

enger zu ziehen, scheint mir kein Anlaß vorzuliegen. Denn wie der gesunde Geschäftsverkehr unpraktische Dinge, wie z. B. die Gesellschaft mit Nachschufspflicht, schon selbst bei Seite wirft, so überwindet er auch nach und nach die Mißstände, welche mit den Anfängen eines neuen Rechtsinstituts immer verbunden sind. Es ist sogar nicht zu verkennen, daß der Zug der Zeit weiter geht, daß das Bestreben vorliegt, die Ausführung neuer wirtschaftlicher Ideen und Erfindungen nur mit einer Beschränkung zu versuchen, die der übrigen Lebenshaltung keinen Abbruch thut, ein Gesichtspunkt, der vom Standpunkt des allgemeinen Wohles nur Unterstützung verdient. Hier kommt, und zwar gerade auch bei dem mittleren Gewerbetreibenden, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu Hülfe, und über kurz oder lang wird wohl auch die Frage gestellt werden, warum gerade zwei Personen sich zu solchem Zwecke vereinigen müssen. Wenn man sich nicht mehr auf die rechtlichen Definitionen, wie sie uns bisher geläufig sind, versteift und rein wirtschaftliche Gesichtspunkte verfolgt, so wird man an dem „Unternehmen mit beschränkter Haftung“, das ganz einer Person angehören kann, die ihre Verantwortung für dieses Unternehmen beschränkt, keinen Anstand nehmen können, so wenig wie an der Thatsache, daß alle Aktien oder alle Geschäftsanteile sich in einer Hand vereinigen können. Es wird sich immer nur fragen, wie weit die Beschränkung der Haftung ohne Gefahr für den Verkehr nach aufsen gehen soll, und das Gesetz vom 20. Mai 1898 bietet auch für die gedachte Erweiterung eine gute Grundlage.

## Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch.

### I.

Von Privatdozent Dr. Max Ernst Mayer, Straßburg i. E.

Im letzten Bande der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen findet sich ein Urteil des I. Strafsenats v. 14. März 1901, in welchem von neuem die Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln am untauglichen Objekt bejaht und begründet ist (Bd. 34 S. 217). Der Entscheidung liegt ein als Schulbeispiel bekannter Fall zu Grunde: Die Angeklagte G. hat in der irrigen Meinung, schwanger zu sein, und in der Absicht, ihre Leibesfrucht abzutreiben, ein für die Abtreibung absolut untaugliches Mittel gebraucht. Die erste Instanz, das Landgericht Köln, hat die Angeklagte freigesprochen; das Reichsgericht hält sie für schuldig, das Verbrechen der Abtreibung versucht zu haben (RStrGB. § 218 und § 43). Die Begründung dieser Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert; nicht etwa, weil das RG. die Auffassung, die es in seiner bekannten Plenarentscheidung v. 24. Mai 1880 festgestellt und seitdem festgehalten hat, durch neue Gründe stützt, sondern weil es keine neuen Gründe vorbringt, obwohl Theorie und Praxis nunmehr zwanzig Jahre hindurch gerade diese Judikatur mit wichtigen Argumenten angegriffen haben.

