

-1  
37101

DEPOT

5.



I

27101/5



# Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

## Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. F. Bernhöft, Professor in Rostock, Dr. N. Cojact, Professor in Berlin,  
Dr. E. Eck, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. O. F. Gierke, Geh.  
Justizrath und Professor in Berlin, Dr. N. Koch, Vicepräsident des Reichs-  
bankdirectoriums, Dr. J. Koch, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin,  
Dr. F. C. von Liszt, Professor in Marburg, G. Meijheider, Reichsgerichts-  
rath, Dr. J. Peterfen, Reichsgerichtsrath, Dr. N. Schröder, Geh. Hofrath und  
Professor in Heidelberg, Dr. L. Seuffert, Professor in Würzburg, F. Bierhaus,  
Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. E. Zitelmann, Professor in Bonn

herausgegeben

von

**G. J. Bekker,** und **D. Fischer,**

Gehemrath und Professor in Heidelberg,

Professor in Greifswald.

Fünftes Heft:

**F. v. Liszt,**

**Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht.**

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Die Grenzgebiete

zwischen

**Privatrecht und Strafrecht.**

Kriminalistische Bedenken

gegen den Entwurf

eines

**Bürgerlichen Gesetzbuches**

für das Deutsche Reich.

Von

**Dr. Franz von Liszt,**

Professor der Rechte zu Marburg.

Berlin und Leipzig.

Verlag von **J. Guttentag**

(D. Collin).

1889.

I  
37101/5



## Inhalt.

---

	Seite
§ 1. Einleitung . . . . .	1
I. Gemeinsame Grundbegriffe.	
§ 2. Das privatrechtlich geschützte Interesse . . . . .	4
§ 3. Selbstvertheidigung und Selbsthülfe . . . . .	8
§ 4. Vorsatz und Fahrlässigkeit . . . . .	14
§ 5. Gewalt, Drohung, Betrug . . . . .	19
II. Das privatrechtliche Delikt.	
§ 6. Der Begriff des Privatdelikts . . . . .	25
§ 7. Das Privatdelikt als Vermögensdelikt . . . . .	29
§ 8. Die Widerrechtlichkeit der Verletzung . . . . .	31
§ 9. Der privatrechtliche Schuldbegriff . . . . .	38
§ 10. Die Deliktsfähigkeit . . . . .	42
§ 11. Schluß . . . . .	45

---



## § 1. Einleitung.

Grundgedanke und Anlage unserer „Beiträge“ gestatten und gewährleisten jedem Mitarbeiter volle Freiheit der Bewegung, uneingeschränkte Selbständigkeit des Urtheils. Aber was sie dem Einzelnen gestatten, das fordern sie auch von ihm, ohne Rücksicht auf die Größe, die Bedeutung, die Eigenart seines Arbeitsfeldes. Denn die kritische Besprechung einzelner Theile des Entwurfs ist nicht möglich, ohne daß der Kritiker dem ganzen Entwurf gegenüber Stellung nimmt und seinem Gesammturtheil über diesen Ausdruck giebt. Und umgekehrt kann nur in diesem Gesammturtheil ein zuverlässiger Maßstab, eine feste Richtschnur für die Einzelkritik gefunden und festgehalten werden.

Dem Kriminalisten wird man es demnach nicht als eine Ueberschreitung der durch seine Fachkenntnisse ihm gezogenen Grenzen verargen, wenn er seine Stellung zu dem „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich“ mit möglichster Klarheit zu bestimmen sucht, ehe er, an die ihm zugewiesene Aufgabe herantretend, seine „kriminalistischen Bedenken“ entwickelt.

---

Es wird heute wohl Niemand mehr leugnen, daß der Entwurf die Erwartungen nicht befriedigt, die Hoffnungen nicht erfüllt hat, mit welchen das ganze deutsche Volk das große Unternehmen begleitete und seinen endlichen Abschluß begrüßte. Eine treffliche Uebersetzung des römischen Privatrechts in die Formen eines modernen deutschen Gesetzbuches: das ist, im Großen und Ganzen wenigstens, der Entwurf, und nicht mehr. Wir aber hatten mehr gehofft und mehr erwartet in den langen Jahren, während welcher die ausermählten Vertreter der deutschen Rechtswissenschaft mit aufopfernder Hingebung an dem einen Werke arbeiteten. Wir dachten an eine

Verschmelzung deutschen Geistes und römischer Form. Die Tiefe und der Reichthum unserer alten, niemals völlig erdrückten, deutschen Rechtsanschauungen hofften wir wiederzufinden, geklärt und gefestigt durch die Begriffsstrenge der klassischen römischen Jurisprudenz. Der praktische Sinn der Römer, bewährt durch jahrhundertelange Rechtsübung und Rechtsforschung, verjüngt durch die stolz-ursprüngliche, jungfräulich-fruchtbare Kraft des neuen Deutschen Reichs, sollte den eigenartigen Bedürfnissen unseres heutigen deutschen Rechtslebens dienstbar gemacht werden. So ungefähr hatten wir uns das Gesetzbuch gedacht, welches die Aufnahme des römischen Privatrechts zum Abschluß bringen und zugleich für alle Zukunft lebendig erhalten sollte. Diese Hoffnungen sind getäuscht. Was im Beginn des 16. Jahrhunderts Hans von Schwarzenberg vermochte, das überstieg die Kräfte unseres heutigen Geschlechts.

Mit kühler, entzagender Hochachtung gehen wir alle, Juristen, Kaufleute, Landwirthe, an die kritische Arbeit. Kein Feuer nationaler Begeisterung trübt uns den Blick, wenn wir die kunstvoll in einander gefügten Paragraphen des Entwurfes in's Auge fassen. Kann man uns Deutschen von heute es zum Vorwurf machen, wenn der Glanz der römisch-deutschen Kaiserkrone uns die Herzen nicht mehr erwärmt?

Ungerechtigkeit aber, herzlose und zugleich gefährliche Ungerechtigkeit, wäre es, für dieses Ergebniß die Verfasser des Entwurfes verantwortlich machen zu wollen. Werden wir uns klar darüber, daß wir ernten, was wir gesäet. Wir alle tragen die Schuld. Daß es so gekommen ist, daß es nicht anders kommen konnte, das ist die Frucht unseres Thuns, unseres Unterlassens. Seit Menschenaltern ist die Ausbildung unserer jungen Juristen, an der Universität wie an den Gerichten, eine einseitig privatrechtliche; seit Menschenaltern ist uns juristisches Denken und privatrechtliches Denken eins und dasselbe. Und wer Privatrecht sagt, der sagt römisches Recht. Oder ist etwa der Satz, daß der gute Pandektist ein guter Jurist sei, nicht der Leitstern unseres Universitätsstudiums wie unserer ganzen richterlichen oder anwaltlichen Lebensbahn? Gehört es etwa nicht zum guten juristischen Ton, mit vornehmer Geringschätzung auf das preußische Landrecht oder auf das französische Civilgesetzbuch herabzusehen? Lernen wir es nicht schon auf der Schule, daß unser deutsches Privatrecht in keiner Beziehung mit dem römischen Recht sich messen könne? Zwingt nicht die ganze Einrichtung unserer Prüfungen den jungen Juristen, Staatsrecht und Verwaltungsrecht, Strafrecht und Strafprozeß, Kirchenrecht und Völkerrecht, Volkswirtschaft und Sozialpolitik als Nebendinge zu betrachten, die mit der Hauptaufgabe seines Be-

rufes in losestem Zusammenhange stehen? Haben wir nicht alle Hebel in Bewegung gesetzt, um das Denken unserer Juristen dem deutschen Rechtsleben unserer Tage zu entfremden?

Wir haben wahrlich kein Recht, uns zu wundern, wenn das im Entwurf uns gebotene Juristenrecht Geist vom Geiste unserer Juristen, und nicht Fleisch und Blut unseres Volkes ist. Wir dürfen nicht klagen und hadern, wenn uns wird, was wir uns selbst bereitet haben.

In dieser Selbstkritik aber wurzelt die Erkenntniß, daß ein anderer Entwurf, von anderen Männern heute oder morgen gearbeitet, uns Anderes und Besseres nicht bringen würde. Und wenn wir die Segnungen der Rechtseinheit auf privatrechtlichem Gebiete für uns und unsere Kinder genießen und uns damit nicht trösten wollen, daß unsere fernen Urenkel stärker und glücklicher sein werden als wir, so müssen wir den Entwurf, ohne tiefgreifende Umarbeitung, wenn auch mit Verbesserungen im Einzelnen, zum Gesetz erheben.

Was die Einheitlichkeit des bürgerlichen Rechts für unser gesamtes nationales Leben bedeutet, das brauche ich nicht auszuführen. Mit all seinen Schwächen und Lücken wird das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich den kommenden Geschlechtern als ein Markstein erscheinen in der Geschichte unseres Volkes.

In der gemeinsamen Arbeit auf Grund des einheitlichen Rechts werden wir aber zugleich auch den Juristenstand heranbilden, dem wir seiner Zeit die Umgestaltung des Gesetzbuchs, eine Umgestaltung im deutschen Geiste, getrost werden anvertrauen können. Mag das Gesetzbuch noch so abhängig sein von dem römischen Recht, aus dem es geschöpft: schon das deutsche Wort, der Wegfall der künstlichen Textkritik und der gekünstelten Vereinigung widersprechender Quellenstellen, die geschlossene Einheitlichkeit der Bestimmungen und ihre Anpassung an das übrige Reichsrecht wird unsere Juristen zur Selbständigkeit erziehen.

Und warum sollen wir nicht inzwischen die Lücken auszufüllen versuchen, welche der Entwurf gelassen hat? warum nicht etwa, um nur Eines, aber wohl das Wichtigste zu erwähnen, so bald als möglich mit der Ausarbeitung eines deutschen Personenrechtes beginnen? Unter allen Umständen wird ein Jahrzehnt nach Einführung des Gesetzes vergehen, ehe alle Lücken ausgefüllt, alle Widersprüche beseitigt, alle Zweifel über das Verhältniß des neuen Rechts zum alten gelöst sein werden. Die Nothwendigkeit einer gründlichen Durchsicht des Gesetzbuchs wird unter allen Umständen in verhältnißmäßig kurzer Zeit an uns herantreten. Bis dahin haben wir Zeit zur Arbeit. Ist einmal die Grundlage da, dann läßt sich weiter bauen. Wird dabei auch der Grundriß umgestaltet, tragen auch die Theile des Gebäudes das Ge-

prägen verschiedener Stilrichtungen: es hat der Schönheit unserer Dome und hat der trauten Wohnlichkeit unserer Familienhäuser keinen Eintrag gethan, daß Menschengeschlechter an ihnen gearbeitet haben, jedes in seiner Art, nach seinen Bedürfnissen, nach seinem Geschmack.

Ich stimme dem Tadel im Wesentlichen bei, den Gierke, schärfer und folgerichtiger als Andere, aus der Tiefe wissenschaftlicher Ueberzeugung und mit der Kraft deutschen Sinnes ausgesprochen hat. Aber ich muß die Folgerungen ablehnen, die daraus gezogen worden sind. Es wäre ein Unglück für unser deutsches Volk, eine Gefahr für unser deutsches Reich, es wäre zugleich auch ein schwerer Schlag für unsere deutsche Rechtswissenschaft, wenn der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs scheitern würde, wenn unsere Hoffnungen, unsere Wünsche auf unabsehbare Zeit hinaus getäuscht werden sollten.

Das ist mein Standpunkt. Von ihm aus sind die „kriminalistischen Bedenken“ geschrieben. Sie sollen zur erneuten Prüfung einzelner Bestimmungen Anlaß geben, das große Werk fördern, nicht hemmen. Der kriminalistische Beirath scheint den Verfassern des Entwurfs gefehlt zu haben. Vielleicht kann ich zeigen, daß meine Fachwissenschaft in ihrer heutigen Entwicklung doch auch im Stande ist, ihren Beitrag, mag er noch so bescheiden sein, zu liefern; einen Beitrag nicht bloß „zur Erläuterung und Beurtheilung“, sondern wenn möglich auch zur Verbesserung des Entwurfs.

## I. Gemeinsame Grundbegriffe.

### § 2. Das privatrechtlich geschützte Interesse.

Aufgabe des Privatrechts ist der (privatrechtliche) Schutz der von der Rechtsordnung anerkannten Interessen.

Wenn ich diesen Satz an die Spitze meiner Erörterungen stelle, um daran die Frage zu knüpfen, ob und wie weit die in ihm niedergelegte wissenschaftliche Grundanschauung bei den Verfassern des Entwurfs Verständniß und Anerkennung gefunden hat, so brauche ich mich wohl nicht erst gegen den Vorwurf zu verwahren, daß ich mit doktrinärem Maßstabe die für das Leben berechneten Leistungen des Gesetzgebers messe.

Kein Verständiger wird von dem bürgerlichen Gesetzbuch eine Darstellung der allgemeinen Rechtslehre verlangen oder gar erwarten, daß das Gesetz oder seine Begründung eine Theorie des subjektiven Rechts oder des Rechtsgutes entwickle.

Wohl aber dürfen und müssen wir verlangen, daß der Gesetzgeber, will er die Rechtsverhältnisse erschöpfend und befriedigend regeln, die Lebensverhältnisse vollständig vor Augen habe, die den Kern der Rechtsverhältnisse bilden. Und an den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches dürfen und müssen wir die Anforderung stellen, daß er mit voller, zweifelloser Klarheit die Lebensverhältnisse bestimme und umgrenze, welchen er den Schutz des Privatrechtes zu Theil werden lassen will.

Auch hier handelt es sich um den Gegensatz deutscher und romanistischer Rechtsanschauung. Das römische Privatrecht ist fast ausschließlich Vermögensrecht. Viel weiter faßt das deutsche Rechtsbewußtsein, heute wie in vergangenen Jahrhunderten, die Aufgabe des Privatrechtes. Eine reiche Fülle von Lebensinteressen der Persönlichkeit, sei es des Einzelnen, sei es der gegliederten Genossenschaft, fordert die Anerkennung und den Schutz des Privatrechtes. Das Vermögensrecht ist uns, im Gegensatz zu den Römern, nicht der einzige, nicht einmal der wichtigste Theil des Privatrechtes.

Hier mußte der Entwurf Stellung nehmen. Er durfte sich dieser Anforderung auch dann nicht entziehen, wenn er, sei es aus berechtigten, sei es aus nicht berechtigten Gründen, die Regelung dieser nicht vermögensrechtlichen Interessen ganz oder zum Theile anderen Gesetzen zu überlassen sich entschlossen hatte. Der Theil muß sich dem Rahmen des Ganzen einfügen.

Es ist äußerst lehrreich, die zerstreuten Stellen zu sammeln, in welchen die Begründung des Entwurfs unsere Frage streift, um auf diesem Wege jene Uebersicht über die privatrechtlich geschützten Interessen zu gewinnen, welche das Gesetz selbst vermissen läßt.

Der Entwurf kennt absolute und nicht absolute Vermögensrechte. Ihm sind auch (Mot. II 830) „Besitz und Innehabung, wenn sie auch nicht als Rechte im subjektiven Sinne aufzufassen sein mögen, doch ökonomische Rechtsgüter“. Der Entwurf geht noch weiter. Auch Leben, Körper („körperliche Unversehrtheit“, heißt es an anderen Stellen), Gesundheit, Freiheit, Ehre werden berücksichtigt. Mot. I 271 finden wir sie als „Rechtsgüter“ bezeichnet; Mot. II 728 lesen wir, daß „mit Grund bezweifelt werden kann, ob diese höheren Güter als Rechte bezeichnet werden können“, daß „aber gerade sie auch des Schutzes bedürfen, der ihnen bei einer engeren Auffassung der Schadenszufügung oft gefehlt hat“. Dagegen ist es nach Mot. V 133 „nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechts, für den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Unmündigen zu sorgen“. Mot. III 110 wird bezüglich der verbotenen Eigenmacht gesagt: „man kann auch vielleicht das absolute Persönlichkeitsrecht der Freiheit als verletzt ansehen; denn

man kann den Begriff der Freiheit außer auf die Herrschaft über den eigenen Körper (so!), auch auf die Herrschaft über die der thatsächlichen Gewalt der Person unterworfenen Sachen (so!) beziehen.“

Auch von „immateriellen Rechtsgütern“ ist die Rede (Mot. I 271), anderswo von „immateriellen Rechten“ (Mot. IV 1146), ohne daß dieser Ausdruck näher erläutert würde. Weiter sagen Mot. III 257: „Eine gewisse Analogie besteht nur zwischen dem Eigenthum und den anderen absoluten, nicht von einem Stammrechte abgeleiteten Rechten, namentlich dem Erbrechte und den Urheberrechten“, wobei auf den Ausdruck der Reichsverfassung „Schutz des geistigen Eigenthums“ verwiesen wird. Mot. III 856 lesen wir: „Rechte, welche nicht Forderungen sind, insbesondere also Urheberrechte.“ Dagegen werden Mot. II 752 den „absoluten Persönlichkeitsrechten“ die „nur persönlichen Interessen“ entgegengestellt. Mot. IV 1005 wird es als unzweifelhaft hingestellt, daß es ein subjektives Privatrecht auf Führung eines bestimmten Familiennamens giebt und daß dieses Recht absoluten Charakter hat. Aber nach Mot. IV 1006 „läßt sich ein privatrechtliches Verbotungsrecht als Ausfluß des Rechts, einen bestimmten Familiennamen zu führen, aus allgemeinen Grundsätzen, insbesondere aus dem absoluten Charakter jenes Rechts, nicht ableiten“. (vgl. unten S. 7).

