

Die

Lehre von der Beihilfe.

Eine zur Erlangung des Grades eines

Magisters des Strafrechts

der Juristischen Fakultät der Kaiserlichen Universität
zu Dorpat

vorgelegte Abhandlung

von

Paul Mintz.

Riga.

Gedruckt in der Müllerschen Buchdruckerei (Herderplatz Nr 1).

1892.

Разрѣшается печатать по опредѣленію Юридическаго Факультета
ИМПЕРАТОРСКАГО Дерптскаго Университета.

Деканъ Энгельманъ.

Сентября 15-го дня 1892 г.

№ 108.

Herrn

Professor **Meinen Eltern** von Rohland

spreche ich für die mir bei der Ansführung nachstehender
Arbeit freundlichst gewährte Unterstützung aus dieser Stelle
meinen herzlichsten Dank aus.

in Liebe und Dankbarkeit
gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Erster Abschnitt.

Dogmengeschichte.

Erstes Kapitel: Die objektiven Beihilfetheorien	11
Forschach, Grolmann, Trutson, Kleinschrod, Ortolan, Hann, Müller, Rosal, Schönl, Schönl, Lorenz.	
Zweites Kapitel: Die subjektiven Beihilfetheorien	22
Fischer, Hecks, Pöschel, Rosen, Eschard, Wolff, Fischer, Escher, Escher, Escher, Escher, Escher.	
Drittes Kapitel: Die positiven Beihilfetheorien	30

Herrn

Professor Dr. Woldemar von Rohland

spreche ich für die mir bei der Ausführung nachstehender Arbeit freundlichst gewährte Unterstützung an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank aus.

Systematische Darstellung.

Erstes Kapitel:	129
Begriff der Beihilfe und ihr Verhältnis zu den übrigen Teilnehmern	135
Zweites Kapitel:	140
Die alttestamentliche Natur der Beihilfe	140
Drittes Kapitel:	150
Beihilfe als selbständiges Delikt	150
Viertes Kapitel:	177
Vermachtis und schuldige Beihilfe	177
Fünftes Kapitel:	195
Art der Beihilfe	195
Sechstes Kapitel:	203
Bewehrung der Beihilfe	203

Inhaltsübersicht.

Erster Abschnitt.

Dogmengeschichte.

	Seite
Erstes Kapitel. Die objektiven Beihilfetheorien	11
Feuerbach. Grolmann. Tittmann. Kleinschrod. Ortolan. Haus. Hélie. Rossi. Stübel. Schirach. <u>Luden.</u>	
Zweites Kapitel. Die subjektiven Beihilfetheorien . . .	32
Wächter. Henke. Berner. Bauer. Zachariä. Heffter. Glaser. Köstlin. Hepp. Geib. <u>Buri.</u>	
Drittes Kapitel. Die gemischten Beihilfetheorien . . .	59
Bar. Langenbeck. Hälschner. Binding. John. Schütze. Jareke. Berner. Geyer. Hugo Meyer. Birkmeyer.	
Viertes Kapitel. Abweichende Ansichten	84
Liszt. Taganzew. Foinitsky. Sergejewsky. Kohler.	

Zweiter Abschnitt.

Systematische Darstellung.

	Seite
Erstes Kapitel:	
Begriff der Beihilfe und ihr Verhältnis zu den übrigen Teilnahmearten	105
Zweites Kapitel:	
Die akzessorische Natur der Beihilfe	140
Drittes Kapitel:	
Beihilfe als selbständiges Delikt.	160
Viertes Kapitel:	
Versuchte und fahrlässige Beihilfe.	177
Fünftes Kapitel:	
Arten der Beihilfe	195
Sechstes Kapitel:	
Bestrafung der Beihilfe	203



Die objektiven Rechtslehren.

Erster Abschnitt.

Dogmengeschichte.

Erstes Kapitel.

Die objektiven Beihilfetheorien.

Zu Beginn des XIX. Jahrhunderts standen zwei Auffassungen der Beihilfe einander gegenüber, — diejenige der übertrieben kasuistischen gemeinrechtlichen Doktrin und die des verallgemeinernden, nivellierenden Code pénal Frankreichs¹⁾. Während letzterer von nachhaltigem Ein-

- 1) Die betreffenden Artikel des code pénal vom Jahre 1810 lauten:
- art. 59. „Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, „sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement.
- art. 60. „Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime „ou délit ceux qui par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables „auront provoqué à cette action ou donné des instructions „pour la commettre; ceux qui auront procuré des armes, des „instruments ou tout autre moyen qui aura servi à l'action „sachant qu'il devait y servir; ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'actions dans „les faits, qui l'auront préparée ou facilitée ou dans ceux qui „l'auront consommée; sans préjudice des peines qui seront „portées par le présent code contre.....etc.
- art. 61. „Ceux qui connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs „exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté „de l'Etat, la paix publique, ou les propriétés, leur fournissent „habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion „seront punis comme leur complices.
- art. 62. „Ceux qui sciemment auront recelé en tout ou en partie „choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce délit.

Bekanntlich haben die hervorragenden Vertreter der französischen Strafrechtswissenschaft die Härte dieser Bestimmungen, welche nur teilweise durch den art. 63 für den „receleur“ gemildert werden, in der schärfsten Weise gerügt; vergl. Ortolan: *Eléments de droit pénal* 1863. I.

fluss auf die spätere Gesetzgebung gewesen ist²⁾, schloss sich an die erstere die fruchtbare Thätigkeit der modernen Wissenschaft.

Anknüpfend an die unvollkommenen Klassifikationsversuche des vorigen Jahrhunderts, suchte die neuere Theorie das Kriterium der Unterscheidung von „Thäterschaft“ und „Beihilfe“ zunächst ausschliesslich in der objektiven Thätigkeit der Verbrechenssubjekte. Dasselbe hatte freilich auch schon die gemeinrechtliche Doktrin gethan³⁾. Aber das Verdienst der neuen Lehre besteht darin, den scholastischen Wust abgeschüttelt zu haben, welcher jene schier erdrückte. Es handelt sich bei ihr demnach weniger um die Geltendmachung einer neuen Anschauung, als um die streng wissenschaftliche Ausbildung der herkömmlichen Auffassungsweise⁴⁾.

Die klassischen Vertreter dieser rein objektiven Richtung sind Feuerbach, Stübel und Luden, denen sich eine Reihe von Kriminalisten mit geringeren oder grösseren Abweichungen angeschlossen hat.

Für Feuerbach ist das Bestehen eines absoluten Unterschiedes zwischen der Thäterschaft oder „Urheberschaft“, wie er sie nennt, und der „Gehilfschaft“ ein traditio-

Nr. 1254—1316; Rossi, *Traité de droit pénal* 1835. II. p. 380—415; Hélie, *Théorie du code pénal* p. 415—416; 445. So heisst es z. B. bei dem letzteren l. c. p. 416: „Cette règle générale (art. 59) inflexible sur „tous les individus qui ont participé à l'action criminelle... „cette règle éludait toutes les difficultés, tranchait toutes les „questions, dont cette matière est hérissée; mais répond-elle „aux besoins de la justice morale, qui demande des degrés dans „les châtiments, quand elle en aperçoit dans les crimes?“

²⁾ Eine stark veränderte Version des code pénal bietet das Belgische Strafgesetzbuch vom Jahre 1867. Vergl. Haus: *Principes généraux du droit pénal Belge* 1874. I. N.Nr. 445—550.

³⁾ Schütze, *Die Notwendige Teilnahme*; p. 168.

⁴⁾ Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*. I. § 156.

nelles Dogma. Er zweifelt keinen Augenblick daran, dass ein solcher vorhanden ist; es handelt sich für ihn nur darum, das Wesen dieses Unterschiedes zu erfassen. Seine Stellungnahme zu dieser Frage erhellt bereits aus der Ueberschrift desjenigen Abschnitts seines Lehrbuches, in welchem er die ganze Lehre von der Teilnahme behandelt. Dieselbe lautet: „Von der Verschiedenheit der Kausalität des Handelnden für den Erfolg.“

Jede Uebertretung, heisst es hier,¹⁾ setzt eine bestimmte Person als „wirkende Ursache“ voraus, und diejenige Person, in deren Willen und Handlung die „hinreichende Ursache“ des Verbrechens vorhanden ist, heisst „Urheber“ (auctor delicti), sie sei nun mittelbare oder unmittelbare Ursache desselben. „Unmittelbar“ wirkt der „physische Urheber“. Mittelbare Verursachung ist hingegen enthalten: erstens, in der absichtlichen Bestimmung des Willens eines andern zur Begehung des Verbrechens, — welche hier nicht weiter in Betracht kommt, — und zweitens, in der absichtlichen „Hinwegräumung von Hindernissen, ohne welche dem zur That schon bestimmten Willen eines andern die äussere Wirksamkeit entweder überhaupt oder unter den besonderen Umständen unmöglich gewesen wäre“. Wer solches thut, ist indirekter, unmittelbarer Urheber, ist sogen. „Hauptgehilfe“ (socus principalis).

Nun sind aber, führt Feuerbach weiter aus, bei jeder Ursache auch „Nebenursachen“ möglich, welche „durch erleichterte Wirksamkeit der Hauptursache auf die Entstehung eines bestimmten Erfolges hinwirken“.²⁾ Es können nämlich andere an der Uebertretung des Urhebers durch solche Handlungen teilnehmen, welche zwar, für sich betrachtet, das Verbrechen nicht hervorbringen, aber durch Beförderung, durch Erleichterung der an sich schon möglichen³⁾ Wirksamkeit des Urhebers zu dessen Entstehung mit beitragen. Wer

1) Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts
14. Auflage § 44.

2) l. c. § 45.

3) l. c. § 48.

sich absichtlich solcher Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, heisst „Gehilfe“ (socius delicti).

So weit die Begriffsbestimmung. Wenn nun mehrere Personen an einem und demselben Verbrechen teilnehmen¹⁾, so hält Feuerbach, abgesehen von der Mitwirkung des Anstifters, folgende Kombinationen für möglich: es können zusammentreffen entweder:

- 1) Gehilfe und Urheber, oder
- 2) Miturheber, d. h. mehrere physische Urheber, von denen
 - a. entweder jeder einzeln das Dasein des Verbrechens vollständig begründet, oder
 - b. nur einen Teil des Verbrechens begründet, wobei aber der Inbegriff aller dieser Handlungen zusammen das vollständige Verbrechen ist.

Die Strafbarkeit des „Urhebers“, sowie des „Gehilfen“ bestimmt sich mit Rücksicht auf die Art ihrer Wirksamkeit²⁾. Weil die Strafe im Allgemeinen grösser ist, je mehr Gründe für das Entstehen einer Rechtsverletzung in einer Person vorhanden waren, so ist der „Urheber“ strafbarer als der „Gehilfe“, denn jener ist die eigentlich wirkende Ursache des Verbrechens, dieser nur die erleichternde Nebenursache desselben. Schliesslich gilt nach Feuerbach auf für die Bestimmung der Strafbarkeit der Gehilfen unter sich die Regel, dass die Strafbarkeit derselben desto grösser erscheint, je genauer die Beihilfe mit dem Verbrechen selbst zusammenhängt und „je mehr sie zum Entstehen der That beiträgt“.

Die Theorie Feuerbach's ist rein objektiv³⁾. Nur vorübergehend streift er das subjektive Moment, wenn er die „hin-

1) l. c. § 46.

2) l. c. § 112 ff.

3) Wir sehen hier von der gemischt objektiv-subjektiven Unterscheidung ab, welche Feuerbach in seiner Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, II, 1800, p. 245, § 11 durchführt.

„Urheber (auctor) in dem weiteren Sinne wäre also derjenige, bei welchem die Rechtsverletzung das unmittelbare Objekt der Wirksamkeit seiner Handlung ist; Gehilfe derjenige, bei welchem die

reichende Ursache“ sowohl auf die Handlung, als auf den Willen des Urhebers zurückführt. Den unzweifelhaft richtigen Gedanken, welcher hierdurch zum Ausdruck gebracht wird, nämlich, dass eine Handlung eine Willensverwirklichung sei, und darum verschiedenen gearteten Handlungen auch verschiedene Schuldformen entsprechen, hat Feuerbach nicht weiter verwertet. Urheber, Miturheber, Hauptgehilfe und Gehilfe unterscheiden sich von einander lediglich durch das Mass resp. die Art ihrer Wirksamkeit, ihrer Kausalität für den Erfolg. Der Urheber, im engeren Sinne dieses Wortes, — denn im weiteren Sinne umfasst es auch den Hauptgehilfen — setzt die „wirkende“ die „hinreichende“ Ursache des Erfolges, d. h. er entfaltet eine Wirksamkeit, welche an sich bereits „das Dasein des Verbrechens voll begründen kann;“ der Miturheber, wiederum im engeren Sinne des Wortes — denn im weiteren Sinne gehört auch der sogen. Mehrthäter hierher — setzt nur einen Teil dieser „wirkenden Ursache,“ indem seine Handlung nur „einen Teil des vollständigen Verbrechens“ bildet; der Hauptgehilfe ist ein Miturheber, welcher keine für den Erfolg positiv förderliche Voraussetzung schafft, sondern die von demselben abhaltenden negativen Kräfte vernichtet; der Gehilfe endlich bringt das Verbrechen nicht einmal zum Teil hervor. Er befördert, er erleichtert nur die Wirksamkeit der „hinreichenden Ursache.“ Er unterscheidet sich vom Urheber nicht in quantitativer, sondern in qualitativer Beziehung.

Offenbar hat Feuerbach der Unterschied von „Ursache“ und „Bedingung“ vorgeschwebt, wie er heutzutage gemacht wird; aber die unglückliche Formulierung, welche er hierfür

Beförderung der auf die Rechtsverletzung unmittelbar gerichteten Handlung eines andern das unmittelbare Objekt der Wirksamkeit seiner Handlung, die Rechtsverletzung selbst also nur das mittelbare Objekt derselben ist. Der Begriff des Auctors setzt also voraus, dass er aus eigenem, unmittelbarem Interesse an der Rechtsverletzung selbst die Begehung desselben wolle. Wer nicht aus diesem Interesse handelt, kann nicht als Urheber betrachtet werden“

gewählt hat, die Verwendung des Ursachenbegriffs für die Bezeichnung der Thätigkeit des Gehilfen, die den qualitativen Gegensatz desselben zum Urheber teilweise wieder verwischt, hat zu berechtigtem Widerspruche Anlass gegeben. Man dürfte in der That fragen, was das für eine „Ursache“ sei, welche noch neben der „hinreichenden Ursache“ Raum finde¹⁾. Treibe nicht die Konsequenz zu der Annahme, dass der „hinreichenden“ nur eine „überflüssige“ Ursache entsprechen könne, und das letztere mit der von dem Gehilfen gesetzten identisch sei? Doch, wir wiederholen es, die Berechtigung der erwähnten Angriffe bezieht sich nur auf die Form, nicht auf den Inhalt der Feuerbach'schen Unterscheidung. Wenn er von einer „hinreichenden Ursache“ spricht, so hat er nicht den wirklichen Eintritt des Erfolges, sondern nur die „mögliche Kausalität“ der Handlung im Auge.

Viel schwerer fallen die Ausstellungen in's Gewicht, welche an dem Begriffe des „Hauptgehilfen“ gemacht werden. Derselbe setzt sich bei Feuerbach aus zwei Elementen zusammen: der indirekten Verursachung und der Notwendigkeit der Mitwirkung. Dieses Gebilde entbehrt jeglicher Existenzberechtigung. Denn einerseits ist die indirekte Verursachung — eine Verursachung wie jede andere, und giebt sie auch eine Handhabe für die Zergliederung des Kausalitätsbegriffes her, so enthält sie doch keinen Anhaltspunkt für die Bildung einer besonderen Teilnahmekategorie. Andererseits ist es falsch, eine Klassifikation der Beteiligten je nach der Notwendigkeit ihrer Wirksamkeit für den Erfolg vorzunehmen, weil eine jede Mitwirkung von verschiedenen Standpunkten aus entweder gleich notwendig, oder aber nicht notwendig erscheint. Der grösste Missgriff ist aber in dem Namen zu suchen, welchen Feuerbach seinem Zwittergebilde gegeben hat. „Die Wahrheit, dass entweder gar keiner oder alle Gehilfen Hauptgehilfen in jenem Sinne sind, ist ällmählich fast zum Axiom geworden²⁾.“ Der Begriff des „Haupt-

1) Berner, Teilnahme, p. 235.

2) Binding, Entwurf, 1869, p. 69.

gehilfen“ ist eben darum geeignet, die scharfe Grenze, welche Feuerbach zwischen dem Gehilfen und dem Urheber gezogen hat, wieder zu verwischen. Ist er „Gehilfe,“ so erleichtert er nur das Verbrechen, ohne es zu verursachen; thut er letzteres, wenn auch indirekt, so hört er auf Gehilfe zu sein; warum sollte er noch als solcher bezeichnet werden?

Wir finden dieses Bedenken bereits bei Grolmann¹⁾ und bei Tittmann²⁾ ausgedrückt, welche die Unterscheidung von „Haupt-“ und „Nebengehilfen“ verwerfen und den ersteren schlankweg als Urheber qualifizieren. Aber auch den Begriff der „hinreichenden Ursache“ lässt Grolmann fallen³⁾. Auctor oder coactor ist ihm derjenige, in dessen Handlung überhaupt die „Ursache“ einer Rechtsverletzung enthalten ist, — „Gehilfe“ — ein Teilnehmer, in dessen Handlung nicht „die Ursache“ der Rechtsverletzung liegt. Den gleichen Standpunkt nimmt Tittmann⁴⁾ ein. Auch ihm ist Urheber ein jeder, in welchem die Ursache zu dem Dasein eines Verbrechens liegt, und es waltet für ihn kein Zweifel darüber ob, dass derjenige zu den Urhebern zu rechnen sei, welcher „die das Wesen des Verbrechens ausmachende Handlung“ beging⁵⁾.

1) Grundsätze der Criminalrechtswis., 1805, § 38.

2) Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 1822, I, § 104.

3) Grundsätze, §§ 33, 35.

4) Handbuch, § 101.

5) Denselben Standpunkt vertreten die bedeutendsten französischen Juristen. Dass sie der objektiven Theorie huldigen, findet teilweise seinen Grund darin, dass der code pénal an rein objektiven Unterscheidungsmerkmalen festhält.

Nach Ortolan, l. c. N° 1268 ff. ist auteur (matériel) — zum Unterschiede vom *auxiliaire* — „qui aura exécuté physiquement les actes constitutifs du délit, c'est à dire les actes destinés à produire par eux mêmes et sans opération intermédiaire l'effet préjudiciel du délit — — — ou qui en a fait de tellement nécessaires à la production de ce délit, que sans lui cette exécution n'aurait pas pu avoir lieu.“

Haus, l. c. N° 465 unterscheidet: „auteurs, qui sont la cause“, und „auxiliaires, dont le secours a été utile sans être nécessaire“; und fährt fort (N° 472) „la question de savoir, si la participation était ou

Dagegen hält Kleinschrod¹⁾ an dem Gegensatz von „notwendiger“ und „entbehrlicher“ Mitwirkung zum Wirklichwerden des Verbrechen fest, indem er dem Urheber die erstere, dem Gehilfen die letztere zuteilt.

Diese und ähnliche falsche Anschauungen forderten von selbst die Kritik heraus. Sie ist in schärfster Weise von Stübel, einem der konsequentesten Vertreter der rein objektiven Beihilfetheorie geübt worden.

Die theoretische Grundlage seiner Auffassung ist in der ihm eigentümlichen Trennung von der sogen. „Zurechnung zur That“ (*imputatio facti seu ad actum*) und der „Zurechnung zur Strafe“ (*imputatio juris seu ad effectum*) zu suchen. Wir finden diese Unterscheidung bereits in seinem Werke „Ueber den Thatbestand der Verbrechen“ vor²⁾. In der Lehre n'était pas nécessaire, est une question de fait. Le jury doit être interrogé sur ce point.“

Hélie l. c. p. 443 ff., welcher am energischsten für die strenge Durchführung der Trennung von Urheberschaft und Beihilfe eintritt, will die *participation principale* und *secondaire* derartig geschieden wissen, dass sich der ersteren die sogen. *auteurs* schuldig machen, d. h. „ceux qui auraient été la cause ou l'une des causes du crime,“ der letzteren dagegen die sogen. *complices*, d. h. „ceux qui lui auraient prêté leur aide ou leur assistance, mais sans que leur concours en eût déterminé l'exécution.“

Am nächsten steht der deutschen Doktrin Rossi, l. c. p. 388, 401. „Tout individu,“ führt er aus, „qui donne naissance à l'un ou l'autre des éléments (constitutifs du délit) contribue d'une manière principale ou directe à l'existence du délit. Il en est cause. Il peut y avoir en même temps des facilités secondaires, des impulsions ultérieures; mais les éléments constitutifs du délit existent indépendamment de ces impulsions, de ces facilités. Les auteurs de ces faits secondaires auront... secondé l'exécution du crime; mais ils n'ont rien créé... Les codélinquans décident que le crime existera et ils l'exécutent ou le font exécuter. Les complices accèdent à cette décision, en facilitant l'exécution;... Le complice provoque... il aide, mais non par des actes constituant l'action criminelle ou indispensables à l'exécution de cette action...“

¹⁾ System. Entw., 1805 I. §§ 177 ff.

²⁾ T. I. Wittenberg, 1805.

von der imputatio juris, heisst es hier¹⁾, werde Urheber (auctor delicti) derjenige genannt, welcher sich zur Hervorbringung einer Rechtsverletzung selbst bestimmte. Bei der Zurechnung zur That²⁾, und diese allein gehöre in die Lehre von dem Thatbestande, verstehe man hingegen unter dem Urheber jedes Subjekt, in welchem der Grund der Existenz eines Verbrechens liege. Dagegen findet Stübel den Ausdruck „notwendige Ursache der Existenz einer That“ ganz falsch³⁾ denn es gebe keine notwendigen Ursachen; wenigstens lasse sich die Notwendigkeit derselben nie beweisen.

Im Falle der Mitwirkung Mehrerer zu einem Verbrechen kommt es, nach Stübels Ansicht, durchaus nicht darauf an, ob der eine oder der andere ohne das Zuthun des andern Teilnehmers dasselbe verübt haben würde⁴⁾. Es müssten vielmehr nahe und entfernte Teilnehmer (socii proximi und remoti) unterschieden werden⁵⁾, je nachdem, „ob sie eine Thatsache hervorgebracht, die zum gesetzlichen Begriff des Verbrechens gehört und daher einen Teil des Thatbestandes ausmacht“ — oder auf eine andere Art sich teilnehmend bewiesen. Nur erstere seien sogenannte „Miturheber.“

Doch hier beginnt Stübel selbst an dem von ihm aufgestellten Kriterium zu zweifeln⁶⁾. Es erscheint ihm in vielen Fällen schwierig, die obenerwähnte Grenze zu ziehen. Es sei eben nicht genug zu wissen, welche Thatsachen die Gesetze zum Thatbestande eines Verbrechens erfordern. Denn die Hervorbringung dieser Thatsachen setze wieder verschiedene Handlungen voraus, und es entstünden oft grosse Zweifel, ob diese eine nahe oder entfernte Teilnahme ausmachen!⁷⁾ Seiner Meinung nach müssten aus diesen Gründen zu der nahen

1) I. c. § 23.

2) I. c. § 24.

3) I. c. § 34, vergleiche auch Teilnahme § 33 ff.

4) I. c. § 35.

5) I. c. § 28.

6) I. c. § 30.

7) Vergl. weiter unten Birkmeyer und das I. Kap. des II. Abschnitts.

Teilnahme auch noch alle diejenigen Handlungen gezählt werden, welche in der Absicht zu gleicher Zeit unternommen wurden, um eine zum gesetzlichen Begriffe eines Verbrechens erforderliche Thatsache zur Existenz zu bringen. Die entfernte Teilnahme geschehe nicht bei und während, sondern vor und nach der Vollbringung eines Verbrechens.

Sehen wir von dem Momente der „Absicht“ ab, welches sich entgegen Stübel's Grundauffassung in diese neue Begriffsbestimmung gleichsam wider seinen Willen eingeschlichen hat¹⁾, so erweist sich letztere als auf einem rein äusserlichen Zeitverhältnisse fussend. Aber Stübel bleibt hierbei nicht stehen. Der Grundgedanke, dass bei der Zurechnung zur That das Verbrechen lediglich als objektive Erscheinung aufzufassen sei, drängt ihn auf eine schiefe Ebene, welche ihn dazu führt, den Kreis der Miturheber von Stufe zu Stufe zu erweitern.

Jetzt scheint ihm,²⁾ dass Fälle eintreten können, wo auch von der „entfernten Teilnahme“ die physische Möglichkeit der Vollbringung eines Verbrechens abhängt. Aus diesem Grunde müsse man die „entfernte Teilnahme“ wiederum in „volle“ und „nicht volle“ Teilnahme (Haupt- und Nebenteilnahme — *concursum ad delictum plenus seu principalis* und *concursum ad delictum minus plenus seu minus principalis*) zerlegen. Von diesen wäre sodann die „volle Teilnahme“ auch noch zur Miturheberschaft zu rechnen³⁾.

Doch auch hier weiss Stübel keinen Haltepunkt zu finden. In der „Lehre von der Teilnahme⁴⁾“ entschliesst er sich denn auch, den letzten Schritt zu thun und zu zeigen, „dass auch derjenige, welcher durch Hilfeleistung vor der Vollbringung des Verbrechens Teilnehmer an demselben wird, die Schuld des Urhebers teile⁵⁾.“ Dann giebt

1) Vergl. hierüber seine „Teilnahme“, § 13, p. 11 ff.

2) l. c. § 36.

3) l. c. § 38.

4) Dresden, 1828.

5) l. c. § 40, p. 67.

es freilich auch keinen prinzipiellen objektiven Unterschied zwischen dem Gehilfen und dem Urheber mehr. Alles löst sich in dem Grundbegriffe der „Thäterschaft“ auf, welchen Stübel (aus sprachlichen Gründen) an Stelle der „Urheberschaft“ in Vorschlag bringt¹⁾.

Auch in der „Lehre von der Theilnahme“ ist es die Trennung von der Zurechnung zur That und der Zurechnung zur Strafe, welche den Ausgangspunkt bildet.²⁾

Eine That an sich jemand zurechnen, sagt Stübel, heisst behaupten, dass sie eine Wirkung seiner Krafterwendung sei. „Das Urtheil gründet sich blos auf das Kausalitätsverhältnis des Handelns zur That“ — Stübel scheint nur einen Naturkausalismus zu kennen — „ohne Rücksicht, ob der Wille des Handelnden auf die That gerichtet gewesen sei, oder nicht“. Von der letzteren hängt erst die Zurechnung der That zur Strafe ab. Diese besteht in dem Urtheile, dass der Wille des Handelnden auf die That gerichtet war. Darum gehört die Absicht, in welcher die Krafterwendung geschehen ist, nicht in den Begriff des Thäters.

Der Unterschied welchen man in den Fällen, wo mehrere Personen ihre Kräfte zur Vollbringung eines Verbrechens verwenden, zwischen denjenigen zu machen pflegt, welche die den Begriff eines Verbrechens ausmachenden Handlungen mit verüben, und anderen, welche nur vor oder bei der Verübung eines Verbrechens einen Beistand leisten — erscheint Stübel nunmehr³⁾ nicht nur unzureichend, sondern auch ungegründet zu sein. Denn einestheils stosse die Durchführung dieses Gegensatzes auf unüberwindliche Schwierigkeiten, andererseits komme es auf diesen Unterschied, wenn

1) I. c. § 12: „Es ist schon der Ausdruck „Urheber eines Verbrechens“ in der Allgemeinheit, in welcher man ihn braucht, sprachwidrig... Urheber kann das Subjekt einer Handlung nur in Beziehung auf die Folge oder den Erfolg derselben genannt werden. Die That, als die unmittelbare Wirkung der menschlichen Kräfte, ist nämlich von der Folge derselben zu unterscheiden u. s. w....“

2) I. c. § 13 ff., § 53, 2, § 48, § 26 ff.

3) I. c. § 16 ff.

er auch ausreichend wäre, garnicht an¹⁾. Denn der Begriff des Thäters eines Verbrechens hänge einzig und allein davon ab, dass jemandes Handlung zu dem Verbrechen in einem Kausalverhältnis stehe, und in solch' einem Verhältnisse könne nicht nur die zum Thatbestande des Verbrechens gehörige, sondern auch jede andere Handlung stehen. Ebenso wenig sei der Unterschied, welcher in Ansehung der Zeit der Mitwirkung zu einem Verbrechen zwischen den Beteiligten gemacht werde, begründet; denn das Kausalitätsverhältnis der einen Thatsache zu der anderen hänge von der Zeit, zu welcher jene sich ereignet, nicht ab. Endlich komme es im Falle der Mitwirkung Mehrerer zu einem Verbrechen nicht darauf an, ob die entsprechenden Handlungen mehr oder weniger zur Entstehung desselben beigetragen, sondern nur darauf, ob sie etwas zu derselben beigetragen haben. Die mehreren Handlungen liessen sich getrennt nicht denken. Was von allen zusammen gilt, das gelte auch von jeder einzelnen. Entweder müsse jede der mitwirkenden Handlungen als die Ursache des Erfolges angesehen werden, oder keine.

Somit ist für Stübel jeder „Mitthäter,“ der zur Verübung eines Verbrechens mitgewirkt hat. Wenn er daher überhaupt noch Gehilfen im Kriminalrecht annimmt²⁾, so versteht er darunter nur die in ganz besonderen Fällen vorkommenden Teilnehmer an einem Verbrechen. Diese Fälle hängen mit der Natur des Verbrechens zusammen. Wenn letzteres so beschaffen sei, dass zu seinem Thatbestande

- 1) zugleich eine gewisse Absicht gehöre, welche der Teilnehmer nicht hat (z. B. beim Diebstahl),
- 2) ein persönliches Verhältnis zu einer anderen Person gerechnet werde, welches beim Teilnehmer nicht vorliegt (z. B. beim Vaternord) und
- 3) eine bestimmte Anzahl von Subjekten gehöre, deren Zahl nicht überrritten werden kann (z. B. beim Duell),

¹⁾ l. c. § 18, p. 22, 23, § 53.

²⁾ l. c. § 54, p. 93, vergl. auch §§ 51 und 52.

so seien diejenigen Teilnehmer, bei denen obige Thatbestandsmerkmale nicht vorlägen, „Gehilfen“ zu nennen. Ihre Mitwirkung sei ein getrenntes Vergehen, in welches jene Delikte in Ermangelung dieser Merkmale ausarten; insofern erscheine auch dieser Teilnehmer als Thäter. Ausserdem aber konkurriere mit dieser That noch ideell die Teilnahme an einem fremden Vergehen, und zwar als Gehilfenthätigkeit.

Dem Einwurf gegenüber, seine Theorie dürfte zu übermässiger Härte in der Strafrechtspflege führen, hat Stübel die imputatio juris zur Hand. Seine Grundsätze würden weniger befremden, behauptet er, wenn man im Auge behielte, dass die Zurechnung zur Strafe auch bei dem Mitthäter eine verschiedene sein könne.¹⁾ Man braucht also garnicht erst die Kategorie der Gehilfen aufzustellen, um eine Abstufung in der Strafbarkeit zu erhalten. Aber wie denkt sich Stübel diese Abstufung? Nachdem er das Willensmoment so sorgfältig aus der imputatio facti ausgeschieden hat, wäre man anzunehmen berechtigt, er wolle es uns in der imputatio juris wieder finden lassen. Freilich wird das Schuldmoment hinzutreten müssen, damit der Thäter überhaupt strafbar erscheine, aber die Abstufung dieser Strafbarkeit richtet sich bei Stübel nicht nach der Form und dem Wesen der „Absicht.“ Dass der eine das Verbrechen selbst beabsichtigte, der andere nur das von diesem beabsichtigte Verbrechen befördern wollte, sei von keinem Belang.²⁾ Denn nehme letzterer an dem Verbrechen auch kein unmittelbares Interesse, so sei sein Wille doch, — wenn er nur wusste, worum es sich handelte, — mittelbar auf dieses Verbrechen gerichtet. Nur die Grösse oder Geringfügigkeit der Mitwirkung sei ausschlaggebend.³⁾ Dieses finde in gleicher Weise auf Mitthäter und Gehilfen Anwendung. Da letzterer nach Stübels Auffassung gleichzeitig Thäter (Mitthäter) und Teilnehmer ist, so wird

1) l. c. § 56. Stübel beruft sich hier auf den code pénal Frankreichs, vergl. § 43.

2) l. c. § 54, p. 93 ff.

3) l. c. § 57, p. 101 ff., vergl. auch §§ 51, 52.

sich seine Strafbarkeit vor allen Dingen nach der Grösse oder Geringfügigkeit seiner Mitwirkung zu dem für ihn bedeutsamen Erfolg bestimmen. Die hiermit ideal konkurrierende Teilnahme an dem Vergehen des andern übt nur dann einen Einfluss, wenn das Vergehen des andern grösser ist, als dasjenige des Gehilfen, und wirkt solches im genannten Falle strafferhöhend.

Man muss gestehen, was Stübel noch als Beihilfe gelten lässt, verdient kaum mehr als solche beachtet zu werden.¹⁾ Und eine Konsequenz seiner Auffassung war es nur, wenn Schirach es im „Neuen Archiv des Criminalrechts“²⁾ unternahm, den Beweis zu liefern, „dass es sowohl nach positiven Gesetzen, als nach allgemeinen Grundsätzen in Ansehung der Strafbarkeit keinen Unterschied zwischen dem Urheber eines Verbrechens und dem Gehilfen desselben gebe.“ Im allgemeinen fand aber Stübels extreme Auffassungsweise keinen Anklang. Man konnte sich mit dem Gedanken nicht befreunden, den Beihilfebegriff auf ein derartiges Minimum zusammenschrumpfen zu lassen, weil man in Stübels Strafzumessung keine genügende Gewähr für die gerechte Individualisierung der Strafe erblickte, weil das Bestehen eines begrifflichen Unterschiedes zwischen Urheber und Gehilfen ein tief wurzelndes, traditionelles Axiom war. Nicht, dass man den Fehlschluss Stübels erkannt hätte, welcher auf der Identifizierung von Naturkausalismus und menschlicher Verschuldung beruhte, — aber man glaubte in dem Wesen der „Absicht“, welche Stübel so geflissentlich fernhält, das Kriterium für eine Unterscheidung von Urhebern (Thätern) und Gehilfen zu erkennen. Stübel hat der subjektiven Beihilfetheorie direkt in die Hände gearbeitet, indem er die Möglichkeit einer Unterscheidung von Thätern und Gehilfen aus dem objektiven Verbrechensmomente leugnete.

Auch bei Luden herrscht noch der objektive Standpunkt vor, aber er hat den ihm selbst aufkommenden Zweifeln

1) Köstlin, Neue Revision, p. 459.

2) III., 3 Stück, № 17.

gegenüber einen schweren Stand. In seiner „Lehre von dem Versuche“¹⁾ gelangt er durch eine ausführliche Untersuchung der diesbezüglichen Normen des römischen Rechts zu dem Ergebnis, dass nach römischem Rechte der Schwerpunkt bei der Bestrafung der Beihilfe in dem intellektuellen Antriebe liegen müsse, welchen der Gehilfe an dem Verbrechen des Urhebers nehme, und nicht darin, dass er das Verbrechen erleichtere. Sein dolus habe dieselbe Richtung, wie derjenige des Hauptverbrechers, beide wollen dasselbe Verbrechen, — und eben deshalb müsse, gleichwie der intellektuelle und physische Teilnehmer nach römischen Quellen wegen der Gleichheit ihres dolus auf gleicher Stufe der Strafbarkeit ständen, dasselbe Prinzip auch hinsichtlich der Strafbarkeit des Gehilfen und des Urhebers anerkannt werden.

Dieses Prinzip glaubt Luden für das geltende Recht in der Weise verwerten zu können, dass er demselben den Grundsatz von der intellektuellen Anteilnahme an dem Verbrechen des Urhebers als Grundlage für die Lehre von der Beihilfe entnimmt.

