



# Gesetz und Schuld im Strafrecht.

Fragen des geltenden deutschen Strafrechts  
und seiner Reform.

Von

**Dr. L. v. Bar,**

ord. Professor der Rechte an der Universität Göttingen.

**Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze.**



Berlin 1907.

**J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,**

G. m. b. H.

Die  
Schuld nach dem Strafgesetze.

Von

**L. v. Bar.**



Berlin 1907.

**J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,**

G. m. b. H.



## Vorwort.

Der vorliegende Band erscheint — entgegen meinem Wunsche und meiner Erwartung — später als in Aussicht gestellt war. Abgesehen von einigen zufälligen Störungen und abgesehen von der Zeit, die manche Verbesserungen beanspruchten, kann als Entschuldigung geltend gemacht werden der Umfang dieses zweiten Bandes. Er ist — mit 855 Seiten Text gegen 272 Seiten des ersten Bandes — erheblich größer, als ich früher angenommen hatte.

Selbstverständlich ist die im ersten Bande beobachtete Methode der Untersuchung und Darstellung beibehalten. Indes tritt sie in diesem Bande stärker hervor. Die Ergebnisse sollten aus den grundlegenden Sätzen gleichsam von selbst sich entwickeln. Dies Ziel veranlaßte nicht selten eine Reihenfolge der Erörterungen, welche von der streng logischen Systematik eines Lehrbuchs abweicht.

Die Aufgabe, die ich mir stellte, wird nur unvollkommen gelöst sein. Namentlich mögen manchen ungenügend erscheinen die geschichtlichen Einleitungen zu den einzelnen Materien und die rechtsvergleichenden Ausführungen. In den geschichtlichen Einleitungen wäre aber Eingehen auf Einzelheiten nicht immer dienlich gewesen, wenn die Entwicklungsprinzipien klar gelegt werden sollten; minder Wichtiges mußte beiseite gelassen werden, und über die richtige Aussonderung des historisch wirklich Bedeutenden können leicht verschiedene Meinungen bestehen. Die Rechtsvergleichung sodann betreffend, war es nicht die Absicht, eine Materialiensammlung zu geben, in welcher Gesetzgebungen zahlreicher Staaten jede vollständig nach ihrem

Systeme der Reihe nach durchgegangen werden. Auch hier sollten Prinzipien und besonders kennzeichnende Einzelheiten zusammengefaßt und in dieser Weise kritisch benutzt werden. Bei dieser Methode mußte die Arbeit, um nicht verwirrend zu wirken und zu sehr sich zu verzögern, auf die bedeutsamsten auswärtigen Gesetzgebungen sich beschränken.

Unser gegenwärtiges deutsches Strafgesetzbuch bedarf meiner Ansicht nach in der Behandlung der Zurechnungsfähigkeit, namentlich in der Behandlung der sog. minderwertigen und der jugendlichen Personen, dann aber auch in der Behandlung der Begünstigung tiefgreifender Änderungen; in ersterer Beziehung, weil das Gesetz dem heutigen Kulturstande nicht mehr entspricht, in der Materie der Begünstigung, weil die Technik des Gesetzes fehlsam erscheint. Für andere in diesem Bande behandelte Materien sind nicht unbedeutende Verbesserungen empfehlenswert; in den Grundprinzipien dagegen dürfte hier unser Gesetzbuch manchen radikalen Reformvorschlägen vorzuziehen sein, und der Tadel, mit dem unsere Strafrechtspflege so vielfach bedacht wird, gebührt zu einem Teile nicht sowohl dem Gesetze selbst, als dialektisch-scholastischer Auslegung und Anwendung.

Im letzten Jahre erschienene Werke konnten der Regel nach nicht mehr benutzt werden — auch nicht das große Sammelwerk „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechtes“, welches in einzelnen Abschnitten (der bis jetzt erschienenen Bände des besonderen Teils) die Untersuchungen meiner Arbeit berührt, in dem die Begünstigung behandelnden Abschnitte (bearbeitet von *Beling*) bei früherem Erscheinen ausgiebiger hätte verwertet werden können.\*)

Den weniger umfangreichen dritten Band hoffe ich im Frühjahr 1908 der Öffentlichkeit übergeben zu können.

Göttingen, im August 1907.

---

\*) Die sechste von *Allfeld* besorgte Auflage von *H. v. Meyers* Lehrbuch ist öfter benutzt (als *Meyer-Allfeld* zitiert).

---

## Abkürzungen.\*)

- AM. = Anderer Meinung.  
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.  
Bes. (oder bes.) = besonders.  
Arch. d. Cr. = Archiv des Criminalrechts.  
AG. = Appellationsgericht.  
CGB. = Criminalgesetzbuch.  
E. = Entscheidung, bezw. Entscheidungen, ohne weiteren Zusatz = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.  
GArch. = Goldtamms Archiv, jetzt Archiv für Strafrecht u. Strafprozeß, herausgegeben von *Kohler*.  
GS. = Gerichtssaal.  
KH. = Kassationshof.  
N. oder Nr. = Nummer.  
OAG. = Oberappellationsgericht.  
OG. = Obergericht.  
OLG. = Oberlandesgericht.  
OT. = Obertribunal.  
ROH. = Reichsoberhandelsgericht.  
RG. = Reichsgericht.  
Rs. = Rechtsprechung (des RG.).  
StGB. = Strafgesetzbuch.  
U. = Urteil.  
Zeitschr. (ohne Zusatz) = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.  
Bei Angabe des Datums von Entscheidungen sind bei Weglassung der beiden ersten Ziffern die Ziffern 18 bzw. 19 ergänzend zu lesen; also z. B. 1./6. 86 = 1. Juni 1886.

---

\*) Ein Verzeichnis der benutzten Literatur allgemeineren Inhalts findet sich Bd. I S. IX ff. Die auf die einzelnen Lehren besonders sich beziehende Literatur ist zu den einzelnen Abschnitten angegeben.

---

## Berichtigungen.

- Seite 26 Zeile 1 des Textes ist statt „auf s. g. Monomanie“ zu lesen „in s. g. Monomanie“.
- Seite 30 Zeile 1 des Textes statt „vermöchte“ zu setzen „vermochten.“
- Seite 200 Zeile 14 des Textes: die auf Anmerkung verweisende Ziffer 58) hinter das Wort „Personen“ zu setzen, dagegen diese Ziffer in Zeile 6 des Textes v. unten zu streichen.
- Seite 268 Zeile 9 des Textes ist nach dem Worte „aufgegangenen“ das Komma zu streichen.
- Seite 362 ist in Anm. 138b Zeile 1 nach dem Worte „genau“ das Wort „betrachtet“ einzuschalten.
- Seite 401 Zeile 7 statt „gegebenen“ zu lesen „angenommenen“, desgleichen in Zeile 15 daselbst.
- Seite 432 Zeile 6 des Textes von unten nach dem Worte „entschließt“ statt des Punktes ein Fragezeichen zu setzen.
- Seite 432 Zeile 8 des Textes statt „talus“ zu lesen „tatus“.
- Seite 502 Zeile 3 des Textes sind die Worte „in ihm“ zu streichen.
- Seite 512 in Anm. 44 Zeile 1 statt „Köhler“ zu lesen „Kohler“.
- Seite 560 Zeile 3 des Textes von unten ist das Wort „ebensogut“ zu streichen.
- Seite 570 Zeile 7 des Textes statt „wollen“ zu lesen „will“.
- Seite 604 Zeile 14 des Textes statt „wenn“ zu lesen „daß“.
- Seite 634 Zeile 13, 12 des Textes von unten statt „wirklich als solche verstanden“ zu lesen, „wörtlich als solche zu verstehende“.
- Seite 658 ist in Anm. 112c Zeile 6 statt „des Sonderverbrechens“ zu lesen „der Sonderverbrechen“.
- Seite 665 Zeile 7 des Textes von unten statt „geteilt würde“ zu lesen „geteilt werde“.
- Seite 690 Anm. 170 Zeile 5 statt „hic“ zu lesen „his“.
- Seite 718 Zeile 12, 11 des Textes von unten zu lesen statt „so kann die Strafe wie für einen Täter bestimmt werden“ zu lesen „so ist die Strafe wie für einen Täter zu bestimmen.“
- Seite 729 ist in Anm. 235 Zeile 1 und 2 zweimal statt „Kap.“ zu lesen „Cap.“
-



# Inhaltsverzeichnis.

## Die Zurechnungsfähigkeit.

	Seite
§ 1. Zurechnungsfähigkeit (Deliktsfähigkeit) Voraussetzung der Bestrafung. Können dem Menschen in Wahrheit die von ihm begangenen Handlungen zugerechnet werden? Das allgemeine Kausalgesetz und der auf ihm beruhende Determinismus. Rechtfertigung der Strafe durch die Vertreter des Determinismus . . . . .	1—4.
§§ 2—4. Das praktische Leben und folglich auch das Strafrecht geht aus von der Annahme einer freilich nicht unbegrenzten Freiheit des menschlichen Willens; nur so der Charakter der Strafe als eines Übels für den Verbrecher zu rechtfertigen; mit den Konsequenzen des Determinismus ist das Strafrecht, so wie es besteht und von jeher bestanden hat, nicht zu vereinigen; daher Inkonsequenz. Der relative Indeterminismus bewußt inkonsequent; letzterer fordert nicht Vergeltung im eigentlichen Sinne; der Determinismus führt nicht unbedingt zur Milde. Die Behandlung der Zurechnungsfähigkeit abhängig von der geschichtlichen Kulturentwicklung	4—14.
§§ 5, 6. Ausgangspunkt in der geschichtlichen Entwicklung die Annahme unbeschränkter Freiheit des Individuums; daher Zurechnungsunfähigkeit angenommen nur bei Mangel des Gebrauchs des Verstandes, in den Gesetzgebungen sodann Zurechnungsunfähigkeit = Mangel der freien Selbstbestimmung. Aber diese Definition der Gesetzbücher nur formal. Definitionen auf Grundlage des Determinismus ( <i>Merkel, Tarde, v. Liszt, Liepmann</i> ) . . . . .	5—21.
§§ 7—11. Entwicklung einer Realdefinition der Zurechnungsunfähigkeit . . . . .	21—32.
§§ 12, 13. Formelle Behandlung der Zurechnungsfähigkeit seitens der Gesetzgebung. Gesetzesvorschlag	32.

- §§ 14, 16. Verminderte Zurechnungsfähigkeit. Anerkennung derselben im früheren gemeinen Rechte, in früheren Strafgesetzbüchern. Ablehnung im preußischen StGB. und später im deutschen StGB.; dagegen Anerkennung in verschiedenen neuen ausländischen Gesetzgebungsarbeiten . . . . . 32—36.  
 Neuere Ansicht: nicht Milderung (Kürzung) der Strafe, sondern veränderte Strafe bei verminderter Zurechnungsfähigkeit (*Wharton, Bar, Kahl, Aschaffenburg*), Ergebnisse; Gesetzesvorschlag . . . 36—55.
- §§ 22. Lichte Zwischenräume bei Geisteskranken. Zeitpunkt der Handlung für die Strafbarkeit maßgebend. Zurechnungsfähigkeit und Straffähigkeit . . . . . 55—56.
- §§ 23—27. Jugendliches Alter. Grenze absoluter Straffreiheit. Hinausschiebung der Grenze gegenüber dem bisherigen Rechte. Die absolute Deliktsunfähigkeit eine *Præsumtio juris et de jure*, aber nur zugunsten der jugendlichen Personen selbst. Dabei entscheidend der Zeitpunkt des Willensaktes. Erziehungsmaßregeln anzuordnen durch die Obervormundschaftliche Behörde . . . . . 56—64.
- §§ 28—33. Zwischenstufe des jugendlichen Alters mit bedingter Deliktsfähigkeit. Römisches, kanonisches, früheres gemeines Recht, frühere deutsche Gesetzgebungen. Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit nach dem Unterscheidungsvermögen (französisches Recht); das preußische StGB., das deutsche StGB. Kritik der Bestimmung des StGB.; Gesetzesvorschlag 64—74.
- §§ 34—39. Beweislast der Anklage. Die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen mit Rücksicht auf Natur und Begehungsarten der einzelnen Delikte verschieden. Die Eidesmündigkeit insbesondere. Der Fall des StGB. 176,3, Real- und Idealkonkurrenz bei Straftaten jugendlicher Personen; Behandlung erschwerender Momente. Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit hier prozessuale Wahrheit. Berechnung des Alters. Unterlassung der Anklage. Strafbefehle, Strafverfügungen der Polizeibehörden bei Delikten bedingt deliktsfähiger Personen. Vom Richter auszusprechende Maßregeln, wenn die Tat festgestellt, die Zurechnungsfähigkeit dagegen verneint wird . . . . . 74—84.
- §§ 40—42. Milderungsgrund des jugendlichen Alters; anzuwendende Strafen. — Der radikale Vorschlag eines Urteils nicht über Zurechnungsfähigkeit, sondern

	Seite
über Erziehungsbedürftigkeit. Beschlüsse des <i>Congrès international pénitentiaire</i> und der Internationalen kriminalistischen Vereinigung. Englische bzw. nordamerikanische Gesetze und Einrichtungen <i>Reformatory</i> und <i>Industrial schools</i> ; <i>Juvenile Courts</i> . Gesetzesvorschlag . . . . .	84—96.
§ 43. Strafmilderung bei jugendlichen Angeklagten, die das Alter bedingter Zurechnungsfähigkeit überschritten haben; römisches, früheres gemeines Recht; das StGB.; neue Gesetzgebungen. Milderung bis zu einer bestimmten Altersstufe nach richterlichem Ermessen . . . . .	96—99.
§§ 44—46. Greisenalter; weibliches Geschlecht; Taubstumme; Blinde; in der geistigen Entwicklung zurückgebliebene Personen; Angehörige nicht zivili-sierter Staaten . . . . .	99—103.
§§ 47—57. Vorübergehende Zustände von Zurechnungs-unfähigkeit. <i>Actio libera in causa</i> . Trunkenheit . . . . .	103—127.
§ 58. Hypnose . . . . .	127—129.
§ 59. Affekte . . . . .	130—132.

**Anhang: Deliktsfähigkeit juristischer Personen.**

§§ 60—63. Geschichte, römisches Recht: Mittelalter; früheres gemeines Recht . . . . .	133—137.
§§ 64—73. Neueste Ansichten (insbesondere Vertreter der Deliktsfähigkeit der Gesamtpersönlichkeiten: <i>Gierke, Hafter</i> ). Kritik . . . . .	137—154.
§§ 74—75. Das positive Recht. Praktisches Ergebnis. Auswärtige Rechte . . . . .	155—158.

**Der Kausalzusammenhang.**

§§ 76—85. Einleitung, Aufstellung des Problems. Die verschiedenen Versuche und Theorien von <i>Luden, Glaser, v. Buri</i> (meine Theorie 1871), <i>Birkmeyer, Köhler, A. Horn, R. Horn, M. E. Meyer, Huther, Müller</i> . . . . .	161—178.
§§ 86—92. Meine Theorie und die anschließende Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges insbesondere: v. <i>Kries, Adolf Merkel, Thon, Rümelin, Träger, Litten, Rumpf, v. Rohland</i> . . . . .	178—189.
§ 93. Neueste Theorie <i>Reinach, Liepmann</i> , . . . . .	190—192.
§§ 94—106. Ergebnisse und Ausführung im einzelnen	192—211.
§ 107. Das im Leben unvermeidliche Risiko; die Regel	

	Seite
des Lebens; besonderes Recht zur Vornahme einer Handlung . . . . .	211—214.
§§ 108—111. Ausnahmehaftung. Erfolgshaftung. <i>Aliud alii mortiferum esse solet</i> . . . . .	214—217.
§§ 112—116. Eingreifen der Tätigkeit eines anderen	217—229.
§§ 117, 118. Gleichzeitige Tätigkeit mehrerer; Haftung für Beauftragte . . . . .	229—232.
§§ 119—121. Eigene Schuld des Beschädigten . . . . .	232—237.
§ 122. Einwirkung eines günstigen Ereignisses . . . . .	237—238.
§ 123. Wie, wenn der Beschädigte zurechnungsunfähig ist und unvernünftig eingreift? . . . . .	238—240.
§ 124. Rechtswidriges Handeln des Beschädigten . . . . .	240—242.
§ 125. Schlußbetrachtung . . . . .	242—243.

### Anhang: Der Kausalzusammenhang bei Unterlassungen.

§ 126. Einleitung. Verschiedene Fälle der Unterlassung. . . . .	244—246.
§ 127. Geschichte: römisches, kanonisches, früheres gemeinsames Recht. — Unterlassung der Anzeige geplanter Verbrechen für letztere nicht kausal . . . . .	246—248.
§§ 128—136. Theorien: <i>Feuerbach, Spangenberg, Luden, Krug, Glaser, v. Buri, v. Berger, Binding, v. Rohland, Hälschner, Gever, Aldosser, Finger, Landsberg, Siegwart, Kohler, v. Liszt</i> . . . . .	248—258.
§§ 137, 138. Ergebnisse . . . . .	258—261.
§ 139. Die Rechtspflicht insbesondere . . . . .	261—264.
§ 140. Die Probe im einzelnen Falle . . . . .	264—267.
§ 141. Abwendung schädlicher Folgen eigener Tätigkeit . . . . .	267—269.
§ 142. Schlußbetrachtung . . . . .	269—270.

### Vorsatz und Fahrlässigkeit.

§ 143. Einleitung. Der strafbare Wille als Gegenstand des Strafrechts . . . . .	273—275.
§§ 144, 145. Geschichte: Vorsatz (Dolus) im römischen Rechte, im deutschen Rechte, in der italienischen Jurisprudenz des Mittelalters, im früheren gemeinen Recht . . . . .	275—277.
§§ 146—148. Neuere Theorie. <i>Animus nocendi</i> . Absicht. Die Ansichten <i>Kleins, Stübels, Feuerbachs</i> . <i>Dolus indeterminatus; Dolus generalis, eventualis</i> . . . . .	277—282.
§ 149. Theorien <i>Hegels, Berners, Kostlins</i> . . . . .	282—284.

§ 150. <i>Herrmanns</i> Auffassung: hypothetische, generelle Absicht; <i>Luxuria</i> . . . . .	284—286.
§§ 151, 152. <i>Bekker, Zitelmann</i> : der Wille als Körperbewegung. Grundlage der sog. Vorstellungstheorie	286—290.
§§ 153—155. Weitere Ausbildung der Vorstellungstheorie: <i>Lucas, v. Lilienthal, Frank</i> , (die sog. <i>Frank'sche</i> Formel betreffend den <i>Dolus eventualis</i> ) v. <i>Liszt</i> . .	291—294.
§ 155. <i>Kohlers</i> und <i>Löfflers</i> Ansichten . . . . .	294—295.
§§ 156, 157. Kritik, Vermittelungstheorie; <i>M. E. Mayer</i>	295—301.
§ 158. <i>Bindings</i> Willenstheorie. — v. <i>Hippel</i> als Vertreter der Willenstheorie . . . . .	301—304.
§§ 159—166. Ergebnisse ( <i>Thyrens</i> Ausführungen) . .	304—320.
§ 167. Voraussetzungen des Handelns im Gegensatz zum Erfolg, Zivilrecht und Strafrecht . . . . .	320—322.
§§ 168—177. Der <i>Dolus eventualis</i> (bezw. <i>alternativus</i> ); insbesondere v. <i>Almendingens</i> Theorie. Die Erfolgsbilligung. v. <i>Hippels</i> Ausführung. Kritik der <i>Frank'schen</i> Formel. Beschluß des deutschen Juristentags ( <i>Hamm</i> ). Entscheidung einzelner Fälle (v. <i>Liszt, Stenglein</i> ). Vergleichung des <i>Dolus eventualis</i> mit dem <i>Animus nocendi</i> . Der <i>Dolus event.</i> in der französischen Jurisprudenz . . . . .	322—347.
§§ 178—182. Fälle des direkten <i>Dolus</i> , die als Fälle des <i>Dolus event.</i> nicht aufzufassen sind. Zusammenfassung der Ergebnisse betr. mehrere aus einem Willensakte hervorgehende Erfolge . . . . .	347—352.
§ 183. <i>Dolus subsequens</i> . . . . .	352—354.
§ 184. Das einzelne Tatbestandsmoment und der Wille	354—355.
§ 185. <i>Dolus generalis</i> . Abbrechen des Vorsatzes bei mehreren Tätigkeiten, wenn der Handelnde den Erfolg schon für erreicht hält . . . . .	355—361.
§ 186. Unwissenheit und Irrtum des Handelnden über Tatumstände im allgemeinen . . . . .	361—363.
§§ 187, 188. Error in objecto . . . . .	363—369.
§§ 189, 190. Aberration . . . . .	369—373.
§§ 191—196. Rechtsunkennntnis und Rechtsirrtum. Geschichte: römisches Recht; die italienische Jurisprudenz des Mittelalters (kanonisches Recht); ältere Kodifikationen; die früheren deutschen Gesetzbücher	373—382.
§§ 197—202. Neuere Ansichten: <i>Gessler, Berner, Heine- mann, Bindings</i> Ungehorsamstheorie ( <i>Hammerer, Kahn</i> ); Mittelmeinungen: <i>Birkmeyer, Bün- ger</i> ; <i>Kohlers</i> Ansicht; <i>Allfelds</i> Ansicht: Entschuldigung durch Rechtsirrtum . . . . .	382—391.

	Seite
§§ 203—207. Ergebnisse . . . . .	391—398.
§§ 208—215. Die vom deutschen Reichsgerichte befolgte Theorie. Kritik derselben ( <i>Kohltrausch</i> , <i>Köhler</i> ). Einzelne Fragen den Rechtsirrtum betreffend S. g. Blankettgesetze . . . . .	398—414.
§§ 216, 217. Subsumtionsirrtum . . . . .	414—418.
§§ 218, 219. Irrtum über Strafausschließungsgründe. Beurteilung der Strafbarkeit der Handlung eines anderen durch den Angeklagten . . . . .	418—420.
§§ 220, 221. Weitere besondere Fälle. Hervor- hebung des Moments der Rechtswidrigkeit in der gesetzlichen Definition des Delikts. Irrtum über die eigene Zurechnungsfähigkeit, über den territorialen Bereich eines Strafgesetzes. Aberglaube. Irrtum über Bedingungen der Strafbarkeit . . . . .	420—424.
§§ 222—224. Rechtswahn. Wahnverbrechen (Putativ- delikt). Zweifel des Handelnden . . . . .	424—429.
§ 225. Schlußbetrachtung <i>de lege ferenda</i> . S.g. Ordnungs- strafe im Falle des Rechtsirrtums. Gesetzesformulierung . . . . .	429—432.
§§ 226, 227. <i>Dolus praemeditatus</i> und <i>Dolus repentinus</i> ( <i>Impetus</i> ) . . . . .	432—435.
§§ 228, 229. Fahrlässigkeit. Geschichte: römisches Recht; deutsches Recht; italienische Jurisprudenz des Mittelalters; die C. C. C.; Jurisprudenz des früheren gemeinen Rechts . . . . .	435—439.
§§ 230—232. Theorien der Fahrlässigkeit: <i>Feuerbach</i> , <i>Klein</i> , <i>v. Almendingen</i> , <i>Schulze</i> , <i>Stübel</i> , <i>H. v. Meyer</i> , <i>v. Liszt</i> . . . . .	439—443.
§ 233. Ergebnisse . . . . .	443—447.
§§ 234, 235. Einzelne Fragen: individuelle Fähigkeit oder objektiver Maßstab entscheidend? . . . . .	447—452.
§ 236. Kausalzusammenhang und Fahrlässigkeit. Risiko. Allgemeine Sitte . . . . .	452—454.
§§ 237, 238. Polizeiverordnungen. Die Probe der Ent- scheidung. Verantwortlichkeit für Beauftragte . . . . .	454—456.
§ 239. Grade der Fahrlässigkeit . . . . .	457—459.
§§ 240, 241. Unbewußte und bewußte Fahrlässigkeit. <i>Luxuria</i> . <i>Löfflers</i> Theorie. <i>Dolus indirectus</i> ( <i>Klee</i> ) . . . . .	459—463.
§ 242. Fahrlässigkeit bei entschuldbarem Irrtum, insbe- sondere Rechtsirrtum . . . . .	463—465.
§§ 243—247. Gesetzliche Kasuistik; Fahrlässigkeit unter Verletzung einer Amts- bzw. Gewerbspflicht StGB. 232. <i>De lege ferenda</i> . . . . .	465—472.
§ 248. Regelmäßig Bestrafung nur auf Antrag . . . . .	472—475.

§ 249. Behandlung der Fahrlässigkeit in England und den Vereinigten Staaten von Nordamerika . . . . .	475—476.
§§ 250—254. Fälle der Bestrafung ohne Verschulden? Kontraventionen gegen Abgabengesetze. Solidarisch Verpflichtete. Subsidiäre Haftung eines anderen für eine verwirkte Strafe. <i>De lege ferenda</i> . . . . .	476—483.

### Der Versuch.

§§ 255—257. Allgemeine Begründung der Strafbarkeit des Versuchs . . . . .	487—495.
§§ 258, 259. Geschichte: römisches Recht; italienische Jurisprudenz des Mittelalters; die Carolina; das frühere gemeine Recht; mildere Bestrafung des Versuchs im Verhältnis zur Bestrafung des vollendeten Delikts . . . . .	495—498.
§ 260. Der <i>Code pénal</i> ; die deutschen Gesetzbücher des XIX. Jahrhunderts; das preußische StGB. von 1851	498—499.
§ 261. Das deutsche StGB. Nebenstrafen . . . . .	499—500.
§§ 262—267. Stufen des Versuchs. Vorbereitungshandlungen; Strafbarkeit derselben? Erfordernis des Vorliegens einer Ausführungshandlung. Erfordernisse der Ausführungshandlung . . . . .	500—516.
§ 268. Beendigter Versuch ( <i>Délit manqué</i> ) . . . . .	517—520.
§§ 269—276. Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekte . . . . .	521—539.
§ 277. Delikte, bei denen ein Versuch unmöglich ist? Unterlassungsdelikte? . . . . .	539—543.
§ 278. Versuch mit <i>Dolus eventualis</i> ? . . . . .	543—544.
§ 279. Versuch bei Delikten, die bei Eintritt eines schwereren Erfolges als qualifizierte bestraft werden	544—547.
§§ 280—288. Strafflosigkeit des Versuchs bei freiwilligem Rücktritt des Schuldigen . . . . .	547—562.
§§ 289—290. Qualifizierter Versuch. Versuch im Falle des § 216 des StGB. . . . .	562—565.
§ 291. Gesetzesvorschlag betr. den freiwilligen Rücktritt	566.
§ 292. Fahrlässiger Versuch? Versuch bei Fahrlässigkeitsdelikten? . . . . .	566—568.
§§ 293, 294. Geringere Strafbarkeit des Versuchs im Verhältnis zum vollendeten Delikte. Kritik des entgegengesetzten neuestens besonders empfohlenen Prinzips	568—572.
§ 295. <i>De lege ferenda</i> : allgemeine Strafbarkeit des Versuchs oder Bestrafung nur bei einzelnen Delikten?	572—573.

**Teilnahme und Begünstigung.**

- § 296. Begriff und Hauptprobleme . . . . . 575—581<sup>1</sup>.
- §§ 297—300. Geschichte: römisches, kanonisches, älteres deutsches Recht; italienische Jurisprudenz des Mittelalters; die Carolina . . . . . 581—585<sup>5</sup>.
- §§ 301—304. Spätere Entwicklung: *Pufendorf*; Gesetzgebungen des XVIII. Jahrhunderts; der *Code pénal* und sein Einfluß auf die deutsche Gesetzgebung . 585—591<sup>1</sup>.
- §§ 305—308. Der sog. akzessorische Charakter der Teilnahme. Die reine Kausalitätstheorie . . . . . 591—597.
- §§ 309—317. Die Unterscheidung von Beihilfe und Mittäterschaft. Verschiedene Theorien. Haupt- und Nebengehilfe . . . . . 597—613.
- § 318. *De lege ferenda*: die prinzipiell gleiche Bestrafung aller Arten der Teilnahme abzulehnen (Kritik der Vorschläge der deutschen Gruppe der Internationalen kriminalistischen Vereinigung) . . . . . 613—616.
- §§ 319, 320. Anstiftung, Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Tat. Kulpose Anstiftung denkbar, aber ihre Bestrafung abzuweisen. Allgemeine Provokationen zu strafbaren Handlungen auf den Titel der Anstiftung nicht strafbar . . . 616—620.
- §§ 321—324. Die Natur des Anstifter-Dolus. Unterschied von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Kongruenz des Dolus des Anstifters mit dem Dolus des Täters? . . . . . 620—629.
- § 325. Mittel jemanden anzustiften. Grenze der Anstiftung gegen die intellektuelle Beihilfe . . . . . 629—632.
- §§ 326—328. Anstiftung eines bereits Entschlossenen; jemandes, der nicht weiß, daß er als Angestifteter handelt. Keine Anstiftung zu fahrlässigen Delikten 632—636.
- §§ 329, 330. Gibt es Delikte, zu denen man anstiften, die man aber nicht als mittelbarer Täter begehen kann? Über mittelbare Täterschaft beim falschen Eide; ferner bei Omissivdelikten . . . . . 636—642.
- §§ 331, 332. Anstiftung zur Beihilfe, zur Anstiftung. Sukzessive Anstiftung . . . . . 642—643.
- §§ 333—335. Anstiftung zum Versuche: der sog. *Agent provocateur* . . . . . 643—651.
- §§ 336—338. Anstiftung zu einer Tat, die die Anstiftung tatsächlich, zu einer Tat, die er rechtlich nicht begehen kann. Anstiftung zu einer in der Person des Täters entschuldigtem Tat . . . . . 651—656.
- §§ 339—341. Anstiftung zu sog. Standes- (Sonder-)



	Seite
Verbrechen. Mittelbare Täterschaft bei solchen Delikten . . . . .	656—662.
§§ 342—346. Besondere strafe erhöhende, bezw. strafmildernde Umstände in der Person des Täters, bezw. des Anstifters . . . . .	662—673.
§§ 347—350. Exzeß des Täters. <i>Error in objecto</i> bei Ausführung der Tat . . . . .	673—681.
§§ 351, 352. <i>De lege ferenda</i> : soll die Anstiftungshandlung als solche bestraft werden? . . . . .	681—686.
§§ 353—355. Rücktritt und tätige Reue des Anstifters; des Angestifteten, Straftilgungsgründe . . . . .	686—689.
§§ 356, 357. Gleiche Strafbarkeit des Anstifters und des Täters. Soll die Anstiftung bei allen Delikten strafbar sein? . . . . .	689—690.
§ 358. Beihülfe. Physische und intellektuelle Beihülfe. Verhältnis letzterer zur Anstiftung. Entschuldigung des Gehülfen wegen tatsächlichen Irrtums . .	691—692.
§§ 359, 360. Der Dolus des Gehülfen. Eventualdolus? Beihülfe zur Anstiftung. Anstiftung zur Beihülfe. Beihülfe zu fahrlässigen Delikten? . . . . .	693—695.
§§ 361—365. Erfordernis der Kausalität bei der Beihülfe. Beihülfe durch Unterlassung (sog. negative Beihülfe). Unterlassung der Anzeige der von anderen geplanten Verbrechen. Anzeigepflicht . . . . .	695—705.
§ 366. Rücktritt vom Versuche im Falle der Beihülfe	705.
§ 367. Mittäterschaft. Die frühere Lehre vom Komplott . . . . .	705—707.
§§ 368—370. Mittäterschaft und Mehrtäterschaft. Verantwortlichkeit der einzelnen mitwirkenden Personen für einen Gesamterfolg . . . . .	707—714.
§§ 371—375. Erfordernis der Mitwirkung unmittelbar bei Ausführung der Tat. Mittäterschaft bei Omissivdelikten. Beginn der Verantwortlichkeit des Mitäters. Rücktritt. Eingehung eines Komplottes. Eintritt in eine Verbrecherbande — Gesetzesformel	714—718.
§§ 376, 377. Keine mehrfache Teilnahme derselben Person bei denselben Handlungen . . . . .	718—722.
§§ 378, 379. Straflosigkeit der Haupthandlung bei Strafbarkeit der Beihülfe. Der Verletzte als Täter. Gesetzliche Straflosigkeit eines bei der Tat Mitwirkenden	722—729.
§§ 380, 381. Rathabition keine Teilnahme. — Internationale Behandlung der Teilnehmer an einem Delikte	729—731.
§§ 382, 383. Notwendige Teilnahme . . . . .	731—735.
§ 384. Begünstigung. Auffassung der Begünstigung	

	Seite
als nachfolgende Teilnahme und Auffassung als besonderes Delikt . . . . .	736.
§§ 385—388. Geschichtliche Entwicklung bis zur Selbständigkeitstheorie im StGB. . . . .	737—742.
§§ 389—393. Schwierigkeiten und Konsequenzen der Selbständigkeitstheorie in Vergleichung mit der Teilnahmetheorie des früheren gemeinen Rechts .	742—751.
§§ 394, 395. Erfordernisse der Begünstigung im einzelnen: Vordelikt. Ausschluß der Strafbarkeit des Vordelikts. Das Vordelikt ein Antrags- oder Ermächtigungsdelikt. Das Vordelikt ein Verbrechen oder Vergehen . . . . .	752—758.
§§ 396—400. Der Dolus des Begünstigers. Irrtum. Der Dolus des Begünstigers ein qualifizierter; Eventualdolus ausgeschlossen. Motiv und Absicht bei Begünstigung . . . . .	758—766.
§ 401. Tauglichkeit der Begünstigungshandlung, nicht aber Wirksamkeit derselben <i>in concreto</i> erforderlich	766—768.
§§ 402—406. Einzelne Fragen. Begünstigung durch falsche Angaben (insbesondere vor Gericht). Der Verteidiger als Begünstiger des Angeklagten. Rückgangigmachen eines zur Bestrafung des Schuldigen führenden Schrittes. Verhinderung einer Anzeige, eines Strafantrags. Begünstigung in Beziehung auf Vollstreckung der Strafe, insbesondere auf Vollstreckung von Nebenstrafen. Konkurrenz von Gefangenenerbefreiung und Begünstigung . . . . .	768—774.
§ 407. Begünstigung durch Zahlung der Geldstrafe für den Verurteilten; Geschenk des Betrages zur Zahlung der Geldstrafe? . . . . .	774—780.
§§ 408, 409. Begünstigung mittels eines Begnadigungsgesuches. Begünstigung durch Beihilfe und Anstiftung zum Selbstmord? . . . . .	780—783.
§ 410. Konkurrenz von Taterschaft (Mittäterschaft) sowie Teilnahme und Begünstigung? Mehrfache Begünstigung derselben Person bei derselben Tat? .	783—787.
§§ 411, 412. Schwere Begünstigung eigenen Vorteils wegen. Begriff des Vorteils . . . . .	787—790.
§§ 413, 414. Straflöse Begünstigung naher Angehöriger	790—793.
§ 415. Inwiefern ist die Begünstigung Antragsdelikt?	793—795.
§§ 416—419. Fehler einzelner Strafsätze des StGB. Hehlerei (Partiererei) im allgemeinen . . . . .	795—801.
§§ 420—423. Erfordernisse der Partiererei im einzelnen: das Vordelikt. Aus dem Wortlaut des StGB. und aus der Selbständigkeitstheorie entspringende	

Schwierigkeiten. Bettelei, Erlegung von Wild während Schonzeit, und andere ein Recht an der Sache nicht verletzende Vordelikte. Der Eigentümer unter Umständen Täter beim Vordelikte. Ansichbringen nicht des durch das Vordelikt erlangten Objektes, sondern eines Tauschobjektes. Übergang des Eigentums der Sache an den Täter beim Vordelikt. Ansichbringen gegen gesetzliches Verbot verfertigter Sachen . . . . .	801—809.
§§ 424—428. Die Kasuistik des StGB. § 259 bei Bezeichnung der als Partiererei geltenden Handlungen. Annahme zum Geschenk. Mitverzehren gestohlener Sachen. Mitwirken zum Absatze. Annahme in Zahlung . . . . .	809—818.
§ 429. <i>Mala fides superveniens</i> . . . . .	818—820.
§ 430. Eventueller Dolus ungenügend. Fahrlässigkeit nach StGB. 259? . . . . .	820—823.
§ 431. Inwieweit Kenntnis des Vordeliktes beim Dolus erforderlich? . . . . .	823—824.
§ 432. Begriff des eigenen Vorteils. Nur Vermögensvorteil? . . . . .	824—825.
§§ 433—437. Konkurrenz von Hehlerei und Teilnahme, Personenhehlerei und Partiererei? . . . . .	825—832.
§ 438. Alternative Feststellungen in Strafurteilen über Partiererei . . . . .	832—833.
§ 439. Gesamtergebnis und Gesetzesvorschlag betreffend Begünstigung, Hehlerei und Partiererei insbesondere	833—836.
§ 440. Schlußbetrachtung <i>de lege ferenda</i> . Neueste Gesetzgebungsarbeiten . . . . .	836—838.