Es ist hier nicht der Ort, die ganze weitverzweigte Kontroverse darzustellen, wohl aber scheint es geboten, das citierte Urteil des Reichsgerichts einer Kritik zu unterziehen. Es empfiehlt sich hierbei, den prinzipiellen Ansichten des RG. möglichst weit zu folgen, um den Punkt, an welchem der eingeschlagene Weg ungangbar wird, deutlich zu kennzeichnen. Zu diesem Zweck muß man sich zunächst mit der Entscheidung auf den Standpunkt des geltenden Rechts stellen; es handelt sich um die Interpretation des § 43 RStrGB., — um nichts anderes. Für diese Interpretation darf nicht die größere oder geringere Gefährlichkeit der Versuchshandlung herangezogen werden, denn es fehlt hierfür im Gesetze jeder Anhaltspunkt, — auch dieses ist zuzugeben. Der Satz, nur der gefährliche Versuch ist strafbar, mag aus allgemeinen Erwägungen zu rechtfertigen und kriminalpolitisch vorzüglich zu verwerten sein, im positiven Recht ist er nicht nachzuweisen. Weiterhin wird allgemeine Uebereinstimmung in der Interpretation des subjektiven Thatbestandes herrschen; nur wenn der Thäter entschlossen war, das Verbrechen zu begehen, kann er strafbar sein. Endlich wird keine Theorie verkennen, daß jeder Versuch eines Deliktes auch einen objektiven Thatbestand hat. Ausdrücklich weist die Entscheidung darauf hin, daß die Ansicht, „der strafrechtliche Dolus allein, ohne den vom Gesetze verlangten objektiven Thatbestand, könne die Anwendung des Strafgesetzes rechtfertigen“, niemals vom Reichsgericht vertreten worden ist.

Nunmehr werden wir an den Punkt kommen, an welchem man den Weg des Reichsgerichts verlassen muß; denn der vom RG. verlangte objektive Thatbestand enthält nur einen Teil derjenigen Merkmale, die vom Gesetze erfordert werden. Nach § 43 sind in objektiver Hinsicht erforderlich Handlungen, von denen folgende zwei Aussagen gemacht werden können: 1. Diese Handlungen enthalten eine Bethätigung des Entschlusses, das Verbrechen zu verüben; 2. diese Handlungen enthalten einen Anfang der Ausführung des Verbrechens. Die erste Aussage findet sich auch unter den objektiven Erfordernissen, die das RG. seiner Entscheidung zu Grunde legt, nicht aber die zweite; ihre Stelle wird ausgefüllt durch die Aussage: diese Handlungen enthalten mehr als eine bloße Vorbereitung des Verbrechens. So konzentriert sich die Streitfrage dahin, ob der Gesetzestext „Anfang der Ausführung dieses Verbrechens“ richtig interpretiert ist durch die Worte „Mehr als eine bloße Vorbereitung“.

Es ist zweifellos und von keiner Seite bestritten, daß der Begriff „Anfang der Ausführung des Delikts“ ins Gesetz aufgenommen ist, um die straflosen Vorbereitungs- von den strafbaren Versuchshandlungen abzugrenzen. Der Gesetzgeber geht also — und zwar mit voller Berechtigung — davon aus, daß in seinem Begriff ein Merkmal enthalten ist, welches nicht schon im Begriff „Mehr-als-Vorbereitung“ liegt. Das Gesetz giebt auf die

Frage, welche Handlungen gehen über eine bloße Vorbereitung hinaus, die Antwort, diejenigen, die einen Anfang der Ausführung des Deliktes enthalten. Wenn man nicht annehmen will, daß die Antwort nur das Echo der Frage ist und somit nichts leistet, dann steht fest, daß der Begriff Anfang der Ausführung irgend etwas Neues vorbringt, also zum mindesten ein Merkmal mehr enthält als der Begriff Mehr-als-Vorbereitungshandlung. Mit anderen Worten: Anfang der Ausführung des Verbrechens ist der an Inhalt reichere und darum engere Begriff. Es ist somit ein unantastbares Resultat, daß die Sphären der beiden in Frage stehenden Begriffe sich nicht decken<sup>1)</sup>; eine Handlung kann über die bloße Vorbereitung hinausgehen, ohne ein Anfang der Ausführung des Verbrechens zu sein. Die Judikatur des RG. behandelt die beiden ungleichen Begriffe als identisch und verfehlt somit die Interpretation des § 43. Es wird hier somit nur die logische Auslegung des § 43 aus logischen Erwägungen angegriffen; das ist im Interesse gegenseitiger Verständigung zu betonen. Wenn man nämlich bei der Feststellung des Versuchsbegriffs des § 43 von allgemeinen Erwägungen über die Gründe, die die Strafbarkeit des Versuchs rechtfertigen, ausgeht, so wird die Kontroverse von vornherein in ein Gebiet gerückt, in welchem die Verständigung ausgeschlossen oder doch sehr erschwert ist.