Die Handlung, behauptet er,²⁾ welche die verbrecherische Erscheinung hervorruft, muss notwendig aus zwei Teilen bestehen, der körperlichen oder intellektuellen Thätigkeit des Menschen und der durch diese Thätigkeit veranlassten Wirksamkeit gewisser ausserhalb des Menschen liegenden Kräfte oder Ursachen. Je nachdem nun diese Ursachen, welche durch die menschliche Thätigkeit in Wirksamkeit gesetzt werden, in verbrecherischer Thätigkeit anderer Menschen bestehen, oder nicht, muss man die Handlung als Teilnahme oder als Urheberschaft qualifizieren. Im Falle der Teilnahme werden sodann die Handlungen der übrigen, welche zur Entstehung des Verbrechens in verbrecherischer Weise mitgewirkt haben, als die Handlungen des Teilnehmers, also auch des Gehilfen, angesehen werden. Denn sonst könnte

¹⁾ Abhandlungen I, 1836, p. 292—302, 360—366, 439—459.

²⁾ Abhandlungen II, 1840. Ueber den Thatbestand des Verbrechens, p. 332—396.

das Verbrechen, welches dem Begriffe der Teilnahme gemäss nicht durch ihn allein hervorgebracht worden sei, garnicht auf ihn bezogen, er könnte für dasselbe garnicht verantwortlich gemacht werden.

Wie ist es nun möglich, dass die verbrecherische Thätigkeit des einen zu der Handlung des andern werde? Dieses, meint Luden,¹⁾ sei nicht anders denkbar, als dass der letztere den der Thätigkeit des ersteren zu Grunde liegenden Entschluss sich angeeignet und folgeweise die aus demselben hervorgehende Thätigkeit zu der seinigen gemacht habe. Dieses setze weiterhin voraus, dass der Gehilfe den Entschluss des Urhebers als solchen gekannt habe, und dass es nach seinem Wissen und Willen geschehe, wenn jener in diesem Entschlusse thätig ist. Teilnahme resp. Beihilfe entsteht also, nach Luden, durch die Aneignung eines fremden verbrecherischen Entschlusses.

Es ist klar, dass Luden die Stübel'sche Kausalitätslehre, nach welcher eine jede Beteiligung am Verbrechen schon an und für sich die Verantwortung als Thäter nach sich zieht, zurückweist. Weil er solches für unmöglich hält, sucht er nach einem Einigungsmoment zwischen den Mitwirkenden. Anstatt dasselbe in der Einheit des Verbrechens zu finden, erblickt er es in dem subjektiven Momente, der „Aneignung des fremden Entschlusses.“ Um so leichter wird es ihm, das Kriterium der Unterscheidung zwischen der Urheberschaft und der Beihilfe in das Wesen der Mitwirkung hineinzuverlegen.

Durch die Aneignung des fremden Entschlusses geschieht für Luden gewissermassen eine Ausgleichung der möglichen Willensunterschiede unter den Teilnehmern. Darum kann für ihn vom subjektiven Standpunkte aus, die gleiche Strafbarkeit aller Teilnehmer keinem Zweifel unterliegen.²⁾ Ebenso wie man nicht sagen könne, dass der Gehilfe etwas Anderes gewollt habe, als das Verbrechen,

1) l. c. p. 348 ff.

2) Abhandlungen II., p. 363, Anm. 1.

dürfe man nicht behaupten, dass es einen Unterschied mache, ob der Gehilfe sich nur dem Urheber habe gefällig erweisen wollen oder sein eigenes Interesse dabei gehabt habe.¹⁾ Der objektive Gesichtspunkt sei das Grundprinzip, aus welchem überhaupt alle vom römischen Recht abweichenden Bestimmungen über die verschiedene Strafbarkeit der Teilnehmer hervorgegangen seien. Dieser müsse beibehalten werden.

Nun bringe der Teilnehmer zwar das Verbrechen hervor, indem er durch Aneignung des Entschlusses die Thätigkeit des andern zu der seinigen mache. Aber daraus folge noch nicht, dass in jeder Teilnahme „in der Weise die Ursache für die vorliegende objektive Existenz des Verbrechens liege, dass dasselbe nicht noch daneben in einer anderen Handlung seine ausschliessliche und alleinige Entstehungsursache“ habe. Es sei eben der Fall denkbar, dass der „Grund“ der objektiven Existenz des Verbrechens in der Handlung des einen, nicht aber in der Handlung des andern liege. Bei dem ersteren werde der Begriff des Teilnehmers von demjenigen des Urhebers absorbiert.

Hiernach mussten zwei Hauptklassen unterschieden werden: die „Haupt-“ und die „Nebenteilnahme“²⁾ In der „Hauptteilnahme“, der sogen. „Urheberschaft“, erblickt Luden eine derartige Mitwirkung zur objektiven Existenz des Verbrechens, ohne welche dasselbe nicht in der geschehenen Weise aus den Handlungen der anderen entstanden sein würde. Die „Nebenteilnahme“ (Beihilfe) „wirkt hingegen zur objektiven Existenz des Verbrechens nicht mit,“ „so dass die Handlungen der anderen auch ohne sie zu demselben geführt haben würden.“ Beihilfe wird also, nach Luden, durch solche Handlungen begründet, welchen keine Verursachung des vorliegenden Verbrechens zugeschrieben werden kann.³⁾

1) l. c. p. 371.

2) l. c. p. 391 ff.

3) l. c. p. 369 ff.

Zu diesen Gehilfenhandlungen zählt Luden:

1) rein intellektuelle Teilnahmehandlungen¹⁾, welche nie mitwirkend sein können, da ein ausreichender Bestimmungsgrund für die Begehung des Verbrechens in der Einwirkung eines andern nie enthalten sei und

2) Handlungen, welche nicht zur wirklichen Ausführung gehören. Dahin rechnet er:

- a. solche, welche das noch nicht angefangene Verbrechen betreffen (z. B. Leihen von Instrumenten),
- b. solche, welche sich auf das bereits begangene Verbrechen beziehen (z. B. Beförderung der Flucht).

Die genannten Handlungen wirken, nach Luden's Auffassung, zur objektiven Existenz des Verbrechens „juristisch“ ebenso mit, wie z. B. die günstige Gelegenheit, ohne welche der Dieb vielleicht nicht gestohlen haben würde.

Also, Begünstigung, Vorbereitungshandlungen und jegliche Art von intellektueller Teilnahme (von welcher „mittelbare Urheberschaft“ streng zu scheiden sei)²⁾ bilden für Luden die Kategorie der sogen. Gehilfenhandlungen.

Auch abgesehen von dem Hineinziehen des garnicht hierher gehörigen Begriffes der Begünstigung, macht diese Lösung den Eindruck einer Vergewältigung des Stoffes. Die originelle Gleichstellung von Anstiftung und Beihilfe befindet sich freilich im Einklange mit Luden's anderweitiger Auffassungsweise. Aber warum das Gebiet der „juristisch“ nicht mitwirkenden Handlungen auf dasjenige der Vorbereitung beschränken, wo doch die von Luden selbst angebahnte Unterscheidung, je nachdem ob in einer Handlung der Grund der objektiven Existenz eines Verbrechens liege oder nicht — ganz unabhängig von dem Zeitpunkte ihrer Vornahme, — eine von seinem ursprünglichen Standpunkte aus viel harmonischere Lösung ermöglichte?

1) l. c. p. 353.

2) l. c. p. 333.

Neben der Einteilung in Haupt- und Nebenteilnahme läuft nun aber bei Luden eine zweite, je nach der „Wechselseitigkeit“ oder „Einseitigkeit“ der Aneignung des verbrecherischen Entschlusses, einher¹⁾. Die wechselseitige Aneignung setzt eine gegenseitige Gemeinschaft des Entschlusses voraus. Das Wesen der einseitigen Teilnahme besteht hingegen darin, dass der eine sich den Entschluss des andern ohne dessen Wissen aneignet, so dass jener zwar zu diesem, dieser aber nicht zu jenem in dem Verhältnisse einer Teilnahme steht, weshalb dessen Mitwirkung keineswegs auf den Charakter seines Verbrechens verändernd einwirken kann. Dagegen bestimmt sich das Verbrechen des einseitigen Teilnehmers gerade nach demjenigen Verbrechen, an welchem er teil nimmt. Diese Kategorien werden endlich durch den theoretisch wohl denkbaren, aber faktisch wohl kaum möglichen Begriff der „gegenseitig einseitigen Aneignung“²⁾ ergänzt.

Die Bedeutung dieser Einteilung und ihr Verhältnis zu der ersten Gruppierung sind von Luden nicht weiter erörtert worden. Es ist, als ob das subjektive Element, welches unstrittig die Basis dieser neuen Scheidung bildet, gleichsam das Gegengewicht zu der rein objektiven Anschauungsweise abgeben solle, welchen Luden bei der Einteilung der Teilnahmearten anfänglich hatte festhalten wollen. Es sind eben zwei verschiedene Gesichtspunkte, welche Luden's Theorie durchkreuzen, ohne dass der Versuch gemacht würde, sie zu einem harmonischen Ganzen zu verschmelzen.

Ueberblicken wir zum Schluss noch einmal die Grundlagen der rein objektiven Beihilfetheorien, so tritt uns zunächst, als allen gemeinsames Merkmal, der unzweifelhaft richtige Grundgedanke entgegen, dass in dem Gehilfen jedenfalls nicht die Ursache der gewordenen Rechts-

1) l. c. p. 348 ff.

2) Vergl. Berner, Teilnahme, p. 321 ff., und Schütze, Notwendige Teilnahme, p. 188 ff.

verletzung liegen dürfe, womit zugleich die falsche Ansicht zurückgewiesen wird, der Gehilfe könne als solcher auch selbständig die ganze Ausführung übernehmen¹⁾.

In ihren positiven Deduktionen gehen die Vertreter jener Theorien gleichfalls insgesamt von der Verschiedenheit der Kausalität aus. Aber während Feuerbach an dem Grundsatz festhält, dass die Kausalität nicht nur Voraussetzung der Strafbarkeit, sondern zugleich bestimmend für das Mass derselben sei²⁾, findet Stübel, der die Handlung nicht, wie Feuerbach, als Willensverwirklichung, sondern als reine Objektivität betrachtet, dass die Unterscheidungsmerkmale, welche dem ursächlichen Zusammenhang der Thätigkeit des Teilnehmers mit dem Verbrechen entlehnt sind, auch auf den Gehilfen passen und daher der gehörigen Bestimmtheit entbehren³⁾. Diese Annahme führt ihn dazu, das Kriterium der Unterscheidung bald in das zeitliche Verhältnis der Handlung zum Begehungsmoment des Verbrechens, bald in die Natur, den Thatbestand der Verbrechen selbst zu verlegen. Aber die unheilvolle Verwechslung der Kausalität des Menschen mit derjenigen der Natur hindert ihn an der sachgemässen Verwertung dieses Kriteriums und treibt ihn auf jene abschüssige Bahn hinaus, auf welcher er zur Gleichstellung aller zum Verbrechen Mitwirkenden gelangt. Bei Luden kommt wieder der Unterschied von in concreto unentbehrlicher und entbehrlicher Mitwirkung zur Geltung; aber die Mehrzahl von Kriterien, welche er unvermittelt an einander reiht, raubt seiner Theorie die Schärfe der Unterscheidung.

Bis auf einige unklare Andeutungen Luden's ist, weiterhin, für alle Vertreter der rein objectiven Beihilfetheorie der Mangel einer tieferen Analyse der Schuldseite der Beihilfe charakteristisch — eine natürliche

1) Vergl. Berner, Teilnahme, p. 230.

2) Hälschner, Das gem. deutsche Strafrecht, I, § 156.

3) Vergl. Bauer, Abhandlungen, I. Band, 7, § 3.

Folge der ihnen eigentümlichen Behauptung, in subjektiver Beziehung ständen Gehilfe und Urheber einander gleich¹⁾.

Um so verschiedenartiger gestaltet sich bei ihnen das Einigungsmoment zwischen Urheber und Gehilfen, welches die Mitverantwortlichkeit des letzteren für den ganzen Erfolg begründet. Für Feuerbach ist es die Einheit des Erfolges, welchen der Urheber verursacht und der Gehilfe befördert; bei Stübel ist es der Kausalzusammenhang, welcher jede, auch noch so geringe Mitwirkung als Ursache mit dem ganzen Verbrechen verbindet; Luden, hingegen, verlegt das Einigungsmoment in den Akt der Aneignung des fremden Entschlusses, durch welchen die fremde Thätigkeit gleichfalls zur eigenen werde.

Die Frage endlich nach dem Verhältnisse der Beihilfe zur Urheberschaft und der Selbständigkeit, oder der Unselbständigkeit der ersteren, wird von den genannten Vertretern der objektiven Theorie nicht direkt berührt. Dass dem Gehilfen eine untergeordnete Rolle zufalle, ergibt sich aber aus den diesbezüglichen Ausführungen Feuerbach's und Luden's ohne weiteres. Dagegen kann Stübel eine solche Unterordnung konsequenterweise nicht gelten lassen, weil er einen Unterschied der Willensrichtung nicht zugiebt und jede Mitwirkung für gleich verursachend hält.

¹⁾ Eine Ausnahme macht teilweise Feuerbach, welcher von der Begründung der Ursache in dem Willen des Handelnden spricht und in seiner Revision der Grundsätze und Grundbegriffe, II., p. 245, § 11, darauf hinweist, dass der Begriff des Auctors das Wollen der Begehung der Rechtsverletzung aus eigenem unmittelbarem Interesse an derselben voraussetze.

Zweites Kapitel.

Die subjektiven Beihilfetheorien.

Die streng objektive Theorie hatte die Schuldseite der Beihilfe mangelhaft behandelt, ja absichtlich vernachlässigt, weil sie derselben keinen selbständigen Wert beilegte. Sie hatte überdies keinen festen Anhaltspunkt für eine absolute Scheidung von Thäterschaft und Beihilfe geboten. Nichts war natürlicher, als dass man letzteres mit ersterem in Verbindung setzte. Die weitere Folgerung lag auf der Hand. Die objektive Theorie war in die Brüche gegangen, weil sie die Subjektivität wissentlich ignoriert hatte, also, glaubte man sei eine absolute Unterscheidung, wenn überhaupt möglich — es werden auch dazwischen Zweifel an dieser Möglichkeit laut — nur in der Schuldseite zu finden, könne eine solche lediglich in der verschiedenen Subjektivität begründet sein. Diese Reaktion führte, wie jede andere, zur Einseitigkeit. Der Ausgangspunkt der subjektiven Theorie, die Behauptung, dass sich zwischen mehreren zu einem Verbrechen zusammenwirkenden Personen hinsichtlich ihrer Thätigkeit keine Verschiedenheit anerkennen lasse, war für den ganzen Entwicklungsgang derelben präjudiziell.¹⁾ Denn sie vergass über der haarscharfen Analyse des Gehilfen- und des Thäter-Willens das objektive Moment vollständig, und wie die ältere Lehre die Schuldseite vernachlässigt hatte — verkannte sie die Bedeutung des Wirklichgewordenen, der objektiven That.

Dass das Prinzip der Ursächlichkeit, welches der objektiven Theorie zu Grunde lag, eine qualitative Unterscheidung von Thätern und Gehilfen nicht zuließ, glaubte schon

¹⁾ Birkmeyer, Teilnahme p. 7

Stübel nachgewiesen zu haben. Die Vertreter der subjektiven Theorie sind durchweg von der Stübel'schen Anschauungsweise ausgegangen, nur dass sie aus derselben eine Konsequenz zogen, welche jener zu ziehen unterlassen hatte. Für sie ergeben sich aus der objektiven Seite des Verbrechens überhaupt keine Unterscheidungsmerkmale.¹⁾ Es erscheint ihnen unmöglich, aus der Gesamtheit der Bedingungen, aus denen der Erfolg hervorging, unwesentliche und wesentliche herauszuscheiden. Denn jede Teilnahme ist Mitwirksamkeit für den Erfolg, jede Mitwirksamkeit ursächlich für denselben — also eine wesentlich gleiche.²⁾ Ein möglicher quantitativer Unterschied rücksichtlich des grösseren oder geringeren Umfangs der entsprechenden Thätigkeit erscheint als „unwesentlich“ nicht geeignet, eine Verschiedenheit der Thätigkeit der Mitwirkenden zu begründen,³⁾ denn diese Verschiedenheit wäre doch nur immer eine relative und darum rechtlich irrelevante.⁴⁾

Stübel hatte es dabei bewenden lassen, auf Grund ähnlicher Deduktionen, den Gehilfen im Thäterbegriff aufzulösen. Die subjektive Theorie erkennt einen begrifflichen Unterschied zwischen beiden wohl an und findet ihn folgeweise in der Willensseite des Verbrechens. Wie aber denselben formulieren?

Die beiden ersten Vertreter dieser neuen Richtung, Henke und Wächter, haben durch ihre diesbezüglichen Erörterungen den Anstoss zu einer doppelten Auffassungsweise gegeben.

Wächter⁵⁾ findet es unbegreiflich, dass die Kriminalisten bei den Begriffsbestimmungen der Teilnehmerkategorien so wenig auf die Verschiedenheit der Absicht der Handelnden sehen, nämlich „das Verbrechen

1) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. p. 156.

2) Janka, Oesterreichisches Strafrecht § 67.

3) Hälschner, l. c. ibid.

4) Birkmeyer, l. c. p. 23.

5) Lehrb. d. römisch-teutschen Strafr. 1825 I. § 88.

selbst unmittelbar zu wollen, im Gegensatz zu dem Falle, wo jemand nur ein fremdes Verbrechen unterstützen will⁴. Hieran knüpfte sich die Reihe von Theorien, welche den Dolus des Thäters und denjenigen des Gehilfen für verschieden genug halten, um aus demselben einen absoluten Unterschied zwischen dem Gehilfen und dem Thäter selbst herleiten zu können.

Henke¹⁾ spricht von einem Gegensatze von vollkommener und unvollkommener Teilnahme — ein Ersatz für die herkömmlichen Ausdrücke „Urheberschaft“ und „Beihilfe“ — von welchen erstere auf alle diejenigen passe, welche ein gleiches Interesse vereine, gleichviel, ob was sie thun gleicher oder ungleicher Art sei, letztere diejenigen bezeichne, welche die Realisierung des Verbrechens nicht aus demselben Interesse wollen, wie die anderen Teilnehmer, wohl gar ohne die Zwecke zu kennen, welche der Hauptthäter verfolgt. An diese Konstruktion schloss sich eine zweite Gruppe von Theorien, welche in den für die kriminalistische Schuld im allgemeinen irrelevanten Motiven der Handlung,²⁾ dem selbständigen oder unselbständigen Interesse an derselben, den absoluten Unterschied zwischen der Beihilfe und der Thäterschaft suchen.

Zu der ersten Gruppe gehören Bauer, Zachariae, Heffter, vor allem aber Berner in seiner berühmten „Lehre von der Teilnahme“ und wohl auch der vereinzelt dastehende Glaser. Zu der zweiten zählen Häberlin, teilweise Jarcke, Ziegler, Hepp, Geib und in erster Reihe Köstlin und Buri.

Abgesehen von einigen dialektischen Uebertreibungen, welche Hegel's weitgehendem Einflusse zuzuschreiben sind, hat Berner in seiner „Teilnahme“³⁾ eine klare und systematische Ausführung derjenigen Lehre geboten, welche den Gegensatz von Thäterschaft und Beihilfe auf

1) Handbuch des Criminalrechts 1823. I. § 45.

2) Birkmeyer, l. c. § 15 ff.

3) Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen. 1847.

den Modifikationen der „formellen Absicht“ aufbaut. Wie alle anderen, so ist auch seine subjektive Theorie aus dem Kampfe mit der einseitig objektiven Anschauungsweise hervorgegangen. Er streitet wider Feuerbach, Stübel und Luden. „Die ältere äusserliche Kausalitätstheorie“ steht nach ihm mit dem gesammten geschichtlichen Entwicklungsgange des modernen deutschen Strafrechts im Widerspruch, welchem nichts ferner liege, als der abstrakt objektive Gesichtspunkt.¹⁾ Die Beihilfe von der Urheberschaft nach dem grösseren oder geringeren Quantum der Thätigkeit unterscheiden, heisse den Begriff der Quantität verkennen,²⁾ welcher in der Gleichgiltigkeit gegen jede Grenze liege. Nach ihrer subjektiven Physiognomie müsse die urheberische von der Gehilfenthätigkeit unterschieden werden, und von diesem Gesichtspunkte aus ergebe sich, trotz Luden, ein brauchbares Kriterium der Unterscheidung.³⁾

In seinen positiven Deduktionen befindet sich Berner noch immer auf dem Boden der Kausalität. Während aber die ältere Theorie das Gewicht auf die „causa efficiens principalis“, die Hauptursache, legt, will er die „causa finalis“ betonen, welche in der Absicht des Urhebers enthalten sei.⁴⁾ Die causa efficiens werde im Dienste der causa finalis zum Mittel, denn die causa finalis sei das alle causae efficientes Beherrschende. Man müsse eben den Kausalzusammenhang nicht als etwas rein Objektives, sondern, was bis zur Zeit niemand gethan habe, als Vermittelungsprozess von Wille und That auffassen.⁵⁾ Diese Vermittelung des Willensmomentes mit dem Thatmomente sei ein Prozess rastlosen Umschlagens bis zur eintretenden letzten Wirkung, sie ziehe sich durch den ganzen objektiven Kausalzusammenhang als dessen subjektives Leben bis zum Erfolge hin.⁶⁾

1) l. c. p. 328.

2) l. c. p. 237. ff.

3) l. c. p. 324.

4) l. c. p. 236 ff.

5) l. c. p. 205.

6) l. c. p. 180.

Von dem spiritualistischen Standpunkte Berner's aus gesehen, liegt der Schwerpunkt nicht in dem Geschehenen, sondern in dem Gewollten. Kein Wunder also, dass er das Zusammentreffen mehrerer Personen bei einem Verbrechen nur als „Prozess des Subjektes mit dem Subjekte,“¹⁾ als „Verhältnis von Wille zu Wille“²⁾ konstruiert.

Urheber und Gehilfe können zu einander in einem doppelten Verhältnisse stehen.³⁾ Einmal im Verhältnisse der Substantialität, „wenn sie sich unmittelbar aus sich selbst herausbestimmen“, ihr Wille ein reines Hervorgehen aus sich selbst bedeutet. Zweitens, ist zwischen ihnen ein sogen. Kausalitätsverhältnis möglich, wenn nämlich der Wille des einen durch den andern bestimmt worden ist. Im letzteren Falle liegt Anstiftung zur Beihilfe oder intellektuelle Beihilfe vor. Als Urbegriffe treten jedoch nur der „unmittelbare Urheber“ und der „unmittelbare Gehilfe“ einander gegenüber.

„Ein handelskräftiges Individuum,“⁴⁾ führt Berner aus, verfolgt selbständig eine Absicht — Urheber. Andere Individuen nehmen diese selbständige Absicht wahr, billigen sie und schliessen sich ihr an. Es fragt sich nun, in welcher Weise müssen sie sich ihr anschliessen? Der Begriff der Urheberschaft muss uns hierüber Aufschluss geben. Der Urheber hat dadurch, dass er seine Absicht zuerst selbständig auf den Erfolg richtete, von der selbständigen Verfolgung der Absicht gleichsam Besitz genommen. Der Gestaltungsprozess des Erfolges, der durch den objektiven Kausalzusammenhang zur vollständigen Verwirklichung des Gewollten vorwärts schreitet, trägt die Absicht des Urhebers als die ihn beherrschende Seele in sich. Die Neuzutretenden müssen also das ganze Werk als das selbständige Eigentum des Urhebers

1) l. c. p. 1.

2) l. c. p. 212.

3) l. c. p. 12 ff.

4) l. c. p. 8.

anerkennen. Sie können daher die Absicht des Urhebers nicht zu ihrer eigenen machen. Sie können den Erfolg nicht als den ihrigen erreichen wollen. Sie suchen also die Absicht als eine fremde zu unterstützen — Gehilfen.⁴

Ebenso leistet der „intellektuelle Gehilfe“ Beihilfe, weil er den Urheber als die leitende Macht des Ganzen,¹⁾ weil er die Absicht als das Eigentum des Urhebers anerkennt und ihm dieselbe nicht entfremdet.

Die Absicht, „als der auf die allgemeine Qualität der Handlung, durch welche sie sich eben als Verbrechen charakterisiert, gerichtete Wille“, ist für Berner „allein das entscheidende Kriterium in allen strafrechtlichen Begriffen.“²⁾ Sie ist es auch, welche ihm den Urheber von dem Gehilfen scheidet. Ersterer will die That als seine eigene hervorbringen. Es ist seine Absicht, für die er arbeitet. Letzterer will nur die Ausführung einer fremden Absicht befördern. Er will zum Erfolge mitwirken, ohne das Verbrechen zu seiner eigenen Angelegenheit zu machen.³⁾

Wenn nun Berner in der Willensrichtung des Gehilfen die Lösung aller Schwierigkeiten gefunden zu haben glaubt, so hält er dennoch die Frage darnach, was durch den Gehilfen geschieht, nicht für überflüssig.⁴⁾ Aber die Art und Weise, in welcher er sie beantwortet, lässt sie fast müßig erscheinen. Der Gehilfe, behauptet er, darf dem Urheber jeden, auch den allerwichtigsten Beistand leisten, sobald er sich nur dessen verbrecherische Absicht nicht angeeignet hat. Der Gehilfe kann auch die „Haupthandlung“ in allen den Fällen begehen, in welchen die verbrecherische Absicht von der Begehung der Haupthandlung getrennt werden, also dem Handelnden fremd geblieben sein kann. Denn die Thätigkeit des Gehilfen, so weit dieser wirklich nur als Gehilfe thätig gewesen ist, ist eine solche, die im Namen

1) l. c. p. 10.

2) l. c. p. 171.

3) l. c. p. 207 ff.

4) l. c. p. 214 ff.

des Urhebers vor sich geht. Der Gehilfe handelt für den Urheber, und der Urheber, so lange ihn der verbrecherische animus beseelt, nimmt diese Thätigkeit als in seinem eigenen Namen verübt an. Wenn aber die Haupthandlung den Animus der Urheberschaft notwendig involviert, so wandelt sie den bisherigen Gehilfen in einen Urheber um. Was hier unter „Hauptthandlung“ zu verstehen sei, welche Delikte zu der ersten und welche zu der zweiten Kategorie gehören, untersucht Berner weiter nicht. Genug, dass er selbst für den Fall, dass die geleistete Hilfe die einzige Bedingung der Möglichkeit des Verbrechens war, also den Fall der Feuerbach'schen Haupthilfe, das Hauptgewicht auf die „augenscheinlich geringere Schuld des Gehilfen“ legt, „welche niemals ausser Acht bleiben dürfe.“¹⁾ Auch dem Hauptgehilfen bleibe immer noch das eigentliche, spezifische Merkmal eines blossen Gehilfen. Die Eigentümlichkeit dieses Merkmals lasse die Beihilfe stets als ein Akzessorium²⁾ erscheinen, das in allen Stücken durch die Natur der Handlung des Urhebers als durch das Prinzipale bestimmt werde, und zwar sei diejenige Absicht des Urhebers, die der Gehilfe zu unterstützen gewillt ist,³⁾ auch das Mass der Abhängigkeit, in welcher die Beihilfe von der Urheberschaft stehe. Diese Auffassung verwertet Berner für die Lehre von dem Versuche der Beihilfe und den besonderen persönlichen Verhältnissen der einzelnen Teilnehmer.

Zu wiederholten Malen⁴⁾ betont Berner, dass er die Bedeutung des Einflusses des Handelnden auf den Erfolg nicht verkenne, aber er äussert sich nirgends bestimmt darüber, wie er sich eigentlich diesen Einfluss denkt.

Viel bestimmter hatte sich über diesen Punkt schon vor ihm (Bauer⁵⁾) ausgesprochen. Die Verschiedenheit der

1) l. c. p. 217 ff.

2) l. c. p. 207.

3) l. c. p. 211.

4) l. c. p. 219, 328.

5) Den Unterschied zwischen Urhebern und Gehilfen formuliert Bauer (Abhandlungen 1840 I. Band. VII. p. 418 ff.) in folgender Weise:

Willensrichtung wird, nach letzterem, in vielen Fällen auf die Art der Mitwirkung Einfluss haben und daher diese, also das Objektive, einen Erkenntnisgrad der ersteren, d. h. des Subjektiven, abgeben, allein immer ist doch die Absicht, die Richtung, also das Subjektive das wahre Merkmal des Unterschiedes. Das Thatmoment kommt demnach nur als Aeusserungsform, als Erkenntnisgrad der bösen Absicht in Betracht.

Auch diese geringe Bedeutung, welche Bauer noch der objektiven Verbrechenseite gelassen hatte, will Zachariae¹⁾ nicht anerkennen. Wenn unter Umständen aus der äusseren Beschaffenheit der Beteiligung auf die Gleichheit der den Teilnehmern innewohnenden Absicht werde geschlossen werden

Die Absicht des Urhebers ist auf Bewirkung des Verbrechens selbst, diejenige des Gehilfen auf Beförderung des von dem andern beabsichtigten Verbrechens gerichtet . . . Der Grund der geringeren subjektiven Strafbarkeit der Gehilfen liegt gerade darin, dass dieser nicht das Verbrechen selbst gewollt hat . . . Der Gehilfe unterscheidet sich vom Urheber, selbst bei objektiv gleicher Thätigkeit, durch die Absicht und Richtung der Thätigkeit. Aehnlich derselbe: Lehrbuch, 2. Auflage § 75.

Zachariae stellt den Gehilfen dem Thäter in folgender Weise gegenüber (Archiv des Criminalrechts. 1850 p. 272 ff.) Die Teilnehmer sind entweder Thäter, resp. Mitthäter, oder Gehilfen, je nachdem sie die zur Verübung des Verbrechens erforderliche Absicht als ihre eigene verfolgten, oder die verbrecherische Absicht eines andern nur unterstützen wollten. Derselbe (Arch. d. Cr. 1851 p. 216 ff.): Die ungleiche Teilnahme (Beihilfe) charakterisiert sich durch den Mangel der eigenen oder wenigstens angeeigneten Absicht, das Verbrechen selbst zu begehen, oder durch die Thätigkeit eines andern bewirken zu wollen.

Nicht ganz so präzise Heffter, (Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts v. J. 1857 § 84.): Hilfe (Beiständer) ist, wer, ohne für sich die Absicht zur Begehung des Verbrechens zu haben, die von einem andern ausgeführte oder verursachte Missethat eines andern vorsätzlich unterstützt oder fördert. Dem gegenüber (§ 83) ist Mitthäter, in dessen Person und Handlung der Thatbestand des Verbrechens sich vorfindet. Nicht mit Unrecht macht Bauer Heffter zum Vorwurf, er nehme die Definition des Thäters vom objektiven, diejenige des Gehilfen vom subjektiven Verbrechenselemente her.

¹⁾ A. C. 1851. II. Stück X. p. 215 ff.

können, so sei es doch, meint er, in der That weiter nichts, als eine strafrechtlich unzulässige praesumptio juris, wenn man z. B. eine Hilfe, ohne welche das Verbrechen nicht hätte begangen werden können, ohne weiteres als gleiche Teilnahme behandelt wissen wolle. Das Objektive kann also täuschen, es ist nicht einmal ein zuverlässiger Erkenntnisgrad der bösen Absicht!

Nach längerer Unterbrechung, während derer die Interessentheorie Henke's einen gewaltigen Vorsprung gewonnen hatte, sah sich Glaser veranlasst, nach eingehender Prüfung der bestehenden Lehren zum Kriterium der formellen Absicht zurückzukehren. (Glaser¹⁾) kann sich mit der allegorischen Formulierung Berner's nicht zufrieden geben, in welcher er keine deutlich erkennbare Grenzlinie findet. Man müsse eben, meint er, nicht das Bestehen eines Unterschiedes zwischen „Thätern“ und „Gehilfen“ zur Voraussetzung machen, sondern von der entgegengesetzten Seite ausgehen und die Frage folgendermassen stellen: In welchen Fällen erscheint die Beteiligung am Verbrechen als eine so untergeordnete, dass wegen dieses Verhältnisses allein die Verhängung einer geringeren, als die ordentliche Strafe geboten ist? Und diese Frage beantwortet er dahin, dass solches der Fall sei, wenn jemand zum existent gewordenen Verbrechen so stehe, dass er ohne ausdrückliche, gegen Gehilfenschaft gerichtete Strafbestimmung nicht gestraft werden könnte, so dass für ihn diese Strafbestimmung eine Erweiterung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, eine Erweiterung des Verbrechensbegriffes ist. Eine analoge Erweiterung desselben biete das Wesen des Versuchs. Der Unterschied zwischen beiden liege darin, dass beim Versuche etwas am objektiven Elemente, bei der Beihilfe am subjektiven Thatbestande mangle. Letzteres wird klar, meint Glaser, wenn wir, die Thätigkeit des Gehilfen einer näheren Prüfung unterziehen. Sie besteht un-

¹⁾ Gesammelte kleinere Schriften 1868. VI und VII.

zweifelhaft darin, dass der Gehilfe zum Existentwerden des Verbrechens etwas beiträgt. Hierin unterscheidet er sich jedoch nicht vom Thäter. Auch dessen Thätigkeit ist nur eine der Voraussetzungen des Verbrechens, denn der Mensch kann in Wahrheit nur mitwirken. Das Walten der Naturkräfte, die Thätigkeit anderer Menschen, welche hinzukommen, können alle von grösserer Bedeutung sein, als die einzige Thätigkeit, welche strafrechtlich in Betracht kommt. Trotzdem ist letztere allein strafbar. Kann nun, je nach den Umständen, eine und dieselbe Thätigkeit strafrechtlich völlig irrelevant, oder strafrechtlich allein massgebend sein, so wird es klar, dass für die Charakterisierung derselben das Willensmoment allein ausschlaggebend ist. Dieses gewährt, nach Glaser's Meinung, auch eine gewisse Beruhigung¹⁾. Es wird sich hiernach nur fragen, ob die Thätigkeit der Gehilfen eine absichtliche, kulpose oder zufällige war, mit anderen Worten, man wird auf die allgemeine Dolusformel zurückgehen müssen. Wann hat der Beteiligte nun absichtlich gehandelt? Es lassen sich im allgemeinen folgende vier Fälle denken:

- 1) der Verbrecher will das Eintreten des Erfolgs und erwartet bestimmt, dass seine Handlung diesen Erfolg herbeiführt;
 - 2) der Verbrecher will das Eintreten des Erfolgs; eben darum nimmt er die Handlung vor, obgleich es unbestimmt ist, ob dieselbe den gewollten Erfolg herbeiführt;
 - 3) der Verbrecher erwartet mit Bestimmtheit, dass seine Handlung den ihm gleichgiltigen Erfolg herbeiführt, und
 - 4) der Verbrecher unternimmt die Handlung, ohne bestimmt zu erwarten, dass der ihm gleichgiltige Erfolg aus derselben entspringen werde.
- Von diesen Fällen, welche sich von einander durch die verschiedenartige Kombination der beiden Doluselemente, des

¹⁾ Wir fürchten, es sei gerade das Gegenteil der Fall.

Wollens und Erwartens (Wissens) unterscheiden, müssen, meint Glaser, die ersten drei zu der Kategorie der absichtlichen Thäterhandlungen gezählt werden. Es genügt hierfür schon die Bestimmtheit des Willens, oder diejenige des Erwartens allein, um so mehr also, wenn beides vorliegt. Liegt aber keines von beiden vor (Fall 4), so ist es der Fall des Gehilfen. Der Gehilfe hat Grund zu vermuten, dass das Verbrechen werde begangen werden; allein, so lange zwischen seiner Thätigkeit und dem Erfolg ein so weiter Zwischenraum liegt, die Ausführung vom Entschluss eines Dritten (des Thäters) abhängt — kann er den Erfolg nicht bestimmt erwarten. Wenn ihm nun noch dieser Erfolg gleichgiltig ist, so hat er den Erfolg nicht gewollt, dann ist es nicht sein Verbrechen. Er kann also für das, was er thut, nur durch ausdrückliche Erweiterung der Strafgesetze verantwortlich gemacht werden. Diese Erweiterung besteht darin, dass man den Beteiligten auch dann für strafbar hält, wenn in ihm nur eine Art von unbestimmtem Vorsatze gelegen hat. Dann wäre aber die Gleichstellung mit dem eigentlichen Thäter eine Ungerechtigkeit, dann muss eben der Gehilfe als einer, welcher in dem Willen handelt, dass das Verbrechen möglich werde, auch begrifflich von dem Thäter geschieden werden, welcher in dem Willen handelt, dass es wirklich werde. Der Nachweis eines selbständigen Interesses, der objektive Sachverhalt, kommen nur insofern in Betracht, als sie einen Rückschluss auf das Willensmoment ermöglichen.