### **Anhang: Die in § 49a des StGB. mit Strafe bedrohten Handlungen.**

§ 441. Entstehungsgeschichte . . . . .	839—840.
§ 442. Systematische Stellung . . . . .	840—841.
§§ 443—448. Einzelne Rechtsfragen: Verbrechen im Sinne des § 49a. Aufforderung; Erbieten; Annahme einer Aufforderung; Ernstlichkeit; Zurechnungsfähigkeit der Person; lediglich mündliches Anerbieten ohne Gewährung von Vorteilen nicht strafbar. Begriff des Vorteils im Sinne des § 49a.— Subsidiärer Charakter der Strafbestimmung des § 49a. Konsequenzen dieses Satzes . . . . .	841—850.
§ 449. Kritik des Gesetzes; <i>de lege ferenda</i> . . . . .	851—855



Die Zurechnungsfähigkeit.



Öfter zitierte oder besonders in Betracht gezogene Literatur (allgemeinere strafrechtliche Literatur vgl. Bd. I S. XVII ff.): Über die Frage der Willensfreiheit im Strafrecht: *Alexander von Joch* (Pseudonym für *Karl Ferd. Hommel*), Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen 1770 (zum Teil skurril, enthält diese kleine Schrift doch Argumente, welche noch in neuester Zeit für die Vereinbarkeit des konsequenten Determinismus mit dem Strafrechte vorgebracht sind). \* *Thibaut*, Beiträge zur Kritik der *Feuerbachs*chen Theorie über die Grundbegriffe des Strafrechts 1802, S. 55 ff. \* *Wahlberg*, Ges. Schr. I S. 1—22. \* *G. Rümelin*, Reden und Aufsätze, neue Folge 1881, S. 37—75. \* *Binding*, Die Normen 2 S. 3—35. *Adolf Merkel*, Zeitschr. 1 S. 560 ff. *Janka*, Die Grundlagen der Strafschuld 1885. \* *E. Brusa*, Sul nuovo positivismo nella giustizia penale, Torino 1887, bes. S. 200 ff. \* *H. v. Meyer*, Die Willensfreiheit und das Strafrecht, Vortrag 1890. *Klippel*, Determinismus und Strafe (Straßburger Dissertation) 1890 (auch abgedruckt Zeitschr. 10 S. 534 ff.). *Träger*, Wille, Determinismus, Strafe 1895. *v. Lissé*, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Vortrag, gehalten 4./8. 1896 auf dem dritten internationalen Psychologenkongreß, abgedruckt Zeitschr. 17 S. 70—84. *Liepmann*, Einleitung in das Strafrecht 1900. *v. Hippel*, Willensfreiheit und Strafrecht, Zeitschr. 23 S. 396—422, auch als bes. Schrift erschienen. *Hold v. Ferneck* S. 54 ff. \* *v. Rohland*, Die Willensfreiheit und ihre Grenzen 1905. *Julius Petersen*, Willensfreiheit und Moral im Strafrecht 1905 (vgl. dazu *Kohlrausch*, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 2 S. 509, u. *Petersen*, daselbst 3 S. 353). \* *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre 3 1905, S. 251 ff.

Die mit \* bezeichneten Schriften vertreten den Indeterminismus, die übrigen den Determinismus. Besondere eingehende Darstellungen des Problems auch unter Berücksichtigung allgemeiner philosophischer Werke enthalten die angeführten Schriften *Trägers*, *Rohlands* und *Petersens*; letztere gilt wohl als vollständigste Darstellung.

In der Philosophie wird gegenwärtig (vgl. *Lissé*, Lehrb. § 16 Anm. 5) dem Determinismus die Vorherrschaft zuzusprechen sein („Die Bedürfnisse des reinen Denkens werden höher eingeschätzt als die des praktischen“, so *Rohland* a. a. O. S. 127), während unter den Kriminalisten Indeterminismus und Determinismus annähernd die gleiche Zahl von Anhängern aufweisen: \* *Beling*, \* *Berner*, \* *Binding*, \* *Birkmeyer*, \* *Gretener*, \* *Kahl*, \* *Köhler*, \* *Lammasch*, dagegen Deterministen: *von Calker*, *Graf zu Dohna*, *Finger*, *Frank*, *v. Hippel*, *Hold v. Ferneck*, *v. Lilienthal*, *v. Lissé*, *Netter*, *Petersen*, *Träger*, *Zürcher*, wie die Anhänger der neuen Schulen in Italien und Frankreich. Solange die *Hegelsche* Philosophie die Strafrechtstheorie vorherrschend beeinflusste, herrschte in der letzteren auch der Indeterminismus; so waren *Köstlin* und *Hälschner* Indeterministen. *Feuerbach* dagegen, der die Strafe auf den Zweck der Abschreckung durch das Gesetz gründete, war Determinist, und da in der neuesten Zeit wiederum eine relative Strafrechtstheorie im Vordergrund steht, welche das Strafrecht auf den durch Strafe zu erreichenden Schutz der Gesellschaft gründet, so ist erklärlich, daß die Zahl der Deterministen unter den jüngeren Kriminalisten im Wachsen begriffen ist; derartige Zwecke scheinen am sichersten erreichbar, wenn dem Kausalgesetz auch psychologisch eine unbedingte Herrschaft zugeschrieben wird.

Über Zurechnungsfähigkeit im allgemeinen: *Berner*, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre 1843. *Wahlberg*, Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege, Wien 1869. *Jessen*, Über Zurechnungsfähigkeit 1870. *Maudsley*, Die Physiologie u. Pathologie der Seele, übersetzt 1870.

*Fr. Wharton*, A treatise on mental unsoundness, Philadelphia 1873 (vgl. dazu: *Bar*, Grünhuts Zeitschr. 2 S. 77). *v. Krafft-Ebing*, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie, seit 1875 in einer größeren Anzahl von Auflagen. *Derselbe* in *Holtendorffs* Hdb. 4 S. 111—138. *Hoppe*, Die Zurechnungsfähigkeit 1877. *Schwartz*, Die Bewußtlosigkeitszustände als Strafausschließungsgründe 1878. *v. Volkman*, Lehrbuch der Psychologie, 4. Aufl., herausgeg. von *Cornelius*, 2 Bde. 1894, 1895. *W. Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren 1895. *Alimena*, I Limiti e i modificazioni dell' imputabilità, 3 Bde., Torino 1894—1899. *F. Bruck*, Zur Lehre von der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit 1879. *Tarde*, Philosophie pénal, hier zitiert nach der 5. Aufl. Lyon, Paris 1900. *Hoche*, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie 1901. *Cramer*, Gerichtliche Psychiatrie, 3. Aufl. 1903. *R. Loening*, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre Bd. 1: Die Zurechnungslehre des Aristoteles 1903. *Aschaffenburg*, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 2. Aufl. 1906. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, herausgegeben von *Aschaffenburg*, 1904 ff.

Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen: *Baumert*, Über die Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen, Bresl. Diss. 1877. *Appelius*, Über die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder 1892. *Aschrott*, Die Behandlung der verwahrlosten und verbrecherischen Jugend 1892. *v. Slupecki*, Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im gemeinen deutschen Strafrecht und Strafprozeßrecht, Tübingen, Diss. 1895. *Zucker*, Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher 1899.

§ 1. Wenn die Gesellschaft jemanden bestraft, so betrachtet sie ihn als die Ursache einer Handlung (oder Unterlassung), die nicht hätte sein sollen; sie rechnet die Handlung dem zu bestrafenden Individuum zu. Ohne weiteres ist dabei klar, daß es Menschen gibt, welchen man behufs einer staatlichen Bestrafung die von ihnen vorgenommene Tätigkeit nicht zurechnen kann, so wenig wie etwa Tieren; dahin gehören kleine Kinder, völlig blödsinnige Personen. Die Anwendung staatlicher Strafe setzt daher bei dem zu strafenden Individuum eine gewisse Eigenschaft voraus, die sich zwar bei den meisten Individuen findet, aber nicht absolut jedem Individuum eignet, das menschliche Bildung trägt. Diese Eigenschaft nennt man Zurechnungsfähigkeit oder Deliktsfähigkeit.

Kann aber der Täter in Wahrheit als Ursache dieser Handlung bezeichnet werden? Ein scheinbar allgemeines, unumgängliches Denkgesetz erklärt uns, daß auch die Handlungen der Menschen ihre Ursache haben müssen; sie entspringen aus Antrieben (Motiven) in Verbindung mit ererbter Anlage, Erziehung und mit den Zuständen, in welchen das Individuum sich befindet (dem sozialen Milieu).<sup>1)</sup> Auch das, was man

<sup>1)</sup> Die Frage der Freiheit oder Unfreiheit des Willens konnte hier nicht in extenso erörtert werden. Nur eine Zusammenstellung der Hauptargumente des Determinismus und andererseits des Indeterminismus war möglich und zugleich erforderlich, einerseits um den von mir eingenommenen Standpunkt zu bezeichnen,



Charakter des einzelnen nennt, ist und kann in Gemäßheit des allgemeinen Kausalgesetzes nichts anderes sein, als der Niederschlag anderer Umstände in dem Individuum, der Abstammung, der Erziehung, der Umstände, unter denen er lebt (Milieu), und so wenig diese Umstände von dem Individuum abhängig sind, so wenig ist es also auch der Charakter. Die Berücksichtigung des sog. Charakters ändert also an der Betrachtung wie an der Sachlage selbst nicht das geringste: der Handelnde erscheint, wenn unbeschränkte Geltung des Kausalgesetzes auch für die Handlungen der Menschen angenommen wird, durchaus unselbständig: er ist nur ein Durchgangs- oder Knotenpunkt für Energien, die auf ihn wirken. Dies ist die Lehre des jede wirkliche Freiheit des Menschen leugnenden Determinismus.

Aber andererseits kann die Gesellschaft nicht bestehen, wenn nicht die einzelnen für das, was sie tun oder unterlassen, verantwortlich gemacht werden.

Wie können wir aber den Menschen gleichwohl verantwortlich machen, da er doch, wie der Determinismus annimmt, so handeln oder richtiger gesagt, wirken muß, wie aus jenen Faktoren seines Handelns zwingend sich ergibt? Der Determinismus hat hierauf die einfache Antwort: für die Gesellschaft besteht um ihrer Selbsterhaltung willen die Notwendigkeit, den Handelnden zu bestrafen; sie muß allen ein präsumtiv genügendes Motiv liefern, nicht antisozial zu handeln; dies ist die Scheu vor der Strafe. Die Gesellschaft mag das beklagen; aber sie kann nicht anders,<sup>12)</sup> und da sie nicht anders kann, hat sie auch das Recht zu strafen. Es wird hinzugefügt, wenn die Motive nicht kraft des allgemeinen Kausalgesetzes auf das Individuum wirken, wenn das letztere sich kraft eines freien Willens dem Wirken der Motive entziehen könnte, wie könnte man daran denken, in der Drohung des Strafgesetzes Motive gegen die verbrecherischen Neigungen zu schaffen, da das

andererseits um die Frage zu erörtern, ob nach der Konsequenz des Determinismus ein Strafrecht noch fortbestehen könne, welches mit dem Strafrechte, wie wir gegenwärtig es haben und verstehen, einiges mehr als den Namen als gemeinsam aufweisen würde.

<sup>12)</sup> *Hommel (v. Joch)* S. 81 „Gerade so wie es mit dem Tode beschaffen, so sind auch Strafen mit zu den notwendigen Übeln der besten Welt zu zählen. . . . Sollte die Welt so schön werden wie sie ist, so mußte Gott dieses kleine Übel, sowie viele andere . . . zulassen, weil es nicht zu ändern war.“

Individuum ja gegen die Motive zu handeln vermöchte?<sup>2)</sup> Zu-  
rechnung aber, so sagt man, bedeutet, daß man in der Tat  
den Schuldigen wiedererkennt; wäre das möglich, wenn dieser  
in jedem Augenblicke in unberechenbarer Weise ein anderer  
sein könnte, als er wirklich ist?<sup>3)</sup> Es wird so behauptet, ein  
Strafgesetz habe nur Sinn,<sup>2)</sup> wenn es ausgehe vom Determi-  
nismus, der — dies wird schließlich geltend gemacht — auch  
der Überzeugung der größten religiösen und philosophischen  
Denker entspreche.

§ 2. Aber das Kausalgesetz ist konsequent bis zur letzten  
Grenze unserer Vorstellungen nicht durchzuführen, und die  
Entdeckungen der Physiologie und Chemie können uns zwar  
die Begleitvorgänge seelischer Eindrücke, nicht aber die letzteren  
selbst und nicht einmal die Entstehung des Selbstbewußtseins  
erklären, wie aus der Theorie der Licht- und Schallwellen und  
aus der Einwirkung auf Seh- und Hörorgane auch keineswegs  
das Sehen und Hören selbst erklärlich wird. Man ist auch  
vom Standpunkte des Determinismus aus gezwungen, eine  
erste Ursache aller Dinge anzunehmen, und diese kann  
nicht wieder eine weiter zurückliegende Ursache haben.<sup>4)</sup> Es  
liegt also eine unlösliche Antinomie vor, naturwissenschaftlich  
eine nicht zu überbrückende Kluft,<sup>5)</sup> und da diese Antinomie

<sup>2)</sup> So schon *Hommel* (*v. Joch*) S. 75, *Feuerbach*, Revision 2 S. 307, aber  
auch *Merkel*, Zeitschr. 1 S. 565, Lehrb. S. 725 ff., *Träger* S. 216 ff., *Petersen*  
S. 191 ff. *Liepmann* S. 90 bezeichnet den Indeterminismus nur als Narkotikon  
für den Geist (d. h. für die Wissenschaft), dessen Wirksamkeit bei fortgesetztem  
Gebrauch mehr und mehr versagt, oder S. 92, 93 (wie bei *Binding*) für ein auf-  
gesetztes Prunkstück, während die Untersuchung selbst von dem Prinzip des  
Determinismus ausgehe.

<sup>3)</sup> *Merkel*, Zeitschr. 1 S. 567. Auch diese Argumente hat schon *Hommel*  
geltend gemacht.

<sup>4)</sup> *Hippel* S. 405 bemerkt dagegen, dieser Einwand beweise zu viel. Aller-  
dings könnten wir mit unserem an Raum und Zeit gebundenen Erkennen von  
der ersten Ursache nichts wissen. Aber wir dürften doch deshalb nicht auf die  
Annahme der Kausalität verzichten, da wir sonst einfach dem Chaos gegenüber  
stünden. Indes ein solcher Verzicht auf die Verwendung des Kausalgesetzes folgt  
gar nicht aus dem Satze, daß es etwas gebe, was außerhalb desselben stehe.  
Diese Annahme schließt es keineswegs aus, das Kausalgesetz so weit zu ver-  
wenden, wie man irgend Aussicht hat, damit etwas zu erforschen. Ich habe nur  
gesagt, alles und das letzte einschließlich ist mit dem Kausalgesetz zu erklären  
unmöglich, und deshalb ist einstweilen der Schluß unrichtig, daß es nichts  
gebe, was dem Kausalgesetze nicht unterworfen wäre.

<sup>5)</sup> Man könnte hier einwenden, allerdings könne die erste Ursache aller  
Dinge nicht selbst als verursacht angesehen werden; aber es sei doch richtig,  
daß die weitere Entwicklung nun an das Kausalgesetz gebunden sei. Allein  
mit dieser für die erste Ursache gemachten Ausnahme wird die Allgemeinheit des

und diese unüberbrückbare Kluft besteht, so ist der Determinismus trotz seiner anscheinend geschlossenen Beweiskette doch auch nur Glaubenssatz. Dies folgt noch aus einer anderen Betrachtung. Da wir es zu tun haben mit dem Verhältnisse des einzelnen zu dem letzten Grunde aller Dinge, ist weder für den Determinismus noch für den Indeterminismus ein wirklich zwingender Beweis möglich.<sup>6)</sup> Wer ihn gefunden zu haben glaubt, befindet sich unter der Herrschaft einer Täuschung.<sup>7)</sup> Und wenn der Determinismus behauptet, daß alle menschlichen Handlungen dem ehernen Kausalgesetz unterworfen seien, die Annahme der Freiheit menschlicher Handlungen aber auf einer Täuschung beruhe, die jedesmal aufhören würde, wenn Motive und Charakter des Handelnden wirklich genau bekannt wären, so wird das praktische Leben gleichwohl von der Überzeugung beherrscht, daß der einzelne trotz mannigfacher Motive doch anders hätte handeln können.

Dem praktischen Leben aber gehört auch das Strafrecht an. So lange die Strafe für den von ihr Getroffenen ein Übel sein soll, muß von der Freiheit des menschlichen Willens ausgegangen<sup>8)</sup> werden. Den bloßen Durchgangspunkt<sup>8a)</sup> der Wirkungen weiter zurückliegender Ursachen mit einem Übel heimzuseuchen, wäre sinnlos; statt den Übeltäter zu züchtigen, zu

---

Denkgesetzes aufgegeben, und dies ist das Entscheidende. Der Einwand ist nur ein Sophisma.

<sup>6)</sup> Vgl. gegen den angeblich für den Determinismus geführten Beweis *Gretener* S. 69; *E. Brusa*, *La morale e il diritto criminale al limbo*, Torino 1880; *Hugo Meyer*, Willensfreiheit und Strafrecht 1890, bes. S. 17 ff.

<sup>7)</sup> Der Determinismus hat sich nicht selten auf die bis zu einem gewissen Grade sich gleich bleibenden oder von bestimmten, äußeren Ursachen, z. B. hohe oder niedrige Lebensmittelpreise, abhängigen Ergebnisse der Moralstatistik berufen, aber mit Unrecht. Daß starke Motive den Entschluß einer großen Zahl von Menschen in bestimmter Weise beeinflussen, steht der Annahme der Willensfreiheit nicht, vielmehr nur der Annahme eines absoluten Indifferentismus entgegen. — Gegen die Beweiskraft der Moralstatistik vgl. *v. Oettingen*, *Moralstatistik* 1 S. 123; *Binding*, *Normen* 2 S. 15 ff.; *v. Kraft-Ebing* S. 11.

<sup>8)</sup> Vgl. besonders *Rümelin* S. 49; *Crivellari* 3 S. 285 (ohne Annahme eines freien Willens) «*si posa il fundamenta di una scienza nuova, ma non si professa la scienza del Diritto penale nel suo significato vero et proprio*». Daß Determinismus und Strafe nicht miteinander zu vereinigen sind, erkennt vom streng deterministischen Standpunkte aus auch richtig an *Klippel*, *Zeitschr.* 10 S. 534 ff. bes. S. 544 „Mit der Willensfreiheit steht und fällt die Strafe“. S. 569 „Es gibt keine Schuld“. *Schäfers* (Irrenarzt), *Zeitschr.* 16 S. 161, Versuch, die Strafe nach der deterministischen Anschauung zu retten, beruht einfach darauf, daß die Strafe als natürlicher Gegenstoß der festgesetzten Ordnungen angesehen wird. Aber soll dieser Gegenstoß ein Übel oder eine möglichst gelinde anderweite Schutzmaßregel sein? — *Liszt* § 16 Anm. 5 erblickt in dem Umstande,

verabscheuen, müßte man ihn beklagen, bemitleiden, und könnte höchstens alles daran setzen, ihn zu bessern.<sup>8a)</sup> Nur die Poena medicinalis hätte noch Sinn, insofern man auf andere freundlichere Weise den Verbrecher zu bessern nicht vermöchte. Wollte man einwenden: wir brauchen aber die Bestrafung des Schuldigen, um anderen ein genügendes Motiv zu liefern, Verbrechen nicht zu begehen, so wäre das nichts anderes, als wenn man sagte, wir brauchen das Menschenopfer, um einen heilsamen Einfluß auf die Gesamtheit auszuüben, und wenn das Volk überwiegend erst einmal zu der Überzeugung gekommen sein würde, daß die Strafe nichts anderes sei als eine (gänzliche oder teilweise<sup>9))</sup> Opferung, so würde das Strafrecht seine Wirkung einbüßen und nach und nach beseitigt werden; die Ungerechtigkeit der Strafe würde die Gemüter empören.<sup>10)</sup>

daß *Moddermann*, der Verfasser der niederländischen Strafgesetzgebung, ein überzeugter und folgerichtiger Determinist gewesen sei, einen Beweis der Vereinbarkeit von Strafrecht und Determinismus. Daß *Moddermann* ein überzeugter Determinist gewesen ist, soll nicht bestritten werden, auch nicht, daß *Moddermann* glaubte konsequent zu sein, wenn er ein Strafgesetzbuch wie das gegenwärtige niederländische entwarf. Aber daß er konsequent war, ist gerade dasjenige, was den Streitpunkt bildet und erst bewiesen werden sollte.

<sup>8a)</sup> *Berolzheimer*, Entgeltung im Strafr. S. 100ff., erblickt eine von der Annahme des Determinismus und andererseits des Indeterminismus unabhängige Rechtfertigung der Vergeltungsstrafe darin, daß die verbrecherische Tat immer Ausfluß eines schlechten Charakters sei. Aber nach der Lehre des Determinismus darf man bei dem Charakter als Ursache der Tat nicht stehen bleiben. *B.* verwechselt des weiteren hier prinzipielle Begründung des Strafrechts mit dem positiven Strafrecht. Nimmt man letzteres als gegeben an, so ist es freilich gleich, ob vom Determinismus oder vom Indeterminismus ausgegangen wird.

<sup>8a)</sup> Meine Ausführungen (vgl. Grundlagen des Strafrechts S. 10ff. und I S. 311ff.) sind oft dahin mißverstanden worden, als ob ich in der Strafe nicht ein den Schuldigen treffendes Übel erblicke. (So noch neuerlich von *Liepmann*, Einleitung in d. Strafrecht S. 192.) Dies ist jedoch nicht der Fall. Ich habe nur bemerkt, daß der Mißbilligung, welche, von autoritativer Seite ausgesprochen, für den Betroffenen immer als eine Minderung seines Ansehens, daher als ein Übel anzusehen sei, nicht absolut notwendig noch ein anderes Übel, z. B. Strafhaft, beizufügen sei. Andererseits habe ich hervorgehoben, daß nur ein idealer, vermutlich nie zu erreichender Zustand der Kultur von solchem Zusatzübel absehen könnte, das der gewöhnlichen Anschauung bei dem heutigen Kulturstande allerdings als die Hauptsache erscheint und die letztere — das eigentlich Wesentliche — der Wahrnehmung entzieht. Mit einer Vergeltung im gewöhnlichen Sinne, derzufolge das Strafübel dem vom Schuldigen angerichteten Schaden in irgend einer Weise gleichkommen muß, ist freilich die Mißbilligung nicht zu verwechseln.

<sup>9)</sup> Teilweise, insbesondere durch zeitweise Freiheitsberaubung.

<sup>10)</sup> v. *Bülow*, Zeitschr. 16 S. 593, sucht auf Grundlage der *Kantschen* Unterscheidung des intelligiblen und andererseits des empirischen Menschen das Strafrecht auf deterministischer Grundlage zu retten. Aber die von *Kant* angenommene doppelte Welt, eine Welt der Erfahrung und eine uns unbekanntere andere Welt, welche die Dinge an sich enthalten soll, und in welcher ganz andere Gesetze

Immerhin könnte die Notwendigkeit anerkannt werden, verbrecherischen Personen die Möglichkeit zu nehmen, zu schaden; aber man würde diese Vorbeugungsmaßregel mit möglichster Schonung ausüben, etwa wegen erwiesener verbrecherischer Neigung der Freiheit Beraubten dafür in anderer Weise tunlichst Ersatz schaffen müssen. Es wäre ein Unglück, aber nicht eine Schande, zu den Verbrechern zu gehören. Diese Konsequenz hat man auch bereits gezogen,<sup>11)</sup> indem man den Unterschied zwischen dem Verbrecher und dem gefährlichen Geisteskranken leugnet<sup>12)</sup> und allenfalls als ein vom Gesetzgeber zurzeit noch

---

gelten sollen, als in der Welt der Erscheinungen, ist doch nur ein leicht zu durchschauender dialektisch-scholastischer Kunstgriff, welcher gewissermaßen das Problem vom Erdgeschoß in ein höheres Stockwerk verlegt und es damit als erledigt bezeichnet, und bei welchem freilich merkwürdig ist, daß er so sehr bewundert und von so vielen gläubig angenommen ist. Gegen *Kants* und die verwandte und bzw. identische Lösung der Frage durch *Schelling* und *Schopenhauer* vgl. übrigens auch *Petersen* S. 90ff. Jedenfalls ist es einfacher und einleuchtender, die Anwendbarkeit des Kausalgesetzes auf menschliche Handlungen überhaupt zu leugnen, als den Menschen der Erscheinungswelt für das büßen zu lassen, was in einer anderen Welt, von der wir gar nichts wissen und deren Existenz niemand beweisen kann, geschehen sein soll. — Das Ungenügende der *Kantschen* Theorie wird übrigens klar, wenn man *Hommel* S. 98ff. liest: derselbe Mensch als Philosoph repräsentiert die Welt der Dinge an sich, der Mensch als praktischer Mensch handelt nach Maximen, die der Philosoph verachtet.

<sup>11)</sup> So im Anschluß an die Italiener *Ferri*, *Garofalo* u. a. v. *Liszt*, *Zeitschr.* 17 S. 10ff. Aber bereits 1897, während der Zusammenkunft der internationalen kriminal. Vereinigung (vgl. Mitteilungen derselben 7 S. 474), hat *Liszt* sich vorsichtiger ausgesprochen, indem er bemerkte, «il y a grand intérêt à savoir si c'est une peine ou une mesure préventive». Gegen Irre kann man nur Präventivmaßregeln anwenden. Wenn gesagt wird (*Liszt*, *Zeitschr.* 13 S. 349), es sei ja auch für den Geisteskranken eine tiefeinschneidende Minderung der Lustgefühle, der Freiheit beraubt zu werden, so wird dabei vergessen, daß es die Absicht ist, den Verbrecher schmerzlich zu treffen, während bei der Einsperrung von Geisteskranken diese Absicht fehlt, vielmehr, soweit tunlich, die entgegengesetzte Absicht verwirklicht werden soll.