Es ist ganz unmöglich, in diesen zerstreuten, unzusammenhängenden Äußerungen mehr zu finden, als die Anerkennung des Satzes, daß es „absolute Persönlichkeitsrechte“ gebe, deren Natur als „Rechte“ übrigens recht problematisch sei. Was von diesen Rechten uns gesagt wird, ist mehr als dürftig. Es fehlen nicht nur, wie Gierke 112 hervorhebt, die Standesrechte, die Monopolrechte u. a., sondern auch eine ganze Reihe derjenigen rechtlich geschützten Interessen, welche in jedem Lehrbuch des Strafrechts verzeichnet zu werden pflegen: das Hausrecht, das Brief- und Schriftengeheimniß, der Rechtsfrieden, die Gräberruhe, die Religionsfreiheit, das religiöse Gefühl, die geschlechtliche Sittlichkeit und andere mehr.

Genügt es wirklich, alle diese rechtlich anerkannten Interessen auf den Schutz des öffentlichen Rechts zu verweisen? muß uns überall Landrath und Schutzmann helfen?

Man lese einmal nach, was Mot. IV 1005 f. über die „unbefugte Namensführung“ und über „die Annäherung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie“ gesagt wird. Ich nehme an, irgend ein verbrecherischer, herabgekommener Lump führt meinen Namen, bezeichnet sich als meinen Zwillingbruder. Es fragt sich (!), sagen die Motive, ob ich auf die Unterlassung dieser Namensführung klagen kann. Die Motive verneinen die Frage. „Auch ist die positive Anerkennung

eines solchen Verbotungsrechtes durch ein Bedürfnis nicht geboten; vielmehr ist es Sache des öffentlichen Rechts, darüber zu bestimmen, inwieweit und mit welchen Mitteln der unbefugten Führung eines Namens entgegengetreten werden soll (vgl. § 360, Nr. 8 des St.G.B.).“

Ich frage: warum ist es Sache des öffentlichen Rechts? was hat mein Familienname mit dem deutschen Staats- oder Verwaltungsrechte zu thun?

Ich frage aber weiter: haben die Verfasser der Motive den § 360 Ziff. 8 St.G.B. wirklich gelesen? Es heißt hier: „Mit Haft wird bestraft ..., wer sich eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient.“ Die Fassung ist so klar wie möglich. Das St.G.B. spricht vom Standpunkte der öffentlichen Interessen; mein Namensrecht wird in § 360 Ziff. 8 St.G.B. überhaupt nicht erwähnt. Was soll man dieser Thatsache gegenüber von jenem Satze der Motive sagen?

Die Motive aber bleiben sich getreu. Sie fahren fort: „Es handelt sich um die Frage, ob die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie als ein Statusrecht und ob es als eine Verletzung desselben anzusehen ist, wenn ein Anderer unbefugter Weise sich als dieser Familie angehörend bezeichnet. .... Da mit der Lösung dieser Frage Theorie und Praxis erst in neuerer Zeit eingehender sich befaßt haben, ohne in dieser Beziehung bislang zu einem festen Resultate und zu einer Einigung über das Wesen des hier in Rede stehenden Rechts gelangt zu sein, so ist es als bedenklich erachtet, der wissenschaftlichen Entwicklung durch eine gesetzliche Entscheidung der Frage vorzugreifen, zumal auch die bestehenden Gesetzbücher einer solchen Entscheidung sich enthalten haben und nicht zu beforgen ist, daß aus dem Schweigen des Gesetzes eine erhebliche Gefährdung der Rechtssicherheit sich ergeben werde.“

Ich habe nichts hinzuzufügen. Meinen Namen, meinen Familienstand kann mißbrauchen, wer will. Wir müssen dankbar sein, daß wenigstens Leben, Freiheit, Ehre durch die kühne Fiktion des § 704, Abs. 2 als den Vermögensrechten ungefähr ebenbürtig anerkannt sind. Freilich spielen diese „Güter“ ja auch in Lehrbüchern des Pandektenrechts ihre, wenn auch bescheidene Rolle.

Wie verhängnisvoll diese Selbstbeschränkung des Entwurfs für das ganze Gebiet der Deliktsobligationen wird, hoffe ich im zweiten Abschnitte zeigen zu können. Hier handelte es sich darum, den Grundfehler des Entwurfs in das rechte Licht zu setzen.

Eine Beseitigung dieses Mangels, eine Erhebung des Privatrechtes über den Kreis der nackten Vermögensinteressen hinaus, eine Verdrängung der romanistischen Engherzigkeit durch die inhaltlich reicheren

vielfältigeren Anschauungen des deutschen Rechtsbewußtseins wird durch eine Uebersetzung des Entwurfes nicht zu erzielen sein. Wir brauchen, wie schon erwähnt, ein besonderes Gesetz über das Personenrecht; ein Gesetz, das seiner Zeit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche eingefügt werden mag. An dem Entwurf ist hier nichts zu bessern.

### § 3. Selbstvertheidigung und Selbsthülfe.

Je näher wir den Einzelbestimmungen des Entwurfes treten, desto lebhafter werden unsere „kriminalistischen Bedenken“. Aus gemeinsamer Wurzel saugen die Zweige des Rechts ihre Lebenskraft. Wir können nicht trennen, was die Natur verbunden hat. Durch den Bann der Verhältnisse zur Arbeitstheilung gezwungen, dürfen wir nicht vergessen, daß alle Theile der Rechtswissenschaft zu einem großen Ganzen gehören, daß sie auf gemeinsamer Grundlage ruhen und in steter Wechselberührung sich ergänzen und befruchten. Ein bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich kann nicht gelingen, wenn der Gesetzgeber dem öffentlichen Recht, wenn er dem Strafrecht des deutschen Volkes fremd, ohne lebenswarme, selbständige Auffassung gegenübersteht. Dem Entwurf und seiner Begründung merkt man es überall an, daß die Verfasser ihre strafrechtlichen Ansichten aus zweiter Hand genommen haben. An diesem Fehler krankten gar viele wichtige Bestimmungen des Entwurfes.

Der 8. Abschnitt des ersten Buches: Selbstvertheidigung und Selbsthülfe (§§ 186 bis 189) unterscheidet die Selbsthülfe gegen Personen (Nothwehr § 186) von derjenigen gegen Sachen (§ 187) und stellt der Selbstvertheidigung die Selbsthülfe (§§ 188 und 189) gegenüber. Eine wichtige Ergänzung dieser allgemeinen Bestimmungen findet sich in den §§ 814 bis 817, welche dem Inhaber einer Sache gegen verbotene Eigenmacht eine über § 189 hinausgehende Selbsthülfe gestatten (M. III, 110).

So klar, übersichtlich und sachgemäß diese Vorschriften auf den ersten Blick erscheinen, so wenig befriedigen sie bei genauerer Betrachtung<sup>1)</sup>.

Der Kriminalist vermißt zunächst in diesem Abschnitte, welcher die Begriffsbestimmung der Nothwehr aus St.G.B. § 53 wörtlich wiederholt, die Erwähnung des Nothstandes (St.G.B. § 54 mit

<sup>1)</sup> § 188 verfügt: „Selbsthülfe mittelst Handlungen, welche an sich unerlaubt sind, ist unerlaubt, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.“ Daß diese Bestimmung gänzlich überflüssig ist, hat die Kritik fast einstimmig hervorgehoben.

Einschluß der Nöthigung St.G.B. § 52). In den Motiven I, 356, II, 729 finden wir die Aufklärung. Leider ist dieselbe nichts weniger als geeignet, die Befremdung über das Schweigen des Entwurfes zu beseitigen. Es unterliegt keinem Zweifel: nach der Ansicht des Entwurfes ist die Nothstandshandlung zwar nicht strafbar, wohl aber rechtswidrig. Und ganz dasselbe gilt von der Handlung des Genöthigten. Nach einer Begründung suchen wir vergeblich.

Eine solche Begründung aber wäre wohl um so nothwendiger gewesen, als nicht nur die Mehrzahl auch der civilrechtlichen Schriftsteller (darunter z. B. Windscheid), sondern auch das Reichsgericht die Ersatzpflicht desjenigen verneinen, der im Nothstand fremde Interessen verletzt. Daß das sächsische Gesetzbuch, der Dresdner Entwurf, das Schweizer Obligationenrecht den Nothstand nicht anerkennen, bezichtigte jener Thatsache gegenüber nicht zu einer stillschweigenden Erledigung der wichtigen Frage.

Man wende mir nicht ein, es handle sich nur um die Ersatzpflicht des Thäters; es sei unbillig, den unbetheiligten Dritten den Schaden tragen zu lassen. Der Entwurf gründet die Ersatzpflicht (ob mit Recht oder Unrecht, das kann hier unerörtert bleiben) auf Schuldverhältniß oder auf Delikt. Damit ist gesagt, daß die Nothstandshandlung, welche Ersatzpflicht nach sich zieht, eine rechtswidrige Handlung sei. Diese Auffassung ist zweifellos falsch.

Ich muß nun allerdings zugeben, daß die Rechtswidrigkeit der Nothstandshandlung auch von zahlreichen und bedeutenden kriminalistischen Schriftstellern behauptet wird. Aber nicht minder zahlreiche oder bedeutende Schriftsteller vertreten die gegentheilige Ansicht. Und schon diese Thatsache hätte die Verfasser des Entwurfes zu einer Auseinandersetzung veranlassen müssen. Die Litteratur des Nothstandes ist eine hauptsächlich kriminalistische; die Ergebnisse derselben hätten es vielleicht doch verlohnt, wenn ihnen näher zu treten die Verfasser des Entwurfes nicht verschmäht hätten.

Ich habe nicht die Absicht, an dieser Stelle das nachzuholen, was Andere versäumt haben. Es wäre ja so leicht, die Auffassung des Entwurfes durch Beispiele zu widerlegen. Wenn ich in einem Hause das Hülfserufen eines kleinen in Flammen stehenden Kindes vernehme und das Fenster aufstoße, um das Kind zu retten: dann kann mir die leichtsinnige Mutter hinterher die Glaserrechnung schicken und den Ersatz der Kuchentücher verlangen, die ich zu einem Nothverbaude verwendet habe. Und mehr als das: ich habe eine rechtswidrige Handlung begangen! Das begreife, wer es vermag. Wer in dem Privatrecht mehr sieht als eine Abgrenzung von Mein und Dein, dem wird die Rechtswidrigkeit solchen Handelns auch dann nicht klar zu

machen sein, wenn man ihm vorhält, daß ein „ordentlicher Hausvater“ sich niemals in Dinge einmengt, die ihn nichts angehen, und die Hülfeleistung in Unglücksfällen der Polizei überläßt (abgesehen natürlich von St.G.B. § 360 Ziff. 10), die ja dafür bestellt und bezahlt ist.

Ich kann es mir um so eher versagen, die Auffassung des Entwurfs eingehend zu erörtern und den tieferen Grund ihrer Unhaltbarkeit klarzulegen, als die Rechtswidrigkeit der Nothstandshandlung im schneidendsten Gegensatz steht zu der vom Entwurf anerkannten uneingeschränkten Rechtmäßigkeit der Nothwehrhandlung.

Hier haben die Verfasser die strafrechtliche Auffassung im vollen Umfange sich angeeignet; vor keiner jener Folgerungen, welche das deutsche Strafgesetzbuch anerkennt und welche die außerdeutsche Wissenschaft und Gesetzgebung so oft kopfschüttelnd angestaunt haben, schreckt der Entwurf zurück: wenn ich, um die Haarlocke meiner Geliebten mir zu erhalten, meinen Nebenbuhler niederschleife, so handle ich der Rechtsordnung nicht entgegen. Aber wenn ich, um einen Freund vom Hungertode zu retten, ein Stück Brot entwende, so habe ich rechtswidrig gehandelt; das Strafgesetzbuch erläßt mir großmüthig die Strafe, aber das Privatrecht des Deutschen Reichs kennt kein Erbarmen! Sollen denn wirklich alle die dem Leben entnommenen Musterfälle des Nothstandes privatrechtliche Delikte bilden? Das Niederreißen von Gebäuden, um ein Weitergreifen des Brandes zu verhüten; das Zerreißen eines Kabels, an welchem die Ankerfette des Schiffes hängen geblieben ist (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen V, 161)<sup>2)</sup> und unzählige andere mehr?

Die Unhaltbarkeit der Auffassung des Entwurfs erhellt auch, wenn man die unerlaubte Nothstandshandlung mit der erlaubten Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen verleiht. Ein Metzgergeselle, welcher den Kunden Fleisch bringt, wird von einem bissigen Hunde angefallen; nach dem Entwurf ist es ihm erlaubt, den Hund niederzuschießen, aber unerlaubt, ihn durch Vorwerfen eines Stückes Fleisch zu beruhigen.

Derartige unmögliche Folgesätze weisen auf eine grundsätzliche Unrichtigkeit. In der That ist diese leicht aufzudecken. Es ist einfach nicht wahr, wenn die Motive I, 350 das Wesen des Nothstandes darin finden, daß hier in den Rechtskreis eines unbetheiligten

<sup>2)</sup> Man vgl.: lex 29 § 3 Dig. IX 2 (Ulpian): Item Labeo scribit, si cum vi fentorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam.

Dritten übergreifen werde, während bei der Selbstvertheidigung des § 187 die gefährdrohende Sache selbst verletzt wird. Das ist offensichtlich kein Gegensatz. Die Verletzung der gefährdrohenden Sache muß stets, wenn anders die Sache nicht als Rechtssubjekt gedacht werden soll, einen Uebergriff in den Rechtskreis eines Rechtssubjektes, u. z. (wenigstens im Sinne des Entwurfs) eines „unbetheiligten Dritten“ in sich schließen. Damit aber entfällt jede Möglichkeit, die Fälle grundsätzlich auseinander zu halten. Ob der unbetheiligte Eigenthümer des werthvollen Hundes durch dessen Tödtung oder ob der ebenfalls unbetheiligte Metzger durch den Verlust von einem halben Kilo Fleisch geschädigt wird, das kann bei der Beurtheilung des Falles allerdings einen Unterschied machen, aber ganz sicher nicht den vom Entwurf gewollten.

Der ganze § 187 ruht auf einer grundfalschen Ansicht.

„Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn Jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine von dieser Sache drohende Gefahr von sich oder einem Andern abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich war und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist.“<sup>3)</sup>

Es leuchtet ein, daß hier der Nothwehr als der Selbstvertheidigung gegen Personen die Selbstvertheidigung gegen Sachen an die Seite gestellt werden soll. Die Sache wird als gefährdrohend, gewissermaßen als im rechtswidrigen Angriff befindlich gedacht. Das ist aber ein durchaus unjuristischer Gedanke. Die lebende Sache, das Thier kann angreifen, die leblose Sache niemals. Die Auffassung des Entwurfs erinnert lebhaft an die berühmte Behandlung der Perforation (Zerstückelung des Kindes im Mutterleibe) als eines Falles der Nothwehr, weil die Frucht, obwohl sie dazu keineswegs berechtigt ist, der Ausgangspforte zu drängt und mithin einen rechtswidrigen Angriff auf die Mutter ausübt.

