

[5]) Breslau 1903, Heft 50 der Strafrechtlichen Abhandlungen, begr. von Bennecke, herausgegeben von Beling. S. 17.

[6]) Gerichtssaal Bd. LXIII S. 358.

[7]) a. a. O. S. 16.

[8]) S. 26.

(Naturrecht) und ungerechtfertigtes Recht. *M. E. Mayer* zieht aus seiner Theorie (Naturrecht) weitgehende Folgerungen. Er bekämpft den Formalismus in der Jurisprudenz[1]; er vergißt aber, daß er durch übermäßige Ausdehnung einer an sich richtigen Beobachtung selbst in Formalismus verfallen ist.

Ein Naturrecht auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage gibt *Makarewicz.*[2]) Auch dieses Naturrecht entstammt der Unterstellung des Rechtsbegriffes unter einen reichen Begriff der Gemeinschaft und aus der weiteren unkritischen Verknüpfung der Elemente des Gemeinschaftsbegriffes mit dem Recht. „Das Ideal . . . . . ist Vernichtung der Gemeinschaft und Alleinherrschaft der Gesellschaft".[3]) „Das absolut Gute ist dem gesellschaftlich Nützlichen gleich." Daraus folgt ein „allgemeines Gebot für das menschliche Handeln": „Handle nicht deinen individuellen Interessen gemäß, sondern in der Richtung des sozialen Nutzens, und zwar mit Berücksichtigung nicht deiner eigenen Ansichten darüber, was gesellschaftlich nützlich ist, sondern derjenigen der Gesellschaft selbst!"[4]) „Die unsittliche Handlung und das Verbrechen einerseits, die sittliche Mißbilligung und die Strafe anderseits sind wesentlich identisch, nur ihre Spannung ist . . . . kleiner oder größer."[5])

Makarewicz's Rechtsphilosophie erhebt die Forderung nach einer neuen Form der Interpretation der Gesetze: Auf die grammatische und logische Interpretation, welch letztere „aus der Zusammenstellung einer gegebenen Vorschrift mit anderen Vorschriften desselben Gesetzes und aus dem Geiste des Gesetzes Schlußfolgerungen zieht", solle eine rechtsphilosophische Interpretation folgen, die den Vorrang vor der historischen verdiene. Bei der rechtsphilosophischen Interpretation solle das Rechtsideal (Naturrecht) maßgebend werden.[6]) Sofern *Makarewicz* glaubt, durch diese Interpretation „Recht" herauszustellen, sei ihm widersprochen.

---

[1]) S. 130.

[2]) Einführung in die Philosophie des Strafrechts, Stuttgart 1906.

[3]) a. a. O. S. 38, wo die Begriffe Gemeinschaft und Gesellschaft etwa im Sinne von Tönnies zu verstehen sind.

[4]) S. 62.

[5]) S. 72.

[6]) S. 21.

Welche Wunder es wirken kann, wenn durch den Begriff der Gemeinschaft jener der Anpassung in das Recht übergeht, zeigt *Matzat*.[1]) Nach ihm gibt es sachlich begründetes und sachlich nicht begründetes Recht.[2]) „Ein gerechtes Rechtsverhältnis ist ein solches, in welchem der Eine von dem Andern nicht mehr verlangt, als er selbst leisten will und kann.“ [3]) Ganz von selbst werden durch Anpassung und Auslese die ungerechten zu gerechten Rechtsverhältnissen. „Da die Rechtsverhältnisse umso eher zugrundegehen, je ungleichheitlicher, und je weniger inhaltreich sie sind, so müssen immer gleichheitlichere und immer inhaltreichere Rechtsverhältnisse übrig bleiben.“ [4])

Cathrein geht unter Anlehnung an *Stammler* und unter Berufung auf *Bergbohm* [5]) davon aus, daß es einen allgemeingültigen und unwandelbaren Rechtsbegriff geben müsse. Sein Gemeinschaftsbegriff enthält ebenso wie derjenige Stammlers die Richtung auf ein Endziel. Das Endziel soll die Erfüllung der göttlichen Absichten darstellen.[6]) Die von Gott in die Herzen der Menschen gepflanzten Pflichten bilden unter diesen eine sittliche Ordnung. Als „verpflichtend“ ist die Rechtsordnung ein Teil dieser sittlichen Ordnung.[7]) Ein Rechtsgesetz kann nie etwas vorschreiben, „was seiner Natur nach unsittlich und ungerecht ist“.[8]) „Gott, der die Quelle aller Verpflichtung im Gewissen ist, würde uns zugleich widersprechende Pflichten auferlegen und sich selbst widersprechen.“ (ebenda) Sofern das Recht nicht von dem ethischen Standpunkte, von dem Standpunkte des Seinsollenden ausgehe, sei es identisch mit Willkür und Gewalt.[9]) „Den ersten Beweis für das Dasein des von uns behaupteten Naturrechts liefert uns der früher entwickelte Begriff des Rechts. Recht im objektiven Sinne sind Gesetze, welche sich auf das Verhalten der Menschen

---

[1]) Philosophie der Anpassung mit besonderer Berücksichtigung des Rechtes und des Staates, Jena 1903, aus der Sammlung „Natur und Staat“, Teil I, 2.

[2]) a. a. O. S. 179 ff.

[3]) S. 183.

[4]) S. 190.

[5]) a. a. O. S. 78 f.

[6]) Recht, Naturrecht und positives Recht, Freiburg i. B. 1901, S. 177.

[7]) a. a. O. S. 176 f.

[8]) a. a. O. S. 175.

[9]) a. a. O. S. 176.

zueinander innerhalb der Gesellschaft beziehen und vorschreiben, allen andern Gliedern der Gesellschaft und dieser selbst das Ihrige zu geben. Nun gibt es aber solche Gesetze, die von Natur aus gelten, unabhängig von menschlicher Satzung oder Vereinbarung, und die auch von allen Menschen in der Praxis als gültig anerkannt werden, weil sie die notwendige Voraussetzung jedes geordneten gesellschaftlichen Zusammenlebens und auch der positiven Gesetze bilden. Zu diesen Gesetzen gehören vor allem die beiden Grundsätze des natürlichen" (!) „Sittengesetzes: „Du sollst jedem das Seinige geben!" und „Du sollst andern kein Unrecht zufügen!". Aus ihnen ergeben sich durch einleuchtende" (!) „Schlußfolgerung andere Gebote der Rechtsordnung, z. B.: Du sollst nicht töten, du sollst nicht Ehebruch begehen, du sollst nicht stehlen, betrügen, falsches Zeugnis ablegen, du sollst der rechtmäßigen" (!) „Obrigkeit gehorchen, die eingegangenen Verträge halten".[1])

Nach dem früher Gesagten erübrigt sich hier jede Kritik. Es sei nur darauf aufmerksam gemacht, daß es ganz folgerichtig ist, zu verlangen, daß die Rechtssätze mit den Sittengesetzen übereinstimmen, sobald man beiden die Funktion zudenkt, dem Endziel der Gesellschaft dienlich zu sein. Auch sei betont, daß mehr oder minder jede Rechtsdefinition in sich die Keime zu einem Naturrechte enthält.

Cathrein ist radikaler als *Stahl*, teilt aber im Großen und Ganzen dessen Gedankengang. Stahl[2]) geht auch von einem Begriffe der menschlichen Gemeinschaft aus, welche die Aufgabe hat, die Weltordnung Gottes im Menschengeschlecht zu erhalten.[3]) Das Recht ist dementsprechend eine sittliche Ordnung,[4]) ein durch die Gemeintat erfülltes, objektives Ethos der Gemeinexistenz als solcher.[5]) Nun bewirkt aber die von Gott dem Menschen verliehene Freiheit, daß diese zweite sittliche Ordnung, das Recht, gelöst ist von jener ursprünglichen göttlichen, von ihr abweichend,

---

[1]) a. a. O. S. 133.
[2]) Die Philosophie des Rechts, Bd. II, 1856.
[3]) S. 192.
[4]) S. 194.
[5]) S. 78 und 80.

ja oft ihr entgegengesetzt.[1]) *Stahl*'s Philosophie ist eben eine solche „nach geschichtlicher Ansicht".

Jellinek unterwirft das Recht einer doppelten Betrachtung: als Macht, als Seiendes müsse es kausal, als Seinsollendes aber müsse es teleologisch erfaßt werden.[2]) „Die Idealtypen sind . . . im Grunde nicht Objekt des Wissens, sondern des Glaubens . . ."[3]) Auf Grund der Erkenntnis des Zweckwandels der sozialen Institutionen[4]) sieht Jellinek in allem Wollen „zugleich vernünftige und unvernünftige Naturkraft".[5]) Das schließt durchgängige teleologische Betrachtungsart aus.

Nur dem sozialen Gebiet, nicht aber jenem der Rechtswissenschaft gehört das Recht als „soziale Funktion" an.[6]) Selbst diese Verwendung des Funktionsbegriffes auf dem sozialen Gebiet ist nun bei Jellinek eine so vorsichtige, daß daraus keine Gefährdung für jene Denkobjekte erwächst, welche diesem Funktionsbegriffe unterstellt werden. Man hat Gelegenheit, dies anläßlich der weitsichtigen Untersuchungen über die Beziehungen des Staates zu den übrigen sozialen Erscheinungen zu sehen.[7]) So heißt es z. B.: „Daß . . . die Wirtschaft . . . die staatlichen Verhältnisse auf das tiefste beeinflußt, gehört heute zu den trivial gewordenen Wahrheiten, so daß wissenschaftliche Besonnenheit fast mehr auf die Einschränkungen als die Bestätigungen dieses Satzes hinzuweisen hat".[8])

Jellinek sieht im Staate eine wesentlich teleologische Einheit. Nicht ein Zweck, sondern „konstante, innerlich kohärente Zwecke" einen die Vielheit der Menschen im Staate.[9]) Nicht objektive Zwecke, sondern zeitlich bedingte subjektive Zwecke rechtfertigen den Staat.[10])

---

[1]) S. 194.

[2]) Allg. Stl. S. 20. Aehnlich grenzt Löning die Zweckauffassung ein. Ueber Wurzel und Wesen des Rechts, S. 10. Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 15. Juni 1907 in der Kollegienkirche zu Jena, Jena 1907.

[3]) S. 34.

[4]) S. 41 ff.

[5]) S. 48.

[6]) S. 49.

[7]) S. 79 ff.

[8]) S. 103.

[9]) S. 171.

[10]) S. 228 f.

Ueber die Zwecke des Rechtes spricht sich *Jellinek* folgendermaßen aus: „Unwidersprochen bestehen die Zwecke des Rechtes in dem Schutz und der Erhaltung (in engen Grenzen auch Förderung) menschlicher Güter oder Interessen durch menschliches Tun und Unterlassen".[1]) Damit ist freilich nicht viel gesagt, denn das Wichtigste wäre wohl zu erfahren, welche Güter oder Interessen geschützt werden, und in welcher Art dies geschieht,[2]) aber dafür widerspricht es auch nicht der Erfahrung, und dies umsoweniger als Ausnahmen, wie bei allen massenpsychologischen Feststellungen,[3]) zulässig sind. Zu erwähnen bleibt noch, daß nach Jellinek alles Recht das notwendige Merkmal der Gültigkeit hat.[4])

In seinen Untersuchungen über „die Rechtswidrigkeit"[5]) geht *Hold von Ferneck* bei Herausstellung des Rechtsbegriffes in ähnlicher Weise vorsichtig vor wie Jellinek. Er sagt[6]): „Die Rechtswissenschaft hat weder nach dem letzten Zwecke des Rechtes zu fragen, noch etwa den „Rechtsgrund" des Rechtes anzugeben, d. h. die Berechtigung auszuweisen, daß das Recht überhaupt existiert". Beides komme auf dasselbe hinaus, und sei unpraktisch, denn das Recht sei insoferne eine „unwiderstehliche Naturmacht", als man es nicht entfernen könne, obwohl es durch das Medium des Intellektes von Menschen hindurchgehe.[7]) Trotzdem dringt auch bei Hold von Ferneck ein Element des Gemeinschaftsbegriffes in das Recht ein, welches das Recht in seiner Selbständigkeit gefährdet:

Das Recht ist nach Hold v. Ferneck unbestritten ein soziales Produkt.[8]) „Soferne die Individuen . . als rechtschöpfende Faktoren erscheinen, sind sie nicht Individuen im Sinne isolierter Individuen, sondern als Angehörige einer höher organisierten Gruppe".[9])

---

[1]) S. 325.

[2]) Man vergl. Löning, a. a. O., S. 11: Das Recht ist „Herr über die verschiedenen Interessen".

[3]) S. 326.

[4]) S. 325.

[5]) Bd. I, Jena 1903.

[6]) a. a. O. S. 30.

[7]) S. 33.

[8]) S. 11.

[9]) S. 46 f.

Das Recht in seiner Totalität ist Schutz der Interessen der Gruppe.[1]) Darin, sowie in der Verwendung der Antithese „Form und Inhalt" liegt eine Annäherung an *Stammler*. Durch die Betonung, daß das Recht eine objektive Macht sei, somit nur existiere, soferne ihm eine Realität zukomme, sofern es gelte und wirke, bleibt bei *Hold von Ferneck* dem Rechte die Positivität gewahrt.[2])

In Widerspruch mit dem vollinhaltlich aufrechterhaltenen Erfordernis der Positivität des Rechtes nimmt auch *Regelsberger*[3]) an, das Recht habe den Zweck der Erhaltung und Vervollkommnung der Gemeinschaft — incolumis civium conjunctio — und Endziel des Rechts sei die sittliche Vervollkommnung der Menschheit.[4])

Trendelenburg[5]) kommt von dem Standpunkte einer „immanenten Teleologie"[6]) zu dem Ergebnisse, das Recht sei „im sittlichen Ganzen der Inbegriff derjenigen allgemeinen Bestimmungen des Handelns, durch welche es geschieht, daß das Ganze und seine Gliederung sich erhalten und weiterbilden kann".[7])

„Auf der Stufe des Organischen und Ethischen ist die letzte Betrachtung auf den inneren Zweck gerichtet, der das Wesen der Sache ausmacht, indem sie fragt, was das Ding will und soll".[8]) Trendelenburg gibt unverholen zu, daß diese Betrachtung zur Aufstellung eines Naturrechts führe. Sofern das Naturrecht dem positiven widerspreche, sei dies der Fehler im Naturrecht, im positiven Recht, oder in beiden. Ein solcher Zwiespalt sei aber ungefährlich, „denn das positive Recht hat die Macht für sich; es herrscht, es gilt".[9]) Das positive Recht betreffend bleibt also Trendelenburg bei der kausalen Betrachtung.

Rümelin[10]) bringt das Recht in doppelte Verbindung mit der

---

[1]) S. 80.
[2]) S. 11.
[3]) Pandekten, in Bindings Hdb. d. d. Rechtsw., Leipzig 1893. S. 59
[4]) S. 61.
[5]) Naturrecht, 2. Aufl., Leipzig 1868.
[6]) S. 83.
[7]) S. 83.
[8]) S. 42.
[9]) S. 2.
[10]) Reden und Aufsätze, Freiburg i. B. 1875.

Gemeinschaft. Nach ihm erzeugt der Ordnungstrieb „die Idee des Guten mit der Unterscheidung einer subjektiven und einer sozialen Form, die Sittlichkeit und das Recht."[1]) Es kann aber das Gute nur gedacht werden, „als das wahrhaft Zweckmäßige, mit dem Ganzen der menschlichen Lebenszwecke im Einklang Stehende".[2]) Diese Ausgangspunkte erklären, daß nach *Rümelin* Zweck und Ziel des Rechtes nur das „Wohl der Gesellschaft" sein kann.[3]) Freilich sagt Rümelin selbst, daß er nur die Rechtsidee, nicht aber das positive Recht untersuchen wolle.

Richard Schmidt[4]) sieht in den Normen, Regeln oder Sätzen, die in ihrem Zusammenhang ineinandergreifend und sich ergänzend die Rechtsordnung, das Recht darstellen, „das Mittel, jedem einen Kreis des Genusses und der freien Bewegung im Privatleben wie im öffentlichen Leben offen zu lassen und hiedurch die Verteilung der Kulturgüter zu ermöglichen".[5]) Diese Aufstellung hängt innig mit dem Ausgangspunkte Schmidts zusammen, der Staat sei eine Zusammenfassung von Einzelkräften, ein Herrschaftsverhältnis unter der prinzipalen Tatsache der Tätigkeit für die Gesamtheit.[6]) Schon hier spielt der Zweckbegriff eine sehr bedeutende Rolle, die mit Schmidts eigener Abweisung einer zweckbewußten Schaffung von Staat und Recht[7]) nicht recht vereinbar erscheint. (Entelechie!?)

Ein Uebergreifen des Zweckbegriffes und des Gemeinschaftsbegriffes findet sich besonders noch in folgendem Satze Schmidts: „Der gerechte Rechtssatz ist . . . der für alle beteiligten Zwecke passende oder gemäße; gerecht und zweckmäßig ist dasselbe".[8])

Auch *Grueber* unterstellt das Recht den „Zwecken der Gemeinschaft".[9])

---

[1]) S. 70.

[2]) S. 79.

[3]) Reden und Aufsätze, Neue Folge, Freiburg i. B. 1881.

[4]) Allgemeine Staatslehre, aus Hand und Lehrbuch der Staatswissenschaften von Heckel, Leipzig 1901, 1903.

[5]) a. a. O., Bd. I, S. 167.

[6]) a. a. O., Bd. II, S. 9.

[7]) Bd. I, S. 168.

[8]) Bd. I, S. 179 Anm. 1.

[9]) Einführung in die Rechtswissenschaft, Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Birkmeyer, 2. Aufl., Berlin 1904, S. 14.

Zur Deckung von Unklarheiten in den Verhältnissen der verschiedensten Begriffe, insbesondere aber der Begriffe Recht und Wirtschaft werden vielfach die WorteForm und Inhalt herangezogen. Das Recht verhalte sich zur Wirtschaft wie die Form zum Inhalt.[1]) Die Antithese Form-Inhalt betreffend sagt *Hold von Ferneck*[2]): „Die Behandlung dieser Antithese und das Arbeiten auf ihrer Grundlage ergibt ähnliche Schwierigkeiten, wie die Gegenüberstellung des subjektiven und des objektiven Momentes, die auch in den verschiedensten Bedeutungen erfolgen kann, so daß der einen Betrachtung als subjektiv erscheint, was sich unter einem andern Gesichtswinkel besehen, als objektiv darstellt. Die Besprechung der Probleme wird durch die verwirrende Terminologie wesentlich erschwert". Es soll hier nicht aufgezeigt werden, wie vielerlei verschiedene Bedeutungen die Worte Form und Inhalt zu tragen gezwungen wurden, es werden vielmehr einige Zitate aus den Schriften *Stammlers* und *Berolzheimers* nur zu dem Zwecke verwendet werden, zu zeigen, daß die Antithese Form und Inhalt über das gegenseitige Verhältnis von Recht und Wirtschaft überhaupt nichts aussagt, da das Verhältnis von der Form zum Inhalte selbst völlig unklar ist.

Berolzheimer beschreibt das als das Verhältnis von Form zu Inhalt charakterisierte Verhältnis von Recht und Wirtschaft folgendermaßen[3]): „Regelmäßig" (!) „wirkt die Wirtschaftsänderung parallele Rechtsänderung, namentlich" (!) „dann, wenn jene eine gesunde . . . . . ist. Bisweilen wird die überwuchernde, kraftzerstörende Wirtschaftsbewegung durch das Recht als hemmenden Faktor retardiert. Das Recht, nämlich die betätigte Rechtsänderung wirkt ihrerseits auf die Wirtschaftsverhältnisse ein". „Wirtschaft und Recht verhalten sich wie ein elastischer Körper mit einer elastischen Decke," (Elastisch kann wohl nur ein Körper, nie aber eine Form sein!) „die beide verschiedenen Spannungs- und Ausdehnungsgesetzen unterliegen, aber doch jeweils eins bleiben müssen". „Nur bisweilen sprengt der Inhalt die Decke".

Nach *Stammler* ist „soziales Leben" „äußerlich geregeltes

---

[1]) Stammler, Syst. Rechtsw., S. XXX, Berolzheimer, Syst., Bd. I, S. VII.

[2]) a. a. O. S. 20.

[3]) Syst., Bd. II, S. 31.

Zusammenwirken von Menschen".[1]) Das Zusammenwirken ist die verbundene Arbeit mehrerer Personen, um bestimmte Bedürfnisse zu befriedigen, ist die Wirtschaft, ist der Stoff des sozialen Lebens.[2])

Das Recht ist die äußere Regelung der sozialen Wirtschaft,[3]) ist die Form des sozialen Lebens.[4])

Die Form eines Begriffes ist die Einheit seiner bleibenden und bestimmenden Gedankenelemente.[5])

Die Form verhält sich also bestimmend zum Inhalte, das Recht bestimmend zur Wirtschaft. In gerade entgegengesetzter Richtung geht aber *Stammler* bei Herausstellung des richtigen Rechtes vor. Dem Ideal der menschlichen Wirtschaft entnimmt er das Ideal des Rechtes. Das Verhältnis der Form zum Inhalte ist also auch bei ihm das einer ganz ungeregelten Wechselwirkung. *Berolzheimer* nennt es ein Reziprozitätsverhältnis.[6])

Wird von A ausgesagt, es sei die Form zu B, so enthält diese Aussage in der Tat nichts anderes, als daß A und B zusammengehören, „denn die Form ist nichts, als das Dasein des Wesens".[7]) Das Recht wäre nur dann die Form der Wirtschaft, wenn es keine Tatsache der Wirtschaft gäbe, die nicht die Form des Rechtes hätte, und wenn es keinen Bestandteil des Rechtes gäbe, der nicht nur wirtschaftlichen Inhalt hätte. Dies wäre meines Erachtens nur richtig, wenn man Wirtschaft gleich setzen würde mit Inhalt des Rechtes. Dann ist freilich mit dem Ausspruche auch nichts gewonnen. Die Aufteilung eines Ganzen in Form und Stoff gibt aber an sich nicht nur keinerlei feste Grenzen,[8]) sondern sagt auch über das Verhältnis der beiden Teile gar nichts aus. Man kann weder mit *Hold von Ferneck*[9]) sagen, daß die Form durch den Stoff bestimmt werde, weil es

---

[1]) Syst. RW., S. XXVIII.
[2]) Wirtschaft und Recht, S. 182, 185.
[3]) W. u. R., S. 158.
[4]) Syst. RW., S. XXX.
[5]) W. u. R., S. 119.
[6]) a. a. O., Bd. III, S. 158.
[7]) Kierulff, a. a. O., S. 9.
[8]) Breysig, Die Völker ewiger Urzeit, Berlin 1907, S. 172.
[9]) a. a. O., S. 20.

keinen eckigen Wassertropfen gäbe, (nicht „Wassertropfen ist der Stoff, sondern Wasser, das einer eckigen Form bekanntlich keinerlei Widerstand entgegensetzt) noch kann man sagen, daß die Form den Stoff bestimme, (Goldkugel!) denn gerade die Selbständigkeit und gegenseitige Unabhängigkeit von Form und Stoff begründet die gesonderte Betrachtung, die Teilung (Geometrie, Chemie). Die Antithese Form-Stoff erscheint also an und für sich als inhaltslos.[1])

II. Das Recht stammt aus Menschen und ist da schon der inneren Erfahrung zugänglich.

Ueber die Abstammung des Rechtes scheint mir nicht mehr mit Sicherheit behauptet werden zu können, als daß es aus Menschen herrühre. Auf die Unmöglichkeit einer Verständigung betreffend die Feststellung des Ursprunges des Rechtes macht *Gierke* aufmerksam.[2]) Diese Unmöglichkeit der Verständigung und der Mangel eines diesbezüglichen Bedürfnisses der Juristen veranlaßten die Beschränkung des Textes auf dasjenige, was allgemein zugegeben ist. Ein Hinausgehen der Schriftsteller über diese Aufstellung findet sich in zwei Beziehungen. Es wurde angenommen, daß das Recht in letzter Linie außermenschlichen — göttlichen — Ursprunges sei, oder die Vorstellung der Rechtsquelle wurde mit genauer umschriebenen Teilen menschlicher Aktivität verbunden. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der betreffenden Annahmen soll hier nicht geprüft werden; es soll vielmehr unter Zugrundelegung einiger Beispiele nur darauf hingewiesen werden, daß der Begriff des positiven Rechts durch derlei Annahmen vielfach in Frage gestellt wird.

Wird in einen Begriff das Merkmal der Abstammung des betreffenden Denkobjektes aufgenommen, so ist damit gesagt, daß unter den Begriff nur Dinge fallen können, deren angegebene Abstammung feststeht. Von einem Entenei kann man nie sagen, daß es ein Hühnerei sei.

Die Angabe der Abstammung kann aber noch in einer zweiten Beziehung wichtig werden: Ist z. B. der Obersatz gegeben: Auf alles, was bewußter menschlicher Aktivität entspringt, wendet

[1]) Man vergl. Bierling, a. a. O., Rede, Bd. I, S. 193.

[2]) Naturrecht und Deutsches Recht, Rede, Frankfurt a. M. 1883, S. 4.

man den Zweckbegriff an, so wird durch den Untersatz: Das Recht entspringt solcher Aktivität, das Recht der Anwendung des Zweckbegriffes unterworfen.

Von denjenigen Schriftstellern, welche das Recht letzten Endes aus Gott herleiten, seien nur *Stahl* und *Cathrein* genannt. Eine Folge dieser Herleitung wäre es, daß man nur dasjenige „Recht" nennen könnte, dessen göttlicher Ursprung erwiesen wäre.

Stahl beseitigt diese Konsequenz ausdrücklich dadurch, daß er durch die menschliche Freiheit so viel in das Recht einfließen läßt, was nicht aus Gott stammt, daß das Recht der göttlichen Ordnung sogar widersprechen kann.[1]) Die Abstammung aus Gott wird dadurch für das Recht selbst ganz unwesentlich

Bei Cathrein[2]) muß zwischen den durch Gott in die Herzen der Menschen gepflanzten Pflichten und anderen als Pflicht empfundenen seelischen Tatbeständen unterschieden werden. Nur ein Teil der ersteren schafft die Rechtsordnung — die Cathreinsche Naturrechtsordnung. Ein Satz ist also nur dann Rechtssatz, wenn er erwiesenermaßen auf einer von Gott in die Herzen der Menschen gepflanzten Pflicht beruht. Das muß natürlich bei der Interpretation berücksichtigt werden.