<sup>12)</sup> Mit noch größerem Mute freilich die meisten Redner auf der Lissabonner Versammlung der internat. kriminal. Vereinigung (Mitteilungen 7 S. 468) insbesondere auch von *van Hamel*. Sie machten sich aber die Sache ein wenig leicht. Sie nahmen einfach an, die Strafjustiz könne ihre bisherige Wirksamkeit und ungefähr (wie weit, bleibt zu raten) ihre bisherige Gestalt behalten, wenn die Idee der Verantwortlichkeit der individuellen Schuld nicht nur von ihnen, sondern in der allgemeinen Überzeugung über Bord geworfen würde. In diesem Sinne kann man allerdings mit *van Hamel* „praktisch“ verfahren. Sehr richtig dagegen die Rede *Jollys*, das. S. 477ff. Vgl. auch *Bar*, Probleme des Strafrechts, S. 11, 12. *Lammasch* in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht 10 S. 244. *Binding* Grundr. I (5. Auflage) S. 86. — Ich möchte glauben, daß es auch *Hippel* in der angeführten Abhandlung nicht gelungen sei, das Strafrecht wesentlich in der gegenwärtigen Gestalt mit dem von ihm vertretenen Determinismus zu vereinigen. So wenn er (S. 421) gegen den Einwand, daß nach der Konsequenz des Determinismus die Strafe sich in eine Art Präventivmaßregel gegen gefährliche Personen verwandeln würde, bemerkt, es sei bei dem heutigen Kulturzustande absolut ausgeschlossen, eine derartige Gefährlichkeitserklärung

zu schonendes, gesellschaftliches Vorurteil<sup>13)</sup> gelten läßt, das demnächst zu verschwinden bestimmt sei. Wollte man aber den Charakter der Strafe als eines Übels trotz des strengen Determinismus zu retten suchen durch den Hinweis, daß die Androhung und daher, damit diese nicht wirkungslos sei, die

irgend einer Behörde „*ad libitum*“ zu überlassen, es dürften vielmehr nur in durch Gesetz bestimmten Fällen Präventivmaßregeln gegen einzelne eintreten. Nun, Gesetze können doch jeden Tag erlassen werden, und nur die allgemein herrschende Auffassung schützt dagegen, daß sie dem Richter in Zukunft jene Befugnis geben. Der Richter der Zukunft aber, wie ihn die Mehrheit der internationalen kriminalistischen Vereinigung nach Maßgabe anderer Beschlüsse für möglich erachtet, ist eigentlich allwissend und unfehlbar; da könnte ihm ja jene Befugnis sehr gut gegeben werden! Andererseits wird sich zeigen, ob bei Annahme eines Restes von Willensfreiheit es unmöglich ist, die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit zu konstruieren. Eine eingehende Theorie von der Zurechnungsfähigkeit auf der Grundlage des Determinismus, die nicht schon von den Anhängern des Determinismus selbst widerlegt wäre, besitzen wir noch nicht, und der von *Liszt* (Zeitschr. 23 S. 205) mit besonderer Schärfe gegen die sog. klassische Schule erhobene Vorwurf, sie habe es völlig unterlassen (mit Ausnahme *Feuerbachs*), die Ursachen des Verbrechens psychologisch zu erforschen, könnte gegenwärtig noch der neuen Schule zurückgegeben werden. Das Argument *Hippels*, das auch schon *Liszt* geltend gemacht hatte, indem er das Gesetz als *Magna charta* des Verbrechers (richtiger des Bürgers) bezeichnet, scheint mir schon widerlegt zu sein von *Horn*, GS. 58 S. 208 ff. — Die letzte Konsequenz des Determinismus hat (vielleicht halb im Scherz?) *van Hamel* auf der Hamburger Versammlung der internat. kriminalistischen Vereinigung (1905) gezogen (Mitteilungen 13 S. 507). Der Fortschritt (des Strafrechts?) wird nach *van Hamels* Meinung durch die drei Begriffe der Zurechnungsfähigkeit, der Strafe und der Delikte gehindert; wir müssen diese Begriffe also (wenigstens mit der Zeit!) prinzipiell zu eliminieren uns bestreben. Das Rätsel, welches, wenn dies Ziel erreicht ist, vom Strafrechte übrig bleibt, hat *v. H.* aber nicht gelöst. Meiner Ansicht nach würden die Gerichte sich dann in Sicherheitskommissionen verwandeln, mit der schrankenlosen Macht ausgestattet, nach irgend welchen Kriterien jeden für ein gefährliches Individuum zu erklären und auf unbestimmte Zeit — bis er nach Ansicht einer Kommission ungefährlich geworden — einzusperren und zu bearbeiten.

<sup>13)</sup> Die gleiche Behandlung der Geisteskranken und der Verbrecher wird allerdings von vielen Deterministen abgelehnt, so z. B. von *Träger* S. 199 und früher (Zeitschrift 13 S. 342) und jetzt wieder freilich etwas schwankend (Lehrb. 14. Aufl. S. 163, 164) von *Liszt* (vielleicht unter Gleichstellung von Zurechnungsunfähigkeit und Strafunfähigkeit?): Der Geisteskranke wird nicht gestraft, weil eine Korrektur durch die Strafe wie bei den „normalen Menschen“ unmöglich sei. Vgl. dagegen *Gretener* S. 102/103. Außerdem kann man fragen, warum wird denn der Verbrecher der häufig mildereren Behandlung, welche man Geisteskranken zuteil werden läßt, nicht unterzogen? Auch diese könnte doch auf ihn wirken.

Einen noch beachtenswerten Versuch, neben dem Determinismus die Strafe zu retten, enthält *Groos*, Der Skeptizismus in der Freiheitslehre 1830. Die Einsicht des Verbrechers soll durch Strafe geläutert werden. Aber an der Klippe, daß dann die Strafe so eingerichtet werden müßte, wie sie der Aufklärung des Verbrechers am dienlichsten sein würde, an der Unvereinbarkeit solcher Strafe mit der Notwendigkeit, zugleich Abhaltungsmotive zu liefern, scheitert dieser sog. Begriffs-Determinismus, der übrigens noch den Fehler begeht, alle Menschen als von Natur dem Guten ergeben zu betrachten und die Verbrechen nur aus verkehrten Begriffen der Verbrecher ableitet.

Vollziehung der Strafe der Abschreckung wegen, die wir nötig haben, erforderlich sei, so wäre dieser Wiederaufnahme der früheren, längst widerlegt geglaubten *Feuerbachs*chen Rechtfertigung der Strafe durch die Strafdrohung<sup>14)</sup> auch entgegen zu halten, daß eine auf ein reines und konsequentes Abschreckungsprinzip aufgebautes Strafrecht bekanntermaßen nicht durchführbar ist. Wenn nun der Determinismus statt dieses unmöglichen Strafrechts ohne weiteres unser gegenwärtiges Strafrecht einschiebt, so erweist sich bei genauer Betrachtung der Hinweis auf die Notwendigkeit der Strafdrohung als hin-fällige Stütze des Determinismus.

Man wird aber nicht annehmen können, daß mit dieser Gleichstellung des gefährlichen Verbrechers mit dem Geisteskranken die Änderung des Strafrechts abgetan sei, wenn wirklich die vollständigen Konsequenzen in das Volksbewußtsein übergegangen sein würden. Die Feststellung, daß jemand, um einer Behandlung als Verbrecher oder Geisteskranker unterworfen zu werden, eine Tat begangen haben müsse, die als Verbrechen sich darstellt, wäre nicht mehr zu fordern; es müßte rationell die verbrecherische Disposition genügen, wie man ja auch zu Gewalttätigkeiten neigende Geisteskranke einsperrt, selbst wenn sie wirklichen Schaden noch nicht angerichtet haben; und andererseits würde die einmalige Begehung einer Verbrechertat, falls sie durch ganz besondere Umstände veranlaßt wäre, jene schwerwiegende Behandlung und zugleich kostspielige Maßregel der Freiheitsberaubung nicht rechtfertigen. An die Stelle des jetzigen Strafverfahrens würde also eine andere Prozedur zur Feststellung der verbrecherischen oder gefährlichen Neigungen des Individuums treten müssen. Und wie sollte man mit Individuen verfahren, die zwar nicht schwerer Verletzungen und Gefährdungen anderer sich schuldig gemacht, aber immerhin Handlungen begangen hätten, die in großer Menge sozial

---

<sup>14)</sup> Nach dieser Rechtfertigung der Strafe, die in ähnlicher Weise auch bei anderen Anhängern des Determinismus wiederkehrt, sind die Verbrecher eigentlich Wohltäter der übrigen Menschheit. Denn sie ermöglichen, indem sie Strafe erleiden, erst die Wirksamkeit der in den Strafgesetzen liegenden ethischen Vorschriften bei denjenigen, die, wenn sie nicht das Strafleiden der Verbrecher wahrnahmen (davon hörten), selbst Verbrechen begehen würden. Die letzte Konsequenz des Determinismus wäre, die Verbrecher nur zum Schein zu strafen, dem Publikum aber die Vorstellung beizubringen, daß die Verurteilten schwere Übel erlitten, während sie in Wahrheit auf einer unbekanntem Insel der Seligen sich befänden.

wenigstens nicht geduldet werden können, z. B. beleidigt, verleumdet, kleinerer Erpressungen, Freiheitsberaubungen usw. sich schuldig gemacht haben?<sup>15)</sup> Wollte man für diese Handlungen das alte Strafrecht und den alten Strafprozeß bestehen lassen, wo wäre da die Grenze?<sup>16)</sup>

Man sieht, in der vollen Konsequenz des Determinismus<sup>16a)</sup> liegt eine völlige Umwandlung des bisherigen Strafrechts,<sup>17)</sup> und nur eine Täuschung ist es, wenn man Strafe und Abschreckung durch die Strafe damit glaubt rechtfertigen zu können, daß die Strafe als ein Wert- oder, genauer gesagt,

<sup>15)</sup> Vgl. über die Unvereinbarkeit des folgerichtigen Determinismus mit dem gegenwärtigen Strafrecht besonders v. *Buri* z. GS. 41 S. 410, 43 S. 255 ff., 46 S. 321—337, 48 S. 375 (dasselbst auch weitere Zitate).

<sup>16)</sup> Unter den Versuchen, die Leugnung der Willensfreiheit mit der Strafe im überlieferten Sinne zu vereinigen, ist vielleicht der am meisten gelungen, den *Janka*, Grundlagen der Strafschuld S. 56, gemacht hat. „Um den erforderlichen Eindruck der Gesamtheit gegenüber hervorzubringen, um die von dem Verbrechen abhaltenden Faktoren wirksam zu kräftigen, muß die Strafe in ihrem Begriffe als ein Übel sich darstellen.“ Allein sobald die Überzeugung von der Unfreiheit des Willens die allgemeine geworden sein würde, würde die Strafe als Übel eben diesen Eindruck auf die Allgemeinheit nicht mehr machen; man würde sie als Barbarei betrachten, ebenso wie man jetzt die früher übliche Behandlung mancher Wahnsinnigen als Barbarei ansieht. Die Strafe wird dann Erziehungsmittel (*G. Glaser*, Zurechnungsfähigkeit, Willensfreiheit 1888, S. 103), und wie man Irrsinnige möglichst schonend behandelt, muß man das auch bei Verbrechern tun. Die gute Behandlung ist dann nur Finanzfrage.

<sup>16a)</sup> Es hilft nichts, hier zwischen vulgärem und aufgeklärtem Determinismus zu unterscheiden, wie *Mittelstädt*, GS. 46 S. 391 ff., unter Berufung auf *Merkels* Ausführungen (*Zeitschr.* 1 S. 564 ff.) freilich versucht hat. Der sog. vulgäre Determinismus existiert, wie *Liszt*, *Zeitschr.* 13 S. 339, richtig bemerkt hat, in der Wissenschaft nicht. Niemand denkt daran, daß ein Mensch einem chemischen Reagenz gleichzustellen sei. Wenn aber *Merkel* und *Mittelstädt* glauben, Verantwortlichkeit und Strafe im heutigen Sinne damit retten zu können, daß sie den Charakter, die Eigenart des Handelnden einschieben, so vergessen sie, daß ihrer Ansicht nach eben dieser Charakter, diese Eigenart doch nichts anderes ist, als das notwendige Produkt anderer Umstände, der Erzeugung durch bestimmte Eltern, der Erziehung usw. — Der Unterschied zwischen den verschiedenen Arten des Determinismus, z. B. dem anthropologischen *Lombrosos*, dem soziologischen und dem psychologischen besteht nur darin, daß man die Unrichtigkeit des ersteren auch vom rein naturwissenschaftlichen Standpunkte aus erweisen kann. Daß sämtliche Arten des Determinismus für den kriminalistischen Schuldbegriff gleich verhängnisvoll sind, hebt auch *Gretnor* S. 190 Anm. hervor.

<sup>17)</sup> Schon *Leibniz* hat sich in seiner Theodicee §§ 67 ff. mit der Möglichkeit eines Strafrechts ohne Annahme der Willensfreiheit beschäftigt. Er kommt zu dem Ergebnisse: ein solches Strafrecht sei möglich 1. zur Sicherung, 2. zur Korrektion, wie man solche bei Tieren anwende, und da bei Tieren auch eine Abschreckung in gewissem Umfange möglich sei — getötete Raubvögel nagele man ja auch zur Abschreckung solcher Tiere an die Türen —, 3. in gewisser Weise auch zur Abschreckung. Daß *L.* ein solches Strafrecht als ein rohes betrachtete, dürfte hiernach klar sein. — Gelegentlich läßt ja auch die Härte, mit der konsequente Deterministen angeblich unverbesserliche Personen behandeln wollen, nichts zu wünschen übrig (vgl. dagegen *Gretnor* S. 6 Anm.).



Unwerturteil über das Individuum aufrecht zu erhalten sei,<sup>17a)</sup> das uns berechtige, eben dies Individuum unschädlich zu machen. Denn da das Individuum nicht anders konnte, als so handeln, wie es gehandelt hat, so wird auch das Werturteil nicht sowohl über das Individuum, als vielmehr über diejenigen Faktoren abgegeben, die dem Individuum die fragliche Handlungsweise aufzwingen. Wenn das Individuum z. B. betrachtet wird, als sei es infolge verkehrter sozialer Zustände genötigt Verbrechen zu begehen, etwa zu stehlen, zu rauben, so ist es ja eigentlich die Mangelhaftigkeit dieser sozialen Umstände, über die wir ein Urteil sprechen, wenn wir das Individuum zu einer Strafe verurteilen. Außerdem aber ist die Strafe — jedenfalls solange sie etwas mehr enthält als eine bloße Mißbilligung<sup>18a)</sup> ohne irgendwelche andere Übel für den Verurteilten — nicht ein bloßes Werturteil, vielmehr zugleich ein wirkliches Handeln mit der Absicht, demjenigen, über den das nachteilige Werturteil gesprochen ist, dieses Handeln jedenfalls nicht als einen Vorteil erscheinen zu lassen. Wir gelangen also auch auf diesem Wege nicht zu einer Rechtfertigung oder Aufrechterhaltung der Strafe, sofern wir ihr nicht den Charakter eines den Schuldigen treffenden Übels völlig zu nehmen entschlossen sind, und wollten wir diesen letzteren Schritt tun, müßte das Strafgefängnis eine möglichst freundliche Verwahrungs- und Unterweisungsanstalt werden, und die Strafe würde, ihren abwehrenden Charakter einbüßend, zur Begehung von Verbrechen ermuntern.

**§ 3.** Ebenso unvermögend aber, ein rationelles Strafrecht zu begründen, würde ein absoluter Indeterminismus oder Indifferentismus sich erweisen.

Ihn träge das Argument des Determinismus, daß bei absoluter Freiheit des Individuums eine Wirksamkeit des Strafgesetzes als Motiv ausgeschlossen wäre oder doch nicht vorausgesetzt werden könnte. Der Determinismus macht aber insofern ebenfalls eines Widerspruchs sich schuldig, als er bei dem Verantwortlichmachen bei dem Charakter des Individuums stehen bleibt und nicht auf die Ursachen der Charakterbildung

<sup>17a)</sup> So namentlich *Merkel*, *Zeitschr.* I S. 564.

<sup>18a)</sup> Auch *Petersen* S. 186 ff. bezeichnet öfter die Strafe wesentlich als autoritative Mißbilligung mit gewissen nachteiligen Folgen für den Verurteilten.

zurückgeht, während der Indeterminismus doch dem Charakter die Freiheit der Entscheidung in letzter Linie zuschreibt. Daher ist, sofern man nicht auf die letzte Rechtfertigung des Strafrechts zurückgeht oder legislativ ein völlig rationelles neues Strafsystem a priori konstruieren will, in der Frage der Zurechnungsfähigkeit praktisch kein Unterschied zwischen Determinismus und Indeterminismus zu bemerken.<sup>19)</sup> Ein wirklich zwingender Beweis für die Freiheit des menschlichen Willens ist allerdings bis jetzt noch nicht gefunden, vielmehr beruht das, was als solcher Beweis angesehen worden ist, auch auf Täuschung, insbesondere Selbsttäuschung.<sup>20)</sup>

Aber strafrechtlich ist auch solcher Beweis nicht erforderlich. Unser gesamtes Strafrecht ruht, solange die Strafe noch irgend ein Übel, ein Leiden für den Schuldigen enthalten soll, auf der Annahme, daß zwar Motive das menschliche Handeln zu bestimmen vermögen, daß aber gleichwohl ein gewisser Kern oder Rest von Freiheit des Willens vorhanden ist. Es muß also gerade auf Grundlage dieser Antinomie die Frage der Zurechnungsfähigkeit gelöst werden.<sup>20a)</sup>

Der Indeterminismus aber, der uns einerseits die Erklärung<sup>20b)</sup> großer sozialer Erscheinungen gibt und die gesamte Gesetzgebung mit der Voraussetzung arbeiten läßt, daß Motive

<sup>19)</sup> Vgl. insbesondere die treffende Ausführung *Thibauts*, Beiträge S. 55 ff.

<sup>20)</sup> Wenn wir bei unseren Entschlüssen einen letzten in Motive nicht auflösbaren Faktor vorfinden, der zugleich unsere Verantwortlichkeit zu begründen scheint (vgl. *Rohland* S. 154 ff.), so beweist das noch keineswegs, daß jener Faktor etwas anderes sei, als nur ein zusammengesetztes Motiv, so wenig wie in der Chemie der Beweis, daß wir einen Urstoff vor uns haben, dadurch erbracht wird, daß wir mit den uns zu Gebote stehenden Reagentien einen Stoff nicht zu zerlegen vermögen.

<sup>20a)</sup> Nur oberflächliche Betrachtung wird verkennen, daß unsere moderne Sozialethik mit Ausnahme des konsequenten Sozialismus, der seinerseits zu einem unmöglichen Staatswesen führt, auf der Antinomie ruht, es sollen einerseits die Individuen nicht unter dem Zufalle der Abstammung von bestimmten Eltern schuldlos leiden, und andererseits soll Sorge und Fleiß der Eltern in dem Glücke ihrer Kinder belohnt werden. Die erste Betrachtung führt zur Beseitigung des Erbrechtes, die zweite zu seiner Erhaltung.

<sup>20b)</sup> Das sogen. Gesetz der großen, nur mit untergeordneten Differenzen sich gleich bleibenden Zahl gewisser sozialer Erscheinungen, andererseits aber der Einfluß von hohen und niedrigen Lebensmittelpreisen, schlechterem und besserem Verdienste in der Industrie auf die Zahl der Eheschließungen, der Eigentumsverbrechen, der Verbrechen, welche mit einem gewissen Lebensgenusse im Zusammenhange stehen, ist meines Erachtens allerdings ein Argument für den Determinismus in dem Sinne, daß gewisse Motive bei einer großen Anzahl Menschen dieselben Entschlüsse und Handlungen herbeiführen, bzw. bei einer gewissen Anzahl unter gewissen veränderten Voraussetzungen einbüßen.

den Willen der Menschen kausal beeinflussen, ist nicht ein Indeterminismus, welcher behauptet, daß das Individuum sich ganz beliebig der Herrschaft auch des stärksten Motivs entziehen könne, vielmehr ein Indeterminismus, welcher annimmt, daß es auf die Stärke der einzelnen Motive und die Beschaffenheit des Charakters des Individuums ankommt, ob diese das Verhalten des Individuums kausal beherrschen oder ob sie, wie man sagen könnte, auf den für die einzelnen Motive bei den einzelnen Individuen verschieden liegenden Freiheitspunkt treffen, bei welchem ihre Herrschaft aufhört.

§ 4. Determinismus und Indeterminismus unterscheiden sich also praktisch nur darin, daß der Determinismus unbewußt, der (relative) Indeterminismus, wie ich ihn verstehe, bewußt inkonsequent verfährt. Dies aber scheint mir ein Vorzug des Indeterminismus; denn dies Bewußtsein ist zugleich die Erinnerung an die Möglichkeit des Irrtums, die Erinnerung auch daran, daß wir bei Lösung der Frage der Zurechnungsfähigkeit uns der Wahrheit nur nähern, ohne sie jemals vollständig zu erreichen. Mit diesem Bewußtsein kommt man von selbst zur Milde, soweit diese mit den Anforderungen der allgemeinen Sicherheit vereinbar ist, während der Determinismus mit dem Anspruch unfehlbarer Logik auftretend, zwischen übermäßiger Milde<sup>21)</sup> — freundlicher Fürsorge für die Besserungsfähigen — und übermäßiger Härte — lebenslänglichem Unschädlichmachen (anscheinend) Unverbesserlicher — zu schwanken in Gefahr ist, und schließlich die harmonische Lösung dieses Widerspruches von dem unfehlbaren Richter der Zukunft erwartet. Daß endlich der Indeterminismus die Strafe nur als rächende Gerechtigkeit, nicht aber in ihrer heilsamen Wirksamkeit für die Zukunft aufzufassen vermöge, ist durch nichts bewiesen. Ich z. B. habe die Vergeltung in diesem gewöhnlichen Sinne als einen

<sup>21)</sup> *Träger*, bes. S. 246, scheint anzunehmen, daß Milde und Verzeihen konsequent wesentlich nur mit dem Determinismus vereinbar seien. Aber Härte und Milde finden sich in beiden Lagern, in dem des Determinismus wie des Indeterminismus. War *Calvin*, der schärfste Vertreter der auf dem Determinismus beruhenden Prädestinationslehre, der *Servetus* als Ketzer verbrennen ließ, nicht ein sehr harter Charakter? Wer das Bewußtsein hat, unfehlbare Wahrheit zu besitzen, wird leicht hart; und an Härte haben verschiedene in der internationalen kriminalistischen Vereinigung gemachte Vorschläge gegenüber den vermeintlich Unverbesserlichen es nicht ganz fehlen lassen.

überwundenen Standpunkt stets betrachtet. Schon früh hat man nun in gewissem Umfange anerkannt, daß Individuen, die sich durch besondere Eigenschaften auszeichnen, Kinder und Personen, die nach Wahnvorstellungen handeln (offenbar Wahnsinnige), nicht zu strafen seien,<sup>22)</sup> und in der fortschreitenden Individualisierung der Strafe, in der Anerkennung von Strafmilderungs- und Strafminderungsgründen, wie in der Erweiterung des Kreises von Personen, die man wegen besonderer Eigenschaften als der staatlichen Strafe entzogen betrachtet, steckt die Jahrtausende dauernde, vielleicht unendliche Arbeit des Menschengeschlechts,<sup>23)</sup> den Punkt immer genauer zu bestimmen, bei welchem die Freiheit der Handlung aufhört, und zugleich immer genauer zu bestimmen den Anteil des handelnden Subjektes an der Handlung und den Anteil äußerer und unwiderstehlicher somatischer Einflüsse, welche auf das Individuum wirkten.<sup>24)</sup> Und bei dieser Arbeit hat man allerdings nach und nach erkannt, daß Personen als zurechnungsunfähig anzusehen sind, die man in früheren Jahrhunderten bestraft haben würde.<sup>25)</sup> Die Entwicklung vollzieht sich dabei zum Teil im Wege bewußter Rechtsbildung, zu einem nicht geringen Teile aber unbewußt durch die Praxis; denn mittels einer und derselben Definition der Zurechnungsfähigkeit (oder Zurechnungsunfähigkeit kann

<sup>22)</sup> Vgl. für d. röm. R. z. B. über Geisteskranke (*furiosi*) L. 40 D. de R. J. 50,17; L. 12 D. 48,8; L. 9 § 2 D. 48,9; L. 7 § 3 D. 48,4 „*et personam spectandam esse . . . an sanae mentis fuerit . . .*“ und andere von *Kein* S. 209 zitierte Stellen. In den alten nordischen Rechten bewirkt der Gesichtspunkt des mit dem Strafrecht verbundenen Schadenersatzes, daß Erben und Verwandten für die Tat des Wahnsinnigen haften können (vgl. *Wilda*, Strafr. der Germanen S. 644 ff.). In den *Leges Barbarorum* wird die Untat eines Unmündigen als Ungefährwerk gebüßt (*Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte 2 S. 546); im langobardischen Rechte *Edictum Rothari* c. 328 heißt es schon von der Tat eines „*rabiosus*“ oder „*daemoniosus*“ „*non requiratur*“. Nach den Quellen des späteren Mittelalters setzt z. B. *Sächs. Landr.* III, 3 „*Over rechten doren unde over sinnelosen man ne sal man ok nicht richten*“. Wenn aber der Vormund aus dem Vermögen des Wahnsinnigen oder des Kindes Schadenersatz leistet, so erklärt sich das einfach daraus, daß die Verpflichtung zum Schadenersatz nicht ausschließlich auf einer wirklichen Verschuldung zu beruhen braucht (vgl. über Einzelheiten *John*, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher I S. 94 ff.). In Frankreich hat man eine Zeit lang allerdings den Wahnsinn nicht unbedingt als Grund der Unverantwortlichkeit gelten lassen und nach Ermessen des Beispiels wegen (um abzuschrecken) bei schlimmen Taten auch Wahnsinnige bestraft. *Garraud* 1 n. 252.

<sup>23)</sup> Treffend hervorgehoben von *Binding*, Normen 2 S. 26.

<sup>24)</sup> Vgl. *Jessen* S. 67.

<sup>25)</sup> Man vgl. z. B. die von *Leyscr* Sp. 599 n. 3 und 4 mitgeteilten Fälle, in denen heutzutage schwerlich an Zurechnungsfähigkeit gedacht werden würde.

man zu sehr verschiedenen Entscheidungen in völlig gleichen Fällen gelangen.<sup>25a)</sup>

§ 5. Den Ausgangspunkt bildet hier ein erheblicher bei dem Schuldigen vorhandener Mangel der gewöhnlichen Einsicht in die Lebensverhältnisse oder ein Denken und Leben der Unzurechnungsfähigen in einer von der wirklichen Welt abweichenden imaginären Welt, aber auch eine Tätigkeit nach völlig unerklärlichen, den Tätigen selbst nicht selten schädigenden Trieben.

Die naive Auffassung des Strafrechts ruht nun selbstverständlich auf dem Indeterminismus: Strafe verdient, wer böse sein will. Als man daher zur Ausarbeitung vollständiger Strafgesetzbücher schritt und somit veranlaßt wurde, eine Definition der Zurechnungsfähigkeit zu geben — d. h. des Zustandes des Individuums, in welchem dieses für seine Tätigkeitsäußerungen verantwortlich gemacht werden kann —, erschien die Freiheit der Willensbestimmung als das Wesen der Zurechnungsfähigkeit.<sup>26)</sup>

Genauere Untersuchungen zeigten aber bald, daß die mannigfachsten Dinge auf den Willen einen starken, zuweilen einen anscheinend zwingenden Einfluß auszuüben vermögen, und da man volle Freiheit für die Anwendung der gesetzlichen Strafe glaubte verlangen zu müssen, so war das Ergebnis eine haltlose Willkür in der Milderung der Strafen, gegen welche *Feuerbach*<sup>27)</sup> mit den Argumenten des Determinismus siegreich auftrat.

Das bayerische Gesetzbuch von 1813 vermeidet es daher von der Freiheit der menschlichen Handlungen zu reden, und im Art. 120 ist bei Bezeichnung der (wegen Unzurechnungsfähigkeit) straffreien (entschuldigten) Personen als Erfordernis der Unzurechnungsfähigkeit eigentlich nur der mangelnde Gebrauch des Verstandes bezeichnet.<sup>28)</sup>

<sup>25a)</sup> Die Beschreibung der Arten und Formen geistiger Krankheit wie ihrer Kennzeichen muß den psychiatrischen Werken überlassen bleiben. In einer juristischen Arbeit kann es sich nur darum handeln, zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen bestimmte geistige Zustände die rechtliche Beurteilung und Behandlung einer Tat, bzw. einer Person zu beeinflussen haben.

<sup>26)</sup> Vgl. Codex Maximil, Bavaricus Kap. 1 § 4, preußisches allgem. Landrecht II, 20 § 16. — Das G. B. Josephs II. I § 5 faßt das Fehlen des Vernunftgebrauches als „Abgang des freien Willens“ auf.

<sup>27)</sup> Revis. der Grundbegriffe des peinl. Rechts I S. 319ff.

<sup>28)</sup> Der Code pénal erkennt im Art. 64 zwar nur «*Demence*» als geistigen, die Verantwortlichkeit ausschließenden Zustand an. Es wird darunter aber jede

In ähnlicher Weise wird, wer des Gebrauchs der Vernunft oder des Verstandes durch Seelenkrankheit beraubt ist,<sup>29)</sup> in der Mehrzahl der nun folgenden deutschen Gesetzbücher als zurechnungsunfähig behandelt, ohne daß von Freiheit des Willens oder der Selbstbestimmung dabei die Rede ist, während das preußische Gesetzbuch (§ 40) ausdrücklich nur von Wahnsinn und Blödsinn spricht, ohne freilich, wie angenommen wurde, andere Formen geistiger Erkrankung oder Störung ausschließen zu wollen.<sup>30)</sup> Dagegen kommt Fehlen der Willkür des Handelnden, bzw. der Fähigkeit der Selbstbestimmung wieder alternativ neben dem Mangel des Bewußtseins der Strafbarkeit der Handlung als Merkmal der Unzurechnungsfähigkeit vor in dem badischen GB. § 71, im sächsischen StGB. (Art. 86, 87) und in dem bayerischen GB. von 1861 Art. 67, und der erste Entwurf eines norddeutschen StGB. § 46 kehrt endlich wieder zurück zu der einfachen Bestimmung, nach welcher der Zustand der Unzurechnungsfähigkeit als Mangel oder Ausschluß der freien Willensbestimmung charakterisiert wird. Das StGB. hat dann, entsprechend einem Vorschlage der preußischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen, den beschränkenden Zusatz eingefügt, demzufolge die Ausschließung der freien Selbstbestimmung auf krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder einem Zustande der Bewußtlosigkeit<sup>31)</sup> beruhen muß.

Art der geistigen Erkrankung verstanden. Die «*force à la quelle il (le prévenu) n'a pu résister*» bezeichnet physische oder seelische Einwirkungen, die, von außen kommend, auch den geistig Gesunden die Freiheit rauben. — *Hélie* I n. 347 ff., 372 ff. *Pandectes françaises* 5. v. *Aliénés* n. 580 ff.

<sup>29)</sup> Altenburgisches GB. Art. 67, württembergisches Art. 97, braunschweigisches § 30 (fordert völliges Beraubtsein des Vernunftgebrauchs), hannoversches Art. 83, 2, 3, 4 (spricht von Aufhebung des Vernunftgebrauchs durch Geisteszerüttung oder Gemütskrankheit und Verlust des Verstandgebrauchs durch Alterschwäche), ähnlich thüringisches GB. Art. 62, 2, 3; das hessische Art. 37, 3 bezeichnet als straffrei wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit Personen, bei denen das Bewußtsein der Strafbarkeit durch Schlaf, Nachtwandeln, Wahnsinn, Blödsinn, Verrücktheit aufgehoben war oder vorübergehend gänzliche Verwirrung der Sinne oder des Verstandes stattgefunden hatte, und damit stimmt überein nassauisches GB. Art. 35.

<sup>30)</sup> Vgl. *Eseler*, Kommentar zum preuß. StGB. S. 180, *Hälschner*, Preuß. Strafrecht I S. 113.

<sup>31)</sup> Da bei wirklicher (vollständiger) Bewußtlosigkeit von einem Handeln nicht, vielmehr nur von automatischen Reflexbewegungen die Rede sein kann, so interpretiert die gemeine Meinung und so auch das RG. (vgl. I 16./1. 82, E. 5 N. 117 S. 338, III 29./1. 94 G. Arch. 42 S. 45) den § 51 in dem Sinne, daß zur Straffreiheit schon eine (erhebliche) Verdunkelung oder Verzerrung des

In dieser Rückkehr der Gesetzgebungen zu der früheren Grunddefinition der Zurechnungsfähigkeit als Freiheit der Willens- oder Selbstbestimmung reflektiert sich der eine Zeitlang nach der Überwindung der *Feuerbachs*chen Theorie des psychologischen Zwanges in der Theorie des Strafrechts auf der Grundlage der Philosophie *Hegels*<sup>31 a)</sup> herrschende Indeterminismus,<sup>32)</sup> obschon freilich keineswegs notwendig der § 51 des StGB. dem Wortlaute nach im Sinne des Indeterminismus aufgefaßt werden muß, vielmehr Freiheit hier auch in dem Sinne verstanden werden kann, daß damit die Nichtexistenz besonderer Zwangszustände gemeint ist, deren Wirkung dem Handelnden nach Ansicht des Determinismus wie des Indeterminismus nicht mit auf Rechnung gesetzt werden darf.<sup>33)</sup>

Die Definition der Zurechnungsfähigkeit als Freiheit der Selbstbestimmung ist überhaupt eine rein formale; eine reale, den wirklichen Zustand uns klar machende Definition der Zurechnungsfähigkeit ist der Indeterminismus schuldig geblieben.<sup>34)</sup> Zwar haben Anhänger des Indeterminismus uns in verdienst-

---

Bewußtseins genügt. Auch eine Empfindung von Sinnenlust kann nach dem angeführten Urteil des RG. von 1894 bei Zurechnungsunfähigkeit stattfinden. — Ferner spricht § 51 nur vom „Täter“. Es ist aber klar, daß die Frage der Zurechnungsfähigkeit für jeden Teilnehmer an einem Delikte besonders beantwortet, das Wort „Täter“ daher nicht im technischen Sinne genommen werden darf. Vgl. *Olshausen*, § 51 Anm. 2.