Die Lücke, welche der Nothwehrparagraph offen läßt, kann nur durch die Anerkennung des Nothstandes ausgefüllt werden. Die Selbstvertheidigung gegen Sachen ist ein gänzlich verunglückter Begriff.

Zu der Trennung der Nothstandsfälle von den Fällen der Selbstvertheidigung gegen fremde drohende Sachen aber wird der Entwurf veranlaßt durch eine ebenfalls unrichtige Auffassung der Nothwehr (I, 349). „Ein rechtswidriger Angriff kann nach der in der Straf-

<sup>3)</sup> Vgl. § 183 des sächsischen Gesetzbuchs: „Fremde Sachen, welche einer eigenen Sache Schaden zufügen oder derselben Gefahr drohen oder ihren Gebrauch hindern, kann man zur Abwendung dieser Nachtheile entfernen und soweit nöthig selbst beschädigen und zerstören.“

rechtswissenschaft herrschenden Meinung lediglich von einer Person ausgehen. Nur vereinzelt Stimmen haben sich dafür erhoben, daß Nothwehr auch gegenüber andringenden, nicht als Mittel zum Angriffe benutzten Thieren begründet sei.“ Ich weiß nicht, woher die Verfasser der Motive diese Belehrung geschöpft haben. Sie ist in doppelter Beziehung unrichtig. Von einer „herrschenden Meinung“ kann nicht gesprochen werden; in der neueren Literatur halten sich die Stimmen für und gegen nach Zahl und Gewicht so ziemlich die Waagschaale. Aber noch wichtiger, weil völlig bezeichnend für das Verständniß, welches die Verfasser der Motive strafrechtlichen Fragen entgegenbringen, ist es, daß jener angebliche Satz der „herrschenden Meinung“ überhaupt von keinem Kriminalisten aufgestellt worden ist. Die Gegner jener „vereinzelt Stimmen“ verlangen vielmehr, daß der rechtswidrige Angriff von einem zurechnungsfähigen Menschen ausgehe. Bei dieser Auffassung ist es aber ganz unmöglich, der Nothwehr die Selbstvertheidigung gegen Sachen gegenüber zu stellen. Denn das Kind, der nicht delikttsfähige Jugendliche, der Geistesranke sind eben keine „Sachen“. Wie der Entwurf über diesen Fall, also über die Abwehr eines von einem Geistesranke ausgehenden Angriffes denkt, bleibt räthselhaft. I, 352 lesen wir zwar: „die Frage, ob die gegenwärtige Vorschrift (gemeint ist § 187) auch auf die Gefährdung durch eine ohne Willen thätig werdende Person Anwendung zu finden hat, bleibt der Entscheidung durch die Wissenschaft und Praxis überlassen.“ Aber ich glaube doch bezweifeln zu müssen, ob Wissenschaft und Praxis einen aus dem Fenster stürzenden, auf dem Eise ausgleitenden oder von einem Dritten genöthigten Menschen so ohne Weiteres zur Sache herabsetzen werden. Bis auf bessere Belehrungen widerstrebt es mir, die körperliche Verletzung eines Menschen unter gewissen Voraussetzungen als Sachbeschädigung („beschädigt oder zerstört“, sagt § 187) zu betrachten<sup>4)</sup>. Und dabei bleibt es immer noch äußerst zweifelhaft, ob die eben angeführten Worte überhaupt auf einen vierzehnjährigen Jungen passen, der, freilich ohne delikttsfähig zu sein, aus völlig freiem Antriebe handelt.

Kleinere kriminalistische Unrichtigkeiten in den Ausführungen der Motive (betreffend die irrthümliche Annahme der Nothwehr, die Möglichkeit einer Nothwehr gegen die Nothstandshandlung und anderes) kann ich hier wohl unbesprochen lassen. Die Rechtsprechung wird hier den richtigen Weg wohl finden.

<sup>4)</sup> „Unter fremden Sachen auch willenlose Personen zu begreifen, das dürfte heute, wo wir keine Sklaven mehr haben, doch auch die verwegenste Auslegung kaum riskiren.“ So Birkmeyer, Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft VII, 192.

Aber nochmals muß ich daran erinnern, daß mit dem Nothstand auch die Nöthigung als Ausschließungsgrund der Rechtswidrigkeit vom Entwurf gestrichen ist. Selbst jener Fall, welchen St.G.B. § 52 mit den Worten erwähnt: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist“, findet keine Gnade im Entwurf.

Auch hier also ruht nicht nur die Ersatzpflicht, sondern auch der Makel rechtswidrigen Thuns auf dem Opfer fremden Zwanges. Und auch hier hat man jedes Wort der Begründung für überflüssig erachtet. Handelt es sich ja auch nur um Leib und Leben, also nur um fiktive (§ 704) „Privatrechte“.

Im Gegensatz zu dem Entwurf möchte ich mit aller Bestimmtheit die Forderung aufstellen, daß die „Selbstvertheidigung gegen Sachen“ gestrichen werde, daß dafür aber der Nothstand (mit Einschluß der Nöthigung) seine Regelung im bürgerlichen Gesetzbuch finde. Dabei wird eine gründliche und selbständige Durcharbeitung des Gegenstandes nicht vermieden werden können. Die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs sind bekanntlich (soweit strafrechtliche Dinge überhaupt bekannt sind) in jeder Beziehung ungenügend. Es würde sich dann aber auch empfehlen, das Wort „Nothstand“ nur im technischen Sinne zu gebrauchen. Es trägt, ganz abgesehen von ästhetischen Gesichtspunkten, zur Sicherheit der Rechtsprechung wenig bei, wenn derselbe technische Ausdruck ganz verschiedene Begriffe bezeichnet. Der „Nothstand“ im nichttechnischen Sinne findet sich nicht nur im St.G.B. § 329, sondern auch im Entwurfe selbst: vgl. §§ 863, 1372 Ziff. 4, 1405 Ziff. 4, 2002.

Die Aufnahme des Nothstandes in den Entwurf wird wohl eine ganz abweichende Behandlung des ganzen Abschnittes nothwendig machen. Für diesen Fall weise ich noch darauf hin, daß die Fassung des § 187: „sofern die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist“ zu denselben Bedenken Anlaß giebt, wie der „unverschuldete“ Nothstand im St.G.B. § 54. So schwer es auch sein mag, sich über die Begriffe klar zu werden, welche der Entwurf mit den Ausdrücken „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ verbindet (vgl. darüber unten S. 14 ff.), so scheinen mir doch vom Standpunkte des Entwurfes folgende Ergebnisse unabweislich. Wenn der Postbote weiß, daß in dem Hause, in welchem er zuzustellen hat, ein bissiger Hund frei umherläuft und er betritt dasselbe dennoch, so darf er sich gegen den Hund durch Verletzung desselben nicht vertheidigen: denn er hat

die Gefahr vorausgesehen und mit Wissen und Willen dieselbe für sich herbeigeführt. Und der „ordentliche Hausvater“ wird sich hüten müssen, ein Haus zu betreten, in welchem ein bissiger Hund sein könnte, wenn er nicht um sein Ansehen als Mustermensch kommen will. Die Motive führen (I, 350) zur Rechtfertigung dieser Bestimmung den Fall an, daß Jemand das Thier, das ihn angefallen, vorher gereizt hat. Die Verfasser werden wohl selbst nicht annehmen, daß damit die Fälle vorsätzlicher und fahrlässiger Verursachung der Gefahr erschöpfend gekennzeichnet sind.

#### § 4. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Der Kriminalist, der sein ganzes Leben lang mit Vorsatz und Fahrlässigkeit zu arbeiten hat, der Freud und Leid genau kennt, welche mit dieser Arbeit verknüpft sind, und die Streitfragen zu würdigen weiß, welche trotz aller wissenschaftlichen Erörterungen und aller Entscheidungen hoher und höchster Gerichtshöfe, mit diesen Begriffen verbunden, von Geschlecht zu Geschlecht sich vererben — den mag wohl ein Gefühl des Neides über die vornehme Sicherheit beschleichen, mit welcher Entwurf und Motive die schwierige Lehre erledigen.

Genauere Betrachtung wird uns freilich auch hier zeigen, daß wir den Grund für die Gewandtheit der Form anderswo als in der völligen Erfassung und Beherrschung des Stoffes zu suchen haben.

Eines fällt uns zunächst auf: die ungleiche Behandlung der beiden Begriffe im Entwurfe selbst. Abweichend von der, freilich wenig begründeten Ueberlieferung unserer Strafgesetzbücher giebt der Entwurf eine Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit. Sie liegt nach § 144 vor, „wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird“<sup>5)</sup>.

<sup>5)</sup> Nur ganz nebenher möchte ich hervorheben, daß durch § 146 des Entwurfs eine vielbesprochene strafrechtliche Streitfrage ihre Erledigung findet. Es handelt sich um die Auslegung der Worte im St.G.B. § 259 (Sachhehleri): „Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind.“ Man hat in diesen Worten bald eine Regel für den Nachweis des Vorsatzes erblickt, bald sie auf dolus eventualis oder auf culpa lata oder auf omnis culpa bezogen. Vgl. das Nähere in meinem Lehrbuch, 3. Aufl. § 147, Note 7. Der Entwurf sagt: „Im Sinne des Gesetzes ist . . . unter Kennenmüssen oder Wissenmüssen ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen oder Nichtwissen zu verstehen.“ Das entspricht vollständig der von jeher von mir vertretenen Auffassung. — Was Hölder Archiv f. d. civ. Pragis LXXIII 135 gegen § 146 Ziff. 3 vorbringt,

Eine Begriffsbestimmung des Vorsatzes dagegen fehlt im Entwurf. Die Motive I, 280 sagen aus: „Die auf die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung bezeichnet der Entwurf mit dem St.G.B. als „Vorsatz“; vorzüglich ist somit gleichbedeutend mit wissentlich und willentlich. Der Entwurf spricht von „„Absicht““, wenn der Zweck bezeichnet werden soll, dessen Erreichung gewollt ist.“

Mir ist zunächst nicht klar, weshalb, wenn die Fahrlässigkeit einer Begriffsbestimmung im Gesetze selbst bedarf, eine solche für den Vorsatz als überflüssig betrachtet werden sollte; oder umgekehrt, weshalb, wenn der Begriff des Vorsatzes durchaus klar und selbstverständlich ist, dies bezüglich der Fahrlässigkeit anders sein könnte. Oder sollte § 144 wirklich nichts anderes bezwecken als die Sicherung des deutschen Bürgerrechts für den bonus pater familias?

Eine Nebeneinanderstellung der beiden Begriffsbestimmungen aber würde sofort klar gemacht haben, daß eine derselben nothwendig unrichtig sein muß. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind die beiden Arten der Schuld; sie fallen daher beide unter einen gemeinsamen höheren Begriff. Es dürfte schwer halten, aus der Begriffsbestimmung des Vorsatzes in den Motiven und derjenigen der Fahrlässigkeit in § 144 die gemeinsamen Merkmale herauszufinden, den gemeinsamen höheren Begriff zu bilden.

Und doch war es so einfach und naheliegend, das gemeinsame Merkmal in beiden Begriffen und damit das Wesen der Schuld festzustellen. Vorsatz wie Fahrlässigkeit beziehen sich auf den eingetretenen rechtsverletzenden Erfolg; Vorsatz liegt vor, wenn dieser Erfolg vorausgesehen (und damit gebilligt) wurde; Fahrlässigkeit, wenn er nicht vorausgesehen war, aber vorausgesehen werden konnte. Der Entwurf selbst verwerthet diese beiden Fassungen vielfach, insbesondere bei den Deliktsobligationen. Es ist nicht einzusehen, warum er sie hier bei Seite hat liegen lassen.

Demnach ist die in § 144 gegebene Bestimmung der Fahrlässigkeit jedenfalls unzureichend; sie verschweigt das Wesentliche: die Voraussehbarkeit eines rechtsverletzenden Erfolges. Wenn ich die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters vernachlässige, mein Grundstück verwildern, mein Haus verfallen lasse, wenn ich mein Geld verprasse und um Kinder und Gefinde mich nicht kümmernere — so geht das die

---

halte ich nicht für richtig. Daß die Frage nicht dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden darf, beweisen die auf strafrechtlichem Gebiete gemachten Erfahrungen, welche Hölder allerdings nicht zu kennen scheint.

Rechtsordnung so lange nichts an, als ich Niemand dadurch in seinen rechtlich geschützten Interessen verlege. Nicht die Fahrlässigkeit an sich, sondern die fahrlässige Rechtsverletzung interessiert die Rechtsordnung. Das Wesen der Fahrlässigkeit besteht in der Herbeiführung eines rechtsverletzenden Erfolges, dessen Eintritt vorhergesehen werden konnte.

Die Begriffsbestimmung „Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ trifft gerade das Wesen der Fahrlässigkeit nicht.

Der „ordentliche Hausvater“ ist in der Kritik schlecht genommen worden. Man hat ihn fast so behandelt, wie den „homme moyen“ Duetelet's, den moralstatistischen Durchschnittsmenschen, den ein neuerer Statistiker geradezu ein „zusammen addirtes Gespenst“ genannt hat. Ich glaube, man thut dem ordentlichen Hausvater des Entwurfes damit ein schweres Unrecht. Die üblen Eigenschaften, die freilich dem römischen bonus pater familias anhafteten, die selbstfüchtige und selbstwillige Härte, die demokratische Gesinnung nach außen und die autokratische nach innen — das alles haben wir in Deutschland niemals „rezipirt“. Unser heutiger ordentlicher Hausvater ist der richtige deutsche Durchschnittsphylister, der juristische homme moyen, der keine Seitensprünge macht, pünktlich die Steuern bezahlt, den Nachtwächter freundlich grüßt, die Schlüsselgewalt der Hausfrau im weitesten Umfange anerkennt und die Hauskinder wohlwollend verzieht. Ich seh' ihn vor mir, den ordentlichen Hausvater, wie er des Sonntags Nachmittags zum Fenster herausliegt, die Hauskappe auf dem Kopfe, die lange Pfeife im Munde — ich kann dem guten Manne nicht gram sein und es thut mir in der Seele weh, wenn Gierke ihn so schlecht behandelt.

Aber im Ernste gesprochen: was soll uns der bonus pater familias im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich? Wenn wir ihn im Strafrecht nicht brauchen, warum soll er im Privatrecht nothwendig sein? Ist der Begriff der Fahrlässigkeit etwa hier und dort ein verschiedener?

Die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erschöpft nicht den Begriff der Fahrlässigkeit. Mehr als das: diese Begriffsbestimmung ist geradezu unrichtig. Wenn die Fahrlässigkeit in der Herbeiführung eines vorhersehbaren rechtsverletzenden Erfolges besteht, so ist damit gesagt, daß die Vorhersehbarkeit, und damit die Fahrlässigkeit individuell und konkret, nach der Lage des Falles und der Eigenart des Handelnden, nicht aber generell und abstrakt, bestimmt werden muß. Der Erfolg muß ein für den Handelnden vorhersehbarer gewesen sein. Der ordentliche Hausvater dagegen bedeutet die Verwerfung eines jeden individuellen Maßstabes. Er ist

nicht nur überflüssig, sondern gefährlich, und zwar gerade wegen seiner harmlosen Durchschnittlichkeit.

Während der Entwurf alle strafrechtlichen Untersuchungen über das Wesen der Fahrlässigkeit gänzlich bei Seite liegen läßt, wird von den Motiven der Begriff des Vorsatzes angeblich aus dem Strafrecht herübergenommen. Aber auch hier sind die Verfasser nicht glücklich gewesen.

Zunächst ist es leider nicht richtig, daß das St.G.B. „Vorsatz“ und „Absicht“ in der von den Motiven behaupteten Weise unterscheidet. Der Mangel einer festen sprachlichen und begrifflichen Abgrenzung des Vorsatzes von der Absicht gehört zu den bekanntesten Fehlern des St.G.B. Das wäre nun gleichgültig, wenn der Entwurf selbst die Unterscheidung durchgeführt hätte. Das ist aber nicht geschehen. § 761 Ziff. 2 spricht von dem Fall, daß Jemand ein fremdes Geschäft in rechtswidriger Absicht als eigenes behandelt hat. Nach den Motiven II, 870 genügt es, wenn der Thäter weiß, daß das Geschäft ein fremdes ist. „Absicht“ bedeutet also hier Vorsatz. Umgekehrt sagt § 754: „der im § 753 bezeichnete Anspruch steht dem Geschäftsführer nicht zu, wenn dieser ohne den Willen gehandelt hat, den Anspruch zu erlangen“. „Wille“ charakterisirt den Vorsatz; hier aber ist, wie auch aus der Begründung des § 754 hervorgeht, die Absicht darunter zu verstehen.