Der Behauptung eines göttlichen Ursprunges am nächsten stehen diejenigen Juristen, die das Recht aus dem Volksgeiste herleiten.

Die historische Rechtsschule, welche ursprünglich darauf ausging, die historische Erfahrung an die Stelle der Vernunfterkenntnis a priori zu setzen,[3]) hat seit *Savigny* den Volksgeist für die einzige Rechtsquelle erklärt. Auch jene neueren Juristen, welche die Anerkennung des Rechtes seitens der Rechtsuntertanen für notwendig halten, entfernen sich nicht weit von dieser Annahme, welche der historischen Rechtsschule das Prädikat einer romantischen eingetragen hat.

Die Gefahr, welche darin liegt, das Recht aus der Volksüberzeugung herzuleiten, hat schon *Bruns*[4]) besprochen, so daß

[1]) Man vergl. S. 38 f.

[2]) Man vergl. S. 32 f.

[3]) Landsberg: Kant und Hugo, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 28, S. 678.

[4]) In der 3. Aufl. der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff, S. 342, zit. von Geyer-Merkel in der 4. Aufl. dieser Excyklopädie, S. 82.

hier nur seine Worte wiederholt zu werden brauchen: „(Die seit *Savigny* herrschende Lehre von der Entstehung des Rechts) stellt nur das normale Verhältnis auf und verallgemeinert dieses, verleugnet aber, daß es auch abnorme Verhältnisse geben kann, wo der Gesetzgeber nicht Kind und Träger des Volksgeistes ist, vielmehr als Eroberer und Usurpator auch Gesetze geben kann, die im schreiendsten Widerspruche mit dem Volksgeiste und seinem Rechtsbewußtsein stehen. Dieses dann auch auf die Rechtsüberzeugung des Volkes zurückzuführen, weil es duldend das fremde Recht in sich aufnehme, ist eine leere und unwürdige Sophisterei.“ Es „müßte neben dem Gesetze eine Untersuchung über seine Uebereinstimmung mit dem Volksbewußtsein zulässig sein, was natürlich keine Rechtstheorie zulassen kann“.[1])

Die Aufstellung eines Juristenrechtes im Sinne *Beselers*, derzufolge man an zwei verschiedene Rechtssysteme glauben könnte, ferner der eifrige Kampf gegen die modernen Gesetzgebungswerke sind zwei unliebsame Folgen der Auffassung des Rechtes als Produkt einer Volksüberzeugung. Daß diese Auffassung sich selbst nicht in der Theorie des Gewohnheitsrechtes halten ließ, zeigt die bezügliche Literatur.[2])

„Vor der Zeit der historischen Rechtsschule nahm man an, das Recht entstehe durch die bewußte menschliche Tat der Gesetzgebung.“[3]) Diese Auffassung verführt leicht dazu, das ganze Recht nur mehr auf seinen Zweck hin zu untersuchen, und zwar natürlich auf seinen außerempirischen Zweck hin. Hiebei wird nun wieder der Boden wissenschaftlicher Untersuchung überschritten, und die Möglichkeit einer Verständigung ausgeschlossen.[4]) So kam

---

[1]) Aehnlich Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, Cassel 1872, S. 73: „Der ganze Vorteil, den Gesetze geben sollen, die bezweckte Schaffung eines sicheren, äußerlich erkennbaren Rechts würde völlig vereitelt werden, wenn eine damit übereinstimmende gemeinsame Rechtsüberzeugung Voraussetzung seiner Geltung wäre.“

[2]) Verarbeitet bei Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 66, 1883, Nr. 13; Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, Cassel 1877; Saleilles, Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, übers. v. Leonhard, Breslau 1905.

[3]) Sturm, a. a. O., S. 2.

[4]) Man vergl. Gierke, Naturr. u. Deutsches Recht, S. 4.

es denn auch zu geschlossenen aprioristischen Rechtssystemen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann.[1])

Von den heutigen vernunftrechtlichen Strömungen, welche sich von den damaligen wohl nur dadurch unterscheiden, daß sie mehr oder weniger auf die rein empirische Tatsache des Wechsels der Rechtsordnungen Rücksicht nehmen, wird noch öfter die Rede sein.

Aus den zahllosen Ansichten, welche zwischen diesen beiden Extremen mitten inne stehen, seien nur beispielsweise einige herausgegriffen. *Richard Schmidt*[2]) behauptet, daß das Recht als Ganzes ein Teil der Volksmoral und Volkssitte sei. Die daraus eventuell zu ziehende Konsequenz, nur was Volksmoral oder Volkssitte sei, könne Recht sein, wendet Schmidt dadurch ab, daß er seine Aufstellung auf die Durchschnittserscheinung der Rechtssätze beschränkt.

Kierulff[3]) sagt: „Das wirkliche Recht ist der natürlich wirkliche Wille des Staates."

Hold von Ferneck läßt das Recht wohl in den Individuen entstehen, aber nur in den Individuen, als Gruppenangehörigen. Dadurch wird wohl die Willkür von der Rechtsbildung ausgeschlossen, welche Konsequenz der *Stammler*'schen Unterscheidung von Recht und Willkür[4]), selbst *Dohna*[5]) ablehnt.

Ganz im allgemeinen spricht *Gierke*[6]) die Notwendigkeit einer Vereinigung der Grundideen der historischen Rechtsschule und der naturrechtlichen Lehren aus: „Es gilt die äußere Er-

---

[1]) Das Wesen des Naturrechtes kennzeichnet Lask, Rechtsphilosophie in „die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhundertes", Festschrift für Kuno Fischer, herausgeg. v. Windelband, Bd. II, Heidelberg 1905, S. 5, sehr gut in den Worten: Jedes Naturrecht „hypostasiert Rechtswerte zu Rechtswirklichkeiten". (Ganz ähnlich Bergbohm, a. a. O., S. 140 verbo „Maßgebendes".)

[2]) a. a. O., Bd. I, S. 170.

[3]) a. a. O., S. 1.

[4]) Syst. Rechtsw. S. XXV ff.

[5]) Die Rechtswidrigkeit, als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Halle a. S. 1905, S. 54.

[6]) Johannes Althusius, und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1902, S. 366.

fahrung, daß alles geltende Recht positiv ist, und die innere Erfahrung, daß die lebendige Kraft des Rechtes aus der mit dem Menschen geborenen Rechtsidee stammt, zu einer einheitlichen Grundauffassung vom Wesen des Rechts zu verbinden." Die Verbindung dieser Ideen geschieht heute wohl allgemein. In die Herkunft des Rechtes braucht aber diese Verbindung nicht verlegt zu werden. Für die heutige Theorie insbesondere wichtig ist die Frage nach der Abstammung des Rechtes wegen der leicht damit in Verbindung tretenden Frage nach der Zulässigkeit durchgängiger teleologischer Auffassung. Bei bewußter menschlicher Arbeit ist die Frage nach dem Zwecke nicht mehr auszuschließen. Die Frage nach dem ersten Zwecke drängt aber über sich selbst hinaus bis zu den letzten Zwecken und wirkt von da aus oft zerstörend in die kausale Erkenntnis zurück. Bedenkt man, wie leicht der Mensch geneigt ist, dasjenige, was seinen Wertungen nicht entspricht, zwecklos zu nennen, so wird man auf die Gefahr aufmerksam, welche darin liegt, nur in etwas Zweckvollem „Recht" zu sehen. Die besonders von *Jellinek* betonte Erfahrung des Zweckwandels[1]) sozialer Institutionen und das *Wundt*'sche Gesetz der Heterogonie der Zwecke sind wohl dazu angetan, der einseitigen Zweckbetrachtung den Weg zu vertreten, und darzutun, daß mit der Tatsache bewußter Tätigkeit noch lange nicht die Möglichkeit gegeben ist, das Produkt dieser Tätigkeit teleologisch voll zu erfassen. Nur als Entelechie, also mit dem nötigen Glauben an eine vernunftgemäße Welteinrichtung verbunden, kann da der Zweckbegriff wieder allmächtig werden. Als Beispiel hierfür gelte der interessante Satz: „In der Kunst, die unbewußte Gesetzgebungsweisheit des Gewohnheitsrechtes in die Form bewußter Gedankenreihen umzuprägen, müssen wir die Hauptaufgabe der Rechtswissenschaft sehen."[2])

Die wohl modernste Theorie der Entstehung des Gewohn-

---

[1]) Allg. Stl., S. 43 ff.

[2]) v. Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen, Bd. I, Berlin 1893, S. 343 unter Citierung von Leonhard, Zeitschrift für Rechtsgeschichte B 14 rom. Abt. Kritik von Petrażyckis Fruchtverteilung.

heitsrechtes faßt *Salleiles*[1]) in ausdrücklicher Anlehnung an *Lambert*[2]) in folgende Sätze[3]): Man muß „ohne . . . die schwerwiegende Bedeutung dessen, was man das gesamte Volksbewußtsein nennt, zu verkennen, davon überzeugt sein, daß in der Regel dieses Gesamtbewußtsein nicht am Anfange der Entwicklung des Gewohnheitsrechtes steht, sondern vielmehr ihr Endergebnis ist.“ „Alles wird von dem Einzelnen angeregt; sodann verbreitet es sich teils von Seiten einer Autorität oder so, daß einer auf den anderen einen Einfluß ausübt, teils durch Nachahmung.“ Hier hat der Zweckbegriff nicht viel Platz.

In einer trefflichen petitio principii schränkt auch *Kierulff*[4]) die Anwendung des Zweckbegriffes ein: „Jede wirkliche Rechtsproduktion, jedes neue Recht setzt voraus einen fühlbaren Mangel im Rechtszustand, ein wirkliches Nichtrecht (daß ein im Staat gelten sollendes Recht dem gefühlten Bedürfnis nicht entspricht).“

Auf dem auch heute oft eingenommenen Standpunkte „immanenter Teleologie“ weiß *Trendelenburg*[5]), dem Zweckbegriff im Rechte eine Stelle zu verschaffen: „Wenn man den psychologischen Weg darum für vergeblich erklärt, weil aus dem Seienden kein Sollen folgen könne, so verkennt man die Grenzen des Einwurfs, der nur auf der Stufe des Mathematischen und Physikalischen, nur auf dem Gebiet der wirkenden Ursachen gelten würde. Auf der Stufe des Organischen und Ethischen ist die letzte Betrachtung auf den inneren“ (!) „Zweck gerichtet, der das Wesen der Sache ausmacht, indem sie fragt, was das Ding will und soll.“

Auf einem ganz ähnlichen Standpunkt, der Trendelenburg zu einem Naturrechte führte, steht *Gierke*, der das Recht aus dem Rechtstriebe ableitet[6]): „Der Rechtstrieb zielt auf die Verwirklichung einer einfachen und nicht weiter zerlegbaren Idee des Menschen-

---

[1]) Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, übersetzt von Leonhard, Breslau 1905.

[2]) La Fonction du droit civil comparé, Paris 1903.

[3]) S. 66, 67.

[4]) a. a. O. S. 2.

[5]) a. a. O. S. 42.

[6]) Deutsches Privatrecht. In „Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft“, herausgeg. von Binding, Abt. II, Teil III, Bd. I, Leipzig 1895, S. 120.

geistes: der Idee des Gerechten." Freilich bevorzugt Gierke doch die kausale Betrachtung des Rechtes, denn er sieht es nicht bloß als Mittel zum Zweck an. So gut es eine schöne und unschöne Kunst, wahre und unwahre Wissenschaft gäbe, so gut gäbe es auch gerechtes und ungerechtes Recht; das Gerechte sei ein unerreichtes Ideal.

III. Das Recht bezieht sich auf die Aktivität der Menschen, kann dieselbe aber schon in einem Vorstadium treffen.

Seit dem 18. Jahrhundert wurde durch lange Zeit von den Juristen angenommen, daß es das Recht nur mit äußeren Handlungen zu tun habe, die Moral aber mit der Gesinnung.[1])

In dieser Gegensätzlichkeit wird diese Auffassung nicht mehr allgemein vertreten. Es herrscht wohl vollkommenes Einverständnis darüber, daß vom Recht die Gesinnung nur als Handlungsdisposition berücksichtigt werde, daß eine als unproduktiv gedachte Gesinnung für das Recht keinen Anknüpfungspunkt biete. Was aber insbesondere die Scheidung von Moral und Recht an der Hand dieses Merkmals betrifft, ist man sehr skeptisch geworden.

„Die Unterscheidung von Innerem und Aeußerem scheint zwar leicht zu sein, aber sie reicht doch nicht weit, wenn z. B. *Kant* das Rechtsgesetz so formuliert: Handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne; denn das Aeußere, das aus dem Inneren hervorgeht, wird nur dann in Wahrheit diesem Allgemeinen entsprechen, wenn auch das Innere, die Gesinnung, mit ihm übereinstimmt." [2]) „. . . die Rechtsbestimmungen sind nicht Bestimmungen des Willens als solchen, was dem inneren Gebiet, der Ethik, der Gesinnung, anheimfallen würde." [3]) „Ich halte den oft gemachten Unterschied zwischen Sitten- und Rechtsgesetz für im Ganzen zutreffend, wenn auch nicht erschöpfend, daß das Sittengesetz sich in erster Linie an die Gesinnung des Menschen wendet, während das Rechtsgesetz

---

[1]) Trendelenburg, a. a. O., S. 17.
[2]) Trendelenburg, a. a. O., S. 18.
[3]) Trendelenburg, a. a. O., S. 84.

vor allem die in die Außenwelt hinaustretenden Handlungen der Menschen berücksichtigt.“ [1]) „Denn das Recht erfaßt weder die Innerlichkeit des Menschen allein, noch die äußere Sphäre allein, sondern es wirkt durch die Innerlichkeit als Motiv auf die äußere Betätigung.“ [2]) „Der Berechtigte kann . . . nur ein Recht darauf haben, daß andere Menschen handeln oder unterlassen.“ [3])

Den Gegenstand des Rechts sehen im äußeren, praktischen Handeln z. B. die nachfolgenden Juristen: Thöl [4]), Stahl [5]), Ihering [6]), Rümelin [7]), Brodmann [8]), Bergbohm [9]), Bierling [10]), Thon [11]), Merkel [12]), Gareis [13]), Loening [14]), Gierke [15]), Jellinek [16]), Stammler [17]), Brütt [18]), M. E. Mayer [19]), Max Salomon [20]), Lask [21]).

Wie sehr das Recht die Innerlichkeit des Menschen in seinen Bereich zieht, zeigt unter den neueren Rechtsbildungen (richtiger: den neu wiedererstandenen Rechtsbildungen) vor allem das Institut der Rehabilitation. Rehabilitation ist „die nach Vollzug der Strafe auf Grund von Wohlverhalten erfolgende Aufhebung des in der Verurteilung liegenden Makels.“ „Es genügt nicht ein „Lebenswandel ohne Rechtsverletzung“. Es muß „positiv die

---

[1]) Zitelmann, Gewohnheitsr. u. Irrtum, S. 453.
[2]) Hold von Ferneck, a. a. O., S. 277.
[3]) Hold von Ferneck, a. a. O., S. 126.
[4]) Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851, S. 91.
[5]) a. a. O., Bd. II, S. 197.
[6]) Der Zweck im Recht, 4. Aufl., Leipzig 1905, Bd. I, S. 257.
[7]) a, a. O., Bd. I, S. 74.
[8]) Vom Stoffe des Rechts und seiner Structur, Berlin 1897, S. 14.
[9]) a. a. O., S. 360.
[10]) a. a. O., Bd. I, S. 87.
[11]) Rechtsnorm u. subjektives Recht, S. 69.
[12]) Holtzendorffs Enc., 5. Aufl., S. 7.
[13]) Allgemeines Staatsrecht, Freiburg i. B. 1887, S. 6.
[14]) Ueber Wurzel und Wesen des Rechtes, Jena 1907, S. 20.
[15]) Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 115.
[16]) Allg. Stl., S. 325.
[17]) Syst. Rechtsw., S. XXIX.
[18]) Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907, S. 18.
[19]) a. a. O., S. 16.
[20]) Das Problem der Rechtsbegriffe, Heidelberg 1907, S. 40.
[21]) Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts, herausgg. v. Windelband, Bd. II, Heidelberg 1905, S. 13.

Besserung erwiesen werden."[1]) So intern aber auch der Rechtstitel der Rehabilitation ist, auch seine Bedeutung besteht nur in der ihm innewohnenden potentiellen Energie. Nur „ein solcher Beweis von positiver Besserung vermag auch für die Zukunft Sicherheit zu bieten."[2])

In seiner „Symptomatischen Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens"[3]) geht *Tesar* in seinem Subjektivismus so weit, in der Gesinnung an sich einen möglichen Angriffspunkt für rechtliche Vergeltung zu finden.[4]) Aber selbst das Kirchenrecht geht nicht so weit:

„. . . schon im vierten Jahrhundert wird ausdrücklich anerkannt, daß die Gedankensünde rechtlich nicht strafbar ist, also der Grundsatz aufgestellt, daß zum Begriffe des kirchlichen Strafvergehens nicht der sünd- oder schuldhafte Wille als solcher genügt, sondern erst der in die Außenwelt hervorgetretene Wille den Begriff erfüllt."[5])

IV. Das Recht existiert bloß, sofern es „gilt."

Dasjenige empirische Phänomen, von dem aus die weiteren Begriffsmerkmale des Rechtes festgestellt werden, ist seine Geltung. Unter der Voraussetzung der Konstanz und Notwendigkeit der empirischen Eigenschaft unbedingter Geltung des Rechtes wird der Rechtsbegriff aufgestellt. Entspricht eine deduktive Entwicklung des Begriffsinhaltes widerspruchslos den empirischen Tatsachen, so leistet der Begriff dasjenige, was man von ihm verlangen kann. An die Stelle unsicheren und zerstreuten Wissens setzt er geordnete Kenntnis.

Die Geltung des Rechtes ist ein in fast alle Rechtsdefinitionen aufgenommenes Merkmal.[6])

---

[1]) Delaquis, Die Rehabilitation im Strafrecht, Berlin 1907, S. 102.

[2]) Delaquis, a. a. O., S. 102.

[3]) Berlin 1907.

[4]) Man vergleiche hierüber und dagegen meine Besprechung des Buches in H. Groß Archiv 29 Bd. 1908, S. 321 f.

[5]) Hinschius Kirchenrecht, Bd. IV, Berlin 1888, S. 744, 745. Man vergl. auch ebenda S. 828.

[6]) Hierüber: Max Salomon, Das Problem der Rechtsbegriffe, Heidelberg 1907, S. 39. Bergbohm, a. a. O., S. 360, spricht diesbezüglich von einer „stillschweigenden Einigkeit unter allen Juristen und Rechtsphilosophen."

Wer nicht von der Tatsache der Geltung des Rechtes ausgeht, kann natürlich nie zur Aufstellung eines Begriffes vom positiven Rechte gelangen. Es wird aber Wunder nehmen, warum er sich mit dem Rechte überhaupt eingehender beschäftigt, denn, nimmt er ihm die Eigenschaft für menschliches Handeln maßgebend zu sein, so bleibt nichts anderes übrig als ein Geistesprodukt, das bestenfalls einer Utopie gleicht. Die Existenz einer Rechtswissenschaft einerseits, die peinliche Struktur und Ausführung des Rechtsbaues anderseits bleiben unerklärlich. Da es zu Entwicklungen des Rechtsbegriffes, welche nicht von der Tatsache der Geltung des Rechtes ausgehen, wohl kaum mehr kommt, so scheint ein näheres Eingehen auf diesen Standpunkt hier überflüssig.

Ziemlich häufig gehen die Rechtsdefinitionen wohl von der Tatsache der Geltung aus, setzen sich aber doch in ihrem Ausbau mit dieser Geltung in Widerspruch, wofür das öfter zitierte Werk Bergbohms einen glänzenden Beweis schafft, und worauf im Bisherigen schon öfter hingewiesen wurde. Auch im Folgenden werden noch öfter Widersprüche aufzudecken sein, die zwischen dem geltenden Rechte und der konsequenten Durchdenkung von angeblichen Definitionen des positiven Rechtes bestehen.

Der nächste Gegenstand der Ausführungen ist die Aufdeckung des Wesens der Geltung des Rechtes. Das Recht, das sich auf die Aktivität von Menschen bezieht, ist nur in dieser Aktivität existent. Um aber von dieser Aktivität überhaupt sprechen zu können, muß ihr Sinn gehoben sein. Die Art menschlichen Handelns bringt es bald mit sich, daß der Sinn der Aktivität dieser selbst als Grund vorhergeht. Wenn also ursprünglich der Sinn noch in der Handlung förmlich verborgen liegt, (man könnte hier von einem Rechte sprechen, dessen sich die Rechtsgenossen noch nicht bewußt geworden sind) wird später der Sinn der Handlung selbständig als solcher feststellbar und festgestellt, die Handlung aber richtet sich nach ihm. Mit dieser Verselbstständigung des Sinnes geht es Hand in Hand, daß der Sinn auch nur mehr als solcher existent sein kann, ohne daß sich eine Handlung nach ihm richtet. Sieht man das Recht in den Geschehnissen, welche der äußeren Erfahrung zugänglich sind, so kann man von einem nicht verwirklichten — nicht geltenden

Rechte nicht sprechen. Manche Autoren identifizieren daher ganz richtig das „geltende Recht“ mit existentem Recht[1]) und behaupten, daß der Ausdruck „geltendes Recht“ das Merkmal der Geltung doppelt enthalte.[2])

Will man aber den allfälligen Sinn von menschlichen Handlungen schon mit dem Worte Recht bekleiden, dann kann man den Begriff eines Rechtes aufstellen, das gilt, und den eines Rechtes, das nicht gilt. Geltendes Recht liegt dann vor, wenn die Aktivität der Menschen dem Rechte (sc. dem Sinne des Rechtes) entspricht. Die Aufstellung eines Begriffes, der alle Merkmale des Rechtes mit Ausnahme der Geltung enthält, hat ohne Zweifel bedeutenden Wert, was sich im Verlaufe dieser Ausführungen noch zeigen wird. Aus dem Grunde bequemerer und hergebrachter Terminologie soll im Folgenden von den Ausdrücken „geltendes Recht“ und „nicht geltendes Recht“ Gebrauch gemacht werden.

Geltendes Recht ist nach dem Bisherigen jenes, das sich in den Handlungen der Menschen verwirklicht. Das Recht besteht aus einer großen Anzahl von Regeln für die Angliederung von Rechtsfolgen an bestimmte Tatbestände.[3]) Wenn man als Ausgangspunkt der Betrachtung eine Rechtsregel annimmt, die an den Tatbestand A die Rechtsfolge B knüpft, so gilt diese Rechtsregel dann, wenn nach Eintritt des Tatbestandes A die Rechtsfolge B verwirklicht wurde.[4]) Sie gilt aber nicht nur in diesem Falle. Das Recht sorgt meist selbst für jene Fälle, in denen eines seiner Gebote nicht befolgt wurde, und es stellt für diese Fälle (z. B. den Tatbestand C: Nichteintritt der Rechtsfolge B trotz Existenz des Tatbestandes A) besondere Rechtsfolgen auf (Rechtsfolge D). Werden diese sekundären Rechtsregeln verwirklicht, so liegt in dieser Verwirklichung gleichzeitig die Geltung der primären Regel. In ähnlicher Weise könnte von tertiären, quaternären etc. Regeln gesprochen werden, wenn hiebei an das

---

[1]) Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 191.

[2]) Bergbohm, a. a. O., S. 109, Anm. 51, spricht von einem „Pleonasmus.“ Kierulff, a. a. O., S. 3, identifiziert „wirkliches“ und positives Recht.

[3]) Hierüber vergl. man S. 85.

[4]) Man vergl. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, S. 449.

eben angedeutete gegenseitige Verhältnis von Rechtsregeln gedacht würde, dem zufolge bei Nichtbefolgung einer Rechtsregel eine zweite, dritte, vierte etc.[1]) solche Regel zu unmittelbarer Geltung kommen soll. Solange sich an den primären Tatbestand A irgend eine Rechtsfolge anreiht, sei es auch nicht die Rechtsfolge der primären, sondern jene einer sekundären, tertiären, quaternären etc. Rechtsregel, gilt auch die primäre Regel. Ihre Geltung hört erst dann auf, wenn sich an ihren Tatbestand keinerlei Rechtsfolge anreiht.[2])

(Der Verzicht auf das Eintreten einer Rechtsfolge seitens des Berechtigten ist natürlich selbst eine Rechtsfolge. Die äußere Möglichkeit des Eintrittes einer Rechtsfolge muß als Voraussetzung für die Prüfung der Geltung jeder Rechtsnorm angenommen werden.)

Die Geltung des Rechtes als ein empirisches Faktum ist nur für die Vergangenheit feststellbar. Die Geltung des Rechtes als außerempirisches Begriffsmerkmal reicht aber von dieser Feststellung aus in die Zukunft hinein. Ist der Begriff einer rechtlich geltenden Ordnung „einmal erzeugt, so wird er nun auch weitergeführt: die Geltung des Satzes wird . . . . als unabhängig gedacht von seinem tatsächlichen Angewendetsein.“[3])

Der Grund der Geltung des Rechtes ist für die Konstatierung der Tatsache der Geltung völlig gleichgültig. Auf ihn ist daher dort nicht weiter einzugehen, wo es nur darauf ankommt, die Geltung als Begriffsmerkmal aufzuweisen. Immerhin sei betont, daß man bei der Annahme eines Grundes der Geltung vorsichtig zu Werke gehen muß, falls man nicht mit den Tatsachen in Widerspruch kommen will. Wird, wie heute so häufig, die Anerkennung des Rechtes als Grund seiner Geltung angegeben,[4]) so muß mangelnde (direkte und indirekte[5]) Anerkennung jeder Norm

---

[1]) Thon, a. a. O., S. 8: „Das Recht ist ein Complex von Imperativen.“

[2]) Ueber die psychologische Genesis der „Geltung“ vergleiche man Zitelmann, a. a. O., S. 452 ff.

[3]) Zitelmann, a. a. O., S. 457. Man vergl. S. 95 ff.

[4]) z. B. Haenel, d Ges. i. form. u. mat. Sinn, S. 120; Brütt, a. a. O., S. 29; Bierling, a. a. O., Bd. I, S. 107; vorsichtiger Kipp, a. a. O., Bd. I, S. 83

[5]) Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 319.

den Rechtscharakter nehmen. Das Recht verliert auf diese Art seinen unbedingten Charakter und gewinnt das Wesen der von Stammler zum Unterschied vom Rechte sogenannten Konventionalregeln.[1])

Dieser Konsequenz entrinnt die Annahme, der Grund der Geltung des Rechtes liege „in der Ueberzeugung der Rechtsübenden, daß das, was sie üben, Recht sei.“[2]) Nähme man aber hier für das Wort Recht nicht zwei verschiedene Bedeutungen in Anspruch, so wäre damit wohl nicht viel gesagt, während sonst das geltende Recht vielleicht in Abhängigkeit von einem Naturrecht geriete.