<sup>31 a)</sup> Vgl. *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 4 ff.

<sup>32)</sup> Vgl. besonders *Henke* 1 S. 290 ff., *Oersted* S. 129, *Bauer*, Abhandl. 1 S. 254, *Berner*, Imputationslehre S. 12 ff., *Köstlin*, N. Revision S. 90 ff. und 1 §§ 41 ff. Bei vielen juristischen Schriftstellern ist es freilich schwer zu entscheiden, ob sie dem Indeterminismus oder Determinismus zuzuzählen sind, da sie einerseits Freiheit und Willkür im unbeschränktesten Sinne annehmen, andererseits aber sich auf *Feuerbach* berufen.

<sup>33)</sup> In den Motiven des ersten Entwurfs des norddeutschen StGB. ist ausdrücklich bemerkt, es dürfe nicht befürchtet werden, daß infolge der Definition der Zurechnungsunfähigkeit die verschiedenen Auffassungen über die Freiheit des Willens im philosophischen Sinne in die Kriminalverhandlungen gezogen werden würden.

<sup>34)</sup> Auch *Binding*, Normen 2 S. 70 ff., hat vom Standpunkte des Indeterminismus aus eine Realdefinition der Zurechnungsfähigkeit nicht gegeben, wenn er sagt, das Motiv müsse in uns, nicht außer uns seine Quellen haben, wenn wir zurechnungsfähig sein sollen; anderenfalls sei der Mensch nur der Schauplatz eines pathologischen Prozesses, in den er selbst einzugreifen nicht vermöge. Damit wird zwar gesagt, daß unter gewissen Voraussetzungen eine Tätigkeit nicht zuzurechnen sei; aber es werden — und darauf kommt es hier an — diese in den Personen der Handelnden liegenden Voraussetzungen nicht charakterisiert. Vgl. in dieser Beziehung richtig *Liepmann*, S. 92. Aber *Bindings*, rein logisch betrachtet nicht zureichende, Definition hätte allerdings den Ausgangspunkt bilden können für eine fördernde Entwicklung der Lehre der Zurechnungsfähigkeit auf Grundlage des Indeterminismus.

licher Weise einzelne Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit klargelegt; aber es fehlt die Zusammenfassung zum Begriffe, und stets bleibt die Frage offen, in welchem Maße die einzelnen Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit bei dem Individuum vorhanden sein müssen, da alle diese Erfordernisse in sehr verschiedenem Maße oder Grade als vorhanden gedacht werden können, z. B. die Einsicht in den gewöhnlichen Kausalzusammenhang der Dinge oder die Reife des sittlichen Urteils usw.

§ 6. Anhänger des Determinismus haben dagegen reale Definitionen zu geben versucht.<sup>35)</sup> *Merkel* (Lehrb. S. 52) definiert die Zurechnungsfähigkeit als Fähigkeit wirksam zu werden nach eigenem Maß<sup>36)</sup> in Gemäßheit der eigenen Individualität.<sup>36a)</sup> Wenn aber die Eigenartigkeit des Menschen — sein Charakter — nur ein Produkt anderer Faktoren sein soll, wie der auch von *Merkel* vertretene Determinismus annimmt, so ist ein solches eigenes Maß nicht möglich; denn der Mensch hat eben nichts in Wahrheit Eigenes. Es liegt also ein unbewußter Rückfall in den Indeterminismus vor. Soll dagegen unter Eigenartigkeit eine von der übrigen Menschheit abweichende Eigenartigkeit verstanden werden, eine Annahme, die mit dem Determinismus verträglich wäre, so würden, wie *Liszt* bemerkt hat, die Geisteskranken, die sich geistig fundamental von der übrigen Menschheit unterscheiden, die größten Verbrecher sein. Freilich liegt in dieser Definition ein gewisses richtiges Moment. Der von Wahnvorstellungen erfüllte Irre handelt nach eigenem Maß, ebenso der Idiot. Nach der Konsequenz des Determinismus ergibt jenes Moment Unrichtiges.

Ebensowenig gelungen ist der Versuch *Tardes*, S. 83 ff., der Zurechnungsfähigkeit definiert als soziale Ähnlichkeit, d. h. als soziale Ähnlichkeit mit der großen Mehrzahl der Mensch-

<sup>35)</sup> *Feuerbach*, N. Revision 1 S. 155, hat Zurechnungsfähigkeit (oder Willkür, wie er sagt) definiert als Vermögen, sich nach Begriffen mit dem Bewußtsein der Selbsttätigkeit zu bestimmen. Danach würden viele offenbar geistesranke Personen zurechnungsfähig sein. Das Bewußtsein der Selbsttätigkeit haben sie oft in hohem Grade, und die Subsumtion ihrer Handlungen unter allgemeine Begriffe fehlt ihnen auch nicht. In den verschiedenen Auflagen des *Feuerbachschen* Lehrbuches finden sich Schwankungen und Unklarheiten. Vgl. Anm. 1 von *Mittermaier* zu § 84 der 14. Aufl. des *Feuerbachschen* Lehrbuchs.

<sup>36)</sup> Ebenso *van Calker*, Strafrecht und Ethik, S. 7 ff. und *Juristenzeitung* 2 S. 25 ff.

<sup>36a)</sup> Vgl. auch *Liepmann* S. 94.



heit. Abgesehen aber davon, daß der Begriff Ähnlichkeit, «*similitude*», ein allzu verschwimmender, unbestimmter ist, würde daraus folgen, daß je mehr ein Charakter zu Verbrechen disponiert, welche von der Mehrzahl der Menschen verabscheut werden, um so weniger von Zurechnungsfähigkeit zu reden wäre.<sup>37)</sup>

*Liszt* sodann hat häufig<sup>37a)</sup> Zurechnungsfähigkeit als normale Bestimmbarkeit durch Motive definiert und zugleich, ausgehend von der früher bei ihm vorherrschenden Auffassung der Strafe, als einer Maßregel, welche die straffälligen Individuen bessern oder unschädlich machen soll, als Unterscheidungsnorm der Zurechnungsfähigkeit die Wirksamkeit der Strafvollziehung angesehen. Danach mußte aber einerseits der Unterschied zwischen vielen Geisteskranken und unverbesserblichen Verbrechern verschwinden<sup>38)</sup> — denn bei beiden wirkt die Strafe nicht — und andererseits konnte mit Grund eingewandt werden, daß es viele Geisteskranke gibt, auf die man mit Drohungen, ja mit einfachem Zureden ebenso einwirken kann, wie auf Gesunde. Deliktsfähigkeit und andererseits Straffähigkeit, d. h. ein Zustand, in welchem die tatsächlich vollstreckte Strafe wirken kann, sind außerdem auseinander zu halten. Man darf aber auch fragen, was ist normal?<sup>39)</sup> Die Antwort auf

37) Vgl. dagegen die Ausführungen *Berolshaimers*, Entgeltung im Strafr. S. 95. — Die temporäre Zurechnungsunfähigkeit wird von *Tarde* als nicht normaler Zustand des Individuums bezeichnet, in welchem dieses nicht seinem Charakter gemäß handelt. Aber gibt es nicht Verirrungen, Entgleisungen, wie man sagt, bei Menschen, deren Charakter man die einzelne begangene Tat nicht zutrauen würde, und die man im Augenblicke der Tat doch keineswegs für zurechnungsunfähig halten darf?

37a) Vgl. z. B. 3. Aufl. S. 151. Auch *Aschaffenburg* (*Hoche*, Hdb. S. 13) glaubt wenigstens die Meinung des Gesetzgebers in StGB. § 51 am besten durch diese Erläuterung feststellen zu können. Auch *Petersen*, S. 195 ff., hält die Zurückführung der Zurechnungsfähigkeit auf die Begriffe des Normalen und des Widerstandeistenkönnens für ausreichend. Neues findet sich hier nicht.

38) *Liszt* hat mit anerkennenswerter Offenheit diese Folgerung selbst gezogen, und die verschiedene Behandlung Geisteskranker und sog. unverbesserlicher Verbrecher als Vorurteil bezeichnet, das indes der Gesetzgeber zeitweilig noch zu respektieren habe. (Vgl. namentlich den 1896 auf dem dritten internationalen Psychologenkongreß gehaltenen Vortrag, *Zeitschr.* 17 S. 82.) *Lissts* Verteidigung dieses Vortrags gegen die Angriffe *Lammasschs* und anderer siehe *Zeitschr.* 18 S. 229 ff. Darüber auch *Liepmann* S. 100. Der Gesetzgeber könnte aber, ohne sich selbst zu entwürdigen, Strafen auf einen von ihm selbst erkannten Irrtum nicht gründen.

39) *Alimena* 1 S. 388, 389 führt aus, daß es einen normalen Menschen überhaupt nicht gibt. Namentlich würde, wenn auf Vererblichkeit Gewicht gelegt wird, irgend eine Anomalie in der Verwandtschaft sich leicht nachweisen

diese Frage ist nicht leicht zu geben.<sup>39a)</sup> Am Ende existieren wenige Menschen, die geistig nicht an irgendeinem Defekte leiden. Man weiß ja z. B., daß geistig höchst bedeutende Männer, die sogar im Staate leitende Stellungen einnahmen, unausrottbar Wahnvorstellungen hatten, denen sie aber in entscheidenden Momenten Einfluß nicht gestatteten, oder daß sie an Epilepsie litten.

In der 14. Auflage des Lehrb. ist *Liszt* zu einer etwas abweichenden Definition gelangt. Zurechnungsfähigkeit ist nunmehr Determinierbarkeit durch die Normen sozialen Verhaltens. Diese Definition ist aber dem Determinismus unzugänglich; denn Möglichkeit und Wirklichkeit sind, wenn alles notwendig geschieht oder notwendig unterbleibt, in Wirklichkeit (in konkretem Falle) identisch, und nur in Hinsicht auf unser mangelhaftes Wissen dürfen wir bei jener Annahme von einer Möglichkeit bei künftig erst sich ereignenden Fällen reden.<sup>40)</sup> Wer sich im einzelnen Falle nicht durch soziale Normen determinieren läßt, also ein Verbrechen begeht, ist nicht determinierbar, folglich nicht zurechnungsfähig. So kann in Wahrheit niemand bestraft werden: *Incidit in Scyllam qui vult vitare Charybdim.*

*Liepmann* (S. 103ff.) hat dagegen einen Teil des Problems richtig erfaßt, wenn er auf das Bedürfnis der Rechtsordnung

lassen. — Der Begriff des Normalen wird gewiß auch nicht deutlicher, wenn man mit *H. Meyer*, § 22 I, ein Mindestdurchschnittsmaß als normal bezeichnet.

<sup>39a)</sup> *Windelband*, Monatsschr. f. Krim.-Ps. 3 S. 1—13, hat kürzlich in einem instruktiven Aufsätze den Versuch einer Begriffsbestimmung gemacht. Er gelangt zu dem Ergebnisse (S. 11), „abnorm“ denjenigen zu nennen und danach zu behandeln, welchem die dauernde Erziehbarkeit des Willens durch die Erfahrung abgeht. „Unter Erfahrung“ wird „dabei die Gesamtheit der Einwirkungen“ verstanden, „welche das Motivleben durch Belehrung und Erlebnis, durch theoretische und praktische Einwirkung der Außenwelt in ihrem ganzen Umfange unter normalen Umständen aufnehmen würde.“ Da hiernach abnorm ein Zustand ist, auf den normal nicht eingewirkt werden kann, so dürfte die Definition als idem per idem gebend schwerlich geglückt sein.

M. E. sind „normal“ und „abnorm“ rein praktische Hilfsbegriffe. Normal ist dasjenige, wofür gewisse Einrichtungen, Maßregeln usw. zu passen scheinen, abnorm dasjenige, wovon das Gegenteil behauptet wird, oder auch normal ist dasjenige, was einer Vorstellung meistens zu entsprechen scheint.

<sup>40)</sup> *Liepmann*, S. 172, glaubt die Anwendung des Begriffs der „Fähigkeit“ (Möglichkeit) für die Zurechnungslehre des Determinismus dadurch retten zu können, daß hier nicht der individualisierte Verlauf des wirklichen Geschehens, sondern die aus dem Durchschnittsverhalten abstrahierten allgemeinen Dispositionen entscheiden sollen. Danach würde der Handelnde bestraft nicht nach Maßgabe seiner wirklichen individuellen Schuld, sondern nach einem Phantom, das in keinem einzigen wirklichen Individuum existiert.

hinweist, die Scheidung von nur sozialgefährlichen Handlungen und von wirklichen Pflichtwidrigkeiten, bei denen Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt wird, aufrecht zu erhalten. Aber der Begriff der Pflicht setzt die Möglichkeit des Andershandelns voraus, und diese fehlt dem Determinismus.<sup>41)</sup>

So zeigt sich also, daß der Determinismus ohne Inkonsistenz eine Lehre der Zurechnungsfähigkeit zu begründen außerstande ist. Verfäht er, wie es der Fall ist, inkonsequent, ohne es zu wissen, so kann er freilich in der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit zu genau denselben Einzelsätzen gelangen, welche vom Standpunkte des relativen Indeterminismus aus abzuleiten sind. Daher denn auch die Behauptung, daß für die praktische Lehre die Zurechnungsfähigkeit des Determinismus und Indeterminismus unerheblich seien, eine Behauptung, welcher man unter dem gemachten Vorbehalte zustimmen kann.

Dagegen scheint mir vom Standpunkte des relativen Indeterminismus aus eine Lehre der Zurechnungsfähigkeit in folgender Weise begründet werden zu können.

§ 7. Daß eine im wesentlichen richtige Auffassung der Außenwelt — einschließlich der Stellung des handelnden Individuums selbst — und des im gewöhnlichen Leben benutzten Naturkausalismus ein Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit ist, ebenso wie eine gewisse Kenntnis und ein gewisses Maß des Verständnisses ethischer Handlungsnormen, ist eine alte übereinstimmend anerkannte Wahrheit. Wer, beherrscht von Wahnvorstellungen, in einer von der wirklichen Welt wesentlich abweichenden Welt zu leben glaubt oder sich eine von der wirklichen Stellung in der Welt völlig abweichende imaginäre Stellung zuweist, kann nicht verantwortlich sein für das, was er in der wirklichen Welt tut.<sup>42)</sup> Die Krankheit, die vermutliche Angegriffenheit von Gehirnteilen, tritt hier auch offensichtlich in mancherlei Symptomen hervor.<sup>43)</sup> Es ist dabei

<sup>41)</sup> Rohland, S. 65.

<sup>42)</sup> *Bindung*, Normen 2 S. 71, stellt den Fall des Irrtums den Fällen der Gesteskrankheiten, des Schlags und des Rausches gleich. Aber in den letzteren Fällen beruht die Einbildung auf einem rein inneren, im Falle des Irrtums auf einem von außen wirkenden Vorgange.

<sup>43)</sup> So ist die Vergleichung einer Person von zweifelhafter Zurechnungsfähigkeit mit einem zweifellos vom Gesetz nicht für zurechnungsfähig erachteten Kinde insbesondere ein nicht selten zu benutzender Anhaltspunkt für die zu treffende Entscheidung.

aber nach einer in der modernen Psychiatrie allgemein angenommenen Ansicht<sup>44)</sup> nicht erforderlich, daß der Zusammenhang der einzelnen Tat mit der verkehrten Vorstellung der Wahnidee nachgewiesen werde; vielmehr beeinflusst die geistige Erkrankung die gesamte Handlungsweise, wenn auch für unsere Erkenntnis in unberechenbarer Weise.<sup>45)</sup> Und Zurechnungsunfähigkeit ist andererseits auch dann anzunehmen, wenn das Individuum nur mit größter Anstrengung und ungewöhnlichem Zeitverluste die Bedeutung seiner Handlungsweise, sei es nach der Seite der äußeren Wirksamkeit, sei es nach der ethischen Seite hin, zu erfassen vermag (Schwachsinn).

Sodann kann nach der Annahme, welche in dem nicht krankhaft affizierten Menschen einen Kern wirklicher Freiheit voraussetzt, Freiheit und folglich Verantwortlichkeit nicht existieren, wenn nach der Vorstellung, die wir uns von dem tätigen Individuum machen, dieses infolge krankhafter oder mangelhafter Entwicklung nur als Durchgangspunkt für Anreize erscheint, oder ein Grundstock ethischer Vorstellungen in erheblicher Stärke in dem Individuum nicht vorhanden ist. Dabei muß einerseits ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit nach dem Grundsatz: *In dubio pro reo* der Gewißheit gleich gelten; denn nicht in allen Fällen gibt die Erfahrung über ungenügende Entwicklung der Krankheit und namentlich über ihren Einfluß auf Denken und Handeln sicheren Aufschluß. Andererseits aber müssen wir fragen, ob diejenigen Besonderheiten, die wir in dem Individuum wahrnehmen, bedeutend genug sind, um die Anwendung des Strafgesetzes auszuschließen. Die Beantwortung wird verneinend ausfallen, wenn bei Nichtanwendung des Strafgesetzes in gleichartigen Fällen dasselbe seine Wirksamkeit ganz oder zum größten Teile einbüßen würde. Die Beantwortung wird bejahend ausfallen, wenn bei Nichtanwendung des Strafgesetzes

---

<sup>44)</sup> So ist eine partielle Zurechnungsfähigkeit nicht anzunehmen. Vgl. *Aschaffenburg* in *Hoches* Hdb. S. 30 ff.

<sup>45)</sup> Die strenge englische Ansicht verlangt bei der Existenz von Wahnideen, wenn sonst verstandesgemäßes Handeln nicht ausgeschlossen ist, daß die begangene Tat nach Maßgabe der Wahnidee gerechtfertigt sei; sie legt also der Wahnidee nur die Bedeutung eines entschuldigenden tatsächlichen Irrtums bei. Vgl. *Russel, On crimes* I S. 126, *Archbold*, S. 26, 27. Die schottische Jurisprudenz erachtet indes Geisteskrankheit an sich für einen Strafausschließungsgrund, ohne daß es auf die besondere Beziehung der Wahnidee zur Tat ankommen soll. Vgl. *Bishop* 1 § 383 a.

in gleichartigen Fällen die Wirksamkeit des Strafgesetzes gewahrt bleiben kann. Dabei ist aber zu beachten, daß die unmittelbare Wirksamkeit der Strafe (Straffähigkeit)<sup>45a)</sup> eine rationelle Anwendung des Strafgesetzes noch nicht begründen kann. Diese setzt vielmehr voraus, daß der Handelnde eine Vorstellung von der Existenz einer Strafjustiz und des hierin liegenden ethischen Motivs habe. Straffähig, d. h. fähig, einen Eindruck durch die Vollziehung einer Strafe zu erhalten, können auch zweifellos geistesranke Personen sein, ebenso wie Kinder unter zwölf Jahren. Verlangt man freilich zur Straffähigkeit, daß die Strafe ihre normale Wirksamkeit habe, so sind Zurechnungsfähigkeit und Straffähigkeit wieder identisch.

Man wird bemerken und vielleicht einwenden, daß wir in dieser Weise nur eine annähernd richtige Entscheidung in vielen Fällen treffen werden. Aber es ist Täuschung, zu glauben, daß wir auf dem Gebiete der Zurechnungsfähigkeit überhaupt mehr festzustellen vermögen, und menschliche Gerechtigkeit ist nicht göttliche Gerechtigkeit. Die harte Notwendigkeit erheischt, daß gestraft werde, nicht selten auch auf die Gefahr eines möglichen Irrtums hin, und gerade das Bewußtsein dieser Gefahr ist der wirksamste Antrieb zur Vorsicht bei der Entscheidung.

§ 8. Als Durchgangspunkt nur für Anreize und Motive erscheint das Individuum nicht nur dann, wenn es in einer dem Verhalten eines Tieres ähnlichen Weise auf Anreize reagiert, sondern auch dann, wenn seine Tätigkeit derartig zusammenhanglos wird, daß eine ganz kurzen Zeitraum überdauernde Selbstbefriedigung damit unverträglich erscheint. Hier aber finden wir bereits zweifelhafte Fälle, und häufig wird, wenn nicht die Sachverständigen nach Maßgabe der Erfahrung geistige Erkrankung wirklich konstatieren, die Entscheidung nach der Wahrscheinlichkeit unter Berücksichtigung der Auf-

---

<sup>45a)</sup> Vgl. über diese auch von *Liszt* (in der 14. Aufl. S. 158) anerkannte Unterscheidung *Stoof*, *Zeitschr. für schweizerisches Strafr.* 9 S. 419. Die Unempfindlichkeit gegen die Strafe (mangelnde Empfänglichkeit für die Wirkungen der Strafe), wie solche von vielen (so auch von *Stoof*) in Ansehung der Gewohnheitsverbrecher angenommen wird, kann aber nur dann als Grund der Ausschließung wirklicher Strafe und Ersatz derselben durch Sicherungsmaßregeln gelten, wenn von der allgemeinen ethischen Wirkung der Strafe gänzlich abgesehen, und nur die Wirkung auf das straffällige Individuum ins Auge gefaßt wird.

rechterhaltung der Rechtsordnung abzugeben sein, da eine völlig konsequente, wie man sagt, dem Charakter entsprechende Lebensführung nur bei wenigen Menschen, vielleicht bei niemand vorkommen wird, während andererseits eine Kette einzelner Handlungen trotz zweifelloser psychischer Erkrankung mit großem Scharfsinn und genauester Berechnung ausgeführt sein kann; z. B. eine Flucht eines Geisteskranken.<sup>46)</sup> Es gilt hier nicht selten abzuwägen die Möglichkeit dem Individuum Unrecht zu tun, und andererseits die Sicherheit der Gesellschaft. Es könnte Personen geben, die leichte körperliche Indispositionen unwiderstehlich zu seltsamen Handlungen veranlassen. Wollte man aber bei unbedeutenden und häufig vorkommenden körperlichen Affektionen und Aufregungen die Verantwortlichkeit aufhören lassen, so würde die staatliche Strafjustiz ihre Wirksamkeit einstellen müssen. Gerade auch gegen solche Reize soll die Vorstellung der staatlichen Strafe ein Gegenmotiv bilden.

Aus dem Gesagten ergibt sich andererseits nach entgegengesetzter Richtung, daß eine stetige Charakterentwicklung, die konsequent zur Begehung bestimmter Verbrechen treibt, also die Entwicklung lange gehegter Leidenschaften<sup>47)</sup> und Gewohnheiten, so sehr diese auch den Menschen in gewissem Sinne unfrei machen, die Freiheit in dem dargelegten Sinne und also die Zurechnungsfähigkeit nicht beeinträchtigen; denn die Charakterentwicklung vollzieht sich von Handlung zu Handlung unter Mitwirkung der Freiheit, so daß diese auch da wirkt, wo der Entschluß zu bestimmten Taten kaum noch von dem Handelnden gefühlt wird, vielmehr als selbstverständlich erscheint. Der Gewohnheitsverbrecher ist also nicht entschuldigt, vielmehr seine Schuld eine größere, und daher nicht nur vom Gesichtspunkte der Besserung oder des Unschädlichmachens die oft dem Gewohnheitsverbrecher gegenüber hervortretende Strenge des Gesetzes gerechtfertigt.

<sup>46)</sup> Vgl. *Wharton, Mental unsoundness* § 30.

<sup>47)</sup> In Frankreich hat man den Satz des Art. 64 des *Codé pénal*: « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu . . . a été contraint par une force irrésistible » statt ihn zu beschränken auf Zwang durch geistige Krankheit und auf körperlichen Zwang, oft als Entschuldigung für die Gewalt der Leidenschaften verwendet. Siehe dagegen *Hilie* I n. 354, und gegen den Mißbrauch des in einigen anderen Gesetzbüchern vorkommenden gleichen Ausdrucks *Alimena* 2 S. 74 ff.

Aus der Leidenschaft kann indes unter Umständen eine geistige Erkrankung sich entwickeln, wie in meisterhafter Weise *Shakespeare* in König *Lear* gezeigt hat,<sup>48)</sup> und dann besteht für die während der geistigen Krankheit begangene Tat keine Verantwortlichkeit: auf die letzten Ursachen geistiger Erkrankung kann der irdische Richter nicht zurückgehen, um den Geisteskranken verantwortlich zu machen. Vielleicht hätten manche Geisteskranken durch strengere Selbstzucht der Geisteskrankheit entgehen können; aber ein sicheres Urteil ist darüber unmöglich.

Freilich kann auch das, was zunächst Produkt gewöhnlicher, eingerosteter Leidenschaft zu sein scheint, auf geistiger Erkrankung beruhen. Die richtige Unterscheidung fällt hier häufig schwer.<sup>49)</sup> Auf Erkrankung weist z. B. hin die sog. erbliche Belastung, das Vorkommen geistiger Störungen bei Aszendenten (auch bei anderen nahen Verwandten, insofern aus deren Erkrankung auf geistige Abnormität von Aszendenten geschlossen werden kann), traumatische Affektionen (insbesondere schwere Kopfverletzungen) und Epilepsie des Handelnden, auch das Fehlen eines vernünftigen Zweckes: z. B. die Kleptomanie wohlhabender oder reicher Personen, ist ein Anzeichen geistiger Erkrankung.<sup>50)</sup>

Die zunächst unbegreifliche Abscheulichkeit der Handlung, z. B. der Grausamkeit unter wollüstigen Gefühlen (Sadismus) wird aber in Ermangelung anderer Anzeichen geistiger Erkrankung die Verantwortlichkeit nicht ausschließen dürfen. Die Triebe der Wollust und Grausamkeit stehen in einer gewissen Beziehung zueinander; vielleicht ist eine gemeinsame Erregbarkeit, wenn auch in sehr schwachem Grade, bei den meisten Menschen vorhanden, und nach dieser Voraussetzung muß die Forderung erhoben werden, daß das Individuum gegen das Hervortreten des Triebes sich selbst erziehe, daß also, wenn diese Selbsterziehung unterlassen ist und der immer mächtiger werdende Trieb zum Verbrechen führt, die Strafjustiz einzugreifen hat. Läßt man hier ohne weitere Anhaltspunkte die Entschuldigung zu, so werden

---

<sup>48)</sup> Vgl. *Stark*, König *Lear*, eine psychiatrische Studie, 1871.

<sup>49)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht die treffenden Ausführungen *Ilélie* n. 352.

<sup>50)</sup> *Hoche*, Hdb. S. 504.

<sup>51)</sup> Übereinstimmend *Hoche*, Hdb. S. 498 ff.

die auf sog. Monomanie begangenen Verbrechen sich häufen, auch dann, wenn dem Handelnden das Irrenhaus droht; denn mag auch die drohende Einsperrung im Irrenhause ein Gegenmotiv sein, so fehlt doch das wichtige Gegenmotiv, welches der Strafe eigen ist, die öffentliche Mißbilligung, und somit auch der Makel, der auf dem Verurteilten haftet; das Irrenhaus schreckt auch um so weniger, je schonender die Behandlung der Irren ist, und je mehr die Hoffnung besteht, nach nicht zu langer Zeit als geheilt entlassen zu werden. Man kann in solchen Fällen unter Umständen aber auch geminderte Zurechnungsfähigkeit annehmen, wovon erst später zu reden ist.

Die allmähliche Entwicklung des Charakters ist nach dem hier vertretenen relativen Indeterminismus der Freiheit des Individuums selbst zuzuschreiben, nicht minder aber nach der Theorie des Determinismus, wie dieser die Freiheit auffaßt, und nach der einen wie nach der anderen Theorie kann und muß man in sehr erheblichem Grade auf die sog. Konstanz des Charakters, d. h. darauf rechnen, daß gewisse Motive nach Maßgabe des Charakters wirken, andere dagegen nicht wirken werden. So kann man darauf rechnen, daß das Motiv, einen Gewinn zu machen, einen Mann, der sich lange Zeit als rechtschaffen bewährt hat, nicht zum Verbrechen aus Gewinnsucht führen werde. Ein Anzeichen geistiger Erkrankung ist es daher, wenn eine Tat grell von der bisherigen Charakterentwicklung, von den bisherigen Neigungen und Gewohnheiten absticht und auch mit dem späteren Benehmen des Täters nicht in Einklang zu bringen ist.<sup>52)</sup> Aber man darf nicht vergessen, daß nach der Theorie des Indeterminismus die Charakterentwicklung eine fortwährend freie Arbeit des Individuums ist, daß also, wenn gleich selten, eine Tat begangen werden kann, welche mit dem bis dahin gezeigten Charakter stark kontrastiert.<sup>53)</sup> Handlungen, die anscheinend unbegreiflich und deshalb als Handlungen Geisteskranker erscheinen, können aber auch durch versteckte Motive veranlaßt werden. So kann das Spielen mit dem Gedanken an eine verwerfliche Tat allmählich ein

<sup>52)</sup> Vgl. *Skrzeczka* in *Holtzendorffs* Hdb. 2 S. 228.

<sup>53)</sup> Der Determinismus muß solche Vorgänge aus der bisherigen Beschaffenheit des Charakters erklären: dieser ist nicht stark genug, um die Wirksamkeit eines plötzlich oder wiederholt auftretenden Motivs zu paralisieren.



Lustgefühl hervorrufen, das dann zum Motiv der Begehung der Tat wird.<sup>54)</sup>

§ 9. Unüberwindliche Triebe, beschränkt auf Begehung einzelner Verbrechen, ohne daß das Individuum in anderer Beziehung verkehrt handelt oder anderweitige Erkrankungs-symptome vorliegen, können deshalb als existierend nicht angenommen werden, weil einerseits die zugrunde liegenden Triebe auch durch nicht verbrecherische Handlungen befriedigt werden, und weil Triebe und Eigenschaften, die zu Verbrechen Anlaß geben, allgemein menschlich sind und verbrecherisch nur durch ihr Übermaß werden, so daß sie durch Gegenmotive nicht genügend beherrscht werden. Der nützliche Erwerbstrieb führt im Übermaß zum Betrüge, der von der Natur gegebene notwendige Geschlechtstrieb zur Notzucht usw.

Ob nun ein vorhandener starker Trieb des Individuums oder der Mangel, richtiger wohl die völlig ungenügende Stärke altruistischer Gefühle und Vorstellungen (positiv ausgedrückt der überwuchernde Trieb der Selbstsucht und Selbstbefriedigung) zum Verbrecher macht, hängt von den mannigfachsten Umständen ab. Daraus schon ergibt sich, daß geborene Verbrecher, d. h. Menschen von im übrigen geistiger Gesundheit aber mit unüberwindlichem Triebe behaftet, bestimmte schwere Verbrechen zu begehen, nicht existieren, um so weniger, als die Begriffe der schweren Verbrechen geschichtlich manchen Wandlungen unterworfen gewesen sind, wie ja auch Tötungen aus Rache sogar einst für lobenswerte Handlungen gehalten worden sind. Der « *Uomo delinquente* » der geborene Verbrecher, der an bestimmten körperlichen Zeichen erkennbare, von Geburt an zum Verbrechen bestimmte Mensch, wie ihn der Turiner Psychiater *Lombroso* auf Grund unzureichender Daten konstruiert hat, ist daher ein von der Wissenschaft überwiegend zurückgewiesenes Trugbild.<sup>55)</sup> Richtig ist freilich, daß an einer erheblichen Anzahl verurteilter Verbrecher untrügliche Zeichen

<sup>54)</sup> Vgl. *Hoppe*, Die Anwendung zu unerlaubten Handlungen, Basel 1873. *Bar* in *Grünhuts* Zeitschr. 2 S. 37 ff. (z. B. die Anwendung, jemand einen böartigen Schabernack zu spielen — in den Fluß stoßen usw. So brauchen sog. Exhibitionshandlungen nicht immer auf Geisteskrankheit zu beruhen, *Hoche*, Hdb. S. 490, 500 ff.