Allein die spezifische Verschiedenheit der Willensrichtung, auf welcher Glaser einen qualitativen Gegensatz von Beihilfe und Thäterschaft aufbaut, und welche in etwas bauschigem Gewande den herkömmlichen Begriff des *dolus eventualis* verbirgt, genügt ihm nicht vollständig. Er erkennt, ähnlich wie lange vor ihm Stübel es gethan, gewisse Fälle an, in welchen a priori die Möglichkeit der Mitthäterschaft ausgeschlossen ist und der Theilnehmer, ganz abgesehen von seiner Willensrichtung, immer nur Gehilfe sein kann. Er fasst sie unter der Bezeichnung von Fällen zu-

sammen, in welchen eine Verteilung der Thäterschaft an und für sich nicht möglich sei. Solches läge vor:

- a. bei der Natur nach unteilbaren verbrecherischen Handlungen, (z. B. Ehebruch),
- b. bei verbrecherischen Handlungen, zu denen eine bestimmte persönliche Beziehung des Thäters gehört, (z. B. Amtsverbrechen, Kindesmord, Bankerott) und
- c. bei verbrecherischen Handlungen, zu welchen eine Zurückbeziehung eines gewissen Endzwecks auf die Individualität der Schuldigen gehörig ist (z. B. Entführung).

Indem Glaser hier die rein objektive Natur des Verbrechens vorwalten lässt, steigt er von den absoluten Höhen der subjektiven Theorie auf jenen mittleren Standpunkt herab, welcher in der zweiten Hälfte unseres Jahrhunderts immer mehr an Boden zu gewinnen beginnt.

In der That kann man sich derjenigen Theorie gegenüber, welche den Unterschied zwischen Gehilfen und Urhebern ausschliesslich in die Verschiedenheit des Wollens des Erfolges verlegt, gewichtigen Bedenken nicht verschliessen. Die Formulierung dieses Unterschiedes ist bei den einzelnen Vertretern der genannten Richtung verschieden und mitunter etwas verschwommen. Man sagt: der Thäter wolle die Begehung, der Gehilfe die Unterstützung des Verbrechens (Wächter); der Thäter verfolge eine eigene Absicht, der Gehilfe hingegen eine fremde, d. h. diejenige des Thäters, (Berner); endlich, der Thäter handle mit bestimmtem, der Gehilfe mit unbestimmtem Vorsatze (Glaser). Aber es ist von verschiedenen Seiten überhaupt die Berechtigung der Vertreter jener Richtung zur Annahme bezweifelt worden, dass der Gehilfe etwas Anderes gewollt habe, als das Verbrechen, zu dessen Wirklichwerdung er mitgewirkt.¹⁾ Der Wille aller derjenigen, sagte man, welche für einen verbrecherischen Erfolg

1) Schon Luden, p. 363, Anm. 1.

thätig werden, müsse darauf gerichtet sein, dass dieser Erfolg zur Existenz komme.¹⁾ Denn wenn man mit den konsequentesten Vertretern der subjektiven Theorie von der objektiven Gleichartigkeit einer jeden Mitwirkung für diesen Erfolg ausgehe, müsse man zugeben, dass wer überhaupt vorsätzlich mitwirke, da er doch den ganzen Erfolg verursacht, denselben auch habe ganz verursachen, also das Verbrechen begehen wollen.²⁾ Spricht man von einem Begehungs- und einem Unterstützungswillen, so bringt man ein objektives Element in das Kriterium hinein und sieht sich zu der Folgerung gedrängt, dass das Wollen der Begehung und das Wollen der Unterstützung des Verbrechens in demselben Verhältnisse zu einander stehen, wie die Begehung und die Unterstützung des Verbrechens selbst. Dann müsste aber vor allen Dingen der Unterschied dieser letzteren festgestellt und, da er sich ja, wie man meint, auf objektivem Gebiete nicht finden lässt, auf der subjektiven Seite gesucht werden, was einen *circulus vitiosus* ergibt. Rein subjektiv ist freilich die Konstruktion von Wille zu Wille. Aber diejenige Lösung, welche aus der Analogie mit der civilrechtlichen Struktur des Eigentumsrechts hervorgegangen, und derzufolge die zur Begehung der vorliegenden Uebelthat notwendige Absicht das ausschliessliche „Eigentum“ des Täters bildet, während der Gehilfe mit seinem Vorsatz nicht als „*condominus*“, sondern als „*accessorium*“ an dasselbe herantritt, giebt uns nur eine Beziehung und nicht den Inhalt der in dieser Beziehung stehenden Grössen. Endlich kann die Hypothese von dem „bestimmten“ und „unbestimmten Vorsatz“ wegen der ungenügenden Präzision ihrer Formulierungen kaum befriedigen, um so mehr, als man mit Hälschner³⁾ zu fragen berechtigt ist, warum denn eigentlich der Erfolg dem Gehilfen immer gleichgiltig sein soll, und ob es nicht hingegen mitunter Thäter gäbe, denen der Erfolg ebenfalls gleichgiltig ist.

1) Buri, Teilnahme, p. 4.

2) Birkmeyer, Teilnahme, § 15.

3) l. c. § 156.

Die Ausdrücke „eigen“ und „fremd“, welche in den vorerwähnten Theorien mit Bezug auf die formelle Absicht gebraucht werden, finden eine ihrem Wesen mehr entsprechende Verwendung in dem Gebiete der Motive, der sogen. materiellen Absicht. Nach Henke's Vorgang hat man es seither versucht, eine Unterscheidung unter den Teilnehmern, je nach den Zwecken und den Interessen, die sie mit ihrer Wirksamkeit verfolgen, durchzuführen. In konsequentester Weise ist diese Richtung von Köstlin¹⁾ vertreten worden.

Auch er beginnt folgerichtig mit der Bekämpfung derjenigen Kausalitätstheorie, welche es für möglich hält, die für einen Erfolg wirksamen Kräfte hinsichtlich dieser ihrer Wirksamkeit zu scheiden. Dieses thun, hiesse, seiner Meinung nach, das logische Kausalitätsverhältnis auf das Gebiet der empirischen Endlichkeit übertragen. Könne denn überhaupt in der Sphäre der Endlichkeit von einer absoluten Ursache die Rede sein? Jede Handlung setze ja eine ganze Reihe äusserer Umstände und Bedingungen als Nebenursachen voraus und nur die Summe derselben könne als die in concreto notwendige Ursache prädicirt werden. Ja noch mehr; streng genommen, dürfe man sogar die Summe aller gedachten Bedingungen nicht die Ursache des Erfolgs nennen, sondern diese Summe, sobald sie voll wird, sei eben der Erfolg selbst. Von einer Ursache könne nur die Rede sein, wo es ein bewegendes Prinzip gebe. Dieses sei aber nur der in der Handlung manifestierte Wille. Daher dürfe man nur in Beziehung auf den Willen die Handlung als des Erfolgs bezeichnen. Wo solle sonst in dem lediglich quantitativen Prozesse der äusseren Wirksamkeit ein qualitativer Abschnitt gesetzt werden? Hier sei entweder alles notwendig, oder alles zufällig, also entbehrlich.

Köstlin weist das objektive Kriterium zurück, nicht weil es ihm praktisch unmöglich erscheint, an der Hand desselben entsprechende Grenzlinien zu ziehen, sondern weil

1) Neue Revision 1845, I., p. 447—591.

er es für unlogisch hält, der „empirischen Endlichkeit“ qualitative Unterscheidungen aufzudrücken. Dass ein „quantitativer Prozess“ an und für sich schon ausreicht, um bestimmte Gegensätze aufzustellen, dass eine ungleichmässige quantitative Zusammensetzung gerade auf dem Gebiete der „empirischen Endlichkeit“ qualitative Unterscheidungen hervorzubringen vermag, das übersieht Köstlin mit vielen anderen gänzlich.

Auch er legt, wie Berner, das Hauptgewicht auf die Kausalität des Willens. „Urheber“ ist ihm derjenige, „auf dessen Handeln eine verbrecherische Wirkung als auf ihr unmittelbar bestimmendes Prinzip zurückzuführen ist¹⁾. Hierin sei aber nicht nur enthalten, dass die Handlung in ihrer Totalität überhaupt im Kausalitätsverhältnisse zu einem freien Subjekte stehe, sondern es liege weiter auch noch dies darin, dass der Handelnde in seinem Handeln sich selbst Zweck sei, weil er, wenn er nicht sich, sondern einen andern als Zweck seines Handelns setzt, sich selbst zur blossen mittelbaren Ursache herab und den anderen in das wahre Kausalitätsverhältnis setze²⁾. Natürlich kann hier unter Kausalität nicht der objektive Ursachenzusammenhang, sondern der Nexus des Willens mit dem rechtsverletzenden Erfolg gemeint sein. Köstlin bezeichnet das Wesen dieses Kausalzusammenhanges selbst näher, wenn er sagt, dass es für die Annahme desselben genüge, wenn die Summe der den Erfolg bedingenden Momente auf den Willen des Handelnden, „als auf ihr bestimmendes Moment“ zurückgeführt werden könne.

Hat sich nun der Handelnde nicht als Zweck, sondern als blosses Mittel eines fremden Zwecks gesetzt, so tritt er dem Urheber als Gehilfe entgegen. Das Wesen

¹⁾ l. c. § 130.

²⁾ Nicht mit Unrecht bemerkt hierauf Berner (Teilnahme, p. 172), dass wenn dieses wirklich der Fall wäre, z. B. A., wenn ohne dessen Wissen der Freund B. den reichen Onkel des A. ermordet hätte, um ihm die Erbschaft zu verschaffen, als Urheber des Mordes gestraft werden müsste.

der Beihilfe und ihr Unterschied von der Urheberschaft liegt also nach Köstlin¹⁾ nicht in der Wirksamkeit für die objektive Hervorbringung des Verbrechens, auch nicht in der Verschiedenheit der Willensrichtung des Gehilfen, da es sich nicht leugnen lasse, dass, wenn der Gehilfe nicht mittelbar das Verbrechen hervorbringen wollte, seine Handlung gar nicht als verbrecherische gelten könne, sondern einzig und allein in dem angeführten Momente, dass der Gehilfe sich selbst als blosses Mittel für einen andern setzt.

Köstlin treibt die subjektive Theorie auf die Spitze. Er hält es für möglich, die äusserste Folgerung zu ziehen und zu behaupten, dass der Gehilfe sogar die „Haupthandlung“ selbst begehen könne und gleichwohl dabei Gehilfe bleibe, sobald er nur nicht aus unmittelbarem Interesse an der Begehung des Verbrechens gehandelt habe. Er unterscheidet nicht, wie Berner, zwischen solchen Haupthandlungen, welche das für die Charakterisierung des Urhebers erforderliche subjektive Element präsumieren lassen, und solchen, welche dieses nicht thun. Dem objektiven Element wird eben jegliche Bedeutung abgesprochen. Wenn man auch mit Recht behauptet hat²⁾, der subjektive Standpunkt sei nur von wenigen Rechtslehren mit aller Konsequenz festgehalten worden, so nimmt doch unter diesen wenigen Köstlin eine hervorragende Stelle ein.

Was unter dem, „sich als Zweck-“ oder „als Mittel setzen“ zu verstehen ist, ergibt sich, wenn nicht direkt aus dem wörtlichen Sinn, so doch mit Sicherheit aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen. Dass an eine Verschiedenheit der formellen Absicht nicht zu denken sei, hat Köstlin klar genug zum Ausdruck gebracht. Man könnte sich versucht fühlen, aus jenen Worten den Gegensatz von selbstständiger und unselbstständiger Subjektivität herauszulesen. Aber der direkte Hinweis auf das „unmittelbare Interesse“,

1) l. c., p. 135 ff.

2) Hälschner § 156.

mit welchem „der Gehilfe nicht gehandelt haben darf“, zerstreut jegliche Zweifel. Köstlin unterscheidet Urheberschaft und Beihilfe je nach dem Wesen der den betreffenden Handlungen zu Grunde liegenden materiellen Absicht. Er sieht sich zu dieser den allgemeinen Prinzipien des Strafrechts zuwiderlaufenden Hervorkehrung der Motive genötigt, weil er weder in der thatsächlichen Wirksamkeit, noch in dem formalen Dolus einen Unterschied erkennen kann und trotzdem an der Ueberzeugung festhält, dass ein absoluter Unterschied zwischen dem Urheber und dem Gehilfen bestehe, und dass dieser Unterschied sich auf ein einfaches Kriterium zurückführen lassen müsse.

In ähnlicher Weise, wenn auch selten mit der gleichen einseitigen Konsequenz, ist die Verschiedenheit des Interesses als Unterscheidungsmerkmal von Thäterschaft und Beihilfe von einer ganzen Reihe von Rechtsgelehrten vertreten worden.

Nach Häberlin¹⁾ unterscheidet sich der Gehilfe vom Thäter dadurch, dass er kein eigenes Interesse am Verbrechen, sondern nur die Absicht hat, den andern zu unterstützen. Demzufolge könne er sogar die Haupthandlung vornehmen, ohne aufzuhören, Gehilfe zu sein, wenn er nur die Absicht hatte, fremde Pläne zu unterstützen. Da er aber die Haupthandlung begangen habe, sei er in diesem Falle Hauptgehilfe und als solcher (mit Feuerbach), hinsichtlich der Strafbarkeit, dem Thäter gleich zu stellen. Hiermit war der Köstlin'schen Lehre die Spitze abgebrochen.

Auch Hepp,²⁾ welcher sich im allgemeinen mit den Bestrebungen, „Gattungsbegriffe zu finden“ nicht einverstanden erklärt, sondern die Lehre von der Teilnahme auf die Analyse der einzelnen Arten derselben beschränkt sehen möchte, kann nicht umhin, einzugestehen, dass sich der Gehilfe von dem Urheber ganz bestimmt in subjektiver Hinsicht unterscheidet, indem letzterer in seinem unmittelbaren Interesse handle, „sich selbst Zweck sei“, ersterer dagegen nur das

1) Grundsätze des Criminalrechts 1845 I. § 17 ff.

2) A. C. 1846. Stück III. № 10; p. 345—359. 1848. Stück II. № 6. p. 262—309.

befördern möchte, was jener thut, also nur ein Mittel für einen fremden Zweck, ein „Unterstützungswerkzeug des Urhebers“ sein wolle.

Ganz unzweideutig ist die Ansicht Geib's¹⁾. Ist er auch nicht so extrem subjektiv, wie Köstlin, so rückt er doch mit viel grösserer Bestimmtheit als dieser die „materielle Absicht“ in den Vordergrund. Demzufolge erscheint ihm als Urheber, wer für die Hervorbringung des Verbrechens nicht blos geistig und körperlich thätig ist, sondern die Hervorbringung desselben auch als seine eigene Angelegenheit betreibt, das soll heissen — wer das Verbrechen „im eigenen Namen und Interesse zu bewirken sucht“. Dem gegenüber ist Gehilfe, wer zur Hervorbringung des Verbrechens, und zwar im allgemeinen ohne Unterschied in welcher Weise und in welchem Umfange, thätig ist, aber diese Hervorbringung lediglich als fremde Angelegenheit betreibt, mit anderen Worten, — wer durch das Verbrechen nur „die Absicht und das Interesse eines andern (nämlich des Urhebers) befördern will.“ Da aber zu jeder Teilnahme eine gewisse körperliche oder geistige Thätigkeit gehört, durch welche die eine oder die andere Absicht zu Tage tritt, so ist die Annahme, dass der angebliche Gehilfe nicht in seinem eigenen Interesse gehandelt habe, durch die That widerlegt, wenn er die das Verbrechen unmittelbar erzeugende Haupthandlung begeht. Zachariae's Warnung, durch Vermittelung der sog. Haupt- und unentbehrlichen Handlungen keine „unstatthaften“ praesumptiones juris in das Strafrecht einzuführen, hatte bei Geib keine Beachtung gefunden.

Der unstreitig hervorragendste und eifrigste Vertreter der vorliegenden Richtung ist aber Buri²⁾ gewesen und in

¹⁾ Lehrbuch. 1862. II. § 104—113.

²⁾ Zur Lehre von der Teilnahme 1860. Abhandlungen aus dem Strafrecht, II. 1862. Goltdammers Archiv. 1864, 1869, 1876. Gerichtssaal: 1867, 1870, 1873, 1876, 1889. Ueber Kausalität und deren Verantwortung 1873. Zeitschrift f. ges. Strafrw. 1882. Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen 1885.

seinen zahlreichen Schriften bis auf den heutigen Tag geblieben. Im Vorwort zu seiner 1860 erschienenen Monographie über die Teilnahme erklärt er, mit derselben eine konsequente Durchführung des subjektiven Standpunktes in der Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen anzustreben. In der That ist erst Buri es gewesen, „dessen Schriften erst jene scharfe Zuspitzung der Gegensätze ermöglicht haben, welche zur Lösung hindrängt¹⁾“. Buri hat sich nicht gescheut, die gewagtesten Schlüsse zu ziehen, — bis auf eine, — und hierin steht er gegen Köstlin zurück, — nämlich, dass die „Hauptthandlung“ von einem Gehilfen als solchen begangen werden könne.

Den Ausgangspunkt seiner Lehre bildet diejenige Kausalitätstheorie, derzufolge alle Kräfte, aus denen der verbrecherische Erfolg hervorgeht, nicht nur gleich notwendig, sondern auch gleich wesentlich für denselben sind. Dieses kann, seiner Ueberzeugung nach²⁾, nur zu einer subjektiven Unterscheidung von Urhebern und Gehilfen führen. Da nun die auf das Prinzip der objektiven Kausalität gestützte Begriffsbestimmung im Gegensatz hierzu in der absoluten Unterscheidung der Bestandteile der verbrecherischen Wirksamkeit gipfle, so schliesse das subjektive Prinzip das objektive vollständig aus, und könne ein Kompromiss zwischen denselben, wie er von einigen angestrebt werde, nur zu Verirrungen führen. Hiermit ist der absolut subjektive Standpunkt ausgesprochen. Nun sei es gewiss, sagt Buri, dass der Wille aller derjenigen, welche für einen verbrecherischen Erfolg thätig werden, darauf gerichtet ist, dass der Erfolg zur Existenz komme, — denn wollte der Gehilfe den Erfolg nicht, so würde er seine Thätigkeit für denselben unterlassen. Seine formelle Ab-

¹⁾ Birkmeyer l. c. p. 7. Anm. 20.

²⁾ Teilnahme p. 2. „Der Grundsatz der gleichen oder doch nur relativ ungleichen Wesentlichkeit einer jeden Thätigkeit; welche zum Bestandteil des eingetretenen Erfolgs geworden ist, hängt so sehr mit der Begriffsbestimmung von Urheberschaft und Beihilfe vom subjektiven Standpunkte aus zusammen, dass sie von einander nicht getrennt werden können“.

sicht sei mithin an und für sich von gleichem Wesen wie diejenige des Urhebers.¹⁾ Wohl aber zeige sich der Unterschied bei der materiellen Absicht, dem Zweck²⁾.

Es ist nicht denkbar, führt Buri weiter aus, dass ein Verbrechen unternommen werde, ohne dass ein ausserhalb der Grenzen des Verbrechensbegriffes liegender Zweck erreicht werden solle. Verfolgt nun der eine Teilnehmer einen eigenen Zweck, während der andere seinen Zweck darin findet, dass der erste seinen Zweck erreiche, so hat dieser sich mit seinem Zweck jenem untergeordnet, sein Wille wird dadurch in Ansehung der materiellen Absicht ein unselbständiger und prägt mit Notwendigkeit diese Eigenschaft der Unselbständigkeit nicht allein der verbrecherischen Thätigkeit, als dem Ergebnis dieses unselbständigen Willens, sondern auch der formellen Absicht auf, welche durch die unselbständige verbrecherische Thätigkeit erreicht werden soll.

Das unterscheidende Merkmal, und zwar ein solches, welches zu absolut geringerer Strafbarkeit des Gehilfen führen soll, liegt in der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Interesses, welches Thäter und Gehilfe verfolgen. Dieses ist so aufzufassen, dass der Gehilfe die seinem Willen entsprungene Wirksamkeit lediglich zur Disposition des Urhebers stellt.³⁾ Er will den Erfolg nur dann, wenn ihn der Urheber will, will ihn dagegen nicht, sollte ihn der Urheber nicht wollen. Das Wesen des beihelfenden Willens ist hiernach ein „eventuelles Wollen“, und die Verschiedenheit dieses beihelfenden *dolus eventualis* von demjenigen eventuellen Willen, welchen auch der Urheber haben kann, liegt darin, dass dieser nicht, wie der Gehilfe, einen den seinen beherrschenden Willen anerkennt.

In seinen späteren Schriften lässt Buri freilich die Identifizierung des unselbständigen Interesses mit der Unterordnung des Willens fallen. Hier wird nämlich das unselb-

1) Abhandl. p. 117.

2) Teilnahme p. 4.

3) Birkmeyer, l. c. p. 37.

ständige Interesse an der Verursachung des Verbrechens zum zweiten Unterscheidungsmerkmal neben demjenigen, dass der Thäter den herrschenden, der Gehilfe hingegen einen von diesem abhängigen Willen besitzt. Wie sich diese beiden Kriterien zu einander verhalten, darüber hat uns Buri schon in seiner Schrift über Kausalität und deren Verantwortung (1873) aufgeklärt, wo er behauptet, dass der Gehilfe sogar ein eigenes Interesse an der Herbeiführung des Erfolges besitzen dürfe, wenn nur das Unterordnen des eigenen Willens unter denjenigen des Urhebers hierbei nicht in Wegfall kommt.

Dem Interesse wird demnach eine nur nebensächliche Bedeutung eingeräumt, gleichwie es von vornherein der objektiven Wirksamkeit gegenüber geschehen ist. Dieselbe Thätigkeit kann zum Urheber oder auch zum Gehilfen machen.¹⁾ Dieses ist für Buri ein unumstössliches Axiom. Und dennoch glaubt er, der Satz, dass der Gehilfe die sogenannte Haupt handlung nicht begehen dürfe, stehe mit diesem Prinzipie nicht im Widerspruche. Zur Begründung letzterer Ansicht dient folgende Deduktion²⁾: Infolge der Unselbständigkeit seiner Absicht darf der Gehilfe mit der von ihm gewollten Thätigkeit nicht über die Thätigkeit, auf welche der urheberische Wille gerichtet ist, hinausgreifen. Die „Haupt handlung“ (d. h. „diejenige, durch welche das Verbrechen aus dem Stadium des Versuches zur Vollendung übergeführt wird“³⁾) ist der Gipfelpunkt der verbrecherischen Thätigkeit. Ist nun der urheberische Wille auf dieselbe gerichtet, so kann der Wille des Gehilfen auf jedes Andere gerichtet sein, ohne seine Unselbständigkeit zu verlieren. Hat übrigens der Urheber seinerseits auch an der Haupt handlung teilgenommen, so wird der Wille des Gehilfen dadurch, dass er sich an der Haupt handlung beteiligt, noch nicht der übergreifende.

1) Teilnahme p. 2.

2) Teilnahme p. 7.

3) Abhandlungen p. 118.

In der weiteren Ausführung verwickelt sich aber Buri in einen unlöslichen Widerspruch. Von dem Bestreben geleitet, das objektive Moment, welches er mit der Haupthandlung in seine Begriffsentwicklung hineingebracht, wieder los zu werden, sucht er zu beweisen, dass die Begehung der Haupthandlung zum Urheber mache, nicht wegen ihrer objektiven Beschaffenheit, sondern wegen des darauf gerichteten Bestrebens. Nicht erst dann sei es entschieden, dass keine Urheberschaft, sondern Beihilfe vorliege, wenn der Gehilfe die Haupthandlung wirklich ausgeführt, sondern schon dann könne von einer beihelfenden Absicht nicht mehr die Rede sein, wenn nur der Wille auf Begehung der Haupthandlung gerichtet war¹⁾; denn schon zu dieser Zeit stehe es fest, dass er der über den urheberischen Willen hinausgreifende sei.

Die Haupthandlung hat somit nach Buri's Ansicht lediglich eine subjektive Bedeutung.²⁾ Dieses sei klar, meint er, wenn man bedenke, dass wenn ein Ganzes aus mehreren objektiv gleichartigen Stücken zusammengesetzt werden soll, derjenige, welcher das letzte Stück hinzufügt, objektiv nicht mehr und nicht weniger thue, als was bereits vor ihm geschehen ist, wohl aber dann den entscheidenden Willen habe. Zu dieser Folgerung hält sich Buri, gestützt auf seine Gleichstellung von notwendigen und wesentlichen Bedingungen, vollkommen berechtigt. Konsequenterweise³⁾ behauptet er dann weiter, dass der mit dem Urheberwillen Handelnde — Urheber ist, auch wenn er die Haupthandlung nicht begeht, und umgekehrt, der die Haupthandlung Begehende — Gehilfe bleibt, wenn er sie irrtümlich nicht zu begehen vermeinte, oder die Haupthandlung nur durch das Hinzutreten eines Zufalls zur Existenz kam.⁴⁾ Hat aber Buri auf diesem Wege das objektive Element auch gänzlich aus

1) Teilnahme pag. 8.

2) Ueber Kausalität u. s. w. 1873, p. 102.

3) Birkmeyer l. c. p. 43.

4) Teilnahme pag. 8.

seiner Theorie verbannt? Man sollte denken¹⁾, dass wenn wirklich die Haupthandlung eine wesentliche Verschiedenheit gegenüber den übrigen Mitwirksamkeiten zum Erfolge nicht besitzt, auch der Wille, die Haupthandlung zu begehen, von dem Willen, eine sonstige Mitwirksamkeit zu verüben, nicht so wesentlich und absolut verschieden sein könne, dass er im Stande wäre, die Verschiedenheit von Urheberschaft und Beihilfe zu begründen. Giebt es gewisse Handlungen, die notwendig den animus des Urhebers involvieren, so muss doch wohl mit Krug²⁾ gefolgert werden, dass in der objektiven Beschaffenheit ein Moment liege, durch welches die der Beihilfe eigentümliche Willensrichtung ausgeschlossen werde. Die Haupthandlung ist die Achillesferse der Buri'schen Beihilfetheorie.³⁾

Jedenfalls führt das Bestreben, der objektiven Verbrechenseite jegliche juristische Bedeutung zu nehmen, und das einseitige Hervorheben des einen Verbrechenselementes Buri zu der Vermischung und Unterdrückung der Scheidung von Tätern und Teilnehmern und der verschiedenen Arten der Teilnehmer untereinander.⁴⁾ Hierin berührt sich die Burische Lehre mit der in's entgegengesetzte Extrem schlagenden Stübelschen Theorie. Für Buri sind alle zunächst, juristisch betrachtet, in gleicher Weise dolose Täter des Verbrechens.⁵⁾ Ein juristisch relevanter Unterschied ergibt sich nur hinsichtlich ihrer „materiellen Absicht“, aber auch hierin stehen sich Täter, Mitthäter und Anstifter auf der einen, intellektuelle und physische Gehilfen auf der anderen Seite untereinander vollkommen gleich. Die ersteren handeln alle gleichmässig in eigenem, selbstständigem Interesse, die letzteren alle gleichmässig in Unterordnung unter das Interesse eines andern.

1) Birkmeyer, l. c. p. 43.

2) Abhandlungen IV. pag. 77.

3) Birkmeyer p. 44.

4) Birkmeyer, l. c. § 21 p. 47.

5) Birkmeyer l. c. ibid. ff.

So reduzieren sich denn alle jene Unterscheidungen für Buri auf nur zwei: Urheberschaft (Thäterschaft) und Beihilfe. Eine Lehre von der Teilnahme in dem Sinne, dass durch sie besondere rechtliche Wirkungen erzeugt werden könnten, erscheint ihm eben deshalb unmöglich.¹⁾ Nicht aus dem Prinzipie der Teilnahme, sondern aus dem zur Existenz gekommenen Erfolge müsse man deduzieren, wenn man nicht zu falschen Schlüssen gelangen wolle.²⁾ Ist nun das Einigungsmoment aller Teilnehmer in dem verbrecherischen Erfolge allein enthalten, zu welchem sie mitgewirkt, sind weiterhin in dem Gehilfen sowohl hinsichtlich der objektiven Thätigkeit, als auch hinsichtlich des formellen Willens, wie Buri es behauptet, alle Requisite für eine Bestrafung gegeben, so bietet sein Verhalten, schon für sich allein betrachtet, eine selbstständig strafbare Handlung.³⁾ Was sollte denn noch der Umstand, dass der Urheber selbst eine strafbare Handlung begeht, für einen Einfluss auf den Gehilfen haben? Dessen Wille, sagt Buri, werde dadurch nicht besser und nicht schlechter, und die von ihm geäußerte Thätigkeit keine andere.⁴⁾ Die Ansicht, dass es ohne Urheberschaft keine Beihilfe gebe, dass der Gehilfe nicht gleichfalls für den Erfolg haften und vielmehr gewissermassen als Akzessorium des Urhebers nur dann erst zur Strafe gezogen werden soll, wenn auch dieser sich strafbar gemacht hat, sei deswegen unhaltbar.⁵⁾ Vor allem werde auf die akzessorische Qualität der Beihilfe allzuviel Gewicht gelegt. Diese sei allenfalls nur insofern von Belang, als der Gehilfe, wenn der Urheber die That vollendet, gleichfalls für vollendete Beihilfe haftet.⁶⁾ Im allgemeinen besteht aber für Buri nur in subjektiver Hinsicht eine gewisse Unselb-

1) Z. f. d. g. S. 1882. p. 252.

2) Teilnahme p. 37.

3) Birkmeyer l. c. p. 49 ff.

4) Teilnahme p. 67 ff.

5) Goltd. A. 1869. p. 310.

6) Theilnahme p. 69.

ständigkeit der Beihilfe gegenüber der Urheberschaft (Thäterschaft)¹⁾ und dieses hat mit der akzessorischen Natur der Beihilfe, wie sie z. B. Berner aufgefasst hat, nichts zu thun, denn es bedingt kein wirkliches Dasein des Thäters, um den Gehilfen strafen zu können, sondern nur ein vom Gehilfen vorgestelltes.

Es mag auffallend erscheinen, dass zwei so hervorragende Vertreter des rein subjektiven Standpunktes, wie Buri und Berner, zu diametral einander entgegengesetzten Schlüssen hinsichtlich der sogen. akzessorischen Natur der Beihilfe gekommen sind; aber es ist klar, dass man von derjenigen Kausalitätstheorie ausgehend, welche eine jede Mitwirkung nicht nur für gleich notwendig, sondern auch für gleich wesentlich für den Erfolg hält, zu keinem andern Resultate kommen konnte, als es bei Buri geschehen ist, vorausgesetzt, dass man auch in dem Gehilfen die für die selbständige Strafbarkeit erforderliche „formelle Absicht“ annahm. Dieses letztere hat Berner aber nicht gethan. Für ihn beruht gerade der Gegensatz von Gehilfen und Thätern auf dem Kriterium der formellen Absicht, und weil der Gehilfe ihm wegen der Mangelhaftigkeit derselben nicht selbständig strafbar erscheint, zieht er ihn in den Kreis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, kraft seiner akzessorischen Qualität.

Buri ist, von der Verschiedenheit der Interessen ausgehend, freilich, wie wir gesehen, auch halbwegs zur Unterscheidung innerhalb der „formellen Absicht“ zurückgekehrt. Immerhin beweist aber dieses Zugeständnis, dass sich gegen diejenige Formulierung der subjektiven Beihilfetheorie, welche den Schwerpunkt lediglich in das Gebiet der Motive verlegt, begründete Ausstellungen erheben lassen.

Nicht genug kann es betont werden, dass auf diese Weise für den mit anderen Zusammenwirkenden ein Moment in den Vordergrund tritt, welches für die kriminalistische

¹⁾ Birkmeyer l. c. p. 50 ff.

Schuld des Alleinhandelnden von keinem Belang ist¹⁾, da es doch von dem Standpunkte der Verletzung oder Gefährdung der Rechtsordnung ganz unerheblich ist, ob ein eigenes Interesse leitend gewesen ist, oder ein fremdes bestimmend gewirkt hat²⁾. Man hat gesagt, der Thäter sei sich selbst Zweck, der Gehilfe setze sich hingegen als Mittel für den Zweck eines andern (Köstlin); der Gehilfe habe nicht so wie der Thäter ein eigenes Interesse an dem Verbrechen (Häberlin, Geib, Hepp); schliesslich, der Gehilfe verfolge mit dem von ihm gewollten Verbrechen ein unselbstständiges Interesse (Buri). Aber was der Handelnde bei seiner Handlung sich selbst ist, dieses rein subjektive Moment, meint Berner mit Recht, kann hier garnicht in Betracht kommen, weil der Kriminalist nach dem fragt, was das Subjekt durch seine Handlung der allgemeinen Rechtsidee ist. Dann aber ist der Handelnde letztlich immer sich selbst Zweck; denn für wen er auch handle, sein Zweck bleibt in letzter Instanz die eigene subjektive Befriedigung, die beim Gehilfen in dem Bewusstsein liegt, fremden Vorteil gefördert zu haben³⁾. Wir können aus der genannten Definition nur das „Mittel sein wollen“ im Sinne des „Sichunterordnens“ retten und dem „eventuellen, beihelfenden Willen“ Buri's an die Seite stellen. In gleicher Weise ist die Unterscheidung zwischen „eigenem“ und „fremdem“ Interesse ungenau, da es sich nicht läugnen lässt, dass „mein“ Interesse an einem fremden Interesse doch das „meinige“ sei.⁴⁾ Die blosse Lebhaftigkeit des Interesses ist an und für sich strafrechtlich nicht verwertbar. Freilich lässt es sich in abstracto denken, dass man neben der Befriedigung des eigenen Interesses auch in fremdem Interesse thätig ist. Es giebt selbstlose Handlungen im Gegensatz zu selbstsüchtigen. Die Beihilfe zum Verbrechen wird sich aber unmöglich auf ein der-

1) Glaser l. c. p. 34.

2) Birkmeyer l. c. p. 37.

3) Berner, Teilnahme p. 171 ff.

4) Geyer, in Holtzendorffs Handbuch II., § 26.

artig selbstloses Handeln beschränken lassen.¹⁾ Darum darf man auch nicht sagen, der Gehilfe handle vorzugsweise in „fremdem Interesse“; letzteres um so weniger, als man Fälle konstruieren kann, in welchen auch eine entschiedene Thäterhandlung vorwiegend in fremdem Interesse verübt wurde.²⁾

Einen Ausweg hat scheinbar Buri gefunden, indem er dem Gehilfen einen dolus eventualis, im Gefolge eines unselbständigen Interesses zuschreibt. Darunter kann aber nicht der eigentliche dolus eventualis gemeint sein. Buri hat eine weitere Gliederung des beihilfenden Willens in seine Bestandteile nicht vorgenommen. Im Bestreben, eine allgemeine Formel zu finden, hat er den Gehilfen zu einem Verbrechenssubjekt gestempelt, welches sich zur Zeit des Verbrechens überhaupt noch nicht entschlossen, weil es zur Zeit absolut noch nicht weiss, was es will, und dennoch selbständig strafbar ist!³⁾

1) Hälschner l. c. § 156.

2) Birkmeyer l. c. p. 37.

3) Birkmeyer l. c. p. 10. Anm. 24.

Drittes Kapitel.

Die gemischten Beihilfetheorien.