Nach § 1364 ist der Ehemann verpflichtet, wegen einer Verminderung des Gesamtgutes, welche von ihm in der Absicht, die Ehefrau zu benachtheiligen, bewirkt ist . . . zu dem Gesamtgute Ersatz zu leisten. Motive IV, 379 wird erläuternd dazu bemerkt, daß die Ungebundenheit des Ehemannes in der Ausübung seines Verwaltungsrechts „doch nicht zur Arglist führen darf“. Dabei wird auf § 225 verwiesen. Hier ist von „vorsätzlicher“ Nichterfüllung der Verbindlichkeit die Rede. Und die Motive zu diesem Paragraphen (II, 31) sprechen in der Randglosse von der „Haftung wegen dolus“. Hier haben wir also alles durcheinandergeworfen: Absicht, Arglist, Vorsatz und natürlich auch den unverwüslichen dolus. Diesen Thatsachen gegenüber erscheint die Behauptung einer gleichbleibenden Ausdrucksweise als haltlos. Damit ist aber die Reihe meiner Bedenken nicht erschöpft.

Ich will darauf kein Gewicht legen, daß in dem „wissentlich und willentlich“ der Motive das zweite Glied gänzlich überflüssig und irrelevant ist. Das Wesen der Vorsatzes besteht darin, daß der Erfolg vorausgesehen wurde, also in dem „wissentlich“. Der rechtsverletzende Erfolg, welchen ich herbeiführe, obwohl ich ihn voraussehe, den habe ich „gewollt“; wenn auch nicht im Sinne der Psychologie, so doch in

dem der Rechtsordnung. Den Verfassern war es auch gar nicht ernst mit der Betonung dieses zweiten Merkmals; überall, wo vorsätzliches Handeln verlangt wird, genügt das „Wissen“ des Erfolges, ohne daß von dem „Wollen“ desselben die Rede wäre.

Viel gefährlicher als diese rein schulmeisterliche Unrichtigkeit, aus welcher Folgerungen zu ziehen Niemand den Muth haben würde, ist es, wenn die Motive den Vorsatz bestimmen als die auf die Vornahme einer Handlung **oder** die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung.

Es sollte doch sofort klar sein, daß mit dem „**oder**“ eine Spaltung des Begriffes gegeben wird, welche diesen selbst gänzlich unbrauchbar macht. Der Vorsatz in Bezug auf eine Handlung ohne Rücksicht auf deren Erfolg und der Vorsatz in Bezug auf eine Handlung mit Rücksicht auf deren Erfolg sind offensichtlich zwei ganz verschiedene Dinge. Hat man sich aber diesen Unterschied einmal klar gemacht, so muß es auch einleuchten, daß man von Vorsatz eben nur in Beziehung auf den vorgestellten Erfolg sprechen kann. Berücksichtigt man die Handlung allein nach Abzug ihres Erfolges, so kann sie niemals weder eine vorsätzliche noch eine fahrlässige, sondern nur eine willkürliche oder eine nicht willkürliche sein. Auch die Begriffsbestimmung des Vorsatzes ist mithin gänzlich mißglückt.

Vorsatz und Fahrlässigkeit spielen ihre Hauptrolle auf dem Gebiete der Privatdelikte. Ich werde im zweiten Abschnitte meiner Arbeit zu zeigen haben, daß die völlig unklare und unrichtige Auffassung beider Begriffe, welche den Bestimmungen des Entwurfes zu Grunde liegt, gerade auf jenem Gebiete zu ganz unhaltbaren Ergebnissen geführt hat und führen mußte.

Aber das Gebiet der Privatdelikte ist lange nicht das Einzige, auf welchem die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit verwerthet werden. In allen Theilen des Privatrechtes finden sie Anwendung; in allen Theilen muß mithin die gerügte Unklarheit verhängnißvoll werden. Und darum mußte ich schon hier auf dieselbe aufmerksam machen.

Der Unklarheit der Begriffe entspricht die stets wechselnde Sprachweise des Entwurfes. Bald wird das Eigenschaftswort „vorsätzlich“ oder „fahrlässig“ zur Bezeichnung von Handlungen überhaupt oder von bestimmten Handlungen gebraucht: vorsätzliche oder fahrlässige Verursachung einer Gefahr in § 187 oder eines Nothstandes in § 863; vorsätzliche oder fahrlässige Nichterfüllung von Verpflichtungen in § 224; vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des Unterganges einer Sache in § 430 Ziff. 1; Vereitelung des bedingten Rechts durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen in § 134. Dann wird davon gesprochen, daß etwas „aus“ Vorsatz oder Fahrlässigkeit geschehen sei. Beispiele

bieten § 648: ein Gesellschafter, welcher die ihm obliegenden Pflichten aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit verletzt hat; § 2045 erbunwürdig ist, wer aus Vorsatz den Erblasser getödtet; § 931: der unredliche Besitzer hat dem Eigenthümer den aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden zu ersetzen, während nach § 749 der Geschäftsführer ohne Auftrag für den Ersatz des durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schadens haftet. Vielfach ist die Rede von einer „auf Fahrlässigkeit beruhenden“ Unkenntniß (so §§ 76, 345, 877, 1152, 1258, 1563 u. a.); daneben finden wir auch Handlungen, die weder „fahrlässig“ sind, noch „aus“ Fahrlässigkeit oder „durch“ eine solche begangen sind, sondern „auf Fahrlässigkeit beruhen“ (§§ 900, 931, 932). Dann werden wieder an anderen Stellen Bestimmungen für den Fall getroffen, daß Jemandem Vorsatz oder Fahrlässigkeit „zur Last fällt“ (§§ 97, 99, 442, 589, 827 u. a.), oder daß „in Folge von“ grober Fahrlässigkeit irgend ein Erfolg eingetreten ist (§§ 382, 508, 881, 889, 1195, 1564 u. a.). Und neben die einfache und die grobe Fahrlässigkeit tritt in § 638 noch als dritte Art „die grobe Pflichtverletzung“.

Wenn es sich nur um eine angenehme Abwechslung der Ausdrücke handelte, so könnte man zwar über diese Frage des guten Geschmacks anderer Ansicht sein, als die Verfasser des Entwurfs, aber es wäre kein Anlaß zu ernstern Auseinandersetzungen vorhanden. Aber die Sache greift tiefer. Und aus dem Schwanken des Ausdrucks wird sich eine Anzahl von Streitfragen ergeben. Auf die gegen § 187 sprechenden Bedenken bin ich oben S. 13 eingegangen. Im übrigen verweise ich auf die kritische Besprechung der Deliktobligationen. Was dort gesagt ist, beansprucht Geltung auch für die übrigen Theile des Entwurfs.

### § 5. Gewalt, Drohung, Betrug.

Auch diese Begriffe haben in der strafrechtlichen Litteratur und Rechtsprechung eingehendere Untersuchung gefunden, als auf privatrechtlichem Gebiete. Auch hier wäre mithin eine Berücksichtigung der kriminalistischen Arbeiten und der Ergebnisse, zu welchen sie geführt haben, für die Bestimmungen des Entwurfs in mehr als einer Beziehung von Werth gewesen. Aber auch hier tritt uns, wenn wir die Erörterungen der Motive über die Willensmängel verfolgen, die soeben beachtete Erscheinung in bedauerlicher Klarheit entgegen: die Verfasser des Entwurfs erkennen den Zusammenhang ihres Gegenstandes mit den Bestimmungen des Strafrechts, sie haben den Wunsch, diesen Zusammenhang zu vertiefen und zu festigen, aber sie beherrschen

die strafrechtliche Literatur viel zu wenig, als daß sie dieselbe für ihre Zwecke zu verwerthen im Stande wären. Die scheinbare Klarheit und Folgerichtigkeit der Begriffe beruht auch hier auf einer durchaus oberflächlichen Auffassung derselben.

Mot. I 207 lesen wir: „der Entwurf spricht, abweichend von der Mehrzahl der Gesetze, nicht von Zwang oder Erregung von Furcht, sondern im Anschluß an § 253 des St.G.B. von Drohung. .... Es wird damit nicht nur der richtige Gedanke in zutreffenderer Weise zum Ausdruck gebracht, sondern zugleich die Einheit der Behandlung auf strafrechtlichem und privatrechtlichem Gebiete gewahrt. Neben der Drohung mit dem § 253 St.G.B. die Gewalt zu erwähnen, ist Abstand genommen. Einerseits erscheint dies nicht nöthig, weil die Anwendung von Gewalt in der hier fraglichen Hinsicht immer eine Drohung — die Drohung mit der Fortsetzung eines gegenwärtigen Uebels — enthält; andererseits könnte das Mißverständniß entstehen, als habe auch der Fall der vis absoluta getroffen werden sollen.“

Daraus ergibt sich: Nach der Ausdrucksweise des Entwurfs kann ich zur Abgabe einer Willenserklärung nur durch Drohung, nicht durch Gewalt, bestimmt werden. Nach der Ausdrucksweise des St.G.B.'s (§ 253) dagegen kann ich zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung durch Gewalt oder Drohung genöthigt werden. Im Sinne des Strafrechts umfaßt der Ausdruck Gewalt: 1. die Gewalt an der Person des zu Nöthigenden; 2. die Gewalt gegen Dritte; 3. die Gewalt an Sachen. Im Sinne des Entwurfs dagegen ist in den Fällen 2 und 3 stets, im Falle 1, soweit nicht vis absoluta vorliegt, von Drohung zu sprechen. Der Begriff der Drohung ist mithin im Entwurf ein ganz anderer als im Strafrecht, und die „Einheit der Behandlung“ auf beiden Gebieten nicht nur nicht gewahrt, sondern unmöglich gemacht.

Das wäre ja zu ertragen. Aber die vom Entwurf hier aufgestellte Unterscheidung von vis absoluta einerseits, von Drohung andererseits ist auch für das Privatrecht unhaltbar, sobald das Gebiet der Willenserklärungen verlassen wird.

Den Beweis liefert § 815 Absatz 3: „Ist die thatsächliche Gewalt über ein Grundstück dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht entzogen, so ist derselbe berechtigt, sofort nach erlangter Kenntniß von der Entziehung sich die Inhabung wieder zu verschaffen, mit Gewalt gegen die Person jedoch nur dann, wenn die Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung erfolgt, oder wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen nach den Vorschriften des § 189 Selbsthülfe erlaubt ist.“

III 113 finden wir dazu die Bemerkung: „Unter Gewalt gegen die Person ist die einen körperlichen Zwang der Person enthaltende

Gewalt zu verstehen; denn in gewisser Weise ist jede Gewalt gegen die Person, d. h. gegen den Willen der Person gerichtet.“

Damit aber ist die Nothwendigkeit anerkannt, in derselben Weise, wie das Strafrecht es thut, zwischen den Arten der Gewalt zu unterscheiden. Der Gewalt gegen die Person tritt die Gewalt gegen Sachen gegenüber. Diese ist „Gewalt“ nach § 815, sie ist „Drohung“ nach § 103 des Entwurfs. Eine derartige Verschiedenheit des Ausdruckes für denselben Begriff ist gewiß nicht empfehlenswerth.

Das Strafrecht unterscheidet aber weiter innerhalb der Drohung. Freilich nicht in dem von den Motiven allein in's Auge gefaßten § 253 St.G.B. Wohl aber lesen wir in § 249, wie in § 255 von „Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“. Der Entwurf hat auch diese Unterscheidung stillschweigend abgelehnt.

Das führt zu folgenden Ergebnissen. Durch verbotene Eigenmacht ist mir die thatsächliche Gewalt über meinen außerhalb der Stadt gelegenen Garten entzogen worden. Ein Monat ist verstrichen. Die Voraussetzungen des § 189 sind nicht gegeben. Ich komme zu meinem Garten, um mich wieder in Besitz zu setzen. An der Thüre steht der gegenwärtige Inhaber und weigert mir den Eingang. Ich darf ihn nicht bei Seite schieben: denn das wäre Gewalt gegen die Person. Aber ich darf ihn mit vorgehaltenem Revolver zwingen, mir Platz zu machen: denn das ist nur Drohung. Und wie ist es bei Gewalt gegen dritte Personen? Wenn ich den kleinen Jungen meines Gegners auf dem Heimweg von der Schule auffange und dem Vater erkläre, daß ich den Sohn so lange festhalten werde, bis der fehlerhafte Besitz aufgegeben sei — ist das verbotene Gewalt gegen die Person des Jungen, oder erlaubte Drohung gegen den Vater? Soll es gestattet sein, mit der Tödtung des neben seinem Vater an der Gartenthüre stehenden Jungen zu „drohen“, um sich auf diese Weise den entzogenen Besitz wieder zu verschaffen?

Den Begriff der Gewalt kann ein bürgerliches Gesetzbuch ebensowenig entbehren, wie den der Drohung. Beide Begriffe aber bedürfen genauerer Untersuchung und Unterscheidung ihrer Unterarten. Mögen die Ergebnisse der strafrechtlichen Arbeiten, welche diese Unterscheidung zu gewinnen sich bemühten, auch in gar manchen Einzelheiten zu unmittelbarer gesetzgeberischer Verwerthung noch nicht geeignet sein, im Großen und Ganzen durften sie zweifellos auf Beachtung Anspruch machen. Der einfache Hinweis auf § 253 St.G.B. war in keiner Weise genügend, um dem Privatrecht den Zusammenhang mit dem

Strafrecht und die aus diesem Zusammenhange zu ziehenden Früchte zu sichern<sup>6)</sup>.

Haben wir im Vorangehenden wenigstens den guten Willen der Verfasser des Entwurfs anerkennen dürfen, mit dem Strafrecht Fühlung zu nehmen, die Begriffsbestimmungen des Strafgesetzbuchs zu verwerthen oder sich doch mit ihnen auseinanderzusetzen, so müssen wir leider eine völlige Nichtberücksichtigung des Strafrechtes feststellen, sobald wir Begriff des Betruges in dem künftigen Gesetzbuch für das Deutsche Reich in's Auge fassen.

Die Aufnahme eines Ausdruckes, mit welchem das Strafrecht einen ganz bestimmten Begriff verbindet, in das System des Privatrechts kann von vornherein nur unter der Voraussetzung als zulässig erscheinen, daß mit demselben Ausdruck auch derselbe Begriff bezeichnet werden soll. Dies gilt aber ganz besonders von dem Ausdruck „Betrug“.

Die gesammte strafrechtliche Entwicklung des Betrugsbegriffes besteht in seiner allmählichen, Schritt für Schritt erreichten Loslösung von dem römischen *dolus*, in dem endlich gelungenen Bemühen, zu einer festen begrifflichen Umgrenzung des Betruges zu gelangen. Heute ist uns der Betrug im Wesentlichen die durch arglistige Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung. Wie wesentlich der Fortschritt ist, den wir mit dieser Vereinfachung des Begriffes gemacht haben, weiß jeder, dem die Geschichte der Strafgesetzgebung nicht völlig fremd geblieben ist. Freilich sprechen gar manche, hier nicht zu erörternde Thatfachen für die Annahme, daß wir dem heutigen Juristen, auch wenn wir ihm die Strafrechtspflege anvertrauen, selbst die größte Unwissenheit auf strafrechtlichem Gebiete nicht übel nehmen.