<sup>55)</sup> Vgl. den über die Verhandlungen des dritten Anthropologenkongresses (Brüssel 1892) erstatteten Bericht *Rosenfelds*, Zeitschr. 13 S. 169 ff., bes. S. 171 und die scharfe Kritik *Virchows* in dem 1896 von ihm gehaltenen Vortrage über

von Degeneration und geistiger Erkrankung nachgewiesen worden sind,<sup>56)</sup> eine Tatsache, auf welche energisch aufmerksam gemacht zu haben, als ein Verdienst *Lombrosos* anzuerkennen ist. Ein Individuum, bei dem die Selbstsucht so überwiegt, daß ihm „Reue, Scham, Ehre“ und selbst die Bestrafung gleichgültig oder doch nur als Äußerung der Selbstsucht anderer (der Gesellschaft) erscheint, ist freilich sozial unbrauchbar. Aber man wird schwerlich feststellen können, daß diese Eigenschaft nicht durch das sog. Milieu notwendig bedingt war, wenn sonst Anzeichen von Geisteskrankheit oder Schwachsinn nicht vorhanden sind, und daß also auch nicht durch zweckmäßige Strafe die Eigenschaft gemildert, also das altruistische Gefühl gestärkt werden kann. Da wir nun, wenn das Strafrecht nicht völlig aufgelöst oder in eine gesundheitliche Schutzmaßregel verwandelt werden soll, dem Einflusse des Milieus straffausschließende Wirkung nicht beilegen können, ist auch der geborene Verbrecher als besonderer Typus strafrechtlich nicht anzuerkennen.<sup>57)</sup>

Auch auf Grund der Annahme eines nur moralischen Wahnsinns oder Defektes (Moral Insanity), wenn ein solcher — was meistens mit gutem Grunde geleugnet wird — existiert, kann das Strafrecht die Verantwortlichkeit nicht ausschließen, so lange im einzelnen Falle die Existenz an anderen Merkmalen als eben an der Begehung moralwidriger oder verbrecherischer Handlungen nicht nachzuweisen ist.<sup>58)</sup> Es mag

---

Kriminalanthropologie (Korrespondenzblatt der deutschen anthropologischen Gesellschaft 1896 Nr. 11 und 12). — Neuestens sprechen wieder manche Psychiater sich für die Anerkennung des „*reo nato*“ freilich nicht in dem Sinne des Atavismus (wie ihn *Lombroso* früher vertrat) aus. Der geborene Verbrecher soll nicht einen Rückfall in den Typus früherer Generationen darstellen; er soll aber in der Welt, in der er leben muß, notwendig zum Verbrecher werden. *Cramer*, Gerichtl. Psychiatrie S. 285: ein Degenerierter ist noch kein Geisteskranker; aber auf Grundlage einer Degeneration kann sich die Geisteskrankheit entwickeln.

<sup>56)</sup> Vgl. auch die Nachweisungen von *Aschaffenburg*, Das Verbrechen S. 161 ff.

<sup>57)</sup> Über den heutigen Stand der Lehre vom geborenen Verbrecher, *Gauß* in der Zeitschrift f. Kriminalpsychologie 1 S. 25 ff.

<sup>58)</sup> So *Krafft-Ebing*, Psychopathologie S. 292. Derselbe in *Holtzendorff's* Hdb. 4 S. 118. *Cramer*, Moralische Idiotie. Vortrag, gehalten auf der 70. Versammlung deutscher Naturforscher 1898. Sep.-Abdr. aus der Münchener Medizinischen Wochenschrift 1898 Nr. 4. Über die Verbindung unausrottbarer boshafter Tücke bei Kindern mit anderen krankhaften Neigungen und Erscheinungen, vgl. *Maudsley* S. 299 ff. — *Hoche*, Hdb. S. 528, hält erbliche nervöse Belastung oder den Besitz nur körperlicher Degenerationszeichen für sich allein nicht für genügend. Dagegen nimmt *Longard*, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 2

Menschen<sup>59)</sup> ohne nachweisbare sonstige Defekte geben, von denen wir sagen würden, daß sie sich dem Anreiz zu Verbrechen hingeben, ohne Widerstand in ethischen Vorstellungen finden zu können. Aber bei Berücksichtigung dieser Möglichkeit, ohne Anzeichen dafür, daß wirklich die Gehirnorganisation nicht so entwickelt oder später im Leben so herabgekommen ist, daß sie ethische Motive nicht verwertet<sup>59a)</sup> — während sie allerdings intellektuelle Funktionen noch leistet —, würden wir, solange jener Nachweis<sup>59b)</sup> fehlt, gleichsam auf schiefer Ebene dahin gelangen, die meisten Gewohnheitsverbrecher, vielleicht auch die meisten Mörder und andere schwere Verbrecher, für straflos zu erklären. Es spricht dagegen auch nicht die von *Aschaffenburg* z. B. mit Zahlen belegte Behauptung, daß unter den Insassen der Strafanstalten sich sehr viel geistig Minderwertige befinden. Denn bis jetzt sind wir nicht imstande die schuldlos geistig Minderwertigen von denen zu sondern, die nicht durch Mängel in den höheren Gehirnzentren, sondern durch Lässigkeit oder Laster geistig herabgesunken sind. Das sog. soziale Milieu, das allerdings ganz erheblich mitwirkt, kann aber vor der Strafjustiz trotz aller statistischen Nachweisungen als von Verantwortlichkeit befreiend nie betrachtet werden. Damit würde letztere überhaupt alsbald geleugnet werden. Auch Reichtum und Üppigkeit können zum Verbrechen führen. Nur wer in einem idealen Milieu herangewachsen wäre, würde zurechnungsfähig oder voll zurechnungsfähig sein, während andererseits doch die Erfahrung zeigt, daß auch in Verstand und Körper ungünstig veranlagte Personen, ebenso wie in einem ungünstigen Milieu, in Armut und Not herangewachsene Individuen sich vor dem Verbrechen

S. 677 ff., die Möglichkeit einer Moral Insanity bei sonst normaler Intelligenz an, sofern Degenerationszeichen vorliegen.

<sup>59)</sup> Bemerkenswert ist eine Bestimmung der isländischen Gragas c. 322. Wenn ein Wahnsinniger einen Totschlag begeht, so soll es nur dann als eine im Wahnsinn verübte Tat gelten, wenn der Täter schon früher sich selbst solche Verletzungen zugefügt oder zuzufügen versucht hat, die den Tod oder den Körperschaden hätten herbeiführen können.

<sup>59a)</sup> Nach der gegenwärtig in der Psychiatrie herrschenden Ansicht stellt die Berücksichtigung ethischer Motive die höchste Leistung des Gehirns dar, welche zugleich am leichtesten unter Hirnerkrankung leidet.

<sup>59b)</sup> Eine Zusammenstellung von Anzeichen dafür, daß der Mangel ethisch wirksamer Gefühle (Grausamkeit, völlige Rücksichtslosigkeit gegen das Wohl anderer usw.) auf Krankheit oder unentwickelter Organisation des Gehirns beruht, gibt *Krafft-Ebing* in *Holtzendorffs* Hdb. 4 S. 119, 120.

zu wahren vermöchten. So hat denn auch das RG.<sup>59c)</sup> die Theorie eines rein moralischen Irrsinns — allerdings nur weil sie unvereinbar sei mit dem Inhalt des StGB. § 51, welcher eine krankhafte Affektion für die Zurechnungsunfähigkeit fordert, — ebenso zurückgewiesen,<sup>59d)</sup> wie dies seitens der englisch-nordamerikanischen Jurisprudenz<sup>60)</sup> geschieht.

§ 10. Gleichermaßen ist die Ausführung von Verbrechen in Befolgung verkehrter allgemeiner Ideen (z. B. anarchistischer Ideen) als auf Zurechnungsunfähigkeit beruhend nicht anzusehen, wie dies auch allgemein angenommen wird.<sup>61)</sup> Auch hier besteht zwar abstrakt genommen die Möglichkeit, daß geistig schwach oder verkehrt veranlagte Personen existieren, über welche solche Ideen unbeschränkte Herrschaft zu gewinnen vermögen, ohne daß ihnen Widerstand geleistet werden könnte. Aber das Strafgesetz muß gerade auch die Forderung erheben, daß verkehrten allgemeinen Ideen Widerstand geleistet werde. Würde man seine Anwendung ausschließen bei Personen, die verkehrte allgemeine Grundsätze befolgen, so würde die Herrschaft der letzteren überhandnehmen; das Strafgesetz würde dann nicht ausdrücken, daß die ihm zugrunde liegenden moralischen Ideen unverbrüchlich gelten sollen.

Andererseits ist es verkehrt, Zurechnungsfähigkeit schon dann anzunehmen, wenn das Individuum Recht und Unrecht, Erlaubtes und Verbotenes nur zu unterscheiden weiß,<sup>62)</sup> oder

<sup>59c)</sup> Andererseits ist freilich zu beachten, daß moralische Idiotie oft ein einleitendes Stadium geistiger Erkrankung bezeichnet, während die Intelligenz einweilen noch fort dauert (namentlich bei beginnender Paralyse). Ebenso ergreifen Entwicklungsstörungen zunächst die ethischen Gefühle. Aber, wie *Cramer* a. a. O. bemerkt, dem exakten Beobachter wird die Krankheit namentlich in der Anstaltsbehandlung kaum entgehen.

<sup>59d)</sup> II. 14. Dezember 1886. E. 15 Nr. 27, bes. S. 99.

<sup>60)</sup> *Wharton*, Mental unsoundness §§ 163 ff., §§ 351 ff., und Crim. law 1 § 46.

<sup>61)</sup> Der Wahn des Geisteskranken hat einen subjektiven Charakter. Er weist sich eine nicht zutreffende Stellung in der Welt zu, z. B. die Stellung eines von bestimmten Personen verfolgten, eines Propheten usw. Wer aber an Prophezeiungen glaubt, ist deshalb keineswegs irrsinnig oder geisteskrank. Abergläubigkeit schließt Zurechnungsfähigkeit nicht aus. Viele berühmte Persönlichkeiten hatten den einen oder anderen Aberglauben. Vgl. *Wharton*, Mental unsoundness § 140.

<sup>62)</sup> Vgl. die Denkschrift der preuß. wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen zum Entwurf d. nordd. StGB. S. 19. — *Wharton*, Mental unsoundness § 121 ff., erklärt sich auch gegen die übrigens wohl jetzt nicht mehr in England und Nordamerika vorherrschende Praxis, welche die Probe der Unterscheidung von "*right and wrong*" als genügend betrachtete. So freilich noch

gar die Probe darin zu erblicken, ob der Angeklagte dazu auf Vorhalt des Richters imstande ist. Wäre dies genügend, so müßte man viele noch im Kindesalter befindliche Personen der staatlichen Strafe unterwerfen. Es muß vielmehr — und dies kann jetzt als die fast allgemein angenommene, herrschende Ansicht bezeichnet werden — eine gewisse moralische Widerstandskraft gefordert werden, welche bewirken kann, daß die moralischen, in der Gesellschaft geltenden Grundsätze sofort sich fühlbar machen, sobald ein Anreiz zu einem irgend bedeutsamen Handeln vorliegt, oder genauer ausgedrückt, es muß die Annahme gerechtfertigt sein, daß diese moralischen Grundsätze bis zu einer gewissen Unverwischbarkeit in die Psyche eingedrungen sind, so daß man sagen darf, es liegt nur an der nicht weiter auflösbaren Individualität, wenn der Anreiz zum Verbrechen den Sieg davon trägt und jene Grundsätze für den Augenblick wenigstens verblassen läßt.

Es kann aber, sofern es sich weder um jugendliche Personen noch um verminderte Zurechnungsfähigkeit handelt, die Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht je nach der Natur der begangenen Tat verschieden beantwortet werden.<sup>63)</sup> Wirklich vorhandene geistige Krankheit beeinflußt das gesamte Wesen und Handeln der Person.

§ 11. Die Frage der Zurechnungsfähigkeit ist, wie sich aus den vorstehenden Darlegungen ergibt, in ihrer letzten entscheidenden Spitze eine juristische: die notwendig zu erfüllende Aufgabe der Strafjustiz entscheidet. Folglich muß sie auch vom Richter (bzw. Geschworenen) im konkreten Falle entschieden werden.<sup>64)</sup> Wir können nicht jeden, der von der

---

ausdrücklich das StGB. für New York § 21. — Dagegen freilich *Zucker* (vgl. Gs. 44 S. 432 ff. und besonders *Schuld und Str. d. jugendl. Verbr.* S. 43), der „die Fähigkeit, eine Tat zu begehen“, d. h. wohl die Fähigkeit, die Tat in ihren äußeren (?) Wirkungen zu würdigen, zum Begriffe der Zurechnungsfähigkeit für ausreichend erachtet. *Zucker* dürfte aber mit dieser Ansicht ziemlich isoliert stehen. Außerdem was bedeutet Fähigkeit, eine Tat zu begehen? Die Fähigkeit, den Naturkausalismus zu einem gewissen Zwecke in Bewegung zu setzen, kann doch nicht genügen; sonst würden selbst Kinder unter sieben Jahren oft zurechnungsfähig sein. — Gegen *Zuckers* Ansicht, der nur die Intelligenz, nicht auch die Willensreife berücksichtigen will, *Nicoladoni*, *Zeitschr.* 16 S. 354 ff. (auch vom Standpunkte des österreichischen Rechts).

<sup>63)</sup> Anders freilich *Wahlberg*, *Prinzip der Individualisierung* S. 63, der die Frage der Zurechnungsfähigkeit hier mit der Frage der Berücksichtigung des Rechtsirrtums vermengt. Vgl. übrigens unten zu Ann.

<sup>64)</sup> So auch *Mittermaier*, *G. Arch.* 1 S. 302; *Wahlberg*, *Das Prinzip der Individualisierung* S. 84; *Gretener* S. 28; 29, *Gutachten d. preuß. Deputation f.*

Psychiatrie für nicht vollkommen gesund, d. h. also für in gewissem Grade krank erklärt wird, von der staatlichen Strafe befreien. Ein Beweis für diese Ansicht, nach welcher die Zurechnungsfähigkeit Rechtsfrage ist, liegt allerdings auch darin, daß Delikt- und Geschäftsfähigkeit unterschieden werden müssen (vgl. unten). Das würde nicht der Fall sein, wenn lediglich die Frage geistiger Gesundheit als psychiatrische in Betracht käme. Die entgegengesetzte Ansicht würde richtig sein, wenn unsere Strafanstalten Heilanstalten etwa im Interesse der öffentlichen Sicherheit sein würden. Indirekt kann freilich das Gutachten des Sachverständigen, der bei dem Angeklagten eine bestimmte Geisteskrankheit konstatiert, oder doch deren Vorhandensein für wahrscheinlich erklärt, für den Richter ein zwingendes Entscheidungsmotiv werden.

§ 12. Es fragt sich nun, wie die Gesetzgebung sich, was die Zurechnungsfähigkeit betrifft, auszudrücken habe. Darüber wird kein Zweifel obwalten, daß das Gesetz formell den Zustand der Zurechnungsunfähigkeit, nicht aber den Zustand der Zurechnungsfähigkeit zu definieren habe, wie dies auch seit langer Zeit in den Gesetzbüchern beobachtet ist. Die Justiz kann praktisch nur von der Annahme ausgehen, daß, wenn nicht bestimmte Anzeichen des Gegenteils vorliegen, der allgemeinen Regel nach jeder, der ein bestimmtes Alter erreicht hat, zurechnungsfähig sei. Freilich ist dies keine Präsümption im zivilrechtlichen Sinne. Der Angeklagte braucht, um wegen Zurechnungsunfähigkeit freigesprochen zu werden, nicht wie eine Partei im Zivilprozesse gegen eine auf Grund einer Präsümption anzunehmende Tatsache einen vollständigen Widerlegungsbeweis zu führen. Sobald auf Grund bestimmter Tatsachen ein erheblicher Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit erregt ist, muß der Angeklagte freigesprochen werden. Darüber ist man in Deutschland auch einverstanden.<sup>65)</sup>

d. Medizinalwesen, Anlage 3 d. Entwurfs d. nordd. StGB. S. 21; *Cramer*, S. 36 (die Sachverständigen stellen nur die Krankheit fest). Auch in England gibt der Richter der Jury Rechtsbelehrung über die Benutzung der Aussagen der Sachverständigen; *Archbold* S. 23 ff.; *Russel* 1 S. 20 ff.; vgl. auch *Pandectes françaises* 5 (Aliénés n. 591 ff).

<sup>65)</sup> Vgl. *Olshausen* § 51 Anm. 16 und die Ausführungen in Rg. I 23. Oktober 1890 E. 21 Nr. 48 bes. S. 135, auch III 6. März 1902 (mitgeteilt im „Recht“ 1902 S. 186): es bedürfe stets einer uneingeschränkten Überzeugung des Gerichts von dem Nichtvorhandensein des Strafausschließungsgrundes (der geistigen

Von dem Begriffe der Freiheit auszugehen, erscheint bedenklich, da daran sich Mißverständnisse knüpfen können. Außerdem wird der jetzt weitverbreitete Determinismus protestieren. Das italienische StGB. Art. 46 hat zwar noch ebenso wie das ungarische StGB. § 76<sup>66)</sup> eine wesentlich mit dem StGB. § 51 übereinstimmende Definition. In anderen Gesetzbüchern ist dagegen nur gesagt, daß bestimmte Geisteskrankheiten<sup>67)</sup> oder daß Geisteskrankheit und geistige Störung die<sup>68)</sup> Zurechnungsfähigkeit ausschließen<sup>68a)</sup> (sogen. biologische Methode), womit denn scheinbar die Frage der Zurechnungsfähigkeit allein dem Sachverständigen überlassen ist. Dies erscheint aber dem oben Dargelegten zufolge unrichtig. Der schweizerische Vorentwurf 1903 Art. 16 ist wieder zu einer gemischt biologisch-psychologischen Formulierung zurückgekehrt, welche, indem sie fordert, daß der Angeklagte „außerstande war, vernunftgemäß zu handeln, insbesondere in seiner geistigen Gesundheit oder in seinem Bewußtsein in hohem Grade gestört war“ (eben wegen des geforderten hohen

---

Störung). In England dagegen verlangt die Jurisprudenz bei erwachsenen Angeklagten noch vollen Beweis der Zurechnungsunfähigkeit. Vgl. *Archbold* S. 26, *Russel* 1 S. 128. Indes sind freisprechende Verdicts der Geschworenen wohl nicht genau zu kontrollieren.

<sup>66)</sup> Auch das bulgarische StGB. Art. 41 bezeichnet als zurechnungsunfähig eine Person, welche die Bedeutung ihrer Handlung nicht zu erkennen oder wegen Hemmung in der Ausbildung, Verwirrung der Geisteskräfte oder Bewußtlosigkeit ihr Tun zu beherrschen nicht vermochte. — Ähnlich auch der österr. Entwurf v. 1893 § 57.

<sup>67)</sup> Spanisches GB. Art. 8 n. 1 (Schwachsinn und Wahnsinn).

<sup>68)</sup> Portugiesisches GB. Art. 42, 2, 2. Schweizerischer Vorentwurf v. 1893: „Wer zur Zeit der Tat geisteskrank oder blödsinnig oder bewußtlos war, ist nicht strafbar.“ Norwegisches GB. v. 1902 § 44. Eine Handlung ist nicht strafbar, wenn der Täter bei deren Vornahme geisteskrank oder bewußtlos, oder sonst auf Grund mangelhafter Entwicklung der Geisteskräfte oder Schwächung oder krankhafter Störung oder zufolge Zwanges oder dringender Gefahr zurechnungsunfähig war. Vgl. *Zürcher, Zeitschr. f. schweiz. Strafr.* 18 S. 65 ff.

<sup>68a)</sup> Der Sinn des Art. 39 des neuen russischen StGB. ist mir nach der französischen Übersetzung nicht völlig klar, auch nicht nach der Erläuterung *Greitens* GS. 67 S. 38. Zweifellos sollen nur krankhafte Zustände oder krankhafte Mängel der Entwicklung (abgesehen von Fällen des Mangels oder der Störung des Bewußtseins) die Zurechnung ausschließen. Wenn aber am Schluß als das zur Verantwortlichkeit verlangte Ergebnis bezeichnet wird, der Handelnde müsse *«Comprendre la nature et le sens de ce qu'il faisait, ou diriger ses actions»*, so fragt sich, was unter dem letzten Falle zu verstehen ist, ob Mängel des Willensvermögens oder nur Mängel der Einsicht. — Das niederländische StGB. Art. 37 sagt: „Nicht strafbar ist, wer eine Handlung begeht, die ihm wegen mangelhafter Entwicklung oder krankhafter Störung seiner Geistes-tätigkeit nicht zugerechnet werden kann.“

Grades) dem Richter ein Abgehen von dem rein nach psychiatrischen Grundsätzen abgegebenen Gutachten in Gemäßheit der Anforderungen der Rechtsordnung zu gestatten scheint, eine Formulierung, die eben deshalb von schweizer Psychiatern, aber auch von *Zürcher*, welcher einer sehr weitgehenden modern radikalen Richtung im Strafrechte huldigt, stark angegriffen ist.<sup>69)</sup>

Meiner Ansicht nach wird folgende Formulierung zu empfehlen sein:

„Eine Handlung ist nicht strafbar, wenn zur Zeit der Handlung infolge geistiger Erkrankung oder krankhaft fehlerhafter Entwicklung oder vorübergehender geistiger Hemmung dem Handelnden die Fähigkeit, Wirkung und Bedeutung seiner Handlungen einzusehen, fehlte, oder die Vorstellung der Unzulässigkeit der Handlung infolge eines der bezeichneten Umstände als wirkend<sup>69a)</sup> nicht angesehen werden konnte.“

Durch das Erfordernis, daß die Vorstellung als wirksam nicht angesehen werden konnte, ist angezeigt, daß es absolut feststehende, mathematisch genaue Abgrenzungen von Zurechnungsfähigkeit und Zurechnungsunfähigkeit nicht gibt, daß vielmehr der Richter (Geschworene), indem er über die Zurechnungsfähigkeit im einzelnen Falle entscheidet,<sup>69b)</sup> die Anforderungen der Rechtsordnung zu berücksichtigen hat, während andererseits ausschließlich krankhafte Zustände oder wahrnehmbare Störungen (z. B. Trunksucht) und Hemmungen (z. B.

<sup>69)</sup> Der Psychiater *Bleuler* (Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 (1904) S. 621) hat recht, wenn er tadelt, daß in dem neueren Entwurf des schweizerischen StGB. „vernunftgemäß zu handeln“ als Erfordernis der Zurechnungsunfähigkeit aufgestellt ist; denn dieser Ausdruck ist zweideutig: man kann die meisten Verbrechen für unvernünftige Handlungen erklären und andererseits sagen, daß der Dieb vernünftig gehandelt habe, weil er ein nicht ungeeignetes Mittel anwendet, sich zu bereichern. Aber die Feststellung der Zurechnungsunfähigkeit lediglich durch ärztliches Gutachten, welches den Angeklagten für geisteskrank erklärt, gibt die Bedürfnisse der Rechtsordnung preis.

<sup>69a)</sup> Daß für die Zurechnungsfähigkeit nicht nur Intelligenz, sondern auch eine gewisse Widerstandskraft gegen Anreize zu fordern sei, wird jetzt fast allgemein anerkannt: *Wahlberg*, Individualisierung S. 71; *Berner* S. 77; *Volkmann* I S. 528; *Liszt* § 37. — A. M.: *Zucker*, GS. 54 S. 525.

<sup>69b)</sup> Auch über das für Zurechnungsfähigkeit genügende Maß der Einsicht ist vom Gerichte nach den Anforderungen der Rechtsordnung zu bestimmen. Eine wirklich vollkommene Einsicht kann nicht gefordert werden und absichtlich ist in der Formulierung auch genügende Einsicht nicht gefordert. Einsicht in den Sinn des betreffenden Strafgesetzes ist ebenfalls nicht zu fordern. Die Mehrzahl der Verbrecher wird eine genügende Einsicht in die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs nicht besitzen.



Schlaftrunkenheit) erfordert werden. Jene Einsicht ist aber schon nicht vorhanden, wenn das Bewußtsein stark beeinträchtigt ist. Das Wort „Unzulässigkeit“ der Handlung ist gewählt, damit nicht Einsicht in die Strafbarkeit oder Moralwidrigkeit der Handlung gefordert werde. Das Erfordernis der Einsicht in die Strafbarkeit der Handlung würde zu viel verlangen; denn in manchen Fällen haben vollkommen zurechnungsfähige Personen diese Einsicht nicht. Strafbar kann aber eine Handlung sein, ohne daß sie im gewöhnlichen Sinne moralwidrig ist.<sup>69b)</sup> Es muß genügen, daß aus irgend welchen Gründen die Handlung als eine unzulässige erscheint, d. h. eine solche, die man nicht vornehmen darf, welche die soziale Ordnung nicht duldet.<sup>69c)</sup> Andererseits sind moralwidrige Handlungen nur zum geringen Teile strafbar. Störungen und Hemmungen sind besonders erwähnt, weil manche Affektionen, welche zweifellos die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, z. B. hochgradige Trunkenheit und Schlaftrunkenheit, nicht wohl als Krankheiten bezeichnet werden können.

§ 13. Der wegen Geisteskrankheit Freigesprochene oder außer Verfolgung Gesetzte kann aber der öffentlichen Sicherheit gefährlich sein. Daher empfiehlt sich eine im deutschen StGB. fehlende, im italienischen StGB. § 46 Abs. 2 sich findende Bestimmung, nach welcher das Gericht die Überweisung des für gefährlich zu erachtenden Freigesprochenen an die zuständige Polizeibehörde anzuordnen hat.<sup>69c)</sup> Und gerade die Geisteskrankheit müßte des Schutzes des Publikums wegen ein Grund sein, die einstweilige Inhaftnahme des Freigesprochenen oder außer Verfolgung Gesetzten zu jenem Zwecke zu verfügen, so daß solche Überweisung nicht nur bei bereits verhafteten Personen stattfände.<sup>69d)</sup> Eine Verfügung dagegen, den

<sup>69b)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht die merkwürdig gleiche Bestimmung der CC. Theresiana art. 11 § 9: „genug, daß ihm die Unzulässigkeit der Tat nicht unbekannt sein können“. — Auch der Ausdruck „Normwidrigkeit“ würde m. E. für ein Gesetzbuch nicht angemessen sein, abgesehen auch von den Kontroversen, die sich an den Begriff der „Norm“ knüpfen.

<sup>69c)</sup> Man könnte vielleicht, wenn das Wort in der deutschen Sprache rezipiert wäre, noch deutlicher setzen „Unduldbarkeit“. Wer eine Handlung vornimmt, die, wie er einsieht, nicht geduldet werden kann, hat jedenfalls die zur Zurechnungsfähigkeit erforderliche Einsicht.

<sup>69c)</sup> In diesem Sinne: *Aschaffenburg* in *Hoches Hdb.* S. 45.

<sup>69d)</sup> Der wegen Geisteskrankheit Freigesprochene ist nur ein Kranker, mag er auch gefährlich sein, Neigung zu verbrecherischen Taten haben (verbrecheri-

Freigesprochenen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, etwa bis zur Heilung der Krankheit oder bis zur Beseitigung der Gefährlichkeit, in eine Irrenanstalt zu bringen, ginge über die Zuständigkeit des richterlichen Amtes hinaus und würde zudem wenig praktisch sein.<sup>69e)</sup>

§ 14. Gibt es eine sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit? Im natürlichen Sinne ist die Frage zweifellos zu bejahen,<sup>70)</sup> wie schon daraus folgt, daß die Zurechnungsfähigkeit von dem heranwachsenden Menschen allmählich erworben wird, und daß mannigfache Abstufungen des sog. Schwachsinn der Beobachtung sich von selbst aufdrängen. Wie es unendliche Zwischenstufen gibt zwischen dem vollen Tageslicht und der vollen Finsternis der Nacht, so auch unendliche Gradationen zwischen der vollen Intelligenz und dem vollständigen Blödsinn.<sup>70a)</sup> Im juristischen Sinne aber ist die Frage insofern zu verneinen, als man unter Zurechnungsfähigkeit die Verantwortlichkeit nach dem Gesetze mit Rücksicht auf den psychischen Zustand der Person versteht; diese Verantwortlichkeit besteht entweder oder sie besteht nicht; ein Mittleres ist da

---

scher Irre). Er kann nur Gegenstand der Sicherheitspolizei sein. Dagegen hat über die Verurteilten, die während der Verbüßung der Strafe geisteskrank werden (irre Verbrecher) die Strafjustiz zu verfügen. Wie die Behandlung solcher Verurteilten praktisch am besten zu gestalten sei — ob Detention in besonderen Abteilungen oder Annexen der allgemeinen Strafanstalten, oder in besonderen, für die Aufnahme nur solcher Geistesgestörter bestimmter Anstalten des Staats, oder endlich Unterbringung unter den nötigen Vorsichtsmaßregeln in den gewöhnlichen Irrenanstalten — ist kontrovers, aber eine hier nicht zu erörternde Frage des Strafvollzugs. Besondere staatliche Anstalten verdienen vielleicht den Vorzug; nur sind die Kosten anscheinend bedeutend. In mehreren Staaten (England, Italien) bestehen solche besonderen Anstalten, im Deutschen Reiche bis jetzt nur vereinzelt besondere Irrenabteilungen bei Strafanstalten (vgl. *Aschrott*, Strafsystem und Gefängniswesen in England 1887 S. 215 ff.; *Lachr*, Art. Irrenwesen in *Conrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 2. Aufl. Bd. 4 S. 1385).

<sup>69e)</sup> Prozessual notwendig dürfte, wenn das Strafgericht irgend über den wegen Geisteskrankheit Freigesprochenen soll verfügen können, eine Bestimmung sein, die in jedem Falle, wo Geisteskrankheit des Angeklagten in Frage kam, deutlich erkennbar macht, ob die Freisprechung nur wegen Annahme der Zurechnungsfähigkeit erfolgte, ob also im übrigen die Tat die Erfordernisse der strafbaren Handlung an sich trug. Im schwurgerichtlichen Verfahren müßte daher eine besondere Frage nach der Zurechnungsfähigkeit immer gestellt werden, wenn diese Frage von einer der Parteien beantragt wurde, oder das Gericht die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten für irgend zweifelhaft erachtete. Wenn die Geschworenen einfach freisprechen, so weiß man nicht, ob sie die Tat als nicht begangen oder als nicht rechtswidrig betrachtet, oder aber nur wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit den Angeklagten freigesprochen haben.

<sup>70)</sup> Es ist unnötig, für diese jetzt allgemein anerkannte Wahrheit Autoritäten zu zitieren.

<sup>70a)</sup> *Ideler*, Gerichtliche Psychologie S. 50.

unmöglich, und wenn man die Frage stellt, auf das „Sich (genügend) Freibestimmen-Können“, <sup>71)</sup> so liegt in der Frage: Kann jemand sich freibestimmen? ebenfalls, daß die Antwort nur bejahend oder verneinend ausfallen kann.

Mit dieser letzteren rein dialektischen Lösung ist aber die Frage der Anerkennung der verminderten Zurechnungsfähigkeit keineswegs sachlich entschieden. Es fragt sich vielmehr, sollen unter den zurechnungsfähigen Individuen solche unterschieden werden, die wir einer mildereren (oder einer von der regelmäßigen abweichenden) Strafe deshalb unterwerfen, weil ihr geistiger Zustand als unter dem Niveau befindlich einzuschätzen ist, welches für die volle (oder regelmäßig eintretende) Strafe vorausgesetzt wird?

§ 15. Die frühere gemeinrechtliche Jurisprudenz hat diese Frage, wie insbesondere von *Kahl*<sup>72)</sup> eingehend nachgewiesen worden ist, unter Berufung auf die *Carolina*<sup>73)</sup> lange Zeit hindurch bejaht. Schon *Carpzov*<sup>74)</sup> hatte unter Bezugnahme insbesondere auf *Menochius* bemerkt, daß es „*gradus*“ gebe „*furoris atque dementiae*“, und daß es unrichtig sein würde, jeden an irgend einem geistigen Defekte Leidenden von Strafe völlig frei zu lassen. Die Melancholiker insbesondere sollten zwar bestraft werden, aber milder, und erwähnt werden auch Personen, deren „*mens obtusior et stupidior*“ sei. Auf demselben Boden steht die gesamte Literatur des 18. Jahrhunderts.<sup>75)</sup> Aber während *Carpzov* und auch noch *Kress* den Milderungsgrund beschränkt hatten auf natürliche und dauernde Defekte,<sup>76)</sup>

<sup>71)</sup> *Volkman-Cornelius*, Lehrb. 2 S. 458.

<sup>72)</sup> Gutachten, Verhandl. d. 27. Juristentages 1 S. 158.

<sup>73)</sup> C. C. C. art. 179 hat in der Frage der Zurechnungsfähigkeit in unbestimmter Weise auf den Rat des Rechtsverständigen verwiesen und jedenfalls eine mildere Bestrafung auf Grund minderer Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließen wollen. Dies war von Anfang die allgemeine Ansicht, als man die Zustände der Geistesschwäche usw. näher zu untersuchen begann.

<sup>74)</sup> *Practica* III qu. 145 n. 4, 5, 53.