Der angegebene Fehler gewinnt praktische Bedeutung bei den uns hier interessierenden Fällen. Die Angeklagte hat irgend ein wirkungsloses Mittel eingenommen, um die Abtreibung vorzunehmen. Das RG. stellt fest, daß diese Handlung über die bloße Vorbereitung einer Abtreibung hinausgeht, und niemand wird dies bezweifeln wollen. Das RG. glaubt aber, durch diese Feststellung schon erwiesen zu haben, daß die Angeklagte mit der Ausführung des Verbrechens der Abtreibung begonnen und somit den objektiven Tatbestand erfüllt hat; dem kann nicht beigespflichtet werden. Wohl hat die Angeklagte angefangen, ihren Entschluß auszuführen, nicht aber hat sie angefangen, das Verbrechen der Abtreibung auszuführen. Denn die Ausführung eines Verbrechens anfangen, heißt Mögliches anfangen. An und für sich unmögliche Ziele sind keine verbrecherischen Ziele. Verfehlt ist es, dem RG., wie es schon oft geschehen ist, entgegenzuhalten, die Ausführung, die nicht vollendet werden kann, könne auch nicht angefangen werden. In dieser Allgemeinheit ist der Einwand unrichtig, denn man kann sich sehr wohl Unmögliches vornehmen und mit der Ausführung dieses Vorsatzes beginnen. Wer aber solches thut, der beginnt nicht mit der Ausführung eines Verbrechens,

<sup>1)</sup> Irrig wäre der Einwand, daß durch den Begriff „Anfang der Ausführung“ die Handlungen, die über eine bloße Vorbereitung hinausgehen, im strikten Sinne definiert sein sollen, und daß deswegen der erklärende und der erklärte Begriff identisch seien. Von einer derartigen Definition kann keine Rede sein. Vielmehr gebraucht das Gesetz den festumrissenen und darum engeren Begriff an Stelle des verschwommenen und darum weiteren Begriffes.

sondern mit der eines verbrecherischen Entschlusses. Die Entscheidung des RG. wäre einwandfrei, wenn der § 43 des StrGB. den Wortlaut hätte: „Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Entschlusses enthalten, betätigt hat, ist . . . . wegen Versuches zu bestrafen.“ Dann wäre der Versuch am untauglichen Objekt und der mit untauglichen Mitteln strafbar. Da aber vom Gesetze Strafe nur gedroht ist für den Fall, daß ein Anfang der Ausführung des Verbrechens vorliegt, ist es deutlich, daß jemand nur strafbar ist, wenn er mit der Ausführung eines an und für sich möglichen Geschehnisses begonnen hat. Strafflos ist somit der Versuch am absolut untauglichen Objekt, straflos der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln.

Ich fasse diese kritischen Erörterungen folgendermaßen zusammen: Das RG. verwechselt Ausführungsanfang des verbrecherischen Entschlusses und Ausführungsanfang des Deliktes; diese Verwechslung ist darauf zurückzuführen, daß der Unterschied zwischen „Mit der Ausführung eines Deliktes anfangen“ und „Ueber die bloße Vorbereitung hinausgehen“ vernachlässigt wird. Es ist immer möglich, über die bloße Vorbereitung hinauszugehen; man thut es jedesmal, wenn man mit der Ausführung eines Entschlusses, habe er Mögliches oder Unmögliches zum Inhalt, beginnt. Es ist nicht immer möglich, die Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens anzufangen; dies ist vielmehr jedesmal unmöglich, wenn der Entschluß, dessen Ausführung man beginnt, absolut Unmögliches zum Inhalt hat.