Die Existenz der gemischten Theorien entspringt der Erkenntnis, dass die einseitig subjektiven oder objektiven Lehren mit ihren absoluten Unterscheidungsmerkmalen allerdings dazu geeignet sein mögen, scharfe und durchsichtig gegliederte Konstruktionen aufzuführen, dass aber die gesuchte Einfachheit dieser Formeln den Erscheinungen der lebendigen Wirklichkeit Gewalt anthut. Abgesehen von dieser praktischen Unzulänglichkeit der extremen Auffassungsweise, hatten die Vertreter derselben noch den theoretischen Grundfehler begangen, dass sie, je nach der von ihnen eingeschlagenen Richtung, das eine der beiden Verbrechenselemente, den Willen, oder die That unbeachtet liessen. Denn in dem Kampfeiseifer, mit welchem man die Unhaltbarkeit der fremden Theorie zu beweisen suchte, behauptete man hüben und drüben, dass sich von der entgegengesetzten Seite gar kein Unterschied zwischen Thätern und Gehilfen herleiten lasse, und vergass, dass man mutatis mutandis sie mit ihren eigenen Waffen schlagen konnte. Man bewies zu viel. Und hierin berührten sich die Extreme. Die Lehren Stübel's und Buri's führen in gleicher Weise zur Verwischung der Grenzlinien zwischen den am Verbrechen Beteiligten.

Der Weg zur Vermittelung war angebahnt, als man sich von der Unhaltbarkeit der subjektiven Theorie zu überzeugen begann. Mit der objektiven Lehre glaubte man es längst abgethan zu haben. Es war selbstverständlich, dass man anfangs immer noch am subjektiven Standpunkte festhielt und objektive Elemente nur in dem Masse einfuhrte, als es geboten schien, die Härten desselben zu mildern.

Auf diesem Boden fussen Bar, Langenbeck und vorzüglich Hälschner.

Bar's¹⁾ Ausführungen sind darauf gerichtet, gegenüber dem zu starken Betonen der Absicht der Teilnehmer, die reale Natur der Dinge zur Geltung zu bringen, „welche auch auf geistigem Gebiete durch eine blosser Absicht nicht zu ändern sei²⁾“, — wenn er auch den grossen Fortschritt nicht leugnet, der durch das Hervorheben der Absicht in der Lehre von der Teilnahme bewirkt worden ist. Denn die Unterscheidung von Beihilfe und Urheberschaft lediglich nach der Beschaffenheit der physischen Wirksamkeit beider, die Unterscheidung von Haupt- und Nebenursachen im Gebiete des Naturkausalismus, erscheint auch ihm unausführbar. Aber Bar's positive Deduktionen ermangeln eines grundlegenden Prinzips. Bald will er aus der Lehre vom menschlichen Willen eine endgiltige Entscheidung gewinnen³⁾, bald soll aus der Verschiedenartigkeit der gebrauchten Mittel⁴⁾ rückwärts, sowohl auf die Existenz, als auf die Intensität und Strafbarkeit der Absicht des Handelnden geschlossen werden. Die Vermittelung zwischen diesen Gegensätzen bildet dann der Satz, dass das sogenannte subjektive Prinzip des Strafrechts, welchem der böse Wille allein als Grund der Strafe gilt, für den Begriff des Verbrechens ebensowohl die That verlange, wie dasjenige Rechtsprinzip, welches „scheinbar“ allein die äussere Erscheinung der Rechtsverletzung für strafbar hält⁵⁾. Dann springt Bar zu einer symbolischen Gegenüberstellung von Neben- und Hauptursache über⁶⁾. Im Gebiete des Sinnlichen sei eine solche freilich unmöglich, im Gebiete des Geistigen und Freien hingegen sogar notwendig. Sowohl

1) Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen 1859.

2) p. 69 ff.

3) l. c. p. I.

4) l. c. p. VII.

5) l. c. § 2, p. 3.

6) l. c. p. 58.

der Gehilfe, als auch der Thäter oder, wie er ihn nennt, der Urheber, seien Ursache des Verbrechens. Nur werde dasselbe ersterem in geringerem Grade zugerechnet, er werde als Neben- und der Urheber als Hauptursache angesehen. Beihilfe und Urheberschaft sind daher, nach Bar, nicht einander entgegengesetzte Begriffe, sondern bezeichnen nur eine geringere oder grössere Verantwortlichkeit, sind verschiedene Begehungsformen desselben Delikts.

An einem andern Orte¹⁾ sucht Bar wiederum einen Gegensatz aufzustellen, welcher der Buri'schen Theorie ausserordentlich nahe kommt. Er spricht nämlich dem Gehilfen einen bedingten Dolus zu, insofern dieser das Verbrechen nur unter der Bedingung wolle, dass eine bestimmte andere Person, der Urheber, sich zur Begehung des Verbrechens hergiebt. Diese Abhängigkeit, welche in der Absicht des Gehilfen sich ausdrückt, begründet, nach Bar, die akzessorische Natur der Beihilfe. Man könne sich aber nicht willkürlich zum Urheber machen. Es entscheide vielmehr die Frage, ob Beihilfe oder Urheberschaft anzunehmen sei, nicht eine willkürliche, sondern eine solche Absicht des Teilnehmers, welche in seinem früheren Verhalten zu den anderen Teilnehmern eine objektive Basis habe, in welcher sie auch allein zu erkennen sei.

Dieser Standpunkt wird entscheidend für den Unterschied von Beihilfe und Miturheberschaft (Mitthäterschaft)²⁾. Der Gehilfe, führt Bar aus, setzt sich als Mittel für den Urheber, ohne letzteren wieder als Mittel für seine Absicht, ohne sich als bewegendes Prinzip der Handlung des andern zu betrachten, und handelt darnach. Denn betrachtet sich der Teilnehmer als bewegendes Prinzip der Handlung des andern, so muss dessen Tätigkeit zu der seinigen hinzugerechnet werden und füllt in Verbindung mit dieser den Begriff des Verbrechens aus, was ihn zum Miturheber macht³⁾. Ob der Teilnehmer aber dieses thut oder nicht,

1) l. c. p. 69.

2) l. c. p. 65 ff.

3) Diese Ausführung erinnert ungemein an Köstlin.

ob er also Miturheber oder Gehilfe ist, kann nicht nach der Beschaffenheit der physischen Thätigkeit des Gehilfen, sondern muss darnach bemessen werden, ob sich der Verbrecher dem fertigen Plane eines andern angeschlossen, oder in Gemeinschaft mit diesem den Plan entworfen. Soviel aber ist sicher, dass der Gehilfe an der Haupthandlung („derjenigen, welche mit der früheren Thätigkeit des Handelnden zusammengenommen, ohne Rücksicht auf die Thätigkeit der anfangs zum Urheber bestimmten Person, das Verbrechen vollenden würde“) wohl teilnehmen, dieselbe aber nie allein begehen darf. Der Grund hierfür liegt für Bar darin, dass im letzteren Falle die Handlung des Gehilfen selbständig ein vollendetes Verbrechen nach allen seinen Merkmalen darstellen würde, dass er re ipsa durch seine Handlungsweise zum Thäter geworden sein müsste. Im Uebrigen steht Bar noch ganz unter dem Bann der subjektiven Beihilfetheorie, deren Einseitigkeit er freilich erkennt, von der er sich aber vergeblich zu befreien sucht.

Auch Langenbeck¹⁾ wurzelt noch so tief in der subjektiven Anschauungsweise, dass die von ihm stellenweise zugelassenen Abweichungen eher unvermittelte Inkonsequenzen, als berechnete Korrekturen zu sein scheinen. Auch er feiert die subjektive Theorie als Errungenschaft der modernen Doktrin²⁾, der es vorbehalten gewesen sei, zu erkennen, dass sowohl die Feststellung des Begriffs der Teilnahme, als die Bestimmung der Strafbarkeit der einzelnen Teilnehmer vom subjektiven Standpunkte aus geschehen müsse. Liege einerseits der wahre Begriff der Teilnahme im bewussten Zusammenhandeln mehrerer Personen, sei das Ziel, nach welchem sie streben, ein gemeinsames, so unterscheiden sich andererseits die einzelnen Teilnehmer dadurch von einander, dass sie das Verbrechen als eigene Angelegenheit betreiben, oder als fremde, welche sie fördern und realisieren helfen wollen³⁾.

1) Die Lehre von der Teilnahme, 1868.

2) l. c. § 40.

3) l. c. § 61.

Nachdem er auf diese Weise die materielle Absicht zum Unterscheidungsmerkmal erhoben, glaubt Langebeck es aber nicht bei diesem einen Kriterium bewenden lassen zu dürfen. Nicht nur, dass er a priori die Haupt-handlung ausnimmt, welche der Gehilfe nicht begehen könne, ohne seinen Charakter des Gehilfen aufzugeben. Dasselbe hatten schon vor ihm viel konsequentere Vertreter der subjektiven Lehre gethan. Aber er geht weiter, wenn er sodann behauptet, für die geringere Strafbarkeit des Gehilfen im Vergleich zum Thäter sprächen sowohl subjektive, als auch objektive Gründe; denn erstens, habe er nur ein mittelbares Interesse an der Begehung der Uebelthat, und zweitens, liege in der Handlung des Gehilfen nicht die Ursache der objektiven Existenz des Verbrechens¹⁾. Eben deshalb sei nicht allein auf die äussere Wirksamkeit und nicht allein auf die Absicht Gewicht zu legen, sondern auf die Absicht, wie sie sich in der Wirksamkeit verkörpert, d. h. auf den Charakter der Handlung. Hier brechen die Ausführungen Langenbeck's ab, ohne uns darüber aufzuklären, wie die Handlung geartet sein muss, um darnach die Thäter- und Gehilfenschuld zu bemessen.

Unvergleichlich tiefer ist der Gedankengang Hälschner's²⁾. Als notwendige Voraussetzung für die Verantwortlichkeit des Mitwirkenden betrachtet er den Umstand, dass seine Thätigkeit sowohl eine schuldhaft als auch im ursächlichen Verhältnisse zum verbrecherischen Erfolge stehende sei. Dieses gelte in gleicher Weise wie vom Thäter, so von dem Gehilfen. Wenn der Kausalnexus nun die Voraussetzung einer jeden Verantwortlichkeit bilde, so könne er nicht bestimmend für das Mass derselben sein und der Unterschied von Gehilfen und Thätern in Folge dessen nur auf der Schuldseite gesucht werden.

Im allgemeinen, sagt Hälschner, gelte die Regel, dass von der Zurechnung ausgeschlossen bleibt, was nicht

¹⁾ l. c. § 72.

²⁾ Das gemeine deutsche Strafrecht 1881. B. I.

beabsichtigt war. Nun könne man freilich von dem Gehilfen nicht sagen, dass er das Verbrechen zu verüben beabsichtige, gleichwohl aber lasse es sich nicht leugnen, dass sein Wissen und Wollen in einem gewissen Verhältnisse zum Thäter und zum Verbrechen stehe. Wie gestaltet sich nun dieses Verhältniß? Erstlich, lässt sich vom Gehilfen in negativer Beziehung behaupten, er beabsichtige das Verbrechen in keiner Weise, in positiver Beziehung dagegen nur, dass er weiss, der Thäter beabsichtige das Verbrechen, und, dass er die Verübung desselben erwarte. Dann aber fragt es sich, worauf seine Absicht geht, insofern er eine Mitwirkung ausübt. Dieses beantwortet Hälschner in dem Sinne, dass der Gehilfe sich eine Thätigkeit mit der Vorstellung vorsetzt, eine Bedingung des von dem Thäter beabsichtigten Erfolgs zu setzen¹⁾ und mit dem Willen, dass sie als solche wirksam werde, falls der Thäter das Verbrechen verübt — mit anderen Worten: der Gehilfe will nur helfen, er ordnet sich dem Thäter unter, insofern er die Wirkung seiner helfenden Thätigkeit von der freien Entschliessung des Thäters abhängig macht. Dann liegt aber der wesentliche Unterschied von Thäter und Gehilfen nicht im eigenen oder fremden Interesse, nicht in der eigenen oder der fremden Absicht,

¹⁾ Schärfer noch als Hälschner hat Binding diesen Grundsatz in seiner Kritik des Entwurfs des norddeutschen Strafgesetzbuches (1869), formuliert.

„Der charakteristische Unterschied des Gehilfen vom Thäter, heisst es hier, (p. 90, 91,) — liegt nicht darin, dass jener mit Bezug auf dasselbe Verbrechen in allen Fällen einen geringeren Beitrag von Bedingungen zur Begehung des Verbrechens liefere. . . Der Unterschied liegt vielmehr darin, dass des Gehilfen Wille nicht auf Hervorbringung des Verbrechens durch eigene Handlung und demgemäss nicht auf Hervorbringung der Totalität der durch menschliche Thätigkeit zu setzenden Bedingungen, sondern nur eines Theiles derselben gerichtet ist“.

In seinem „Grundriss“ scheint Binding freilich diesen subjektiven Standpunkt aufgegeben zu haben, doch lässt die allzu kurze Formulierung der Thesen im „Grundriss“ eine bestimmte Deutung nicht zu.

nicht in der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit derselben, sondern in dem, was von jedem von ihnen gewollt, beabsichtigt ist.

Hier ist die Pforte, durch welche das objektive Element in den Kreis der Erörterung tritt.

Hälschner betont es, dass man auf das Was des Wollens und nicht auf das Wie desselben sehen müsse¹⁾. Ein in der Handlung selbst garnicht in die Erscheinung tretender innerlicher Vorgang werde niemals den Thäter in einen Gehilfen und vice versa verwandeln. Sei aber die Absicht des Gehilfen eine wesentlich andere, als die des Thäters, so werde sich diese Verschiedenheit unvermeidlich in der als beabsichtigt zuzurechnenden Handlung äussern. Dann müsse die Thätigkeit des Thäters (entsprechend der Absicht, das Delikt zu verüben) eine solche sein, vermöge deren die Handlung in concreto alle zum gesetzlichen Thatbestande des betreffenden Delikts erforderlichen Momente enthält. Hiergegen könne die Thätigkeit des Gehilfen seiner Gehilfenabsicht nur dann entsprechen, wenn er die Ergänzung, deren seine vorsätzliche Thätigkeit bedarf, um den vom Thäter beabsichtigten Erfolg zu ergeben, dessen freier Selbstbestimmung und Thätigkeit anheimgiebt. Losgelöst von der Thätigkeit des Thäters ist seine Thätigkeit eine solche, welche die zum gesetzlichen Thatbestande des betreffenden Delikts erforderlichen Momente nicht enthält. Nur darf man nicht glauben, dass sich ein konkretes Thun bezeichnen lasse, welches den Gehilfen von dem Thäter scheidet²⁾; ein verschiedenes Mass der Verschuldung ist von dem Mehr oder Weniger der Thätigkeit, der Verschiedenheit des Werts derselben, für den Erfolg nicht abhängig. Das konkrete Thun kann nur in Verbindung mit dem, was beabsichtigt war und dem Handelnden als beabsichtigt zuzurechnen ist, darüber entscheiden, wer Thäter und wer Gehilfe ist. Insofern, und nur insofern ist das objektive Element von Wichtigkeit.

1) l. c. § 158.

2) l. c. § 159.

Hiermit wäre der vermittelnde Standpunkt durchgeführt und zugleich das Vorwalten des subjektiven Moments gewahrt.

Aber diese Schlussfolgerungen, welche von dem einfachsten Falle, dem Zusammentreffen von einem Thäter und Gehilfen hergenommen sind, halten nicht Stich, sowie Hälschner zur Betrachtung des komplizierteren Verhältnisses von Mitthätern und Gehilfen übergeht.

Um nicht ein rein äusserliches Nebeneinander zu bilden, sagt Hälschner, setzt Mitthäterschaft vor allem einen ursächlichen Zusammenhang der Thätigkeiten untereinander voraus¹⁾. Diese kausale Verbindung beruht entweder in der Anstiftung, oder in der Beihilfe. Spricht man also von einem Mitthäter, so meint man damit die Bedingungen, unter denen ein Anstiftender oder Helfender als Mitthäter erscheint. Wann ist nun der Helfende Mitthäter, mit anderen Worten: welches ist der Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe? Der Mitthäter, erwidert Hälschner, beabsichtigt, diejenige Thätigkeit selbst auszuüben, vermöge deren seine Handlung dem gesetzlichen Thatbestand des betreffenden Delikts entspricht, während der Gehilfe eben diese Thätigkeit von seiner Absicht ausschliesst und sie dem Thäter überlässt. Nun müsste aber, obigen Ausführungen entsprechend, festgestellt werden, welche Handlung einer derartig gearteten Absicht entspricht. Soviel ist klar, dass die Thätigkeit des Mitthäters den ganzen Thatbestand nicht auszufüllen braucht, denn sonst wäre er ja Alleinthäter²⁾. Dann ist aber Mitthäter derjenige, dessen Thätigkeit ein wesentliches Moment im Thatbestande ergibt und der in der Voraussicht und Absicht thätig war, dass sie durch die Thätigkeit des andern zum vollständigen Thatbestande ergänzt werde. Dann bleibt Gehilfe, wer nur eine unwesentliche Thätigkeit beabsichtigt und verübt, das heisst eine solche, welche kein wesentliches Moment des gesetzlichen Thatbestandes ergibt.

¹⁾ l. c. § 171.

²⁾ l. c. § 173.

Das objektive Moment ist in dieser letzten von Hälschner vorgenommenen Begriffsscheidung fast das vorherrschende geworden. Denn giebt es wesentliche und unwesentliche Momente im Thatbestande, so muss es einen objektiven Masstab für die Unterscheidung derselben geben, um so mehr, als schon die formale Scheidung von Thatbestands- und anderen Handlungen unzweifelhaft in's objektive Gebiet schlägt. Hälschner sucht die zwingende Kraft dieser Folgerung dadurch zu mildern, zu umgehen, dass er immer wieder und wieder betont, wie der Unterschied zwischen Begehungs- und Unterstützungshandlungen in der durch die Verschiedenheit der Willensrichtung bedingten Verschiedenheit ihres rechtlichen Wertes liegt. Aber er scheint zu übersehen, dass, wenn das „Was“ des Wollens den Ausschlag zu geben bestimmt ist, die Verschiedenheit des Willens von den objektiven Merkmalen dessen abhängt, worauf derselbe gerichtet ist.¹⁾

Wir haben gesehen, wie eifrige Anhänger der subjektiven Richtung sich zu gewissen Konzessionen an das objektive Verbrechenselement gezwungen sahen. Weil sie nicht sagen durften, das subjektive Moment sei das einzige, behaupteten sie wenigstens, es sei das bedeutsamste Kriterium für die Einteilung der Teilnehmer am Verbrechen. Jetzt ging man weiter. Was Langenbeck in der „in Wirklichkeit verkörperten Ansicht“ nur angedeutet, dient als Ausgangspunkt für eine Fülle von Deduktionen. Da sich eine jede strafrechtlich relevante Handlung aus Willen und That zusammensetzt, müssen, so behauptet man von vornherein, bei der Unterscheidung von Thäter- und Gehilfenhandlungen, also von Thäterschaft und Beihilfe, beide zur Geltung kommen.

Wir finden diese Anschauung bei John und Schütze vertreten.

¹⁾ Hirsch. Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe. 1881. p. 25 ff.

Ersterer führt in seinen „Kritiken¹⁾ strafrechtlicher Entscheidungen“ aus, wie Thäterschaft und Beihilfe zwei verschiedene Arten der verbrecherischen Schuld seien, die in allen wesentlichen Merkmalen Gegensätze bilden; wie man Beihilfe in infinitum fortführen könne, ohne dass sie aufhören würde, Beihilfe zu bleiben. Wenn die Thäterschaft in subjektiver Beziehung den Willen voraussetze, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, also das Wollen der erforderlichen Begehungshandlung, verlange die Beihilfe nur den Willen, dass ein bestimmtes Verbrechen begangen werde, und dementsprechend das Wollen der dazu erforderlichen Unterstützungshandlung. Wenn andererseits in objektiver Beziehung zur Thäterschaft eine Begehungshandlung gehöre, das heisst, eine solche, welche mit einer rechtsverletzenden Thätigkeit abschliessen müsse, so gehöre zur Beihilfe nur eine Unterstützungshandlung, d. h. eine solche, welche keine rechtsverletzende Thätigkeit enthalten dürfe.

Letztere Wendung klingt überraschend. Vor allem muss mit Schütze²⁾ bestritten werden, dass die Thätigkeit des Gehilfen keine rechtsverletzende sei. Dann aber fällt es uns schwer, an die Richtigkeit der Ansicht zu glauben, dass die Gehilfenthätigkeit kein selbständiges Verbrechen enthalten dürfe, weil wir uns sehr gut eine Thätigkeit denken können, welche, wiewohl sie eine beihelfende bleibt, an und für sich ein anderes Verbrechen konsumiert, als dasjenige, welches durch sie befördert wird.

Abgesehen hiervon, hält Schütze die Formulierung John's für den Abschluss der allein richtigen Theorie der neuesten Doktrin.³⁾ Charakteristisch ist für seine eigene Auffassung, welche er im Anschluss an die Lehre von der notwendigen Teilnahme eingehend darlegt, die Beschränkung des Teilnahmebegriffes auf die Fälle der gegenseitigen geistigen Einwirkung, der Willenseinigung

1) p. 29 ff.

2) N. Teiln. p. 278.

3) Notwendige Teilnahme 1869 p. 277.

der Mitwirkenden.¹⁾ Zwar kann sich Schütze nicht verhehlen, dass speziell „thätige Hilfe“ auch ohne eine solche vorhergehende oder inzidente Verständigung möglich sei,²⁾ aber sie stellt sich ihm als Hilfe „in einem besonderen, ungewöhnlichem Sinne“ dar. Diese Sache sei so klar, dass sie weiterer Erörterung nicht bedürfe. In der That lässt Schütze jene „besondere, ungewöhnliche“ Beihilfe ohne weiteres beiseite.

Was nun das Verhältnis des „Helfers“ zum Thäter anbetrifft, so erscheint Schütze alles Mühen um eine scharfe Lösung dieser Frage vergeblich,³⁾ so lange man das entscheidende Kennzeichen nur oder vorwiegend im objektiven Moment, in Art und Mass der Thätigkeit — oder andererseits nur oder vorwiegend im subjektiven Moment, in der Art der Absicht zu finden glaubte. Der Standpunkt des heutigen Rechts müsse jegliche einseitige Betonung oder Bevorzugung des einen oder des anderen Merkmals im Begriffe der Thäterschaft und der Hilfe verwerfen. Beide Momente seien untrennbar verbunden, auch in Betreff der Hilfe: das subjektive und das objektive, das der eigentümlichen Absicht und das der eigentümlichen Beteiligung an der Ausführung des Verbrechens. Im corpus (der Bethätigung), wie im animus (der Absicht) unterscheide sich der Gehilfe vom Thäter:⁴⁾

1) als animus trage er das Bewusstsein und den Willen (die Absicht) in sich, die Begehung eines fremden Verbrechens lediglich zu fördern; dasselbe Bewusstsein müsse aber auch für den Unterstützten vorhanden sein, weil die ohne Wissen des Thäters, nicht im Einverständnis mit diesem geleistete absichtliche Hilfe keine solche im strafrechtlichen Sinne sei;

2) als corpus entspreche sodann dieser Absicht die Ausführung derselben durch eine blosse Unterstützungs- oder Förderungshandlung.

1) l. c. § 28. p. 168. § 32. p. 189. § 33. § 51. p. 309.

2) l. c. p. 187.

3) l. c. p. 170. p. 275. ff.

4) l. c. p. 283.

Wenn nun Schütze weiterhin behauptet, dass das Umschlagen der ursprünglich beabsichtigten Unterstützungshandlung in eine vorsätzliche Begehungshandlung notwendigerweise die Helferabsicht in Thäterabsicht verwandle, so kann er das Uebergewicht, welches hiermit unbedingt dem objektiven Moment eingeräumt wird, nur dadurch paralytisieren, dass er den sogen. „Mitschuldanteil“¹⁾ des Gehilfen hervorhebt. Thatsächlich ist aber hiermit wenig gewonnen. Denn wäre auch die Voraussetzung richtig, dass jeder Gehilfe einen geistigen Einfluss auf den Thäter ausüben muss, so gehört diese geistige Einwirkung doch immer zur That- und nicht zur Willensseite der Beihilfe. Das subjektive Moment wird also durch die Annahme der „Mitschuld“ in keiner Weise gestärkt. Wenn demnach der Schwerpunkt bei Schütze, entgegen seiner Absicht, zur objektiven Seite hinneigt, so ist andererseits die von ihm gewählte Formulierung des Thatmoments der Beihilfe kaum befriedigend zu nennen. Eine blosse Unterstützungshandlung ist ihm nämlich eine solche, welche den Begriff eines selbständigen Verbrechens an sich nicht darstellt.²⁾

In seinem „Lehrbuch“ hat Schütze das Wesen der den corpus der Beihilfe ausmachenden Unterstützungshandlung in viel zutreffenderer Weise charakterisiert, indem er sie als eine solche bezeichnet, „welche die Ausführung des vollendeten oder versuchten Delikts selbst weder ganz noch teilweise enthält.“³⁾ Weil dem Gehilfen infolge dessen ein jedenfalls der Selbstauführung nicht gleichkommender Ursachantheil an dem verbrecherisch Geschehenen zur Last falle, sei er als beteiligter Nichtthäter milder zu strafen, als der Thäter. Demgegenüber sei Thäter, wer die strafbare Handlung gewollt und selbst gethan. Das Wesen der Mitthäterschaft ergibt sich sodann von selbst. Als Mit-

¹⁾ l. c. p. 309. „geistiger Einfluss auf den Thäter“.

²⁾ l. c. p. 315.

³⁾ Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1874. § 47.

thäter erscheint, wer mit Bewusstsein und Willen als Thäter mit einem anderen Thäter zur Ausführung einer strafbaren Handlung zusammengewirkt hat. Für alle schuldhaft Beteiligten gilt aber als oberster Grundsatz,¹⁾ dass ihre Strafe zu bemessen ist nach den drei Elementen:

1) dem Thatanteil, 2) der Eigenschuld und 3) der Mitschuld, wodurch sowohl der objektiven, als auch der der subjektiven Verbrechenseite und zugleich dem Wesen der Beteiligung und der hierdurch bedingten geistigen Einwirkung und Rückeinwirkung der Teilnehmer auf einander — an diesem Grundsatz hält Schütze nach wie vor fest — Rechnung getragen werden soll.

Mit der Einführung des Begriffs der Begehungs- und Unterstützungshandlungen, von denen man erstere dem Thäter, letztere dem Gehilfen überwies, hatte man unmerklich den Schwerpunkt verschoben. Jetzt ist es nicht mehr das subjektive, sondern das objektive Kriterium, welches die Grundlage bildet, und die subjektiven Elemente werden nur behufs Ergänzung hinzugezogen. Das Erscheinen des neuen deutschen Strafgesetzbuches vom Jahre 1871²⁾

1) l. c. § 44. Vergl. Notw. Teilnahme p. 81.

2) § 49 desselben lautet:

„Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder That wissentlich Hilfe geleistet hat.

Die Strafe des Gehilfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hilfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermässigen.“

In dem § 47 und § 48 wird daneben getrennt von dem Mitthäter und dem Anstifter gesprochen. Der Vorgang des deutschen Strafgesetzbuches ist für die moderne strafrechtliche Legislatur in vielen Beziehungen massgebend gewesen.

Das niederländische Strafgesetzbuch vom Jahre 1881 hat dagegen auf die Dreiteilung in Mitthäter, Anstifter und Gehilfen verzichtet. Es rechnet zu den Thätern diejenigen, welche die

trug viel zur Festigung dieses Standpunktes bei. Sein Einfluss lässt sich in Schütze's Lehrbuch nicht verkennen. Noch viel deutlicher tritt er in den Lehrbüchern Berner's und Hugo Meyer's und in den Ausführungen Geyer's hervor, um schliesslich in Birkmeyer's „Sturmlauf gegen die Judikatur des deutschen Reichsgerichts“ das Wiederaufleben der objektiven Theorie¹⁾ zu bewirken. Die reale Wirklichkeit forderte ihr Recht. Was sollten die subtilen Unterscheidungen der Verbrechenmotive, denen man die Macht zugeschrieben hatte, Thatsachen umzugestalten? Die objektive Lehre hatte eine schwere Prüfungszeit überstanden. Sie hatte die Schuldseite der Beihilfe vernachlässigt. Sie hatte den Gehilfenbegriff nicht analysiert, sondern ein abstraktes Verhältniss desselben zum Thäter aufzufinden sich bemüht. Jetzt will sie nicht mehr einseitig materiell sein. Sie erkennt die Bedeutung des in der Handlung zur äusseren Erscheinung gewordenen Willens an, aber sie will das Prinzip der Realität gewahrt wissen. Man solle nicht behaupten dürfen, dass man den andern dadurch allein zum

Handlung mitbegehen oder vorsätzlich veranlassen (art. 47), und bestimmt dann weiter:

art. 48: „Als Teilnehmer an einem Verbrechen werden bestraft:

- 1) Diejenigen, welche vorsätzlich bei der Begehung des Verbrechens Hilfe leisten;
- 2) Diejenigen, welche vorsätzlich Gelegenheit, Mittel oder Aufklärung zur Begehung des Verbrechens verschaffen

art. 49: Der Höchstbetrag der auf das Verbrechen angedrohten Hauptstrafen wird bei Teilnahme um ein Drittel vermindert

Bei der Festsetzung der Strafe kommen nur die Handlungen nebst ihren Folgen in Betracht, welche der Teilnehmer vorsätzlich erleichtert oder befördert hat.

art. 52: Die Teilnahme an einer Uebertretung ist nicht strafbar.“

1) Den absolut objektiven Standpunkt hat unter den Neueren Hirsch: „Ueber den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe“, 1881, vertreten.

Dagegen steht auf rein subjektiver Basis neuerdings: Borchert „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, 1888.

Urheber machen könne, dass man sich denselben als solchen vorgestellt hat.

Die absolute Herrschaft der subjektiven Kriterien war aus der Voraussetzung hervorgegangen, dass eine jede Mitwirkung eine gleiche Bedingung für den verbrecherischen Erfolg setze. Aus der Voraussetzung war ein Axiom geworden, welches auf Treu und Glauben angenommen wurde. Eine erneute Revision ergab ganz andere Resultate. Man ist zu dem Schluss gelangt, dass sich in der That Bedingungen und Ursachen und dementsprechend Unterstützungs- und Begehungshandlungen unterscheiden lassen. Aber man verfällt nicht mehr in den alten Fehler der Einseitigkeit. Die Schuldseite geht immer ergänzend nebenher. Man ist in allen Fällen bestrebt, die Identität von That und Willen zu ermitteln.

Die Anfänge dieser Richtung gehen übrigens auf den Beginn dieses Jahrhunderts zurück. Noch um die Zeit, wo die ältere objektive Theorie Doktrin und Praxis beherrschte, hatte Jarcke¹⁾ den Gedanken ausgesprochen, dass der Urheber die Haupthandlung begeht, welche das Verbrechen ausmacht, der Gehilfe eine diese That unterstützende Handlung vornimmt, dass aber aus dieser allgemeinen Regel Ausnahmen statuiert werden müssen und thatsächlich statuiert werden, nämlich insofern der Gehilfe dem Urheber gleichgestellt werde, wenn bei beiden dasselbe Interesse vorhanden war.²⁾ Ist uns auch die von Jarcke gewählte Fassung des Gedankens heute nicht mehr geläufig, so lässt es sich doch nicht leugnen, dass das von ihm vertretene Princip mit der neuesten Richtung der gemischten Theorien gewissermassen übereinstimmt, denn hier wie dort tritt die Thatseite in den Vordergrund, wird die Willensseite erst in zweiter Linie berücksichtigt. Aber in der allgemeinen Begeisterung für die neuaufkommende subjektive Theorie verhallte die Stimme der Mässigung ungehört.

¹⁾ Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts I. 1827.

²⁾ l. c. § 36.

Jetzt war es anders geworden. Berner, der energische Vorkämpfer der extremen Subjektivität, sah sich genöthigt, in den neueren Auflagen seines Lehrbuches die früher vertretene Ansicht fallen zu lassen. Nicht auf die Absicht, behauptet er, sondern auf den Charakter der Handlung müsse gesehen, Gehilfe und Urheber darnach geschieden werden, ob die von ihnen begangene Handlung eine Ausführungshandlung sei, oder nicht.¹⁾

Die Einheit von Wille und That in der Handlung war auch von denjenigen zum Ausgangspunkt gewählt worden, welche sich wie Bar, Langenbeck und Hälschner, noch stark an die subjektive Theorie anlehnten; nur dass diese die in der That verkörperte Absicht betonten, während jetzt das Gewicht auf die von der Absicht durchdrungene Wirksamkeit gelegt wurde.

Mit grosser Bestimmtheit hat Geyer²⁾ diesen Gesichtspunkt festgehalten. Der Gehilfe, führt er aus, begehe nicht das Verbrechen, seine Thätigkeit sei eine lediglich untergeordnete im Verhältnis zu derjenigen des Thäters; er übe keinen wissentlich bestimmenden Einfluss auf den Thäter aus und unterscheide sich hierin vom Anstifter. Insofern sei er in der That Nebenteilnehmer, und dieses werde durch das Wesen der von ihm begangenen Handlung bedingt.³⁾ Nehmen doch schon die meisten Vertreter der subjektiven Theorie die Haupthandlung aus, welche der Gehilfe nicht begehen dürfe. Lasse man nun die objektive Natur der Dinge in dem einen Falle massgebend sein, so sei nicht einzusehen, warum sie nicht auch Betreffs der Nebenhandlungen entscheidend sein soll. Wer blos Nebenhandlungen setze, müsse Gehilfe sein, auch wenn er dabei ein sogenanntes eigenes Interesse verfolgte. Hatte Buri von der Unterordnung des Willens des Gehilfen unter den Thäterwillen gesprochen, so behauptet jetzt Geyer, der

1) vergl. 14. Auflage (1886) seines Lehrbuches des deutschen Strafrechts. 1. Buch IV. Titel § 82–90 p. 150–169.

2) Holtzendorffs Handbuch. II. Band 1871. X. p. 322–431.

3) l. c. § 26.

Gehilfe ordne seine Thätigkeit derjenigen des Thäters unter. Jedoch stellt er nicht in Abrede, dass diese bewusste Unterordnung einen Unterschied zwischen dem *animus auctoris* und *animus socii* begründe, insofern der Wille die Haupthandlung zu begehen, oder nur deren Begehung zu befördern, darunter verstanden werde. Nur spricht sich Geyer nicht klar darüber aus, wie er sich das Wesen einer solchen Nebenhandlung denkt, welche mit der sonst üblichen Bezeichnung „Unterstützungshandlung“ identisch ist.

In gleicher Weise lehrt Hugo Meyer.¹⁾ Typisch ist ihm für das Wesen der Beihilfe die Unselbständigkeit, welche die eigentliche Teilnahme charakterisiert. Die Beihilfe ist die Unterstützung des Delikts eines andern, gleichviel zu welchem Zwecke der Gehilfe handelt.²⁾ Sein Vorsatz ist lediglich auf die Unterstützung des andern gerichtet; insofern unterscheidet er sich in subjektiver Beziehung stets vom Thäter resp. Mitthäter. Hier, scheint es, steht Hugo Meyer auf einem ähnlichen Standpunkte, wie Bar und Hälschner. Aber er verbessert sich gleich darauf, indem er behauptet, dass es Handlungen gebe, welche immer nur Beihilfe begründen, dass der Gehilfe nie die Haupthandlung begehen könne, ohne Thäter zu werden, dass er, um Mitthäter zu sein, einen, wenn auch noch so geringfügigen, Teil der Ausführung selbst begehen müsse, da eine bloß unterstützende Thätigkeit nie Thäterschaft begründen könne.³⁾ Nur ist die Möglichkeit freigelassen, dass man, an der Ausführung ohne Thätervorsatz teilnehmend, Gehilfe bleibt. Nach der von Hugo Meyer gewählten Definition des Gehilfen- resp. Thätervorsatzes, als einer „auf Unterstützung oder Begehung des Verbrechens gerichteten Absicht“, ist solches aber thatsächlich nur im Irrtumsfalle möglich.