<sup>75)</sup> Vgl. z. B. *Kress*, Art. 179 § 3. „*Secernendi sunt qui hebetissimo judicio pollent, ab iis qui vel semper vel aliquando per intervalla plane mente alienantur. — Stupidis remitti solet atrocis ultimum supplicium. — Hujus stupiditatis multo magis ratio habetur in meris excessibus atque delictis arbitrariae poenae subjectis.*“ *Engau*, § 57 a. E. *Hommel*, *De temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus*, 1755. *Boehmer*, ad art 179 § 6. *Quistorp*, 1 §§ 38 ff.

<sup>76)</sup> So wird insbesondere mangelhafte Erziehung, „sie wären nicht recht zur Kirchen und Schulen gehalten“, also modern ausgedrückt das „Milieu“, als Milderungsgrund verworfen. *Kress*, art 179 (§ 3 n. 5).

erscheint er bei manchen Späteren<sup>77)</sup> als ein Spezialfall geminderter Freiheit überhaupt, und geminderte Freiheit wird angenommen, wenn Leidenschaften oder starke Motive und Anreize zum Verbrechen vorliegen, eine Lehre, die allerdings gemißbraucht werden konnte,<sup>77a)</sup> wenn angenommen wurde, der Gesetzgeber habe die auf das Verbrechen gesetzte Strafe nur für den Fall vollständiger Freiheit des Schuldigen bestimmt. Mit *Feuerbachs* psychologischer Zwangstheorie war ein solches allgemeines Milderungsrecht schwer vereinbar; schwächte es doch die Drohung des bestimmten Strafgesetzes in erheblichem Grade ab, wenn es nicht gar die Bestimmtheit der Strafdrohung vollends aufhob. Man begreift daher *Feuerbachs* Polemik, welche auf den später mehrfach wieder benutzten Satz hinauskommt, daß Grade der Freiheit, d. h. der Verantwortlichkeit im rechtlichen Sinne nicht unterschieden werden können, daß nur die Alternative bestehe, den Handelnden für nach dem Gesetze verantwortlich oder für nicht verantwortlich (für mit Freiheit oder nicht mit Freiheit handelnd) zu erklären.

Wie *Kahl* bemerkt, hat *Feuerbach* auf seine Zeitgenossen mit diesem Argumente wenig Eindruck gemacht.<sup>79)</sup> Sie verblieben in der großen Mehrzahl bei der Lehre von der Milderung der ordentlichen Strafe wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit. Ebenso war der Einfluß auf die Gesetzgebungen gering. Zwar kennt das unter dem Einfluß der Doktrin *Feuerbachs* stehende bayerische GB. von 1813 im Gegensatz zu dem *Codex juris Bavarici crim.* 1, 1 § 17 (welcher von milder zu behandelnden Personen spricht, deren Verstand nur halb verrückt ist, im Gegensatz auch zur *Theresiana* § 4, wie zum preuß. allgemeinen Landrecht II, 20 § 17) keine ver-

<sup>77)</sup> Vgl. z. B. *Engau*, a. a. O. *Koch*, § 53.

<sup>77a)</sup> Dies ist übrigens nicht der Fall in der zitierten Dissertation *Hommels*. Dagegen hat *Hommel*, *Rhaps. Quaest. obs.* 439 freilich ein sehr laxes Umgehen mit den Strafgesetzen im Sinne der Milderung für rätlich erklärt.

<sup>78)</sup> Revision 1 S. 150 ff., S. 263, 2 Vorrede, S. XXXIV. — Kurz zusammengefaßt ist das Argument von *Almendingen*, Darstellung der Imputation, S. 177, 178, das (verständige) Bewußtsein des Täters sei so wenig einer Gradation fähig als die Tatsache, „an dem und dem Tage schlug Bonaparte die Schlacht von Marengo“.

<sup>79)</sup> Vgl. z. B. *Kleins* Entgegnung gegen *Feuerbach* im Arch. d. Cr. 1800 S. 94 ff. *Kleinschrod* 1 S. 163 ff., 2 S. 170 ff. *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe (1813), S. 566. *Mittermaier*, Arch. d. Cr. 1821, S. 423. *Tittmann* 1 S. 157, 239. *Henke* 1 S. 310, 369. *Grolmann* S. 111. *Wächter*, Lehrb. 1 S. 116 Anm. 74. *Hepp*, Theorie der Zurechnung, S. 49.

minderte Zurechnungsfähigkeit an, und ebenso fehlt eine darauf bezügliche, einen eigentlichen Milderungsgrund enthaltende Bestimmung in den österreichischen Gesetzbüchern von 1803 und 1852, und nach dem hannoverschen GB. Art. 94, 1 war die verminderte Zurechnungsfähigkeit nur ein Strafmilderungsgrund innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens. Aber tatsächlich konnte nach den offiziellen Anmerkungen<sup>80)</sup> des bayerischen GB. verminderte Zurechnungsfähigkeit als sog. Mangel am Tatbestande (Art. 106) Strafmilderung begründen, und die Gesetzbücher<sup>80a)</sup> für Württemberg Art. 98, Braunschweig § 60, Hessen Art. 104, Baden § 153 Nr. 2, Nassau Art. 88, Sachsen 1855, Art. 88 (ebenso StGB. von 1868), auch Bayern (1861) Art. 68, endlich auch das hamburgische GB. von 1869 Art. 59 haben in verschiedenen Fassungen<sup>81)</sup>, zum Teil freilich unter Beschränkungen,<sup>82)</sup> den Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit anerkannt. Eine Ausnahme machen nur das preußische StGB. und diejenigen Gesetzbücher, welche dieses letztere GB. im wesentlichen nur reproduzieren, wie die Gesetzbücher für Oldenburg (von 1858), Waldeck (und Pyrmont) und Lübeck. In den preußischen Entwurf von 1827 war die verminderte Zurechnungsfähigkeit als Milderungsgrund ebenfalls aufgenommen, und sie erschien wieder, nachdem sie in verschiedenen Zwischenentwürfen verschwunden war, in dem Entwurfe von 1845, um in der entscheidenden Sitzung des Staatsrats (26. Nov. 1845) wieder verworfen zu werden.<sup>83)</sup> Abgesehen von den im Staatsrat geltend gemachten Gründen, daß man mit Anerkennung einer verminderten Zurechnungsfähigkeit in das Gebiet der Begnadigungsgewalt eingreife und den Richter von der schweren Pflicht der Entscheidung über Zurechnungsfähigkeit und Unzu-

<sup>80)</sup> Vgl. S. 245 ff., S. 300 daselbst und dazu *Mittermaier*, Arch. d. Cr. 1819, S. 415.

<sup>80a)</sup> Über die Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit im 19. Jahrhundert vgl. *Hübbe*, Die strafrechtliche Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit (Göttinger Diss.), 1902 (auch in *Belings* Sammlung erschienen).

<sup>81)</sup> Vgl. *Kahl*, Gutachten S. 145 ff.

<sup>82)</sup> Württemberg, Art. 98, wollte nur Berücksichtigung eines hohen Grades von Blödsinn oder Verstandesschwäche. Siehe aber ausgedehnte Fassung im braunschweigischen GB. 60 und in den der späteren Zeit angehörenden Gesetzen, im badischen 153, thüringischen 59, sächsischen 88 (im Gegensatz zum CGB. 1838 Art. 64), bayerischen von 1861 Art. 64.

<sup>83)</sup> Vgl. die genauere, hier *Goldammer* 1 S. 399 und *Beslers* Kommentar zu § 40 berichtende Darstellung *Kahls*, Gutachten S. 151, 152.

rechnungsfähigkeit „dispensiere“, war vielleicht von Einfluß, daß *Berner* (Imputationslehre S. 36ff.) inzwischen das *Feuerbachs*che dialektische Argument in anderer Form wiederholend energisch gegen die verminderte Zurechnungsfähigkeit Partei ergriffen hatte: es gebe verschiedene Stufen des widerrechtlichen Willens,<sup>83a)</sup> aber nur eine Zurechnungsfähigkeit, und lasse man sich darauf ein, dem Begriffe der Zurechnungsfähigkeit eine unendliche Abstufbarkeit beizulegen, so stürze die ganze Imputationslehre.

Die Ablehnung der geminderten Zurechnungsfähigkeit durch das preuß. StGB. und *Berner* fand indes in der gemeinrechtlichen Theorie ebensowenig Zustimmung, wie dies früher das Geschick der Einwendungen *Feuerbachs* gewesen war. *Stahl*, Rechtsphilosophie (3. Aufl. II, 1, S. 139, 140), *Luden*, (1, S. 279), *Arnold* (Arch. d. Cr. 1853, S. 238ff.), *Heffter* (§ 105), *Bekker* (1 S. 346ff.), *Köstlin* (1 S. 612<sup>84)</sup>, *Geib* (2 S. 105) erkennen eine geminderte Zurechnungsfähigkeit an. Ganz besonders aber trat *Mittermaier*<sup>85)</sup> wiederholt und energisch für dieselbe ein.<sup>85a)</sup>

§ 16. Der erste Entwurf eines StGB. für Norddeutschland nahm darauf in Übereinstimmung mit dem Gutachten der preussischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen (in § 47) die verminderte Zurechnungsfähigkeit als Milderungsgrund wieder auf, freilich mit sehr dürftiger Begründung und in wenig glücklicher Fassung, so daß den Gegnern, unter denen *Berner*,<sup>86)</sup> *Hälschner* und *John* sowie der Mediziner *Jessen* be-

<sup>83a)</sup> Dieser Ausdruck ist schief. Es handelt sich nicht sowohl um den Willen (Willensakt), als vielmehr um die Beschaffenheit des Individuums, von dem der Willensakt ausgeht. Allerdings bezeichnen ältere Schriftsteller öfter Verbrechen, begangen von Personen mit geminderter Zurechnungsfähigkeit, als Verbrechen begangen mit einem minderen Grade des Dolus.

<sup>84)</sup> Die Ablehnung der geminderten Zurechnungsfähigkeit daselbst, S. 154, 155, richtet sich nur gegen den Ausdruck und sodann gegen die Behandlung der geminderten Zurechnungsfähigkeit als eines bloßen Milderungsgrundes.

<sup>85)</sup> Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, Beitr. 1 (1843) S. 270 und GS. 1859, 732—774. Der letztere, eingehende Aufsatz leidet aber an Widersprüchen und Unklarheiten und hat deshalb wohl weniger gewirkt.

<sup>85a)</sup> Vom psychiatrischen Standpunkte vgl. z. B. für die Anerkennung einer verminderten Zurechnungsfähigkeit *Ideler*, G. Arch. 5 S. 289 ff.

<sup>86)</sup> Kritik des Entwurfes eines StGB. für den Norddeutschen Bund, 1869 S. 25. In demselben Sinne auch *Hälschner*, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfes eines StGB. für den Norddeutschen Bund, 1870 S. 60. *John*, Das Strafrecht in Norddeutschland, Beurteilung des Entwurfes v. StGB. f. d. Nordd. Bund, 1870 S. 21, 22. — *John*, Entwurf S. 272: „Eine Gesetzesformel, welche sich

sonders hervorzuheben sind, der Angriff wesentlich erleichtert wurde.

Wenn ein Gesetz sich nicht genauer darüber ausdrückt, was unter verminderter Willensfreiheit verstanden werden soll, und namentlich, wenn, wie es der Fall war, der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht ausdrücklich beschränkt wird auf krankhafte Zustände oder gestörte (abnorme) Entwicklung des Individuums, so entsteht allerdings, wie *Berner* emphatisch bemerkte, die Gefahr, für Zustände leidenschaftlicher Erregung, ja selbst für verbrecherische Gewohnheiten usw. die mildere Behandlung verminderter Zurechnungsfähigkeit in Anspruch zu nehmen. Daneben wurde auf die Gefahr hingewiesen, daß in zweifelhaften Fällen der Milderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit tatsächlich wieder zur Verhängung einer außerordentlichen Strafe, also zu ungerechter Verurteilung wirklich geisteskranker Individuen führen werde.<sup>87)</sup>

Die Verteidigung der Bestimmung des ersten Entwurfs war matt und lieferte nichts Neues,<sup>88)</sup> und schon der zweite Entwurf strich die verminderte Zurechnungsfähigkeit, und *Schwarse* vertrat in der Sitzung des Reichstags vom 8. März die Beseitigung erfolgreich mit dem Argumente, daß bei der im weiteren Umfange erfolgten Zulassung der Feststellung mildernder Umstände die Milderung wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit sich erübrige. Dies war unzutreffend; denn bekanntermaßen läßt das StGB. bei einer sehr erheblichen Anzahl von Delikten, die mit einem keineswegs unbedeutenden Strafminimum bedroht sind, solche Feststellung nicht zu.

Die Autorität des Gesetzes hat indes nicht verhindert, daß die Mehrzahl der Theoretiker sich fortdauernd *de lege ferenda*

---

damit begnügte, lediglich die verminderte Zurechnungsfähigkeit feststellen zu lassen, ohne gleichzeitig zu verlangen, daß der Grund, welcher in dem speziellen Falle die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit bewirkt, auch festgestellt werde, ein solches Gesetz öffnet jeder Willkür Tür und Tor.“

<sup>87)</sup> Vgl. die in Anm. 83 zitierten Kritiken und *Jessen* (Dr. med.), Über Zurechnungsfähigkeit S. 13 ff.

<sup>88)</sup> *H. Meyer*, Das norddeutsche Strafrecht, eine Beurteilung des Entwurfes 1869, S. 30, 31, erklärte die Anerkennung der verm. Zurechnungsfähigkeit für notwendig nur bei den absolut bestimmten Strafsätzen, namentlich für die Fälle der Todesstrafe. — Nur kurz erklärte sich *Merkel* gelegentlich für die verm. Zurechnungsfähigkeit in einem Gutachten für den d. Juristentag, Verhandlungen d. 9. d. Juristent. 1 S. 56, ausführlicher *Rönne*, Die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit, Kritik d. §§ 46—52 des Entw., S. 32 ff.

für die Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit ausgesprochen und in ihrer Beseitigung einen bedauerlichen Fehler des Gesetzes erblickt hat.<sup>89)</sup> Auch *Buri* war wohl dieser Ansicht,<sup>90)</sup> und merkwürdigerweise charakterisierte *Schwarze*<sup>91)</sup> alsbald das für die Zulassung der verminderten Zurechnungsfähigkeit abgegebene (oben zitierte) Gutachten der medizinischen Deputation als vortrefflich und gelangte zu dem Ausspruch, daß zwar einige Mediziner und Juristen den ersten Entwurf bekämpft hätten, jedoch zumeist solche, welche die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung in der Praxis nicht kennen: die Praktiker Hessens, Sachsens und Bayerns würden für sie Zeugnis ablegen.<sup>92)</sup>

§ 17. Auswärtige Gesetzgebungen anlangend, so war in Italien die Milderung der Strafe wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit ein so festgewurzelter Grundsatz, daß trotz des im übrigen starken Einflusses des französischen Gesetzbuches die Gesetzbücher der einzelnen Staaten ihn beibehielten.<sup>92 a)</sup> Er erscheint daher auch in Art. 47 des italienischen Gesetzbuches. Ebenso erkennt das spanische StGB. Art. 8 Nr. 1 und Art. 9 die verminderte Zurechnungsfähigkeit (genauer die nicht vollständige Zurechnungsfähigkeit) als Strafmilderungsgrund an; ebenso das norwegische StGB. von 1902 Art. 56 und der

<sup>89)</sup> *Ad. Merkel* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 563ff.; *Geyer* das. 4 S. 101 und in *Holtendorffs* Rechtslex. 3 S. 1452; *Wächter*, Vorles. S. 272ff.; *Bar, Grünhuts* Zeitschr. 2 S. 45ff.; *H. Meyer*, 5. Aufl. § 22 Nr. 5; § 59 zu Anm. 38. Der Sache nach ist auch *Hälschmer* 1 S. 225 als Anhänger der verminderten Zurechnungsfähigkeit zu betrachten, da er die Annahme derselben als unrichtige Formulierung des Richtigen bezeichnet; vgl. *Lammasch*, Grundr. S. 21: „Mit dem unrichtigen Terminus verminderter Zurechnungsfähigkeit“ bezeichnet man die verminderte Verantwortlichkeit Zurechnungsfähiger, aber in ihren intellektuellen Funktionen oder in ihrer Selbstbeherrschung beschränkter Personen.“

<sup>90)</sup> GS. 23 S. 177.

<sup>91)</sup> Zu § 51 Anm. 1 Aufl. 1; S. 150 der 5. Aufl.

<sup>92)</sup> Vielleicht wird man nicht fehl gehen in der Annahme, daß das erwähnte gegenteilige Auftreten *Schwarzes* im Reichstage auf dem Bestreben beruht, den Entwurf und damit das Strafgesetzbuch nicht scheitern zu lassen, da die Bundeskommission unter dem Druck Bismarcks stand, der ja auch ohne Todesstrafe das Gesetz nicht wollte und wohl überhaupt für größere Strenge eintrat. Gerade der häufigeren Anwendung der Todesstrafe konnte die Zulassung der Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit gefährlich werden. Es ist kaum glaublich, daß die große Anzahl von Bundesregierungen, in deren Gesetzen die verminderte Zurechnungsfähigkeit Platz gefunden hatte, diese ohne einen starken, von anderer Seite ausgeführten Druck hätte fallen lassen. — Gegen die verminderte Zurechnungsfähigkeit: *Schaper* in *Holtendorffs* Hdb. 2 S. 158; *Schütze* S. 92; *Berner* § 42. *Beling*, Grundzüge § 40, bestreitet wohl nur den Ausdruck, nicht die Sache.

<sup>92 a)</sup> Vgl. die Nachweisungen in *Mittermaiers* Aufsatz GS. 1859 S. 39.



schweizerische Vorentwurf von 1903 Art. 16 Abs. 2, und Gesetzbücher, welche dem Richter ein allgemeines Milderungsrecht einräumen, oder die Strafrahmen für sämtliche Verbrechen äußerst weit auch nach dem Minimum hin erstrecken, bedürfen einer besonderen Bestimmung nicht,<sup>93)</sup> wenn eben die Bedeutung der verminderten Zurechnungsfähigkeit nur in einer Milderung der sonst gesetzlichen Strafe bestehen soll.<sup>94)</sup>

Seit etwa zwei Dezennien hat die Frage aber eine andere Gestalt angenommen. *Wharton* hatte in seinem Werke über *Medical jurisprudence* (§§ 262 ff. und 753 ff.) auf die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit hingewiesen, wenn ein Geisteskranker auf Grund seiner Geisteskrankheit wegen eines schweren Verbrechens freigesprochen und nachher nicht durch Verbringung in eine Irrenanstalt unschädlich gemacht werden würde.<sup>95)</sup> Andererseits wenn das Gesetz bestehe, daß ein wegen Geisteskrankheit Freigesprochener auf unbestimmte Zeit, oder bis er geheilt oder ungefährlich geworden sei, in eine öffentliche Irrenanstalt gesperrt werde, so könne ein solcher Geisteskranker auch wegen einer an sich nicht mit schwerer Strafe bedrohten Tat auf Lebenszeit seiner Freiheit beraubt werden, während er, für geistig normal erklärt, mit einer geringen Freiheitsstrafe, vielleicht mit Geldstrafe, abkomme. *Wharton* schlug daher vor, alle Personen, die im Zustande wirklicher oder zweifelhafter Geisteskrankheit (auch verminderter Zurechnungsfähigkeit, wie sich aus *Whartons* Ausführungen ergibt) Verbrechen begehen, je nach Art und Schwere ihrer Tat einer erziehenden Haft von Staats wegen zu unterwerfen. Zur

<sup>93)</sup> Daher hat insoweit die Frage auch weniger Bedeutung für das französische Recht nach dem Gesetz von 1832, noch weniger für das niederländische StGB., welches überall äußerst geringe Strafminima (durch die Straftat) setzt und nur die Maxima bei den einzelnen Delikten besonders begrenzt.

<sup>94)</sup> Das russische StGB. von 1903 hat den Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht aufgenommen (vgl. *Greterer* GS. 67 S. 40). Sie kann allerdings nach Maßgabe des allgemeinen richterlichen Milderungsrechts (Art. 53) berücksichtigt werden; ob genügend, kann fraglich sein.

<sup>95)</sup> Dies kann, wie *Wharton* § 263 ausführt, leicht in folgender Weise sich ereignen: Im Strafverfahren wird im Zweifel nach dem Grundsatz „*in dubio pro reo*“ der von der Strafe befreiende geistige Defekt als vorhanden angenommen; in einem nachfolgenden Verfahren, in welchem die Verbringung in eine Irrenanstalt zur Frage steht, dreht sich die Beweislast um: der wegen Geisteskrankheit Freigesprochene wird dann oft für nicht geisteskrank erklärt werden und frei umhergehend eine beständige Gefahr für die Gesellschaft sein können.

weiteren Begründung machte *Wharton* geltend, daß bei vielen Geisteskranken doch ein gewisses Schuldbewußtsein vorhanden sei, daß sehr oft Geisteskrankheit auf Schuld des Erkrankten selbst zurückgeführt werden könne, und daß bei vorhandener Aussicht, wegen Geisteskrankheit freigesprochen zu werden und daher vieles sich erlauben zu dürfen, das Verbrechen von Irren (*Insane crime*) epidemisch werden könne. Diese letzte Bemerkung ist nicht unrichtig, wie zuweilen die Verbreitung religiösen, bis zur Zurechnungsunfähigkeit gesteigerten Fanatismus oder religiöser Ekstase gezeigt hat; das Beispiel wirkt auf schwach veranlagte Individuen kontagiös; dagegen kann bei vielen geistig Minderwertigen die Vorstellung der Strafe noch einwirken, sogar erziehend einwirken; und ganz besonders wichtig ist der Vorschlag, nicht sowohl eine mildere (abgekürzte), als vielmehr eine von der gewöhnlichen Strafe abweichende, mehr erziehende Strafe einzuführen.

In meiner 1875 veröffentlichten, aber bis zu der eingehenden Arbeit *Kahls* kaum beachteten Rezension des *Whartonschen* Werkes (S. 45 ff., bes. S. 51 ff.) habe ich<sup>96)</sup> dies hervorgehoben,<sup>97)</sup> indes die Vorschläge *Whartons* zu modifizieren empfohlen. Die Verurteilung wirklich Geisteskranker und die Beseitigung des Grundsatzes „*In dubio pro reo*“, sofern es sich um Geisteskrankheit handelt, erschien und erscheint mir nicht zulässig. Wirklich geisteskranke (d. h. dem früher Dargelegten zufolge in sehr erheblichem Grade geisteskranke) oder sehr erheblich geistig defekte Individuen sind schuldlos; ihre Verurteilung zu irgend einer als Strafe bezeichneten Maßregel würde sogar das öffentliche Rechtsbewußtsein verletzen. Sie können aber Gegenstand der öffentlichen Sicherheitspolizei sein, wovon noch unten zu reden ist. Dagegen ist der Vorschlag einer anders gearteten, so viel als möglich heilenden und erziehenden milderen, aber nicht notwendig abgekürzten Strafe für Personen mit verminderter Zurechnungsfähigkeit richtig. Die gewöhn-

---

<sup>96)</sup> In unklarer und unbestimmter Weise hatte übrigens schon *Köstlin* 1 S. 155 auf einen derartigen Ausweg aufmerksam gemacht: „Richtiger erscheint es, alle solche Übergangszustände der korrekativen Strafgerechtigkeit zu überweisen, wozu es freilich noch gar sehr an den richtigen Anstalten gebricht.“

<sup>97)</sup> Wie ich jetzt sehe, hat in Frankreich der Psychiater *Legrand du Saullé*, *Traité de médecine légale et de jurisprudence médicale* 1874 dieselbe Ansicht geäußert.

liche, auf geistig gesunde Personen berechnete Strafe wird in sehr vielen derartigen Fällen den Zustand minderwertiger Personen nur verschlimmern, vielleicht sie völlig geisteskrank und damit erst besonders gefährlich machen, und wenn die staatliche Strafe auch in ihrer Hauptwirkung nicht auf das straffällige Individuum, vielmehr auf die gesamte Bevölkerung durch Einschärfung ethischer und unverbrüchlicher Grundsätze (Normen) gerichtet ist, so muß doch ein schädlicher Einfluß auf das Individuum möglichst vermieden, vielmehr ein heilsamer Einfluß erstrebt werden. Die Abkürzung der Strafe, welche freilich dem geringeren Schuldmaße entspricht, hindert dabei oft den bessernden und vielleicht auch körperlich heilsamen Einfluß der Strafe. Die gewöhnliche Milderung der Strafe durch Abkürzung der Strafe ist also in vielen Fällen eine völlig verkehrte Maßregel;<sup>97a)</sup> indes sage ich absichtlich in vielen Fällen, denn, wie ich auszuführen gedenke, es sind hier Unterscheidungen zu machen. Ich habe aber zugleich besonders nachdrücklich hervorgehoben, daß solche besondere Strafe nur bei dauernden (nicht vorübergehenden) Zuständen des Individuums angemessen sei; bei Zuständen schnell vorübergehender verminderter Zurechnungsfähigkeit sei nur einfache Strafmilderung angezeigt,<sup>98)</sup> und daß es durchaus gefordert werden müsse, für die Annahme jener geminderten Zurechnungsfähigkeit im Urteile (auch im Wahlspruch der Geschworenen) stets besondere Gründe<sup>99)</sup> anzugeben. Die Ausdehnung auf Fälle rasch vorübergehender Minderung der Zurechnungsfähigkeit durch nichtpathologische Affekte, könnte die Strafe zu einer begehrten Annehmlichkeit, die Anwendung ohne besondere Begründung nach einem völlig vagen Ermessen aber leicht

97a) Die Teilnehmer der Hamburger Versammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung waren anscheinend sämtlich dieser Meinung. Nach dem dänischen StGB. § 39 wird die Strafe bei verminderter Zurechnungsfähigkeit einfach gemildert (herabgesetzt), und dies ist der Grund, weshalb man in Dänemark die Anerkennung einer verminderten Zurechnungsfähigkeit beseitigen möchte. Vgl. die Bemerkungen *Torps* in den Verhandlungen der intern. krim. Vereinigung, Mitteilungen 13 S. 491.

98) Diese ist vielfach schon durch besondere Strafsätze für die Affekthandlung gegeben — ob in genügendem Grade kann hier nicht untersucht werden, da es sich insoweit um die einzelnen Deliktsarten handelt.

99) Z. B. Epilepsie, erlittene Verwundung (insbesondere Kopfverletzung), weiche ihrer Natur nach erfahrungsgemäß oft die geistigen Fähigkeiten beeinträchtigt, Morphinismus, Alkoholismus, Hysterie.

dahin führen, verminderte Zurechnungsfähigkeit in einer übermäßigen Anzahl von Fällen anzunehmen, und so die Wirkung der Strafjustiz durch überhandnehmende Milde aufheben.<sup>100)</sup>

Der Gedanke einer besonderen Strafbehandlung der Personen mit verminderter Zurechnungsfähigkeit ist später in mehrfachen Variationen<sup>101)</sup> immer häufiger aufgetaucht und sowohl von Medizinern wie von Juristen vertreten worden; man darf insbesondere nach den eingehenden Verhandlungen des 27. deutschen Juristentages ihn bald als von der Mehrzahl der deutschen Juristen und Psychiater<sup>102)</sup> angenommen bezeichnen.<sup>103)</sup>

Die Richtigkeit dieses Gedankens tritt aber ganz besonders hervor, wenn man die praktischen Konsequenzen des gegenwärtigen Systems ins Auge faßt. Gegenwärtig kann der Richter, wenn er einen Minderwertigen verurteilt, z. B. einen Menschen von besonders geringer Intelligenz, der zugleich in der Erziehung vernachlässigt ist (einen sog. Simpel), ohne ungerecht zu sein, schwerlich anders verfahren,

<sup>100)</sup> Übereinstimmend in dieser Beziehung die Ausführungen *Kahls*, Gutachten S. 212 und S. 246 unter II. seine Beschlüsse der dritten Abteilung d. 27. d. Juristentags, Verhandlungen 4 S. 652, 653.

<sup>101)</sup> Vgl. *Forel*, Zeitschr. f. schweiz. Strafrecht 4 S. 321; *Gretener* S. 183.

<sup>102)</sup> Vgl. *Aschaffenburg* (in *Hoches* Hdb. S. 34 ff. und „Das Verbrechen und seine Bekämpfung“ S. 270); *Leppmann*, Gutachten, Verhandl. d. 27. d. Juristentags 3 S. 136. — Gegen die Einführung des Begriffs der Minderwertigkeit in das Strafrecht, welche „die blanke Willkür“ und „die Ausscheidung aller eigentlichen Verbrechernaturen aus der normalen Bestrafung zur Folge haben würde“ freilich (der österreichische Oberstaatsanwalt) *Hoegel*, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 S. 333 ff., ebenso Dr. med. *Longard*, das. 3 S. 87 ff.; sowie *Hübbe*, S. 32 ff. (der übrigens auch mildere Strafe für gerecht erklärt), meint, daß für Minderwertige in den allgemeinen Strafanstalten genügend gesorgt werden könne, und weiter gehende Milde hält er bei ihnen nicht für angebracht. Andererseits scheint er anzunehmen, daß viele der sog. Minderwertigen wirklich geisteskrank sind, und gegen gemeingefährliche Geisteskrankheit wie gegen Minderwertige soll der Schutz der Gesellschaft durch Fürsorge für diese Personen erreicht werden, ohne daß dazu ein Einschreiten der Strafjustiz erforderlich wäre. Daß aber das Personal und die Einrichtungen der auf gesunde Personen berechneten Strafanstalten nicht der zweckentsprechenden Behandlung der großen Mehrzahl der Minderwertigen dienen können, wird fast durchgängig von den meisten Sachkundigen behauptet und kann auch kaum anders sich verhalten. Und worin soll die — selbstverständlich zwangsweise eintretende — Fürsorge bestehen? Soll man ihr Personen unterwerfen auf die bloße Vermutung hin, daß sie Gewalttätigkeiten, Diebstähle usw. begehen oder wieder begehen könnten? Gegen Annahme einer normalen Zurechnungsfähigkeit auch neuesten *Birkmeyer* (Was läßt v. *Liszt* vom Strafrecht übrig? 1906 S. 52). Vgl. auch die von *Meyer von Schauensee* (Zur Frage der geistig Minderwertigen, Luzern 1905) gegen *Kahls* Vorschläge erhobenen Einwendungen.

<sup>103)</sup> Die Beschlüsse kamen unter Mitwirkung von *Cramer*, *Kräpelin* und *Leppmann* zustande.

als daß er, die für andere angemessene Strafe mildernd, eine kürzere und desto unwirksamere Strafe verhängt.

§ 18. Über die Ausführung ist man sich freilich noch nicht einig. Soll man die Minderwertigen zunächst der gewöhnlichen Strafe und sodann erst einer zugleich erziehenden und heilenden Behandlung in einer staatlichen Anstalt unterwerfen — etwa auf unbestimmte Zeit, bis sie als geheilt oder als unschädlich erachtet sind? Oder soll man sogleich mit letzterer Behandlung beginnen?

Gegen den ersteren von *Kahl* empfohlenen und vom deutschen Juristentage angenommenen Vorschlag<sup>104)</sup> spricht, daß die gewöhnliche Strafhaft auf minderwertige, geistig und oft auch körperlich geschwächte Personen, mit denen man es gerade hier oft zu tun hat, häufig einen besonders schädlichen Einfluß zu üben geeignet ist,<sup>104a)</sup> ein Umstand, der es vielleicht erklärt, daß nachträgliche Untersuchung der in den Strafanstalten detinierten Personen diese so häufig als geisteskrank erscheinen läßt.<sup>105)</sup> Dazu kommt die dem Bestraften selbst zum Bewußtsein gelangende und ihn verbitternde, seine Behandlung erschwerende Ungerechtigkeit, welche in der zusätzlichen Festhaltung in einer Anstalt liegt, während Gesunde nur kurze Strafhaft erleiden oder gar nur Geldstrafe zahlen und damit frei sind.<sup>106)</sup>

Läßt man dagegen, wie z. B. von *Bleuler* und, wie mir scheint, von einer großen Anzahl von Irrenärzten für richtig gehalten wird, aber auch auf der 10. internationalen Versammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung 1905 zu Hamburg von Juristen (namentlich *van Hamel*, *Torp* und *Gerland*) mit Energie vertreten wurde,<sup>106a)</sup> den gewöhnlichen Strafvollzug

<sup>104)</sup> Ebenso jetzt Art. 16 Abs. 2 des schweizerischen Vorentwurfs, während nach dem Entwurf von 1893 Art. 9, wie ihn *Stoos* ursprünglich abgefaßt hatte, ausnahmsweise wenigstens jede Bestrafung (nach richterlichem Ermessen) ausgeschlossen werden konnte. Vgl. *Hafer*, Monatsschr. f. Kriminalpsychol. 1 S. 77 ff.