Es scheint richtig, mit Gierke[3]) anzunehmen, daß die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes „von der Jurisprudenz nicht beantwortet werden“ könne; „denn der Geltungsgrund des Rechtes kann nicht selbst wieder ein Rechtsgrund sein.“

Im Hinblick auf diese Erwägung scheint der Ausdruck „Recht des Rechtes,“ den Stammler gebraucht, ganz besonders irreführend.

Ueber den Stand der Frage nach dem Grunde der Geltung des Rechtes orientiert völlig: Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. I, S. 77 ff., Zitelmann, a. a. O., S. 364 ff., Gierke, D. Prr., Bd. I, S. 159 ff., Franz Adickes, a. a. O., S. 28 ff. und Sturm, a. a. O., S. 4 ff.

Nachdem die Geltung des Rechtes in einer für die Zwecke dieser Arbeit genügenden Art beschrieben wurde, soll sie für die Bildung des Begriffes vom Rechte nutzbar gemacht werden.

Steht die Geltung eines Komplexes von Rechtssätzen einmal fest, so ist man berechtigt, als Ursache dieser Geltung eine Kraft anzunehmen, und zu sagen[4]): Das Recht ist Kraft. Umgekehrt kann das Recht nur dann als Kraft bezeichnet werden, wenn man von der Geltung desselben, von seiner Wirkung ausgeht. Das Verhältnis zwischen dem Recht als Kraft und seiner

---

[1]) Stammler, W. u. R., S. 488.
[2]) Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. I, S. 77.
[3]) D. Prr., Bd. I, S. 161.
[4]) So z. B. Berolzheimer, Phil., Bd. III, S. 88.

Geltung erlaubt die folgende Formaldefinition der Geltung: Diejenige innerlich zusammenhängende Summe von Geschehnissen, welche es veranlassen, daß man als deren Ursache das Recht als Kraft auffaßt, nennt man die Geltung des Rechtes.

Geht man von der Erkenntnis des Rechtes als einer Kraft aus, will man aber das Recht als einen Teilinhalt der menschlichen Psyche erfassen, so kann man auch sagen: Das Recht ist Wille. Damit trifft man eine große Anzahl von Rechtsdefinitionen, die insbesondere seit Hegel gebildet wurden.[1])

Von diesem Ausspruche aus erklärt sich dann leicht der Ausdruck „Geltendes Recht." Es gibt wohl geltenden und nicht geltenden Willen, während es nur geltende, d. h. wirkliche, existente Kraft gibt. Für die Bezeichnung des Rechtes als Wille spricht die innere Erfahrung. Der Rechtspolitiker ist ausschließlich auf diese Auffassung angewiesen, während der Rechtsdogmatiker das Recht als Kraft resp. als objektivierten Willen ansehen soll. (Als „objektivierten" Willen deshalb, weil die Annahme eines bewußten, menschlichen Willens der übertriebenen Anwendung der Zweckkategorie Vorschub leistet.[2]) In ungenauer, aber dem Herkommen folgender Art stellt der Text S. 14 den Satz auf: Das Recht will gelten. Es wird hier die Nutzanwendung aus der Aufstellung des Begriffes gezogen, der alle Merkmale des Rechtes enthält außer der Geltung. Wenn die Geltung des Rechtes uns zur Annahme einer Kraft befugt, welche diese Geltung bewirkt, so erlaubt die Zerlegung des Rechtes in Rechtsinn und Rechtswirklichkeit die sich in der Geltung dokumentierende Kraft als Resultante aufzufassen zwischen Geltungswillen und Geltungswiderstand. Geltendes Recht ist demzufolge Recht mit einem Geltungswillen (einer Geltungskraft), der größer ist als der Geltungswiderstand.[3]) Diese Auffassung entspricht, was noch

---

[1]) Thon, a. a. O., S. 1: „Seit Hegel ist es üblich, das Recht im objektiven Sinn als den allgemeinen Willen zu bestimmen." Kierulff, a. a. O., S. 1.

[2]) Ueber diesen Zusammenhang vergl. man Löning, a. a. O., S. 9 f. Man vergl. übrigens Hold von Ferneck, a. a. O., S. 48 ff.

[3]) Aehnlich Max Salomon, Das Problem der Rechtsbegriffe, Heidelberg 1907, S. 45.

ausdrücklich betont werden möge, der Betrachtung des Rechtes als empirischer Tatsache, ist aber selbst nicht Teil der Erfahrung, denn Geltungswille und Geltungswiderstand sind gesondert in der Erfahrung nicht auffindbar. Im Nächstfolgenden soll nur vom Geltungswillen gehandelt werden, während von dem Geltungswiderstande später die Rede sein wird.

A. Dem Rechte charakteristisch ist nicht der Geltungswille schlechthin, sondern der unbedingte Geltungswille. Sowohl die äußere als die innere Erfahrung geben Anhaltspunkte dazu, den Geltungswillen als unbedingten aufzufassen. Die Rechtspflicht einerseits, der Rechtsanspruch anderseits sind unbedingt. Unter Bevorzugung der Betrachtung der Rechtspflicht wird von neueren Autoren oft von dem den Normen gegenüber bestehenden Zwangsbewußtsein gesprochen und konstatiert, daß dieses ein unbedingtes sei.[1]) Das Positive zu dieser Betrachtung bildet der kategorische Imperativ. Dieses ließe sich einerseits in der Psyche desjenigen konstatieren, der einen Rechtsanspruch erhebt, anderseits in der „Gesamtpsyche" der das Recht als Ganzes wollenden Menschen.

In der Aufstellung des unbedingten Geltungswillens liegt ein Negatives und ein Positives:

Das Recht ist frei von jeglicher Abhängigkeit. In der Rechtswirklichkeit handelt es sich immer nur um die Konstatierung von Recht und Unrecht. Das als solches konstatierte Recht gilt ohne Rücksicht auf seine Uebereinstimmung mit den Prinzipien der Moral, der Sitte oder der Religion. Inwieferne das Recht selbst sich mit diesen Prinzipien deckt oder nicht deckt, kann dahingestellt bleiben. Ebenso gleichgültig ist es für die Frage nach der Unbedingtheit der Geltung des Rechtes, inwiefern die Rechtsgedanken vor ihrem Inkrafttreten von Tatsachen des Wirtschafts- und Kulturlebens beeinflußt wurden. Hier genügt die Feststellung, daß die Geltung des Rechtes eine unbedingte ist. Damit wird keineswegs die Rechtsentwicklung außerhalb die allgemeine Kulturentwicklung gestellt. Die Rechtsentwicklung mag sehr wohl von allen Kulturtatsachen abhängen, für das Recht selbst aber kann keinerlei Abhängigkeit zugestanden werden.

---

[1]) So z. B. Brütt, a. a. O., S. 8 und 25 unter Hinweis auf Stammler, Wirtschaft und Recht, S. 121—130 und Sternberg, Allgemeine Rechtslehre. Sammlung Göschen, Erster Teil, die Methode, S. 19.

Dies gilt auch von der Zweckkategorie. Das Recht kann niemals einem Zwecke in der Art unterstellt werden, daß nur dasjenige Recht genannt werden könnte, was diesem bestimmten Zwecke entspricht. Wohl nimmt das Recht in seiner Entwicklung Zwecke auf. Es entspringt doch großenteils bewußter menschlicher Arbeit, in der die Zwecksetzung eine hervorragende Rolle spielt. Als geltendes Recht aber ist es empirisch gegeben, und von Zwecken kann man da nur insoferne sprechen, als sie durch die gegebenen Normen bereits verwirklicht sind. Dementsprechend können Rechtsregeln niemals in Abhängigkeit von Zwecken geraten, die sie nicht selbst beinhalten. Auch auf induktivem Weg können die Zwecke nie höher geführt werden, als die Normen selbst, in denen sie vorfindlich sind. Daß z. B. der Rechtssatz: Wer mordet, wird bestraft, den Zweck habe, Morde zu verringern, daß das ganze Strafrecht den Zweck habe gegen die darin mit Strafe bedrohten Handlungen anzukämpfen, ist klar. Trotzdem untersteht das jetzige geltende Strafrecht nicht dem Zwecke der Verbrechensbekämpfung. Niemals dürfte, solange dies Strafrecht gilt, an Stelle der darin angedrohten Strafen ein Mittel verwendet werden, das zu dem Zwecke der Verbrechensbekämpfung tauglicher wäre als die bisherige Strafe. Sollte ein solches Mittel gefunden werden, so könnte es nur auf dem Wege der Rechtsschaffung in Gebrauch kommen. Die Zwecke des Rechtes überschreiten eben niemals die Höhe der Rechtssätze, in denen sie gefunden werden. Sie sind nie Herrn des Rechts. Das Recht ist vielmehr Herr über die Zwecke.[1])

Das Recht muß man als Jurist, (anders als Politiker) als Selbstzweck auffassen, und man tut dies auch, wenn man ihm z. B. das Ziel einer Ordnung oder Regelung des äußeren Verhaltens von Menschen[2]) vorschreibt. Das Recht ist an und für sich Ordnung und Regelung. Nennt man die Ordnung oder Regelung seinen Zweck, so besagt man, daß es Selbstzweck sei, ganz abgesehen davon, daß mit Worten wie Regelung, Ordnung,

---

[1]) „Ueber die verschiedenen Interessen", wie Löning, a. a. O., S. 11 sagt. Aehnlich Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person .... aus Archiv f. öffentl. Recht von Laband, Bd. V, S. 235 f.

[2]) Bierling, a. a. O., Bd. I, S. 19.

Harmonie, Interessenausgleich[1]) u. dgl. nichts gesagt ist, da ja das Prinzip derselben unbestimmt bleibt.

Gegen die Auffassung, das Recht unterliege einem Zweck, richtet sich Arnold[2]): Das Recht „hat überall, wo es erscheint, eine Menge von Gründen und Zwecken; der Haushalt der menschlichen Gesellschaft ist nicht so notdürftig eingerichtet, daß einer seiner wichtigsten Faktoren nur einen Grund und Zweck allein haben könnte.“[3])

Die Unbedingtheit der Geltung des Rechtes findet sich bei vielen Schriftstellern ausdrücklich anerkannt, so bei einem Vorläufer der freirechtlichen Bewegung, bei Franz Adickes[4]): „. . . eine gemeinsame Rechtsüberzeugung existiert eben nur über eine kleine Anzahl praktisch allerdings sehr bedeutsamer Sätze, wie: Geltung der Gesetze . . . .“[5]) „Die völlige Unabhängigkeit des einzelnen Gesetzes und seiner Geltungskraft von der Rechtsüberzeugung, und seine Geltung nur durch den Staatswillen ist sonach als oberster Grundsatz aufzustellen.“[6])

„. . . eine gemeinsame Rechtsüberzeugung Aller ist heute ein Unding.“ „. . . . . nur das weiß Jedermann, daß das Recht eine Autorität über ihm ist, daß daher seine eigene Ueberzeugung noch nicht Recht sei.“[7])

Das Recht ist nicht ein bloßes Mittel für den Staatszweck, sondern es hat in sich selber, in der Rechtsidee seinen selbständigen Grund.“[8])

„Rechtssätze . . sind Normen, die . . . . das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen.“ Es „strebt das Recht Kraft seines inneren Wesens nach unbedingter Durchsetzung seiner Normen.“[9])

---

[1]) Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, Zeitschr. f. d. ges. Handels- und Konkursrecht, Bd. 60, Heft 3/4, S. 95 ff.

[2]) Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865, S. 195.

[3]) Aehnlich Bernatzik, a. a. O., S. 236 und Bierling, a. a. O., S. 25.

[4]) Zur Lehre von den Rechtsquellen, Cassel 1872.

[5]) S. 4.

[6]) S. 25. Ebenso Max Salomon, a. a. O., S. 39.

[7]) Zitelmann, a. a. O., S. 435; man vergl. zum ersten Satz auch Kierulff, a. a. O., S. 10.

[8]) Bruns, Das Pandektenrecht in der Encyklopädie von Holtzendorff, herausgg. von Kohler, Berlin 1904, Bd. I, S. 298.

[9]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 113 und 114. Aehnliches bei Regelsberger, a. a. O., S. 58; Rümelin, Reden u. Aufsätze, Freiburg i. B. 1875, S. 75.

„Das Recht hat wie die Moral den Grund seiner bindenden Kraft absolut in ihm selbst, nur hat es ihn seiner eigentümlichen Natur gemäß nicht bloß in seiner Idee, sondern zugleich in seinem äußeren Bestande.“ [1])

B. Positiv ergibt sich aus dem unbedingten Geltungswillen — aus der Tatsache, daß das Recht auf keinerlei fremdes Prinzip verweisen kann und von keinem solchen abhängig ist — die Annahme eines eigenen Rechtsprinzips. Für diese Annahme ist es gleichgiltig, ob man dieses Rechtsprinzip kennt, und kennen kann oder nicht. Die Anerkennung, das Recht habe ein eigenes Prinzip, ist nichts anderes als die auf Grund der Art menschlicher Denktätigkeit geforderte Konsequenz aus der Anerkennung des unbedingten Geltungswillens. Daß etwas Positives und Einheitliches dem Rechte zugrunde liege, ist die Forderung unseres Denkens. Dieses Positive, Einheitliche und Unabhängige nennen wir Prinzip. In den etwa gleichstehenden Ausdrücken, das Recht sei ein System,[2]) eine Ordnung,[3]) eine Harmonie,[4]) eine Regelung,[5]) ein Inbegriff,[6]) eine Form,[7]) ein Complex,[8]) liegt überall auch implicite und als logischer Grund die Behauptung, daß dem Rechte ein Prinzip zugrunde liege. Insoferne trifft also die hiesige Annahme mit den oben erwähnten zusammen. Sie scheint mir deshalb den Vorzug zu verdienen, weil sie auf das Primäre, auf den logischen Grund, zurückgeht und gleich den Mangel unserer

[1]) Stahl, Rechtslehre, S. 240 — citiert von Krabbe. Die Lehre von der Rechtssouveränität, Groningen 1906, S. 189, als Ausdruck des Wesens der Rechtssouveränität.

[2]) Hold von Ferneck, a. a. O., S. 11, 17, 18; Brodmann, a. a. O., S. 16; Bergbohm, a. a. O., S. 391.

[3]) Stahl, a. a. O., S. 196; Dahn, Vernunft im Recht, Berlin 1879, S. 47, 36, 116; Gareis, Staatsrecht, S. 6 u. Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Gießen 1905, S. 7; Rümelin, Reden u. Aufsätze, Neue Folge, Freiburg i. B. 1881, S. 344; Berolzheimer, Phil., Bd. III, S. 91; Regelsberger, Pandekten in Bindings Hdb., Leipzig 1893, Bd. I, S. 58. Merkel nennt das Recht ein „Prinzip der Ordnung“, Enc. d. Rw., Holtzendorff, 5. Aufl., 1890, S. 5.

[4]) „Harmonie des sozialen Lebens“; Loening, a. a. O., S. 21.

[5]) Regelsberger, a. a. O., S. 59.

[6]) Grueber, Einführung, S. 14; Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Ausgabe v. Hartenstein, Bd. VII, S. 26 u. 27; Trendelenburg, a. a. O., 83, Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd I, S. 113.

[7]) Stammler, W. u. R., S. 121, 220, 222, Berolzheimer, a. a. O, Bd. II, S. 11, 30, 32.

[8]) Thon, a. a. O., S. 8; Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 98.

Kenntnis offenbart. Feindlich ist sie nur dem Gedanken, daß das Recht eine durch kein Prinzip zusammengehaltene „Summe“ von Regeln sei — förmlich ein Sammelname für Denkobjekte, die nichts in sich haben, um zu einer Einheit zusammengefaßt zu werden. Letzteres müßte eigentlich die Ansicht aller derjenigen sein, welche für das Recht die philologische Interpretation fordern (historische Rechtsschule), denn es ist für sie völlig unmöglich, die von verschiedenen Menschen und aus verschiedenen Zeiten herstammenden Gesetze zu einem Ganzen zu verschmelzen, da jedes solche Gesetz in dem Geiste seiner Zeit versteinert bleibt.

Sehr inhaltsreich ist das Urteil: Das Recht hat ein Prinzip, nicht. Man kann aber auch gleiches von den oben erwähnten Urteilen sagen: Das Recht ist ein System, eine Ordnung usw. . Inhaltsreich könnten alle diese Aussprüche nur durch die Aufdeckung des maßgebenden Prinzipes werden. Ich glaube aber, daß eine widerspruchslose, befriedigende Feststellung des Inhaltes des dem Rechte zugrundeliegenden Prinzipes nicht so bald gelingen wird.[1]) Ueberdies erscheint sie mir wenigstens für die Zwecke dieser Arbeit als unnötig. Die Abgrenzung des Rechtes von der Moral, der Sitte und der Religion dürfte auf Grund der Unbedingtheit des rechtlichen Geltungswillens bewerkstelligt werden können.[2]) Zur Unterstützung wird man immerhin einen ungefähren Anhaltspunkt für den Inhalt der Prinzipien des Rechtes, der Moral, der Sitte und der Religion finden, wenn man sich den in der Umgangssprache vorfindlichen Sinn der Worte „gerecht, gut, gefällig, gottgefällig“ wachruft.

Die Moral unterfällt der Bedingung der Freiwilligkeit, die Sitte der Bedingung äußerer Erscheinung und fremder Wertung, die Religion der Bedingung der Gottgefälligkeit. Nur im Worte

---

[1]) „Es wäre . . . vergeblich eine einheitliche Definition der Gerechtigkeit versuchen zu wollen. Denn da dieser Terminus einfach die Absolutheit und Apriorität des Rechtes als solche aussagen will, so sind in ihm all die Anforderungen zusammen gedrängt, die nach den verschiedenen Weltanschauungen an das Recht gestellt werden.“ Lask, a. a. O., S. 24; Gierke nennt „die Idee des Gerechten“ eine „einfache u. nicht weiter zerlegbare Idee des Menschengeistes“, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 120; Berolzheimer, Phil., Bd. III, S. 98: „Ueber den Inhalt der Rechtsidee gehen die Ansichten der Philosophen sehr auseinander.“

[2]) Bei Stammler, Wirtschaft u. Recht, S. 121—130; Sternberg, Allg. Rechtslehre, S. 19 und Brütt, a. a. O., S. 8 u. 25 geschieht die Abgrenzung auf Grund des den Normen gegenüber bestehenden verschiedenen Zwangsbewußtseins.

Recht liegt das Unbedingte; die Worte gut, gefällig und gottgefällig tragen ihre Bedingungen schon in sich.[1]) Vielleicht hängt es damit zusammen, daß das Wort Recht als Wertung genommen keine Gradunterschiede zuläßt, während die Worte, in denen die Prinzipien der Moral, der Sitte und der Religion zu Tage treten, einer Steigerung fähig sind. Es gibt nur eine und nur einerlei Wertung „Recht".[2]) „Das wirklich vorhandene Gesetz ist objektiv das rechte und gerechte." „Es gibt nur eine Unsittlichkeit, nicht aber eine Ungerechtigkeit des Rechts."[3])

Daß die rechtlichen Normen seinerzeit von den Normen der Moral, Sitte und Religion ungeschieden waren[4]), hindert nach erfolgter tatsächlicher Scheidung nicht die Notwendigkeit der begrifflichen Scheidung; eigentliches Recht ist vielmehr erst nach der Trennung begrifflich zu erfassen.[5])

Auch die Frage nach der Adresse der rechtlichen Normen löst sich auf Grund des Geltungswillens des Rechtes: Das Recht will gelten; es will, daß sich die Aktivität der Menschen nach ihm richte; es will, daß seine Normen befolgt werden. Nur jene Menschen können Normen befolgen, an welche die Normen gerichtet sind. Es steht also fest, daß sich das Recht an Menschen richten muß. An alle jene muß es sich wenden, von denen es unbedingt befolgt werden muß, um zu gelten; das wären die Hüter der Normen höchster Ordnung.[6]) In der Geltung der Normen höchster Ordnung liegt ja die Geltung der entsprechenden Norm niederer Ordnung mit beschlossen. Nun gehört zu den Tatbeständen höherer Ordnung die Nichtbefolgung der Normen niederer Ordnung. Um „nicht befolgt werden zu können," müssen sich aber die Normen auch an Menschen richten. Das Recht muß sich also an alle Menschen wenden, deren Aktivität sich nach ihm richten muß, damit es überhaupt noch gilt;

---

[1]) Gierke, D. Pr. R., Bd. I, S. 113, scheidet die Sitte vom Recht auf Grund von dessen Unbedingtheit.

[2]) Bergbohm, a. a. O., S. 109.

[3]) Kierulff, a. a. O., S. 17.

[4]) Arnold, a. a. O., S. 249; Wurzel, a. a O., S. 63; Zitelmann, a. a. O., S. 432; bei Berolzheimer, Phil. III, S. 147 als „herrschende Ansicht" aufgeführt; Rich. Schmidt, a. a. O., Bd. I, S. 168; M. E. Mayer, a. a. O., S. 19; Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 225.

[5]) Zitelmann, a. a. O., S. 434.

[6]) Man vergl. hiezu S. 50 f.

es muß sich aber auch an alle jene wenden, deren Aktivität als „Nichtbefolgung einer Norm“ den Tatbestand für eine rechtliche Folge abgeben muß. Es ist somit an alle adressiert, deren Aktivität von rechtlichem Belange ist — an alle Rechtsuntertanen.

Man kann nicht sagen, daß es unvernünftig ist, an alle Menschen Normen zu richten, ohne Unterschied, ob sie denselben folgen können oder nicht. Unvernünftig wäre es vom Rechte bloß, von allen Menschen verstanden und befolgt werden zu wollen, ob diese Menschen die Möglichkeit zum Verständnis und zur Befolgung haben oder nicht. Das aber will das Recht noch lange nicht, wenn es sich auch an diese Menschen wendet; es rechnet doch damit, daß es nicht verstanden und nicht befolgt wird.

Damit, daß die Unabhängigkeit dargetan wurde zwischen den Fragen: An wen wendet sich das Recht? und: Von wem kann und muß das Recht verstanden werden um zu gelten? erledigt sich die Behauptung Hold von Fernecks, das Recht richte sich nur an taugliche Befehlsempfänger.[1])

Im Sinne des Textes sprechen sich aus: v. Bar,[2]) Merkel,[3]) Bierling,[4]) Brütt,[5]) Wendt[6]) und Thon.[7])

Gegner der hier vertretenen Ansicht sind Ihering[8]) und M. E. Mayer.[9]) Die Literatur verarbeitet vollständig: Thon[10]) und Hold von Ferneck.[11])

C. Im Verlaufe der vorhergehenden Untersuchung wurde die Geltung des Rechtes dort angenommen, wo der Geltungswille des Rechtes stärker ist, als der Geltungswiderstand.[12]) Der Geltungs-

---

[1]) a. a. O., S. 198 u. 355 ff.

[2]) Gesetz u. Schuld im Strafrecht, Bd. I, Berlin 1906, S. 4.

[3]) Holtzendorffs Enc. S. 11.

[4]) a. a. O, Bd. I, S. 132.

[5]) a. a. O., S. 28.

[6]) Ueber die Sprache der Gesetze, Tübingen 1904, S. 5.

[7]) Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878, S. 104 und der Normenadressat in Iherings Jahrbüchern, Zweite Folge, Bd. XIV.

[8]) Geist, II, 1, S. 21.

[9]) Man vergl. hierüber S. 9 u. ff.

[10]) Der Normenadressat.

[11]) a. a. O., S. 355 ff. — Für Hold von Fernecks Standpunkt charakteristisch ist sein Ausspruch: „Alles Recht ist Situationsrecht.“ S. 205.

[12]) S. 53.

wille ist an bestimmte Normen und an bestimmte Situationen gebunden, der Geltungswiderstand ebenfalls. Aufzufinden sind beide Kräfte (bezw. Kraft und Widerstand) in den Menschen. Es ist aber nicht leicht, die Komponenten dieser Kräfte festzustellen, denn für das Recht treten nicht nur jene Menschen in die Schranken, welche in der gegebenen Situation aus der Herrschaft der betreffenden Norm unmittelbaren Nutzen ziehen (z. B. Darlehensgeber für Darlehensrückzahlung), sondern es spielen da noch viele andere Momente völkerpsychologischer Natur mit (handelte es sich ausschließlich um Nutzen im gewöhnlichen Sinne und Macht, so müßten die entdeckten Verbrecher und die unheilbaren Kranken alles über sich ergehen lassen.).

Die der Soziologie zufallende Aufdeckung der fraglichen Komponenten hat für den Gang einer Untersuchung über Gesetzestechnik keinen besonderen Wert, während sie für die Rechtspolitik, für die „Kunst der Gesetzgebung“ [1]) unentbehrlich ist.

Hier genügt die Hervorhebung, daß die Geltung des Rechtes nur dort eintreten kann, wo der disponible Geltungswille stark genug ist, um die gegnerischen Kräfte zu besiegen. Bedenkt man, daß das Recht aus Menschen stammt, so muß man annehmen, daß auch nur dort Geltungswille vorfindlich sein wird, wo derselbe auf seinen Sieg rechnen kann, denn Unmögliches wird nicht gewollt Daß unter den möglichen Widerständen Normvorstellungen eine bedeutende Rolle spielen, erhellt ohne weiteres, soll aber doch besonders hervorgehoben werden. Die Rechts**bildung** gerät dadurch in eine bestimmte Abhängigkeit von diesen Vorstellungen, das **Recht** selbst aber nicht. Was nicht schon geltungsmöglich und mit dem nötigen Geltungswillen ausgestattet war, das war eben nie Recht. Ist aber einmal etwas Recht, so bleibt es unabhängig und selbstherrlich bis zu seinem Untergange — also bis zum Eintritt seiner Geltungsunmöglichkeit, die einem Minus an Kraft oder einem Plus an Widerstand entspringen kann. Die Desuetudo der Bestimmung der österreichischen Ministerialverordnung v. 27. April 1854 Nr. 107 RGBL., welche die Einfuhr, den Verkehr, das Ansichbringen und die Verbreitung der Mazzini-Lose, Kossuthdollarnoten etc. für Mitschuld am Hochverrate erklärte, ist wohl dem Verluste des Geltungswillens,

---

[1]) Zitelmann.

die Abschaffung der rechtlichen Klassenunterschiede dem Anwachsen des Geltungswiderstandes zu danken.