Dass Hugo Meyer Ausführungshandlung und bloß unterstützende Thätigkeit unterscheiden kann, hat seinen Grund

1) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1875.

2) I. c. § 47.

3) I. c. § 44.

in der von ihm vertretenen Kausalitätstheorie, derzufolge Bedingung und Ursache des Erfolges geschieden werden, trotzdem beide im Kausalitätsverhältnisse zu dem Erfolge stehen. Um als Ursache bezeichnet zu werden, muss die Bedingung eine bestimmte Eigenschaft besitzen, sie muss den Verhältnissen die entscheidende, für den Erfolg massgebende Richtung gegeben haben.¹⁾ Dieser Gegensatz scheint Hugo Meyer auch bei der Unterscheidung der Gehilfen- und Thäterhandlungen vorzuschweben, freilich ohne dass er solches in seinem Lehrbuch direkt ausgesprochen hätte.²⁾

Von den Begehungs- und Unterstützungshandlungen war man auf diese Weise zu der Unterscheidung von Bedingung und Ursache übergegangen, und hatte das Gebiet der Kausalität wieder betreten, welches seit Stübel verlassen worden war.

Zu den überzeugtesten Verfechtern dieser neuen Richtung ist Birkmeyer³⁾ zu rechnen. Er selbst kennzeichnet seinen Standpunkt als den sogenannten „mittleren“, welcher passend im Gegensatze zu dem von Buri vertretenen subjek-

1) l. c. § 34.

2) In um so klarerer Weise hat sich Hugo Meyer neuerdings in seiner Untersuchung über den „Anfang der Ausführung“ 1892, p. 44–45 hierüber ausgesprochen. Trotz dem Schwanken des Reichsgerichts giebt es für ihn keinen Zweifel mehr, dass er sich für die objektive Unterscheidung zu entscheiden habe. Den Gegensatz der Gehilfen- und Thäter-(Ausführungs-)handlungen formuliert er dahin, dass erstere diejenigen Handlungen sind, durch welche eine Bedingung des Erfolges in seiner konkreten oder individuellen Erscheinung, letztere solche sind, durch welche eine Bedingung des Erfolges in seiner abstrakten (strafrechtlich erheblichen) Bedeutung gesetzt wird (p. 24). Doch sei dieses keine Zauberformel, durch welche mit einem Schlage alle Schwierigkeiten beseitigt werden könnten. Man könne immer nur einen festen Gesichtspunkt geben, nach welchem die Unterscheidung vorgenommen werden solle, wogegen bei dieser Unterscheidung immer noch vieles übrig bleibe, was der richterlichen Abschätzung anheimfalle (p. 22).

3) Die Lehre von der Teilnahme, Berlin 1890.

tiven Gesichtspunkt, den er auf das heftigste bekämpft, der objektive genannt werden könne.¹⁾ Birkmeyer greift auf Feuerbach zurück, der zuerst die Lehre von der Teilnahme auf die Kausalitätslehre zurückgeführt habe.²⁾ Nur müsste die Art und Weise dieser Zurückführung eine, wenn auch nicht wesentlich, andere sein. Um letzteres, um die Berechtigung des objektiven Standpunktes nachzuweisen, lässt sich Birkmeyer vorerst auf eine ausführliche Kritik der subjektiven Beihilfetheorie ein, welche auf der Basis des Grundsatzes von der Identität von Bedingung und Ursache beruhe.³⁾ Nur eine solche Identifizierung mache jene Theorie logisch unvermeidlich, und nur diese logische Unvermeidlichkeit mache sie hinwiederum kriminalistisch zulässig.⁴⁾ Denn wo immer im Strafrecht objektive Unterscheidungsmerkmale überhaupt möglich seien, da müssen sie, als einem Beweis allein mit Sicherheit zugänglich, im Interesse von Recht und Gerechtigkeit sofort allen denkbaren subjektiven Kriterien vorgezogen werden. Lasse sich nun der Beweis erbringen, dass Ursache und Bedingung nicht identisch sind, ein Prinzip, welches von dem positiven Recht unzweifelhaft anerkannt worden sei, so werde die subjektive Theorie eo ipso hinfällig. Denn den Beweis auf ein Gebiet der Innerlichkeit des Menschen zu verlegen, in welches wir nie mit Sicherheit einzudringen vermögen, auf welchem wir stets auf Indizienbeweis und Wahrscheinlichkeitsberechnungen angewiesen sind — dazu könne uns nur die Unvermeidlichkeit einer solchen Konstruktion zwingen.

Zunächst⁵⁾ wird nun der Beweis geführt, dass das positive deutsche Recht nicht in jeder Bedingung eines Erfolges zugleich die Ursache desselben erblickt, dass es im Anschluss hieran Widerspruch gegen die subjektive Teilnahmetheorie erhebt.

1) l. c. § 57.

2) l. c. p. 5. Anm 2.

3) l. c. p. 15—75.

4) l. c. § 3.

5) l. c. § 31, ff.

Mit den positivrechtlichen Bestimmungen erklärt sich Birkmeyer sodann auch vom theoretischen Gesichtspunkte aus völlig einverstanden.

Wie jede „kriminelle Begangenschaft“ sich aus Verursachung und Verschuldung zusammensetze, so habe auch die Beihilfe neben dem objektiven einen subjektiven Thatbestand.¹⁾ Was die Verursachung anbetrifft, so könne man von dem Gehilfen sagen,²⁾ er setze von den Bedingungen, deren Zusammenwirken den verbrecherischen Erfolg hervorbringt, nur untergeordnete, während die wirksamsten vom Thäter, bezw. von mehreren Mitthätern gemeinschaftlich gesetzt werden; der Gehilfe habe kein Teil an der Ausführungshandlung, sondern unterstütze, ermögliche, befördere die Ausführung des Thäters, resp. der Mitthäter. Auch Feuerbach habe nichts Anderes gemeint³⁾; als er sagte, der Thäter (Urheber) setze die Hauptursache, der Gehilfe eine Nebenursache des Verbrechens. Es komme nur darauf an festzusetzen, welche Handlung sich, objektiv betrachtet, als Ausführung eines bestimmten Verbrechens qualifiziere. Und darauf antwortet Birkmeyer — die gesetzliche Thatbestandshandlung des konkreten Verbrechens,⁴⁾ denn diese sei als Ursache des gesetzlich verpönten Erfolgs zu betrachten.⁵⁾ Dass letzteres der Fall sei, ergebe sich daraus, dass die im verbrecherischen Thatbestand genannte Thätigkeit nicht für strafbar erklärt worden wäre, wenn sie nicht geeignet wäre, den verpönten Erfolg hervorzurufen.⁶⁾ Völlig klar trete dieses in denjenigen Fällen zu Tage, wo das Gesetz die Thatbestandshandlung durch Verba bezeichnet, welche von vorneherein nichts Anderes bedeuten, als den verpönten Erfolg hervorbringen.⁷⁾ Das Gleiche sei

1) l. c. § 57.

2) l. c. § 49.

3) l. c. Anm. 180.

4) l. c. § 40.

5) l. c. § 39.

6) l. c. § 41.

7) z. B. töten.

aber auch der Fall, wenn das Gesetz zur Bezeichnung der Thatbestandshandlung Ausdrücke wählt, welche lediglich die auf den Erfolg hinzielende Thätigkeit selbst beschreiben, ohne in diese Beschreibung den Erfolg selbst aufzunehmen.¹⁾ Der Unterschied zwischen den beiden Kategorien bestehe nur darin, dass das Gesetz in dem zweiten Falle uns nötigt, die von ihm genannte Thätigkeit als die verursachende zu betrachten, in dem ersten Falle aber es uns überlässt, die den verpönten Erfolg in concreto verursachende Thätigkeit selbst ausfindig zu machen. Dagegen sollen wir, nach Birkmeyer, zu der Thatbestandshandlung nicht solche Vorbereitungshandlungen rechnen, welche ausnahmsweise²⁾ in dem gesetzlichen Thatbestande des Verbrechens mit genannt sind,³⁾ welche man aber nicht mit denjenigen Fällen verwechseln dürfe, wo das Gesetz mehrere Thätigkeiten aufzählt, von welchen jede als Teil der Ausführung sich darstellt.⁴⁾

Es ist klar, dass Birkmeyer in der Thatbestandshandlung nicht nur wegen ihrer formellen Verschiedenheit von den anderen Handlungen die Ausführungs- und damit die Thäterhandlung sehen will, sondern auch wegen ihrer gleichzeitig gegebenen materiellen Verschiedenheit von den anderen Handlungen, wegen ihrer hervorragenden Wirksamkeit, weil sie „die den verbrecherischen Erfolg in concreto verursachende ist.“⁵⁾

Man solle ihn, sagt Birkmeyer, aber nicht missverstehen. Als Ursache erkenne er zunächst nur die Gesamtheit der Bedingungen eines Erfolgs an; aus praktischen Erwägungen halte er es indessen für geboten, unter Ursache im Sinne des Strafrechts eine einzelne unter den Bedingungen, die überwiegende zu verstehen, und diese falle eben mit der Thatbestandshandlung zusammen.⁶⁾

1) z. B. bedrohen.

2) l. c. § 45.

3) z. B. das Fälschen der Dokumente bei der Urkundenfälschung (Verwendung falscher Urkunden).

4) z. B. das Einbrechen beim Einbruchsdiebstahl.

5) l. c. § 40.

6) l. c. Anm. 46.

Es ist also die geringere Wirksamkeit für den Erfolg, welche die Handlung des Gehilfen gegenüber der vom Thäter allein, oder von den Mitthätern gemeinschaftlich begangenen Handlung unterscheidet.¹⁾

Welche konkrete Handlungen sich als Gehilfenhandlungen qualifizieren, kann also für Birkmeyer innerhalb der von der lex lata gesteckten Grenzen doch nur eine quaestio facti sein, deren Beantwortung demgemäss dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt. Dass letzteres in einigen Fällen Schwierigkeiten bereiten könne, entgeht Birkmeyer nicht. Aber warum davor zurückschrecken?²⁾ Mute man doch dem Richter hiermit nicht weiter zu, als was das positive Recht von ihm in vielen anderen Fällen, wie etwa bei der Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch, verlangt.

Zum Schluss veranschaulicht Birkmeyer das Verhältnis des Gehilfen zum Thäter und den Mitthätern durch folgende Zahlen. Der verpönte Erfolg sei gleich 12; dann wären seine Bedingungen gleich 8 (die wirksamste Bedingung = Ausführungshandlung, verübt durch den Thäter allein oder zu gleichen oder ungleichen Anteilen gemeinschaftlich durch die Mitthäter) +2+2 (Gehilfenhandlungen.)³⁾

Es könnte scheinen, als ob hiermit gesagt sei, dass der Unterschied zwischen Beihilfe und Thäterschaft als ein quantitativer aufgefasst werden müsse. Und dennoch ergibt die nähere Betrachtung gerade dieser Zahlen, dass die verschiedene quantitative Zusammensetzung auch bei Birkmeyer eine qualitative Verschiedenheit zur Folge hat. Denn er verlangt vom Mitthäter nicht, dass seine Thätigkeit alle Thatbestandsmerkmale aufweise. Die „8“, welche die Thatbestandshandlung vorstellt, zerlegt er⁴⁾ hinsichtlich der Mitthäter etwa in (3+3+2) und giebt zu, dass nur das Gesetz uns berechtigt, die Factoren 3+3+2, welche doch quantitativ von den die

1) l. c. § 49.

2) vergl. dagegen Stübel.

3) l. c. § 49.

4) l. c. § 42.

Gehilfenhandlungen darstellenden Zahlen nicht verschieden sind, durch eine Klammer zusammenzuschliessen und auf diese Weise zu Mitthäterhandlungen zu stempeln.¹⁾ Der hier zu Grunde liegende Gedankengang ist der, dass es an und für sich mehr- und minderwertige Bedingungen eines Erfolgs giebt; dass das Gesetz sodann die mehrwertigen als Ausführungshandlungen, die minderwertigen als Gehilfenhandlungen qualifiziert; dass, wenn wir uns erstere, schliesslich, unter mehrere Mitthäter verteilt denken, die Zusammengehörigkeit der einzelnen Teile derselben durch ihre gesetzliche Qualifikation als Bestandteile der Ausführungshandlung erhalten bleibt, wodurch der Unterschied zwischen ihnen und den Gehilfenhandlungen bedingt wird.

Wir haben schon bemerkt, dass Birkmeyer neben dem bis jetzt vertretenen objektiven auch einen subjektiven Thatbestand der Beihilfe hervorhebt. Wie nun dieser subjektive Thatbestand beschaffen sein müsse, darauf, meint Birkmeyer, weise schon gewissermassen das bisherige Ergebnis bezüglich des objektiven Thatbestandes hin.²⁾

Einerseits nun stehe es fest, dass der Gehilfe nur eine Bedingung des verbrecherischen Erfolgs setzt, denselben nur zum Teil³⁾ verursacht. Auf der anderen Seite strafe man den Gehilfen, wie jeden Theilnehmer, wegen des ganzen durch das Zusammenwirken erzielten Erfolgs. Dieses sei nicht anders denkbar, als dass man voraussetzt, dass er durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesammtenerfolgs ergänze (nicht „ersetze“), was ihm an Verursachung desselben abgeht. Soll dieses aber der Fall sein, so müsse die Verschuldung des Gehilfen sich zusammensetzen aus der Schuld hinsichtlich des Gesammtenerfolgs, aus der Schuld hin-

1) l. c. Anm. 171.

2) l. c. § 58.

3) Birkmeyer sagt: „nur einen Teil desselben verursacht“, eine Ausdrucksweise, die sich kaum rechtfertigen lässt.

sichtlich seiner eigenen Thätigkeit für diesen Erfolg und aus der Schuld hinsichtlich der Mitwirksamkeit der anderen.

Der Gehilfe muss also, nach Birkmeyer ¹⁾, vor allem den verbrecherischen Gesamterfolg vorausgesehen und gewollt haben. Er muss ferner gewusst und gewollt haben, dass er durch seine Thätigkeit zu jenem Erfolge etwas beitrage, d. h. er muss jenen Erfolg durch seine Thätigkeit mit herbeiführen wollen. Der Gehilfe muss endlich gewollt und gewusst haben, dass ein anderer zur Herbeiführung seines Erfolges mit ihm zusammenwirke.

Damit entfalle auch jene Schwierigkeit, welche für die subjektive Theorie bei den einen bestimmten Zweck des Thäters für ihren Thatbestand erfordernden Verbrechen vorliegt, vollständig ²⁾. Der Thäter müsse diese Absicht unter allen Umständen gehabt haben. Bei der Mitthäterschaft genüge es, wenn nur einer der Mitthäter diese Absicht verfolgte, die übrigen sich dessen bewusst waren. Für die Gehilfen sei nur dieses Bewusstsein erforderlich. Umgekehrt würde derjenige, der eine Gehilfenhandlung vorgenommen hat, dadurch nicht zum Thäter, dass er die genannte Absicht hegte.

Da nun die Beihilfehandlungen auf der objektiven Seite, gleich den Vorbereitungshandlungen, nur untergeordnete Bedingungen eines Verbrechens setzen; da sie ferner auch in subjektiver Hinsicht, gleich jenen, mit dem Wissen und Wollen verübt werden, dass man durch sie den verbrecherischen Erfolg nicht verursache — so seien sie für sich betrachtet überhaupt keine (um ihrer selbst willen) strafbaren Handlungen, sondern entlehnen ihre Strafbarkeit einem fremden verbrecherischen Verhalten. Das sei es, was man die akzessorische Natur der Beihilfe nenne, welche die subjektive Theorie Buri's fast ganz leugne, — und welcher Birkmeyer in seiner „objek-

1) l. c. § 61.

2) l. c. § 67.

tiven“ Theorie wieder zu ihrem Rechte zu verhelfen bemüht ist³⁾).

Was Birkmeyer von dem objektiven Thatbestande der Beihilfe sagt, ist im grossen und ganzen, weil auf der Ungleichwertigkeit von „Bedingung“ und „Ursache“ gegründet, von überzeugender Richtigkeit, vorausgesetzt dass man das Formelle seiner Konstruktion, und dieses ist in derselben unstreitig vorhanden, nicht a priori als unzulänglich zurückweist. Nur die „Teilbarkeit des Erfolgs“, welche er zu betonen nicht müde wird, und welche ihn unter anderem zu dem Schlusse verleitet, der Gehilfe verursache nur einen Teil des Erfolgs, dürfte zu berechtigtem Widerspruche Anlass geben. Denn es müsste, die Richtigkeit jener Prämisse vorausgesetzt, doch angegeben werden können, welchen Teil des Erfolgs der Gehilfe verursacht — und da dieses augenscheinlich unmöglich ist, da doch die Bedingung im Kausalverhältnisse zu dem ganzen Erfolge steht, ohne die Ursache desselben zu bilden, so kann hier nur von partes pro indiviso die Rede sein, und wäre deshalb die Formulierung „den Erfolg zum Teil verursacht“ viel besser am Platz. Wir fürchten, gerade die behauptete Teilbarkeit des Erfolgs habe Birkmeyer dazu geführt, da er doch in der Einheit des Erfolgs keinen Einigungspunkt mehr finden konnte, in den subjektiven Thatbestand der Beihilfe das Wollen des verbrecherischen Gesamterfolgs als unentbehrliches Postulat einzuführen. Gerade hierin liesse sich viel eher der von Birkmeyer bekämpften Ansicht Borchert's⁴⁾ beipflichten, welcher mit vielen anderen behauptet, es gäbe Fälle, in denen der Wille des Gehilfen nicht auf die Entstehung der vom Thäter geplanten Uebelthat gerichtet sei.

³⁾ I. c. § 68.

⁴⁾ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter 1888. p. 90 ff.

Viertes Kapitel.

Abweichende Ansichten.

So war denn die moderne Doktrin von den einseitig objektiven Kriterien zu extrem subjektiven Unterscheidungsmerkmalen übergegangen; die widerstreitenden Meinungen hatten sich sodann zu einer Vermittelung geeinigt und innerhalb derselben anfänglich das objektive Moment gleichsam in der Subjektivität aufgelöst, späterhin beide in gleicher Weise betont, um schliesslich die Thatseite ganz in den Vordergrund treten zu lassen. Die einseitig objektiven oder subjektiven Theorien hatten es sich zur Aufgabe gemacht, eine absolute Formel für das Verhältnis von Beihilfe und Thäterschaft zu einander aufzustellen. Die gemischten Theorien gingen von vorne herein darauf aus, das Wesen der Beihilfe, gleichwie der übrigen Teilnahmearten, zu ergründen. Immer aber hatte sich ein prinzipieller Gegensatz von Beihilfe und Thäterschaft nur dann behaupten und durchführen lassen, wenn man ihre Verschiedenheit als eine qualitative auffasste, die Beihilfe, um mit den Worten Geyer's zu reden, als eine unvollkommene Verbrechensform charakterisierte, die Bestrafung derselben, mit Glaser, als eine Erweiterung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit über die Grenzen der Thäterschaft hinaus kennzeichnete. Sowie man das Gebiet der quantitativen Abstufung betrat, hatte man den sicheren Boden unter den Füßen verloren und sah sich gezwungen, von Stufe zu Stufe schreitend, die Durchführung eines prinzipiellen Gegensatzes aufzugeben und den Begriff der Beihilfe in dem allgemeinen Begriffe der Thäterschaft aufzulösen.

Man denke nur an die Konsequenzen, zu denen Stübel sich getrieben sah, und an diejenigen, welche Schirach gezogen hat. Man denke weiter an Henke, welcher zur Zeit, wo die subjektive Theorie an die Stelle der entthronten Feuerbach'schen Schule zu treten sich anschickte, vorgeschlagen hat,¹⁾ die hergebrachte Unterscheidung von Urhebern und Gehilfen als unerheblich ganz aufzugeben, — weil sie nur auf den Grad und das Mass der Bestrafung Einfluss habe und folglich nur eine quantitative Verschiedenheit begründe, welche nicht einmal von allen Gesetzgebungen anerkannt werde; weil diese Bezeichnungen äusserst schwankende seien; weil sie keineswegs dazu dienten, eine innere Verschiedenheit der Strafwürdigkeit zu bezeichnen und einzig und allein von der Verschiedenheit der äussern Wirksamkeit hergenommen wären. Diese Abfertigung der hergebrachten „müssigen Begriffsspiele“ soll freilich nur dazu dienen, um Henke den Uebergang zu den subjektiven Kriterien zu erleichtern. Aber diese und ähnliche Krisen, welche den Uebergang von dem einen Standpunkte zu dem andern vermittelten, sowie die unnachsichtige Schärfe der gegenseitig geübten Kritik haben jedes Mal einen Rest des Zweifels zurückgelassen, des Zweifels an der theoretischen Berechtigung, an der Brauchbarkeit der komplizierten Konstruktion der Teilnahme. Und ein Stück nach dem andern bröckelte von diesem feinen Bau unter dem zersetzenden Einfluss des Skeptizismus ab. Als zuletzt auch die subjektive Theorie den gehegten Erwartungen nicht entsprochen — wir erinnern nur an die Resultate der Buri'schen Ausführungen — bricht die Skeptik mit erneuerter Macht hervor und treibt — ein Gegenstück zu den positiv schaffenden Vermittelungstheorien — die Negierung auf die Spitze. Sie leugnet die Teilnahme, insofern sie nicht zugeben will, dass sich aus derselben eine Zusammengehörigkeit der beteiligten Verbrechen-subjekte ergebe. Sie identifiziert die Beihilfe begrifflich mit der Thäterschaft, obschon sie hier-

1) l. c. § 45.

mit nicht die Gleichstellung derselben hinsichtlich der Bestrafung verbunden sehen möchte.

So behauptet Liszt in den neuesten Auflagen seines Lehrbuches, der Weg, welchen das deutsche Recht im XIX. Jahrhundert in dieser Materie eingeschlagen habe, bewege sich in einer gefährlich formalistischen Richtung, ohne eine befriedigende Rechtsprechung zu ermöglichen¹⁾. Mit dieser Behauptung hat es Liszt vor allen Dingen auf die Anstiftung abgesehen, welche nicht als Teilnahme, sondern als mittelbare Thäterschaft konstruiert werden müsse. Aber er weist auch sonst den Begriff der Teilnahme de lege ferenda zurück. Von diesem Standpunkte aus ist ihm der Anstifter — Urheber, der Mitthäter nichts weiter, als selbständiger Mehrthäter. Nur um der Beihilfe willen lässt er noch den Unterschied von „gleichwertiger“ und „ungleichwertiger“ Beteiligung bestehen. In dieser Beziehung stellt sich, seiner Ansicht nach, die Beihilfe allerdings als minderwerte, unselbständige Teilnahme an der That des Thäters dar²⁾.

Aber er giebt dieses Prinzip selbst wieder preis, indem er an anderer Stelle³⁾ die Notwendigkeit der Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihilfe leugnet. Denn nur indem man die Beihilfe als unselbständige Teilnahme an der That eines andern betrachtete und für den Gehilfen ausnahmslos geringere Bestrafung als für den Thäter forderte, sei das Bedürfnis entstanden, von der Beihilfe, als minderwerten Beteiligung, die Mitthäterschaft, als gleichwertige Beteiligung, zu unterscheiden. Diese „starrformalistische“ Unterscheidung des Gehilfen vom Mitthäter entspricht aber, nach Liszt's Ansicht, den Bedürfnissen des Rechtslebens nicht; denn seiner Meinung nach ist sie es, welche die Wissenschaft dazu verleitet, von einem als Mitthäter zu strafenden „Hauptgehilfen“ zu sprechen, welche die Rechtsprechung zwingt, dem Be-

¹⁾ § 48 (1888).

²⁾ l. c. § 48 sub II. 4. (1888).

³⁾ § 49. II. 2 (4te Auflage).

griffe der Mitthäterschaft eine Ausdehnung zu verleihen, die ihn gänzlich unfassbar und daher unbrauchbar macht. Im Hinblick hierauf hebt es Liszt lobend hervor, dass der derzeitige „Norwegische Entwurf“ diese Unterscheidung gänzlich aufgegeben und der „Oesterreichische Entwurf“ doch wenigstens die bindende Herabsetzung des Strafrahmens für den Gehilfen beseitigt habe.

Wir sehen, Liszt steht auf dem Punkte, mit der Begriffsgliederung zu brechen, an deren Festigung die deutsche Doktrin ein volles Jahrhundert gearbeitet hat. Als erstrebenswertes Ideal scheint ihm die summarische Formel des französischen code pénal vorzuschweben, welche alle Teilnehmer mit gleicher Strafe bedroht. Auffallen muss es freilich, dass diese „drakonische“ Bestimmung des code pénal, welche die bedeutendsten französischen Kriminalisten seit jeher als schweren Misstand empfunden haben, ausserhalb Frankreichs überzeugte Anhänger zu finden beginnt.

In nicht misszuverstehender Weise hat auch Taganzew ¹⁾ dieser Ueberzeugung Ausdruck verliehen. Ihm erscheint es überhaupt unmöglich, Thäter und Gehilfen als Haupt- und Nebenschuldige einander gegenüberzustellen. Alle Versuche der objektiven und subjektiven Theorie, a priori eine Sonderung der Teilnehmer in Kategorien durchzuführen, betrachtet er als gescheitert ²⁾. Der objektiven Lehre Feuerbachs und dessen Anhänger hält Taganzew den Einwand ³⁾ entgegen, dass sie das Wesen des Kausalismus verkenne. Da ein jeder Teilnehmer Ursache des Verbrechens (причина преступления) sei, so könne ein Unterschied der Beteiligung aus dem Kausalnexus nicht hergeleitet werden. Die Unterscheidung nach der Beschaffenheit der Handlungen erscheint ihm unhaltbar, weil sie von keinem prinzipiellen Werte sei und von der zufällig (?) gewählten legalen Definition der Ver-

1) Курсъ русскаго уголовного права, 1880. Часть общая. I. Отдѣленіе 3-е. pag. 51—64. Insbesondere Seite 59, am Ende ff.

2) I. c. p. 51, 52.

3) I. c. p. 54, 55.

brechen abhängt 1). Noch viel weniger sprechen ihn die, von den subjektiven Theorien aufgestellten Kriterien an 2), von den gemischten Theorien garnicht zu reden, welchen sowohl die Mängel der rein objektiven, als auch der rein subjektiven Unterscheidungsversuche anhaften 3).

Für seinen eigenen Standpunkt ist die Anschauung grundlegend, dass eine Teilnahme ohne Willenseinigung (соглашение на совершение преступления) an sich undenkbar sei, 4) — eine Auffassung, welche er mit Schütze 5) gemein hat. Das Vorhandensein dieser Willenseinigung ermögliche es, jedem der Teilnehmer das resp. Verbrechen voll und ganz zuzurechnen, gleichviel ob er sich an demselben als Thäter, Anstifter oder Gehilfe (diesen Bezeichnungen legt Taganzew nur eine theoretische Bedeutung bei) beteiligt hat. Eine gerechte, den individuellen Verhältnissen des Einzelfalles Rechnung tragende Strafausmessung solle und könne der Richter allein innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens vornehmen. 6) Jedoch scheint dieser Satz Taganzew selbst einer gewissen Einschränkung zu bedürfen. Man könne ja, führt er aus, den Richter durch das Gesetz dazu verpflichten, die minderwertige Teilnahme, wenn er sie als solche erkannt haben sollte, milder zu strafen, ja der Gesetzgeber könne ihm vorschreiben, in jedem einzelnen Falle die Frage nach der Wesentlichkeit der Beteiligung aufzuwerfen — nur über das „Wie“ der Unterscheidung könne er ihm keine leitende Formel an die Hand geben, hier sei das freie Ermessen des Richters allein massgebend. 7) Und warum? fragen wir. Hierauf bleibt Taganzew, im Grunde genommen, die Ant-

1) I. c. p. 55.

2) I. c. p. 57, 58.

3) I. c. p. 59.

4) I. c. p. 4, 10, 59 ff.

5) cf. oben.

6) I. c. p. 52, 60.

7) Die Auffassung Taganzew's ist fast unverändert in den neuen Entwurf des Russischen Strafgesetzbuches übergegangen; vergl. unten pag. 96 ff.

wort schuldig. Denn aus der Unzulänglichkeit der bisher gemachten Versuche folgt noch keineswegs die Unmöglichkeit, eine derartige befriedigende Formel zu finden, geschweige denn die Entbehrlichkeit einer solchen.

Einen weiteren Anlauf gegen die herrschende Anschauung bedeutet Foinitsky's¹⁾ Kritik der strafrechtlichen Doktrin der Teilnahme.²⁾ Hier wird gegen die communis opinio der Satz in's Feld geführt, dass der Gegenstand der staatlichen Strafthätigkeit der Mensch sei, welcher in der äusseren Welt den psychischen Zustand der ihm innewohnenden Kriminalität zum Ausdruck gebracht hat.³⁾ Die strafbare Handlung sei nicht der Gegenstand, sondern nur die Bedingung der Strafanwendung. Sie mit der Rechtsverletzung identifizieren hiesse eine Annäherung straf- und zivilrechtlicher Begriffe herbeiführen, und eine solche Annäherung sei überflüssig, sei verfehlt.

1) Von den übrigen russischen Kriminalisten schliesst sich Sergejewsky, Русское уголовное право 1890. Общая часть pag. 319—323, 330—331 — bis auf das Postulat der Willenseinigung, welches er energisch zurückweist, (l. c. p. 328) im allgemeinen der Ansicht Taganzew's an. Auch ihm ist die Thätigkeit eines jeden Teilnehmers in gleicher Weise Ursache (причина) des Erfolges (p. 320), wengleich er zugiebt, dass die Gleichwertigkeit aller Bedingungen für den Erfolg eine Abstufung ihrer strafrechtlichen Wertschätzung nicht ausschliesst. Es giebt, seiner Meinung nach, Haupt- und Nebenschuldige, aber die Frage darnach, was zu der ersten und was zu der zweiten gehört, sei eine quaestio facti, welche das Gericht zu entscheiden habe. Ein ausreichendes Kriterium der Unterscheidung könne dem Richter a priori nicht geboten werden. Nur soviel stehe fest, dass wer den Thatbestand eines Verbrechens erfüllt habe, stets Hauptschuldiger sei (p. 323).

Schirjajew steht in der Monographie О стечении нѣсколькихъ преступниковъ при одномъ и томъ-же преступленіи, 1850 p. 33 ff. der deutschen Doktrin, insbesondere den gemischten Theorien näher, ohne aber auf besondere Originalität der Anschauungsweise Anspruch zu machen.

2) Zeitschr. für ges. Strfrw. XII. Band, I. Heft, p. 57—87.

3) l. c. V. p. 74 ff.

Für die vorliegende Frage ergeben sich aus diesen Prämissen folgende Konsequenzen. Richtet sich die Strafe gegen den psychischen Zustand der individuellen Kriminalität, so kann das Strafrecht immer nur mit dem Begriff der individuellen Schuld operieren, kann jeder nur für seine Schuld verantwortlich gemacht werden. Hiergegen beruht die ganze Lehre von der Teilnahme auf der Verantwortlichkeit für eine fremde Schuld. Es bleibt also nichts übrig, als die gemeingiltige Konstruktion derselben dem Grundsatz von der Bestrafung des psychischen Verbrecherzustandes zum Opfer zu bringen.

Zu dieser prinzipiellen Folgerung kommen noch für Foinitsky weitere Gründe hinzu, welche ihm die herrschende Doktrin unhaltbar erscheinen lassen.¹⁾ Einmal spricht gegen dieselbe der Entwicklungsgang der modernen Kultur. Die bestehenden Lehren verdanken ihre Entstehung den Zeiten der Massenbewegungen. Heute ist es ganz anders geworden. Die Kriminalpolitik beweist, dass die gemeinsame verbrecherische Thätigkeit immer mehr durch kriminelle Alleinthäterschaft ersetzt wird. Dann ist aber der Uebergang von dem System der Massenverantwortlichkeit zu demjenigen der individuellen Verantwortung ein Erfordernis der Gerechtigkeit.

Zweitens²⁾, führt Foinitsky aus, leidet die moderne Doktrin an scholastischem Aufbau, sie ist reich an Präsomtionen und ist unvollständig, da sie nicht alle Fälle behandelt, welche im positiven Recht besondere Bestimmungen verlangen. Sie ist scholastisch, denn sie verlangt als notwendige Bedingung die Einheit des Vorsatzes. Wenn es nun wahr ist, dass das Motiv sich entschieden im Vorsatze widerspiegelt, eine Verschiedenheit der Motive — und solche ist bei den Teilnehmern am häufigsten der Fall — eine Verschiedenheit des Vorsatzes bedingt, so kann man höchstens von einer Aehnlichkeit der verschiedenen Vorsätze sprechen; vollständig gleich können

1) l. c. V p. 78.

2) l. c. III p. 63 ff.

sie kaum jemals sein, nie aber eine Einheit geben. Sie ist reich an Präsumtionen, weil sie den Kausalzusammenhang, welchen festzustellen mitunter sehr schwer ja unmöglich ist, voraussetzt und sich mit der Einheit des Vorsatzes begnügt. So rechnet man versprochene Begünstigung zur Beihilfe, obgleich dieses nicht im Kausalzusammenhange begründet ist. Denn wäre dieses der Fall, so müsste auch das Versprechen, der Anzeigepflicht nicht genügen zu wollen, als Beihilfe angesehen werden, was die Doktrin nicht thut. Die herrschenden Begriffe der Beihilfe, sind eben wegen ihrer Dehnbarkeit und ihres Umfangs unbrauchbar als Kriterien des Verbrecherischen und Nichtverbrecherischen. Und doch sind sie nicht vollständig. Denn es werden ausgedehnt z. B. die gemeinsame fahrlässige Verursachung eines äusseren Erfolgs oder auch diejenigen Fälle, welche als *delicta sui generis* konstruiert werden, ohne dass die allgemeinen Regeln der Teilnahme auf sie Anwendung fänden. Und schwächt man die Behandlung der Kausalität in der Lehre von der Teilnahme ab, so gerät die ganze Lehre in's Schwanken.

Man muss, behauptet Foinitsky weiter, mit der Auffassung brechen, welche die Handlung von der Individualität abstrahiert und von einer Verschlingung des Willens der Teilnehmer mit dem „gemeinsamen Willen“ ausgeht. Nur bei der Anerkennung der Teilbarkeit und der Selbstständigkeit der Schuld jedes Teilnehmers ist es möglich, die Frage über den Umfang und Inhalt ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu beantworten. Man muss die Gehilfen in die Kategorien der Thäter bringen. Man muss annehmen, dass die Thätigkeit einer jeden Person den Begriff der Handlung erfüllt. *Quot delinquentes tot delicta.*¹⁾ Es giebt keine „Teilnahme“.

Foinitsky kann aber nicht umhin, selbst zuzugeben, dass sich der Gehilfe doch nicht ganz in die Thäterkategorie hineinbringen lasse. Er sieht sich gezwungen, eine zweite

1) l. c. I. p. 58 V. p. 78.

ff. 98 q. IV. c. 1. 1)

Gruppe zu bilden, welche diejenigen umfassen soll, die nicht an der Ausführungshandlung teilnehmen, sondern vorher thätig sind.¹⁾ Diese Gruppe hat mit den Gehilfen der neueren Vermittelungstheorie eine täuschende Aehnlichkeit, nur dass Foinitsky hinsichtlich der genannten Gruppe von Mitwirkenden behauptet, es liege bei ihnen ein sehr entfernter Kausalzusammenhang vor — also in denselben Fehler der Abschwächung der Kausalität verfällt, den er soeben der herrschenden Doktrin vorgeworfen, und ausführt, wie diese Gehilfenhandlung eine selbständige, unabhängige Thätigkeit bilde, — womit er die akzessorische Natur der Beihilfe leugnet. Zu dieser Folgerung treibt ihn diejenige Voraussetzung, dass der Gehilfenvorsatz sich nur auf die Herbeiführung seiner eigenen Thätigkeit richte, wenngleich er in der Form dieselbe Gesetzesverletzung wie der Thäter im Auge habe.