Die Unrichtigkeit der Entscheidung des RG. läßt sich zweitens dadurch erweisen, daß man darthut, wie dieselbe die Interpretation des zweiten maßgebenden Paragraphen (StrGB. § 218) verfehlt. Das Gericht erster Instanz hat — das ist aus den Ausführungen des Strafsenats zu ersehen — seine Freisprechung besonders darauf gestützt, daß nach dem Gesetzestext nur „eine Schwangere“ aus § 218 Abs. 1 gestraft werden kann. Hierauf erwidert das RG. (S. 220): „Der Ausdruck „Eine Schwangere“ entspricht der Tatbestandsbezeichnung des vollendeten Verbrechens, das freilich an die Voraussetzung der Existenz einer Leibesfrucht gebunden ist. Ist aber letztere keine notwendige Voraussetzung des strafbaren Versuches aus allgemeinen strafrechtlichen Gründen, so kann auch die Bezeichnung „Eine Schwangere“ nicht den Sinn haben, den Tatbestand des Versuches auf die wirkliche Schwangere zu beschränken.“ Wenn die Existenz der Leibesfrucht keine Voraussetzung für die Bestrafung ist, kann allerdings die Nicht-Schwangere Subjekt und Objekt der Straftat sein. Daran hat niemand gezweifelt! Den Ausgangssatz, daß der Versuch der Abtreibung strafbar ist, auch wenn keine Leibesfrucht existiert, — gerade diesen hätte das RG. beweisen sollen. Diesen Beweis aber lediglich durch die Berufung auf die „allgemeinen strafrechtlichen Gründe“ zu führen, — das genügt

nicht. Denn es ist hiermit nichts anderes gesagt, als dafs der Versuch der Abtreibung an einer Nicht-Schwangeren strafbar ist, weil der Versuch am untauglichen Objekt überhaupt strafbar ist. Es wird also kein neues Argument vorgebracht, es wird nur die allgemeine Regel auf den Fall des § 218 angewendet. Auf diese Weise sind die Bedenken der Strafkammer nicht zu erledigen; gerade weil sie an der allgemeinen Regel, nach welcher jeder untaugliche Versuch strafbar ist, zweifelt, verlangt sie den speziellen Beweis, dafs der Versuch der Abtreibung strafbar ist, auch wenn keine Leibesfrucht vorhanden ist.

Die Argumentation der Strafkammer ist nicht auf diese, aber auch auf keine andere Weise zu widerlegen. Die gesetzliche Vorschrift, nach welcher der Fall der Angeklagten G. zu entscheiden ist, ergibt sich aus einer Verbindung der §§ 43 und 218 des StrGB.; an Stelle der generellen Merkmale des § 43 mufs man die speziellen des § 218 setzen. Hiernach lautet der Rechtssatz: Eine Schwangere, welche den Entschlufs, ihre Frucht abzutreiben oder im Mutterleibe zu töten, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn die beabsichtigte Abtreibung nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches der Abtreibung zu bestrafen. Die Schwangerschaft ist somit notwendige Voraussetzung dafür, dafs aus den §§ 43, 218 Strafe verhängt werden kann. Das Reichsgericht aber entscheidet den vorliegenden Fall, als ob im Gesetze zu lesen wäre: Wer den Entschlufs, eine Frucht abzutreiben oder im Mutterleibe zu töten, durch Handlungen, welche den Anfang der Ausführung dieses Entschlusses enthalten, bethätigt hat, ist, wenn die beabsichtigte Abtreibung nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches der Abtreibung zu bestrafen. Nur wenn dieser Satz geltendes Recht wäre, könnte der Versuch der Abtreibung, der am untauglichen Objekt mit absolut untauglichen Mitteln begangen wird, bestraft werden. So aber steht die Ansicht des RG. in Widerspruch zu den Vorschriften, die im StrGB. ausgesprochen sind.