Der immer und überall gleichbleibende Rechtsbegriff[1]) hat in der Geltungsmöglichkeit dasjenige variable Element aufgenommen, das dem Juristen die kausale Betrachtung des Rechtsstoffes zur Pflicht macht, und ein Naturrecht ausschließt. Die Geltungsmöglichkeit bringt das Recht bei Entstehung und Untergang mit allen übrigen sozialen Phänomenen in Berührung und Zusammenhang. Von ihr aus ist eine soziologische Betrachtung des Rechtes nicht nur möglich, sondern für den Rechtspolitiker auch unumgänglich.

Die Geltungsmöglichkeit wurde schon häufig zu einem Merkmale des Rechtes gemacht. Im Folgenden werden einige Aussprüche zitiert, welche das bereits hier Gesagte noch etwas ausführen sollen:

„Wenn die Gesetze nicht mehr mit der Aufklärung des Volkes gleichen Schritt halten, ... so müssen" (!) „die Gerichtshöfe allmählig von den alten Prinzipien sich entfernen . . . . . ."[2])

Es „muß die vollkommenste Regel fruchtlos bleiben, so lange ihr nicht eine entschiedene Richtung im Volk, eine Empfänglichkeit dafür, entgegenkommt."[3])

„Da das Gesetz eine verpflichtende Norm ist, so kann ein offenbar vernunftwidriges Gesetz kein wahres Gesetz sein."[4])

„Nur das, was seiner Natur nach befehlbar und dessen Befolgung äußerlich erkennbar und kontrolierbar ist, kann den Inhalt einer Rechtsnorm bilden, also nur Handlungen, nicht innere psychische Vorgänge."[5])

„Eine Norm gilt dann, wenn sie die Fähigkeit hat, motivierend zu wirken, den Willen zu bestimmen." „Wohl aber war von jeher und ist heute unzweifelhaft in umfassenderem Maße in dem Rechte der Kulturvölker ein Grundstock vorhanden, der jeder gesetzgeberischen Willkür entzogen ist." „Die Grundlagen des Strafrechtes z. B. sind in großem Umfang feststehend, die Verpönung schwerer Angriffe auf

---

[1]) Bergbohm, a. a. O., S. 29.

[2]) Bentham, Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung, herausgeg. von Dumont, Berlin 1830, S. 218.

[3]) Savigny, Zeitschrift für die Geschichtliche Rechtswisschschaft, Bd III, Berlin 1816, S. 21.

[4]) Cathrein, a. a. O., S. 37 — wohl in Anlehnung an Dahn, Vernunft im Recht, Berlin 1879, S. 36.

[5]) Rümelin, Reden und Aufsätze, Neue Folge, S. 347.

die wichtigsten Rechtsgüter nicht von dem Belieben des Staates abhängig.“ [1])

Recht ist erst dann gegeben, „wenn auf diesem Willen eine Norm beruht, das heißt, wenn in seinem Dienste eine so große Macht steht, daß er imstande ist, das Verhalten der Menschen, auf welche er sich bezieht, zu beeinflussen.“[2])

„Die Normen richten sich weiters an die tauglichen Befehlsempfänger nicht immer, sondern nur dann, wenn sie sich in einer Lage befinden, welche die wenigstens regelmäßige Durchsetzung der Befehle voraussehen läßt.“ „Denn . . . . man kann nur wollen, was man für erreichbar hält.“ „Die Sanktion, mit der er seine Willenskundgebung zum Befehl erhebt, kann den menschlichen Willen nur beugen, wenn sie in einer gewissen Proportion zum Widerstande steht, den sie nach vernünftiger Voraussicht durchschnittlich vorfindet. Deshalb kann der Gesetzgeber Pflichten nur in bestimmter Größe auferlegen.“ [3])

„Darum entschwindet zuletzt das Recht, das sich nicht durchzusetzen vermag, aus dem Gesamtbewußtsein und hört damit auf, Recht zu sein.“ [4])

„In einem gesunden Staat, welcher allein wirklicher Staat ist, will der Gesetzgeber als Organ der Totalität nur, was er durchsetzen kann, und er kann nur durchsetzen, was die Nation will.“ [5])

„Wenn der Strafpolitiker sich begnügt, zu erwägen, was zweckmäßig wäre und er sich nicht Rechenschaft darüber gibt, was ausführbar sein wird, so wandelt er auf falscher Bahn und er wird seine Aufgabe nicht lösen.“ [6])

In ähnlicher Weise wird die Geltungsmöglichkeit behandelt bei:

---

[1]) Jellinek, Allg. Stl., S. 325 und 363.

[2]) Eltzbacher, Ueber Rechtsbegriffe, Berlin 1899, S. 29.

[3]) Hold von Ferneck, a. a. O., S. 199; man vergl. auch S. 169.

[4]) Gierke, Johannes Althusius, Breslau 1902, S. 320.

[5]) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes, Altona 1839, S. 17.

[6]) Stooß, Betrachtungen über Kriminalpolitik im Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Bd. XIV, herausgeg. von Hans Gross S. 213.

Montesquieu,[1]) Mirabeau,[2]) Trendelenburg,[3]) Sturm,[4]) Merkel,[5]) Regelsberger,[6]) Grueber.[7])

Ueber die Aufstellung des Erfordernisses der Geltungsmöglichkeit wurde manchmal hinausgegangen, indem als notwendiges Merkmal des Rechtes der Zwang postuliert wurde. Ein Einwand Bierlings,[8]) daß bei der Anerkennung der Notwendigkeit des Zwanges auch für den Zwingenden wieder Zwang erfordert werden müsse, und daß hierdurch eine unendliche Reihe entstehe, ist wohl so treffend, daß die Frage nach dem Zwangscharakter des Rechtes durch ihn erledigt erscheint.[9])

Tatsächlich ist „die Lehre, welche die Erzwingbarkeit als Essentiale des Rechtsbegriffes erklärt, heute bereits in eine schwer zu behauptende Defensive zurückgedrängt.“ [10])

„Der einzelnen Norm ist lediglich der psychische Zwang wesentlich, dem Rechte im Ganzen betrachtet auch der mechanische Zwang.“[11])

Damit ist die wohl herrschende Lehre getroffen.[12])

D. In der Geltungsmöglichkeit zeigte sich die Abhängigkeit der Rechtsentstehung von den geistigen Beständen der Rechtsuntertanen. Entspricht diesen geistigen Beständen eine mehr variable Seite, zu der z B. die jeweiligen sittlichen Anschauungen gehören, und eine konstante Seite, die durch die Funktion des menschlichen Denkens gebildet wird, so werden im Rechte ebenfalls variable und konstante Bestandteile zu unterscheiden sein. Nur die variablen Bestandteile wurden bisher unter der, nicht anders als kausiert

---

1) Esprit des lois, Paris Firmin-Didot et Cie., S, 8.

2) Observations etc., S. 48.

3) a. a. O., S. 19.

4) Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, Cassel 1877, S. 18.

5) Holtzendorffs Hdb., S. 6, 12, 17, 19, 21, 27 und Enc. S. 34 u. 36.

6) Pandekten in Bindings Hdb., S 58.

7) In Birkmeyers Enc, S. 15.

8) a. a. O., Bd. I, S 43f.

9) Aehnlich Eltzbacher, a. a. O, S. 30.

10) Jellinek, Allg. Stl., S. 326.

11) Hold von Ferneck, a. a. O., S. 87.

12) Man vergl. etwa: Berolzheimer, a. a. O., Bd. III, S. 90; Richard Schmidt, a. a. O., S. 175; Regelsberger, a. a. O., S. 63; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 7; Dahn, a. a. O., S. 35; Gareis, Enc., S. 21; Gierke, D. Pr. R., S. 114, und Binding, Normen, Bd. I, 2. Aufl., S. 483.

feststellbaren Geltungsmöglichkeit begriffen. Von den konstanten, gleichfalls aus der Bedingtheit der Rechtsgeltung von der Aktivität der Menschen herstammenden Bestandteilen wurde bisher noch nicht gesprochen. Sie gehören zu den Wesensmerkmalen des Rechtes und sollen im Folgenden unter dem Schlagworte der besonderen logischen Natur des Rechtes gedacht werden.

Das Recht existiert nur in der Aktivität von Menschen. Die Zerteilung des Rechtes in Rechtssinn und Rechtswirklichkeit wurde bisher als aus der Natur bewußten, menschlichen Handelns entspringend erwähnt. Damit das menschliche Handeln einem vorher aufgestellten Sinn des Handelns angepaßt werden könne, muß dieser Sinn aufgefaßt worden sein. Aber nicht genug an dem; das Recht will unbedingt gelten,[1]) unabhängig nicht nur von allen sozialen Tatsachen, sondern auch und vor allem unabhängig von aller individuellen Verschiedenheit der Menschen, zu der in erster Linie ihr Rechtsgefühl Anlaß gibt. Im Gebiete des Rechtes kann es kein Glauben, Meinen und Fühlen, sondern nur ein Wissen geben. Dies aber ist nur möglich durch jene Funktion, die in unveränderter Weise seit Jahrtausenden das Mittel dazu bildet unter Ausschaltung aller individuellen Verschiedenheit den geistigen Verkehr der Menschen zu regeln, durch die geordnete Denkfunktion. Die seit jeher in unbestrittener Herrschaft stehenden Normen des Denkens müssen den Ausbau des Sinnes des Rechtes lenken, damit dieser Sinn in verläßlicher, dem unbedingten Geltungswillen entsprechender Weise gehoben werden könne. Eine vom Rechte unbedingt, von der Rechtswissenschaft aber prinzipiell nicht einzuhaltende Grenze des logischen Ausbaues liegt freilich in der Natur der menschlichen Handlungen, die ja vielfach, dem Gefühl entspringend, den logischen Axiomen nicht entsprechen. Hier liegt ein gewisser Unterschied vor zwischen Rechtssinn und Rechtswissenschaft, der sich vielleicht am besten dahin ausdrücken läßt, daß der Rechtssinn immerhin noch Denk o b j e k t und Handlungssubstrat, die Rechtswissenschaft, aber reiner Denk-inhalt ist.

Die logische Natur des Rechtes wurde schon von manchen Schriftstellern ausdrücklich hervorgehoben Als Beispiele seien angeführt:

„Das Recht ist . . . . . ein in sich harmonisches System von

[1]) Man vergl. S. 54 ff.

imperativen Anordnungen." „. . . . daß das Recht selbst gleichzeitig mehrere miteinander unverträgliche Antworten erteilen könne, ist . . . unmöglich." [1])

Mitteis nennt das Pandektenrecht einen „in seiner großartigen Klarheit und immanenten Logik unerreichten Gedankenbau." [2])

„So erscheint die Rechtsordnung als das zusammenhängende, begrifflich durchgebildete, mehr oder weniger komplizierte System von Imperativen." [3])

„Es gibt — wenn man von der Wissenschaft selbst absieht — keine Kulturerscheinung, die sich als begriffsbildender Faktor auch nur annähernd mit dem Recht vergleichen ließe." [4])

Regelsberger sieht in der „logischen Natur des Rechts" — den Grund des Zwiespaltes zwischen Billigkeit und Recht [5])

Der Gesetzgeber „ist genötigt die Vorstellungen begrifflich zu präzisieren und logisch zu entwickeln, welche den Inhalt seines Willens bilden, um diejenigen Vorstellungen zu erwecken, welche den Inhalt des Willens derer, die es angeht, bilden sollen, um diejenigen logischen Operationen zu ermöglichen und tunlichst zu erleichtern, welche er, der Gesetzgeber, den Gesetzesuntertanen, von denen er Gehorsam heischt, zumutet." [6])

„Dem Ordnungstrieb folgt das menschliche Denken: die Subsumtion der Einzelerscheinung unter einen „Begriff", unter eine Allgemeinheit oder Einheit, ist das Wesen des Denkens, das Aufsuchen von „Gesetzen" nämlich von Allgemeinem und Notwendigem über dem Einzelnen und scheinbar Zufälligen. . . . ist die bewußte oder unbewußte Aufgabe des menschlichen Denkens. . . ." [7]) Ist der Rechtszustand „hergestellt und befriedigt, so ist der Ordnungstrieb — als Rechtssinn — befriedigt." [8])

„Mit dem systematischen Zusammenhange haben wir in unserer Arbeit mehrfach gearbeitet: Es heißt dies ja nichts weiter, als langsam und in engster Fühlung mit dem positiven Rechte von der

---

[1]) Bergbohm, a. a. O., S. 386.
[2]) Enz. Holtzendorff, Kohler, Bd. I, S. 295.
[3]) Brodmann, a. a. O. S. 16.
[4]) Lask, a. a. O., S. 35.
[5]) Pandekten in Bindings Hdb., Leipzig 1893, S. 65.
[6]) Haenel, Gesetz . . ., S. 163.
[7]) Gareis, StR., S. 15.
[8]) Gareis, Staatsrecht, S. 16.

zweifelvollen Einzelbestimmung aufzusteigen zu dem Zusammenhange von Regeln, in dem die Einzelbestimmung steht.“ [1])

„Die Rechtswissenschaft hat die Aufgabe, das Recht zum vollständigen und systematischen Bewußtsein zu bringen für den Zweck seiner Anwendung. . . . .“ „Ihre Tätigkeit ist es: die Gewohnheiten aufzufinden und in scharfer Gestalt zu begrenzen, die Gesetze auszulegen, für beide die tiefer liegenden Prinzipien zu entdecken und daraus wieder neue Rechtssätze zu gewinnen, das System des gesamten Rechts, d. i. sein Ineinanderschließen zu einer Totalwirkung zu erfassen und im Geiste desselben seine Anwendung zu ordnen.“ „Sie bringt damit den latenten Inhalt des Rechts zur vollen harmonischen Entfaltung.“ [2]) „Es beruht auf der Notwendigkeit des Rechts . . ., daß nachdem dieses oder jenes Prinzip im Rechtszustande gilt, auch die sachgemäße Entfaltung desselben gelten muß. . . .“ [3])

„Jeder Rechtssatz, den ein Gesetz ausspricht, ist ein Prinzip, das nicht nur in seiner unmittelbaren Wortfassung gilt, sondern als solches mit allen darin enthaltenen Konsequenzen anerkannt werden muß.“ [4])

Jellinek[5]) sagt, der Jurist könne nicht die Frage beantworten, was das Eigentum sei, sondern nur die folgende: „Wie muß das Eigentum gedacht werden, damit alle auf dasselbe sich beziehenden Normen zu einer widerspruchslosen Einheit zusammengefaßt werden können?“

„Die juristische Theorie zielt . . . auf Rechtserkenntnis. Sie ist berufen, das geltende Recht in abstrakter Fassung darzustellen Zu diesem Behufe hat sie den inneren Zusammenhang der Rechtssätze zu erforschen; sie hat im Wege der Synthese aus den Rechtssätzen Prinzipien und im Wege der Analyse aus den Prinzipien Folgesätze zu gewinnen; sie hat alles Einzelne systematisch zu verknüpfen und wieder vom Ganzen her die Teile geistig zu durchdringen.[6])

Die spezifisch juristische Denkweise „resultirt aus einer eigentüm-

---

[1]) Rumpf, a. a. O., S. 139.
[2]) Stahl, a. a. O., Bd. 2, S. 251.
[3]) Stahl, a. a. O., S. 252.
[4]) Bruns in Holtzendorffs Enz., S. 304.
[5]) System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1905, 2. Aufl., S. 16.
[6]) Gierke, D. Pr. R., S. 180. Aehnlich Kierulff, a. a. O., S. XXIV.

lichen Mischung geistiger Elemente, die sich vielleicht auf die beiden Grundbestandteile der formalen Logik und des praktischen Taktes zurückführen lassen.“ [1])

Wurzel[2]) anerkennt drei Postulate der Jurisprudenz. Die zwei ersten bestehen in der Affektlosigkeit und der Sicherheit (Voraussehbarkeit der Urteile, Konsequenz). Das letzte führt er in Form einer Norm folgendermaßen aus: „Das juristische Denken .... soll ... praktisch sein, den Mut der Inkonsequenz besitzen, wo dies die Verhältnisse erfordern.“

Trendelenburg[3]) sagt in dem Abschnitte „Logische Seite des Rechts“: „Die Einheit des Ganzen wird sich erst in der Wissenschaft des Rechts ihrer selbst bewußt.“

Implicite anerkannt wird die logische Natur des Rechtes von allen jenen, die es für notwendig erachten, daß die Rechtssätze in ihrem Zusammenhange begriffen werden.[4])

Eine Bestätigung der logischen Natur des Rechtes liegt auch in den zahllosen Definitionen, welche das Recht als ein System, als einen Inbegriff, eine Ordnung u. s. w. bezeichnen.[5]) Auffällig ist, daß die Definitionen der Moral, der Sitte und der Normen der Religion eines ähnlichen logischen Merkmales meist entbehren, obwohl die eine Voraussetzung zu einem solchen, die Anerkennung von ihnen zugrundeliegenden Prinzipien, gegeben ist.

Wurde bisher und soll auch im weiteren Verlaufe dieser Arbeit auf die logische Natur des Rechtes besonderer Wert gelegt werden, so sei auch betont, daß damit noch keine Anhängerschaft zu dem Glauben an eine logische Expansionskraft des Rechtes ausgesprochen ist. Im Gegenteile scheint mir die Annahme der logischen Natur des Rechtes mit einer Annahme der Expansionskraft des Rechtes in direktem Widerspruche zu stehen, denn die Logik kann nur Ordnung in gegebene Denkinhalte bringen, niemals aber selbst neue Denkinhalte erzeugen.[6])

---

[1]) Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, im Jahrbuch f. Gesetzgebung u. Verwaltung und Volkswirtschaft des deutschen Reichs, Bd. 7, S. 10.

[2]) a. a. O., S. 7.

[3]) a. a. O., S. 161.

[4]) Man vergl. hierüber § 4.

[5]) S. 57.

[6]) Im Wesen gleich: Brütt, a. a. O., S. 84.

Wie die Annahme einer solchen Expansionskraft deutlich ein Naturrecht voraussetzt, zeigt folgender Ausspruch des großen Positivisten Bergbohm[1]): Das positive Recht „bedarf niemals der Ausfüllung von außen her, denn es ist jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit, seine logische Expansionskraft, im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen deckt.“ Der Begriff des „Bedarfes an Rechtsurteilen“ ist unmöglich aus dem positiven Rechte herzuholen, das ja doch nur die Rechtsurteile selbst gibt Er kann nur der Idee eines Naturrechtes entspringen, und er entspricht durchaus dem gleichfalls naturrechtlichen Begriff der Lücke im Recht, von dem noch später gesprochen werden soll. Die Idee einer logischen Expansionskraft des Rechtes verdankt offenbar einer Verwechslung zwischen Erkennen und Sein seinen Ursprung. Konsequentes Durchdenken einer Rechtsregel oder eines Rechtsprinzipes kann wohl zur Herausstellung von Sätzen führen, die bisher ungedacht, von jeher aber in dem betreffenden Rechte selbst als Konsequenzen mitenthalten waren. Die Resultate der angeblichen logischen Expansionskraft des Rechtes sind gleichbedeutend mit seinem latenten Inhalt

Wieso Rumpf[2]) die Annahme einer logischen Ausdehnungskraft des Rechtes als „Glaubenssache“ hinstellen kann, bleibt völlig unerfindlich.

Die Aktivität der Menschen ist durchaus konkret. Ein Sinn dieser Aktivität kann aber nur dann gehoben und der Aktivität selbst als Führer vorangestellt werden, wenn in die ungeordnete Fülle der einzelnen Handlungen Ordnung gebracht wird. Dies geschieht dadurch, daß aus den einzelnen Handlungen Merkmale abstrahiert und als allgemeine dargetan werden. Dadurch erst entsteht die für eine intellektuelle Auffassung notwendige Vereinheitlichung der Anschauung. Das Konkrete als solches kann verstandlich nie begriffen werden. Dagegen wehrt sich schon die Natur unserer Vorstellungen. Es kann nur in seinen Beziehungen zu Anderem, also nur unter dem Gesichtspunkt eines Allgemeinen erfaßt werden. Für den Verstand ist das Allgemeine ein Einfaches, das Konkrete ein Zusammengesetztes. Die letzte Determination ist Mangels eines allgemeinen Gesichtspunktes überhaupt unerklärlich. Daher kommt

[1]) a. a. O., S. 386.
[2]) a. a. O., S. 150.

es, daß selbst die Anwendung eines allgemeinen Prinzipes auf Konkretes als solches verstandlich undurchführbar ist. Es fehlt der Grund der Beziehung zwischen dem Prinzip und dem Konkreten als solchen. Die „Billigkeit", der die Berücksichtigung eben des Individuellen wesentlich ist, kann aus diesem Grunde niemals ohne Zuhilfenahme des Gefühls — dem das Konkrete wohl unmittelbar zugänglich ist — aktiv werden. Ihre Anwendung wäre verstandlich erst dann zu erfassen, wenn die Substrate für dieselbe typisiert worden wären, wenn also die Billigkeit dadurch aufgehört hätte, Billigkeit zu sein.

„Nach alter aristotelischer Definition ist sie" (die Billigkeit) „die Berichtigung des gesetzlich Gerechten, inwieferne dasselbe durch das Allgemeine des Gesetzes mangelhaft ist".[1])

„Nennt man die Berücksichtigung individueller Unterschiede Billigkeit, und danach das Recht, welches sie berücksichtigt, ein billiges Recht, so ergibt sich entweder, daß es nie und nirgends ein billiges Recht geben konnte und geben kann, oder . . . daß es kein anderes gibt als billiges Recht, je nachdem man unter Billigkeit versteht die Berücksichtigung aller individuellen Verschiedenheiten, welche unmöglich ist, oder die Berücksichtigung einiger, seien es viele oder wenige, welche allerwärts und immer Statt fand und findet." [2])

„Während es das Wesen der Gerechtigkeit ist eine gegebene Ordnung, Gesetz und Rechte, unverbrüchlich aufrechtzuhalten, so ist es dagegen das Wesen der Billigkeit, gerade von aller vorhergegebenen Ordnung, von allem vorher erteilten Gesetz und Recht absehend, lediglich die Gleichheit des Vorteils und Nachteils (aequum) unter den Beteiligten herzustellen." [3])

Das Recht nun, dem es wesentlich ist, unabhängig vom Gefühle erfaßbar zu sein, kann es nur mit Typen — richtiger: mit dem Typischen an dem Einzelnen — zu tun haben. Eine überkonkrete Auffassung ist ihm immanent.

Es ist völlig unbestritten, daß dem Rechte im Ganzen die Allgemeinheit seiner Sätze wesentlich ist. Dagegen ist es sehr bestritten, ob ein, nur das Konkrete umfassender Satz innerhalb des

---

[1]) Trendelenburg, a. a. O., S. 189.
[2]) Thöl, a. a. O., S. 106.
[3]) Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 307.

Gefüges allgemeiner Rechtssätze nicht auch Rechtssatz sein könne. Hier wird aus den oberwähnten Gründen der Ansicht Gierkes gefolgt: „Die Rechtssätze sind nach der Natur des Rechts zunächst abstrakte Sätze.“ „Der für einen einzigen Tatbestand aufgestellte Rechtssatz ist begrifflich gleichwohl eine abstrakte, keine konkrete Norm.“[1]) Begrifflich konkret ist hiesiger Ansicht nach nur die Rechtsanwendung.[2])

Den Stand der Frage zeigen die folgenden Zitate:

„Gesetz im materiellen Sinne ist . . . jede von den Organen eines Gemeinwesens ausgehende, rechtsverbindliche Anordnung, welche allgemeine oder abstrakte Vorschriften enthält.“[3]) „Daß das Moment der Allgemeinheit, wenn auch kein Essentiale, doch wenigstens ein Naturale des Gesetzbegriffes sei, gestehen auch die Gegner meist zu.“[4])

Die Allgemeinheit als Begriffsmerkmal[5]) wird von den in Anm. 5 genannten Autoren angenommen. Sie zeigt sich überdies in folgenden Zitaten:

„Gleiche Fälle trifft die gleiche Regel. Dies ist das eigentliche Grundaxiom des Rechtsgefühls und der erste fundamentalste aller Rechtssätze.“[6])

„Bei dem allen ist m. E. verkannt, daß zum Wesen des Rechtsgefühls die Empfindung gehört, die Entscheidung, welche für diesen Fall getroffen wird, müsse in jedem gleichartigen Falle wiederkehren. Insoferne hat der Richter von jeher Regeln gedacht, und wenn im Volke eine Partei Anforderungen an die andere stellte und die andere gehorchte aus Rechtsgefühl, so gingen beide von dem Gedanken einer Regel aus, die diesen Fall als Repräsentanten eines Typus beherrschte.“[7])

---

[1]) D. Pr. R., Bd. I, S. 123.

[2]) In gleichem Sinne Mohl, Politik I, S. 428.

[3]) Meyer, Staatsrecht, S. 501.

[4]) Meyer, a. a. O., S. 23. So auch: Schulze, Preußisches Staatsrecht, Bd. II, S. 4; Ihering, Zweck im Recht, Leipzig 1904, S. 270; Bornhak, Staatsrecht, Bd. I, S. 439; Haenel, Gesetz . . ., S. 126; Jellinek, Gesetz . . ., S. 238 f.; Laband, a. a. O, Bd. II, S. 1 ff.; Merkel in Holtzendorffs Enz, S. 5.

[5]) Rönne, Staatsrecht, Bd. I, S. 347; Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 44; Regelsberger in Bindings Hdb., S. 66; Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 196; Hold von Ferneck, a. a. O., S. 46; M. E. Mayer, a. a. O., S. 16.

[6]) Rümelin, Reden und Aufsätze, S. 74; man vergl. auch die neue Folge, S. 349.

[7]) Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. I, S. 81.

„Zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtssatzes ist eine Mehrheit von Handlungen erforderlich, in denen sich, ohne daß eine Abweichung in denselben nachweisbar wäre, eine Vorschrift erkennen läßt.“[1])

Das Volk hat von dem Volksrecht „eine unmittelbare Anschauung, welche in den Zuständen und Verhältnissen des bürgerlichen Lebens die darin enthaltenen rechtlichen Momente erfaßt, und mit jenen zugleich die sie beherrschende Norm kennt und sie handhabt.“[2])

Wenn dem Rechte eine überkonkrete Auffassung immanent ist, und dementsprechend der platonische Idealstaat, in dem nur nach Gerechtigkeit gerichtet würde, als rechtlos erscheint, (mit Ausnahme des Verfassungsrechtes) so ist damit noch nicht gesagt, daß das Recht gar keine Unterschiede zu berücksichtigen habe, „sonst wäre wieder kein Recht, keine Mehrheit von Regeln denkbar.“[3]) Das Recht kann Sätze aufstellen, die sehr viele und solche, die sehr wenige konkrete Fälle umspannen. „Das römische (Recht) hat zu viel, das deutsche zu wenig abstrahiert.“[4]) Je größer die Gebiete sind, für deren Aktivität sich das Recht interessiert, umso allgemeiner werden seine Sätze wohl werden müssen, da die Masse des zu Regelnden sonst eine Regelung unmöglich machen würde. Die Höhe der Abstraktion, die das Recht vornimmt und die gesetzestechnisch von hervorragender Bedeutung ist, ändert sich mit der Zeit und ist jeweils ziemlich fest bestimmt, was man aus der Unwirksamkeit und Undurchführbarkeit der in den Verfassungen ausgesprochenen Grundrechte erkennen kann.

„Ist . . . ein positives Prinzip, wie namentlich das der Rechtsgleichheit ausgesprochen worden, so verlangt die in ihm liegende Negierung rechtlicher Unterschiede konkrete Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.“ „Derartige Prinzipien verlangen . . . genauer gesetzgeberischer, die Fülle des Lebens berücksichtigender Durchbildung.“[5])

„Die allgemeine Erscheinung, wonach die fortschreitende geistige

---

[1]) Gareis, Enz., S. 48.

[2]) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, S. 109.

[3]) Arnold, Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865, S. 206.

[4]) Arnold, a. a. O., S. 213.

[5]) Jellinek, System, S. 97.

Entwicklung sich dem Sinnlichen ab- und dem Begrifflichen zuwendet, wiederholt sich im Recht wie in der Sprache.“[1])

Ist die Allgemeinheit der Rechtssätze als notwendig anerkannt, wird aber gleichzeitig angenommen, daß es im Rechtsprinzip läge, jeden Umstand des konkreten Falles zu berücksichtigen, so erhellt die Notwendigkeit eines Widerspruches zwischen dem Rechtsprinzip und dem Rechte selbst.

So oft dem Rechtsprinzipe ein, das Konkrete berücksichtigendes, gefühlsmäßiges Substrat unterlegt wird, so oft wird auch konstatiert, daß die Rechtsanwendung dem Rechtsgefühl oder der so gefaßten Gerechtigkeit widerspreche. Nicht folgerichtig ist es allerdings, wenn dieser Widerspruch nur in manchen Fällen der Rechtsanwendung, nicht aber in allen als bestehend angenommen wird.

„Alles“ (!) „Recht schließt notwendig einen Bestandteil von Ungerechtigkeit in sich.“ „Denn alles Recht ordnet eine größere oder kleinere Anzahl von Fällen generell, während jeder einzelne Fall . . . eine individuelle Verschiedenheit gegenüber andern aufweist.“ „Das Recht wird als gerecht empfunden, wenn die Nuance so klein ist, daß die Ungerechtigkeit nicht fühlbar wird. . .“ „Wird die Divergenz größer, dann erwächst das Bedürfnis nach einer Korrektur des Rechts nach den Grundsätzen der Billigkeit.“[2])

Die Anerkennung des logischen Charakters des Rechtes schließt natürlich die der Widerspruchslosigkeit der Rechtssätze in sich. Wer den Satz des Widerspruches im Rechte nicht verwirklicht findet, der schließt auch die Geltung des Identitätsgesetzes für das Gebiet des Rechtes aus und läßt auf demselben keinerlei logische, sondern nur eine künstlerische (Associations-) Tätigkeit zu. Andererseits kommt freilich in Betracht, daß die Widerspruchslosigkeit der Rechtssätze erst dann bewiesen wäre, wenn dieselben die Glieder einer geschlossenen deduktiven Reihe darstellen würden. Da eine solche Reihe nicht hergestellt ist, bleibt der Satz des Widerspruches im Hinblick auf das bestehende Recht ein Postulat der menschlichen Denktätigkeit, im Hinblick auf ein bloß gewolltes Recht aber die Grenze der Rechtsbildung, da Handlungen, deren Sinn dem Satze des Widerspruches nicht genügen, logisch überhaupt nicht aufgefaßt

---

[1]) Arnold, a. a. O., S. 294.

[2]) Berolzheimer, a. a. O., Bd. III, S. 91 f.

und daher auch nicht als mit Geltungswillen ausgestattet gedacht werden können.

„. . . der an sich richtige Gedanke, daß nicht zwei widersprechende Normen gleichzeitig Recht sein können, gilt schlechterdings bloß innerhalb einer und derselben Rechtsgemeinschaft.“[1])

„Die Gesetze müssen untereinander einstimmig sein.“[2])

In einem gewissen Zusammenhange mit der logischen Natur des Rechtes steht auch die Frage nach den Lücken im Rechte.

Es kann wohl keinerlei Zweifel unterliegen, daß der Begriff einer Lücke im Rechte nur mit einem Wertungsstandpunkt verträglich ist.[3]) Von einer Lücke kann nur gesprochen werden, wenn etwas Ganzes gedacht wird, an dem gemessen ein anderes ein Minus aufweist. Da das positive Recht aber nichts anderes zeigen kann als sich selbst, und daher für sich selbst auch keinen Wertungsstandpunkt abgeben kann, so muß die an ihm vollzogene Wertung eine außerrechtliche — bestenfalls eine naturrechtliche oder rechtspolitische sein. Die Wichtigkeit einer solchen Wertung für das Gebiet der Gesetzgebung soll rückhaltslos zugestanden werden. Es soll auch zugegeben werden, daß hier wie überall anders das Seinsollende nur aus einer Erfassung und Auffassung des Seienden (wenn schon nicht aus dem Seienden selbst) erschlossen werden kann, daß mithin das Recht durch die Auffassung, der es begegnet, Angriffspunkt der Aufstellung von Lücken im Rechte ist. Vom rechtsdogmatischen Standpunkte aus aber ist das Recht lückenlos.

Von Lücken in den Gesetzen kann ebensowenig gesprochen werden, wie von Lücken im Rechte (Lücken in den Gewohnheiten wurden meines Wissens noch nie entdeckt). Das gilt sowohl für die von Zitelmann[4]) sogenannten „echten“ wie für die anderen Lücken. Diese anderen Lücken liegen nach Zitelmann vor, wenn „man die nach dem Gesetz zu treffende Entscheidung sachlich beanstandet.“ Es kommt bei diesen zu einer „Korrektur“ (!) „des Rechts durch Analogiebildung,“[5]) welche auf der Vorstellung beruht, daß

---

[1]) Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 350.
[2]) Bentham, a. a. O., S. 211.
[3]) So auch Rumpf, a. a. O., S. 151.
[4]) Lücken im Rechte, Leipzig 1903, S. 27.
[5]) S. 24.

die Analogieziehung vorhandenem Rechte entspreche.“[1]) Meines Erachtens gibt es nur die eine Alternative: In den Fällen, „in denen man gemeinhin von Lücken spricht,“[2]) wendet der Richter entweder Recht an, oder er tut es nicht. Der zweite Fall kann das Recht nur als Rechtsbruch interessieren oder es gar nicht interessieren, falls der Tatbestand dem Rechte nicht unterfällt. Im ersten Falle aber muß der Richter das Recht irgendwoher holen, und zwar entweder aus dem Gesetze oder aus der Gewohnheit. Daß nicht der ganze Rechtssinn im Gesetze steht, kann vom Standpunkte des Rechtes dem Gesetze nicht zum Vorwurfe gemacht werden. Den ganzen Rechtssinn enthalten die Gesetze wohl nie. Es kann sein, daß sie auch weniger vom Rechtssinne enthalten, als der Gesetzesverfasser oder ein anderer an der Gesetzgebung beteiligter Mensch beabsichtigte. Die Absicht irgend eines an der Gesetzgebung beteiligten Menschen kann aber nie den Anlaß dazu bieten, von Lücken im Gesetze zu sprechen, die irgendwie „ausgefüllt werden müßten,“ denn diese Absicht ist rechtlich völlig irrelevant. Entweder es zeigt sich außerhalb des Gesetzes noch Recht, dann ist es anzuwenden; oder es zeigt sich keines, dann ist eben nichts Anwendbares da. Von einer Ausfüllung, die nicht schon das Recht selbst besorgt hat, kann keine Rede sein

Nicht anders als bei den „gemeinhin sogenannten Lücken“ verhält es sich bei den „echten Lücken.“ „Der Fall dieser wahren Lücke ist der: das Gesetz gibt einen positiven Satz, nach dem zu entscheiden ist, läßt aber innerhalb dieses Satzes ein einzelnes Moment unbestimmt; anders gesprochen: der Wille des Gesetzes, daß eine rechtliche Behandlung gewisser Art eintrete, steht fest, aber innerhalb dieses Rahmens sind mehrere Möglichkeiten, und das Gesetz sagt nicht, welche davon es will.“[3])

Auch hier kann die Entscheidung nur Anwendung einer Rechtsregel sein, die irgendwo, sei es in, sei es außer dem Gesetze gefunden wurde; dann handelt es sich um Recht; oder die Entscheidung ist nicht die Anwendung einer Rechtsregel, dann ist sie rechtlich indifferent, oder sie ist Rechtsbruch, falls eine gegenteilige Rechtsregel für die Entscheidung dagewesen wäre.

---

[1]) S. 25.
[2]) S. 24.
[3]) S. 27.

Der von Zitelmann selbst herangezogene Fall der Strafrahmen[1]) deckt m. E. auch alle andern. Daß es bei den Strafrahmen sich nur darum handle, dem Richter die Möglichkeit zu geben, die Eigentümlichkeiten jedes einzelnen Falles zu berücksichtigen, scheint mir nicht richtig zu sein. Es kämen für die Bemessung der Strafe immer noch viele „abstrakte Regeln" in Betracht, deren Mangel das Wesen der wirklichen Lücke ausmachen soll.[2])

In allen Fällen behaupteter Lücken handelt es sich um das, was Zitelmann selbst[3]) ausspricht und was dem Begriff der Lücken im Gesetze und der Lücken im Rechte für den Positivisten jede Berechtigung nimmt:„ Das Gesetz hat diese" (?) „Regelung nicht ausgesprochen . . . aber es hätte sie aussprechen sollen." Man könnte allgemein über sie dasjenige sagen, was Zitelmann anläßlich der Besprechung zweier staatsrechtlicher Fälle meint[4]): „. . . hier sind wir am Ende der juristischen Dinge, die Jurisprudenz weiß keine Antwort mehr und die nackten Tatsachen müssen . . . . Recht schaffen da, wo es vorher nicht war." Es liegt nämlich kein Grund vor, diesen Ausspruch auf den Fall zu beschränken, in dem kein Richter, „der entscheiden und das Spannungsverhältnis lösen könnte,"[5]) da ist. Das Nichtvorhandensein einer Rechtsregel kann ja der Richter nach dem Rechte nie ersetzen. Nicht nur in den Fällen der „echten Lücken", sondern immer liegen in der richterlichen Entscheidung Elemente, die nicht dem Rechte angehören — die konkreter Natur sind —; Rechtsanwendung aber ist seine Entscheidung insolange, als sie die Regel über seine Kompetenz nicht überschreitet, also wenigstens eine Anwendung dieser Kompetenzregel darstellt.

In den von Zitelmann herangezogenen Fällen handelt es sich meines Erachtens entweder um die Frage, ob der konkrete Tatbestand eine Subsumtion unter denjenigen Begriff zuläßt, der nach Erfassung des ganzen positiven Rechtes in seinem Zusammenhange vom Tatbestande der fraglichen Rechtsregel gebildet wurde[6]); oder

---

[1]) S. 30.
[2]) S. 31.
[3]) S. 31.
[4]) S. 33.
[5]) S. 33.
[6]) S. 11, „Anwesende" und „tätige Reue," S. 12, „Kündigung," S. 13, „Gastwirt," S. 14, „Zusendung," S. 15, „Sachbeschädigung," S. 28, „Preisaufgabe."

um die Frage, ob das freie richterliche Ermessen nicht durch Gewohnheits- oder Gesetzesrecht eingeschränkt ist, ob mit anderen Worten „jede Entscheidung innerhalb des ihm (dem Richter) gezogenen Rahmens dem Rechte entspricht" oder nicht, wie Zitelmann selbst formuliert.[1])

Die zitierte Arbeit Zitelmanns gibt wohl völligen Aufschluß über die bis zu ihrem Erscheinen vorhanden gewesene, für die Frage der Lücken wichtige Literatur.[2]) Nachzutragen wären die von Brütt vertretenen Ansichten[3]): „Von einer Lücke im Recht kann aber nur dann geredet werden, wenn ein bestimmter Tatbestand vom positiven Recht weder positiv noch negativ geregelt worden ist" (?), „wenn also weder bestimmt ist, daß sich an den Tatbestand eine Rechtsfolge irgend einer Art knüpft, noch auch, daß er in dieser oder jener Hinsicht rechtlich indifferent sein soll." „. . . . der allgemein negative Satz, nach dem alle nicht besonders geregelten Tatbestände rechtsfolgefrei bleiben, ist eine keineswegs selbstverständliche Wahrheit."[4]) „. . . aus dem Satz, „wenn A (scil. in das Recht aufgenommener Tatbestand) ist, dann ist X (scil. Rechtsfolge)", folgt keineswegs, daß wenn A nicht ist, auch X nicht sein könnte. . . ."[5]) Der letztzitierte Satz ist wohl richtig, aber er beweist nichts gegen „das Dogma, nach welchem ohne weiteres alle Momente, deren das Recht nicht Erwähnung tut, vollständig rechtlich indifferent sein sollen."[6]) Dieses Dogma erhält sich als solches auf Grund der folgenden „positivistischen" Erwägungen: Nur Sätze des positiven Rechtes können Rechtsfolgen statuieren. Rechtsfolgen ohne Rechtstatbestände sind undenkbar. Tatbestände, die in das positive Recht nicht aufgenommen sind, können keine Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Besteht nun dieses Dogma der Lückenlosigkeit, so ist ein Fall, den das Recht in Brütts Sinne nicht wenigstens negativ regeln würde, undenkbar, und es kann daher auch zu einer Lücke nicht kommen.

---

[1]) S. 31, S. 28, Wahl, S. 29, Zinsen und internationales Privatrecht, S. 30, Strafrahmen.

[2]) Man vergl. hierüber auch Bergbohm, a. a. O., S. 373 ff.

[3]) a. a. O., S. 83.

[4]) S. 78.

[5]) S. 78.

[6]) S. 78.

Geny[1]) fragt: „Que feront-ils, s'ils ne peuvent, la loi étant muette, ni consulter la coutume, ni s'adresser aux inspirations de l'équité?", und er antwortet: „Les plus intrépides de nos logiciens n'ont pas hésité à répondre que, dans le cas prévu, le juge devrait débouter le demandeur. . . . ."

Es kann m. E. nicht eingesehen werden, wieso sich „les plus intrépides de nos logiciens" dadurch gegen den art. 4 des Code civil vergehen würden, wie Geny behauptet. Dieser art. 4 verlangt doch sicher nicht, daß der Richter in jedem vom positiven Recht ungeregelten Falle Rechtsfolgen zuspreche! Das scheint aber freilich auch Radbruch[2]) mit seiner Behauptung zu meinen, daß sich das Rechtsverweigerungsverbot mit der „Unvollkommenheit der Gesetze" außer dem Falle richterlicher Rechtsschöpfung nicht vereinbaren lasse.

Im Sinne der hier vertretenen Ansicht sagt Hatschek[3]) von den Engländern, welche die Lücken im Rechte anerkennen und dieselben durch „Equity" füllen: „Sie praktizieren Naturrecht ohne sich dessen theoretisch bewußt zu werden."

Das Recht will auf die Aktivität von Menschen einwirken. Dies kann es nur, wenn es sich an die Menschen selbst wendet und diesen angibt, wie ihre Aktivität beschaffen sein soll. Die Menschen selbst bleiben dabei dem Rechte vollkommen gleichgiltig. Nur mit ihrer Aktivität steht der Geltungswille des Rechtes in direkter Verbindung. Das Recht sagt: Die Aktivität der Menschen soll so oder so beschaffen sein. Es sagt aber nicht: Die Menschen sollen so oder so handeln. Das Willensverhältnis des Rechtes zu der Aktivität der Menschen sei mit Rücksicht darauf, daß es ursprünglich nichts persönliches an sich hat, ein „sachlich imperativisches" genannt. Der sprachliche Ausdruck des sachlichen Imperatives wäre: Es soll geschehen! Die gleiche Form zeigt sich in dem Ausspruche des Schöpfers: Es werde Licht! Es mag sein, daß dem Begriffe des Imperativs ein Zwang angetan wird, wenn er auf etwas Nichtpersönliches bezogen wird. Trotzdem muß der Begriff des Imperatives beibehalten werden.

---

[1]) Methode d'interprétation et souces en droit privé positif, Paris 1899, S. 32.

[2]) Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Tübingen 1906.

[3]) Englisches Staatsrecht mit Berücksichtigung der für Schottland und Irland geltenden Sonderheiten. In Marquardsen, Handbuch des öffentl. Rechts, IV, II, 4, I Tübingen 1905, S. 154.

weil der sonst etwa zur Verfügung stehende Begriff des Optativs dem unbedingten Geltungswillen des Rechtes nicht entsprechen würde.

Das Wesen des Rechtes liegt in sachlichen Imperativen beschlossen. Diese Erkenntnis ist deshalb sehr wichtig, weil sie — wie später erhellen wird — der Imperativentheorie ihre Einseitigkeit nimmt und gestattet, das subjektive Recht als ein rechtliches Dürfen aufzufassen.

Wenn die sachlichen Imperative des Rechtes wirksam werden sollen, müssen sie wohl suchen, auf die Menschen selbst einzuwirken. Eine persönlich imperativische Form brauchen die Rechtssätze aber deshalb nicht anzunehmen. Sie sind mindestens ebenso wirksam, meist sogar noch viel wirksamer, wenn sie an die Vornahme einer gewissen Handlung einen Vorteil oder einen Nachteil knüpfen. „Es erfordert nicht viel Verstand oder Ueberlegung, zu verstehen, welche Wirkung eine bedingungsweise gemachte Drohung auf den Bedrohten ausüben soll, welche Handlung oder Unterlassung mittels der bedingten Drohung gefordert wird.“ [1])

Die sachlichen Imperative des Rechts sind mit ihrem Inhalt untrennbar verbunden — ein inhaltloser Imperativ wäre nicht Recht, da er sich nicht auf die Aktivität von Menschen beziehen und da er nicht gelten könnte. „Der Wille des Staats als solcher ist die Form des Rechts; das, was von ihm gewollt wird, ist der Inhalt des Rechts Aber beide sind untrennbar integrierende Momente des wirklichen Rechtsbegriffs.“[2]) Die hier gedachten Imperative sind streng von jenem Imperative zu unterscheiden, der als Gesetzesbefehl dem Gesetzesinhalte gegenübergestellt worden ist. Letzterer ist kein Imperativ des Rechtes, d. h. kein solcher, der aus dem Wesen des Rechtes erschlossen wurde, sondern er ist ein zur Rechtsschaffung gehöriger, also außerhalb des Rechtes stehender Imperativ, dessen Inhalt allerdings dem Inhalte der rechtlichen Imperative im Prinzip gleichkommt.[3]) Er hat mit dem Rechte nur insoferne zu tun, als er die Ausübung eines Verfassungsrechtes bedeuten kann, ist aber selbst ebensowenig ein Imperativ des Rechtes, als der Befehl, den der Vater dem unter seiner Gewalt stehenden Sohne erteilt. Bei

---

[1]) von Bar, Gesetz und Schuld, Bd. I, S. 2.

[2]) Kierulff, a. a. O., S. 2, ähnlich auch Brodmann, a. a. O., S. 24.

[3]) Aehnlich Brodmann, a. a. O., S. 23.

der Entstehung des Rechtes durch Gewohnheit fehlt ein dem Gesetzesbefehl analoger Imperativ, ohne daß hierdurch die Existenz des imperativen Charakters des Gewohnheitsrechtes selbst in Frage käme.

Die dem Rechte immanenten, in seinem Wesen liegenden sachlichen Imperative können nicht weggedacht werden, ohne dadurch den Begriff des Rechtes selbst zu zerstören. Dies kann man gut an Merkel's Aufstellung sehen: „Das Recht stellt sich einerseits dar als ein Ganzes von Urteilen (Lehre) über das was in bezug auf die Grenzverhältnisse des gesellschaftlichen Lebens als zweckmäßig und gerecht zu erachten ist.“[1]) In diesem Satze[2]) käme das Recht nur als „Lehre“ in Betracht. Eine solche wird es aber erst durch das außerrechtliche Urteil: Der Inhalt der rechtlichen Imperative ist zweckmäßig und gerecht. Es träte also zum Rechte etwas Neues hinzu. Andererseits enthielte die Auffassung des Rechtes als Lehre eine Nichtberücksichtigung seines Willens zur Verwirklichung. Falls man die Rechtssätze als Urteile fassen will, kann man dies höchstens unter Hinzufügung ihres imperativen Charakters tun, indem man z. B. sagt: Das Recht ist ein System von Urteilen über das vom Rechte geforderte menschliche Verhalten. Richtig drückt Brütt dies aus[3]): „. . die Rechtsnorm ist ein sozialer Imperativ, also eine Handlung, dagegen sind die Rechtssätze als Inhalt der Rechtsnormen“ (!) „Urteile, welche regelmäßig einen hypothetischen Charakter an sich tragen.“

„Jeder Rechtssatz enthält eine Anordnung, bestimmt, daß etwas Rechtens sein soll. Hierdurch unterscheidet sich der Rechtssatz vom Lehrsatz (Rechtsdogma), welcher ausspricht, was Rechtens ist“[4])

Daß in der Vorstellung der begriffsentwickelnden Rechtssätze nichts liegt, was der Auffassung derselben als Imperative, resp. als Teile von Imperativen widerspräche, erfordert wohl keine besondere Ausführung.[5])

Wegen der Häufigkeit von Mißverständnissen, welche den imperativen Charakter des Rechtes betreffen, sei noch auf den Weg hingewiesen, der zur Annahme dieses Charakters führte: Das Recht

---

[1]) Enz., S. 32.

[2]) Merkel fügt einen zweiten hinzu, in dem er das Recht als Macht anspricht.

[3]) a. a. O., S. 32.

[4]) Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 112.

[5]) Man vergl. Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 112.

zeigte sich als in der Aktivität von Menschen verwirklicht. Daraus wurde geschlossen, daß es eine Kraft — ein Wille sei, der sich an den Rechtssinn knüpfe, um denselben zu verwirklichen. Es liegt also der imperative Charakter des Rechtes in dessen Geltung beschlossen.

Will man nach Konstatierung des imperativen Charakters allen Rechtes dessen Struktur ergründen, d. h. aufdecken, wie die Rechtssätze gedacht werden müssen, ohne dabei das Einzelne derselben zu berücksichtigen, so muß man auf den Ausgangspunkt zurückgehen, und fragen: In welcher Art kann das Recht sagen, α wie die Aktivität der Menschen beschaffen sein soll, und β wann sie dies sein soll? Es ergibt sich dann Folgendes:

α Das Recht muß diejenigen Handlungen bezeichnen, für die es sich überhaupt interessiert, sohin muß es diejenigen bejahen, die ihm genehm sind, und diejenigen verneinen, die ihm nicht genehm sind, endlich muß es seinen Willen dahin kundgeben, daß das Bejahte geschehe, das Verneinte aber unterlassen werde.

1. Da das Recht seinem Geltungswillen zufolge zu allem, wofür es sich interessiert, bejahend oder verneinend Stellung nehmen muß, so braucht es nicht vorerst den Kreis derjenigen Handlungen zu bestimmen, um die es sich kümmern will. Diese Handlungen ergeben sich ja von selbst aus den Bejahungen und Verneinungen. Es sei aber hier betont, daß jeweils unter den Rechtsuntertanen ein bestimmtes Gefühl dafür vorhanden ist, welche Handlungen dem Gebiete des Rechtes unterfallen, und welche dies nicht tun sollen. Dieses Gefühl, das natürlich nicht dem positiven Rechte entstammt, gibt wiederholt Anlaß zur Behauptung der Existenz von Lücken im Recht. (Man vergl. insbesondere *Brütts* obzitierte Wendung[1]): „wenn ein bestimmter Tatbestand vom positiven Rechte weder positiv noch negativ geregelt worden ist“). Da es aber dem positiven Rechte ganz gleichgültig ist, was dort geschieht, wo es weder bejahend noch verneinend eingreift, so kann das erwähnte Gefühl der Rechtsuntertanen keinen Anlaß zu rechtlichen Aussprüchen (etwa zu Erlaubnissen) geben. Bezüglich derjenigen Handlungen, welche das Recht weder bejaht noch verneint, von einem Dürfen zu sprechen, scheint mir nicht richtig zu sein. Wo kein Recht ist, im rechtsleeren Raum, kann es auch kein rechtliches Dürfen geben. Ein Dürfen an sich kann aber überhaupt nicht konstruiert werden, denn man

[1]) S. 6.

darf etwas immer nur im Hinblick auf die Uebereinstimmung mit einem übergeordneten Willen, also nur bei Bejahung der entsprechenden Handlungen durch diesen Willen. Das sogenannte Dürfen könnte in dem rechtsleeren Raum nur ein ethisches Dürfen sein. Die Aufstellung eines solchen hat aber hier gar keinen Wert, da es sich nicht gegen das rechtliche Dürfen [1]) abgrenzt, mit diesem vielmehr in weitem Bereiche zusammenfällt.

Die Ausführungen *Bierlings* in der juristischen Prinzipienlehre, Bd. I, S. 160, richten sich nur gegen das „Dürfen" als gegen den „positiven Ausdruck für die dem Wesen nach negative Tatsache bezw. Erkenntnis, daß einem gewissen Verhalten im gegebenen Falle keine positive Rechtsnorm entgegensteht." Sie sind also durchaus den hiesigen Aufstellungen gleichgerichtet und treffen das später als das Wesen des subjektiven Rechtes dargelegte rechtliche Dürfen keineswegs.