Wenn Foinitsky es rügt, dass die herrschende Doktrin gewisse Fälle der Teilnahme als *delicta sui generis* behandelt und daraus auf die Unvollständigkeit derselben schliesst, so dürfte zur Entkräftung dieses Vorwurfes der Hinweis darauf genügen, dass es sich um Ausnahmen handelt, und dass er selbst in seinen positiven Deduktionen darauf hinauskommt, das, was nicht in den Rahmen der erwähnten beiden Gruppen hineinpasst, als *delicta sui generis* zu behandeln. Die Erkenntnis, ferner, dass die kulpose Teilnahme resp. Beihilfe bisher ungerechterweise vernachlässigt worden ist, kann eher dazu führen, sie in den Rahmen dieser Lehre aufzunehmen, als letztere über den Haufen zu werfen. Dass aber die moderne Theorie die Einheit des Vorsatzes für die Beihilfe nicht präsumiert, dass sie weit davon entfernt ist, an eine Einheit desselben überhaupt zu denken, ergibt sich von selbst aus der obigen Darstellung der einschlägigen Lehren. Jedenfalls ist das Beispiel von der „vorherversprochenen Begünstigung und Nichtanzeige“ nicht geeignet, das Gegen-

1) l. c. VI. p. 82 ff.

teil zu beweisen¹⁾. Denn wenn erstere zur Beihilfe gerechnet wird, so geschieht dieses nicht, weil man den Mangel des Kausalzusammenhanges der nachfolgenden Begünstigung mit der vorhergegangenen That durch die Einheit des Vorsatzes ersetzt, sondern weil man auf den psychischen Einfluss und faktischen Kausalzusammenhang des vorherigen Versprechens mit der darauffolgenden Begehung der Uebelthat Rücksicht nimmt. In gleicher Weise muss unter gewissen Bedingungen die Nichtanzeige behandelt werden. Warum sollte die bestehende Doktrin solches leugnen?²⁾

Die gewichtigsten Bedenken dürfte aber die Behauptung Foinitsky's erregen, dass die ganze Lehre von der Teilnahme auf der Verantwortlichkeit für eine fremde Schuld beruhe.³⁾ Der Teilnehmer verantwortet ja nicht für eine fremde Schuld, sondern für einen durch eine fremde Handlung mitbewirkten Gesammterfolg. Die Kausalität ist es, welche das gemeinsame Band um die Theilnehmer hinsichtlich der Thatseite schlingt, und das bewusste Mitwirken ist es, welches dasselbe bezüglich der Schuldseite knüpft. Auch für den Gehilfen der herrschenden Doktrin ist die Schuld des Thäters eine fremde insoweit er dieselbe nicht durch sein bewusstes Mitwirken zu seiner eigenen gemacht hat.

Wir müssen eben, um das Prinzip der individuellen Schuldhaftung zu wahren, durchaus nicht den inneren Zusammenhang der strafbaren Handlung mit der Rechtsverletzung leugnen, nicht, um das Strafrecht von zivilrechtlichen Schlaken zu säubern, demselben die unverrückbare Form nehmen, welche es mit jeder Grenzregulierung von subjektiven Rechten gemein hat. Denn wir

¹⁾ l. c. III. p. 70.

²⁾ vergl. Bauer l. c. § 2, Heffter l. c. § 86, Geib, l. c. § 113, Berner Teilnahme p. 227, Binding, Grundriss Anhang II zu § 67.

³⁾ l. c. V. p. 77.

rauben ihm auf diese Weise seinen rechtlichen Charakter und wandeln das Strafrecht in Kriminalpolitik um.

Diesem Vorwurf entgeht Kohler,¹⁾ wenn er seinen Ausführungen den Grundsatz vorausschickt, dass man im Strafrecht, ebensowenig wie im Zivilrecht, die vollständige Auflösung der Begriffe erwarten könne. Sie würden nur geschmeidiger gemacht, ihnen würde ein tieferer Gehalt gegeben. „Die Begriffe des Thäters, des Anstifters und des Gehilfen, ruft er aus, werden wir nie ganz entbehren mögen!“ Aber, fährt er fort, es gehen diese Begriffe oft in einander über. Wenn wir auch die Unterschiede im Geistesleben auf bestimmte Typen zurückführen, so müssen wir dennoch im Auge behalten, dass innerhalb dieser begrifflichen Gegensätze unzählige Modifikationen möglich seien.

Kohler greift die herrschende Beihilfetheorie in ihrem Lebensnerv, der Kausalitätsfrage an²⁾. Nicht, dass er den Unterschied von Bedingung und Ursache leugnet. Er will nur denselben anders gefasst und verwertet wissen. Die „causa“ ist ihm das die Existenz erregende, die Art und Intensität wesentlich bestimmende, das für die Qualität des werdenden entscheidende Element; die „conditio“ dagegen nur eine werdensbedingung, welche sich zur causa wie die Atmosphäre zur Triebkraft verhält.

Dieses — der Unterschied von Bedingung und Ursache. Doch entscheide er lange nicht über den Gegensatz von Mitthäterschaft und Beihilfe, da man jemand auch ausserhalb des Kausalzusammenhanges die Miturheberschaft resp. Urheberschaft und zwar kraft des Schuldzusammenhanges auferlegen dürfe³⁾. Denn der Mensch sei nicht nur im stande, die in der causa liegende Triebkraft zu erregen, sondern auch um eine bereits erregte Kraft die Bedingungen zu lagern⁴⁾, unter welchen dieselbe thätig werden könne.

1) Studien aus dem Strafrecht. 1890. I. Vorrede.

2) l. c. IV, § 1.

3) l. c. IV, § 4; V, § 1.

4) l. c. IV, § 2.

Dieser dominus causae sei in strafrechtlicher Beziehung ebenso viel wert wie die causa causae¹⁾, und beruhe daher die Urheberschaft im Strafrecht auf rationalen Elementen. Insofern müsse man Kausalität und rationale Urheberschaft unterscheiden. Daraus folge aber, dass der Begriff der Urheberschaft mehr oder weniger ausgedehnt werden könne, je nachdem man die Schuldhaftung weiter oder enger fasse²⁾, und letzteres hänge wiederum mit den Anschauungen der jeweiligen Kulturperiode zusammen. Dann erscheine aber als Mitthäter³⁾, wer immer bei der That mitwirkt, gleichviel ob er die Ursache oder die Bedingung setzt, weil es ja obigem zufolge vorkommen könne, dass es keine causa causae, sondern es überhaupt nur domini causae gebe.

Diejenige Auffassung hingegen, derzufolge die gesetzlich angegebenen Thatbestände entscheidend sein sollen, führt nach Kohlers Auffassung, zu einem sehr formalen Standpunkte, da je nachdem, ob das Gesetz die eine oder die andere Helfsthatigkeit besonders erwähnt, ihre Begehung Mitthäterschaft oder Beihilfe werde begründen müssen. Dem Einwurf, dass das Gesetz eben dieses im Auge gehabt haben möge, begegnet Kohler durch die Behauptung, dass der Grund, weshalb das Gesetz sie erwähnt, doch nur darauf beruhe, dass es in einem solchen Falle zu einer qualitativ schärferen resp. mildernden Strafhandlung auf- oder herabsteigen wolle. Nun könne die bestrittene Auffassung dahin führen, dass derjenige Mitthäter werde, welcher gerade die die Straf-milderung bestimmende Thätigkeit ausgeübt hat⁴⁾.

Hier kann sich Kohler nicht länger verhehlen, dass seine Beweisführung zur Zersetzung des hergebrachten Beihilfebegriffs führen muss. Er spricht es offen aus⁵⁾. Es sei

1) l. c. IV, § 3.

2) l. c. IV., § 4.

3) l. c. V, § 1.

4) Dieser Einwurf ist nicht stichhaltig. Was thut es, dass der vermeintliche Gehilfe auch in diesem Falle Mitthäter wird? Wird er denn darum relativ strenger bestraft?

5) l. c. V, § 2.

eben kein strenger Grenz-begriff, welcher qualitativ vom Thäterbegriff zu scheiden wäre. Man habe sich ausserordentlich gequält, diese Grenzlinien zu ziehen, und überall habe als Grundlage die „falsche“ Annahme gedient, dass eine qualitative Scheidung möglich sei. Dem gegenüber müsse behauptet werden, dass dieser Unterschied nur ein intensiver ist. Der Gehilfe sei auch ein Mitthäter, aber ein untergeordneter. Was seither als Scheidelinien angenommen worden, führt Kohler weiter aus, waren nur Symptome, welche das Motiv bildeten, eine mindere Intensität der Beteiligung anzunehmen (Vorbereitungshandlungen, hervorstechendes Interesse). Diese Symptome können einander sogar überbieten, daher die Komplotttheorie, daher die Lehre von dem Hauptgehilfen. Die seitherige falsche Behandlung der Lehre von der Beihilfe sei aber insofern fruchtbar gewesen, als sie eine reiche Fülle von solchen Symptomen ergeben habe, welche zusammen von Wert, getrennt auf Abwege führten. Nicht als qualitativ verschiedene Grenzbegriffe, sondern als Hilfsmittel unseres juristischen Denkens, um die Intensitätsgrade zu markieren, müssten Thäterschaft und Beihilfe getrennt behandelt werden -- ja noch mehr, hätten wir überall mildernde Umstände -- wir brauchten des Gehilfenbegriffes nicht!).

1) Dieses Prinzip hat in dem Entwurf des neuen russischen Strafgesetzbuches teilweise Verwendung gefunden.

Art. 47 des gen. Entwurfes lautet:

„Wenn ein Verbrechen oder ein Vergehen oder der Versuch derselben oder die Vorbereitung dazu von mehreren Personen nach gegenseitiger Uebereinkunft begangen worden ist, so heissen von diesen Personen Teilnehmer und werden als solche bestraft:

- 1) diejenigen, welche unmittelbar an der Ausführung der Handlung selbst teilgenommen haben;
- 2) diejenigen, welche andere ausdrücklich zur Teilnahme an dieser Handlung angestiftet haben;
- 3) diejenigen, welche zur Verübung derselben durch Ratschläge, Anweisungen, Beschaffung von Mitteln oder Beseitigung von Hindernissen Hilfe geleistet haben.

So ist denn Kohler am Schlusse seiner Betrachtungen zu einem Resultate gelangt, welches er selbst von vorne herein verdammt hatte. Er giebt den Gehilfenbegriff auf, nachdem er behauptet hatte, wir würden ihn nie entbehren mögen. Und zu diesem Resultate musste er gelangen, weil er Ursache und Bedingung, welche er auf dem Gebiete des Naturkausalismus streng auseinanderhält, bei der strafrechtlich relevanten, rationalen Ursächlichkeit in einander überfließen lässt; weil er die Scheidung von Thatbestands- und anderweitigen Handlungen als zu formal zurückweist; weil er, ohne zu leugnen, dass die Symptome der Intensität der Beteiligung den Rückschluss auf den Grad dieser Intensität ermöglichen, nicht zugeben will, dass das positive Recht durch die Bestimmung dieser Gradunterschiede eo ipso qualitativ verschiedene Grenzbegriffe schafft, welche dadurch noch nicht aus dem Wege geräumt werden, dass man sie als „Hilfs-

„Die Teilnehmer unterliegen der im Gesetze auf die von ihnen begangene verbrecherische Handlung gesetzten Strafe; doch wird die Strafe der Personen, welche zur Verübung der verbrecherischen Handlung eine nur unbedeutende Hilfe geleistet haben, nach Massgabe des art. 53 (mildernde Umstände) gemildert....“

Vergl. Gretener, Strafgesetzbuch für Russland. 1882.

Die Dreiteilung der Teilnehmer in Mitthäter, Anstifter und Gehilfen, wie sie das deutsche Strafgeb. eingeführt hat, ist auch diesen Bestimmungen zu Grunde gelegt worden, nur dass man, anstatt diese Begriffe durch Einführung reststehender Bezeichnungen der resp. Beteiligten zu präzisieren, es vorgezogen hat, die Art und Weise der Mitwirkung durch die Begriffe „Ausführung“, „Anstiftung“ und „Hilfe“ zu kennzeichnen. Man hat hiermit beabsichtigt „einem schädlichen Formalismus zu entgehen, welchen das deutsche Strafgesb. heraufbeschworen habe,“ und welchem gegenüber die „Bestimmungen des code pénal wegen ihrer Allgemeinheit immer noch vorzuziehen seien“ (vergl. Gretener, Erläuterungen zum Entwurf. Allgem. Teil, p. 186–201). Ob die gehegten Erwartungen sich thatsächlich bewahrheiten werden, steht noch zu erwarten. Darüber, dass die französische Praxis durch die Allgemeinheit der Bestimmungen des code pénal in arge Verlegenheit gesetzt wird, vergl. Abschnitt II., Anmerkungen.

mittel unseres juristischen Denkens“ bezeichnet. Denn Hilfsmittel unseres juristischen Denkens sind eben alle Grundbegriffe des positiven Rechts.

Welch einen bedeutenden Fortschritt die Fassung des Entwurfs gegenüber den zur Zeit geltenden Bestimmungen des Gesetzbuches der Kriminal- und Korrektionsstrafen bedeuten, beweist der Wortlaut der einschlägigen Artikel, welche wir nachstehend folgen lassen:

art. 11. „Bei einem von mehreren Individuen verübten Verbrechen wird in Betracht gezogen: ob dieses Verbrechen in Folge einer vorgängigen Verabredung hierzu aller oder einiger der Schuldigen begangen worden, oder ohne eine solche.

art. 12. „Bei einem von mehreren Individuen ohne deren vorgängige Verabredung hierüber begangenen Verbrechen, werden von denen, welche an demselben Theil genommen, angesehen: als Hauptschuldige (главные виновные):

„Erstens, diejenigen, welche die Handlungen der anderen anordneten oder leiteten;

„Zweitens, diejenigen, welche gleich beim Beginne der Handlungen zuerst vor den übrigen zu denselben schritten oder aber sie unmittelbar verübten; als Mitschuldige (участники):

„Erstens, diejenigen, welche unmittelbar den Hauptschuldigen beim Verüben des Verbrechens beistanden;

„Zweitens, diejenigen, welche die Mittel zur Ausführung des Verbrechens herbeischafften oder aber sich bemühten, die Hindernisse, welche sich derselben entgegenstellten, zu beseitigen.

art. 13. „Bei von mehreren Individuen auf deren vorgängige Verabredung hierüber begangenen Verbrechen werden angesehen: als Rädelsführer (зачинщики):

„Diejenigen, welche das verübte Verbrechen beabsichtigend, andere zu demselben beredeten, und diejenigen, welche die Handlungen beim Vollbringen des Verbrechens oder des Versuches leiteten oder aber dazu als die ersten schritten; als Teilnehmer am Komplott (сообщники):

„Diejenigen, welche mit den Rädelsführern oder mit anderen Schuldigen sich verabredeten, mit vereinten Kräften oder Handlungen das beabsichtigte Verbrechen zu begehen; als Anstifter (подговорщики или подстрекатели):

„Diejenigen, welche ohne selbst an dem Vollbringen des Verbrechens Theil zu nehmen, Bitten, Beredung oder Bestechung

So sehr die scholastische Kasuistik des verflornten Jahrhunderts zu verwerfen ist, welche in einem geradezu lächerlichen Formalismus erstarrte, so entschieden muss das

„und Versprechen von Vorteilen oder Verlockungen und Täuschungen oder aber Zwang und Drohungen anwandten, um andere dazu zu bewegen; als Gehilfen (пособники): „Diejenigen, welche, gleichfalls ohne unmittelbar an dem Vollbringen selbst des Verbrechens teilgenommen zu haben, jedoch aus eigennützigem oder anderen persönlichen Rücksichten den das Verbrechen Beabsichtigenden halfen oder zu helfen sich anheischig machten, durch Rat oder Nachweisungen und Mittheilen von Auskünften oder aber durch Herbeschaffen irgend welcher anderer Mittel zur Vollendung des Verbrechens oder durch Beseitigung der sich der Verübung desselben entgegenstellenden Hindernisse oder welche wissentlich vor Vollbringung des Verbrechens den dasselbe Beabsichtigenden Zuflucht bei sich gaben oder aber versprachen, zur Verbergung der Verbrecher oder des Verbrechens nach Verübung desselben behilflich zu sein.

art. 14. „Ausserdem werden von den bei dem Vorfalle und dem Verbrechen Beteiligten angesehen: als der Nichtverhinderung Schuldige (порушители): „Diejenigen, welche, obwohl sie die Macht oder die Möglichkeit hatten, das Verbrechen zu hindern, absichtlich oder wenigstens wissentlich die Verübung desselben zuließen; „..... (folgt eine Bestimmung über die „Hehler (укриватели).....

art. 15. „Als bei dem Verbrechen Beteiligte werden auch diejenigen angesehen, welche von dem beabsichtigten oder bereits verübten Verbrechen wussten und, obzwar sie die Möglichkeit hatten die Obrigkeit davon in Kenntniss zu setzen, diese Pflicht nicht erfüllten.

Ueber die Bestrafung der Teilnehmer (art. 117—128) vergl. weiter unten, Abschnitt II, Kap. VI. Einfacher und weit zutreffender sind die resp. Bestimmungen des Gesetzes über die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen.

Art. 15 desselben lautet: „Haben zwei oder mehrere Individuen an einem Vergehen teilgenommen, so erleiden diejenigen, welche die widergesetzliche Handlung selbst ausführten oder andere dazu anstifteten, schärfere Strafen als ihre Mitschuldigen (соучастники).

Bestreben zurückgewiesen werden, jede feinere Begriffsgliederung aus dem Gebiete des Strafrechts zu verbannen, wenn anders demselben sein rechtlicher Charakter gewahrt bleiben soll.

Ein Bild der völligen Zerstörung der Lehre von der Teilnahme bietet das von David Dudley-Field verfasste Strafgesetzbuch des Staates New-York vom Jahre 1881 (vergl. Z. f. g. Strfw. IV, Beilage 1). Die Ueberschrift des II. Titels, welche „Teilnahme am Verbrechen“ lautet, erscheint fast wie Ironie, denn der „Mitschuldige“, welchen der § 28 des Strafgesetzbuches dem Hauptthäter entgegenstellt, ist nichts weiter, als der „Begünstiger.“ Die eigentlichen Teilnahmearten sind im Thäterbegriff aufgegangen:

§ 29. Begriff des Hauptthäters:

„Wer an der Begehung eines Verbrechens beteiligt ist, mag er unmittelbar die eine Rechtsverletzung enthaltende Handlung begehen, oder die Begehung derselben unterstützen und zu derselben anstiften, mag er gegenwärtig oder abwesend sein, ebenso wer unmittelbar oder mittelbar einen andern bestimmt, antreibt, veranlasst oder beredet, ein Verbrechen zu begehen, ist Hauptthäter.“

§ 30. Begriff des Mitschuldigen:

„Wer nach Begehung eines Verbrechens im eigentlichen Sinne den Thäter beherbergt, verbirgt oder unterstützt, um ihn der Festnahme, der Untersuchung, der Ueberführung oder Bestrafung zu entziehen, ist, wenn er Kenntnis oder einen vernünftigen Grund zur Annahme hat, dass ein solcher Verbrecher der Festnahme unterliegt, festgenommen, angeklagt oder überführt worden ist, oder ein Verbrechen im eigentlichen Sinne begangen hat, Mitschuldiger an dem Verbrechen im eigentlichen Sinne.“

§ 31 — besagt, dass bei Vergehen auch der Mitschuldige Hauptthäter sei.

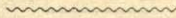
§ 32. Verfahren gegen Mitschuldige:

„Ein Mitschuldiger bei einem Verbrechen im eigentlichen Sinne kann angeklagt, zur Verhandlung gestellt und überführt werden entweder in dem Bezirke, in welchem er Mitschuldiger wurde oder in dem Bezirke, in welchem die Hauptthat begangen wurde, mag der Hauptthäter zu vor überführt worden sein, oder nicht, der Gerechtigkeit verantwortlich sein oder nicht, und obschon der Hauptthäter begnadigt oder sonst wie nach der Ueberführung entlastet worden ist.“

§ 33. Strafe des Mitschuldigen:

„Soweit nicht im Gesetz eine verschiedene Bestrafung
„besonders vorgeschrieben ist, ist derjenige, welcher als
„ein Mitschuldiger bei einem Verbrechen im eigentlichen
„Sinne überführt wurde, mit Einsperrung bis zu 5 Jahren
„oder mit Geldstrafe bis zu 500 Dollars allein oder in Ver-
„bindung mit einander zu bestrafen.

Zweiter Abschnitt.



Systematische Darstellung.

Erstes Kapitel

Begriff der Beihilfe und ihr Verhältnis zu den übrigen Teilnahmearten.

Zweiter Abschnitt.

Drei Voraussetzungen sind es vornehmlich, an welche der Begriff der verbrecherischen Teilnahme sich knüpft: ein Verbrechen, eine Mehrheit von Verbrechenssubjekten und die Wirklichkeit derselben.

Systematische Darstellung.

Ein Verbrechen, im allgemeinen Sinne des Wortes, ist eine schuldhaft, normwidrige, mit öffentlicher Strafe belegte Handlung. Dieser Verbrechensbegriff tritt uns im positiven Strafrecht zunächst in dem Gewande von bestimmten Verbrechensspezies entgegen. Dieselben sind nach den ihnen zu Grunde liegenden Normübertragungen innerlich von einander verschieden; aber es besteht unter ihnen ein gemeinsames Jussives Merkmal — nämlich die Selbstständigkeit der auf sie gesetzten Strafvorgänge. Umgekehrt erscheint nur eine solche Handlung im positiven Recht als ein Verbrechen im Sinne, welche ihre Strafbarkeit aus sich selber schöpft. Daneben kennt aber das positive Recht auch noch eine Reihe von strafbaren Willensverwickelungen, welche strafbare Handlungen sind, ohne deshalb, von Standpunkte des Rechts aus, selbständige Verbrechen abzugeben, weil ihnen keine selbständige Strafbarkeit zukommt. Während nun eine Bezeichnung an sich naturlicherweise an jeder strafbaren Handlung denkbar ist, erscheint die verbrecherische Teilnahme stets nur in Bezug auf selbständig strafbare Delikte möglich.

Eine weitere Voraussetzung der Teilnahme ist eine Mehrheit von Verbrechenssubjekten. Es liegt nahe, diese

Erstes Kapitel.

Begriff der Beihilfe und ihr Verhältnis zu den übrigen Theilnahmearten.

Drei Voraussetzungen sind es vornehmlich, an welche der Begriff der verbrecherischen Theilnahme sich knüpft: ein Verbrechen, eine Mehrheit von Verbrechenssubjekten und ein schuldhaftes Zusammenwirken derselben.

Ein Verbrechen, im allgemeinen Sinne des Wortes, ist eine schuldhafte, normwidrige, mit öffentlicher Strafe belegte Handlung. Dieser allgemeine Verbrechensbegriff tritt uns im positiven Strafrecht zumeist in dem Gewande von bestimmten Verbrechensspezies entgegen. Dieselben sind nach den ihnen zu Grunde liegenden Normübertretungen innerlich von einander verschieden; aber es besteht unter ihnen ein gemeinsames äusseres Merkmal — nämlich die Selbständigkeit der auf sie gesetzten Strafdrohungen. Umgekehrt erscheint nur eine solche Handlung im positiven Recht als ein Verbrechen κατ' ἐξοχὴν, welche ihre Strafbarkeit aus sich selber schöpft. Daneben kennt aber das positive Recht auch noch eine Reihe von strafbaren Willensverwirklichungen, welche strafbare Handlungen sind, ohne deshalb, vom Standpunkte des Rechts aus, selbständige Verbrechen abzugeben, weil ihnen keine selbständige Strafbarkeit zukommt. Während nun eine Beteiligung an sich natürlicherweise an jeder strafbaren Handlung denkbar ist, erscheint die verbrecherische Theilnahme stets nur in Bezug auf selbständig strafbare Delikte möglich.

Eine weitere Voraussetzung der Theilnahme ist eine Mehrheit von Verbrechenssubjekten. Es liegt nahe, diese

Mehrheit zu einer juristischen Personeneinheit zusammenzufassen. Denn die Einheit des Verbrechens, zu welchem sie mitwirken, schlingt um die Mehrheit ein Band, das unter Voraussetzung der Schuldhaftigkeit ihres Thuns ihre Thätigkeit zur Teilnahme, sie selbst zu Teilnehmern an ein und demselben Delikte macht. Nur darf jene Abstraktion nicht weiter gehen, als das Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit des Menschen für sein Thun und Lassen es gestattet. Dieses Prinzip kann aber nur dann gewahrt bleiben, wenn sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit der einzelnen Teilnehmer nach der Mannigfaltigkeit ihrer verschiedenen Beziehungen zu dem Verbrechen, an welchem sie sich beteiligt haben, abstuft.

Die dritte und letzte Voraussetzung der Teilnahme ist die schuldhafte Mitwirkung zu einem Verbrechen. Die Einheit des Verbrechens, auf welcher das Prinzip der Teilnahme sich aufbaut, wirkt auf das Wesen der Gesamthätigkeit zurück, die zur Entstehung desselben beigetragen hat. Auch diese wird gewissermassen zu einer Einheit. Aber während das Delikt selber begrifflich im Hinblick auf die Mitwirkenden unteilbar erscheint, lässt sie ihrerseits eine Teilung zu. Die verbrecherische Thätigkeit jedes einzelnen der Mitwirkenden macht einen Teil der Gesamtheit von Bedingungen aus, welche von Menschenhand für den Eintritt des verbrecherischen Erfolges gesetzt werden. Mit anderen Worten: der Theilnehmer muss einem Beitrag zum begangenen Verbrechen geleistet haben.¹⁾

Hiermit ist die Grenzscheide zwischen dem Begriffe der Teilnahme und demjenigen der sogenannten Begünstigung gegeben. Der Begünstiger wirkt nicht zum Entstehen des Verbrechens mit, seine Thätigkeit widmet sich dem gewordenen Verbrecher und Verbrechen²⁾, sie ist auf die Aufrechterhaltung des durch das Verbrechen entstandenen mit der Rechtsordnung unvereinbaren Zustandes³⁾, auf die

1) Binding, Der Entwurf eines Strafgesetzbuches p. 91.

2) Binding, l. c. ibidem.

3) Hugo Meyer, Lehrbuch, § 43.

Vereitelung des Strafanspruches des Staates gerichtet. Freilich ist infolge dessen zwischen ihr und der begangenen Uebelthat ein gewisser Zusammenhang gegeben, welcher darin besteht, dass die Begünstigung nicht möglich ist, wenn nicht die Uebelthat selbst begangen worden, und dass die Begünstigung eben im Anschluss an die letztere geleistet sein muss; aber es ist augenfällig, dass jene Beziehung auch bei ganz verschiedenen Verbrechen vorliegen, die Begehung eines Diebstahls z. B. von der Vollführung eines Mordes abhängen kann, und dass dieser Anschluss dem „subsequens“ noch lange nicht das Wesen der Beteiligung an dem „antecedens“ verleiht.¹⁾

¹⁾ vergl. Berner, Teilnahme p. 6; Heffter, Lehrbuch § 86; Geyer in Holzendorff's Handbuch § 1; Borchert, l. c. p. 4ff. Liszt, Lehrbuch 1888 § 48; Birkmeyer, Teilnahme p. 20, 21; Gretener, Strafgesetzbuch für Russland p. 198; dagegen Kries, Z. f. g. Strfrw. 1887. p. 538, 563ff. Schütze, Notwendige Teilnahme. p. 383 ff.

Die entgegengesetzte Anschauung, welche die Begünstigung zur Teilnahme rechnete, früher allgemein verbreitet (concursum subsequens!), gehört nunmehr der Vergangenheit an.

Die modernen Strafgesetzbücher behandeln die Begünstigung als selbständiges Delikt (vergl. Deutsches Strafgesetzbuch § 257; Niederländisches Strafgesetzbuch Art. 416ff; das Strafgesetzbuch für New-York § 30ff.)

Im Einklange mit der herrschenden Meinung steht auch die Judikatur des deutschen Reichsgerichts.

In dem Urteil vom 1. April 1887 (Entscheidungen XV. p. 396) erklärt es z. B. dass die Begünstigung gerade deshalb von der Verbindung mit der Teilnahme losgelöst und als ein selbständiges Verbrechen behandelt ist, weil sie, als der vollendeten That nachfolgend, diese selbst weder verursacht, noch ihren Thatbestand irgend beeinflusst.

Ein ganz anderes Bild gewährt dagegen die Judikatur des Pariser Kassationshofes. Dieses liegt in der Formulierung des Gesetzes begründet, welches in Frankreich die Begünstigung von der Teilnahme nicht trennt (art. 61 ff), denn beide gehen im Sammelbegriff der „complicité“ auf. Dem obersten Gerichtshof Frankreichs kann es nicht verdacht werden, wenn er dem Wortlaut des Gesetzes treu bleibt. So heisst es in der Cassation 19 avril 1888 (Bulletin № 151, p. 237):

Die Mitwirkung zum Verbrechen muss eine schuldhaft^e sein. Ihr muss ein verbrecherisches Wollen und Wissen resp. Wissen-müssen entsprechen, welches die Zurechnung zum Vorsatz oder zur Culpa begründet. Dieses Wissen ist ein Mitwissen. Fehlt das Mitwissen und war die Möglichkeit eines solchen ausgeschlossen, so ist die Thätigkeit des betreffenden als selbständige That zu betrachten und als solche nach ihrer kausalen und rechtlichen Tragweite zu beurteilen. Das faktische Mitwirken begründet allein noch keine Teilnahme. Eine derartige Sachlage wird allemal da eintreten, wo zwei Uebelthäter auf ein und denselben Erfolg in der Weise hinarbeiten, dass ihre Bemühungen sich begegnen, ohne dass sie von der einander geleisteten Unter-

„ . . . le récelé malgré certains caractères qui le distinguent „n'est qu'un mode de complicité du vol, auquel il se rattache „comme une conséquence à son principe; . . . le complice „d'un vol par récelé devant être puni des mêmes peines que „l'auteur du vol . . .“

Dieser Standpunkt erscheint aber dem Kassationshofe selbst nicht immer haltbar; im Verein mit den Koryphäen der französischen Jurisprudenz (Ortolan № 1310, № 1273; Boitard, Leçons, 1847 № 164 ff; Rossi p. 404, 407; Hélie p. 440) rüttelt er mitunter an jener Anschauung, welche nur einem Fehlgriff des Gesetzgebers ihren Ursprung verdankt und durch das Gesetz von 1832 (art. 63. c. p.) nur teilweise zurechtgestellt worden ist.

So heisst es in der Cass. 20 juin 1839 (B. 223 p. 354):

„ . . . le recel assimilé par les art. 62 et 63 du code pénal à „un acte de complicité, diffère essentiellement de la complicité „résultant de chacune des circonstances spécifiées dans l'art. 60 „ . . . il n'implique pas comme elles une participation directe „au delit ou au crime, par suite duquel les choses recelées „avaient été enlevées . . . d'autre part, aux termes de „l'art. 63 il n'offre pas toujours le même caractère de crimi- „nalité . . .“

Desgleichen lautet die Cass. 11 sept. 1890 (B. 189 p. 298):

„ . . . la complicité par recel est un crime différent de com- „plicité par aide et assistance ou par les autres modes de „l'article 60 du c. p. . . . il est de l'essence du recel de „suivre le crime tandis que la complicité par aide et assistance „est un mode de participation directe à la perpétration du „crime . . .“

stützung wüssten resp. wissen könnten. So etwa in dem bekannten Beispiel, wo zwei Individuen aus dem gleichen Beweggrunde, nämlich aus Rache, einen Deich, welcher tiefliegende Ländereien von dem Flutenandrang schützt, unabhängig von einander an einer schmalen Stelle zu unterhöhlen unternehmen, in der Hoffnung, die Flut werde das übrige thun, um den Deich zu durchbrechen. Da sie aber zu verschiedenen Zeiten an den entgegengesetzten Böschungen des Deiches arbeiten, wissen sie von einander nicht das geringste und können auch keine entgegenarbeitende Thätigkeit voraussehen. Thatsächlich hatte sich aber ihre „Mineurarbeit“ begegnet, und die betreffende Deichstelle war so schadhafte geworden, dass die Katastrophe früher hereinbrach, als der zuletzt Arbeitende es erwartet hatte. Hier kann von einer Teilnahme nicht die Rede sein. Das faktische Zusammenwirken erscheint in diesem Falle als sogenannte Mehrthäterschaft.

Es ist viel darüber gestritten worden, welche weitere Gliederung innerhalb des auf diese Weise gewonnenen Teilnahmebegriffes möglich sei. Der Zwiespalt der Meinungen hat auf die Fassung des positiven Rechts und letzteres wiederum auf die Gestaltung der theoretischen Ansichten zurückgewirkt. Man hat die Teilnahme so allgemein fassen wollen, dass man in derselben auch die Kategorie der Alleinthäter unterbringen konnte.¹⁾ Man verstand darunter andererseits nur diejenige Mitwirkung, welche den Beteiligten dem Strafgesetz nicht schon als Thäter überlieferte, und zerlegte dieselbe in Mitthäterschaft, Anstiftung und Beihilfe.²⁾ Man liess ferner die Mitthäterschaft fallen und stellte Anstiftung und Beihilfe allein der Thäterschaft gegenüber.³⁾ Man fasste schliesslich den Begriff der Teilnahme noch enger, und in-

1) Heffter, Lehrbuch § 79, 80 (communio criminis — verbrecherische Genossenschaft); Marezoll, das gem. deutsche Criminalrecht 1847 § 34.

2) Die gemeine Meinung.

3) Hälschner l. c. § 171. Hugo Meyer, Lehrbuch § 43; Liszt, Lehrbuch, § 48 II. 3.

dem man die Anstiftung bald ganz der Thäterschaft gleichsetzte bald in zwei Kategorien zerlegte, von denen man die eine zu der Thäterschaft, die andere zu der Gehilfschaft schlug, indentifizierte man den Begriff der Teilnahme mit demjenigen der Beihilfe.¹⁾ Wie weit aber die Meinungen auch auseingehen mochten, die Beihilfe hat man aus dem Gebiete der Teilnahme nie verbannen können. Sie steht und fällt mit derselben. Im Hinblick darauf erscheint der Ausspruch Hälschner's²⁾ vollkommen berechtigt, dass für die ganze Lehre von der Teilnahme die an der Spitze stehende, für alles Weitere massgebende Frage diejenige nach dem Unterschiede von Urheberschaft (Thäterschaft) und Beihilfe sei.

Für das Wesen der Beihilfe kommen zunächst die allgemeinen Voraussetzungen der Teilnahme in Betracht. Die Beihilfe ist demnach, vor allen Dingen, die schuldhaft Mitwirkung zu einem selbständig strafbaren Delikte. Hierzu tritt weiterhin, als charakteristisches Merkmal der Beihilfe, die Unselbständigkeit,³⁾ welche an sich in dem Begriffe des Hilfeleistens enthalten ist. Die Beihilfe weist hinter sich zurück,⁴⁾ sie setzt eine fremde Handlung voraus, an welche sie sich anlehnt, welcher gegenüber sie sich als minderwertige, nebensächliche, unwesentliche Beteiligung an der Herstellung des verbrecherischen Erfolges darstellt. Aber in dem Begriffe des Helfens ist andererseits derjenige der Unterstützung enthalten. Um als Beihilfe gefasst zu werden, muss deshalb die entsprechende Thätigkeit in dem Verhältnis der Beförderung zu der Handlung stehen, an welche sie sich anschliesst. Wir hatten oben gesehen, dass der Teilnehmer überhaupt immer nur einen Teil der Gesamtwirksamkeit hergiebt, welche für das Ent-

1) Buri, siehe oben; Binding, Kritik des Entwurfs p. 88ff, 92ff. Derselbe, Grundriss § 67. 3. b.

2) l. c. § 155.

3) Klar ausgedrückt bei Hugo Meyer, Lehrbuch, in der Ueberschrift des dritten Kapitels.