Dem römischen Privatrecht ist diese Befreiung aus dem Banne der Ueberlieferung nicht gelungen. Man lese einmal die betreffenden Ausführungen Windscheid's nach. Da ist die Arglist, der *dolus*, „das positive Wollen des Erfolges“ im Gegensatz zur Fahrlässigkeit, also der Vorsatz des heutigen Strafrechts wie des Entwurfs. „Eine

<sup>6)</sup> Nur nebenher möchte ich darauf hinweisen, daß der Begriff der „Nöthigung“ in § 189 Entw. ebenfalls völlig im Dunkeln bleibt, St.G.B. § 240 („Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen“) darf wohl nicht zur Erklärung herangezogen werden. Dann wäre der Ausdruck aber gewiß besser vermieden und ausgesprochen worden, daß es sich darum handelt, die Erfüllung der Verpflichtung „durch Gewalt oder Drohung“ herbeizuführen. Damit aber wäre für den Entwurf und seine Begründung eine weitere Beranlassung gegeben, sich über den Inhalt dieser beiden Begriffe und ihr gegenseitiges Verhältnis zu einander auszusprechen.

besonders wichtige Form des dolus ist der Betrug.“ Der Betrug ist mithin nach Windscheid eine Art — des Vorsatzes. Nehmen wir dazu, daß das Wort dolus den Vortheil bietet, Gattung und Art gleichmäßig zu bezeichnen, so ist allen möglichen Irrthümern und Mißverständnissen Thür und Thor geöffnet. Wir haben ja oben S. 17 gesehen, daß die Verfasser der Motive die Ausdrücke: Vorsatz, Absicht, Arglist, dolus ohne weiteres als gleichwerthig betrachten.

Dieser romanistische Betrugsbegriff, der an Unklarheit und Verschwommenheit unmöglich übertroffen werden kann, soll im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich seine Wieergeburt feiern. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird sich unschwer nachweisen lassen.

Ein besonderes privatrechtliches Delikt des Betrages hat der Entwurf allerdings nicht aufgenommen (II 754). Die §§ 704 und 705 des Entwurfs machen auch in der That eine derartige Bestimmung gänzlich überflüssig. Dagegen spielt der Betrug, neben der Drohung, in anderen Fällen seine Rolle. Er berechtigt nach § 103 zur Anfechtung der abgegebenen Willenserklärung, nach § 1259 Ziff. 1 zur Anfechtung der Ehe; nach § 1780 zur Anfechtung einer letztwilligen Verfügung; nach §§ 2040 und 2041 zur Anfechtung der Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft; es ist nach § 2045 Ziff. 3 derjenige erbunwürdig, welcher den Erblasser durch Betrug zu einer Verfügung von Todeswegen bestimmt hat.

Was bedeutet der Ausdruck in allen diesen Fällen?

Der Antwort, welche die Motive auf diese unsere Frage ertheilen, möchte ich eine nähere Betrachtung widmen.

Zunächst finden wir I, 208 folgende Erklärung:

„Auf die Feststellung des Betrugsbegriffes ist verzichtet. Die für die Tragweite desselben maßgebende Frage, inwieweit eine Rechtspflicht besteht, dem andern Theile Umstände mitzuthemen, von denen vorauszusetzen ist, daß sie auf seine Entschliesung von Einfluß sein würden, entzieht sich der gesetzlichen Lösung. Im Allgemeinen stellt sich jeder arglistige Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zum Nachtheile eines Andern als Betrug dar. Der strafrechtliche Begriff (St.G.B. 263) ist nicht ohne Weiteres maßgebend.“

Daraus entnehmen wir, daß folgende Merkmale zusammentreffen müssen, um den Begriff des Betrages zu erfüllen:

1. ein Verstoß gegen Treu und Glauben;
2. dieser Verstoß muß arglistig sein;
3. er muß zum Nachtheil eines Andern reichen (oder genügt es, wenn er in dieser Absicht vorgenommen ist, ohne sein Ziel zu erreichen?).

Man wird, glaube ich, nicht in Abrede stellen können, daß diese Begriffsbestimmung, im Ganzen wie im Einzelnen, sich nicht durch besondere Klarheit und Schärfe auszeichnet. Es ist nun aber auch lehrreich zu sehen, daß der Entwurf selbst sie nicht festhält. Motive II, 754 wird als Betrug bezeichnet: „jede mit Treu und Glauben in Widerspruch tretende, bewußt schädigende Handlungsweise“. Es fehlt hier also die „Arglist“. Dafür liegt nach S. 755 Betrug vor, wenn Jemand „durch arglistiges Handeln gegen Treue und Glauben einem Andern einen Schaden zufügt“. Und auf derselben Seite wird „Arglist“ einfach als gleichbedeutend mit „Betrug“, „arglistig“ als gleichbedeutend mit „betrügerisch“ genommen. Und diese Gleichstellung des einen der drei Merkmale im Betrugsbegriff mit diesem selbst begegnet uns auch sonst wiederholt im Entwurf. So haftet nach § 604, wer einem Andern einen Rath oder eine Empfehlung erteilt hat, für den aus der Befolgung entstandenen Schaden nur dann, wenn er arglistig gehandelt hat; und die Motive II, 554 verweisen zur Rechtfertigung dieser Bestimmung einfach auf die *actio doli*. Ähnlich bezeichnet die „Arglist“ II, 845 unzweifelhaft den *dolus*.

Daraus ergibt sich aber, daß die Hervorhebung von Treu und Glauben neben der Arglist gänzlich überflüssig ist. Ich kann mir auch keinen Fall denken, wo arglistige Schädigung eines Andern den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht widersprechen sollte.

Die scheinbare Begriffsbestimmung des „Betruges“ in den Motiven I, 102 hat zur Folge, daß die daselbst hervorgehobenen scheinbaren Begriffsmerkmale nicht weiter bestimmt werden. Was „Treu und Glauben“ bedeutet, erfahren wir nirgends, auch nicht aus den Bemerkungen zu § 359; alle Bemühungen der kriminalistischen Litteratur, die gänzliche juristische Unbrauchbarkeit dieser rednerischen Floskel nachzuweisen, die *publica fides* aus der Rechtssprache zu verbannen, all unser Verlangen, daß, wer künftig diesen Lückenbüßer verwerthet, uns doch sagen möge, was er sich dabei denkt — es ist spurlos an den Verfassern der Motive vorübergegangen. Und auch die „Arglist“ wird nirgends bestimmt. Betrug ist Arglist; Arglist ist Vorsatz; und der *dolus* ist das erste, und zweite und das dritte, jedes einzeln und alle drei zusammen. So wären wir denn glücklich wieder beim *dolus* angelangt, dem bequemen Zufluchtsort für jede juristische Gedankenlosigkeit.

Wir scheint doch die Sache möglichst einfach zu liegen. Der Betrug als besonderes Delikt, gleichbedeutend mit der durch arglistige Täuschung bewirkten Vermögensbeschädigung ist beseitigt. Der Betrug aber in den oben angeführten Paragraphen des Entwurfs bedeutend etwas Anderes als die Vermögensbeschädigung durch arg-

listige Täuschung; er bedeutet die arglistige Täuschung an sich. Der Nachweis eines Schadens ist in keinem dieser Fälle zur Anfechtung erforderlich. Es scheint demnach geboten, die beiden grundverschiedenen Begriffe auch verschieden zu bezeichnen. Warum soll es in § 103 z. B. nicht heißen:

„Ist Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung oder arglistige Täuschung bestimmt worden“?

Die „arglistige Täuschung“ ist dem Kriminalisten längst geläufig. Es ist die Täuschung durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatfachen (St.G.B. § 263). In dieser Begriffsbestimmung ist jedes einzelne Merkmal von der strafrechtlichen Litteratur und Rechtsprechung scharf und klar herausgearbeitet worden. Auch die den Verfassern der Motive so unbequeme Frage, wann das Schweigen als Unterdrückung erscheint, ist von den Kriminalisten nicht erst gestern oder vorgestern erörtert worden. Es ist uns insbesondere längst klar, daß nicht gerade eine im Gesetze ausdrücklich ausgesprochene Rechtspflicht zur Mittheilung der verschwiegenen Thatfachen vorhanden zu sein braucht.

Daß aber Betrug im Sinne des Entwurfs mit arglistiger Täuschung sich deckt, dafür ließe sich aus dem Entwurfe selbst, sowie aus den Motiven eine Reihe von Belegstellen anführen. § 1259 Ziff. 1 bezeichnet als Betrug ausdrücklich die Verhehlung persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse; Motive IV, 73 heben dazu die „Täuschung über die Vermögensverhältnisse“ noch besonders hervor. Die Verschweigung eines Mangels der veräußerten Sache wird II, 229 als „dolus des Veräußerers“ gekennzeichnet (ebenso II, 243); dieselbe Auffassung kehrt auch in den §§ 407, 444 und den Erläuterungen dazu sowie an anderen Stellen wieder. Es würde sich also nur darum handeln, die richtige Auffassung zu verallgemeinern und sie im Gesetze selbst in unzweideutiger Weise zum Ausdruck zu bringen.

## II. Das privatrechtliche Delikt.

### § 6. Der Begriff des Privatdelikts.

Ich betrachte es als einen wichtigen Fortschritt, daß der Entwurf den Versuch gemacht hat, zu einem einheitlichen Begriffe des Privatdelikts und zu allgemeinen Bestimmungen über dasselbe zu gelangen, neben welchen nur wenige abändernde und ergänzende Vorschriften für die einzelnen Delikte erforderlich sind. Es wird wohl

nicht geleugnet werden können, daß die Behandlung der Deliktobligationen im Pandektenrechte, diese zusammenhangslose Masse veralteter, unbrauchbarer Rechtsregeln, unmöglich die Grundlage unseres künftigen Reichsprivatrechts werden konnte.

Der Entwurf hat den Versuch gemacht, zu einer Neugestaltung des ganzen Gebietes zu gelangen. Daß dieser Versuch nicht völlig gelungen, kann uns nicht Wunder nehmen. Eine befriedigende, d. h. eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Behandlung der Deliktobligationen ist nicht möglich, wenn der Gesetzgeber sich nicht klar ist, einerseits über Umfang und Inhalt der zu schützenden privatrechtlichen Interessen; anderseits über das Verhältniß des Privatrechts zum Strafrecht. Diese Klarheit haben wir in dem Entwurf auf Schritt und Tritt vermißt. Auf dem Gebiete der Deliktobligationen treten die Folgen davon deutlicher zu Tage als anderswo. Das Privatrecht wird als reines Vermögensrecht gefaßt; und die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, die Lehren der strafrechtlichen Literatur, die Bedürfnisse der Strafrechtspflege sind den Verfassern des Entwurfs auch dort fremd geblieben, wo sie ausdrücklich auf dieselben Bezug genommen haben. Eine gründliche Umarbeitung des ganzen Abschnitts scheint mir unvermeidlich, aber auch durchaus möglich zu sein. In welcher Richtung dieselbe zu erfolgen hätte, sollen die nachstehenden Ausführungen andeuten. Ich werde in denselben nur die grundlegenden Fragen so weit erörtern, als sie mir Anlaß zur Kritik zu geben scheinen, uns insbesondere es mir versagen, auf die für die „einzelnen unerlaubten Handlungen“ gegebenen Vorschriften einzugehen.

Wenn wir, von allen positiv-rechtlichen Beschränkungen absehend, den Begriff des privatrechtlichen Deliktes in möglichster Allgemeinheit zu bestimmen suchen, so gelangen wir zu folgenden Begriffsmerkmalen:

1. Verletzung eines privatrechtlich geschützten Interesses;
2. Widerrechtlichkeit der Verletzung;
3. Schuldhaftigkeit der Verletzung, d. h. Vorfaß oder Fahrlässigkeit des deliktfähigen Thäters in Beziehung auf den eingetretenen rechtsverletzenden Erfolg.

Das Verhältniß des privatrechtlichen zum strafrechtlichen Delikt ist sofort klar: von einer Verschiedenheit abgesehen, muß der Begriff des Delikts auf beiden Gebieten derselbe sein. Diese Verschiedenheit aber liegt darin, daß das Privatrecht sich damit begnügen kann (nothwendig ist auch das nicht), das Verletzungsdelikt in seinen privatrechtlichen Folgen zu regeln; eine Berücksichtigung des Gefährdungsdeliktes oder des bloßen Ungehorsamsdelikts bleibt dem Privatrecht aus guten Gründen fremd. >

Privatrecht und Strafrecht unterscheiden sich aber in der Art des Schutzes, den sie gewähren, in den Rechtsfolgen, welche sie mit der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses verbinden. Hier überwiegt die Rücksicht auf die öffentliche Rechtsordnung, dort die auf den Verletzten. Hier ist Rechtsfolge die Strafe, d. h. eine Verletzung des Täters in seinen rechtlich geschützten Interessen (Leben, Freiheit, Vermögen, Ehre); dort ist Rechtsfolge die Genugthuung (weniger genau: der Schadensersatz), d. h. die volle Wiedergutmachung der dem Verletzten zugefügten Rechtsverletzung.

Strafe und Genugthuung sind mithin begriffliche Gegensätze. Aber sie fallen unter den gemeinsamen höheren Begriff der Bekämpfung des Unrechts. Und darum ist es falsch, den Gegensatz der Begriffe in seiner vollen wissenschaftlichen Schärfe auch in der Gesetzgebung zur Durchführung bringen zu wollen. Die Verurtheilung des Verleumders zu einer mehrmonatigen Freiheitsstrafe ist zugleich eine Genugthuung für den Verleumdeten; und die Geldentschädigung, die der Schuldige an den Verletzten zu zahlen hat, dient zugleich zum Schutze der öffentlichen Rechtsordnung.

Diesen Zusammenhang muß der Gesetzgeber sich vor Augen halten, wenn er das Gebiet der Deliktsobligationen befriedigend regeln will: er wird nicht vergessen dürfen, daß die Privatrechtsfolgen des Delikts die Wirkung der Strafe theils zu ersetzen, theils zu verstärken geeignet sind. Wir werden sehen, daß dem Entwurf dieser Zusammenhang so gut wie völlig entgangen ist.

Wenn die Rechtsfolge des Privatdelikts die Entstehung einer Deliktsobligation ist, deren Inhalt die Haftung für den verursachten Schaden bildet, so erscheint die Deliktsobligation als ein Fall der Schadensersatzpflicht, welcher sich von allen andern zunächst nicht durch den Inhalt der Verbindlichkeit, sondern durch den Entstehungsgrund unterscheidet. Es giebt demnach 1. Fälle, in welchen die Schadensersatzpflicht begründet wird durch eine schuldhaft widerrechtliche Verletzung und 2. Fälle, in welchen sie durch eine schuldlose widerrechtliche Verletzung begründet wird. Denn daß die dem Recht gemäße, also nicht widerrechtliche, Verletzung fremder Interessen eine Ersatzverbindlichkeit zu begründen nicht geeignet sein kann, dürfte keines weiteren Nachweises bedürfen.

Damit war für den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs die unabweisliche Nothwendigkeit gegeben, sich über das Verhältniß dieser beiden Gruppen zu einander klar zu werden. Insbesondere mußte die Frage aufgeworfen und grundsätzlich erörtert werden: ob und in welchen Fällen derjenige, welcher schuldlos, d. h. weder vorsätzlich noch fahrlässig, die rechtlich geschützten Interessen eines

Andern verletzt, diesem zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet ist? Erst durch eine klare und bestimmte Beantwortung dieser Frage hätte die Deliktsobligation die ihr angemessene Stellung im Systeme des Entwurfs bekommen. Erst damit wäre die Möglichkeit begründet gewesen, den Inhalt der Verbindlichkeit näher ins Auge zu fassen und etwa erweiterte Haftung eintreten zu lassen, wenn die Verletzung auf schuldhafter Widerrechtlichkeit beruht. Statt dessen hat der Entwurf in der hergebrachten Weise zwischen Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, aus unerlaubten Handlungen und aus andern Gründen unterschieden. Damit ist das Wesen der Deliktsobligation verdunkelt. Sie charakterisirt sich in erster Linie dadurch, daß sie Ersatzverbindlichkeit ist; erst in zweiter dadurch, daß diese Ersatzverbindlichkeit auf Delikt beruht.