2. Anders als bejahend oder verneinend kann das Recht zu Handlungen nicht Stellung nehmen. Die Bejahung und Verneinung kann aber vom Rechte verschiedenartig ausgedrückt werden. Am einfachsten und direkt erfolgt sie dadurch, daß das Recht durch Imperative den Handlungssubjekten kundgibt, wie ihre Aktivität beschaffen sein soll. Sie wird jedoch, wie schon oben erwähnt, ebenso sicher ausgedrückt, indem vom Rechte mit manchen Handlungen etwas verknüpft wird, das von den Handlungssubjekten im allgemeinen als Vorteil, und indem mit andern Handlungen etwas verknüpft wird, das von ihnen im allgemeinen als Nachteil empfunden wird. Als Mittel der Bejahung und Verneinung haben Vorteil und Nachteil mit dem Rechte nur indirekt zu tun. Sie müssen nicht notwendig selbst wieder in Handlungen von Menschen bestehen, sie erschöpfen sich meist nicht in menschlichen Handlungen. Es können als Vor- und Nachteil Rechte und Pflichten, rechtliche Fähigkeiten und noch vieles Andere in Betracht kommen. Wird z. B. als Mittel der Verneinung des Mordes Verknüpfung desselben mit der Todesstrafe angewendet, so erschöpft sich der Inhalt dieser Strafe nicht in der Duldung der vom Rechte bejahten Tötungshandlungen, sondern vielmehr nur im Tode selbst — also im Erfolge der Tötungshandlungen. Der Erfolg einer Handlung enthält aber natürlich zahllose außerhalb der menschlichen Aktivität liegende

[1]) Man vergl. S. 83 f.

Voraussetzungen. Ebenso ist es, wenn das Recht als Mittel der Bejahung guter Führung eines Sträflings die Entlassung desselben verordnet. Die Entlassung erschöpft sich auch hier nicht in den bejahten Entlassungshandlungen, sondern in dem Vorteil, der aus denselben für den Sträfling erwächst. Wenn das Recht Macht über die Elemente hätte, so könnte es auch Sonnenschein und Regen als Mittel der Bejahung und Verneinung von Handlungen verwenden, ohne sein auf die Aktivität von Menschen gerichtetes Wesen zu verlieren.

Die Bejahung und Verneinung des Rechtes ist niemals nur für den Angesprochenen relevant, sondern sie wirkt noch weiter. Wird z. B. die Handlung bejaht, durch welche A dem B einen Vorteil zukommen läßt, so erhält B dadurch zwar noch nicht ein Recht auf diesen Vorteil, wohl aber wird seine Position durch das Recht gestärkt. Ebenso liegt es, wenn das Recht eine Handlung des A verbietet, welche dem B einen Nachteil bringt. B erhält hiedurch noch kein Recht auf Unterlassung des Nachteils, wohl aber wird auch hier seine Position durch das Recht gestärkt. Umgekehrt kann das Recht durch Bejahungen und Verneinungen auch die Position eines Nichthandelnden schwächen.

In all diesen Fällen handelt es sich nicht um Rechte, sondern nur um den Reflex von Pflichten. Die Pflichtenreflexe werden überall da praktisch, wo für die Pflichtenerfüllung mehrere Instanzen existieren; aber auch sonst können sie praktisch werden, z. B. dadurch, daß die bloße Konstatierung einer Pflichtenverletzung oft als Motiv zu nachträglicher Pflichtenerfüllung wirken kann.

3. Zu den Bejahungen und Verneinungen hat noch der Wille hinzuzutreten, daß den Bejahungen entsprechend geschehe, daß den Verneinungen entsprechend „nicht geschehe.“

Bei Gewährung eines Vorteils und bei Zufügung eines Nachteils ist der Geltungswille des Rechtes mit der Bejahung und Verneinung ebenso unlöslich verbunden, wie dies bei Befehlen und Verboten der Fall ist.

Solange zu jeder Bejahung und Verneinung der Geltungswille ohne weitere Bedingung hinzutritt, kommt es immer zu einem persönlichen Sollen.

Der Wille des Rechtes kann aber auch derart mit den Bejahungen verbunden sein, daß er zu zwei, zu mehreren oder unzähligen solchen Bejahungen unter der Bedingung hinzutritt, daß eine oder die andere

von den bejahten Handlungen im Willen eines bestimmten Menschen liege. Hier spricht man von einem Dürfen, von einem subjektiven Rechte.

Das Recht verliert hier förmlich seinen eigenen Willen und nimmt den Willen des Berechtigten in sich auf. „Das einzelne Recht ist die konkrete Einheit des Staats- und Einzelwillens.“[1]) Das subjektive Recht kann man als autonomes Handeln ansprechen.

Resümierend sei gesagt: Die Bejahungen und Verneinungen des Rechtes können sich zeigen in Geboten, Verboten, Gewährungen und Entziehungen. Die Gewährungen und Entziehungen gehen nicht restlos in Geboten und Verboten an andere auf. Das Recht nützt in ihnen alles aus, was es noch als seiner Macht unterstehend ansehen kann, insbesondere den Erfolg von Handlungen.

Das sachliche Sollen des Rechtes — es soll die Aktivität von Menschen so oder so beschaffen sein — ist entweder vom Willen des Angesprochenen unabhängig und wird dadurch zum persönlichen Sollen, zur Pflicht, oder aber, es hat den Willen des Angesprochenen zur Voraussetzung und bildet so ein persönliches Dürfen, ein subjektives Recht.

Auf die ungemein reiche Literatur über das Wesen des subjektiven Rechtes[2]) braucht hier umsoweniger eingegangen zu werden, als ja der wohl noch immer herrschenden Auffassung[3]) desselben als „Wollendürfen“ gefolgt wird.[4])

Gegen alle Ausführungen, welche, *Ihering* folgend, die hier gewählte Charakterisierung des subjektiven Rechtes als zu formalistisch ablehnen, sei hier nur auf *Windscheid*[5]) verwiesen:

---

[1]) Kierulff, a. a. O., S. 9.

[2]) Man vergl. diesbez. Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. I. S. 156 ff.

[3]) Als solche auch bezeichnet von Regelsberger, Pand., S. 75, Anm. 3.

[4]) Gegen Zitelmann und mit Jellinek erklärt Seckel, die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechtes, in der Festgabe für Koch, Berlin 1903, S. 210, daß jedes subjektive Privatrecht notwendig ein „Dürfen“ enthalte. Den bezüglichen Aufstellungen Jellineks folgt Sternberg, a. a. O., Bd. II, S. 25 ff. Gleiches sagt Merkel, Enz., S. 72, §§ 153—155, und im Wesen auch Windscheid, Pand., Bd. I, S. 156, und Gierke, Privatrecht, Bd. I, S. 255.

[5]) Pand., Bd. I, S. 157.

„Gewiß wird die Rechtsordnung Rechte nur zu dem Ende verleihen, um damit die Interessen derjenigen zu befriedigen, denen sie dieselben verleiht. Aber in die Definition des Rechtes gehört der Zweck, um dessentwillen es verliehen wird, nicht."

Die Aufstellungen der Imperativisten[1]) unterscheiden sich von den hiesigen nur dadurch, daß die Imperativisten davon ausgehen, alle Rechtssätze seien persönliche Imperative, während hier die sachlichen Imperative den Ausgangspunkt bilden.

Die Anschauung, die das subjektive Recht als ein vom objektiven Recht verliehenes „Können" anspricht, wird später berührt.[2])

β Alles Bisherige, d. h. das Sollen und Dürfen des Rechtes gehörte dem raum- und zeitlosen Reiche der Normen zu. Das Recht hat es aber nicht mit einer ideellen, sondern mit der wirklichen, in Raum und Zeit sich abspielenden Aktivität der Menschen zu tun. Es muß — um praktisch zu werden, um gelten zu können — angeben, wann das von ihm in bestimmter Weise beschriebene sachliche Sollen einzutreten hat. Jedes sachliche Sollen muß in solcher Art mit dem normfreien Reiche der Geschehnisse verbunden werden, daß es klar wird, wann es einzutreten habe. Dies geschieht dadurch, daß die Rechtsfolge (das sachliche Sollen des Rechtes) an einen Tatbestand gebunden wird, welcher die Voraussetzung der Rechtsfolge darstellt.

„Die Rechtsnorm setzt einen Tatbestand voraus, an dessen Eintreten sie gewisse Rechtsfolgen anknüpft"[3]).

„Rechtssätze sind Sätze, welche dazu bestimmt sind, an einem vorausgesetzten Tatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu begründen[4]) . . . ."

Nach *Loening*[5]) besteht das Recht in „Vorstellungen, die einerseits je an gewisse Tatsachen, an gewisse Sachverhalte oder, wie wir Juristen es nennen, Tatbestände sich anknüpfen, die anderer-

---

[1]) Man vergl. z. B. Bierling, a. a. O., Bd. I, S. 152; Thon, a. a. O., S. 228; Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. I, S. 44; Hold von Ferneck, a. a. O., S. 99.

[2]) S. 86 f.

[3]) Bornhak, Staatsrecht, Bd. I, S. 443.

[4]) Haenel, d. Ges. i. form. u. mat. Sinn, S. 122.

[5]) Ueber Wurzel und Wesen des Rechtes, Rede, Jena 1907, S. 20.

seits inhaltlich dahin gehen, daß bei solcher Sachlage ein bestimmtes äußeres . . . . Verhalten gewisser Personen gegenüber gewissen andern Personen das richtige oder, wie wir eben sagen, das rechte sei".

„Jeder Rechtssatz knüpft die von ihm verordnete Rechtsfolge an einen bestimmten Tatbestand"[1]).

Mit Rücksicht darauf, daß den Rechtssätzen der Tatbestand wesentlich ist, kann man sagen, daß sie hypothetische Sätze seien[2]).

Unter die Voraussetzungen des Eintrittes von Rechtsfolgen gehört auch die Zugehörigkeit von Handlungen zu bestimmten Subjekten, und weiter gehören dazu eventuell auch bestimmte Zustände dieser Subjekte. Faßt man alle Voraussetzungen von Rechtsfolgen auf als die Möglichkeit des Eintrittes des Rechtssinnes in die Rechtswirklichkeit, so kann man aus diesen Voraussetzungen jene ausscheiden, welche als Zustände an die Handlungssubjekte geknüpft sind, und diese Zustände kann man als Fähigkeit zur Setzung von Rechtsfolgen — als ein rechtliches Können bezeichnen. Das Recht verleiht die Fähigkeit zur Herstellung von Rechtsfolgen. Diese Fähigkeit kann den Handelnden als Vorteil und als Nachteil erscheinen (Rechtsfähigkeit, Verpflichtungsfähigkeit, Straffähigkeit). Sie enthält eine juristische Macht, die dem nicht gleicherweise Befähigten fehlt. Sie ist sowohl die notwendige Voraussetzung jeglichen Dürfens, als die jeglichen Sollens. Das Dürfen enthält insoferne mehr als das rechtliche Können, als beim Dürfen der Wille des Handelnden gleichzeitig notwendig auch der Wille des Rechtes ist, während beim Können ein Wille des Rechtes im Sinne der Vornahme einer Handlung überhaupt fehlt. „Die Handlung, durch welche ein Recht ausgeübt wird, ist als solche eine rechtmäßige Handlung. Das gilt von dem Rechte im weitesten Sinne.[3]) . . ." Die Vornahme oder Nichtvornahme der nur gekonnten Handlung — also die Setzung des Tatbestandes — steht außerhalb des Reiches

---

[1]) Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 121.

[2]) Man vergl. diesbezüglich Brodmann, a. a. O., S. 17 und 49, Bierling, a. a. O., Bd. I, S. 77, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 208, Löning, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt 1885, S. VI, Ihering, Geist, 3. Aufl., Bd. I, S. 52, Hold von Ferneck, a. a. O., S. 202.

[3]) R. Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905, S. 84.

der Normen, sie liegt im rechtsleeren Raum, sie ist weder rechtmäßig noch rechtswidrig. Praktisch allerdings ähneln sich das rechtliche Dürfen und das rechtliche Können so sehr, daß Letzteres auch als subjektives Recht in Anspruch genommen wurde.[1])

Seine Stellung als Tatbestandselement scheint mir jedenfalls eine genaue Scheidung von dem als Rechtsfolge, als Rechtsinhalt erscheinenden, rechtlichen Dürfen zu erfordern. Alles Andere ist eine bloße Frage der Terminologie.

E. Das bisher über die allgemeine logische Natur[2]), die überkonkrete Beschaffenheit[3]), die Widerspruchslosigkeit[4]), die Lückenlosigkeit[5]), den sachlich imperativen Charakter[6]) und den hypothetischen Bau[7]) vom Recht Gesagte, gilt für alles Recht, und es macht die Art der Offenbarung des Rechtes in allen diesen Richtungen keinen Unterschied aus.

Voraussetzung für die Offenbarung eines Rechtes ist die Existenz dieses Rechtes, d. h. eine Rechtswirklichkeit. Eine solche liegt nur dort vor, wo der Rechtssinn gilt, wo er sich in den Handlungen der Menschen verwirklicht. Um aber dies konstatieren zu können, muß sich der Rechtssinn vorerst geoffenbart haben.

Der Sinn von Handlungen kann sich nur in Handlungen oder in Worten offenbaren — er kann nur in Handlungen oder in Worten verkörpert sein. Der Sinn kann nicht zweimal, sondern nur einmal verkörpert sein, denn es gibt eben nur einen Rechtssinn.

Ein Recht, dessen Sinn sich in Handlungen verkörpert, heißt Gewohnheitsrecht; ein Recht, dessen Sinn sich in Worten verkörpert, heißt Gesetzesrecht.

Gewohnheitsrecht existiert also, wenn der in Handlungen geoffenbarte — verkörperte Sinn in weiteren Handlungen ver-

---

[1]) Man vergl. hiezu insbesondere Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1905, 2. Aufl., S. 52 ff. und Sternberg, a. a. O., Bd. II, S. 23 ff.

[2]) S. 64 ff.

[3]) S. 69 ff.

[4]) S. 73 f.

[5]) S. 74 ff.

[6]) S. 78 ff.

[7]) S. 85 f.

wirklicht wird. Gesetzesrecht existiert, wenn der in Worten verkörperte Sinn in Handlungen verwirklicht wird.

α Die Offenbarung des Sinnes vom Gewohnheitsrechte geschieht in Handlungen. Diese selbst müssen noch nicht auf Grund ihres Sinnes, sie können völlig unbewußt zustandegekommen sein. Sie kommen nur als Tatsachen, als etwas Faktisches in Betracht. Ihre Entstehung, ihre Gründe sind für das Recht gleichgültig — sie brauchen keineswegs schon auf Grund des Gedankens an eine Norm zustandegekommen zu sein. Erst aus ihnen wird ein für die zukünftigen Handlungen normativer Sinn geschöpft, und erst diese zukünftigen Handlungen bringen in ihrer Uebereinstimmung mit dem vorher geoffenbarten Sinn die Rechtswirklichkeit zustande.[1]) Soll der Sinn dieser Rechtswirklichkeit gehoben werden, so muß immer wieder auf die Handlungen als solche zurückgegangen werden, d. h. auf die Handlungen als Tatsachen, nicht aber auf die Absichten, aus denen sie entstanden sind. Der Sinn eines neuen, einem existent gewesenen Gewohnheitsrechte widersprechenden Gewohnheitsrechtes kann nur durch Handlungen geoffenbart werden, die selbst keinerlei normativen Gedanken in sich tragen und rein als Tatsachen betrachtet werden.

Es sei vorübergehend betont, daß es sich hier nirgends um den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechtes handelt, der ja dem Geltungsgrund des Rechtes überhaupt gleich sein muß, sondern nur um die Offenbarung des Rechtes als Gewohnheitsrecht.

Das in Handlungen dokumentierte Recht kann kein großes Gebiet umspannen. Die Rechtshandlungen müssen ja gleichmäßig sein, und um dies zu sein, müssen sie im Geiste der Menschen behalten werden, was bei wachsender Menge derselben zu Unsicherheit und Zweifeln führen muß und endlich ohne Hilfsmittel ganz und gar ausgeschlossen ist. Als Hilfsmittel bewährt sich hier die Schrift. Der Sinn der Rechtswirklichkeit wird aufgezeichnet, und das Recht erhält dadurch die Möglichkeit, sein Gebiet beliebig zu erweitern.

Diese Aufzeichnung bildet keine Offenbarung des Rechtes.

---

[1]) Das tatsächlich Geübte verwandelt sich in Normatives, wie Jellinek in seinem Staatsrecht, S 345, konstatiert.

Sie ist nur ein mnemotechnisches Hilfsmittel für das nach wie vor einzig und allein in Handlungen geoffenbarte Recht. Man spricht da von geschriebenem Gewohnheitsrecht.

Praktisch tritt das aufgezeichnete Recht an die Stelle der dem Vergessen anheimgegebenen Handlungen, welche die Rechtsoffenbarung ausmachen. Die dem Rechte entsprechende Aktivität der Menschen kann von nun an auch durch den bloßen Blankettwillen aufrecht erhalten werden: Ich tue, wie geschrieben steht. Ist dies einmal eingetreten, dann kann der Versuch unternommen werden, diesen Blankettwillen mit einem Sinne auszufüllen, der bislang noch nicht in Handlungen geoffenbart war. Es beginnt die Möglichkeit einer Rechtspolitik.

Diese Rechtspolitik kann von jedem betrieben werden, der durch seine Autorität, oder durch die Güte seiner Arbeit darauf rechnen kann, als Rechtsaufzeichner gehört zu werden. Sie kann von Privaten ausgehen (man denke an die mittelalterlichen Rechtsbücher!) oder vom Staate. Zu betonen ist freilich wiederum, daß alle diese rechtspolitischen Unternehmungen erst dann zu Recht führen, wenn sie sich in Handlungen geoffenbart haben. Vorher sind sie nicht Recht und können auch nicht als solches kritisiert werden. Wird in der Offenbarungsart des Gewohnheitsrechtes durch dessen Aufzeichnung auch nichts geändert, so untersteht es doch keinem Zweifel, daß es für das Recht einen Unterschied ausmacht, ob die das Recht offenbarenden Handlungen durch Sätze beeinflußt werden, die vorerst planmäßig und im Zusammenhange durchdacht worden sind, wie dies doch bei jeder Rechtsaufzeichnung geschehen muß, oder ob dies nicht der Fall ist. Diesen Unterschied treffen folgende Aussprüche, die fälschlich nur auf den Unterschied von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht bezogen werden: „Zur Zeit, als das Recht noch nicht in die Sphäre bewußter Satzung gerückt war, entbehrte es gleich den anderen Mächten seines utilitaristischen Charakters.“[1])

„Das Gesetz ist der Akt, wodurch das Recht aus dem Zustand der Naivität heraustritt und in offizieller Weise zum Selbstbewußtsein gelangt.“[2])

„Wie Kinder und Ungebildete vorzugsweise durch Gewohn-

---

[1]) Hold von Ferneck, a. a. O., S. 41.

[2]) Ihering, Geist, Bd. II, 1, S. 85.

heiten sich leiten lassen, der erwachsene und gebildete Mann aber mit Bewußtsein die Prinzipien seines Handelns erfassen und durchführen soll, so wird auch im Rechtsleben der Völker das Verhältnis von Gewohnheit und Gesetz ein anderes, wenn ihr Leben sich zu reiferen Zuständen entwickelt."[1])

„Wie überhaupt das planmäßige Schaffen dem mehr instinktiven Handeln überlegen ist, so ist auch das uralte Volksrecht dem modernen Gesetzesrecht technisch bei weitem nicht gewachsen." „. . . Ueberall in der Universalrechtsgeschichte wird durch die Forschung bestätigt, daß die Unsicherheit und Zweifelhaftigkeit des uralten Gewohnheitsrechtes zu einer Formulierung durch feierliche Gesetzesworte drängt."[2])

„Eine rationalistische Rechtsschaffung, wie sie die *Ihering*'sche Theorie im Auge hat, ist überhaupt nur denkbar und möglich bei organisierter staatlicher Gesetzgebung."[3])

„In der Tat wird man nicht übersehen dürfen, daß das Gewohnheitsrecht nur der Ausdruck der Totalexistenz der Uebenden in ihrer zufälligen historischen Bestimmtheit ist, während das Gesetz auf bewußter Abwägung der Gründe und bewußter Erfassung der zu erreichenden Ziele beruht." „Eine ergiebigere Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße, wie die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund."[4])

„Darüber ist man heutzutage wohl vollkommen einig, daß das Gewohnheitsrecht eine sehr unvollkommene Form des Rechtes bildet. Eben der Vorzug, den es vor dem geschriebenen Gesetze voraus hat, daß es sich nämlich fast unbewußt und unbemerkbar weiter bildet, setzt der Verbreitung sowie der Klarheit und Bestimmtheit seiner Erkenntnis Schranken."[5])

„Das Recht bildet sich aus der Auffassung der inneren Zwecke des Ganzen und der Gliederung, welche zu wahren sind, sei es mehr unbewußt und durch stillschweigende Anerkennung im Ge-

---

[1]) Bruns in Holtzendorffs Enz., S. 303.

[2]) Brütt, a. a. O., S. 26 und 50.

[3]) Loening, Wurzel und Wesen, S. 10.

[4]) Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 80 und 81.

[5]) Brusa, Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881, in der Z. f. d. ges. Strafrechtsw., Bd. I, S. 309.

wohnheitsrecht, sei es bewußter und planmäßiger in der Gesetzgebung. . .

Das aufgezeichnete Gewohnheitsrecht hat drei Eigenschaften, die dem nicht aufgezeichneten Gewohnheitsrechte fehlen: 1. Das Recht kann ohne Rücksicht auf die Schwäche des menschlichen Gedächtnisses sein Gebiet ausbreiten. 2. Die das Recht offenbarenden menschlichen Handlungen werden durch planmäßige Durchdenkung ihres Sinnes beeinflußt. 3. Der Wille zu tun, wie geschrieben steht, ermöglicht eine Rechtspolitik.

Auf Grund dieser drei Eigenschaften gewinnt die Aufzeichnung des Gewohnheitsrechtes an Boden. Nur ein kleiner Schritt führt von ihr hinüber zum

β Gesetzesrecht. Hier bedarf der aufgezeichnete Rechtssinn nicht mehr einer Offenbarung in Handlungen, sondern er ist selbst schon die Verkörperung des Rechtssinnes. Bei Konstatierung der Existenz von Gesetzesrecht kommt den Handlungen nie eine sinngebende, sondern höchstens eine sinnaufnehmende Bedeutung zu. Während es nebeneinander mehrere verschiedene Aufzeichnungen desselben Gewohnheitsrechtes geben kann, die ja alle erst auf ihre Wahrheit hin an dem Sinne der das Gewohnheitsrecht dokumentierenden Handlungen prüfbar bleiben, ist es ausgeschlossen, daß sich dasselbe Gesetzesrecht in verschiedenen Worten zeigt. Das Gesetz ist selbst der Körper des Rechtssinnes. Es ist somit nicht bloß, wie *Bülow* meint[1]) „eine Vorbereitung, ein Versuch zur Bewirkung einer rechtlichen Ordnung," sondern es ist der Sinn dieser Ordnung selbst. Es ist auch nicht nur „Gedankenwecker," wie Bergbohm[2]) sagt, sondern ein verkörperter Rechtsgedanke. Es ist prinzipiell nicht Denkinhalt sondern Denkobjekt, und es unterscheidet sich hierdurch gleicherweise von dem geschriebenen Gewohnheitsrechte und von der wissenschaftlichen Arbeit. Nicht seine Wahrheit, sondern nur seine Existenz als Rechtssinn kommt in Frage. Während beim geschriebenen Gewohnheitsrechte die dem Rechte entsprechende Aktivität durch den Willen aufrecht erhalten werden konnte: Ich tue, wie geschrieben steht, muß beim Gesetzesrechte dieser Wille noch dahin näher determiniert werden: Ich tue, wie im

[1]) Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, S. 45.

[2]) a. a. O., S. 382.

Gesetze geschrieben steht. Dazu muß aber jeweils bestimmt sein, welche Rechtsaufzeichnung, wessen Aeußerung Gesetz ist. Das Verfassungsrecht kann selbst Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht sein. Das Recht zur Erlassung der Verfassungsgesetze kann wieder aus einer früheren Verfassung hervorgehen, letzten Endes aber muß es auf eine Tatsache zurückführen, welche die erste Offenbarung eines später verwirklichten Rechtssinnes darstellt. So entspringt das Gesetzesrecht dem Gewohnheitsrechte. „Alle Verfassung, sohin die gesetzgebende Gewalt selbst ist ursprünglich Gewohnheitsrecht."[1])

Ein wesentlich praktischer Unterschied zwischen geschriebenem Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht besteht nicht. Wenn auch für ein und dieselbe Rechtswirklichkeit prinzipiell nur ein Gesetz, wohl aber verschiedene Aufzeichnungen von Gewohnheiten denkbar sind, so entspricht dieser Rechtswirklichkeit doch nur eine einzige wahre Aufzeichnung des Rechtssinnes, und diese wird dem Gesetze gleichkommen.

Ueberdies ist keine Rechtswirklichkeit möglich, die nicht gleich gut in Handlungen und in Worten geoffenbart gedacht werden könnte. Der prinzipielle Unterschied zwischen dem Gesetzesrechte und dem geschriebenen Gewohnheitsrechte hängt enge mit dem Unterschiede zwischen deduktiver und induktiver Geistestätigkeit zusammen. Der Uebergang von der Induktion zur Deduktion steht gleich dem Uebergang von Gewohnheitsrecht zu Gesetzesrecht. Der freilich nur in allgemeinen Sätzen denkbare Rechtssinn[2]) offenbart sich beim Gewohnheitsrechte in konkreten Handlungen, beim Gesetzesrechte aber in allgemeinen Sätzen. Solange für das Leben in der Gemeinschaft die Gefühlstätigkeit, das konkrete Handeln, den sichereren Anhaltspunkt gewährt, wird von da aus induktiv zu den Regeln fortgeschritten, die das erste Recht ausmachen. Sobald aber diese Regeln dem konkreten Handeln gegenüber größere Sicherheit verbürgen, werden sie aufgezeichnet, und das konkrete Handeln wird nun deduktiv nach den schon fixierten allgemeinen Regeln gerichtet. Wird die deduktive Geistestätigkeit allgewaltig, wird das Bewußtsein wach, daß ein einziges oberstes Prinzip alle Regeln für

[1]) Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 226.

[2]) Man vergl. S. 69 ff.

die menschliche Aktivität beherrsche und beherrschen solle (rechtspolitisch gedacht), so kommt es zum Naturrecht, das nach Fixierung des obersten Prinzipes nur deduktive Arbeit kennt und ausschließlich für das Gesetzesrecht Partei ergreift.