<sup>104a)</sup> In diesem Sinne *Bleuler*, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 S. 93 ff.

<sup>105)</sup> Vgl. *Aschaffenburg*, D. Verbrechen S. 161 ff. Es kann m. E. hier aber nicht, wie *Aschaffenburg* anzunehmen scheint, durchgängig von fehlurteilenden Gerichten gesprochen werden. In vielen Fällen ist die Gefängnis- und Zucht-hausbehandlung die Ursache, welche die Anlage zur Geisteskrankheit zur Ent-faltung bringt; man denke an die Einsamkeit und Einförmigkeit des Lebens, den Mangel an frischer Luft und direktem Sonnenlichte, die Gefängniskost usw. Vgl. *Leppmann*, a. a. O. S. 146.

<sup>106)</sup> *Bleuler* a. a. O.

<sup>106a)</sup> Mitteilungen 13 S. 470 ff.

vollständig wegfallen, so wird für viele als minderwertig Verurteilte die Strafanstalt zur Heilanstalt, vielleicht zu einer angenehmen Versorgungsanstalt werden. Damit wäre dann zugleich für viele geistig minderwertige Personen ein erheblicher Anreiz gegeben, verbrecherischen Neigungen und Stimmungen oder einem Lebenswandel nachzugeben, der sie tatsächlich vor irgend empfindlicher Strafe schützt, indem er sie immer tiefer in die geistige Verkommenheit und Krankheit hineinführt. Es handelt sich also nicht nur darum, eine einstweilen noch vorhandene „Brüskierung“ des gegenwärtigen Volksbewußtseins zu vermeiden, sondern auch um die Sicherung der Gesellschaft selbst.<sup>106b)</sup> Man könnte eine vielleicht erhebliche Anzahl wieder zu einigermaßen brauchbaren oder doch ungefährlichen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft erziehen, um einen immer stärkeren Nachwuchs von Verbrechern mit geminderter Zurechnungsfähigkeit zu erzielen, und es ist keineswegs ein bloßes Vorurteil, ein zu bekämpfendes Rachegefühl, wenn das Publikum gegen völlige Straffreiheit und gegen Behandlung als mitleidwürdiger Kranker von Personen protestiert, die nicht vollständig zurechnungsunfähig sind: besteht doch bei solchen Personen meist ein gewisses Schuldgefühl, und haben sie nicht selten durch Mangel an Selbstzucht (z. B. durch Trunk und andere Leidenschaften) ihre Minderwertigkeit herbeigeführt oder es selbst verursacht, daß sie, der Versuchung erliegend, sagen: «*C'est plus fort que moi*».<sup>107)</sup>

§ 19. Der Ausweg kann meiner Ansicht nach nur in folgender Unterscheidung gefunden werden. Für Personen in besserer Lebenslage wird häufig die auf Grund eines Strafurteils erfolgende zwangsweise Einlieferung in eine als Strafanstalt bezeichnete Anstalt schon als erhebliche Strafe sich darstellen, mag auch die tatsächliche Behandlung sich nur wenig von der eines nicht gerade sehr komfortablen Irrenhauses unterscheiden. Solche geistig minderwertige Personen durch

<sup>106b)</sup> Wie von *Liepmann* und *Frank* in der Diskussion der Hamburger Versammlung der intern. krim. Ver. (Mitteilungen 13 S. 521 ff., 528 ff.) richtig hervorgehoben wurde.

<sup>107)</sup> Diese Verteidigung kann richtig sein (vgl. die Bemerkungen des Rechtsanwalts *Oppenheimer-Hamburg* in den Verhandl. der int. krim. Verein. 13 S. 539). Aber das läßt sich nicht feststellen, wenn nicht wirkliche Geisteskrankheit oder krankhafter Mangel der Entwicklung vorliegt, und wie schon oben bemerkt, menschliche Justiz ist nicht unfehlbare Gerechtigkeit.

die Behandlung in einer Gefängnisanstalt für gesunde Individuen dem geistigen Ruin auszusetzen, ist eine durch nichts gerechtfertigte Härte. Es ist also nur Gerechtigkeit, sie mit der letzteren Behandlung zu verschonen. Man könnte aber auch von bedingter Verurteilung<sup>107a)</sup> Gebrauch machen, wie denn *Cramer*<sup>108)</sup> in manchen Fällen der Begehung von Straftaten durch Minderwertige diese Maßregel für ausreichend und nützlich erachtet, insofern sie geeignet erscheint, von der Wiederholung einer strafbaren Handlung abzuhalten. Andererseits dürfte es auch geistig Minderwertige geben, bei denen eine ebenso strenge Behandlung, wie sie sonst in Strafanstalten stattfindet, heilsam wirken wird, z. B. wenn ein wollüstiges Grausamkeitsverbrechen begangen ist.<sup>109)</sup> Hier wäre Verschonung mit der gewöhnlichen Strafhaft übel angebracht. Geistig Minderwertige dagegen, welche, aus schlechterer Lebenslage kommend, die mildere Behandlung gar nicht als Strafe, auch die Verurteilung selbst als Strafe nicht empfinden würden,<sup>110)</sup> müßten sogar auf die Gefahr hin, daß die Strafe sie geistig schädigen würde, der gewöhnlichen Strafbehandlung aus dem hervorgehobenen Grunde unterworfen werden. Auch in anderen Fällen wird die staatliche Strafe dem Verurteilten schweren und dauernden Schaden zufügen, ohne ihn zu bessern. Das ist eine traurige Notwendigkeit. Es handelt sich nur darum, sie möglichst zu beschränken, und schließlich bleibt die Wirkung der Strafe auf die Gesamtheit die Hauptsache. Daran werden

<sup>107a)</sup> Die als dauernde und allgemeine Einrichtung m. E. nicht zu billigende bedingte Begnadigung würde sich hier, der damit verbundenen Weitläufigkeiten wegen und da sie auf Zerreißung einer in solchen Fällen notwendig einheitlichen Maßregel hinausläuft, oft übrigens als völlig unbrauchbar erweisen.

<sup>108)</sup> Berliner klin. Wochenschr. 1901 Nr. 47 u. 48. Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 S. 346ff. Manche geistig Minderwertige bereuen nachher auf das bitterste, daß sie sich zu einem strafbaren Exzeß hinreißen ließen.

<sup>109)</sup> So m. E. in dem viel besprochenen Falle Dippold, wenn man, was übrigens nach Maßgabe unserer Gesetzgebung ausgeschlossen war, verminderte Zurechnungsfähigkeit angenommen hätte. Der bei Dippold zutage getretene scheußliche, schließlich zu langsamer Vernichtung eines jungen Menschenlebens führende Sadismus wird wohl nicht mit guter Kost und liebevoller Behandlung geheilt werden können. Der Streit, ob 8, 10 oder 15 Jahre Zuchthaus angemessen war, ist nicht zu entscheiden (vgl. gegen *v. Rohland*, dem die Strafe bei weitem zu milde erschien, D. Juristenzeitung 1903 S. 486; *Stooss*, das. S. 517). Ebenso wenig läßt sich aber der Fall gegen die Auffassung der Strafe als einer öffentlichen Mißbilligung der Tat und für die Idee der Schutzmaßregel verwerten, wie von *v. Lissl*, (Juristenzeitung 1903 S. 540) geschehen ist.

<sup>110)</sup> Vgl. die von *Finger* gegen die Vorschläge *Kahls* erhobenen Einwendungen in den Verhandlungen des 27. d. Juristentags 4 S. 454.

Psychiatrie und modernste Strafrechtstheorien nichts ändern; es wird nie die Strafhaft eine der großen Mehrzahl der Straffälligen begehrenswerte Verpflegungsanstalt sein dürfen.

Das Ergebnis ist also, daß zwischen allen genannten Maßregeln der Richter nach Maßgabe der Individualität der Tat wie der Person die Wahl haben muß, und es ist dabei selbstverständlich, daß, eben wegen dieser dem Strafrichter zuzugestehenden Wahlfreiheit, von einer Einwirkung des Zivil-(Vormundschafts-)Richters erst dann die Rede sein kann, wenn nach der besonderen Strafverbüßung der Minderwertige noch gemeingefährlich erscheint.

§ 20. Nicht erörtert soll hier werden die Frage, ob die Strafe in besonderen selbständigen Anstalten oder in besonderen Abteilungen (Annexen) der allgemeinen Strafanstalten zu verbüßen sei.<sup>110a)</sup> Es ist dies lediglich eine Frage des Strafvollzuges, und ihre Beantwortung hängt von tatsächlichen Einrichtungen, von der Behörde, Organisation und der Beschaffenheit des Gefängnispersonals ab. Nur mag bemerkt werden, daß die Anstalten oder Annexe nicht ausschließlich nach Heilzwecken eingerichtet und gehalten werden dürften, und daß zwar der Arzt der ständig zu konsultierende Beirat des Direktors sein muß, nicht aber dessen Stelle selbst einnehmen darf. Sonst müßten wir angenehme und oft kostenlose Verpflegung und Behandlung, nur mit dem Namen einer Strafe, wirklich, wenn auch in minderem Grade, straffälligen Personen angedeihen lassen.<sup>110b)</sup> Die Individualität des Verurteilten und seine Lebensstellung, sowie der Umstand, ob er die Kosten zahlen kann, müssen hier beachtet werden.

Prinzipiell wichtiger scheint mir dagegen die Frage, ob geistig Minderwertige, welche eine Straftat begangen haben und gemeingefährlich sind, auf Grund der Verurteilung so lange in der

<sup>110a)</sup> Vgl. darüber den Artikel „Irrenwesen“ von *Lachr* in *Conrads und Lexis*, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., Bd. 4, S. 1385. *Türkel*, Die kriminellen Geisteskranken, Wien 1905, S. 41 ff., 47, 57. — Der Annex einer Strafanstalt läßt äußerlich deutlicher den Charakter der Strafe hervortreten.

<sup>110b)</sup> Unterbringung in einer gewöhnlichen Irrenanstalt muß bei nur Minderwertigen (also Zurechnungsfähigen) ausgeschlossen sein. Vgl. den Beschluß des *Congrès intern. pénit.* 1895 (Paris), *Partie générale*, S. 263, der sogar für die völlig zurechnungsunfähigen Personen, welche Verbrechen begangen haben, Unterbringung in besonderen Anstalten oder besonderen Abteilungen der Irrenanstalten empfiehlt.



staatlichen Anstalt verwahrt werden sollen, bis sie nicht mehr als gemeingefährlich angesehen sind, wie das meist von psychiatrischer Seite gefordert und vom 27. deutschen Juristentage<sup>111)</sup> auch auf *Kahls* Vorschlag angenommen worden ist. Ich halte es nun für eine Überschreitung der Aufgaben des Staates und für eine durchaus verwerfliche Beeinträchtigung der Freiheit des Individuums, wenn letzteres so lange seiner Freiheit beraubt werden soll, bis positiv seine Ungefährlichkeit festgestellt werden würde,<sup>111a)</sup> da eine absolute Garantie gegen Verletzungen vom Staate und noch weniger von der Rechtsordnung gefordert werden kann; sie besteht auch nicht gegenüber unbestraften Personen. Das richterliche Urteil wird also eine Maximaldauer der Verwahrung in der staatlichen, zur psychischen und somatischen Besserung des Verurteilten bestimmten Anstalt festzusetzen haben, insofern der Verurteilte nicht vorher auch eine Strafe in der für geistig Gesunde bestimmten Anstalt zu verbüßen hat, auch mit einem Minimum. Die Maximaldauer würde später (nach Ablauf der etwa bestimmten Minimaldauer) nach den in der Anstalt mit den Verurteilten gemachten Erfahrungen von einer dazu zuständigen Kommission gekürzt werden können. Bei Bestimmung der Maximaldauer wäre die Schwere und Gefährlichkeit der begangenen Straftat hauptsächlich zu berücksichtigen. Selbstverständlich könnte bei fortwährend erwiesener Gemeingefährlichkeit diejenige staatliche Behörde, welche die Internierung von gemeingefährlichen Irren als Polizeimaßregel verfügen kann, bei Ablauf der vom Gerichte bestimmten Maximaldauer eine weitere Verwahrung des früher Verurteilten verfügen. Aber diese Verfügung hätte mit der Strafe nichts zu schaffen,<sup>112)</sup> und der Gemeingefährliche müßte

<sup>111)</sup> Verhandlungen 4 S. 464. Wörtlich ist etwas unbestimmt gesagt: „bis zur Entlassungsfähigkeit“.

<sup>111a)</sup> Der Satz, daß man gefährliche Verbrecher nicht nach Ablauf einer bestimmten Strafzeit auf die Menschheit loslassen dürfe, ist daher unhaltbar, wenn die Befreiung aus der Strafhaft von einem positiven Beweise der bewirkten Ungefährlichkeit abhängen soll.

<sup>112)</sup> Monatsschr. f. Kriminalpsychologie 1 S. 10ff. Die von der dritten Abteilung des 27. d. Juristentages angenommenen Thesen über das, was später nach Verbüßung der Strafe (nach dem im Urteil bestimmten Aufenthalte in der besonderen Anstalt) zu geschehen habe (vgl. Verhandlungen 4 S. 653, 654), befassen sich mit Maßregeln, die vollständig den Rahmen der Strafjustiz verlassen und einerseits die Heilbehandlung beeinträchtigen, andererseits zu einer schweren Ungerechtigkeit gegen den früher Verurteilten ausschlagen können. Sicherungs- und Heilmaßregeln als solche muß man der Polizei und dem

dann in eine Irrenanstalt überführt werden, welche lediglich Heilzwecken oder Sicherungszwecken dient, und die Verfügung dürfte nur unter Voraussetzungen erfolgen, welche auch die zwangsweise Verwahrung solcher Personen rechtfertigen, die nicht Gegenstand der Strafjustiz gewesen sind. Die erstmalige Verwahrung in der staatlichen Anstalt, da diese als Strafanstalt gelten soll, muß dagegen vom Richter im Strafurteil verfügt werden; diese Verfügung dann von einer anderen Behörde ausgehen zu lassen, wenn der Verurteilte vorher noch eine andere Strafe wegen der fraglichen Straftat zu verbüßen hat, ein Vorschlag, der von *Liszt* gemacht und später von *Oetker*<sup>112a)</sup> genauer ausgeführt ist, würde auch unpraktisch sein, schon weil dabei (vgl. oben) sich widersprechende Entscheidungen des Strafrichters und Zivilrichters erfolgen könnten. Außerdem wird der Strafrichter hier besser unterrichtet sein, als der Zivilrichter. Verfährt man anders, so macht man das richterliche Urteil zu einer Maßregel der Sicherheitspolizei und verquickt in unrichtiger Weise die letztere mit der Strafjustiz.

§ 21. Zusammengefaßt ergibt sich nach den vorstehenden Darlegungen folgender Gesetzesvorschlag:

A) Bei Begehung einer nicht nur als Übertretung strafbaren<sup>113)</sup> Handlung<sup>113a)</sup> in einem nicht bloß vorübergehenden

---

Psychiater überlassen. „Die Entlassung aus dieser Verwahrung“, so lautet der Beschluß, „kann nur bedingt und während eines gesetzlich bestimmten Zeitraumes erfolgen.“ Was würde man aber sagen, wenn eine derartige Bestimmung gegen einen gemeingefährlichen Irren, der noch keine Straftat begangen hat, Anwendung finden sollte? Und doch steht der verurteilte Minderwertige, nachdem er die Strafe in der besonderen Anstalt verbüßt hat, gewiß nicht anders als jener Irre; wahrscheinlich ist er sogar, eben weil er doch nicht vollständig irre ist oder war, minder gefährlich. Derartige Gesetzesbestimmungen müssen, sofern sie zur Kenntnis der Verurteilten gelangen, die Behandlung wesentlich erschweren, da sie dem Verurteilten die Hoffnung abschneiden, jemals wieder für völlig normal zu gelten. Und das soll im Strafurteil bestimmt werden oder gar sich von selbst verstehen! Außerdem ist die Frage, wer für die Zukunft die Kosten zu tragen hat — ob die Strafjustiz oder die Armenpflege — völlig außer acht gelassen.

<sup>112a)</sup> Mitteilungen der internationalen kriminal. Vereinigung 12, 1 S. 60ff. Vgl. auch den Vortrag *Lissts* das. 13 S. 486, der hier noch geltend machte, in der durch einen sensationellen Fall verursachten Aufregung des Strafverfahrens sollte nicht darüber beschlossen werden, ob jemand zeit lebens interniert werden solle. Der Beschluß wird aber niemals diesen Inhalt haben dürfen; außerdem wird das Strafurteil nur das Maximum der Detentionsdauer zu bestimmen haben, so daß nach Ablauf einer gewissen Zeit Freilassung erfolgen kann.

<sup>113)</sup> Vielleicht könnte man unbedeutende Straftaten, für welche die Maßregel überhaupt nicht paßt, auch in anderer Weise ausscheiden.

<sup>113a)</sup> Eine von der internationalen kriminalistischen Vereinigung 1905 zu Hamburg beschlossene These (1) (vgl. Mitteilungen 13 S. 546) empfiehlt dem

krankhaften Zustände, welcher die Einsicht in Wirkung oder Bedeutung der Handlung oder die Wirksamkeit der Vorstellung der Unzulässigkeit der Handlung beeinträchtigt, kann nach richterlichem Ermessen

1. die sonst nach den Umständen des Falles<sup>114)</sup> in der gewöhnlichen Weise<sup>115)</sup> zu vollstreckende Strafe gemildert werden, ohne daß das Gericht durch eine andere als die durch die gewählte Strafart bestimmte Mindestgrenze beschränkt ist. Auch kann von Verweis und bedingter Verurteilung unbeschränkt Gebrauch gemacht werden. Bei Bestimmung der Strafe können die Lebensverhältnisse des Verurteilten berücksichtigt werden;<sup>115a)</sup>

---

Gesetzgeber, über Minderwertige, ohne Rücksicht darauf, „ob sie verbrecherisch geworden sind oder nicht, wenn sie für sich selbst oder für ihre Umgebung oder für die Gesellschaft gefährlich geworden sind“, Schutzmaßregeln, z. B. Beaufsichtigung, Internierung in Sicherheitsanstalten, zu verhängen. Dieser über den Rahmen des Strafrechts stark hinausgehende Beschluß ist meines Erachtens im höchsten Grade bedenklich. Da die Frage der Minderwertigkeit im einzelnen Falle oft schwer zu entscheiden ist, kann ohne weiteres nicht mit Maßregeln vorgegangen werden, die den einzelnen auf lange Zeit oder zeitlebens der Freiheit berauben oder einem erziehungsbedürftigen Kinde gleichstellen, wenn überhaupt eine strafbare Handlung nicht vorliegt. Absolute Sicherheit würde auch eine mit souveränen Machtbefugnissen ausgerüstete General-Reichs- oder Landes-Sicherheitskommission nicht gewähren. Sie würde vielmehr selbst die Rechtssicherheit gefährden.

<sup>114)</sup> Vgl. oben. Die Verwahrung darf nicht zu einer erstrebenswerten Belohnung des Verurteilten werden. Bei wohlhabenden Verurteilten wird dies nicht der Fall sein, auch wenn sie tatsächlich fast nur als Kranke behandelt werden; anders bei Personen, die durch schwere Handarbeit sich den Lebensunterhalt erwerben müssen, oder gar bei Landstreichern.

<sup>115)</sup> Die verminderte Zurechnungsfähigkeit ist, falls man sie überhaupt anerkennt, ein durchaus selbständiger, von den übrigen Milderungsgründen zu trennender Grund der Änderung der Strafe, ebenso wie es der richtigen Ansicht nach bei dem Milderungsgrunde des jugendlichen Alters der Fall ist. Wirft man, wie es in dem Beschlusse des deutschen Juristentages (27. 4, S. 652) geschehen ist, die Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit mit anderen Milderungsgründen zusammen (wer usw. ist nach den für minder schwere Fälle geltenden Strafregeln zu behandeln), so hebt man, genau betrachtet, die Bedeutung der verminderten Zurechnungsfähigkeit wieder auf. Zeigt der konkrete Fall, abgesehen von der verm. Zurechnungsfähigkeit mildernde Umstände, so muß die Strafe zuerst nach diesen und darauf weiter nach Maßgabe der geminderten Zurechnungsfähigkeit gemildert werden.

<sup>115a)</sup> Die von der internationalen kriminalistischen Vereinigung 1905 zu Hamburg angenommene These (II) lautet scheinbar übereinstimmend: „Für die minderwertigen Verbrecher, mögen sie gefährlich sein oder nicht, soll eine besondere Strafe oder besondere Behandlung vorgesehen werden.“ Aber das Wort „oder“ bedeutet hier, wie die Verhandlungen ergeben, nicht, daß der Richter mit Rücksicht auf die Individualität des Falles nach seinem Ermessen zwischen verschiedenen Maßregeln wählen könne. Es verbirgt sich unter der Alternative „Strafe oder besondere Behandlung“ nur eine aus der Differenz der Meinungen hervorgegangene

2. der Schuldige, ohne daß auf eine andere Strafe erkannt wird oder im Anschluß an eine der unter 1 bezeichneten Strafen zur Verwahrung in einer staatlichen Anstalt verurteilt werden, in welcher bei milderer Behandlung unter Berücksichtigung der Individualität und der Lebensverhältnisse des Verurteilten je nach Umständen Heilung,<sup>116)</sup> Erziehung oder bessere Bildung, bzw. Ausbildung zu einem nützlichen Berufe erstrebt wird.

Freiheitsstrafe und Verwahrung dürfen zusammengerechnet in ihrer Dauer nicht einen Zeitraum überschreiten, welcher sich ergibt, wenn die, abgesehen von dem erwähnten krankhaften Zustande, im einzelnen Falle zu verhängende Freiheitsstrafe verwandelt würde in die mildeste für Straftaten, welche nicht bloße Übertretungen sind, zulässige Freiheitsstrafe.<sup>117)</sup>

B) Vor Beendigung der unter A 2 bezeichneten Verwahrungszeit hat die Anstaltsbehörde, falls sie nicht die im nachfolgenden Absatz erwähnte Entlassung verfügt, bei der zuständigen Behörde rechtzeitig darüber eine Entscheidung zu veranlassen, ob der in Verwahrung Gehaltene in eine Irrenanstalt zu verbringen ist.

Die nach Maßgabe des Gesetzes einzusetzende Anstaltskommission, bei welcher ein ständig angestellter Richter Vorsitzender sein muß, kann, wenn der Verurteilte mindestens die

---

Unbestimmtheit oder Unklarheit, da ein Teil der Abstimmenden von einer Strafe der Minderwertigen nichts wissen wollte, andere dagegen wirkliche Strafe, wenngleich eine besonders geartete Freiheitsstrafe, für nötig erachteten.

<sup>116)</sup> Hier weichen die Beschlüsse des Juristentages wieder ab. Satz 4 (vgl. a. a. O. S. 653): „Der Vollzug erfolgt in der gewöhnlichen Strafanstalt unter individueller Berücksichtigung des die geistige Minderwertigkeit begründenden Zustandes“, stellt eine unmögliche Forderung. Selbstverständlich wird eine sorgfältige und einsichtige Anstaltsleitung mit manchen Minderwertigen in mancher Beziehung anders verfahren, als mit völlig Gesunden. Es kann dies aber ohne ein Personal, welches in genügender Zahl nicht zu erlangen ist, und auch ohne die Stellung des Arztes zum Leiter der Anstalt zu ändern, endlich ohne den Charakter der Haft als Strafe zu beseitigen und die Disziplin der gesunden Sträflinge zu lockern, nicht wohl geschehen. Andererseits kann man auch mit der angeblich individuellen Behandlung der Minderwertigen in den gewöhnlichen Strafanstalten sich nicht begnügen, auch wenn etwa, wie es in *Voltaires Candide* geschieht, versichert wird *«que tout est pour le micux dans le meilleur des mondes»*.

<sup>117)</sup> Würde diese Grenze nicht innegehalten, so könnte leicht der als voll zurechnungsfähig Verurteilte in weit besserer Lage sich befinden, als der unter Annahme verminderter Zurechnungsfähigkeit Verurteilte; weder der eine noch der andere Zustand verdient eine Prämie.

Hälfte der im Urteil bestimmten Zeit verwahrt worden ist, die Entlassung verfügen.

C) Die über Entmündigung geltenden Vorschriften bleiben unberührt.<sup>118)</sup>

§ 22. Das römische Recht geht von der Ansicht aus, daß Zustände geistiger Krankheit mit Zuständen geistiger Gesundheit in der Art wechseln können, daß in letzteren zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit wie strafrechtliche Verantwortlichkeit<sup>119)</sup> stattfindet. Indes schon früh<sup>120)</sup> ist bemerkt worden, daß bei einmal nachgewiesener geistiger Störung die Präsumption für die Fortdauer des Irrseins auch bei anscheinend vorhandenen „*Lucida intervalla*“ spreche, und richtiger wird es auch sein, falls vor und nach einer Tat, die den Gegenstand strafrichterlicher Untersuchung bilden kann, die Geisteskrankheit bemerkbar ist, die Verantwortlichkeit während der *Lucida intervalla* zu verneinen.<sup>121)</sup> Wirklich periodisch auftretender Wahnsinn ist während der scheinbar lichten Zwischenräume nur latent und transformiert.

Selbstverständlich ist maßgebend für Zurechnungsfähigkeit oder Zurechnungsunfähigkeit, sofern es sich um strafrechtliche Verantwortlichkeit oder Unverantwortlichkeit handelt, der Zeitpunkt der Handlung, d. h. des den entscheidenden Willen in

<sup>118)</sup> *Aschaffenburg* (*Hoches Hdb.* S. 41) bemerkt richtig, daß eine Person mit verminderter Zurechnungsfähigkeit bei Begehung gewisser Delikte unter Umständen für voll zurechnungsunfähig zu halten sei, z. B. ein Morphiumsüchtiger, der außerstande, Morphium sich auf legalem Wege zu verschaffen, im Zustande des Morphiumhungerers ein Morphium-Rezept fälscht. Für Strafllosigkeit in solchen Fällen spricht die analoge Behandlung jugendlicher Personen, die ebenfalls nicht in bezug auf alle Deliktsarten gleichmäßig beurteilt werden. Man bedarf indes, wenn die im Texte vorgeschlagene Gesetzesfassung angenommen wird, für dergleichen Fälle keiner besonderen Bestimmung, da nach jenem Vorschlage der Richter berechtigt ist, von der vorherigen (gewöhnlichen) Strafe Abstand zu nehmen, ja es überhaupt bei einem Verweise oder bedingter Verurteilung bewenden lassen kann, die zwangsweise Behandlung aber in der besonderen Anstalt nicht schwer treffen und hauptsächlich einen heilenden Charakter tragen soll. Eine autoritative Admonition, wie sie im richterlichen Urteil liegt, wird auch in solchen Fällen gut wirken.

<sup>119)</sup> Vgl. bes. L. 14 D. 1, 18; österreichisches StGB. § 2, 27; hannoversches Art. 82, 2.

<sup>120)</sup> *Aretinus, Rubr. Scienter dolose* n. 8; *Carpsov* I qu. 18 n. 37.

<sup>121)</sup> *Hélie* 1 n. 352: «*Comment constater la lucidité d'un intervalle dans une maladie mentale? Quel juge oserait affirmer que cette intelligence tout à l'heure éteinte a repris subitement toutes ses clartés? Enfin faudra-t-il attendre pour le jugement un autre intervalle lucide? Et la folie ne pourra-t-elle pas survenir au milieu de l'instruction.*» — Vgl. auch in Ansehung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit *Endemann*, Einführung in das Studium des BGB. 1 § 32.

Tat umsetzenden geistig-leiblichen Aktes; doch hindert nachheriges Verfallen in Geisteskrankheit die Aburteilung und die Strafvollstreckung.<sup>122)</sup>

§ 23. Jugendliches Alter.<sup>122a)</sup> Wie bemerkt, entwickelt sich die Zurechnungsfähigkeit vom Zeitpunkte der Geburt an allmählich. Die staatliche Strafe setzt aber, selbst als minimale gedacht, einen erheblichen Grad geistiger Reife voraus, und hier begegnet die legislative Frage: soll man den Richter ohne alle besonderen Schranken über die Existenz dieser geistigen Reife in jedem einzelnen Falle entscheiden lassen, oder soll der Gesetzgeber, weil doch in der enormen Mehrzahl der Fälle vor Eintritt in eine gewisse Altersstufe jegliche Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen ist, allgemein bestimmen, daß (wegen anzunehmender Zurechnungsunfähigkeit) staatliche Strafe vor Erreichung einer bestimmten Altersstufe nicht stattfindet?

Letzteres ist der Grundsatz des früheren gemeinen Rechts<sup>123)</sup> wie der meisten der früheren partikularen deutschen Strafgesetzbücher und jetzt auch des deutschen Strafgesetzbuchs, ersteres der Grundsatz des französischen Rechts und der früheren Gesetzbücher von Preußen und Bayern (1861). Es wird kaum einem Zweifel unterliegen, daß der erstere auch in einer

<sup>122)</sup> Vgl. schon *Arctinus Rubr. Scienter dolose* n. 9. — Aber Geldstrafen, die schon rechtskräftig erkannt waren, zu einer Zeit, wo der Verurteilte noch nicht geisteskrank war, können vollstreckt werden, wie dies auch bei eingetretenerm Tode des Verurteilten nach StGB. § 30 der Fall ist. Vgl. in diesem Sinne auch *Hélie* I n. 367 und *Pandectes françaises*, v. Aliénés n. 630.

<sup>122a)</sup> Über das Verhältnis der Jugend zu Moral, Ordnung und Strafgesetz im allgemeinen vgl. *Tomel et Rollet, Les enfants en prison* 1892; *Morrison, Juvenile Offenders*, London 1895; *Ferriani* (Staatsanwalt in Como), *Minderjährige Verbrecher*, deutsch von *Ruhemann*, 1896.

<sup>123)</sup> Die Altersgrenze des vollendeten siebenten Lebensjahres ist freilich im römischen Rechte (vgl. bes. L. 23, D. 47, 2, L. 12, C. 8, 8) nur eine tatsächlich immer beobachtete, prinzipiell entschied die individuelle Reife (*Mommsen* S. 75, 76). Man hat aber schon in der italienischen Jurisprudenz des Mittelalters Kinder unter sieben Jahren als absolut unverantwortlich angesehen. Vgl. *Bonifacius de Vitalinis Rubr. de damno dato* n. 10; *Clarus* § fin qu. 60, 1 und für die Entwicklung in Deutschland *Carpsov* qu. 143 n. 10ff. Von Einfluß sind hier wohl die germanischen Rechtsquellen gewesen, welche vor Erreichung eines bestimmten Alters (binnen seinen Jahren) absolute Straffreiheit des Jugendlichen annahmen (*Wilda* S. 640ff., Sächs. Landr. II, 65 § 1.) — Auch das kanon. Recht, vgl. *Clement* 1 (un.) de homicidio 5, 4 scheint die Infancia als absolut die Irregularität ausschließend zu betrachten. Die mittelalterlichen Statutarrechte Italiens bestimmen ebenfalls eine absolute, freilich verschieden normierte Altersgrenze strafrechtlicher Unverantwortlichkeit. Vgl. *Kohler*, *Strafrecht d. italien. Statuten* S. 181 ff.

großen Anzahl auswärtiger Gesetzbücher<sup>124)</sup> angenommene Grundsatz vorzuziehen ist.<sup>124a)</sup> Wenn auch in seltenen Fällen eine Reife des Individuums vorliegen mag, welche für staatliche Strafe qualifizieren würde, so werden durch Aufstellung einer absolut wirkenden Altersgrenze doch zahllose unnütze Untersuchungen abgeschnitten, und zugleich ist zu bedenken, daß, je jugendlicher der Schuldige ist, um so mehr rationellerweise der Gesichtspunkt der Erziehung den der Strafe überragen muß. Man verzichtet also besser auf Strafe und sorgt für angemessene Erziehung, auch auf die Gefahr hin, in einzelnen seltenen Fällen zu milde zu sein. Eine andere Frage aber ist die Bestimmung des Termins, bis zu welchem die absolute Straffreiheit reichen soll.