Darin, daß der Entwurf dieses Verhältniß verkennt, liegt der Grund für gar manche Unklarheit, wie z. B. für die gänzlich verworrenen Auseinandersetzungen Motive II, 745. Hierin liegt wohl auch der Grund, weshalb der Entwurf (Motive II, 727 unter d, III, 392) mit der herrschenden Ansicht die Verletzung der aus Schuldverhältnissen entspringenden Verpflichtung niemals als privatrechtliches Delikt betrachten will. Die schuldhafte (d. h. vorsätzliche oder fahrlässige) widerrechtliche Verletzung eines Forderungsrechtes ist für das unbefangene Auge in ihren rechtlichen Voraussetzungen wie in ihren rechtlichen Wirkungen ganz gleich der schuldhaften widerrechtlichen Verletzung eines dinglichen Rechts. Weshalb z. B. der Vertragsbruch des Armeelieferanten (St.G.B. § 329) zwar als Vergehen mit Gefängniß bis zu fünf Jahren und mit dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft werden kann, dagegen privatrechtlich nicht als Delikt erscheinen soll, ist mir unerfindlich. Und wenn der Schuldner nach § 224 des Entwurfs wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit haftet; wenn der Inhalt dieser Haftung die Verbindlichkeit zum Schadenserzatz ist; wenn ferner für diesen Fall die Bestimmungen über Deliktsfähigkeit (§§ 708, 709) und nicht diejenigen über Geschäftsfähigkeit (§§ 64 ff.; vgl. Mot. II, 28) Anwendung finden: so weiß ich nicht, worin der Unterschied vom privatrechtlichen Delikt eigentlich gefunden werden soll.

Auf strafrechtlichem Gebiete sind wir endlich so weit, grundsätzlich wenigstens die Möglichkeit zuzugeben, daß der „Vertragsbruch“, richtiger die Verletzung von rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen, unter Strafe gestellt werde. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs steht auf dem von uns überwundenen Standpunkte und vermeidet es mit auffallender Aengstlichkeit, für diesen Fall, auf den er doch die Bestimmungen über das Delikt anwendet, den Ausdruck „Delikt“

zu gebrauchen. Auch hier fehlt es dem Entwurf an großen Gesichtspunkten, an dem Verständniß für die Umgestaltungen unseres Rechtsbewußtseins; auch hier klebt er an den überlieferten Unterscheidungen des römischen Rechts, auch dort, wo er von denselben sich zu befreien bemüht ist.

### § 7. Das Privatdelikt als Vermögensdelikt.

Die oben gegebene Begriffsbestimmung des Privatdelikts als der schuldhaften rechtswidrigen Verletzung rechtlich geschützter Interessen bedarf den Vorschriften des Entwurfs gegenüber einer wesentlichen Einschränkung. Nicht die Verletzung irgend welcher Interessen ist Delikt, sondern, von den sofort zu besprechenden Ausnahmen abgesehen, nur die Verletzung vermögensrechtlicher Interessen (Motive II, 799 und II, 22). Denn nur an diese wird die das Delikt als solches kennzeichnende Rechtsfolge, die Verbindlichkeit zum Schadenersatze, im Entwurf geknüpft.

Es entspricht diese Vorschrift der für Schuldverhältnisse geltenden Bestimmung des § 221:

„Wegen eines andern als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden“.

Zur Begründung bemerken die Mot. II, 21:

„Schon in der Einleitung ist erwähnt, daß der Entwurf aus der Anerkennung des Prinzipes, wonach ein vermögensrechtliches Interesse zum Wesen oder zur Gültigkeit und Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses nicht gehört, keineswegs die Konsequenz zieht, daß bei Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses durch Zuwiderhandeln gegen eine obligatorische Verpflichtung oder durch Delikt der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung eines Ersatzes in Geld zulässig sein solle. . . . Durch allgemeine Anerkennung eines Entschädigungsanspruches wegen Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst bei Berathung der Civilprozeßordnung nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde; insbesondere ließen sich Schranken für das Ermessen des Richters kaum aufstellen und wäre der Revisionsrichter im konkreten Falle häufig nicht in der Lage, eine unpassende Ausübung der diskretionären Gewalt des Richters zu korrigiren. Wo die Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung in Frage steht, ist das Interesse des Gläubigers im Wesentlichen dadurch gedeckt, daß er die Erfüllung der Verbindlichkeit,

soweit sie auf Vertrag beruht, sich durch Ausbedingung einer Konventionalstrafe zu sichern vermag. Anlangend aber den Fall deliktischer Zufügung eines andern als eines Vermögensschadens, so müssen freilich an sich auch die sog. idealen Rechte (!) gegen widerrechtliche Verletzung gesichert und es kann dieser Schutz nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden; vielmehr ist dem Verletzten geeignetenfalls nach den Postulaten der Gerechtigkeit auch eine Schadloshaltung zu gewähren“.

Gegen diese Begründung ließe sich manches einwenden. Wir werden sehen, daß der Schutz der sogenannten „idealen Rechte“ zum größeren Theil doch dem Strafrechte überlassen worden ist. Ob in den Ausnahmefällen, in welchen der Entwurf Genugthuung für anderen als vermögensrechtlichen Schaden gewährt, die damit gegebene „Souveränität“ des Richters dem deutschen Rechte weniger fremd ist als sonst, mag dahingestellt bleiben. Vielleicht ließe sich auch nachweisen, daß die Rechte des Einzelnen und der Gesamtheit nicht der prozessualischen Rechtsmittel wegen da sind, sondern umgekehrt. Man könnte auch fragen, ob die Verabredung einer Konventionalstrafe im täglichen Rechtsleben (z. B. bei der Bestellung einer Ballmusik, der Miethe einer Amme u. s. w.) zweckmäßig und durchführbar ist. Und auch der Zweifel ist wohl gestattet, was eine Schuldverbindlichkeit bedeutet, deren Richterfüllung keine Rechtsfolgen nach sich zieht.

Aber ich lege auf all' das kein Gewicht. Es handelt sich um einen Grundsatz, dessen Tragweite unendlich viel weiter reicht. Das Privatrecht des Entwurfs ist ausschließlich (oder fast ausschließlich) Vermögensrecht. Mit den „sogenannten idealen Rechten“ weiß der Entwurf nichts anzufangen. In das System passen sie nicht; sie müssen sich damit begnügen, wenn ihnen mit Hilfe einer Fiktion (§ 704 Abs. 2) ein Paar Ausnahmebestimmungen gewidmet werden. Darum die Schutzlosigkeit aller immateriellen Rechtsgüter; darum die Beschränkung der Ersatzpflicht auf die Verletzung vermögensrechtlicher Interessen. Wenn Hab' und Gut ihm gesichert sind, was will der deutsche Staatsbürger mehr! Das ist der Grundgedanke des Entwurfs. Es liegt mir daran, daß dieser Zusammenhang nicht übersehen werde.

Ich habe schon oben S. 7 f. betont, daß ich eine Beseitigung dieses durchgreifenden Mangels von einer noch so gründlichen Durcharbeitung des Entwurfs nicht erwarte. Ich gebe mich auch keiner Täuschung darüber hin, daß für die großen kriminalpolitischen Interessen, die hier auf dem Spiele stehen, in den Kreisen unserer Juristen wenigstens heute noch kein Verständniß vorhanden ist. Daß ein ergiebigerer privatrechtlicher Schutz auch der nicht vermögensrecht-

lichen Interessen eine Beschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafen, dieses verkehrtesten aller Strafmittel; daß er eine Beseitigung der Privatklage, dieser ungesundesten unter allen strafprozessualischen Einrichtungen; daß er eine gründliche Umgestaltung unserer Geldstrafe, deren Anwendung vielfach ein Hohn auf die Gerechtigkeit ist; daß er dies und manch' anderes noch ermöglichen und sichern würde: das sind Gesichtspunkte, die ich kaum anzudeuten wage.

Die Zeit wird kommen, und bald kommen, in welcher auch diese Fragen Erörterung und Lösung fordern. Heute und an dieser Stelle muß ich mich wohl darauf beschränken, nicht die Regel, d. h. die Beschränkung des privatrechtlichen Schutzes auf vermögensrechtliche Interessen, sondern die von dieser Regel im Entwurfe zugelassenen Ausnahmen kritisch ins Auge zu fassen.

Die regelmäßige Schutzlosigkeit materieller Interessen erleidet Ausnahmen einmal durch die reichsgesetzlichen Vorschriften über die Buße, welche durch § 721 des Entwurfs als „unberührt“ ausdrücklich bezeichnet werden; weiter durch die Vorschriften des Entwurfs selbst in den §§ 728, 734, 735, 736. Nach § 728 (die §§ 734 bis 736 beschränken sich darauf, auf ihn zu verweisen) kann dem Verletzten von dem Gericht in gewissen Fällen „auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung zugesprochen werden. Der Anspruch auf diese Entschädigung geht weder auf den Erben des Berechtigten über, noch ist er übertragbar, es sei denn, daß er vertragsmäßig anerkannt oder rechtshängig geworden ist.“

Die Fälle, in welchen § 728 Anwendung findet, sind die folgenden:

1. wenn jemand einen Anderen aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung an Körper oder Gesundheit verletzt;
2. wenn jemand einem Anderen aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung die persönliche Freiheit entzieht;
3. wenn gegen eine Frau durch Vollziehung des Beischlafes eine der in den §§ 176, 177, 179, 182 des St.G.B.'s bezeichneten strafbaren Handlungen (Nöthigung zum Beischlaf, eigentliche Nothzucht, Verleitung zum Beischlaf, Verführung eines unbescholtenen Mädchens unter 16 Jahren) begangen ist.

Manches kleinere Bedenken ließe sich gegen diese Bestimmung geltend machen. Es hätte sich wohl empfohlen, die Fassung des Strafgesetzbuchs zu berücksichtigen. Wenn St.G.B. § 223 sagt: „wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt“, so ist nicht gut einzusehen, weshalb der

Entwurf eine abweichende Ausdrucksweise gewählt hat. Wenn der Entwurf von „Freiheitsentziehung“ spricht, so kann ich nur annehmen, daß damit jenes Delikt gemeint sei, welches in der Strafrechtspflege diesen Namen führt, also St.G.B. § 239; die Begründung des Entwurfes belehrt uns aber darüber, daß künftighin privatrechtlich auch solche Delikte als „Freiheitsentziehung“ bezeichnet werden sollen, welche strafrechtlich niemals so genannt worden sind, nämlich Menschenraub, Kinderraub und Entführung. Sollte mir darauf geantwortet worden, der Ausdruck „Entziehung der Freiheit“ bedeute eben alle Delikte „gegen die Freiheit“, so wäre das wiederum falsch; denn zu den Freiheitsdelikten in diesem weiteren Sinne rechnet das St.G.B. ja auch Nöthigung und Bedrohung.

Wie steht es ferner mit dem Falle des § 226 St.G.B., der sog. „Körperverletzung mit tödtlichem Ausgang?“ Wenn der Verletzte seinen Entschädigungsanspruch noch anhängig machen kann, so geht dieser auf die Erben über; stirbt er sofort, so haben diese weder den Anspruch auf Entschädigung, noch auch, da vorsätzliche oder fahrlässige Tödtung ausgeschlossen ist, die Ansprüche aus §§ 722 bis 725 des Entwurfes.

Derartige Fehler konnten bei einer, wenn auch nur oberflächlichen Kenntniß der strafrechtlichen Bestimmungen leicht vermieden werden.

Viel wichtiger noch scheint mir ein anderer Punkt.

Die Buße der Strafgesetzgebung wird nicht nur beibehalten, sondern recht wesentlich erweitert. Und das ist einer der schlimmsten Fehler des Entwurfes. Ist es den Verfassern des Entwurfes gänzlich unbekannt geblieben, daß das Institut der Buße, wie es durch die bisherigen Reichsgesetze geregelt ist, zu den größten Bedenken Anlaß giebt, zu den schwierigsten und unangenehmsten Streitfragen in der praktischen Handhabung führt? daß es einer besonderen Rechtfertigung für die Beibehaltung der Buße in dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich bedurfte? Und hat man sich, wenn man das nicht wußte, klar gemacht, welche Folgerungen sich aus dem Nebeneinanderbestehen der strafrechtlichen Buße und dem Entschädigungsanspruch nach § 728 des Entwurfes ergeben?

Der Bußanspruch wird vor den Strafgerichten verfolgt, der Entschädigungsanspruch vor den Civilgerichten; dort entscheiden (bei Privatklage) die Schöffen, hier die gelehrten Richter; dort ist, wenn die Sache vor der Strafkammer abgeurtheilt wurde (bei Nebenklage), die Berufung ausgeschlossen, hier ist sie zugelassen; dort dürfen die Erben den Anspruch weder erheben, noch fortsetzen, hier wird der Anspruch unter Umständen nicht nur vererbt, sondern sogar auf den Sondernachfolger übertragen; dort bestimmt sich die Zurechnungsfähigkeit nach den Grundsätzen des Strafgesetzbuchs, hier nach denjenigen des bürgerlichen Rechts;

dort andere Grundsätze für die Verjährung wie hier; dort die Möglichkeit, daß durch Niederschlagung des Strafverfahrens die Geltendmachung des Anspruchs vereitelt wird, während hier eine solche Möglichkeit ausgeschlossen ist.

Und nun im Einzelnen. Nach St.G.B. § 231 Abs. 2 schließt die unbedeutendste Buße, welche der Strafrichter zuerkannt hat, die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus; entsprechende Wirkung auf die Buße ist der privatrechtlichen Entschädigung nicht (wenigstens nicht ausdrücklich) eingeräumt. Bei Körperverletzung hat der Verletzte die Wahl zwischen der Buße und der Entschädigung des § 728; bei der Beleidigung ist er auf das Strafverfahren angewiesen. Dort ist weder Eintritt noch Nachweis eines Schadens erforderlich; hier ist Voraussetzung, daß die Beleidigung „nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten“ mit sich bringt. Bei der Beleidigung des § 185 St.G.B. (also abgesehen von übler Nachrede und Verleumdung) ist die Buße ganz ausgeschlossen: die schwerste Beleidigung also erzeugt den Anspruch nicht, den die leichteste Körperverletzung dem Beschädigten in Doppelgestalt zur Auswahl verleiht. Bei der geringfügigsten Freiheitsentziehung wird Entschädigung zugesprochen; der unverschämteste Hausfriedensbruch berechtigt den Verletzten nur zum Ersatz des vermögensrechtlichen Schadens. Für den äußerst selten vorkommenden Fall des § 179 St.G.B. hat der Entwurf Vorsee getroffen; wenn aber ein unbefcholtenes Mädchen am Tage nach ihrem sechzehnten Geburtstag verführt wird, ist es auf den Ersatz des vermögensrechtlichen Schadens angewiesen. Wenn ich ein Kind eine Stunde einsperre, bin ich ihm Genugthuung schuldig; wenn ich seinen Personenstand verändere, so kümmert sich der Richter nur um etwaige finanzielle Folgen.

Ich finde in all dem keinen Zusammenhang, kein Verhältniß, keinen Grundgedanken. Will man dem deutschen Richter „jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität“ nicht zugestehen, fürchtet man „eine unpassende Ausübung der distretionären Gewalt“, so streiche man getrost den § 728 des Entwurfs und die von der Buße handelnden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze. Die willkürliche, prinziplose Zulassung einzelner Ausnahmen würde in der Rechtsprechung unerträglich wirken, als die gänzliche Versagung des Anspruchs auf Entschädigung für anderen als vermögensrechtlichen Schaden. Diese Versagung wäre ja doch nur von vorübergehender Bedeutung; auf die Dauer wird sich das deutsche Rechtsbewußtsein eine solche Vergewaltigung durch romanisirende Engherzigkeit sicherlich nicht gefallen lassen.

### § 8. Die Widerrechtlichkeit der Verletzung.

Die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses erscheint nur dann als Delikt, wenn und soweit sie eine widerrechtliche ist. Dieser Satz gilt für das Privatrecht in derselben Weise wie für das Strafrecht. Es ist nun sehr lehrreich, die Behandlung dieses Satzes in den Motiven mit derjenigen zu vergleichen, welche er in dem ersten besten Lehrbuche des Strafrechts gefunden hat. Uns Kriminalisten fällt es nicht ein, das Merkmal der Widerrechtlichkeit positiv bestimmen zu wollen; wir sind uns völlig klar darüber, daß jede Verletzung rechtlich geschützter Interessen eines Anderen grundsätzlich eine Rechtswidrigkeit ist. Für uns handelt es sich nur darum, die Ausnahmen möglichst vollzählig und möglichst vollständig zu umschreiben, in welchen aus besonderen Gründen die Rechtswidrigkeit entfällt. Die strafrechtliche Lehre von der Rechtswidrigkeit ist die Darstellung der Gründe für den Wegfall derselben. Wir untersuchen nicht, in welchen Fällen es rechtswidrig ist, zu tödten, zu schlagen, wegzunehmen usw., sondern wir untersuchen, unter welchen Voraussetzungen Tödtung, Körperverletzung, Wegnahme einer fremden Sache usw. ausnahmsweise nicht rechtswidrig sind.