„Aus einem höchsten, der reinen Vernunft entnommenen Prinzip lasse sich die Gesamtheit des ewig gültigen, an Zeit und Ort nicht gebundenen Rechts deduzieren, welches von dem Gesetzgeber eines jeden historisch wirklichen Staates realisiert werden müsse. So glaubte man ein innerlich zusammenhängendes System von Rechtsgrundsätzen schaffen zu können, welches auch dem Richter als unfehlbare Quelle seiner Entscheidungen dienen könne. Man stellte hiernach an die Legislation die Forderung, für die Abfassung eines Gesetzbuches Sorge zu tragen, worin das ganze im Staat anzuwendende Recht begriffen, und mit möglichster Bestimmtheit und Klarheit dem Richter vorgeschrieben wäre . . . .“[1])

Nach dieser Ueberhebung des menschlichen Geistes wurde wieder mehr auf die konkreten Handlungen gebaut, das Gewohnheitsrecht bevorzugt und vom Gesetzesrecht wenigstens gefordert, daß es sich nicht zu weit von dem schon in Handlungen dokumentierten Sinne entferne. Eine Vereinigung dieser Forderung der historischen Rechtsschule mit den Ideen des Naturrechtes bringt es zu jener Art geschriebenen Rechtes, das in der modernen Gesetzgebung hervortritt. Wohl spielen hier dank der übermächtigen Stellung des Rechtsaufzeichners — des Staates — viele rechtspolitische Prinzipien ein, die in ganze Gruppen von Regeln eingearbeitet werden, aber diese Arbeit geschieht nicht mehr ohne stete Prüfung an dem Sinne der bisherigen konkreten Rechtshandlungen.

„Das Bedürfnis und Verlangen der Gegenwart ist nicht, daß irgend ein bisher unerhörtes Recht neu ersonnen und aufgestellt werde, sondern daß die Vielheit des Rechts, das wir schon haben, eine Einheit und dadurch Einfachheit und Klarheit werde. Wir können uns weder über die vorhandene Welt hinausphantasieren, noch uns zurückdatieren in die Zeit unserer Väter.“[2])

Es wurde zur Zeit der großen Codifikationen und es wird auch heute noch viel über den verschiedenen Wert und über

[1]) Kierulff, a. a. O., S. XIII, XIV.
[2]) Kierulff, a. a. O., S. XX, XXII.

die verschiedene Kraft von Gewohnheits- und Gesetzesrecht gestritten.

Um Letzteres vorauszunehmen, sei bemerkt, daß die eine Art der Offenbarung des Rechtes diesem nicht mehr Kraft verleihen kann als die andere. Die Offenbarungsart des Rechtes kann mit dessen Kraft überhaupt nichts zu tun haben. Bei der Frage nach der verschiedenen Kraft von Gewohnheits- und Gesetzesrecht handelt es sich denn in der Tat immer nur um die Frage, ob jeweils ein in Handlungen oder ein in Worten verkörperter Sinn Rechtssinn ist — anders ausgedrückt: ob ein präsumptives Gesetzes- oder ein präsumptives Gewohnheitsrecht gilt. Diese Frage aber fällt zusammen mit den Kriterien der Geltung des Rechtes überhaupt und hat gar nichts mit dem Unterschiede zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zu tun, welche beide im Hinblick auf ihre Kraft völlig gleichstehen.[1]) Es gibt nur eine Rechtswirklichkeit, daher auch nur einen Rechtssinn und dieser Rechtssinn kann nur einmal verkörpert sein. Aendert sich das Recht, so ändert es sich durch eine neue Rechtswirklichkeit, nicht aber durch die Offenbarung eines neuen Rechtssinnes. Recht wird immer nur durch Recht abgeschafft und geändert, nicht aber durch Gesetz oder Gewohnheit.

Die Tatsache, daß das Gesetzesrecht an Ausbreitung immer mehr gewinnt, das Gewohnheitsrecht aber an Boden verliert[2]), hat mit einer verschiedenen Kraft der Offenbarungsarten des Rechtes gar nichts zu tun.

Daß die Frage nach den Kriterien der Geltung eines Rechtes mit jener nach einer verschiedenen Kraft dieser Offenbarungsarten

---

[1]) So die herrschende Auffassung in Deutschland. Man vergl. insbesondere: Thöl, a. a. O., S. 164; Merkel, Enz. S. 85; Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. I, S. 84 und S. 92; Selleiles, Einführung, S. 95 ff.; Cosack, Lehrbuch, S. 38 ff.; Gierke, Privatrecht, Bd. I, S. 174; Mohl, Politik, Bd. I, S. 395; Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 238; Regelsberger, a. a. O., Bd. I, S. 105; Kierulff, a. a. O., S. 12. Dagegen vor allem Laband, a. a. O., Bd. II, S. 69. Nach Geny, Methode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris 1899, S. 81 behauptet die herrschende Lehre in Frankreich, daß das Gewohnheitsrecht das Gesetzesrecht weder supplere noch abrogare könne. Man vergl. aber Geny, a. a. O., S. 201 und 276 ff.

[2]) Hierüber vergl. man z. B. Mohl, Pol., Bd. I, S. 391: Zitelmann, Irrtum, S. 435; Kierulff, a. a. O., S. 12 oder Bülow, a. a. O., S. 1.

vermengt wurde, hat seinen Grund darin, daß diese Kriterien beim Gewohnheits- und Gesetzesrechte allerdings nicht gleich sind.

Als „geltendes Recht“ wurde früher[1]) jenes bezeichnet, dessen Sinn sich in Handlungen verwirklicht. Da das Recht einen hypothetischen Bau aufweist[2]), so kann man als geltendes Recht auch jenes bezeichnen, welches verwirklicht würde, wenn der entsprechende Tatbestand eintreten würde. Eine Spezies Recht kann dem Begriffe des geltenden Rechtes dann unterstellt werden, wenn man eine naturgesetzliche Notwendigkeit für den Eintritt der Rechtsfolgen aufgefunden hat. Eine solche läßt sich aber nicht finden. Daher muß man sich damit begnügen, eine Spezies Recht erst dann dem Begriffe des geltenden Rechtes zu unterstellen, wenn der fragliche Rechtssinn sich tatsächlich bereits einmal verwirklicht hat. Diese Verwirklichung erweist die Existenz des Geltungswillens des fraglichen Rechtes und der Geltungsmöglichkeit desselben, welche beide so lange als bestehend angenommen werden müssen, bis ihr Untergang wieder in Tatsachen bewiesen vorliegt. Um also ein besonderes Recht dem Begriffe des geltenden Rechts unterzuordnen, muß erwiesen sein, daß sein Sinn verwirklicht wurde.

Da nun beim Gewohnheitsrechte der Sinn der Handlungen selbst wieder nur aus Handlungen hervorgeht, sind zur Konstatierung seiner Geltung notwendig: erstens Handlungen, die einen präsumptiven Rechtssinn abgeben, zweitens Handlungen, die diesen Sinn verwirklicht haben. Bei einem Rechte, dessen Sinn in Worten verkörpert ist, müßte nach dem Bisherigen verlangt werden: erstens ein in Worten verkörperter Sinn, zweitens Handlungen, die diesen Sinn verwirklichen. Dementsprechend würde ein eben publiziertes Gesetz erst dann geltendes Recht werden, wenn alle seine Sätze einmal Verwirklichung gefunden hätten. Dem ist aber nicht so. Es wurde früher[3]) betont, daß eine einem Gesetzesrechte entsprechende Aktivität nur aufrecht erhalten werden könne durch den Willen: Ich tue, wie im Gesetze geschrieben steht, und daß ein solcher Wille nur möglich sei beim Bekanntsein der Tatsache, wessen Aeußerung ein Ge-

[1]) S. 50.
[2]) S. 85 f.
[3]) S. 91 f.

setz abgebe. Dieser Beobachtung parallel geht die obige [1]) Definition des Gesetzes als Aeußerung einer mit dem Gesetzgebungsrechte begabten Autorität. Das Gesetzesrecht ist förmlich ein sekundäres Recht — ein aus dem subjektiven Rechte, dem Gesetzgebungsrechte, abgeleitetes objektives Recht. Beim subjektiven Rechte hört der eigene Geltungswille des objektiven Rechtes zugunsten des Willens des Berechtigten auf und wird mit letzterem identisch. Der Wille des Berechtigten ist als der Wille des Rechtes anzusehen. Hat jemand (die gesetzgebenden Faktoren) das Recht, durch Worte den Sinn des objektiven Rechtes festzustellen, so sind diese Worte geltendes Recht noch bevor ihr Sinn verwirklicht wurde, wenn nur das Gesetzgebungsrecht selbst schon geltendes Recht ist, und sie bleiben dem Begriffe des geltenden Rechtes so lange unterstellt, bis Tatsachen eintreten, die erweisen, daß sie beim Eintreten der entsprechenden Tatbestände nicht verwirklicht würden. Diese Tatsachen können schon gleich bei Erlassung des Gesetzes vorhanden sein. Ein „Gesetz" bildet z. B. kein Recht, wenn es einem Naturgesetze widerspricht, wenn es offenbar geltungsunmöglich ist. Es bildet Recht nur innerhalb des Rahmens des subjektiven Verfassungsrechtes und nur, solange, bis seine Geltungsunmöglichkeit erwiesen ist. Insoferne kann man mit *Hugo* [2]) sagen: „Ein Gesetz ist gewissermaßen nur die Initiative zu dem, wie es wirklich gehalten wird."

Zur Konstatierung der Geltung eines Gesetzesrechtes genügt also die Tatsache der Geltung des entsprechenden Verfassungsrechtes, dessen ordnungsgemäße Ausübung und der Mangel einer Tatsache, die die Geltungsunmöglichkeit der Gesetzessätze erweist.

Es zeigt sich also, daß die Kriterien der Geltung des Gesetzesrechtes leichter zu beschaffen sind, als jene des Gewohnheitsrechtes, daß förmlich eine Art Präsumption für die Geltung des Gesetzesrechtes spricht, die im subjektiven Verfassungsrechte wurzelt. Eine größere Kraft kommt aber dem Gesetzesrechte deshalb noch nicht zu. Prinzipiell behält vielmehr das Gewohnheitsrecht immer gleiche Kraft mit dem Gesetzesrechte, es

---

[1]) S. 9.

[2]) Civilistisches Magazin, Bd. IV, 1813, S. 123.

kann letzteres wieder aufheben, abändern und sogar jede durch Gesetze geschaffene Rechtseinheit vernichten. Ein partikuläres Gewohnheitsrecht hat gleiche Kraft mit einem allgemeinen Gesetzesrechte.[1]) Die Größe der Rechtsgemeinschaft hat mit dem Begriffe des Rechtes nichts zu tun.

Was den verschiedenen Wert von Gewohnheits- und Gesetzesrecht anbelangt, ist zu bemerken, daß der diesbezügliche Streit nur zum geringsten Teile den Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht erfaßte, zum größten Teile aber mit diesem Unterschiede gar nichts zu tun hatte.

Richtig ist es, daß es beim reinen (unaufgezeichneten) Gewohnheitsrechte ausgeschlossen ist, daß Rechtssätze dem Rechtsgefühle des Volkes widersprechen, während dies beim Aufkommen der Rechtspolitik, also beim aufgezeichneten Gewohnheitsrechte, noch mehr aber beim Gesetzesrechte der Fall sein kann. Ob eine solche Nichtübereinstimmung ein Vorteil oder ein Nachteil ist, bleibt immer noch eine offene Frage. Beim Gesetzesrechte kann eine solche Nichtübereinstimmung dadurch eine besonders große Dimension annehmen, daß die große Macht der gesetzgebenden Faktoren auch ein sehr volksfremdes Recht durchsetzen, geltungsmöglich machen, kann.

Richtig ist es auch, daß das Gesetzesrecht vermöge seiner prinzipiell deduktiven Entstehung systematischer und selbstbewußter ist, als das Gewohnheitsrecht.[2])

Richtig ist endlich auch, daß die Rechtssicherheit infolge der leichteren Konstatierbarkeit der Geltung des Gesetzesrechtes in diesem eine Stütze findet, die es selbst beim aufgezeichneten Gewohnheitsrechte entbehrt.

Was aber sonst noch an Unterschieden zwischen Gewohnheits- und Gesetzesrecht hervorgehoben wurde, betraf nur zu einem kleinen Teile jene Sätze des Gesetzesrechtes, die geltungsmöglich waren. Vorwiegend handelte es sich um jene Aussprüche der gesetzgebenden Faktoren, die wohl dauernd zu Recht werden wollten, dies aber nicht konnten. Dabei sind zwei Dinge

---

[1]) Anders Savigny, System, Bd. I, S. 196.

[2]) Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 243; Merkel, Enz., S. 57; Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 338; Savigny, Syst., Bd. I, S. 41.

genau zu scheiden: Wird eine in Form eines Gesetzes erlassene Erklärung nicht als Recht verwirklicht, so mag daran Schuld sein, entweder daß die Rechtspolitik sich nicht innerhalb der Kräfteverhältnisse der rechtsfreundlichen und der rechtsfeindlichen Elemente betätigte, oder daß ein geltungsmögliches Recht falschen Ausdruck fand. Ersteres betrifft die Rechtspolitik, Letzteres die Gesetzestechnik. Mit dem Rechte selbst, respektive mit dem Unterschiede zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht hat dies alles nichts zu tun. Besonders geschürt wurde der Streit um den verschiedenen Wert der beiden Offenbarungsformen des Rechtes durch die unhistorische Ansicht, der Gesetzgeber habe erstens die Macht und zweitens die Intelligenz, was immer für rechtliche Einrichtungen frei zu erschaffen. Dem ist entgegenzusetzen, erstens daß der Gesetzgeber sich wirksam nur innerhalb der Geltungsmöglichkeit frei bewegen könne, zweitens dasjenige, was *Stahl* vom Staate sagt: „Diesen ewigen Bau, welcher allen Zeiten die unverwüstliche Dauer entgegensetzt, würde menschliche Klugheit weder aufzuführen noch zu erhalten im Stande sein.[1])

Nur Gewohnheit (Handlungen) und Gesetz (Worte) können Recht offenbaren. Andere Quellen des Rechtes gibt es nicht.

So kann insbesondere der Gerichtsgebrauch nicht als Rechtsquelle angesehen werden, soferne er nicht völlig im Begriffe des Gewohnheitsrechtes aufgeht, also in Handlungen der Rechtsuntertanen (ev. der Richter) offenbart ist. Ein Urteilstext kann schon deshalb keine Rechtsoffenbarung sein, weil der Urteiler selbst immer nur bereits fixiertes abstraktes Recht auf den konkreten Fall anzuwenden hat, das Urteil also wie ein wissenschaftliches Werk bloß seine Meinung vom Rechte enthält, die sich vor ähnlichen Meinungen durch nichts auszeichnet und immer eine Prüfung auf ihre Wahrheit zuläßt (Uebereinstimmung mit dem wirklichen Rechte). Sehr richtig hebt *Willoughby*[2]) hervor, daß eine dem Gerichte zugestandene Rechtsbildung den Grundsatz der Nichtrückwirkung neuen Rechts durchbricht: „Let it be frankly admitted, that judicial legislation is ex post facto legislation.“

---

[1]) a. a. O., Bd. I, S. 375.

[2]) An examination of the nature of the state 1896, S. 175, zitiert von Krabbe, Die Lehre von der Rechtssouveränität, Groningen 1906, S. 72.

Zur Bildung von Gewohnheitsrecht kann allerdings der Gerichtsgebrauch ebenso beitragen wie die Doktrin.[1])

Die oben gegebene Rechtsdefinition verbietet ein Eingehen auf jene Meinungen, die die Natur der Sache, Vernunft der Dinge, naturalis ratis, den Zweckgedanken, das Verkehrsbedürfnis oder das Rechtsgefühl — alles „nur verschiedene Bezeichnungen für dasselbe Ding“[2]) als Rechtsquelle betrachtet wissen wollen. Gleiches gilt natürlich von der „subjektiven Vernunft.“[3])

In der ganzen Untersuchung wurde daran festgehalten, daß es nur einerlei Recht gebe[4]) und daß dieses das jeweils geltende Recht sei. Was immer also dem Begriffe des Rechtes unterstellt wird, ist in dieser Hinsicht allem Andern, das Recht ist, durchaus gleichwertig. Es gibt eben nur einen Maßstab der Rechtmäßigkeit,[5]) diesen Maßstab gibt das positive Recht ab, und es ist innerhalb des positiven Rechtes im Hinblick auf diese Rechtmäßigkeit alles gleich wichtig und gleichwertig.

---

[1]) So auch Geny, Methode . . . .S. 455.
[2]) Regelsberger, Pandekten, S. 68.
[3]) Adickes, a. a. O., S. 11, 67.
[4]) Bergbohm, a. a. O., S. 386, Anm. 11.
[5]) Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 224.

§ 4.

Interpretation.

Die auf Seite 3 und 4 gegebene Charakterisierung der Gesetzestechnik als Ganzes gewerteter Mittel, die der gedanklichen und sprachlichen Verkörperung eines konkret bestimmten Rechtszustandes dienen, hat durch die bisherigen, den Begriff Recht betreffenden Ausführungen wohl die nötige Bestimmtheit erlangt, und es könnten schon jetzt aus dem Wesen des Zweckes der Gesetzestechnik (Rechtsverkörperung) Schlüsse auf den Inhalt der Gesetzestechnik (Mittel der Rechtsverkörperung) gezogen werden. Nun ist aber vorher noch mit einigen Worten auf die juristische Interpretation einzugehen und dies aus zwei Gründen: Es sind in letzter Zeit eben vom Gebiete der Interpretation her zahlreiche Angriffe gegen das positive Recht gerichtet worden. „In positivistischer Gewandung lebt sonderbarerweise das alte Naturrecht wieder auf: gespensterhaft ersteht es von den Toten in aller seiner dürftigen Kahlheit, aber ohne seine einstige Größe.“[1]) Die bisherigen Ausführungen können also erst dann als in sich gefestigt erscheinen, wenn sich an sie eine Interpretationslehre anreiht, die mit dem gegebenen Rechtsbegriffe einstimmig ist. Der zweite Grund für ein Eingehen in das Gebiet der Interpretation liegt darin, daß eine Gesetzestechnik nicht existieren kann, wenn die bisherige, sogenannt klassische Interpretation in ihren Grundlagen zerstört wird. Die Gesetzestechnik dient dazu, einen konkret bestimmten Rechtszustand im Gesetz verkörpern

---

[1]) Gierke in seiner Besprechung von Labands Staatsrecht, a. a. O., S. 95.

zu helfen. Sie setzt voraus, daß die Rechtsanwender das Recht im Gesetze suchen und daß sie dies in einer der Natur des Gesetzes entsprechenden Weise tun. Wird das Recht gar nicht mehr im Gesetze gesucht, so braucht man gar keine Gesetze zu machen, und faßt ein Rechtsanwender das Gesetz als Rechtskörper, ein anderer als bloßen Wecker von Gedanken über das Recht auf, so kann man zu Regeln darüber, wie man Gesetze machen soll, gar nicht vorschreiten.

Genau so wie der wesentliche Inhalt der Gesetzestechnik (Mittel zur Rechtsverkörperung) aus deren Zweck (Rechtsverkörperung) abzuleiten ist, genau so ist auch der wesentliche Inhalt der juristischen Interpretation (Mittel (Verfahren) zur Rechtsfindung) abhängig von einer Erwägung ihres Zweckes (Rechtsfindung.) Die Rechtsdefinition ist berufen sowohl der Gesetzestechnik als der juristischen Interpretation die Wege zu weisen. Das Gesetz selbst kann wohl auf den Gang der Interpretation Einfluß nehmen, es kann aber dies nicht mit mehr Kraft als die Theorie ihm zubilligt. Die gesetzliche Interpretationsregel muß auch interpretiert werden und sie kann dies nicht auf Grund ihrer selbst, sondern nur auf Grund der juristischen Theorie. Diese Anschauung ist heute wohl allgemein akzeptiert.[1]) Die Abhängigkeit der Interpretation von der Rechtsdefinition ergibt sich ganz klar aus dem Begriffe der Interpretation selbst. Die juristische Interpretation ist eine Tätigkeit, welche darauf ausgeht, Recht zu finden. Sie erhält ihre Regeln durch das Wesen des Gegenstandes, den sie zu suchen hat. An dem nachfolgenden Schema wird sich dies erweisen.

A. Das Recht kann intellektuell erfaßt werden.

1) Das Recht wird als kausiertes erfaßt. Eine Wertung kommt hier für den Interpreten nicht in Betracht. Die

---

[1]) Salleiles, Einführung, S. 88; Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, Cassel 1872, S. 5, 6; Oskar Kraus, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz in der Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Bd. 23, 1902, S. 779: Wurzel, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 14; Geny, Methode . . . . S. 95, 200; z. B. sprechen dies expressis verbis aus, während weitaus die Mehrzahl jener Juristen, die sich mit der Auslegung befassen, schon dadurch, daß sie dabei nicht von gesetzlichen Interpretationsregeln ausgehen, implicite dasselbe sagen.

Interpretationsmittel werden gleichzeitig mit der Konstatierung des Daseins von Recht auf empirischem Wege gefunden. Die Zwecke im Recht kommen nur als empirisch feststellbar in Betracht. Näheres über diese, allen Positivisten notwendig eigenen Ausgangspunkte und Näheres über die sich daran anknüpfende Art der Interpretation folgt später bei Darlegung des in dieser Arbeit eingehaltenen Standpunktes.

2) Das Recht wird teleologisch erfaßt. Voraussetzung dieser Auffassung ist die Erkenntnis des Endzieles, das nicht rein „formal“ sein darf, da sonst kein Zwischenzweck nach ihm gerichtet werden kann. Rein „formal“ ist ja ein Endziel nur dann, wenn es jeden möglichen Zweck als Mittel zum Endzweck zuläßt. Die Erkenntnis eines inhaltlich determinierten Endzweckes von mehr als subjektiver Bedeutung ist unmöglich, da gerade im Zweck das rein subjektive Willensmoment die Hauptrolle spielt. Die hypothetische Aufstellung eines Endzweckes käme aber gleich der hypothetischen Aufstellung des ganzen Rechtssystemes. Jede Handlung, die sich als Mittel zum Endzweck darstellen würde, wäre Recht, jede andere Unrecht. Die Rechtsfolgen selbst aber müßten wieder Mittel zum Zweck sein. Die juristische Interpretation hätte mit der Erkenntnis des Endzweckes ihr Ende gefunden, denn die Frage nach der Zwecktauglichkeit eines Mittels würde jedenfalls den Boden des Rechtes verlassen. Es käme zu rein deduktiver Gedankenarbeit, zu reinem Naturrecht.

a) Eine Spielart dieser Auffassung ist jene, die als Zwecke des Rechtes die menschlichen Interessen gelten läßt. Das Recht habe eine Vereinigung derselben anzustreben. Die menschlichen Interessen lassen sich aus den menschlichen Handlungen und Worten herausinterpretieren. Die soziale Erfahrung ist Interpretationsmittel. Wo aber der Einigungsmodus gefunden werden soll, bleibt völlig unklar. Auch ihm kann nur eine außerempirische, höchstpersönliche Wertung zugrundeliegen.

b) Eine zweite Spielart der teleologischen Auffassung ist die

der immanenten Teleologie. Das Recht ist an und für sich mit einem Zweckstreben ausgestattet, das angeblich in der Rechtsgeschichte entlarvt werden kann. Hiebei kommt es zu einer historischen Interpretation, der empirisch bestimmten Rechtskörper. Es fragt sich bei dieser Auffassung nur darum, ob dabei der menschlichen Aktivität überhaupt noch irgend ein Spielraum bleibt, und was innerhalb dieses Spielraumes als Recht zu gelten habe.

B. Das Recht kann intellektuell gar nicht erfaßt werden, sondern ist Sache des Gefühls. Zu einer Interpretation kommt es in diesem Falle gar nicht.

Recht ist ein auf die Aktivität von (in Gemeinschaft lebenden) Menschen bezughabendes, (aus Menschen stammendes), gelten wollendes und jeweils gelten könnendes, in festen Regeln niedergeschlagenes Prinzip.[1]) Das Recht findet man also in den Aeußerungen von in Gemeinschaft lebenden Menschen. Es muß unter diesen Menschen gelten können und auch wirklich gelten (daraus erschließt man ja den Geltungswillen), und es muß in festen Regeln zutagetreten. Die menschlichen Aeußerungen sind Worte oder Handlungen — dem entspricht die Verkörperung des Rechtes als Gesetzes- und Gewohnheitsrecht.[2]) Die Art der Verwendung dieser Rechtsverkörperungen ergibt sich aber ganz von selbst daraus, daß das Recht seinem unbedingten Geltungswillen entsprechend, mittels seiner abstrakten Regeln durch die objektivste Sphäre menschlicher Geistestätigkeit verwirklicht werden will (deduktive Bearbeitung), weiters daraus daß diese Regeln durch ein Prinzip zusammengehalten werden und daher in ihrem Zusammenhange induktiv erfaßt werden müssen, endlich noch daraus daß jeder Rechtsstoff dem andern völlig gleichwertig ist und daher keine seiner Konsequenzen zugunsten irgend welcher anderer fallen gelassen werden darf. Es handelt sich kurz gesagt darum, den ganzen Rechtsstoff widerspruchslos im Zusammenhange zu erfassen, und das ist die oberste und einzige wesentliche Interpretationsregel.

---

[1]) S. 13 f.

[2]) Man vergl. hierüber S. 87 ff.

Die Interpretation ist sohin eine einmalige Tätigkeit, die damit abschließt, daß das Recht im Zusammenhange erfaßt wurde. Wer das Recht einmal kennt, der braucht nicht mehr zu interpretieren. Freilich gelangt diese Tätigkeit niemals zu einem völligen Abschlusse, weil einerseits der Rechtsstoff dazu zu groß ist und weil andererseits dieser Rechtsstoff unausgesetzt wechselt. Wenn aber auch das Ideal nicht erreichbar ist, so hindert das nicht, daß eine größtmögliche Annäherung an dasselbe versucht werde.