§ 24. Ohne Zweifel entspricht die im ehemaligen gemeinen Rechte gesetzte Altersgrenze des vollendeten siebenten Lebensjahres, eine Grenze, die noch im englischen und nordamerikanischen Rechte festgehalten wird,<sup>124b)</sup> nicht oder nicht mehr der tatsächlichen Beobachtung über Entwicklung von Einsicht und Charakter des Kindes. Die übrigen Gesetzgebungen, auch diejenigen südlicher Länder, in denen die Entwicklung des Heranwachsenden sich rascher vollzieht, haben daher die Grenze der absoluten Straffreiheit weiter erstreckt,<sup>125)</sup> und unser StGB. § 55 setzt sie in das vollendete zwölfte Lebensjahr. Vielfach

<sup>124)</sup> In fast sämtlichen Strafgesetzbüchern der Schweiz (vgl. *Stooss*, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts 1 S. 76 ff., auch im GB. für Neuenburg von 1891 Art. 77), ferner GB. für Spanien Art. 8 Nr. 2, für die Niederlande Art. 38, Ungarn § 83, Italien Art. 53, Bulgarien Art. 42, Portugal Art. 42, Mexiko Art. 34 Nr. 5, Norwegen § 46, österreichischer Entwurf von 1893 § 62, schweizerischer Vorentwurf Art. 13.

<sup>124a)</sup> A. M. freilich *Garraud*, 1 § 232.

<sup>124b)</sup> *Wharton* 1 §§ 67, 68; *Russel* 1 S. 114; StGB. für New York § 18. Doch wird bis zum vollendeten zwölften Lebensjahre (*Bishop* 1 § 370) Zurechnungsunfähigkeit präsumiert, also ein besonderer und strenger Beweis der Zurechnungsfähigkeit gefordert.

<sup>125)</sup> Von den früheren deutschen Gesetzbüchern nahm das württembergische Art. 95 das vollendete zehnte, das braunschweigische § 70 das vollendete vierzehnte Lebensjahr als Grenze, die Mehrzahl das zwölfte Lebensjahr, so das hannoversche Art. 83, das hessische Art. 37, das thüringische Art. 61, das badische § 78. Das österreichische gegenwärtig geltende Recht läßt die Zurechnungsfähigkeit bei Verbrechen mit vollendetem zehnten, bei Vergehen und Übertretung (im Sinne des österreichischen Rechts) mit vollendetem vierzehnten Lebensjahre beginnen. — Der österreichische Entwurf von 1893 nimmt allgemein das vollendete zwölfte Lebensjahr als Grenze; doch soll die Sicherheitsbehörde bei Handlungen, die mit Verbrechen- oder Vergehenstrafe bedroht sind, Bestrafung durch die Eltern oder andere Personen verfügen, nötigenfalls

ist eine noch weitere Erstreckung gefordert<sup>126)</sup> und durch die Rücksicht auf die der Erziehung und Besserung des jugendlichen Individuums wenig förderlichen Einflüsse der staatlichen Strafe, sowie auf die Hinblicken der künftigen Erschwerung des Lebensberufes des Verurteilten infolge der mit der staatlichen Freiheitsstrafe verbundenen Schädigung der Ehre motiviert worden oder auch mit Rücksicht auf die erst später eintretende Beendigung der Schulpflicht,<sup>127)</sup> oder endlich mit Rücksicht auf den nachteiligen Einfluß einer öffentlichen Gerichtsverhandlung auf den jugendlichen Verbrecher, der sich möglicherweise als wichtige Persönlichkeit ausgezeichnet fühlen kann.

Nun wird diese legislative Frage für die einzelnen Länder verschieden zu beantworten sein, nicht nur nach den klimatischen Verhältnissen und nationalen Eigentümlichkeiten, sondern auch nach den Einrichtungen der Freiheitsstrafen; denn hat man für jugendliche Personen staatliche Anstalten zur Verfügung, die tatsächlich nur strengere Erziehungshäuser sind, so fallen Einwendungen gegen diese staatliche Maßregel fort, welche da geltend zu machen sind, wo jugendliche Personen in denselben Anstalten mit Erwachsenen detiniert werden. Absolut darf aber die Rücksicht auf die Lebenszukunft des Individuums nicht maßgebend sein.<sup>127a)</sup> Es mag auch, was den unmittelbaren Einfluß auf das Individuum betrifft, gleichgültig

---

Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt veranlassen können. Art. 13 des schweizerischen Vorentwurfs v. 1893 setzt die Grenze in das vollendete vierzehnte Lebensjahr, stellt dem Richter aber Überweisung des Kindes an die Verwaltungsbehörde zur Versorgung oder Heilbehandlung oder an die Schulbehörde zur Bestrafung in der Schule zur Verfügung.

<sup>126)</sup> Der *Congrès pénitentiaire international de St. Petersbourg* sprach sich 1890 — allerdings gegen eine erhebliche Minorität — für das Alter von 16 Jahren aus. Vgl. *Actes du Congrès* 1 S. 217, 218 und *Partie générale* S. 267, 268. Die Berichterstattungen das. 2 S. 591—672. Die internationale kriminalistische Vereinigung hat 1890 das vollendete vierzehnte Lebensjahr als Grenze empfohlen. Mitteil. d. intern. krim. Verein. 2 S. 110, 116.

<sup>127)</sup> Vgl. besonders *Aschaffenburg* in *Hoches* Hdb. S. 58: „Warum überläßt man nicht auch das verbrecherische Kind bis zu diesem Alter (14 Jahre) der Korrektur durch die Schule?“

<sup>127a)</sup> Wenn im Interesse der Gesamtheit die Strafjustiz — leider, aber unvermeidlich! — genötigt ist, bei Verhängung der Strafen gegen Erwachsene deren Wohl zu opfern, so läßt sich wirklich nicht einsehen, weshalb jugendliche Personen, falls sie tatsächlich ebenso entwickelt sind, wie etwas ältere Personen, ein absolutes Privileg haben sollen, daß ihnen ihre Tat und die darauf folgende staatliche Maßregel keinen Makel aufdrücke, auch wenn unter diesem Privileg die allgemeine Sicherheit wie das Gefühl der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung stark leiden sollte.



sein, ob man eine Anstalt Zwangserziehungsanstalt für jugendliche Personen nennt oder ob man die Anstalt mit gleichen Einrichtungen mit aufführt unter den staatlichen Strafanstalten; nicht gleichgültig ist es dagegen, bis zu welchem Alter die mit jeder Strafbehandlung nicht kraft Gesetzes künstlich, sondern natürlich kraft der Volksüberzeugung anhaltende Herabsetzung der Achtung dem schuldigen Individuum unbedingt erspart werden soll. Die zu weit getriebene Sicherung jugendlicher Individuen vor einer möglicherweise dem einzelnen schädlichen Einwirkung der Strafe könnte doch auf die Gesamtheit des Volkes einen nachteiligen Einfluß äußern,<sup>128)</sup> neben welchem das bei größerer Schonung bessere Lebensschicksal der der Strafe entgehenden Individuen nicht in Betracht kommen würde. Eine zu weit hinausgerückte Grenze absoluter Straffreiheit könnte Eltern und Erzieher nachlässiger und gleichgültiger machen, in jugendlichen Gemütern aber den Anreiz entstehen lassen, es auch einmal mit einem Verbrechen zu versuchen, um der Genußsucht und anderen niederen Trieben zu genügen.<sup>129)</sup>

<sup>128)</sup> So auch *Mittermaier*, Arch. d. Cr. 1841 S. 159, und neuerdings *Schmölder*, GS. 49 S. 157 ff., *Zucker*, GS. 54 S. 413—433 (vgl. auch Über die Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher) der, wie bemerkt, die Möglichkeit der Bestrafung mit dem vollendeten 10. Lebensjahre beginnen lassen will wegen der jetzt so häufig eintretenden Frühreife. *Schmölder* erachtet es für zweckmäßig, die Verfolgung jugendlicher Personen vom vollendeten 12. bis 15. Lebensjahre in das Ermessen der Staatsanwaltschaft zu stellen.

<sup>128a)</sup> *Cramer*, Entwicklungsjahre und Gesetzgebung, Göttinger akademische Festschrift, 1902 S. 15 ff. kommt, da sehr häufig die nach und im Beginn der Pubertät existierenden Entwicklungshemmungen sich erst nach Vollendung des 16. Lebensjahres zeigen, S. 15 zu dem Schlusse: „es könne vom ärztlichen Standpunkte nur dringend befürwortet werden, daß die Altersgrenze für die Strafmündigkeit möglichst hinaufgerückt, d. h. die absolute Straffreiheit möglichst weit erstreckt werde.“ Aber der ärztliche Standpunkt, d. h. hier die Sorge für das Wohl des einzelnen Individuums, kann nicht bis zur letzten Konsequenz maßgebend sein, und haben wir erst einmal in Qualität und Quantität genügende Zwangserziehungsanstalten für Jugendliche, so wird damit auch für das Wohl der Jugendlichen besser gesorgt sein. — Der von *Cramer* S. 7 gegebenen Schilderung des psychischen Zustandes der in der Pubertät begriffenen Jugendlichen möchte ich nach meinen Beobachtungen — und es handelt sich hier nur um Beobachtungen, nicht um Anwendung psychiatrischer Kenntnisse — sofern diese Schilderung auf die Mehrzahl passen soll, nicht ganz zustimmen. Die Jugend überschätzt leicht ihr Können; aber sie ist keineswegs durchschnittlich ohne inneren Halt und setzt sich keineswegs durchschnittlich „als höchstes Ziel, als Erwachsener zu gelten“. Im Gegenteil sind m. E. gut erzogene Jugendliche oft sehr gewissenhaft.

<sup>129)</sup> Die Zahl der von jugendlichen Personen zum Teil mit großem Raffinement begangenen Verbrechen ist in vielen Ländern, besonders in Italien und im Deutschen Reiche, im Steigen begriffen, und *Aschaffenburg* (Das Verbrechen S. 130) sagt mit Beziehung auf die Kriminalität der Jugend: „Der Blick in die

Richtiger dürfte es vielmehr sein, die Grenze absoluter Straflosigkeit nicht zu weit hinaus zu schieben — m. E. es bei dem vollendeten 12. Lebensjahre zu belassen, jedenfalls aber nicht über das 14. Lebensjahr hinauszugehen —, dafür aber dem Gerichte ein sehr freies Ermessen bei den gegen jugendliche Personen zu ergreifenden Maßregeln für die nun folgende Altersstufe zu gewähren — Straflosigkeit, bedingte Verurteilung,<sup>129a)</sup> Unterbringung in eine Erziehungsanstalt, Strafe und Kombination von Strafe und Jugenderziehung — zugleich aber durch besondere prozessuale Normen dafür Sorge zu tragen, daß die nach der Individualität des Falles richtige Maßregel angewendet und zugleich ein übler Einfluß des Gerichtsverfahrens selbst vermieden werde. Diesen Weg hat man mit Erfolg in England beschritten, insofern es sich um ein weites richterliches Ermessen handelt, in den Vereinigten Staaten von Nordamerika aber auch durch die Errichtung besonderer Jugendgerichte.<sup>129b)</sup> Das Ergebnis mag in wünschenswerter Weise sein, daß von wirklicher Strafe bis zu einem weiter vorgerückten Alter, bis zum vollendeten 15., vielleicht bis zum vollendeten 16. Lebensjahre, höchst selten Gebrauch gemacht würde. Aber die heilsame Vorstellung, daß es zu einer solchen Strafe kommen könne, sollte weder den Eltern, Erziehern und Vormündern, noch der Jugend in gewissen, nicht allzu weit vorgerückten Jahren fehlen.

Darauf aber kommt es hierbei nicht an, ob man der über den Jugendlichen zu verhängenden Maßregel den Namen einer Strafe beilegt oder nicht. Das wesentliche ist, daß die Maßregel nach Feststellung der Tat in einem prozessualen Verfahren durch ein Strafgericht, wenn auch etwa

---

Zukunft ist trübe“ (vgl. auch *Atmena* 2 S. 277). Wenn anderwärts, wie z. B. in Frankreich (vgl. den interessanten Aufsatz von *Ed. Payen* im *Économiste français*, 1898, Nummer 2, 2. févr. S. 269), die Kriminalität der Jugendlichen sinkt, so ist dies besonderen Einrichtungen zuzuschreiben, die den Schutz jugendlicher Personen bezwecken — in Frankreich der *Patronage pour prévenir l'application de la loi pour les enfants traduits en justice*, in England den unter staatlicher Aufsicht stehenden *Industrial and Reformatory Schools* (vgl. *Aschrott*, Strafen-system in England S. 115). — Vor einer übel angebrachten Milde gegen die wirklich verbrecherische Jugend warnt auch *Ferriani* S. 49.

<sup>129a)</sup> Die bedingte Begnadigung (an deren Stelle zweifellos bedingte Verurteilung treten muß) ist im Deutschen Reiche in zu enge Grenzen eingeschlossen. (In diesem Sinne auch *Cramer*, a. a. O. S. 15.)

<sup>129b)</sup> Vgl. darüber unten.

durch ein besonderes Jugendgericht, erfolge, und nicht etwa die jugendliche Person kraft einer *Praesumptio juris et de jure* der Beurteilung durch den Richter entzogen sei, so daß die obschon von einer Behörde in der Stille verfügte Maßregel sich in nichts von einer etwa gegen nur verwahrloste Kinder verfüzten Erziehung unterscheidet; denn daß die gegen jugendliche Personen zu verhängende Strafe wesentlich auch erziehen soll, obschon in strengerer Weise, wird als selbstverständlich zu betrachten sein.

Daher ist in Wahrheit der erwähnte Beschluß des internationalen Penitentiar-Kongresses doch sachlich nicht sehr von dem soeben hier vertretenen Prinzip verschieden,<sup>130)</sup> da der Kongreß sich ausdrücklich verwahrt hat gegen eine „absolute Unverantwortlichkeit“ der Personen unter 16 Jahren, obschon über die Beurteilung der gegen diese Personen zu verhängenden Maßregel einige Unklarheit herrschte.<sup>130a)</sup> Das Hinausschieben der Grenze absoluter Straffreiheit würde aber eine andere Bedeutung annehmen, wenn z. B. einfach das Alter von 14 oder 16 Jahren dem Alter von 12 Jahren in dem § 55 des gegenwärtig geltenden deutschen StGB. substituiert würde; denn nach diesem Paragraphen soll jedes Urteil, jedes prozessuale Verfahren gegen ein Kind von noch nicht zwölf Jahren abgeschlossen sein, und die etwa erforderlichen Maßregeln können nur vom „Vormundschaftsgerichte“ autorisiert werden.

§ 25. Das StGB. stellt den Satz der strafrechtlichen Unverantwortlichkeit der Kinder unter 12 Jahren in prozessualen Gewande auf.<sup>131)</sup> Die Fassung zeigt zugleich an, daß die strafverfolgende Behörde, falls eine äußerlich als Straftat sich darstellende Handlung von einem noch nicht zwölfjährigen Kinde

<sup>130)</sup> Vgl. das Referat von *Drill, Actes* 1 S. 661.

<sup>130a)</sup> Man wollte die eigentliche Strafe nicht, welche immer mehr oder weniger infamere. Aber wenn man Kinder, die im Alter von mehr als 12 Jahren bedeutende Straftaten, z. B. einen Mord, eine Raubtat mit Körperverletzung begangen haben, besonderen strengen Erziehungsanstalten überweist, in welche nur verwahrloste Kinder nicht gebracht werden — und dies dürfte doch nötig sein — glaubt man, daß damit nicht ein Makel für jene Kinder verknüpft sei, obwohl dieser Makel, wie jeder nicht künstlich von der Gesetzgebung konservierte Makel, in einer Zeit vorgeschrittener Kultur im späteren Lebensalter sich verwischen kann?

<sup>131)</sup> Wer bei „Begehung der Handlung“ das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. — Ebenso niederländisches StGB. Art. 38: „Ein Kind wird wegen einer vor erreichtem zehnten Lebensjahre begangenen Handlung strafrechtlich nicht verfolgt.“ Italienische StGB. Art. 53: «*Non si procede . . .*. Auch der schweizerische Vorentwurf

begangen wurde, nicht erst ein Urteil des Strafgerichts herbeiführen soll. Dem materiell rechtlichen Charakter der Vorschrift entsprechend entscheidet nicht der Zeitpunkt des Prozesses, sondern der der Handlung. Die prozessuale Einkleidung ist aber dem Ausdrucke, daß zurechnungsunfähig sei, wer das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet habe, deshalb vorzuziehen, weil der Gesetzgeber sich bei Gebrauch des letzteren Ausdrucks im Gegensatz zur unbestreitbaren Wirklichkeit befinden könnte: es kann ja Fälle geben, in denen wegen besonders frühzeitiger Entwicklung Zurechnungsfähigkeit früher eintritt; sie soll aber gleichwohl als Grund einer Bestrafung und daher auch Strafverfolgung nicht gelten.<sup>131a)</sup> Die prozessuale Einkleidung zeigt zugleich besonders deutlich, daß wir es hier mit einer *Praesumptio juris et de jure* zu tun haben.<sup>132)</sup>

Eine solche *Praesumptio juris et de jure* kann aber nur zugunsten der jugendlichen Person selbst, nicht zum Nachteil oder zum Vorteil anderer Personen wirksam sein. Der Teilnehmer an einem Delikte, welches von einem Kinde unter 12 Jahren verübt wird, kann also nur als Teilnehmer, nicht etwa als sog. mittelbarer Täter straffällig werden, wenn die Untersuchung ergibt, daß das Kind infolge seiner Frühreife<sup>132a)</sup> einen

---

von 1903 sagt, das Kind werde nicht verfolgt. Andere neue Gesetze sagen, daß, wer das bestimmte Alter noch nicht erreicht habe, nicht bestraft werde, so z. B. ungarisches StGB. § 84, norwegisches § 46; einige sprechen Freiheit von Verantwortlichkeit aus oder Nichtzurechnung von Schuld (vgl. portugiesisches StGB. Art. 48, bulgarisches Art. 42), während der österreichische Entwurf von 1893 bestimmt, daß „das Strafgesetz keine Anwendung finde“. Diesen Ausdrucksweisen liegt der Gedanke zugrunde, daß im einzelnen Falle doch tatsächlich eine nur nicht zu beachtende Zurechnungsfähigkeit stattfinden könne.

<sup>131a)</sup> Vgl. in diesem Sinne besonders *Olshausen* Anm. 5 zu § 55.

<sup>132)</sup> Es handelt sich also nicht um eine Prozeßvoraussetzung. Wenn daher das Hauptverfahren wegen einer vom Angeklagten im Kindesalter begangenen strafbaren Handlung eröffnet ist — z. B. weil der Zeitpunkt der Handlung ungewiß war —, so ist der jetzt im zurechnungsfähigen Alter befindliche Angeklagte freizusprechen, und nicht etwa die Untersuchung einzustellen. — *Appelius* S. 54 meint, die sittliche Reife, welche man für die Strafbarkeit jugendlicher Verbrecher fordere, sei keine Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit. Dieser m. E. den eigenen sonstigen Ausführungen *Appelius'* widersprechende Satz dient dazu, den weiteren Satz zu begründen, daß bei strafunmündigen Kindern nur der Strafanspruch des Staates ausgeschlossen sei, also das strafunmündige Kind sehr wohl einen wirklich verbrecherischen Vorsatz fassen könne und deshalb Teilnahme (im juristischen Sinne) anderer an von strafunmündigen begangenen Delikten möglich sei. Diese formalistische Deduktion ist meiner Ansicht nach nicht befriedigend.

<sup>132a)</sup> Man wird anerkennen müssen, daß z. B. zuweilen den höheren Ständen angehörige Gymnasiasten von nicht ganz zwölf Jahren eine größere geistige Reife

den Erfordernissen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechenden Entschluß wirklich gefaßt hat.<sup>133)</sup> Auch Hehlerei in bezug auf einen von einem frühreifen Kinde verübten Diebstahl ist denkbar.

§ 26. Wenn aber das StGB. dem Landesgesetze überläßt, durch die Vormundschaftsbehörde feststellen zu lassen, daß eine Person von noch nicht 12 Jahren eine strafbare Handlung begangen habe, um dann diese jugendliche Person in einer Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt zwangsweise unterzubringen, so handelt es sich nicht um eine strafrechtliche, vielmehr um eine polizeiliche, mit dem Strafrecht freilich im Zusammenhang stehende, Maßregel, wie daraus hervorgeht, daß die Entscheidung nicht vom Strafgericht, sondern von der Vormundschaftsbehörde getroffen wird. Genau betrachtet, wird auch nicht eigentlich festgestellt, daß eine wirklich strafbare Handlung begangen sei; denn diese setzt Zurechnungsfähigkeit des Handelnden voraus: es wird nur festgestellt, daß die äußeren Merkmale eines Deliktes auf eine von dem Kinde vorgenommene Tätigkeit passen, und diese Feststellung kann nicht etwa später zur Begründung einer Rückfallstrafe benutzt werden. In Wahrheit enthält aber das StGB. hier eine Beschränkung der Landesgesetzgebung; dieselbe soll zwangsweise in der bezeichneten Weise nur vorgehen dürfen, wenn der Tatbestand eines Deliktes in jener äußeren Gestaltung festgestellt ist; nicht einfach aus dem Grunde, daß bei einem Kinde moralisch verwerfliche und leicht zu Delikten führende Triebe und

---

besitzen als ungebildete Bauernburschen, die das achtzehnte Lebensjahr überschritten haben. M. E. wird — abgesehen von den Sittlichkeitsdelikten — gegenwärtig auf die Geschlechtsreife allzuviel Gewicht gelegt.

<sup>133)</sup> Übereinstimmend *Olshausen* zu § 55 Anm. 6; *van Calker*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der auf Befehl begangenen Handlungen 1891; *Slupecki*, S. 13 ff.; Rg. III. 12/4.; II. 6/6. 82, E. 6 S. 186 (Nr. 69) u. S. 336, III. 19/4. 89, E. 19 S. 192 (Nr. 52). Das RG. läßt die natürlich und wirklich vorhandene Zurechnungsfähigkeit eines Kindes auch ungeachtet des § 55 zum Nachteil eines Teilnehmers gelten. In dem Urteile E. 19 S. 102 wurde bandenmäßiger Schmuggel bei Teilnahme eines Kindes unter 12 Jahren angenommen; ebenso in dem Falle E. 6 S. 182 Anstiftung zum Diebstahl mit dem erschwerenden Umstande des Einsteigens, da das Kind eingestiegen war. — A. M.: *H. Meyer*, § 32 Nr. 3. — Unhaltbar ist die Ansicht *Herzogs*, GS. 24 S. 453, der die völlige Zurechnungsunfähigkeit nur als persönlichen Strafausschließungsgrund behandelt und deshalb auch Anstiftung (im juristischen Sinne) eines Geisteskranken für möglich erklärt. Siehe dagegen *Lucas*, Die subjektive Verschuldung im d. Strafrecht, 1883 S. 96 Anm. 1; *v. Slupecki*, S. 15.

Neigungen sich äußern.<sup>134)</sup> Außerdem ist nach Maßgabe des § 56 noch die Beschränkung der Landesgesetzgebung zu beachten, daß diese Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt nicht über das vollendete 20. Lebensjahr hinaus dauern darf; denn wenngleich diese Schranke in § 56 direkt nur für Personen ausgesprochen ist, welche innerhalb der Altersgrenzen von 12 und 18 Jahren strafbare Handlungen begangen haben, so muß sie rationell ebenfalls für Personen gelten, deren Tat zeitlich noch unterhalb der Altersgrenze von 12 Jahren fällt.<sup>135)</sup>

§ 27. Für die Frage, ob wir es mit einem Delikte einer Person unter 12 Jahren zu tun haben, entscheidend ist der Zeitpunkt des betreffenden Willensaktes, nicht etwa die Vollendung des Deliktes. Sofern aber bei einem fortgesetzten Verbrechen einer der Willensakte, welche an sich genügen, das Delikt zu realisieren, in das spätere Lebensalter fällt, ist das Delikt nicht nach § 55, sondern nach § 56 zu beurteilen, darf aber nicht als fortgesetztes Delikt behandelt werden, wenn dies nur unter Berücksichtigung des vor dem Alterstermine begangenen Akte möglich wäre; denn diese sind rechtlich zugunsten des Schuldigen nicht als Deliktshandlungen zu behandeln. Die Gewerbmäßigkeit einer später vorgenommenen Handlung läßt sich allerdings auch aus vor dem Alterstermine vorgenommenen Handlungen folgern; denn hier kommen diese Handlungen nur als Tatsachen in Betracht; aber auch die Berücksichtigung früherer Handlungen bei der Frage der Gewohnheitsmäßigkeit hängt ab von der Bedeutung, welche man dem letzteren Begriffe beimißt.<sup>136)</sup>

§ 28. Im römischen Rechte bildet das Alter vom vollendeten 7. Lebensjahre bis zur *Pubertas*, also beim männ-

<sup>134)</sup> Vgl. preußisches Gesetz v. 2. Juli 1900 über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger.

<sup>135)</sup> Die nach dem BGB. § 1666 mögliche gleichfalls vom Vormundschaftsgericht zu verhängende Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt setzt voraus, daß der Vater oder bzw. die Mutter sich einer Pflichtverletzung in Ansehung der Pflege oder Erziehung des Kindes schuldig macht. Für unter Vormundschaft im eigentlichen Sinne stehende Kinder ist das pflichtmäßige Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes in jener Hinsicht nach § 1838 unbeschränkt.

<sup>136)</sup> Vgl. über diese Fragen namentlich *Stupecki*, der übrigens in der Bestimmung des § 55 nur einen rein persönlichen Strafausschließungsgrund erblickt und deshalb auch die früheren Handlungen für die Gewohnheitsmäßigkeit unbedingt mit in Anrechnung bringen will.

lichen Geschlecht bis zum vollendeten 14., beim weiblichen Geschlecht bis zum vollendeten 12. Lebensjahre eine Zwischenstufe. Die Regel der Zurechnungsfähigkeit ist hier nicht durchgreifend; wird der Nachweis geliefert, daß der Täter „*doli capax*“ oder insoweit *culpa* verantwortlich macht (was fast nur zivilrechtlich in Betracht kommt) „*culpa capax*“ ist,<sup>136a)</sup> so greift Strafe bzw. Verpflichtung zum Schadenersatz<sup>136b)</sup> Platz; in der Regel ist aber, wenn Schuldfähigkeit angenommen wird, die Impubertät doch Milderungsgrund. Die Schuldfähigkeit anlangend, so wird einerseits gesehen auf das *Infantia* oder aber der *Pubertas* nahe kommende Alter (*Infantiae* und andererseits *pubertati proximi*) und zugleich auf den Umstand, ob die Unzulässigkeit der strafbaren Handlung nach ihrem allgemeinen Deliktscharakter der noch nicht voll entwickelten Persönlichkeit einleuchten mußte. So läßt man *Impuberes* straffrei bei Verletzung rein positiver oder arbiträrer Verbote, wie bei Nichtbeachtung des *SC. Libonianum*.<sup>136c)</sup> Während also der zurechnungsfähige Erwachsene (*pubes*) als zurechnungsfähig in Beziehung auf alle und jede Deliktsarten, wird bei *Impuberes* die Frage der Zurechnungsfähigkeit in bezug auf die einzelnen Deliktsarten gestellt und beantwortet.

Das kanonische Recht<sup>140)</sup> bleibt bei diesen Sätzen stehen, die dann mit der Modifikation, daß für beide Geschlechter das vollendete 14. Lebensjahr als die entscheidende Grenze angenommen wird, in das frühere gemeine Recht übergehen.<sup>140a)</sup> Der Einfluß des deutschen Rechts, daß ursprünglich nur eine Grenze des Alters kannte, vor welcher keine und nach welcher volle strafrechtliche Verantwortlichkeit stattfand,<sup>141)</sup> zeigt sich

<sup>136a)</sup> Vgl. z. B. L. 111, D. 50, 17, L. 23, D. 47, 2, andere Stellen bei *Rein. S. 206, 207* und *Mommsen, S. 76*.

<sup>136b)</sup> Es ist dies freilich bestritten. Vgl. aber L. 108, D. 50, 17. Solange man sich strenge an die *Leges* hielt, war allerdings jede Milderung ausgeschlossen, da diese *Leges* nur absolut bestimmte Strafen kannten, die Richter überhaupt die Strafe nicht bestimmten (*Poena legis est*).

<sup>136c)</sup> L. 22 pr. D. 48, 10. — L. 14, D. 29, 5 (*SC. Silanianum*).

<sup>140)</sup> Can. 2, Causa 15, qu. 1; cap. 1, 2 *X. de delictis puerorum* 5, 23.

<sup>140a)</sup> C. C. C. 164; *Carpsov*, qu. 143 n. 26, 27.

<sup>141)</sup> Kinder zahlen kein Friedensgeld; daß sie Buße zahlen, entspricht dem privatrechtlichen Charakter der Buße. Die Altersgrenze ist in den Volksrechten verschieden bestimmt; oft bildet das 12. Lebensjahr die Grenze, vgl. *Wilda, S. 640, 64*; *Baumert, S. 18 ff.* Eigentümlich ist, daß von den Volksrechten bis zu den sog. Rechtsbüchern keine weitere Entwicklung stattfindet, vgl. insbes. *Sächs. Landr. II, 65*, wo einfach noch die absolute Grenze von 12 Jahren festgehalten

nur in dieser Gleichstellung der Geschlechter. Besonderes Gewicht legte die nun sich entwickelnde gemeinrechtliche Theorie und Praxis hierbei einerseits auf das dem vollendeten 14. Lebensjahre sich annähernde Alter, einem Umstand, auf den schon die römische Jurisprudenz, in der späteren Zeit allerdings nur als Beweismoment für die *Doli capacitas*, Gewicht gelegt hatte, andererseits auf die besondere Bosheit, mit der etwa die Tat verübt sein mochte und die Schwere des Delikts,<sup>142)</sup> wie denn die C. C. C. beides mit den Worten hervorhebt: „wo aber der dieb nahend bei vierzehn Jar allt were und der diebstall groß, oder ob bestimmte beschwerliche umbstende so gefערlich dabey gefunden wurden, also das die Bosheit das allter erfüllen möcht“. — Der letztere Satz „*Malitia supplet aetatem*“, der in den römischen Quellen nur in zivilrechtlicher Anwendung, zur Rechtfertigung der Versagung einer sonst dem Minderjährigen zukommenden Restitution (L. 3, pr. C. *si minor se majorem dixerit* 3, 42) sich findet, wird benutzt, um einerseits bei jugendlichen Delinquenten die Zurechnungsfähigkeit überhaupt anzunehmen,<sup>143)</sup> andererseits sie zuweilen der vollen Strafe, die einen Erwachsenen treffen würde, zu unterwerfen, so daß, wie noch *S. F. Boehmer* bemerkt, auch Todesstrafe gegen besonders boshafte Verbrecher unter vierzehn Jahren nicht durchaus ausgeschlossen war.<sup>144)</sup> Wenn man aber in der schlaun und besonders raffinierten oder kaltblütigen Ausführung eines Verbrechens gerade den Beweis der Zurechnungsfähigkeit und vollen Strafwürdigkeit erblickte, so befand man sich in einem Irrtum; es ist dies mit einer sittlichen Unreife vereinbar, welche staatliche Strafe, wie sie Erwachsenen angemessen ist, nicht gestatten kann.<sup>145)</sup>

wird. Eine auf Anerkennung einer Zwischenstufe deutende Unterscheidung nach der individuellen Reife des Kindes findet sich in den Anm. zum lübischen Recht II, 71. *John*, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit d. Rechtsbücher S. 101.

<sup>142)</sup> *Gandinus*, *Rubr. de poenis reorum* n. 30 will den *Impubes* nur im Falle eines *Crimen atrox* bestrafen. *Clarus* qu. 60 n. 2 verlangt zur Bestrafung 1. daß der Delinquent *pubertati proximus*, 2. daß er *doli capax* sei, 3. daß es sich um ein Delikt *in committendo* handele. Die *doli Capacitas* ist also bei *Clarus* zu einem Einzelerfordernis der Zurechnungsfähigkeit herabgesetzt.

<sup>143)</sup> *Kress*, in C. C. C. 179 § 2 n. 2.

<sup>144)</sup> *Medit* in C. C. C. 179 § 2. Ebenso *Cod. Maxim Bavar.* I § 14.

<sup>145)</sup> Vgl. in dieser Hinsicht *Mittermaier*, *G. Arch.* 7 S. 176, *Schwarze*, *GS.* 20 S. 435—448. Der Satz: „*Malitia supplet (superat) aetatem*“ kommt in etwas unbestimmter Form noch in der Partikulargesetzgebung des 19. Jahrhunderts