Zum Schlusse führe ich hier folgenden Passus aus der cit. Entscheidung an: „Vergeblich beruft sich die Strafkammer darauf, einen Standpunkt zu vertreten, auf welchem im allgemeinen auch die Rechtswissenschaft stehe. Sieht man von denjenigen Theorien ab, die mit jenen Entscheidungen übereinstimmen, so kann von einer herrschenden Theorie überhaupt keine Rede sein. Um so willkommener sollte es der Praxis sein, in der Rechtsprechung des RG. mit dem Beschlusse der ver. Strafsenate des RG. v. 24. Mai 1880 und dessen folgerichtiger Durchführung endlich festen Boden für eine einheitliche, wissenschaftlich begründete, und zwar angegriffene, aber nicht widerlegte Auffassung gewonnen zu haben.“ (Vgl. S. 221). Es soll hier nicht untersucht werden, ob die Theorie des RG. oder die seiner Gegner „die herrschende“ ist, weil es zu weit führen würde,

die Stimmen pro und contra zu wägen; zählt man sie, so herrscht die Theorie der Gegner. (Vgl. Olshausen Anm. 20 zu § 43). Wie dem auch sei, keinesfalls sollte es als „vergeblich“ bezeichnet werden, wenn sich eine Strafkammer auf einen in der Rechtswissenschaft vielfach vertretenen Standpunkt beruft. Von den Autoritäten, die das Urteil der Strafkammer im Ergebnis billigen, das des Strafsenates verwerfen würden, nenne ich z. B. Beling, Berner, Binding, Frank, Geyer, von Liszt, Löning, Merkel, Hugo Meyer, Oetker, Olshausen, Oppenhoff, von Rohland, Schütze und das OLG. Hamburg. Vor allem aber kommt es darauf an, den Wunsch des RG., dafs in der strittigen Frage seine Rechtsprechung für die Gerichte niederer Ordnung maßgebend sein soll, zurückzuweisen. In der Praxis ist es leider schon allzusehr beliebt, die Verweisung auf eine Reichsgerichtsentscheidung an die Stelle einer selbständigen, dem konkreten Fall angepassten Begründung des Urteils zu setzen. Das Landgericht Köln hat dieses Verfahren verschmäht und hat die eigene Meinung gegen das Reichsgericht verteidigt; das Reichsgericht sollte auch den Schein, als ob diese wissenschaftliche Selbständigkeit tadelnswert sei, vermeiden. Wenn die Reichsgerichtsentscheidungen als bindend behandelt würden, dann wäre die wissenschaftlich fundierte Strafrechtspflege ein Monopol des höchsten Gerichtshofes, dann könnte sich der akademische Unterricht darauf beschränken, den Studierenden die Kenntnis der Reichsgerichtsentscheidungen zu verschaffen, dann wäre die Strafrechtspflege an den Landgerichten ein Handwerk. Vor diesem Verfall wollen wir uns hüten; und darum mufs gegen jede Aeufserung, die auch nur den Schein erweckt, als ob die Strafgerichte in ihrer wissenschaftlichen Ueberzeugung gebunden wären, Protest erhoben werden. Gewifs wird niemand den Wert einer einheitlichen und sicheren Rechtsprechung verkennen, aber für die Erreichung dieses Ziels die wissenschaftliche Selbständigkeit aufopfern, — das ist ein Preis, den deutsche Juristen nicht zahlen wollen noch sollen.

## II.

Von Dr. Stenglein.

In dem vorstehenden Aufsätze übt der Verfasser an der Praxis des Reichsgerichts über den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt eine Kritik, welche nichts weniger als gerechtfertigt erscheint, welche aber, wäre auch die Frage an sich nicht schon von weittragender Bedeutung, dadurch noch bedeutungsvoller wird, dafs sie eine Reihe von prozessualen Prinzipienfragen streift, und deshalb nicht unbeantwortet bleiben kann. Der Verfasser dieser Entgegnung steht dem Reichsgericht bereits fern genug, um über dessen Judikatur unbefangen zu urteilen, aber immerhin diesem nahe genug, um dessen Verhältnisse zur Praxis genau zu kennen.