Die Erfassung des Rechtsstoffes (geltende Gesetze und Gewohnheiten) in seinem Zusammenhange ist unmöglich ohne gleichzeitige restringierende und extendierende Interpretation der Gesetzesworte und Gesetzessätze einerseits, der konkreten Rechtshandlungen anderseits. Darin liegt ja eben das Wesen und der Wert der Erfassung einer Sache in ihrem Zusammenhange, daß sie andere Erkenntnisse vermittelt als die summierte Erfassung aller Teile. Der Ausschluß induktiver Bearbeitung der Gesetze wäre gleichbedeutend mit der Leugnung des systematischen Zusammenhanges der Rechtssätze, also auch gleichbedeutend mit der Behauptung, daß das Recht ein ganz zufälliges Konglomerat von Vorschriften sei; der Ausschluß induktiver Bearbeitung der Rechtshandlungen, welche das Gewohnheitsrecht ausmachen, wäre aber gleichbedeutend mit der Leugnung der Existenz abstrakter Rechtssätze, also mit der Leugnung von Gewohnheitsrecht überhaupt. Es ist ja wohl richtig, daß die Induktion außer dem Falle der vollständigen Induktion Erkenntnisse von bloßem Wahrscheinlichkeitswert liefert und daß es bei der Interpretation vorwiegend zu unvollständigen Induktionen kommt. Es ist weiters auch richtig, daß jeweils mehrere verschiedene Induktionen bei verschiedenen Menschen platzgreifen können. Man darf aber nicht vergessen, daß der Wahrscheinlichkeitswert von unvollständigen Induktionen bis zur Aufstellung von Naturgesetzen führen kann, und daß bei der Verwendung eines so großen Induktionsmaterials, wie das Recht es bietet (allerdings auch nur bei Berücksichtigung des ganzen vorhandenen Rechtsstoffes in seinem Zusammenhange), die Subjektivität des Interpreten wohl ziemlich ausgeschlossen wird. Der Ausschluß der Subjektivität

rechtlicher Erkenntnisse ist aber anerkanntermassen das Hauptziel juristischer Methodologie.[1])

Wenn auch in neuerer Zeit bestritten wurde, daß die klassische Interpretation in genügendem Maße die Objektivität wahre,[2]) so wurde in striktem Gegensatze hiezu doch wieder überall verlangt, daß der Rechtsstoff nicht nur deduktiv, sondern in seinem Zusammenhange, also induktiv, erfaßt werde, und hiemit erledigen sich m. E. alle betreffenden Angriffe gegen die klassische Interpretation umsomehr, als das von den Neueren so sehr gehegte Gewohnheitsrecht — wie schon oben erwähnt — ohne induktive Bearbeitung des Sinnes der einzelnen Rechtshandlungen überhaupt undenkbar wäre.[3])

Es ist aber nicht nur die extendierende, restringierende und bestätigende Interpretation, die in der induktiven Bearbeitung des Rechtsstoffes beschlossen liegt, sondern auch die viel angefochtene Analogie, als der Schluß vom Aehnlichen auf das Aehnliche. Die Analogie ist nämlich die notwendige Voraussetzung jeglicher Induktion. Bevor der Versuch einer Induktion unternommen wird, muß von der bei einem Objekt konstatierten Induktionsmöglichkeit durch Analogie auf die gleiche Induktionsmöglichkeit bei einem anderen Induktionsobjekt geschlossen worden sein. Der von den Juristen verwendete Analogieschluß ist aber überhaupt immer schon das Werk einer unvollständigen Induktion. Es ist kaum denkbar, daß der Jurist einen Analogieschluß zieht, ohne gleichzeitig das Identische der ähnlichen Denkobjekte anzugeben und an dieses Identische die gezogene Folgerung anzuknüpfen.[4])

---

[1]) Saleilles, in der Vorrede zu Geny, Methode .... S. V; Geny, Methode ... S. 187; Kraus, Interpretation, S. 8; Rumpf, Gesetz und Richter, S. 119; Brütt, a. a. O., S. 50.

[2]) Geny, Methode, S. 58, 117.

[3]) Für induktive Bearbeitung des Rechtsstoffes sprechen sich unter Andern aus: Geny, Methode, S. 38, 116; Kraus, Interpretation, S. 12; Schmidt, Staatslehre, S. 170; Regelsberger, Pandekten, S. 147; Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 105; Beseler, a. a. O., S. 82; Wurzel, a. a. O., S. 53; Thöl, a. a. O., S. 139.

[4]) So begreift auch Geny, a. a. O., S. 496 die Analogie — ebenso Regelsberger, Pandekten, S. 157 und Thöl, a. a. O., S. 142; Bornhak, Staatsrecht, S. 102; Rumpf, a. a. O., S. 142 nennt es die „herrschende Lehre.“

Ein Analogieschluß, bei dem die Konsequenz nicht notwendig mit diesem Identischen verbunden worden wäre, würde wenig Gehör finden. Daß der Jurist aber formell seine Folgerungen direkt per analogiam an einen in den Rechtskörpern vorfindlichen Rechtssatz anschließt statt erst induktiv aufwärts-, sodann aber deduktiv abwärtszusteigen, begreift sich daraus, daß das Schwergewicht bei juristischen Folgerungen immer in dem formulierten Rechtssatz liegt. Aus dem gleichen Grunde verwendet der Jurist das Argumentum a minore ad majus, a majore ad minus und a contrario, deren jeweilige Berechtigung nur aus vorherigen Induktionen erhellt, statt aus den induktiv gewonnenen Prinzipien die Folgerungen zu ziehen. Trotz all der verschiedenen Ausdrücke des Interpreten besteht die klassische juristische Interpretation lediglich in induktiver und deduktiver Bearbeitung des Rechtsstoffes. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Analogie und Interpretation kann nur auf dem Boden einer philologischen Auslegung gefunden werden, die aber außerstande ist Gesetze, verschiedener Zeiten im Zusammenhange — also induktiv — zu begreifen. Auch der Appell an das nunmehr so häufig herangezogene Rechtsgefühl, dem in der deductio ad absurdum der ihm gebührende Platz eingeräumt wurde, geschah auf Grund einer Induktion etwa folgenden Inhaltes: kein sicher als solcher erkannter Rechtssatz löst in meinem Rechtsgefühl die Reaktion X aus — kein Rechtssatz kann in mir die Reaktion X auslösen — der Satz A würde als Rechtssatz in mir die Reaktion X auslösen, ist also kein Rechtssatz. Trotz der Verschiedenheit des Rechtsgefühls verschiedener Menschen konnte die deductio ad absurdum als Mahnruf gute Dienste leisten,[1]) solange man sich dessen eingedenk blieb, daß ein konstanter Zwiespalt zwischen Recht und Rechtsgefühl besteht. Zu mehr als zu einer Mahnung kann das Rechtsgefühl wohl nicht verwendet werden.[2])

Allerdings wird von einer extrem voluntaristischen Gruppe junger Juristen, von den durch *Brütt*[3]) so benannten „Gefühls-

---

[1]) v. Bülow, Die Rechtssprechung in Strafsachen und das allgemeine Rechtsbewußtsein, Deutsche Juristen-Zeitung 1906, S. 45.

[2]) Rümelin, Reden u. Aufsätze, Bd. I, Freiburg i. B. 1875, S. 83; so auch Brütt, a. a. O., S. 102.

[3]) a. a. O., S. 101 ff.

juristen", für das Rechtsgefühl eine weitaus größere Autorität in Anspruch genommen. Diese Richtung erledigt sich aber durch den Hinweis auf den unbedingten, insbesondere auch von dem Rechtsgefühl der Rechtsuntertanen notwendig unabhängigen Geltungswillen und auf die daraus resultierende besondere logische Natur des Rechtes. Wie könnte übrigens das Verfassungsrecht dem Rechtsgefühle anheimgegeben werden? Das richterliche Urteil „soll ein objektiv richtiges Urteil sein und kein subjektiv freies Befinden".[1]) Die möglichste Sicherheit des Rechtszustandes — also die größte Voraussehbarkeit der Urteile[2]) wird von dem Aufbau des Rechtes, von der Teilung der Gewalten angestrebt. Jedes Urteil muß auf Grund eines fest umschriebenen Materials von jedem Rechtsuntertanen wenigstens ideell vorher gesehen werden können. Tritt eine Freiheit in dem Verfahren, oder eine Unbestimmtheit in Hinsicht des dem Richter vorliegenden Rechtsstoffes ein, so tritt der Rechtszustand in den schreiendsten Widerspruch mit dem Grundsatz der Nichtrückwirkung der Gesetze. Dieser letztere Grundsatz verbietet nicht nur jegliche Art richterlicher Rechtsschöpfung, sondern auch jede Freiheit in Herschaffung oder Anwendung des dem Urteile zugrundeliegenden Rechtsstoffes. Die zuzugebende Tatsache, daß der Richter bei Urteilsschöpfung nicht nur logische Manipulationen mit dem Rechtsstoff vornimmt, daß vielmehr auch sein Wille und sein Gefühl mitspricht. gibt, wie *Brütt*[3]) sehr richtig bemerkt, keinerlei Grund dafür ab, daß dies auch wirklich so sein soll, und diese Erwägung stürzt die ganze Anlage des Buches von *Rumpf*, Gesetz und Richter. Es bleibt übrigens immer zu wiederholen, daß im Augenblicke, in dem ein Urteil ohne Gesetz und Gewohnheit und ohne ein diesen adäquates Verfahren geschöpft werden kann, Gesetz und Gewohnheit als völlig überflüssiger Ballast erklärt werden muß.[4]) Es gibt eben nicht zweierlei Recht, sondern nur ein Recht, und dieses wird an seinen konstanten Eigenschaften erkannt, die einen Widerspruch in sich selbst nicht zulassen.

Nachdem nun das vom Interpreten einzuschlagende Verfahren

---

[1]) Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, S. 162.

[2]) Diese wird auch verlangt von Kraus, Interpretation, S. 8.

[3]) a. a. O., S. 103.

[4]) Aehnlich Unger in der Deutschen Juristen-Zeitung 1906, S. 704.

dahin gekennzeichnet wurde, daß es in deduktiver und induktiver Bearbeitung des Rechtsstoffes liege,[1]) und daß nur diese Bearbeitung darüber Aufschluß gebe, ob jeweils Analogie, argumentum a majore ad minus, a minore ad majus und e contrario platzgreifen könne, bleibt noch festzustellen, welches Material der Interpret zu verwerten habe. Die Antwort ergibt sich nach dem bisher Gesagten von selbst: Das Material des Interpreten ist nur Gesetz und Gewohnheit, nicht mehr und nicht weniger. „Die Auslegung des Gesetzes ist die Nachdenkung seines Gedanken- und Willensgehaltes durch den Interpreten höchstpersönlich.“ [2]) Aber vielfach erzieht die Wissenschaft „dem Gesetze drei Todfeinde — das Gesetzesmotiv, den Gesetzesbuchstaben, die Fallentscheidung. . .“ [3]) Nur die Motive und die Präjudikate berühren die jetzt behandelte Frage. Was die Präjudikate anbelangt, so wurde schon früher betont, daß sie prinzipiell unverbindlich sind, und dies selbst dann, wenn der seltene Fall eintritt, daß sie zur Bildung von Gewohnheitsrecht geführt haben, denn auch dann sind nicht die Präjudikate die Rechtsverkörperungen, sondern die Rechtshandlungen der Rechtsuntertanen. Sie haben für den Interpreten dieselbe Bedeutung, die einer wissenschaftlichen Arbeit zukommt. Gleiches gilt von den Gesetzesmotiven, die auch für den Fall der bezüglichen Einstimmigkeit der gesetzgebenden Faktoren nur unverbindliche individuelle Meinungen darstellen,[4]) nicht aber die Meinung der gesetzgebenden Körper selbst. Letztere kann ja eben nur durch Gesetz zum Ausdruck kommen,[5]) ist aber selbst im späteren Verlauf der Dinge nur insoferne Recht, als sie wirklich gilt. Wenn auch das Material, das der Interpret durchzuarbeiten hat, durch die Ausscheidung der Motive kleiner, die Induktionen daher auch etwas freier werden, so muß man dagegen

---

[1]) Man vergl. Thöl, a. a. O., S. 140.

[2]) Binding, Handbuch des Strafrechtes, Leipzig 1885, S. 85; ähnlich Thöl, a. a. O., S. 150; Merkel, Enzykl., S. 146; Saleilles, Einführung, S. 90; Kohler, Ueber die Interpretation von Gesetzen, Wien 1885; Schaffrath, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze, 1842.

[3]) Binding, a. a. O., S. 36.

[4]) Thöl, a. a. O., S. 150; man vergl. Wurzel, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 48.

[5]) So auch Brütt, a. a. O., S. 50; Kierulff, a. a. O., S. 26.

auch erwägen, daß die philologische Interpretation[1]) eines von einer großen Anzahl von Menschen verfaßten Werkes in unabsehbare Schwierigkeiten gerät, wenn schon nicht ganz unmöglich ist.[2]) Ueberdies wird bei der philologischen Auslegung das aufrechtzuerhaltende[3]) Leben des Rechtes wirklich nur durch das ruck weise erfolgende Einfließen neuer Gesetze in den bisherigen Rechtsstoff gerettet, falls man schon annehmen will, daß die bei der philologischen Interpretation infolge der Starrheit der Begriffe unabänderlichen[4]) Widersprüche zwischen den ein Ganzes bildenden Gesetzen verschiedener Provenienz Leben bedeuten. Die hier geschilderte juristische Interpretation erhält das Leben des Rechtes einmal dadurch, daß sie die in neuen Gesetzen hervortretenden neuen Prinzipien sofort zu der ganzen Masse des Rechtsstoffes schlägt und mit dieser verarbeitet, überdies aber noch dadurch, daß sie dem Bedeutungswandel der Gesetzesworte ebenso Rechnung tragen kann wie dem Bedeutungswandel von Rechtshandlungen. So verbleiben die Bedeutungen der Gesetzesworte mitten im Flusse der kulturellen Entwicklung[5]) und je reicher eine Person mit sozialer Erfahrung ausgestattet ist, umso reicher werden die in das Recht einfließenden Bedeutungseinheiten werden, umso besser wird die Interpretation, umso geringer auch der Sprung vom alten zum neuen Gesetz.

Es soll aber vom Interpreten auch nicht weniger verarbeitet werden, als aus den Rechtskörpern zu entnehmen ist. Hiedurch soll insbesondere auf den Schatz der „immanenten Werturteile des positiven Rechtes“[6]) aufmerksam gemacht werden. Diese nur aus den Rechtskörpern hervorgeholten Werturteile, die vom Rechte jeweils anerkannten Zwecke, bilden ja vielleicht den Hauptnerv jeglicher Interpretation. Insoweit schließt sich die hier

---

[1]) Boeckh, Enzyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften, 1877, S. 10.

[2]) Sie wird neuerdings gefordert von Geny, Methode ... S. 57, 228 ff. Man vergleiche: Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Tübingen 1906, S. 357.

[3]) Geny, a. a. O., S. 57, 584.

[4]) Man vergl. S. 58.

[5]) Brütt, a. a. O., S. 62.

[6]) Brütt, a. a. O., S. 146.

vertretene Art der Interpretation an die von *Brütt* in seinem schon öfter zitierten Buch angestrebte Vereinigung der konstruktiven und teleologischen Methode[1]) an.

Ein Plus an sozialer Zweckmäßigkeit kann aber von dem Interpreten nicht verlangt werden. Hier hat die Rechtspolitik einzusetzen. Die Gewaltenteilung hat auch hier die Rollen scharf getrennt. Die von Kollegien ausgehende Gesetzgebung erscheint heute als die einzige, bei welcher der in der Zwecksetzung liegende subjektive Faktor genügend und förmlich mechanisch soweit abgestumpft wird, daß seine Schärfe noch erträglich bleibt. Aus diesem Grunde kann auch *Geny* nicht gefolgt werden, der in seiner sehr maßvollen Arbeit doch immer von einer sozialen Zweckmäßigkeit[2]) ausgehend, von den „solutions juridiques désirables"[3]) „desiderata de la vie juridique"[4]) spricht, und dem Interpreten die Aufgabe stellt dieselben wie ein Gesetzgeber zu erfüllen. Von solchem Standpunkte aus muß man immer zu einem Naturrechte gelangen, wie es heute so häufig auftaucht und wie es *Geny* dem Richter zum Gebrauche anempfiehlt[5]): „D'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice; d'autre part, s'adresser aux phénomènes sociaux pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent."

Meminisse debent judices esse muneris sui jus dicere, non autem jus dare: leges, inquam interpretari, non condere.[6])

---

[1]) a. a. O., S. 168.

[2]) Man vergl. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, S. 176.

[3]) a. a. O., S. 24.

[4]) a. a. O., S. 124, 591.

[5]) a. a. O., S. 472.

[6]) So auch für die jetzige Zeit Jellinek, System . . . S. 98; Merkel, Enzykl., S. 60.

§ 5.

Ergebnisse.

Der auf S. 3 festgestellte Begriff der Gesetzestechnik als eines Ganzen erkennbarer und wertbarer Mittel zur Fertigstellung von Gesetzen hat nun seinen weiteren Ausbau dadurch erhalten, daß das Gesetz als bewußte,[1]) autoritative,[2]) sprachliche (meist schriftliche)[3]) Verkörperung des Sinnes vom (geltenden) Rechte[4]) dargestellt wurde. Es handelt sich also bei der Gesetzestechnik nicht um die Schaffung des Sinnes von einem geltenden Rechte, sondern um die Verkörperung eines solchen bereits existenten Sinnes. Die Feststellung des Sinnes selbst gehört der Rechtspolitik, nicht aber der Gesetzestechnik zu.[5]) Die Rechtspolitik, deren letztes Ziel aber nicht in der Durchsetzung eines bestimmten Gesetzes besteht, sondern in der Rechtsanwendung, in den bebestimmten konkreten Rechtshandlungen, liefert der Gesetzestechnik das Recht nicht in jener gedanklichen abstrakten Durchbildung, welche das Gesetz erfordert. Die Gesetzestechnik hat es daher nicht nur mit der sprachlichen, sondern auch mit der gedanklichen Verkörperung des konkret bestimmten Rechtszustandes zu tun.[6])

---

[1]) S. 7.
[2]) S. 9.
[3]) S. 9.
[4]) S. 11 u. 87 ff.
[5]) S. 4
[6]) S. 4.

Die sprachliche Arbeit kann die Gesetzestechnik nur unter Berücksichtigung der sprachlichen, insbesondere der sprachpsychologischen Gesetze leisten. So wichtig diese auch sind,[1]) ihre Anwendung unterscheidet die Gesetzestechnik in nichts von der Rhetorik und anderen sprachlichen Ausdruckskünsten. Ihr Wesen, ihre Eigentümlichkeit erhält die Gesetzestechnik von ihrer gedanklichen Arbeit, von dem Inhalte, den sie auszudrücken hat.

Die Aufgabe dieser Abhandlung war es nun, das von der Gesetzestechnik Auszudrückende als durchaus Eigenartiges darzutun, woraus sich ja erst die Bildung des Begriffes als berechtigt erweist, dann aber aus der Eigenart des Zweckes auf die Eigenschaften der Mittel zu schließen, wobei sich der Wert des gebildeten Begriffes für seinen Gegenstand zeigt.[2])

Der größere Teil der Abhandlung befaßte sich mit der Dartuung der Eigenart des Rechtes und der Selbständigkeit desselben. Es mag scheinen, als ob die bezüglichen Ausführungen mit dem Wesen der Gesetzestechnik nichts zu tun haben. Dem ist aber nicht so. Würde nämlich das Recht in irgend welchem notwendigen Konnexe mit Moral, Sitte, Religion, Wirtschaft, Kultur, oder andern sozialen Phänomenen stehen, so könnte es aus diesen Phänomenen heraus rekonstruiert werden, oder es könnte doch wenigstens von diesen aus eine Stütze empfangen, so daß die Rechtsoffenbarungen an Wichtigkeit verlören. Das Recht ist aber durchaus eigenartig und selbständig, so daß es ganz ausschließlich in den Rechtsverkörperungen zu suchen ist. Die Eigenart des Rechtes, welche für die Gesetzestechnik maßgebend ist, besteht 1) darin, daß das Recht als Wertung keine Gradunterschiede kennt,[3]) 2) darin, daß es sich an alle Rechtsuntertanen wendet, und seinem unbedingten Geltungswillen entsprechend möglichst von allen verstanden werden will,[4]) 3) in seiner, der Geltungsmöglichkeit entspringenden Veränderlichkeit,[5]) 4) darin,

[1]) Sie werden im nächsten Teile der Arbeit berücksichtigt werden — man vergl. inzwischen meinen Aufsatz über Gesetzestechnik in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht 1907, S. 358 ff.

[2]) S. 1.

[3]) S. 59 u. 99.

[4]) S. 9 ff. u. 59 f.

[5]) S. 60 ff.

daß es die objektivste menschliche Tätigkeit, die Denktätigkeit, zu seiner Durchführung in Anspruch nimmt,[1]) dementsprechend in abstrakten und widerspruchslosen Sätzen zutagetritt,[2]) 5) darin, daß es lückenlos ist,[3]) 6) in dem sachlich imperativen[4]) und 7) in dem hypothetischen Charakter seiner Sätze,[5]) endlich 8) darin, daß das Gesetz als Rechtsverkörperung (nicht als Arbeit über das Recht) immer noch Denkobjekt, nicht aber Denkinhalt ist.[6])

Aus Ziffer 1 resultiert, daß einerseits, jedes im Gesetze stehende Wort als jedem andern gleichwertig betrachtet wird, woran bei der Abfassung des Textes wohl zu denken ist,[7]) und daß anderseits zur Erzielung eines möglichst allseitigen gleichen Verständnisses die Verkörperung des einen Rechtsteiles nicht im Ausdruck wertvoller erscheinen darf als die Verkörperung jedes andern Rechtsteiles. Die Sprache muß gleichmäßig sachlich sein.

Aus Ziffer 2 resultiert die Notwendigkeit einer klaren, einfachen, volkstümlichen Ausdrucksweise und einer leichtfaßlichen Anordnung.[8])

Aus Ziffer 3 folgt, daß Ausdrücke, welche die Möglichkeit haben, im Laufe der Zeiten mit den Kulturänderungen ihre Bedeutungen zu ändern, auch die Aussicht haben, auf längere Zeit hinaus, geltendes Recht zu verkörpern. Die Ausdrücke „schnell und langsam“ sind z. B. in dieser Hinsicht tauglicher, als mathematisch genaue Schnelligkeitsangaben. Gleiches gilt von dem ganzen Aufbau der Gesetze. Weite Strafrahmen, oder gar unbestimmte Strafen bleiben länger in Geltung als absolut bestimmte Strafen. Allerdings sind Ausdrücke, die leicht ihren Inhalt wechseln, meist (aber gewiß nicht notwendig) unbestimmter als andere, und darauf muß geachtet werden. Ist aber der Wortschatz des Gesetzes nicht groß und durch zahlreiche Verbindungen zusammengehalten, so ist eine harmonische Entwicklung des

---

[1]) S. 65 ff.
[2]) S. 69—74.
[3]) S. 74 ff.
[4]) S. 78 ff.
[5]) S. 85 f.
[6]) S. 65 u. 91.
[7]) Man vergl. S. 360 meines obzitierten Aufsatzes.
[8]) Man vergl. S. 359, 360 und 361 meines obzit. Aufsatzes.

Rechtes innerhalb des Gesetzes ohne zu große Unbestimmtheit des Letzteren möglich.[1])

Aus Ziffer 4 folgt, daß der Gesetzgeber innerhalb seiner Sätze keine Widersprüche dulden darf, und daß er dieselben abstrakt zu fassen habe. Seine Aussprüche dürfen nirgends mit der logischen Denktätigkeit in Kollision geraten und dieser möglichst angepaßt sein. Dem gleichen Begriff entspricht nur der gleiche Ausdruck. Was die Höhe der Abstraktion anbelangt, so folgt aus dem Wesen des Rechtes, das sein Prinzip der sicheren Anwendbarkeit halber in feste Regeln verarbeitet, nur, daß die Abstraktion nicht so weit getrieben werden darf, daß eben dadurch wieder die sichere Anwendbarkeit verliert. Es muß immer noch mit Begriffen gearbeitet werden, die Inhalt genug haben, um vom Volke in dessen jeweiliger Kultur erfaßt werden zu können. Die allzugroße Annäherung der Rechtssätze an die konkreten Tatbestände wird vom Wesen des Rechtes aus durch dieselbe Erwägung aufgehalten. Die Sicherheit der Anwendung würde bei zu geringer Abstraktion durch die zu große Zahl der Regeln leiden. Die jeweilige Kultur ergibt die jeweils vom Gesetzgeber einzuhaltende Höhe der Abstraktion.[2])

Zu Ziffer 5 ist zu bemerken, daß der Lückenlosigkeit des Rechtes eine vollkommene Freiheit vom Rechte betreffs all dessen entspricht, was in den Rechtskörpern — Gesetz und Gewohnheit — nicht zutagetritt. Es gibt also jeder Ausspruch nicht nur Recht, sondern auch gleichzeitig, soferne die Gewohnheit nicht eintritt, die Grenze des Rechtes. Jeder Ausspruch ist gleichzeitig positive Entscheidungsnorm und als Teil der Gesamtheit des Rechtssinnes negative Entscheidungsnorm. Der Gesetzestechniker muß daher ja darauf bedacht sein, die durch seine Aussprüche gebildeten Grenzen mit den vom Rechtspolitiker gewollten zu vergleichen.

Aus Ziffer 6 ergibt sich, daß die Gesetzessätze geeignet sein müssen, den unbedingten Geltungswillen des Rechtes zu tragen. Andererseits hat nur dasjenige im Gesetze Platz, was mit unbedingtem Geltungswillen ausgestattet ist. Jede Form, die geeignet ist einen sachlichen Imperativ zu tragen, kann im Gesetze

---

[1]) Man vergl. S. 358—361 meines obzit. Aufsatzes.

[2]) Man vergl. S. 356 meines zit. Aufsatzes und oben S. 72.

Verwendung finden. Dahin gehören die persönlichen Imperative, Verknüpfungen von Tatbeständen mit Vor- oder Nachteilen, Sätze, die ein Dürfen und solche, die ein Können ausdrücken.

Ziffer 7 beinhaltet, daß alles, was nicht ein Glied in der Kette „Tatbestand — Rechtsfolge“ ist, nicht die Kraft hat, geltendes Recht zu tragen, denn nur der hypothetische Bau bringt die Vermittlung zwischen dem raum- und zeitlosen Reiche der Normen und dem Leben zustande. Die bloße Konstatierung einer Rechtswidrigkeit kommt allerdings auch als Rechtsfolge in Betracht.

Ziffer 8 befreit das Gesetz von der Aussprache alles dessen, was sich beim Durchdenken an die Denkobjekte von selbst anschließt. Dazu gehört insbesondere der Zusammenhang der Denkobjekte – das System derselben — und die Auseinandersetzung der Konsequenzen.