4) Berner, Teilnahme p. 8.

stehen des Verbrechen, an welchem er sich beteiligt, erforderlich ist; dieses gilt in gleicher Weise von dem Gehilfen. Nur kommt bei ihm noch die weitere Voraussetzung hinzu, dass der Teil der Gesamtwirksamkeit, welcher von ihm herrührt, den Thatbestand des betreffenden Deliktes nicht einmal zum Teil erfüllen darf.¹⁾

Halten wir an diesem Gesichtspunkt fest, so können wir uns der Ueberzeugung nicht verschliessen, dass mangels ausdrücklicher die Beihilfe betreffender Strafbestimmungen der verbrecherische Erfolg nur demjenigen, welcher den betreffenden Thatbestand ganz oder teilweise erfüllt hat — d. h. dem Thäter oder dem Mitthäter — würde zugerechnet werden können. Nur jene ausdrückliche allgemeine Bestimmung über die Strafbarkeit des Gehilfen ermöglicht es, dass demselben der Erfolg, welchen er nicht verursacht hat, zugerechnet wird. Dann bedeutet diese Strafbestimmung auch nichts Anderes, als eine Erweiterung des Gebiets der strafrechtlichen Verantwortlichkeit über die Grenzen der gewöhnlichen Schuldformen hinaus;²⁾ dann erscheint aber

1) Man hat dieses auch so ausgedrückt, dass man sagte, der Gehilfe dürfe in keinem Falle die „Hauptthat“ begehen, ohne aufzuhören, Gehilfe zu sein. Wir haben gesehen, wie die subjektive Theorie diesen Umstand im grossen und ganzen auch nicht hat leugnen können. Im Grunde genommen, sind die verschiedenen Definitionen, welche von diesen Rechtslehrern für die Hauptthat aufgestellt werden, mit der weiter unten vorgetragenen Formulierung der Thatbestandshandlung identisch; die Vorwürfe, welche von ihnen der nachstehend erörterten Unterscheidung gemacht werden, müssten demnach — wenn sie begründet wären — auf sie selbst zurückfallen.

2) Diese Auffassung ist auch vom deutschen Reichsgericht vertreten worden, welches darzuthun sucht, dass die Aufstellung einer besonderen Schuldform der Beihilfe neben der Thäterschaft, sowie sie vom Gesetz statuiert ist, auch de lege ferenda geboten war (vergl. Birkmeyer, l. c. p. 261ff). So wird z. B. in dem Urteil vom 10. Januar 1887 (E. XV. № 93 p. 295) darauf hingewiesen, dass:

„ . . . das Gesetz, um auch für einen derartigen Sachverhalt „einen Fall strafbarer Teilnahme zu schaffen, neben dem Begriff der Thäterschaft und der Mitthäterschaft den Begriff „der Beihilfe stellen (musste) . . .“

auch die Beihilfe ihrem Wesen nach als eine minderwertige Schuldform, deren Unvollkommenheit in der Mangelhaftigkeit sowohl ihres objektiven, als auch ihres subjektiven Thatbestandes begründet ist.¹⁾ Im Anschluss hieran wird die weitere Untersuchung den objektiven und den subjectiven Thatbestand der Beihilfe einzeln näher berühren müssen.

I. Um den Inhalt des allgemeinen objektiven Thatbestandes der Beihilfe festzustellen, müssen wir dieselbe einmal der Alleinthäterschaft und dann den übrigen Teilnahmearten der Mitthäterschaft, sowie der Anstiftung entgegenhalten. Wir werden auf diesem Wege feststellen können, welche Elemente nicht die Thatseite der Beihilfe ausmachen dürfen, und, wenn wir an diese negativen Resultate diejenigen positiven Merkmale reihen, welche genügen, um die Beihilfe als solche anzunehmen, so wird damit das Maximum und Minimum gegeben sein, innerhalb deren sich die Thatseite der Beihilfe frei bewegen kann.

1) Beginnen wir mit dem Minimum. Eine jede Beihilfe ist schuldhaftige Mitwirkung zu einem Verbrechen. Der Gehilfe muss, sei es durch körperliche Thätigkeit, sei es durch intellektuelle Einwirkung, in der Richtung auf den verbrecherischen Erfolg thätig geworden sein. Er muss von den zur Entstehung eines Verbrechens erforderlichen, durch menschliche Thätigkeit hervorzurufenden Bedingungen mindestens eine verwirklichen²⁾. Dieses darf nicht in der Weise verstanden werden, als ob der Gehilfe stets „irgend etwas zur Erzeugung des konkreten Verbrechens

1) Vergl. Geyer, § 37 u. a. Völlig klar schon Marezoll, Criminalrecht, p. 126, welcher behauptet:

„Helfer, Beiständer, socii delicti oder socii inaequales heissen „alle diejenigen, welche zur Hervorbringung eines fremden „... Verbrechens ... mitgewirkt haben, ohne dass „der volle Begriff und alle Voraussetzungen „der Miturheberschaft ganz auf sie Anwendung leiden ...“ Aehnlich: Henke, l. c. § 45 „„vollkommene und unvollkommene Teilnahme.“

2) Binding, Entwurf, p. 90.

müsse beigetragen haben¹⁾. Erforderlich ist auch hier, wie bei der Thäterschaft, nur die mögliche Kausalität, und wenn auch vollendete Beihilfe immer eine konkrete Kausalität voraussetzt, so stellt sich eine solche unterstützen sollende Thätigkeit, welche thatsächlich nicht das geringste zum Verbrechenserfolg beitrug, immer noch als eine versuchte Hilfeleistung dar. Als Beispiel diene das Wachestehen²⁾, von welchem der Thäter nichts wusste und welches zugleich unnütz war, weil thatsächlich niemand in die Nähe des Orts gekommen, wo das Verbrechen verübt wurde oder auch das Leihen einer Schusswaffe zur Verübung eines Mordes, wenn der Thäter von derselben gar keinen Gebrauch gemacht und auch sonst durch den Besitz derselben keine intellektuelle Förderung erhalten hat. Aeusserst verwirrend war für die Frage nach der Kausalität der Beihilfe die Verquickung derselben mit der hypothetischen Erörterung, ob die Ausführung der verbrecherischen That nicht auch ohne die fragliche Hilfeleistung erfolgt wäre, ob demnach letztere eine notwendige Vorbedingung der ersteren gewesen sei oder nicht. Die Unangemessenheit einer solchen Formulierung hat bereits Stübel³⁾ nachgewiesen. Und in der That ist die Notwendigkeit der Vorbedingung in diesem Sinne weder a priori noch ex post von irgend welcher Bedeutung. A priori kommt es, wie gesagt, auf die mögliche Kausalität allein an, darauf also, dass die betreffende Gehilfenthätigkeit unter den gegebenen Umständen erfahrungsgemäss eine Bedingung des verbrecherischen Erfolges darstellt. Ex post erscheint ein jedes Thun notwendig, welches thatsächlich eine Bedingung des Erfolges abgegeben hat⁴⁾.

1) Birkmeyer, l. c. p. 21 § 9 und p. 16 ff.

2) Birkmeyer, l. c. p. 19, Anm. 36. Ueber die mögliche Kausalität vergl. Rohland, die strafbare Unterlassung, p. 39.

3) Vergl. oben, p. 19; ferner Luden, Abhandlungen II, p. 391 ff.

4) In ähnlicher Weise hat sich das Deutsche Reichsgericht ausgesprochen; in dem Urteil vom 18. Januar 1886 (E. XIII. p. 265) heisst es:

„Zunächst ist es allerdings. . . für den Begriff wissenschaftlicher Beihilfe völlig bedeutungslos, hypothetisch zu erörtern,

Um demnach Gehilfenthätigkeit annehmen zu können, genügt es in objektiver Hinsicht, dass eine Bedingung des Verbrechens gesetzt worden sei, dass irgend eine Mitwirkung zu demselben vorliege. Demgemäss bildet die beihelfende Thätigkeit einen Teil der den Thatbestand des betreffenden Delikts in sich begreifenden Gesamtwirksamkeit. Als Teil dieser Gesamtwirksamkeit steht sie zu demselben im Ver-

„ob die Ausführung der That nicht auch ohne die fragliche „Hilfeleistung erfolgt wäre, und inwieweit die letztere gerade „eine notwendige Vorbedingung der That bildete. Es genügt, „dass thatsächlich die bewusste Mitwirkung des Gehilfen „physisch oder psychisch eines derjenigen Elemente abgegeben „hat, aus denen sich die That, so wie sie konkret ausgeführt „worden ist, nach der objektiven und subjektiven Seite hin „zusammensetzt“ . . .

Den Standpunkt der nur möglichen Kausalität vertritt das Reichsgericht beispielsweise in dem Urteil vom 23. September 1880 (E. II. № 109 p. 261), welches besagt, dass es:

„. . . für den Thatbestand der Beihilfe (hinreicht), wenn „die That selbst. . . verübt und dem Thäter zur Begehung „der Straftthat durch Rat oder That Hilfe geleistet worden „ist, auch wenn die geleistete Hilfe für den Erfolg ohne Ein- „fluss geblieben. . . wie ja auch, wenn die That selbst nur „beim Versuche stehen geblieben, die zur Begehung geleistete „Beihilfe strafbar erscheint“ . . .

Dem gegenüber vertritt der Pariser Kassationshof in konstanter Judikatur dem Wortlaut des art. 60 c. p. (qui auront procuré. . . tout autre moyen, qui aura servi à l'action, sachant qu'il devait y servir) gemäss den Standpunkt der thatsächlichen Kausalität. So heisst es unter anderem in der cass. 28 juin 1890 (B. 143, p. 221 ff.):

„Attendu que. . . de son côté N. . . a donné les instruc- „tions nécessaires pour commettre l'action et procuré un „moyen qui y a servi. . . et que ces circonstances sont. . . „(des actes qui impriment à N. le caractère de complice“ . . .

Noch klarer tritt dieses in der cass. 17 novembre 1887 (B. 392 p. 618) hervor, welche besagt:

„. . . attendu que l'inattention et le négligence du doc- „teur ont été cause des blessures faites à L. et des „violences exercées sur cet aliéné. . . (il y a) complicité par „aide et assistance“ . . .

Vergleiche ferner: cass 23 février 1883 (B. 75, p. 125); cass. 29 septembre 1887 (B. 344 p. 550).

hältnis der Abhängigkeit. Dem widerspricht auch nicht der Umstand, dass die unterstützende Thätigkeit an sich mitunter auch noch den Thatbestand eines besonderen Delikts erfüllt, wie beispielsweise, wenn der Gehilfe, um einen Diebstahl zu erleichtern einen Totschlag begeht oder ein Gebäude in Brand setzt¹⁾; denn nur soweit dieses Thun zu dem unterstützten Verbrechenserfolge im Verhältnis der Kausalität steht, kommt es als Beihilfe in Betracht, und nur insofern ist die Natur des Ganzen für die Qualifikation des Bestandteiles massgebend²⁾.

2) Die Mitwirkung des Gehilfen muss sich jedoch nicht notwendig auf die Verwirklichung einer einzigen Bedingung des Verbrechens beschränken³⁾. Der Gehilfe kann sehr wohl mehrere solcher Bedingungen setzen, er kann sehr viel thun, ohne seine Qualifikation als solcher zu verlieren. Wie weit, fragt es sich, darf nun diese Mitwirkung gehen, ohne aus dem Rahmen der Beihilfe herauszutreten? Die Antwort hierauf wird das Maximum bestimmen, welches die andere Grenze der Thatseite der Beihilfe bildet.

Man hatte meist bei der Entscheidung obiger Frage nur den einfachsten Fall, das Zusammenwirken von einem Thäter (Urheber) und Gehilfen im Auge. Als man die entsprechenden Unterscheidungsmerkmale gefunden zu haben glaubte, konnte man sich der Ueberzeugung nicht verschliessen, dass dieselben auf den Fall, wo die Thäterschaft unter mehrere Mitthäter verteilt ist, nicht ganz passten, da doch auch der Mitthäter nicht den ganzen Thatbestand des

1) Vergl. Hälschner l. c. § 158. Luden, Abhandl. I. p. 453 ff.

2) Vergl. hierüber weiter unten, Kapitel II, über die akzessorische Natur der Beihilfe.

3) Vergl. Binding, Entwurf, p. 90, 91:

„... der Wille des Gehilfen richtet sich darauf... von „den... zur Entstehung eines Verbrechens notwendigen, „durch menschliche Thätigkeit hervorzurufenden Bedingungen „nur einige zu verwirklichen“...

„... des Gehilfen Wille... nicht auf Hervorbringung „der Totalität... der Bedingungen, sondern nur eines „Teiles derselben gerichtet“...

betreffenden Delikts erfüllt. Es wurde immer klarer, dass, wenn man das Kriterium der Unterscheidung zwischen dem Mitthäter und dem Gehilfen gefunden hat, der Gegensatz zum Alleinthäter sich daraus von selbst ergeben muss. Wie aber eine jede verbrecherische Thätigkeit zwei Momente enthält, den verbrecherischen Willen und die aus demselben hervorgehende äussere That, so ist auch von Seiten des Gehilfen eine schuldhafte Mitwirkung einerseits als Förderung und Unterstützung der äusseren That, andererseits aber als Bestärkung und Erhaltung des zur Begehung derselben erforderlichen bösen Willens möglich¹⁾. Wenn demnach die Beihilfe zur That oder die materielle Beihilfe²⁾ der Mitthäterschaft entgegengesetzt werden soll, so muss die Beihilfe zum rechtswidrigen Entschlusse oder die intellektuelle Beihilfe von der Anstiftung geschieden werden³⁾.

¹⁾ Geyer l. c. § 7.

²⁾ Die Bezeichnung „materielle Beihilfe“ für die „Beihilfe zur That“ an Stelle des üblichen Ausdrucks „physische Beihilfe“ scheint uns dem Wesen dieses Begriffes mehr zu entsprechen.

³⁾ Der neuere Sprachgebrauch (Stübel, Teiln. § 12; Kitka, Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen 1840 § 40; Hugo Meyer § 44; Schütze, Lehrbuch § 45 ff; derselbe, Notwendige Teilnahme, p. 17 ff; Geyer, § 7; Liszt, § 48 ff; Binding, Entwurf p. 88, Anm. 3; contra: Berner, Teilnahme p. 206; neuerdings Hälschner, § 154) hat die seitherigen Bezeichnungen „Urheber“ und „Miturheber“ durch die Ausdrücke „Thäter und „Mitthäter“ ersetzt. Binding findet dieselben „mindestens prägnanter.“ Doch scheint es sich hierbei nicht um einen leeren Formenwechsel gehandelt zu haben. Wenigstens ist er nicht von allen als solcher empfunden und gewollt worden. Es liegt darin ein Stück Dogmengeschichte, ein Kampf von Systemen, des „causam dare“ und „non dare“ der älteren Theorie mit dem Axiome Stübels, dass alle Mitwirkung gleich wesentlich sei. Die Bezeichnungen „Urheber“ und „Urheberschaft“ haben übrigens gerade unter den Vertretern der subjektiven Theorie Anklang gefunden, da sie ihnen den gewünschten Anhaltspunkt boten, um die Anstiftung unter der Flagge der „intellektuellen Urheberschaft“ in das Gebiet der Urheberschaft hinüberzuschuggeln und den Begriff der Teilnahme auf denjenigen der Beihilfe zu beschränken. Cf. Luden, II. p. 333.

A. Dass ein objektiver Unterschied zwischen dem Mitthäter und dem Gehilfen besteht, hat die dogmengeschichtliche Darstellung dargethan. Als weiteres Resultat hatte sich aus der letzteren ergeben, dass sich eine solche Unterscheidung nur in dem Falle durchführen lässt, wenn man sie als eine qualitative auffasst, denn nur unter dieser Bedingung vermögen wir die Beihilfe als besonderen Begriff von der Thäterschaft zu trennen. Die verschiedenen Kriterien, welche die Doktrin des XIX. Jahrhunderts der Reihe nach für diese Unterscheidung aufgestellt hat, finden hierbei folgende Verwertung:

a) Die Natur des Verbrechens, welche Stübel¹⁾ nach längerem Schwanken für allein massgebend erklärt hat, giebt das erste Unterscheidungsmerkmal ab. Diejenigen Delikte, deren Thatbestand

α. eine bestimmte persönliche Beziehung des Thäters erfordert (wie z. B. Amtsverbrechen, Kindesmord u. a.) und

β. eine bestimmte Anzahl von Mitwirkenden voraussetzt, (wie z. B. Bigamie, Ehebruch u. a.)

schliessen eo ipso einen jeden aus der Zahl der Mitthäter resp. Thäter aus, bei dem die erforderliche persönliche Beziehung nicht vorliegt, oder welcher zu der Zahl der begrifflich Mitbetheiligten hinzukommt. Wenn also jemand zu einem derartigen Verbrechen ohne die genannten Qualifikationen mitwirkt, erscheint er in Bezug auf dasselbe immer nur als Gehilfe, wie bedeutend der von ihm gelieferte Beitrag an sich auch gewesen sein mag²⁾, weil er wegen mangelnder

¹⁾ Vergl. oben pag. 22 ff.

²⁾ Gerade hier sind die Fälle am häufigsten, wo die Beihilfe den Thatbestand eines selbständigen Deliktes erfüllt. Liegt bei demjenigen, welcher den im Texte genannten Bedingungen nicht entspricht, im übrigen die Qualifikation eines Thäters oder Mitthäters vor, so ist er in Bezug auf dasjenige Delikt, als welches sich seine Handlung ohne jene Bedingungen darstellt, Thäter oder Mitthäter; hiermit konkurriert unter Umständen ideell Beihilfe zu dem besonders qualifizierten Delikte. Darüber, dass man sehr wohl Beihilfe zu einem Delikte leisten kann, welches man als Thäter nicht begehen könnte, siehe weiter unten, Kapitel II.

Fähigkeit, Deliktssubjekt zu sein, rechtlich nicht Thäter sein kann.

Die Natur des betreffenden Delikts kommt hier insoweit zur Geltung, als sie in dem legalen Thatbestand desselben zum Ausdruck gelangt ist,¹⁾ denn ausschlaggebend ist de lege lata einzig und allein dieser. Um so mehr ist es freilich de lege ferenda zu wünschen, dass er der wahren Natur der Delikte im vollstem Masse gerecht werde. Trifft aber diese Voraussetzung zu — und bei einer umsichtigen Gesetzgebung ist ein Anderes garnicht denkbar — so wird sich der formale Thatbestand mit der realen Wirklichkeit decken und den Vorwurf des Formalismus, welcher derjenigen Ansicht gemacht wird, die den legalen Thatbestand zur Grundlage des Kriteriums der Unterscheidung von Beihilfe und Mitthäterschaft resp. Thäterschaft wählt, die Spitze abgebrochen sein.

In den genannten Fällen ist übrigens die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass auch einer von denjenigen, bei welchen die entsprechende Qualifikation vorliegt, nur Beihilfe leistet (z. B. zu einem Amtsverbrechen seitens eines Beamten). Dann kommen aber die weiter unten erörterten Gesichtspunkte in Betracht. Als feststehend ist vorerst nur der Grundsatz zu betrachten, dass derjenige von den Mitwirkenden, dem die mehrerwähnte Qualifikation abgeht, immer nur Gehilfe sein kann.

b) Man hat, wie wir oben sahen, versucht, den Zeitpunkt der Vornahme der betreffenden Thätigkeit durch den Mitwirkenden darüber entscheiden zu lassen, ob er Gehilfe oder Mitthäter sei. Dieses führte zur Identifizierung der Gehilfen — mit den Vorbereitungs-handlungen, während man die Ausführungshandlung den Mitthätern überwies. Auf diese Weise wurde wiederum das

¹⁾ Dieses gegen Kohler, l. c. V. § 1., welcher gegen die hier vorgetragene Ansicht den Fall anführt, wo eine Frau einen Wahnsinnigen im Begehen der Notzucht unterstützt. Es liegt hier mittelbare Thätigkeit vor, weil der legale Thatbestand des Delikts eine solche zulässt.

Moment des Thatbestandes in die begriffliche Unterscheidung von Thäterschaft und Beihilfe eingeführt, denn um jenen Gegensatz, welcher von der Lehre von dem Versuche hergenommen wurde, zu präzisieren, musste man behaupten, dass die Ausführung beginne, sobald mit einer zum Thatbestand gehörigen Handlung begonnen sei. Aber durch die Identifizierung der Beihilfe mit der Vorbereitung fasste man den Begriff derselben viel zu eng, erweiterte dagegen denjenigen der Mitthäterschaft über das gebührende Mass hinaus und gelangte auf diese Weise zu einer ungerechtfertigten Härte der Bestrafung.¹⁾ Es lässt sich sehr gut eine mitwirkende Thätigkeit denken, welche, trotzdem sie mit der zum Thatbestande gehörigen Handlungen zeitlich zusammenfällt, nicht zu derselben gehört. Wir erinnern nur an die oft zitierten Beispiele des „Leuchtens“ und „Wachestehens.“ So viel ist aber an dieser Unterscheidung richtig, dass das Begehen einer Vorbereitungshandlung den Mitwirkenden zum Gehilfen stempelt, wenn er einen Thäter oder mehrere Mitthäter neben sich hat.²⁾

c) Soweit der Gegensatz von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen in der That ein Merkmal der Unterscheidung von Beihilfe und Thäterschaft resp. Mitthäterschaft abgiebt, ist er übrigens in der Gegenüberstellung der viel umfassenderen Begriffe von Bedingung und Ursache mit enthalten. Dieselben kommen hier aber in einem spezifisch juristischen Sinne in Betracht.

Nicht auf den Gegensatz von der „in abstracto treibenden Kraft“ und der „ihre Wirksamkeit begünstigenden Atmosphäre“, wie ihn Kohler³⁾ aufstellt, kommt es hier an.

1) Siehe oben: Stübel; vergleiche ferner Berner: Lehrbuch § 85.

2) Wollte man in diesem Falle nicht Beihilfe annehmen, so bliebe nichts weiter übrig, als die betreffende Person straflos ausgehen zu lassen, weil die Vorbereitungshandlungen, welche der Thäter sich zu Schulden kommen lässt, in der Regel nicht gestraft werden.

3) Vergl. oben Abschn. I. Kap. IV. Kohler sieht sich selbst gezwungen, seine Zuflucht zu dem „rationalen Begriffe der Urheberschaft“ zu nehmen.

Dieser Gegensatz ist strafrechtlich völlig irrelevant. Kann doch auch derjenige Alleinthäter werden, welcher, die vorhandene treibende Kraft benutzend, lediglich die für die Entwicklung derselben notwendige Atmosphäre schafft. Steht es fest, dass eine jede Erscheinung das Ergebnis aller ihrer Antezedentien ist, so kann kein Zweifel darüber obwalten, dass dem Ursachenbegriff im Strafrecht nur eine relative Bedeutung zukommt. Diese Antezedentien bilden grösstenteils ein Nacheinander, können aber auch, wie wir gesehen haben, ein Nebeneinander abgeben. Wir dürfen alle als Bedingungen des Wirklichwerdens jener Erscheinung auffassen. Nun ist es gewiss richtig, dass eine jede dieser Bedingungen, vorausgesetzt dass sie für das Existentwerden des Erfolgs kausal gewesen, in hypothesi für den wirklich gewordenen Erfolg notwendig war. Aus dieser Notwendigkeit aber eine gleiche Wesentlichkeit der Bedingungen abzuleiten, wäre verfehlt.¹⁾ Es lassen sich unter denselben in jedem einzelnen Falle solche ausfindig machen, die sich zu dem Erfolge in einer Beziehung befinden, welche sie als die ihm zunächststehenden erscheinen lässt. Man hat sie als diejenigen bezeichnet, „welche den vorhandenen Verhältnissen die entsprechende Richtung auf den Erfolg geben“ (Hugo Meyer),²⁾ oder auch als diejenigen, „welche den sonst regelmässig gedachten Verlauf der Erscheinungen zu einem andern oder regelwidrigen machen“ (Bar).³⁾ Man nannte sie „die überwiegenden“ (Schütze),⁴⁾ die „zum Erfolge hinstrebenden Bedingungen in ihrem Uebergewichte über die abhaltenden“ (Binding),⁵⁾ diejenigen, „welche zu den bereits gesetzten Bedingungen des Erfolges das letzte zu seinem Zu-

1) Solches thun im Anschluss an Stübel die Vertreter der subjektiven Theorie und Hälschner.

2) Lehrbuch § 35.

3) Die Lehre vom Kausalzusammenhange. 1871 p. 11.

4) Lehrbuch, p. 381, ff.

5) Normen, 1872 I p. 187.

standekommen fehlende Stück hinzufügen“ (Ortmann).¹⁾ Immer aber ist der Kreis der Antezedentien, aus deren Zahl diejenigen hervorgehoben werden, welchen die entscheidende Wirkung zuzuschreiben ist, auf die strafrechtlich relevanten Bedingungen beschränkt, so dass die vom Standpunkte des Naturkausalismus betrachtet wirksamste unter ihnen mit der für das Strafrecht in Betracht kommenden wesentlichsten Bedingung keineswegs zusammenzufallen braucht. Wir nennen diese hervorragende, thätigste, überwiegende, strafrechtlich relevante Bedingung oder Gruppe von Bedingungen: die Ursache des verbrecherischen Erfolgs — und folgern weiter mit Birkmeyer,²⁾ dass sich das Kriterium für dieselbe aus der Natur des betreffenden Delikts wird herleiten müssen, wie sie in dem legalen Thatbestand desselben zum Ausdruck gekommen ist. Hierbei sei nochmals darauf hingewiesen, dass durchaus kein Zwang vorliegt anzunehmen, der formale Thatbestand befinde sich mit der realen Wirklichkeit nicht im Einklange.³⁾

Einem jeden besonderen Thatbestande muss eine Thätigkeit entsprechen, welche den verpönten Erfolg hervorruft. Insofern das Wesen dieser Thätigkeit sich aus der gesetzlichen Formulierung des Thatbestandes ergibt, dürfen wir von einer Thatbestandshandlung reden.⁴⁾ Nicht dass hiermit das konkrete Thun in seiner unendlichen Mannigfaltigkeit vorgesehen werden könnte. Ansätze hierzu weist das positive Recht allerdings mitunter auf;⁵⁾ aber sie sind verwerflich wie jede Kasuistik in der Legislatur. Das Gesetz nimmt meistens nur die Merkmale des verpönten Erfolges in den die Thätigkeit bezeichnenden Begriff hinein; in

1) Gerichtssaal, XXVIII, p. 84, ff.

2) Vergl. Absch. I, Kap. III. Dagegen Stübel!

3) Dieses gegen Kohler, welcher (l. c. V § 1) ausführt, dass je nachdem ob das Gesetz die eine oder die andere Helfsthatigkeit besonders erwähnte oder nicht, ihre Begehung Mitthäterschaft oder Beihilfe würde begründen müssen, und hierin einen Mangel erblickt, welchen der formale Standpunkt naturgemäss involviere.

4) Vergl. Kohler, *ibid.*

5) So z. B. art. 60 des code pénal.

gewissen Fällen, in denen es auf die Art und Weise ankommt, in welcher der Erfolg hervorgebracht worden, auf den Weg, welchen die Thätigkeit in der Richtung auf denselben eingeschlagen hat, wird eine Reihe von Thätigkeiten aufgezählt, welche aber zu einem Begriff verschmolzen¹⁾ ein einheitliches, mit der Ausführung der That zusammenhängendes Ganzes bilden. Dem Richter ist es überlassen, den vorliegenden rechtswidrigen Erfolg auf diejenige Gesamtwirksamkeit zurückzuführen, welche zu ihm im Verhältnis der Kausalität gestanden hat und sodann aus derselben diejenige Mitwirkung als Beihilfe auszuschneiden, welche den Erfolg im technisch-juristischen Sinne nicht verursacht d. h. nicht die Thatbestandshandlung oder einen Teil derselben ausgemacht hat.

Ein Beispiel mag diesen Gegensatz klarstellen. Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird bestraft. Das Gesetz, welches eine derartige Fassung gewählt hat, bezeichnet die Thatbestandshandlung nur dem Erfolge nach. Um diese in concreto festzustellen, wird es darauf ankommen, die von Menschenhand gesetzte Todesursache ausfindig zu machen. Ein in die Herzgegend geführter Dolchstich, ein jäher Schreck, ein Fall — alles dieses vermag den Tod herbeizuführen. Wer den Dolchstich geführt, den Schreck hervorgerufen, den Ahnungslosen zu Fall gebracht, hat den Thatbestand erfüllt, die Thatbestandshandlung begangen, gleichviel in welcher Weise er körperlich hierbei thätig gewesen. Dagegen kann von demjenigen, welcher den Dolch zu diesem Zwecke geschliffen, ihn dem Thäter gereicht, Wache gestanden, geleuchtet, im allgemeinen behauptet werden, er habe den Thatbestand in keiner Weise erfüllt, keinen Teil der Thatbestandshandlung begangen, wengleich es augenfällig ist, dass seine Thätigkeit im kausalen Zusammenhange mit dem rechtswidrigen Erfolge gestanden hat. Zwischen diesen beiden Extremen, demjenigen, welcher allein den Thatbestand ganz erfüllt hat, und demjenigen, welcher dieses in keiner Weise

¹⁾ Vergl. darüber Birkmeyer § 45.

gethan, giebt es eine Mitte. Man kann den Thatbestand zum Teil erfüllen, den Dolch mit in's Herz stossen helfen u. s. w. — wer das thut ist Mitthäter.

Ein anderes Beispiel. Das Gesetz straft den Einbruchsdiebstahl. Hier ist die Handlung teilweise näher bezeichnet. Die Wegnahme einer Sache in der gesetzlich vorgesehenen Absicht kann in diesem Falle nur mittelst Einbruchs geschehen. Diese beiden Thätigkeiten sind zu einer Einheit verschmolzen. Wer einen Teil derselben begeht, einbricht, wegnimmt — hat den Thatbestand teilweise erfüllt, ist Mitthäter ¹⁾. Wer die Instrumente zur Bewerkstelligung des Einbruchs hergegeben hat, ist Gehilfe.

Nicht darauf also kommt es an, wann die Bedingung oder die Gruppe von Bedingungen von dem Gehilfen gesetzt worden ist, sondern dass diese Bedingung oder die Gruppe von Bedingungen nicht in denjenigen Kreis hineingehört, welcher die zum Thatbestande des betreffenden Deliktes gehörigen Bedingungen in sich begreift. Welches diese besonders qualifizierten ²⁾ Bedingungen sind, darüber giebt uns in jedem einzelnen Falle der konkrete Thatbestand Aufschluss. Dass es mitunter zweifelhaft erscheinen kann, welche Bedingungen zu der einen und welche zu der andern Kategorie zu rechnen sind, ist nicht zu leugnen. Wenn man aber die Schwierigkeiten, welche die Praxis in ihrer unendlichen Vielgestaltigkeit bietet, im allgemeinen bei der Aufstellung von theoretischen Grundsätzen vernachlässigen zu dürfen glaubt, so ist nicht abzusehen, weshalb jene praktischen Schwierigkeiten hier auf einmal einen Grad der Unüberwindlichkeit erreichen sollten, an welchem jeder Versuch, eine prinzipiell objektive Unterscheidung durchzuführen, scheitern müsste.

Auf diesem Wege wären wir nun zur Beantwortung derjenigen Frage gelangt, welche den Ausgangspunkt der vorstehenden Erörterung bildete, nämlich derjenigen nach

¹⁾ Birkmeyer p. 108.

²⁾ Vergl. Hälschner, Strafrecht I, p. 371 ff. Dagegen Schwarze Komm. p. 144, Anm. 2 p. 118 ff.

dem Maximum der Thatseite der Beihilfe. Wenn der Gehilfe einerseits mindestens eine mögliche Bedingung zur Herstellung des Erfolges gesetzt haben muss, so kann andererseits die Reihe von Bedingungen, welche er wirklichen darf, ohne Mitthäter zu werden, nicht in das Bereich der Thatbestandshandlung hinein greifen. Der Mitthäter muss stets die Ursache ganz oder zum Teil, der Gehilfe darf sie nicht gesetzt haben. Der Gehilfe kann nie einen Teil der Thatbestandshandlung begehen, er kann dieselbe nur fördern, erleichtern, unterstützen ¹⁾. Dass der

1) Die objektive Unterscheidung von Beihilfe und Thäterschaft, resp. Mitthäterschaft ist auch in der Formulierung des positiven Strafrechts begründet. Hinsichtlich des Deutschen Strafgesetzbuches hat Birkmeyer l. c. p. 111 ff. den Nachweis hierfür geliefert. Das Deutsche Reichsgericht hat im Anschluss an den Wortlaut des § 49 („als Gehilfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder That wissentlich Hilfe geleistet hat“) entschieden:

E. R. G. XIV. № 79. p. 318. Urteil vom 8. Juli 1886:

„Das Wesen der Beihilfe liegt in der wissentlichen Förderung einer fremden Strafthat vor oder bei der Verübung.....“

Im allgemeinen hat sich aber das Reichsgericht von dem Wortlaut des Gesetzes entfernt und im Anschluss an die Motive zum Rev. Entwurf den subjektiven Standpunkt vertreten. Immerhin ist das Reichsgericht aber dem Grundsatz treu geblieben, dass Beihilfe und Mitthäterschaft von einander und von der Anstiftung, gleichviel aus welchem Grunde, zu scheiden seien.

Die Judikatur des Pariser Kassationshofes hatte dem code pénal gegenüber einen schwereren Stand. Er musste nicht nur die Gleichstellung aller Kategorien der complicité unter einander anerkennen, sondern auch diese selbst mit der Thäterschaft verschmelzen. Da der complice hinsichtlich der Bestrafung dem Thäter gleichgestellt ist, so sieht der Kassationshof sich gemüssigt, diese Gleichheit der Bestrafung auf die Gleichheit der Schuld zurückzuführen:

Cass. 10 juin 1886 (B. 208 p. 342):

„.... attendu que le complice est considéré comme „aussi coupable que l'auteur et encourt la même peine...“
u. s. w.

Gegensatz zwischen der Thätigkeit des Gehilfen und derjenigen des Mitthäters als ein qualitativer gefasst werden muss, trotzdem ein Teil der Thatbestandshandlung an sich ebensowohl eine Bedingung oder Gruppe von Bedingungen ist, wie diejenige, welche der Gehilfe setzt — liegt darin, dass die Bedingungen, welche der Mitthäter erfüllt, kraft der Formulierung der *lex lata* einen Bestandteil der sogenannten „Ursache“, d. h. der Thatbestandshandlung bilden.

B. Auch zwischen dem Anstifter und dem sogen. intellektuellen Gehilfen besteht ein objektiver Unterschied¹⁾. Er beruht, ganz wie bei der Mitthäterschaft, auf dem Gegensatze von Bedingung und Ursache.

Er erklärt es für indifferent, ob der *complice* irrtümlicherweise als „auteur“ oder „coauteur“ qualifiziert worden ist (cass. 23 mars B. 127, p. 200; cass. 29 novembre 1888 B. 339, p. 532). Er betont es wieder und wieder, dass die Strafe für alle Arten der *complicité* dieselbe sei, wie für den *auteur* (cass. 19 avril 1888 B. 151, p. 237; cass. 28 février 1889 B. 84, p. 123; cass. 14 mars 1889 B. 107, p. 160; cass. 20 juin 1889 B. 223, p. 354). An anderer Stelle dagegen spricht er sich direkt gegen die Vermengung der Begriffe „*complice*“ und „*auteur*“ aus. Er erklärt eine „*mise en accusation*“ für nichtig, in welcher solches geschehen war (cass. 26 novembre 1888, B. 397, p. 657). Diese Inkonsequenz wird durch den Wortlaut des Gesetzes bedingt, welches die Begriffe, nicht aber die Strafbarkeit auseinanderhält. Dieser begriffliche Unterschied von *complice par aide et assistance*, *coauteur* und *auteur* gestaltet sich aber, soweit er anerkannt wird, objektiv. Was der Gehilfe, der Mitthäter, der Thäter thun müssen, um als solche aufgefasst zu werden, ergibt sich aus den art. 59, 60 des *code pénal*.

Vergl. cass. 2 septembre 1886 (B. 319, p. 532); cass. 18 mars 1887 (B. 109, p. 161); cass. 16 novembre 1888 (B. 331, p. 518); insbesondere noch cass. 28 juin 1891 (B. 143 p. 221).