Es ist aus den Motiven nicht ersichtlich, ob den Verfassern des Entwurfs diese Art der Behandlung der Frage unbekannt geblieben ist, oder ob sie besondere Gründe hatten, dieselbe gänzlich unbeachtet zu lassen. Die Motive unterscheiden vier Gruppen der widerrechtlichen Handlung (II 726):

1. Das Handeln gegen ein absolutes Verbotsgesetz. „Doch kommen hierbei nicht bloß solche Gesetze in Betracht, welche unmittelbar ein Verbot zum Gegenstande haben, vielmehr auch diejenigen, welche mittelbar, insbesondere in der Form einer Strafandrohung, ein Verbot enthalten. Bei solchen Verboten giebt die Strafandrohung durch die bestimmten Voraussetzungen der Strafbarkeit die Grenzen des Verbotes. Wird nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe bedroht, so kann die nur fahrlässige Handlung auf Grund des in dem Strafgesetze enthaltenen Verbotes nicht als widerrechtlich angesehen werden.“
2. Die Verletzung des einem Anderen zustehenden absoluten Rechtes, wozu auch Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Ehre gerechnet werden.
3. Illoyale Handlungen nach der sofort näher zu besprechenden Bestimmung des § 705.

4. Die Verletzung der Rechte aus einem Schuldverhältniſſe, die aber (vergl. oben S. 28) überhaupt nicht unter den Gefichtspunkt des Delictes fällt.

Es wird wohl nicht möglich ſein, einen einheitlichen Grundsatz für die Vierteilung aufzufinden. Keines Beweiſes bedarf es inſondere für die Einwendung, daß die Gruppen 1 und 2 faſt völlig in einander fallen. Verletzung des Lebens (Gruppe 2) iſt doch zweifellos Handeln gegen ein abſolutes, im Strafgeſetze mittelbar ausgeſprochenes Verbotsgesetz (Gruppe 1).

Damit allein wäre die Unrichtigkeit der ganzen Eintheilung nachgewieſen. Dazu kommt nun noch die denkwürdige Vorſchrift des § 705, welche nur aus der ganz unklaren Auffaſſung der „Widerrechtlichkeit“ heraus überhaupt erklärt und verſtanden werden kann.

„Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an ſich erlaubte Handlung, wenn ſie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verſtößt.“

Erläuternd fügen die Motive II 727 hinzu:

„Wer ein beſonderes Recht ausübt, muß immer haſtfrei ſein, auch wenn er aus Schikane handelt; wer dagegen nur Kraft ſeiner natürlichen Freiheit handelt, darf dieſe nicht zum Schaden Anderer mißbrauchen; ein Mißbrauch iſt es aber, wenn ſeine Handlungsweiſe den in den guten Sitten ſich ausprägenden Auffaſſungen und dem Anſtandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden widerſpricht.“

Wir iſt dieſe Auffaſſung gänzlich unverſtändlich geblieben. Ich will nicht davon ſprechen, daß die „allgemeine“ oder „natürliche Freiheit“ ſehr nach naturrechtlichem Rationalismus ſchmeckt und daß der „Verstoß gegen die guten Sitten“ (die *boni mores* der Römer) ſich ſchwer juristisch faſſen läßt. Auch das möchte ich nicht betonen, daß durch § 705 dem „ordentlichen Hausvater“ ein recht gefährlicher Nebenbuhler an die Seite geſtellt wird: der „loyale“ oder der „gut geſittete“ Hausvater, der nicht bloß für das Gedeihen ſeines Hauſes, ſondern auch für Wohl und Wehe ſeiner Mitmenſchen eifrig beſorgt iſt.

Aber ich kann mir eben (und das iſt das Entſcheidende) keinen Fall denken, in welchem die vorſätzliche oder faſhläſſige Verletzung rechtlich geſchützter fremder Interellen, falls nicht eine beſondere Berechtigung oder Verpflichtung zu derſelben gegeben iſt, den guten Sitten und der Rechtsordnung nicht widerſprechen ſollte, in welchem die „illoyale“ Handlung im Sinne des Entwurfs nicht auch eine rechtswidrige wäre.

Kehren wir aber noch einmal zu der erſten Gruppe der rechtswidrigen Handlungen zurück: Handlungen gegen ein abſolutes Verbotsgesetz. Von Gebotsgesetzen ſcheinen die Motive nichts zu

wissen. Daraus folgt, daß, wenn § 704 die „Handlung“ als „Thun oder Unterlassen“ näher bestimmt, doch nur die gegen ein Verbotsgesetz gerichtete Unterlassung, nicht aber die Unterlassung eines gebotenen Thuns im Entwurf als Delikt anerkannt ist. Das sog. reine Unterlassungsdelikt ist dem Entwurf fremd geblieben.

Das finden die Motive auch ganz selbstverständlich. II 815 sagen sie:

„Der Entwurf geht im Einklange mit dem in den meisten, wenn nicht in allen deutschen Rechtsgebieten geltenden Recht davon aus, daß es bedenklich sein würde und überdies kein Bedürfnis vorliegt, den Besitzer jeder, auch einer beweglichen Sache zu verpflichten, die letztere mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in dem Stande zu erhalten, welcher die Möglichkeit der Beschädigung eines Dritten ausschließt.“ Und aus den Ausführungen II 811 können wir entnehmen, daß auch der Besitzer eines Thieres, soweit nicht etwa polizeiliche Vorschriften eingreifen, zur Beaufsichtigung des Thieres nach Ansicht der Verfasser des Entwurfs nicht verpflichtet ist.

Was soll der Kriminalist zu solchen Rechtsanschauungen sagen? Die „reine“ Unterlassung ist Delikt im strafrechtlichen Sinn; sie ist es nicht im privatrechtlichen. Sie zieht Strafe nach sich, aber die Entschädigungspflicht ist ausgeschlossen. Der „ordentliche Hausvater“ braucht sich bezüglich seiner beweglichen Sachen um nichts weiter zu kümmern, als um die Beobachtung der Polizeivorschriften.

Es ist wichtig, diese Auffassung bis zu ihrer Wurzel zu verfolgen. Sie liegt in dem Mot. II 725 mit dünnen Worten ausgesprochenen Satze: „was nicht widerrechtlich ist, ist erlaubt“. Von diesem Standpunkte aus war es begreiflich, daß die Frage aufgeworfen und beantwortet werden mußte: „was ist widerrechtlich?“ Und es war weiter begreiflich, daß bei dieser Beantwortung, welche mühsam auf allen Rechtsgebieten nach den „Verboten“ suchte, eine Lücke entstehen mußte, zu deren Ausfüllung § 705 bestimmt wurde. Es giebt ja noch keine Polizeiverordnung, welche kurz und gut, aber ausdrücklich es ausspräche: du sollst nicht illoyal handeln.

Jener tiefsinnige Satz, daß alles erlaubt sei, was nicht verboten worden, ist so falsch wie nur möglich.

Es handelt sich ja, meine ich, bei den Deliktsobligationen nicht um beliebiges, rechtlich gleichgültiges Thun oder Unterlassen, nicht um ein „was“ überhaupt; sondern es handelt sich um Rechtsverletzungen, um schädigenden Eingriff in fremde Rechtskreise. Auf diese angewendet, ist jener Satz nicht bloß nichtsagend („eine Widerrechtlichkeit, die nicht widerrechtlich ist, ist erlaubt“), sondern offensichtlich verkehrt.

Er muß lauten: „die Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen ist verboten, soweit sie nicht ausnahmsweise aus besonderen Gründen erlaubt ist. Es giebt keine „allgemeine Freiheit“, die rechtlich geschützten Interessen Anderer nach Laune und Belieben zu verletzen. Es blieb dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich vorbehalten, dieses Grundrecht der „allgemeinen Freiheit“ zu Rechtsverletzungen aufzustellen und damit den ethischen Charakter der Rechtsordnung zu leugnen. Aus der strafrechtlichen Litteratur aber hätten die Verfasser des Entwurfs lernen können, daß nicht die ausnahmsweise Rechtswidrigkeit der Rechtsverletzung, sondern ihre ausnahmsweise Rechtmäßigkeit den Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung und gesetzlicher Umgrenzung zu bilden hatte.

Es hängt noch eine andere Frage mit dem Gesagten zusammen.

Ich spreche als Kriminalist von „widerrechtlicher Verletzung“. Der Entwurf dagegen spricht in § 704, wie bei den einzelnen Delikten, von der „Verletzung durch eine widerrechtliche Handlung“. Er sagt nicht: „wer vorsätzlich oder fahrlässig einen Anderen widerrechtlich tödtet“, sondern bestimmt in § 722: „wer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit einen Anderen durch eine widerrechtliche Handlung tödtet.“

Dieser Unterschied in der Fassung ist höchst bezeichnend. Vom Standpunkte des Entwurfs aus müssen wir sagen: die Tödtung eines Menschen ist an sich gar nicht widerrechtlich; sie wird es erst, wenn sie durch eine rechtswidrige Handlung herbeigeführt worden ist. Der Kriminalist dagegen hat von jeher gelehrt: die Tödtung eines Menschen ist an sich rechtswidrig; es giebt aber gewisse, genau zu umschreibende Ausnahmefälle, in welchen sie gestattet oder sogar geboten sein kann.

Welche der beiden Auffassungen theoretisch die richtige ist, mögen Andere beurtheilen. Daß sie auch praktisch zu ganz verschiedenen Folgerungen führen müssen, wird wohl nicht bestritten werden können. Nur ein Beispiel möchte ich hervorheben.

§ 706 lautet:

„Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadenersatz nicht zu.“

Auch hier spricht der Entwurf nicht von der Einwilligung in die Verletzung, sondern in die, die Verletzung verursachende Handlung. Es ist aber doch klar, daß nur die Einwilligung in die Verletzung selbst gemeint sein kann. Denn in die „beschädigende“ Handlung habe ich sicher nicht eingewilligt, wenn ich ihren Charakter als einer beschädigenden nicht kannte, also den Eintritt der durch die Handlung verursachten Rechtsverletzung nicht vorhergesehen habe. Hätte man sich

aber klar gemacht, daß es sich um Einwilligung in die Verletzung handle, dann wären wohl Bedenken gegen den § 706 und seine Begründung, insbesondere gegen die juristische Konstruktion der Einwilligung unvermeidlich gewesen. „Die Einwilligung ist (Mot. II 730) ein einseitiges Rechtsgeschäft, erfordert also volle und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden.“ Mangelt diese, so ist (Mot. II 799) die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

Man vergegenwärtige sich die Tragweite dieser Sätze. Wenn die Geliebte einwilligt, von der Hand des Liebhabers zu sterben, so ist das ein „einseitiges Rechtsgeschäft“. Eine besondere Form ist für dasselbe nicht vorgeschrieben. Nach §§ 105, 106 könnte man meinen, daß dieses „Rechtsgeschäft“ nichtig sei. Dennoch erzeugt dieses nichtige Rechtsgeschäft rechtliche Wirkung: es schließt den Ersatzanspruch für die Getödtete und ihre Erben aus. Ist das Mädchen noch minderjährig, so bedarf es der weiteren Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Tritt diese hinzu, so ist das „einseitige Rechtsgeschäft“ wirksam. Mit Zustimmung des Vormunds kann ich dem Kinde das Bein oder den Arm abschneiden, um sie an die Anatomie zu verkaufen; das Kind mag sich an den Vormund halten. Es widerstrebt mir, diese Folgerungen weiter auszumalen. Nur Eines sei noch betont. Einwilligung in die Körperverletzung beseitigt zwar den Entschädigungsanspruch des § 728, nicht aber den Bußanspruch aus St.G.B. § 231. Es schiene mir doch wünschenswerth, wenn das „einseitige Rechtsgeschäft“ des § 706 noch etwas gründlicher überlegt würde, ehe wir den Entwurf zum Gesetz erheben.

### § 9. Der privatrechtliche Schuldbegriff.

Nur die schuldhafte (widerrechtliche) Rechtsverletzung ist Delikt im strafrechtlichen, wie im privatrechtlichen Sinne. Die Schuld ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Vorsatz liegt vor, wenn der Thäter den Eintritt des rechtsverletzenden Erfolges vorausgesehen hat; Fahrlässigkeit, wenn er ihn nicht vorausgesehen hat, aber ihn hätte voraussehen können und sollen, oder, wie der Entwurf in § 705 sagte, wenn er ihn voraussehen mußte<sup>1)</sup>. Als rechtsverletzenden Erfolg aber haben wir vom Standpunkte des Entwurfs aus in der Regel nur den Eintritt eines Vermögensschadens zu betrachten. Es wird gestattet

<sup>1)</sup> In den Motiven wird statt des „müssen“ vielfach das „können“ betont, oder von der „Boraussehbarkeit“ des Erfolges gesprochen; daß das nicht ganz dasselbe ist, liegt auf der Hand.

sein, nur den Regelfall in's Auge zu fassen, und die Ausnahmen, in welchen auch eine andere Schädigung Berücksichtigung findet, nicht besonders in Erwägung zu ziehen.

Der Entwurf mußte nun nothwendig daran scheitern, daß er

1. über die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt nicht zur Klarheit gelangt ist (vergl. oben S. 14 ff.);
2. daß er überall neben dem rechtsverletzenden Erfolg die denselben verursachende „widerrechtliche Handlung“ betont (vergl. oben S. 37).

Betrachten wir den § 704 zunächst, ohne diese Bedenken zu berücksichtigen.

§ 704 sagt:

„Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung — Thun oder Unterlassen — einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehen er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht.“

„Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechts, im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen.“

Es ergibt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Absätzen. Nach dem ersten Absatz muß der Schaden (immer gleich Vermögensschaden) vorausgesehen oder voraussehbar gewesen, also vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt sein; nach dem zweiten Absatz ist das nicht erforderlich. Und mit dieser letzteren Bestimmung ist der Deliktsstandpunkt aufgegeben. Ob das an sich begründet ist, will ich nicht untersuchen; ebensowenig, ob es in das System des Entwurfs hineinpäßt, welcher die Haftung für den Ersatz schuldlos zugefügten Schadens im Uebrigen nicht aufgenommen hat<sup>8)</sup>. Aber ist die den beiden Absätzen zu Grunde liegende Unterscheidung überhaupt berechtigt? Die Mot. II 728 suchen die erweiterte Haftung des zweiten Absatzes zu rechtfertigen durch den Hinweis auf „die unmittelbare Richtung der Handlung gegen das Recht des Be-

<sup>8)</sup> Man beachte, daß auch im ersten Absatz, da der Umfang des Schadens nicht voraussehbar gewesen zu sein braucht, der Deliktsstandpunkt wenigstens theilweise verlassen ist.

schädigten und den einem solchen zu gewährenden Schutz“. Das ist wieder die engherzige Auffassung der privatrechtlichen Doktrin, die nur subjektive Rechte kennt und selbst das Leben nur in der Umhüllung einer Fiktion als schutzwürdig anzuerkennen vermag. Also: der Hochverräther, der Meineidige, der Urkundenfälscher, der Anarchist — sie haften nur für den schuldhaft verursachten Schaden; wer irgend ein Privatrecht verletzt, der muß auch den nicht voraussehbaren Schaden ersetzen. Der geringste Angriff auf das unbedeutendste Vermögensrecht gilt dem Entwurf höher, als der Umsturz des Staates und der Verrath des Vaterlandes.

Vom Standpunkte der Deliktsobligation aus kann man m. E. nur zur Haftung für vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Schaden gelangen. Will man darüber hinausgehen, so darf es keinen Unterschied machen, ob die den Schaden verursachende Handlung ein subjektives Privatrecht verletzt oder „nur“ Interessen, von deren Erhaltung Wohl und Wehe der Gesamtheit abhängt.

Die genauere Betrachtung des § 704 zeigt uns aber auch ganz deutlich, daß, wie bereits oben S. 37 erwähnt, die im Entwurf beliebte Betonung der Widerrechtlichkeit der Handlung einer richtigen Auffassung des Schuldmomentes unmöglich macht.

Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich auf die Verursachung des Vermögensschadens beziehen. Das ist die einfache, ungekünstelte Konstruktion des Privatdelikts, wenn wir uns nun einmal auf den Schutz vermögensrechtlicher Interessen beschränken wollen. Der § 704 muß das auch anerkennen. Aber er umschreibt die beiden Ausdrücke. Er spricht nicht von „vorsätzlicher oder fahrlässiger Zufügung eines Schadens“, sondern von der „Zufügung eines Schadens, dessen Entstehung der Thäter vorausgesehen hat oder voraussehen mußte“. Das ist inhaltlich dasselbe. In der That verlangen Mot. II 727 ausdrücklich, daß „Vorsatz und Fahrlässigkeit sich auch auf die Schadenszufügung beziehen“. Die Ausdrücke Vorsatz und Fahrlässigkeit aber werden im Entwurf selbst nur zur Bezeichnung der den Schaden verursachenden widerrechtlichen Handlung verwerthet.

Und so enthält der erste Absatz des § 704 allein vier verschiedene Formen des privatrechtlichen Delikts:

1. vorsätzliche Schädigung durch eine vorsätzliche widerrechtliche Handlung;
2. vorsätzliche Schädigung durch eine fahrlässige widerrechtliche Handlung;
3. fahrlässige Schädigung durch eine vorsätzliche widerrechtliche Handlung;

#### 4. fahrlässige Schädigung durch eine fahrlässige widerrechtliche Handlung.

Setzen wir in dieses Schema die „illoyale“ Handlung des § 705 ein, so gewinnen wir vier weitere Formen des Delikts.

Dann kommt noch der zweite Absatz des § 704 mit der 9. und 10. Form:

Schuldlose Schädigung 9. durch vorsätzliche und 10. durch fahrlässige widerrechtliche das Recht eines Anderen verletzende Handlung.

Bedarf es eines Beweises dafür, daß die Ersetzung des einheitlichen Deliktsbegriffes, mit dem das Strafrecht arbeitet, durch diese zehn Deliktsformen wissenschaftlich wie praktisch keinen Fortschritt bedeutet?!

Und nun denke man an alle diejenigen Fälle, die bei der kasuistischen Fassung des Entwurfs aus dem Begriffe des Privatdelikts ausscheiden. Ich will nur einen Fall hervorheben.

Nach dem Entwurf ist nicht Delikt die vorsätzliche Schädigung durch eine widerrechtliche, aber nicht „aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit“ begangene Handlung. Das wird praktisch höchst wichtig, da nach § 707 die Ersatzpflicht ausgeschlossen ist, wenn der Thäter die beschädigende Handlung „aus entschuldbarem Irrthum für erlaubt gehalten“ hat. Wir nehmen an, der Thäter hat Feuerwerkskörper abgebrannt, ohne das Verbot des § 368 Ziff. 7 des St.G.B. zu kennen, aber in klarster Voraussicht, daß dadurch fremdes Eigenthum geschädigt werden müsse; er hat also vorsätzlich einem Anderen einen Vermögensschaden zugefügt, u. z. durch eine verbotene, mithin widerrechtliche Handlung; dennoch haftet er nicht für den Ersatz des von ihm verursachten Schadens! Es ist ein schlechter Trost, wenn die Motive II, 731 sagen: „Besteht der Rechtsirrtum nur darin, daß die Rechtsnorm nicht gekannt wird, welche eine Handlung verbietet oder gebietet, so wird sich allerdings nur unter besonderen Umständen Entschuldbarkeit des Irrthumes annehmen lassen; für solche Fälle wird also nur äußerst selten eine Disharmonie mit strafrechtlichen Grundsätzen eintreten.“ Ist es wirklich den Verfassern des Entwurfs noch niemals vorgekommen, daß ihnen selbst oder ihren nicht juristischen Freunden trotz aller „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ diese oder jene polizeiliche Vorschrift unbekannt geblieben ist? Und sollte es wirklich so leicht sein, im Einzelfall zu erkennen, ob eine Handlung eine „illoyale“ im Sinne des § 705 ist oder nicht?

Die Trennung der Verletzung von der sie herbeiführenden Handlung wird also auch hier verhängnißvoll. Will man wirklich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in den Schuldbegriff aufnehmen, was ich an sich für fehlerhaft halte, so kann es sich stets nur um das

Bewußtsein handeln, daß die Verletzung eine rechtswidrige sei. Die Bestimmungen des Entwurfs haben auch hier den an sich durchaus einfachen und klaren Sachverhalt verdunkelt und verwirrt.

### § 10. Die Deliktsfähigkeit.

Voraussetzung der Schuld ist die Deliktsfähigkeit. Dieser Satz gilt für das Civilrecht wie für das Strafrecht. Aber damit ist nicht gesagt, daß die Bestimmungen über Deliktsfähigkeit auf beiden Rechtsgebieten inhaltlich dieselben zu sein brauchen. Die Gesetzgebung kann entweder die strafrechtlichen Grundsätze über Zurechnungsfähigkeit oder die privatrechtlichen Grundsätze über Handlungs- bez. Geschäftsfähigkeit maßgebend sein lassen, oder aber besondere Grundsätze über Deliktsfähigkeit aufstellen. Ob sie das eine oder das andere thut, wird von der Stellung abhängen, die dem Privatdelikte innerhalb des privatrechtlichen Systems eingeräumt wird. Ist die Deliktsobligation schlechthin Verbindlichkeit zum Ersatz vermögensrechtlichen Schadens, begründet durch die zugefügte Verletzung, inhaltlich nicht unterschieden von der Ersatzpflicht, welche in anderen Gründen ihre Entstehung hat: dann liegt m. E. keinerlei Grund vor, die Deliktsfähigkeit abweichend von der allgemeinen privatrechtlichen Handlungsfähigkeit zu bestimmen. Erblickt man aber das Wesen des Privatdelikts in dem schuldhaften Eingriff in fremde Rechtskreise, erweitert man eben wegen dieser Schuldhaftigkeit die Genugthuungspflicht: dann muß die Deliktsfähigkeit des Privatrechts angeknüpft werden an den strafrechtlichen Begriff der Zurechnungsfähigkeit. Die geringste Berechtigung hat die Aufstellung besonderer Vorschriften. Es kann für die Rechtsprechung wie für das Rechtsleben selbst nur verwirrend wirken, wenn andere Altersstufen maßgebend sind für die Geschäftsfähigkeit, andere für die Zurechnungsfähigkeit, andere für die Deliktsfähigkeit.

Der Entwurf hat diesen letzten Standpunkt eingenommen, welcher theoretisch als unbegründet, praktisch als unzweckmäßig bezeichnet werden muß. Es entspricht dieser Standpunkt freilich der den Entwurf überhaupt beherrschenden Unklarheit über das Wesen des Privatdelikts.

Aber auch von diesem einen grundsätzlichen Fehler abgesehen, geben die Bestimmungen des Entwurfs zu mannigfachen Bedenken Anlaß.

Nicht freilich die Bestimmung des § 46, durch welche die De-

liktsfähigkeit der Körperschaft ausgeschlossen wird<sup>9)</sup>. Denn solange wir auf strafrechtlichem Gebiete die Möglichkeit eines Körperschaftsdelikts leugnen, kann uns die privatrechtliche Anerkennung dieser Möglichkeit wenig helfen. Ist erst einmal die romanistische Auffassung überwunden, nach welcher die Körperschaft nur eine juristische Fiktion, „ein künstlich geschaffenes Rechtssubjekt“ (Mot. IV, 1083) ist, haben wir uns erst einmal klar gemacht, welche Fülle des kräftigsten und selbständigsten Lebens in den körperschaftlichen Gebilden uns gegeben ist, dann werden die richtigen Folgerungen sich von selber einstellen.

Aber andere Fehler müssen gerügt werden. So der zweite Satz des § 708: der Thäter „ist jedoch für den Schaden verantwortlich, wenn der Bernunftgebrauch durch selbstverschuldete Betrunkenheit ausgeschlossen war“. Zunächst ist die Beschränkung auf Trunkenheit nicht gerechtfertigt. Der Zustand des hypnotischen Schlafes z. B. beansprucht die gleiche Beachtung. Und da nicht nur ein Thun, sondern ebenfogut ein Unterlassen in Frage sein kann (vgl. § 704 erster Satz), so können auch die sämtlichen Betäubungsmittel eine Rolle spielen. Eine besondere Bestimmung ist für alle diese Fälle gänzlich überflüssig: das Reichsstrafgesetzbuch hat auch aus guten Gründen davon abgesehen, dieselben gesetzlich regeln zu wollen, und die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in den Entwurf eines Trunkenheitsgesetzes (1881) hat ziemlich allgemeine Mißbilligung gefunden. Der Satz des § 708 ist aber auch inhaltlich falsch. Nicht darauf kann es ankommen, ob die Trunkenheit „selbstverschuldet“, das soll wohl heißen vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt ist, sondern darauf, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Beziehung auf den eingetretenen Schaden vorgelegen hat. Auch über diese Frage hätten die Verfasser des Entwurfs in der strafrechtlichen Literatur manche recht brauchbare Aufklärung gefunden.

Auch § 709 muß als mißlungen bezeichnet werden. „Hat eine Person nach zurückgelegtem Kindesalter, aber vor zurückgelegtem achtzehnten Lebensjahre eine unerlaubte Handlung begangen, so ist sie für den daraus entstandenen Schaden nicht verantwortlich, wenn sie bei Begehung der Handlung die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besaß“.

<sup>9)</sup> Sie wird ausgeschlossen; denn die Haftung für die durch fremdes Delikt begründete Ersatzpflicht kann nur dann als Haftung aus Delikt angesehen werden, wenn sie auf Verschulden des Haftenden begründet wird. Das geschieht in § 46 nicht. Vgl. auch Motive I, 103. Ich kann daher Gierke nicht beistimmen, so gern ich als grundsätzlicher Vertreter der Möglichkeit eines Körperschaftsdelikts es thun möchte.

Der Anschluß an die Fassung des St.G.B. ist offensichtlich. Ob die Prüfung im Einzelfalle der Aufgabe der Civilrechtspflege entspricht, ob die abweichende Bestimmung der Altersstufen zweckmäßig ist, bleibe dahingestellt. Auch will ich nicht besonders betonen, daß die aus dem französischen Recht stammende Fassung des St.G.B. selbst nichts weniger als befriedigend ist, und daß es äußerst schwer gelingt, dem Nicht-Eingeweihten den feinen Unterschied auseinanderzusetzen zwischen der „Erkenntniß der Strafbarkeit“ und der „zur Erkenntniß der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht“. Aber was soll in § 709 „Erkenntniß der Verantwortlichkeit“ heißen? Ich würde sagen: „verantwortlich sein“ heißt: die rechtlichen Folgen tragen müssen; heißt in unserem Falle: ersatzpflichtig sein. Der verantwortliche Redakteur eines Blattes ist der „Sitzredakteur“. Ich mache dich für etwas verantwortlich, das heißt: die Folgen auf dein Haupt! Die Motive aber II, 733 belehren uns eines anderen; sie sagen uns: der jugendliche Thäter muß „die aus der Handlung drohende Gefahr der Verletzung oder des Schadens erkannt“ haben. Also nicht die zur Erkenntniß der eigenen Verantwortlichkeit des Thäters, sondern die zur Erkenntniß der Gefährlichkeit seiner Handlung erforderliche Einsicht wird verlangt. Davon steht aber nichts im Gesetz.

Ich kann es mir nicht versagen, bei dem angeführten Satze der Motive noch einen Augenblick stehen zu bleiben. Er ist in jedem seiner Worte ein Beweis dafür, daß § 709 keinem klaren gesetzgeberischen Gedanken entspricht. Die „Gefahr der Verletzung oder des Schadens“ soll der Thäter nach den Motiven „erkannt“ haben. Nach § 709 aber ist nicht die Erkenntniß, sondern die zur Erkenntniß erforderliche Einsicht verlangt. Und um die Gefahr einer Schädigung handelt es sich, soviel ich sehen kann, nirgends im Entwurfe; überall ist davon die Rede, daß die Schädigung selbst (nicht ihre Möglichkeit, sondern ihre Wirklichkeit; nicht die Gefährdung, sondern die Verletzung) vorhergesehen oder vorhersehbar war. Die Motive besitzen allerdings nicht das Ansehen des gesammten mit der Ausarbeitung des Entwurfs beauftragten Ausschusses; aber wir werden doch annehmen dürfen, daß Bestimmungen des Entwurfs, welche dem Verfasser der Motive so völlig unklar geblieben sind, auch von der großen Masse der Rechtsuchenden und Rechtspredhenden kaum verstanden werden dürften. Deartige Bestimmungen zu treffen, ist aber nicht gerade das höchste Ziel, welches der Gesetzgeber anzustreben hat.

## § 11. Schluß.

Ich habe eine Anzahl von „kriminalistischen Bedenken“ gegen die Bestimmungen des Entwurfs geäußert. Eine Anzahl weiterer Bedenken habe ich unterdrückt. Ich glaubte insbesondere, mir und den Lesern das Eingehen auf den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch sparen zu dürfen. Eine gründliche Durcharbeitung des Strafgesetzbuchs ist uns in Aussicht gestellt. Sie kommen, wenn die Annahme des Entwurfs gesichert ist. Bis dahin mag die Erörterung mancher wichtigen, auch das bürgerliche Recht berührenden Frage vertagt bleiben.

Die von mir geäußerten Bedenken sind zum größeren Theil solche, welche Berücksichtigung finden können, ohne daß die ganze Anlage des Entwurfs eine durchgreifende Veränderung erfährt. Sie sollten einen kleinen Beitrag bilden zur Verbesserung des großen nationalen Werkes. Insofern bedürfen sie keiner Rechtfertigung.

Wenn ich aber diese Bedenken geäußert habe, ohne die Schärfe des Tadelns irgend zu mildern; und weiter, wenn ich Kritik geübt habe, auch wo ich eine Berücksichtigung derselben nicht erwarte und nicht wünsche: so weiß ich mich frei von nörgelnder Kleinkrämerei, und werde den, dem preussischen Rechtslehrer sicher nicht ersparten Vorwurf professorenhafter Rechthaberei ruhig zu tragen wissen.

Ich wünsche von ganzer Seele, daß der Entwurf Gesetz werden möge, je früher desto besser. Ich wünsche es aus nationalen Gründen. Wo es sich um die Rechtseinheit unseres deutschen Volkes handelt, spielen juristische Bedenken keine Rolle. Ich würde für jeden Entwurf eines einheitlichen Civilgesetzbuchs stimmen, und wenn er noch so wenig den Anforderungen entsprechen sollte, welche nach meiner Meinung an ein deutsches Gesetzbuch zu stellen sind.

Aber Eins liegt mir dabei am Herzen: daß wir über der Freude an dem Gelingen des nationalen Werkes nicht vergessen, Einfuhr in uns selbst zu halten.

Um ein einheitliches deutsches Privatrecht zu bekommen, müssen wir heute noch römisches Recht dem deutschen Volke aufdrängen, wie wir es vor Jahrhunderten gethan haben. Nicht als ob es ein deutsches Recht nicht damals gegeben hätte und heute noch gäbe, besser, reicher und kräftiger, als damals. Aber die schöpferische Kraft fehlt unseren deutschen Juristen von heute, wie sie ihren auf den italienischen Universitäten gebildeten Vorgängern damals gefehlt hat. Sie fehlt uns, weil uns das Verständnis für deutsche Rechtsanschauung fehlt, und mit dem Verständnis die Liebe. Wollen wir deutsche Juristen

haben, so dürfen wir nicht das römische Recht zur Grundlage für die Ausbildung unserer jungen Juristen machen. Wollen wir Juristen haben mit offenem Blick für alle Bedürfnisse unseres heutigen reichsdeutschen Rechtslebens, so dürfen wir nicht im Vermögensrecht den Lebensquell juristischen Denkens erblicken.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich ist die reife Frucht, welche die Blüthe unserer heutigen deutschen Rechtswissenschaft gezeitigt hat. Es wird gut sein, wenn wir diese Thatsache nicht aus den Augen verlieren. Er war die Probe auf unsere Leistungsfähigkeit. Lehren wir unsere Söhne und Enkel, es besser zu machen. Wenn das deutsche Volk ein sieht, daß es deutsche Juristen braucht, dann wird es auch Mittel und Wege finden, sie zu haben. Eine neue, ungeahnte Blüthe steht unserer Rechtswissenschaft bevor, wenn sie es lernt, deutsch zu sein.

UB Wien



+AM51034260X