1) Es hat freilich nicht an Versuchen gefehlt, diesen Unterschied als einen subjektiven zu fassen. Trotzdem hat das deutsche Reichsgericht, welches im allgemeinen der subjektiven Teilnahmetheorie huldigt, sich nicht entschliessen können, dieselbe auf die Unterscheidung von Beihilfe und Anstiftung auszudehnen. Direkt spricht dieses aus das Urteil v. 20. April 1886:

Halten wir an der Voraussetzung der freien Selbstbestimmung fest ¹⁾ welche die Grundlage aller strafrechtlichen Verantwortung bildet, so dürfen wir dem Anstifter die Bewirkung des verbrecherischen Entschlusses nur soweit zuschreiben, als von ihm gesagt werden kann, er habe ihn in Gemeinschaft mit dem Angestifteten hervorgerufen, denn auch dieser ist nicht frei von Schuld. Weil aber das von dem Anstifter gesetzte Motiv den Entschluss mit erzeugt ²⁾, wird es zum Bestandteil der Ursache.

Hieraus können wir folgern, dass diejenige intellektuelle Einwirkung, welche nach gefasstem Entschlusse stattfindet, wenn sie zu dem Erfolg im Kausalitätsverhältnisse steht, immer nur Beihilfe vorstellen kann. Wie wir demnach oben behaupten durften, dass das Begehen einer Vorbereitungshandlung den Mitwirkenden zum Gehilfen macht, wenn er einen Thäter oder mehrere Mitthäter neben sich hat, so können wir auch hier, nur mit Umkehrung der Zeitfolge, behaupten, dass eine jede Einwirkung auf den bereits vorhandenen Entschluss den Mitwirkenden immer nur als Gehilfen erscheinen lässt. Dieses giebt das erste Unterscheidungsmerkmal zwischen der Anstiftung und der Beihilfe ab. Sollte es auch das einzige sein?

„...Anstifter und Gehilfen wollen eine fremde That zur Verwirklichung kommen lassen, nur die Art ihrer Beteiligung ist verschieden...“

Die französische Judikatur hat sich über den Standpunkt, welchen der code pénal vertritt, nicht zu erheben vermocht. Ihr ist die provocation ebensowohl complicité, wie die aide et assistance. Vergl. Ortolan l. c. № 1300.

¹⁾ Wir laufen hierbei keine Gefahr, das Phantom der absoluten Willensfreiheit heraufzubeschwören. Der psychischen Kraft, welche wir gemeinhin Willen nennen, kommt, wie jeder andern Kraft, eine gewisse, wenn auch noch so relative Selbstständigkeit zu. Für den Spielraum des Rechts, welches den Willen als Macht zu seinem Ausgangspunkte wählt, genügt seine relative Selbstständigkeit vollkommen. Das Recht schützt den Willen; es straft ihn, wenn er, diesen Schutz durchbrechend, zur rechtswidrigen That geworden ist.

²⁾ Berner, Teilnahme, p. 294.

Wenn wir oben für die materielle Beihilfe noch ein weiteres Kriterium gefunden hatten, welches sich aus der Natur des Verbrechens ergab, so kommt dieses allerdings für die Anstiftung nicht weiter in Betracht, denn in dem Wesen der Anstiftung liegt, gleichwie in demjenigen der Beihilfe, die Möglichkeit der Beteiligung an einem Verbrechen begründet, welches man als Thäter nicht hätte begehen können. So kann man beispielsweise sehr wohl als Nichtbeamter zu einem Amtsverbrechen, als Mann zu einer Kindestötung u. s. w. anstiften. Aber es wird sich fragen, ob in der That, wie gemeinhin behauptet wird, die sogenannte intellektuelle Beihilfe stets einen bereits vorhandenen Entschluss voraussetzt. Ob nicht — gleichwie die materielle Beihilfe nicht notwendigerweise in die Zeit des Vorbereitungsstadiums des Verbrechens fallen muss, sondern auch mit der Ausführungshandlung zeitlich zusammenfallen darf — eine intellektuelle Beihilfe denkbar sei, welche mit der anstiftenden Thätigkeit zeitlich zusammenfällt oder dieser gar vorausgeht, also noch vor der Fassung des Entschlusses stattfindet ¹⁾. Wird sich diese Frage bejahen lassen, dann muss auch die gemeinhin feststehende Definition der sogenannten intellektuellen Beihilfe als Unterstützung des Weiterbestehens des schon vorhandenen Entschlusses einer umfassenderen Begriffsbestimmung weichen, welche die Beihilfe, im Gegensatz zur Anstiftung, als blosser Beförderung der Willensseite des Verbrechens erscheinen lässt. Nun kann man aber behaupten, dass eine jede Beihilfe zur Anstiftung als intellektuelle Beihilfe zur Begehung des Verbrechens selbst sich darstellt, solange jene Anstiftung nicht durch eine besondere Strafsanktion des Gesetzgebers zu einem selbständigen Delikt erhoben worden ist. Eine solche Beihilfe fällt aber mindestens zeitlich mit der anstiftenden Thätigkeit zusammen und geht demgemäss der Bildung des verbrecherischen Entschlusses voraus. Diese Beihilfe kann an sich

1) Ueber das Feststehen des Entschlusses vergl. Bar, p. 58, ff. Berner, Teiln., p. 292.

sehr wohl in einer physischen Thätigkeit enthalten sein. Ihren intellektuellen Charakter gewinnt sie dadurch, dass sie zu dem Thäter erst durch das Medium der Anstiftung hindurch in ein Verhältnis der Mitwirkung tritt. Als Beispiel diene der Fall, wo jemand — etwa wissentlich — das Lokal zu einer Zusammenkunft hergegeben, den Anzustiftenden an einen Ort gelockt hat, wo die Ueberredung zur Begehung der Uebelthat leichter von statten gehen könnte; desgleichen das Erteilen eines Rates an den Anstifter über die Art der zu wählenden Mittel der Ueberredung.

Die weitaus zahlreichsten Fälle der intellektuellen Beihilfe werden freilich ein Bestärken des bereits gefassten Entschlusses darstellen.¹⁾ Doch liegt der Schwerpunkt ihrer Unterscheidung von der Anstiftung nicht in dem Zeitpunkte der Bethätigung, sondern in dem Wesen der letzteren, welche als eine untergeordnete, nebensächliche Bedingung der mitverursachenden Thätigkeit des Anstifters gegenübertritt.

II. Kehren wir noch einmal zu unserem Ausgangspunkte zurück. Wir erblicken in der Beihilfe eine minderwertige Schuldform. Dass diese Unvollkommenheit in ihrem objektiven Thatbestande begründet ist, haben die vorstehenden Ausführungen ergeben. Nun dürfte dieses freilich genügen, um eine minderwertige Schuldform anzunehmen, aber der Begriff der Beihilfe wäre hiermit noch lange nicht gewonnen. Denn setzen wir bei einer Mangelhaftigkeit der Thatseite eine Vollkommenheit des subjektiven Thatbestandes voraus — wurde, mit anderen Worten, mehr gewollt als geschah, — so liegt zumeist Versuch vor.²⁾ Um Beihilfe zu konstruieren, bedarf es einer Identität von Willen und That.

1) Dieser Gegensatz von Anstiftung und Beihilfe ist häufig für die Lösung der Schwierigkeiten verwertet worden, welche der Fall „der Anstiftung eines bereits Entschlossenen“ (alias vel omnimodo facturus) mit sich bringt. Der hier vorgetragenen Auffassung gemäss ist Anstiftung nach Fassung des Entschlusses nicht möglich. Vergl. Schütze, Lehrb. § 46; Bar, Teiln. § 16; Hugo Meyer, Lehrb. § 46; Geyer, § 28; Borchert, p. 62 ff.

2) Berner, Teilnahme p. 3.

Wie jede strafbare Handlung hat auch die Beihilfe ihre spezifische Schuldseite. ¹⁾ Eine faktische Hilfeleistung kann auch dann stattfinden, wenn von Beihilfe keine Rede ist. ²⁾ Damit letztere vorliege, ist es nötig, dass sie als Hilfeleistung gewollt und gewusst sei oder hätte gewusst werden müssen, denn nur in diesem Falle ist es möglich, den Gehilfen als solchen für den Gesamterfolg, dessen Wirklichwerden er befördert hat, verantwortlich zu machen. Wie gestaltet sich nun die Schuldseite der Beihilfe?

Wir nennen eine Handlung dann eine schuldhafte, wenn das Subjekt eine Vorstellung von den Umständen hatte, unter denen es thätig wurde, die Folgen voraussah, welche seine Thätigkeit nach sich ziehen würde, — oder aber, wenn jene Vorstellung möglich und diese Folgen voraussehbar waren — und das Subjekt sein Thun nichtsdestoweniger gewollt hat. Diese allgemeine Formel findet auch auf die Beihilfe ihre Anwendung. Das spezifisch Eigenartige jedoch, welches sie mit den anderen Teilnahmekategorien gemein hat und wodurch sie sich mit jenen von der Alleinthäterschaft unterscheidet, liegt darin, dass für sie in der Vorstellung von den äusseren Umständen diejenige von der schuldhaften Thätigkeit eines andern Thäters, in dem Voraussehen der Folgen das Bewusstsein dessen enthalten ist oder sein sollte, dass die eigene Thätigkeit zu derjenigen des andern im Verhältnis der Abhängigkeit, der Unterstützung steht. Daher der zwiefache Inhalt der Gehilfenschuld. ³⁾ Einmal in Bezug auf die eigene Thätigkeit und zweitens im Verhältnis zur Handlung des Thäters.

Für die eigene Thätigkeit besteht das Erfordernis des schuldhaften (dolosen oder fahrlässigen) Wollens.

In Bezug auf die thäterische Handlung kann aus den vorstehenden Prämissen nur die Voraussetzung des Wissens,

¹⁾ Birkmeyer, l. c. p. 123 ff.

²⁾ Luden, Abhandlungen I. p. 353 ff.

³⁾ Mayr: Die Beihilfe. 1883. p. 39 ff.

resp. des „Wissen-müssens“ vom Vorhandensein derselben gefolgert werden. Ein Mehreres kann man nicht verlangen.¹⁾

Dem gegenüber ist mitunter die Behauptung aufgestellt worden, dass auch der Wille des Hilfeleistenden auf das Wirklichwerden des verbrecherischen Gesammt Erfolges gerichtet sein müsse. So verführerisch diese Ansicht ist, so lässt sich ihr doch unmöglich beistimmen. Nicht nur ist dieses Wollen kein begriffswesentliches Postulat der Beihilfe,²⁾ sondern es steht mit dem innersten Wesen derselben im Widerspruche. Das, was fälschlich als das Wollen des Erfolges der Thäterhandlung seitens des Gehilfen bezeichnet wird, erweist sich als ein Herbeiwünschen dieses Erfolges durch denselben. Der Gehilfe³⁾ will nur einen Teil der Bedingungen des Erfolgs realisieren, er kann den Erfolg nur wünschen. Aber auch dieses Letztere ist nicht notwendig. Dem Gehilfen kann der Erfolg auch gleichgiltig sein. Nur das Bewusstsein oder die Möglichkeit des Bewusstseins ist erforderlich, dass er das Verbrechen begehen hilft. So ist beispielsweise derjenige für Beihilfe zur Verantwortung zu ziehen, welcher dem Thäter ein Mordwerkzeug mit dem Bewusstsein gab, dass jener damit einer bestimmten Persönlichkeit das Leben nehmen werde, ohne dass es darauf ankäme festzustellen, ob er auch den endlichen Erfolg der Mordthat herbeiführen helfen wollte. Hätte dieses Bewusstsein vorliegen müssen, obgleich es thatsächlich nicht vorlag, so ist fahrlässige Beihilfe anzunehmen⁴⁾.

1) Insbesondere nicht, dass der Gehilfe eine genauere Kenntnis von der thatsächlichen und rechtlichen Herstellung der zu unterstützenden That der Thäter selbst haben müsse. Vergl. Borchert, p. 88; Mayr, p. 55.

2) Kitka, Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen, § 21; Berner, Teilname p. 211, 212. Hälschner, § 157. I. Borchert, p. 90 ff.; Mayr, l. c. p. 55.

3) Bindig, Entwurf p. 91.

4) Ueber fahrlässige Beihilfe vergleiche weiter unten Kap. IV. Das positive Recht hält bekanntlich im allgemeinen an dem Grundsatz fest, dass nur dolose Beihilfe strafbar sei. Dieses wird

Noch viel weniger ist die Annahme berechtigt, dass zwischen dem Gehilfen und dem Thäter resp. den Mitthätern eine Willenseinigung Platz greifen müsse. Diese Voraussetzung, welche bis in die neueste Zeit hinein Theorie und Gesetzgebung beherrscht, schränkt vor allen Dingen den Begriff der Beihilfe ein, indem sie alle diejenigen Fälle a priori ausschliesst, in welchen letztere ohne Willenseinigung geleistet worden ist. Aber auch dann ist sie aus der Verwechslung des Beweismittels mit dem zu Beweisenden herzuleiten. Denn, dass bei vorhandener Willenseinigung die Schuld-

gewöhnlich so ausgedrückt, dass man sagt, Beihilfe müsse *wissentlich* geleistet worden sein. (Vergl. Deutsch. Strafges. § 49. Code pénal art. 60. Code pénal belge art. 67. Das Niederl. Strafges. art. 48. 1 gebraucht direkt den Ausdruck: „vorsätzlich“).

Das deutsche Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen den Inhalt dieses Gehilfenvorsatzes verschieden gekennzeichnet. Einerseits hat es behauptet, dass der Wille des Gehilfen auf die Entstehung des Verbrechens selbst, zu dem er geholfen, gerichtet sei. So zum Beispiel:

Urt. v. 5. Dez. 1883. E. R. G. X. № 4 p. 8 ff. „Es muss hiernach die Willensrichtung des Hilfeleistenden auf die Entstehung des Verbrechens oder Vergehens gerichtet sein.“

desgl. Urt. v. 28. März 1887. E. R. G. XVI. № 4 p. 25 ff. „Es genügt zur Erfüllung des Thatbestandsmerkmals wissentlicher Hilfeleistung nicht, dass der thätig werdende Gehilfe weiss, es wolle der Thäter die strafbare Handlung begehen . . . Die Vorschrift des § 49 des Str. G. B. verlangt vielmehr, dass auch der Wille des Gehilfen auf das Zustandekommen des Verbrechens oder Vergehens gerichtet ist, zu dessen Förderung er thätig ist.“

In einer anderen Reihe von Urteilen ändert das Reichsgericht seine Ansicht dahin, dass der Gehilfendolus nur auf Unterstützung und nicht auf die Ausführung des vorliegenden Verbrechens gehen dürfe. So heisst es i. Urt. v. 29. October 1881 E. R. G. V. Nr. 42. p. 140 ff.:

„ . . . Rechtlich erfordert der strafbare Vorsatz bei der Beihilfe nicht mehr, als dass die Beihilfehandlung selbst eine vorsätzlich gewollte und der Gehilfe als wissentlich handelnd von dem Bewusstsein geleitet sei, er werde durch sein Thun eine Bedingung . . . setzen. Eine unmittelbar auf die Verbrechensverübung durch den Thäter gerichtete Absicht . . . gehört subjektiv zur Beihilfe nicht.“

Vergl. darüber Birkmeyer: Teilnahme § 107—110.

seite der Beihilfe eo ipso gegeben ist, leuchtet von selbst ein. Warum aber annehmen, dass zu dem Begriffe des Thäters, — denn auch dieser wird durch das Postulat der Willenseinigung mit berührt — noch ein Mehreres gehört, wenn Gehilfen neben ihm stehen, als wenn er allein thätig ist?¹⁾ Der Thäter braucht im Gegentheil nicht einmal Kenntniss von den ihm geleisteten Unterstützung gehabt zu haben — um so mehr als es Fälle giebt, wo, wie Geyer²⁾ treffend bemerkt, das Bewusstsein, dass ein Mitschuldiger einem zur Seite stehe, garnicht bestärkend auf den Willen wirkt.

Eine konsequente Durchführung der im Texte vertretenen Anschauung weist dagegen die Judikatur des Pariser Kassationshofes auf. Ihm braucht der complice par aide et assistance immer nur avec connaissance de cause gehandelt zu haben.

Vergl. cass. 24 juin 1887. (B. 244. p. 382).

„... La complicité par aide et assistance n'est punie que lorsqu'elle a eu lieu avec connaissance...“

Ebenso: cass. 7 janvier 1888 (B. 12. p. 17).

„... En matière de complicité de falsification de vins, la fraude est suffisamment caractérisée par l'arrêt dont les énonciations ne permettent pas de douter que le complice connaissait parfaitement l'usage auquel l'acheteur des substances colorantes à qui il les a vendues devait les employer...“

Vergl. ferner: cass. 29 sept. 1887 (B. 346 p. 553); cass. 17 novembre 1887 (B. 392 p. 618); cass. 23 févr. 1888 (B. 75. p. 125). cass. 2 mars 1888 (B. 91 p. 147); cass. 20 avril 1888 (B. 153 p. 239); cass. 17 mai 1888 (B. 179. p. 282; cass. 9 août 1888 (B. 272 p. 433); cass. 25 octobre 1888 (B. 306 p. 478); cass. 16 novembre 1888 (B. 331 p. 518); cass. 28 février 1889 (B. 64 p. 123); cass. 4 juillet 1889 (B. 243 p. 388).

¹⁾ Birkmeyer § 66. Contra Schütze, Notw. Teiln. „Mitschuldanteil,“ ders. Lehrbuch, § 44. Liegt eine derartige Willenseinigung vor, so ist sie nur ein Beweis für die Wissentlichkeit der Beihilfe. In diesem Sinne entscheidet der Pariser Kassationshof:

cass. 8 février 1889 (B. 54 p. 76) „sont suffisamment caractérisées l'aide et l'assistance données à l'auteur principal du délit d'escroquerie, lorsque l'arrêt constate qu'il existait entre tous les agents du délit une véritable association...“

Ebenso cass. 29 septembre 1887 (B. 344 p. 550).

²⁾ l. c. § 28.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich von selbst, dass die Schuldseite der Beihilfe neben der Thatseite derselben ein Merkmal ihrer Unterscheidung von der Thäterschaft resp. Mitthäterschaft abgiebt. Dieses bietet keine weiteren Schwierigkeiten für den am häufigsten vorkommenden Fall, dass beide Kriterien zusammenfallen. Wie aber, wenn sie auseinandergehen? Wenn derjenige, welcher nur darauf ausging, das Verbrechen eines andern zu unterstützen, einen Teil der Thatbestandshandlung oder gar diese selbst beging? Oder, wenn derjenige, welcher das Verbrechen selbst zu begehen sich vorgenommen hatte, nur eine nebensächliche, keinen Teil der Thatbestandshandlung ausmachende Bedingung setzte?

Vor allen Dingen ist bei der Beantwortung dieser Fragen festzuhalten, dass es in dem innersten Wesen des heutigen Strafrechts begründet liegt, den rechtswidrigen Willen im allgemeinen nur soweit zu berücksichtigen, als er sich in That umgesetzt hat. Wenn nun jemand mit dieser oder jener Intention an die Verwirklichung von Bedingungen eines verbrecherischen Erfolges ging, dann aber seine Intention änderte und infolge dessen mehr und andere Bedingungen, oder aber weniger Bedingungen setzte, als er sich vorgenommen hatte, so ist nicht die ursprüngliche Willensrichtung, sondern lediglich diejenige ausschlaggebend, welche bei Verübung der That vorgelegen hat. Demnach wird in dem Falle, wo der Handelnde anfänglich Gehilfe sein wollte, dann aber — beispielsweise mit Absicht — die verursachende Handlung beging, der Gehilfendolus eo ipso in Thäterdolus umschlagen; er wird sich als Thäter vor dem Forum des Strafgesetzes zu verantworten haben und nicht als Gehilfe, weil man sich nicht willkürlich zu dem einen oder dem andern machen kann. Geht dagegen der ursprüngliche Wille über die That hinaus, und hat derjenige, welcher anfänglich Thäter sein wollte, nur eine Gehilfenhandlung begangen, so ist es klar, dass jener Wille für das Strafrecht nur dann in Betracht kommen kann, wenn die begrifflichen Merkmale des Versuches der Thäterhandlung vorliegen d. h.,

wenn der Handelnde wider seinen Willen nicht mehr that, als er thatsächlich vollbrachte, und wenn das Verbrechen aus dem Stadium der Vorbereitung in dasjenige der Ausführung getreten war.

Die subjektive Theorie hat diese natürlichen, durch die Thatseite gebotenen Grenzen vernachlässigt, indem sie das Kriterium der Unterscheidung von Beihilfe und Thäterschaft etc. ausschliesslich in die Willensseite verlegte.¹⁾ Auf diese Weise gelangte sie dazu, das nicht Geschene, aber ursprünglich Gewollte dem thatsächlich Begangenen gleichbedeutend zu erachten und andererseits zu behaupten, dass der Handelnde das Plus seiner Thätigkeit willkürlich aus seiner Schuld streichen könne — denn dieselbe Thätigkeit bedeutet ihr Thäterschaft oder Beihilfe, je nachdem ob man mit Gehilfen- oder Thäterabsicht gehandelt hat.

¹⁾ Diesen Standpunkt vertritt bekanntlich auch das deutsche Reichsgericht in der Mehrzahl seiner Entscheidungen.

Vergl. Urt. v. 12. Mai 1880 E. R. G. II., p. 160.

„..... Der Mitthäter beteiligt sich also an der That, als „an seiner eigenen, animo auctoris, der Gehilfe als an der „eines andern..... Der Charakter seiner Wirkung..... „wird durch das grössere oder geringere Maas der äusseren „Thätigkeit nicht bestimmt und nicht geändert.....“

Vergl. ferner Urt. v. 7. Januar 1881 E. R. G. III, № 70 p. 181.

„..... Will aber hiernach der Mitthäter seine eigene That „zur Vollendung bringen, der Gehilfe aber nur eine fremde „That unterstützen, so kann hierin nur die Bedeutung „gefunden werden, dass der Gehilfe nur einen von dem- „jenigen des Thäters abhängigen Willen haben darf, er „also seinen Willen demjenigen des Thäters dergestalt „unterwirft, dass er es ihm anheimstellt, ob die That zur „Vollendung kommen soll, oder nicht. Im Gegensatz zu „diesem abhängigen Willen, erkennt hingegen der Mit- „thäter einen den seinigen beherrschenden Willen nicht „an.....“

Für den Fall der Verabredung nimmt das Reichsgericht auch dann Mitthäterschaft an, wenn der Komplottant sich im übrigen als Gehilfe qualifiziert:

Vergl. z. B. Urt. v. 10. Jan: 1887 E. R. G., XV. № 93 p. 295.

Eine schwere Waffe glaubten die Vertreter jener Theorie gegen die objektiv-vermittelnde Lehre gefunden zu haben, indem sie auf die Fälle des Irrtums des Gehilfen über den Charakter seiner Thätigkeit hinwiesen¹⁾. Diese Waffe erweist sich aber bei näherer Betrachtung als durchaus ungefährlich.

Es lassen sich vier Hauptfälle des Irrtums des Gehilfen über das Wesen seines Thuns unterscheiden²⁾.

- 1) Er glaubt die Thatbestandshandlung zu begehen, also Thäter zu werden, setzt in Wahrheit aber nur eine untergeordnete Bedingung.
- 2) Er vermeint eine untergeordnete Bedingung zu setzen, also Gehilfe zu werden, ist aber in Wahrheit Thäter geworden.
- 3) Er glaubt anzustiften, findet aber in Wahrheit einen bereits Entschlossenen vor und bestärkt ihn nur in seinem Entschlusse.
- 4) Er vermeint einen fremden Entschluss zu bestärken, und stiftet in Wahrheit an.

Für die richtige Entscheidung der angeführten Fälle ist es einmal nötig festzustellen, dass wie das Geringere stets im Grösseren, das Unvollkommene in dem Vollkommenen enthalten ist — Beihilfe überall da angenommen werden kann, wo Thäterschaft, Mitthäterschaft und Anstiftung ausgeschlossen sind. Einen zweiten, nicht minder wichtigen Anhaltspunkt bildet der Satz, dass in dem Falle, wo das Thatmoment die Willensseite überwiegt, das Begonnene mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Voraussicht des Erfolges zur Kulpa angerechnet werden kann. Endlich kommt auch hier in Betracht, dass, wo mehr gewollt als gethan wurde, sich unter gewissen Bedingungen Versuch wird konstruieren lassen.

1) Buri, Teilnahme. p. 3.

2) Birkmeyer, p. 132 ff., § 63. Die Fälle des Irrtums des Mitthäters über den Charakter seiner Handlung bedürfen keiner besonderen Behandlung, weil das von der Thäterschaft Gesagte auch von der Mitthäterschaft gilt.

In dem ersten der vorstehend bezeichneten Fälle ist die That hinter dem Willen zurückgeblieben. Zwei Wilddiebe wollen z. B. einen Förster erschiessen. Der eine will erst abwarten, bis der andere seinen Schuss gethan. Dieser schießt, und der Förster, zu einer List seine Zuflucht nehmend, bricht scheinbar zusammen. Der zweite Wilddieb zielt in aller Ruhe, um dem allem Anscheine nach schon tödtlich Getroffenen den Garaus zu machen und tötet in der That den Förster. Erst nachträglich stellte es sich heraus, dass die Kugel des ersten Wilddiebes vorübergeflogen war. Abgesehen davon, dass derselbe für Versuch verantwortlich gemacht werden kann, enthält seine Thätigkeit das Setzen von nebensächlichen Bedingungen für den Eintritt des Erfolges, also mindestens Beihilfe.

In dem zweiten Falle¹⁾ wurde mehr gethan, als gewollt, weil man weniger zu thun glaubte, als thatsächlich geschehen. Es ist klar, dass, wenn der betreffende den Erfolg als mögliche Wirkung seiner Thätigkeit voraussehen konnte — und dieses wird in der Regel der Fall sein, z. B. wenn etwa einer der Wilddiebe, um die Aufmerksamkeit des Försters von der entgegengesetzten Seite abzulenken, einen blinden Schuss auf denselben abzufeuern vermeinte, während seine Flinte thatsächlich scharf geladen war — er nicht Gehilfe, sondern kulposer Thäter ist. War diese Möglichkeit nicht vorhanden, so wird er für Beihilfe verantwortlich gemacht werden können, weil er aber in Schuld war, so wirkt der zufällig eingetretene Erfolg für ihn strafferhöhend.

Anstiftung eines bereits Entschlossenen²⁾ kann intellektuelle Beihilfe in Konkurrenz mit einem Versuch der Anstiftung ausmachen.

In dem letzten der oben angeführten Fälle könnte von fahrlässiger Anstiftung³⁾ die Rede sein.

1) Birkmeyer, § 63.

2) Vergl. oben pag. 128.

3) Darüber, dass fahrlässige Teilnahme an sich möglich ist, vergl. Kap. IV.

Es ergibt sich somit, dass die Notwendigkeit, bei der Behandlung der Irrtumsfälle den rein subjektiven Gesichtspunkt einzuhalten, in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Wo ein Irrtum hinsichtlich der Tragweite des eigenen Thuns vorliegt, wird, wenn er nicht entschuldbar ist, Kulpa angenommen. Wo der Wille über die That hinausging, liegt, sobald mit der Ausführung begonnen wurde, Versuch vor.

Es erübrigt noch festzustellen, inwiefern das Interesse, welches von einer ganzen Gruppe von Theorien als das allein massgebende Unterscheidungsmerkmal zwischen der Beihilfe und den übrigen Schuldformen hingestellt wurde, für die objektiv-vermittelnde Theorie verwertet werden kann.¹⁾

„Das Gebiet der Motive liegt abseits von dem Begriffe der kriminalistischen Schuld.“²⁾ Sie finden eine entsprechende Berücksichtigung bei der Strafausmessung durch den Richter. Für die Zurechnung kommen sie nur indirekt als Beweismittel in Betracht, als Anhaltspunkte, welche in dem konkreten Einzelfalle einen Rückschluss auf die Ausdehnung des verbrecherischen Willens gestatten. Dieses allgemeine Prinzip muss auch für die Beihilfe Geltung haben. Die scheinbaren Ausnahmen aus dieser Regel, welche den Vertretern der vorstehend bezeichneten Richtung zunächst vorgeschwebt zu haben scheinen, als sie die Behauptung aufstellten, der Gehilfe könne nicht wie der Thäter im eigenen Interesse thätig sein — beruhen auf der Vieldeutigkeit des von dem Gesetzgeber bei der Formulierung gewisser Thatbestände gebrauchten Ausdrucks „Absicht“. Soweit in dieser ein ausserhalb des Thatbestandes liegender Zweck enthalten ist, kann allerdings von einem Motiv zur Vornahme der betreffenden Handlung die Rede sein. Als solche ist aber die „Absicht“ für die Unterscheidung von Beihilfe und Thäterschaft resp. Mitthäterschaft von keiner Bedeutung. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn sie in den Thatbestand selbst mit aufgenommen ist.³⁾ Dann ist sie aber auch, wie z. B. beim Dieb-

1) Vergl. oben Abschn. I. Kap. II. § 5.

2) Vergl. Birkmeyer p. 9 und p. 31, 90.

3) Vergl. oben Stübel und Glaser.

stahl, als Vorsatz zu fassen, welcher dem durch die rechtswidrige Handlung bewirkten Erfolge entspricht. Wenn, um bei dem gewählten Beispiele zu bleiben, von der Absicht des Diebes gesprochen wird, sich eine fremde Sache rechtswidrig zuzueignen, so handelt es sich lediglich um den Vorsatz der Eigentumsverletzung, welcher im Verein mit dem Vorsatz der Besitzesentwendung die der Thatseite des Diebstahls entsprechende Willensseite bildet. Wenn nun derjenige allein zum Thäter wird, welcher den ganzen Thatbestand eines Deliktes erfüllt, so ist es klar, dass sich hier nur derjenige für Thäterschaft zu verantworten haben wird, bei welchem jene begrifflich erforderliche „Absicht“ vorgelegen hat.¹⁾ Da, weiterhin, der Mitthäter nur einen Teil des Thatbestandes zu verwirklichen braucht, hier aber im Grunde genommen zwei Thatbestände vorliegen — so ist es wiederum klar, dass man sehr wohl als Mitthäter an einem Diebstahl zur Verantwortung gezogen werden kann, ohne jene begrifflich erforderliche „Absicht“ zu besitzen.²⁾ Was nun den Gehilfen anbetrifft, so ist für ihn diese „Absicht“, wie der Thäterversatz im allgemeinen, natürlich nicht erforderlich.

Ueberblicken wir zum Schluss noch einmal die Ergebnisse der vorstehenden Erörterung, so können wir sie kurz dahin zusammenfassen, dass für die Unterscheidung der Beihilfe von der Thäterschaft resp. Mitthäterschaft und Anstiftung der Gegensatz von Bedingung und Ursache massgebend ist. Als äusseres Merkmal dient sodann für die Sonderung der intellektuellen Beihilfe von der Anstiftung in den weitaus meisten Fällen der Zeitpunkt der Einwirkung auf den fremden Willen. Für die Trennung der materiellen Beihilfe von der Mitthäterschaft ist das erforderliche Kriterium durch den objektiven sowie subjektiven Thatbestand³⁾ des betreffenden Verbrechens gegeben.

¹⁾ Vergl. Berner, Theilnahme p. 215 ff., wo der Fall behandelt wird, in welchem derjenige welcher die Aneignungsabsicht besitzt, nur Wache steht.

²⁾ Vergl. Bar, Theilnahme p. 67 ff. Birkmeyer § 67.

³⁾ Den Gegensatz von Thatbestands- und Gehilfenhandlungen sucht neuerdings Hugo Meyer in seiner Schrift

„Der Anfang der Ausführung“ (p. 22—26, 44—46) dahin zu präzisieren, dass unter letzteren diejenigen Handlungen verstanden werden, „durch welche der strafbare Erfolg nur in seiner konkreten Erscheinung bedingt wird,“ während unter ersteren, den sogen. Ausführungshandlungen, solche zu verstehen sind, „durch welche — dieselben in ihrer allgemeinen (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung genommen — der Erfolg in seiner allgemeinen (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung bedingt wird.“ (p. 25).

Zweites Kapitel.

Die akzessorische Natur der Beihilfe.

Mit Rücksicht auf den rechtswidrigen Erfolg, dessen Eintritt sie befördert, weist die Beihilfe im Vergleich zur Thäter- und Mitthäterschaft eine gewisse Minderwertigkeit der That- und Willensseite auf. Das Wesen des Hilfeleistens begründet andererseits eine gewisse Abhängigkeit der helfenden Handlung von derjenigen, zu welcher geholfen wird, die sich in der Rückbeziehung der mit der letzteren verknüpften rechtlichen Folgen auf die beihelfende Thätigkeit äussert.

Diese Abhängigkeit ergibt im Verein mit jenem begrifflichen Minderwert eine Unselbständigkeit, welche gemeinhin die akzessorische Natur der Beihilfe genannt wird. Ob derselbe akzessorische Charakter, nächst der Beihilfe, auch der Anstiftung und der Mitthäterschaft zukommt, ist bis auf den heutigen Tag eine offene Frage geblieben. Hinsichtlich der Beihilfe ist die akzessorische Qualität nur von denjenigen in Abrede gestellt worden, welche den Begriff der Teilnahme überhaupt aus dem Strafrechte verbannt wissen wollen¹⁾.

Wenn demnach mit der gemeinen Meinung an der genannten Auffassung festgehalten werden muss, so kann doch andererseits vor einem Missbrauch mit dem Begriffe des „accessorium“ nicht genug gewarnt werden, denn „es handelt sich im Strafrechte nicht um Sachen, sondern um menschliche,

¹⁾ Gelegnet wird die akzessorische Natur der Beihilfe z. B. von Buri und von Foinitsky.

zurechenbare Thätigkeit¹⁾. Man ist in der That in der Analogie mit dem zivilrechtlichen „accessorium sequitur principale“ zu weit gegangen. Man hat ein Stückchen Lehre von dem Eigentumsrecht in die Theorie der Beihilfe hinübergetragen; man hat alles und jedes aus der akzessorischen Natur der Beihilfe zu erklären gesucht. Gestützt auf dieselbe, hat man sich sogar zu dem Schlusse verleiten lassen, dass die Beihilfe eine „strafrechtliche Verantwortung für Handlungen Dritter“ begründe²⁾! Dem Prinzip der individuellen Haftbarkeit vor dem Strafgesetze konnte nicht ärger in's Gesicht geschlagen werden, als durch letztere Behauptung³⁾.

Wir müssen, um durch die allgemeingebräuchliche Bezeichnung nicht irregeleitet zu werden, einmal auf die Quellen der unzweifelhaft bestehenden Unselbständigkeit der Beihilfe zurückgehen und weiter untersuchen, worin sich dieselbe thatsächlich äussert. Fassen wir sodann die einzelnen Symptome dieser Unselbständigkeit zusammen, so erhalten wir den Inhalt des Begriffes der akzessorischen Natur der Beihilfe.

I. Fragen wir, worin die oben bezeichnete Unselbständigkeit der Beihilfe begründet sei, so muss die Antwort lauten: in ihrer Minderwertigkeit und ihrer Abhängigkeit von der beförderten Handlung.

Gewiss ist das konkrete Thun des Gehilfen an sich etwas Selbständiges⁴⁾. Fassen wir dasselbe aber als einen Bestandteil der Gesamtheit von Bedingungen, welche von Menschen-

1) Geyer, § 25 sub 2; Borchert, p. 52; Schütze, Lehrbuch § 47; Binding, Grundriss § 63 sub 4.

2) Borchert, Titel des Buches; im Gegensatz hierzu vergl. derselbe l. c. p. 52.

3) Die akzessorische Natur der Beihilfe ist in dem positiven Rechte stets zum Ausdruck gekommen. Wir erinnern an die Bestimmungen des code pénal art. 59; den § 49 des Deutschen Strafgesb.; den Art. 47 des Russischen Entwurfs; den Art. 49 des Niederländischen Strafgeb. und die §§ 29 und 32 des Strafgeb. von New-York.

An der nämlichen Auffassung hält auch die Praxis fest. Wir lassen die Belege hierfür aus der Judikatur des deutschen Reichsgerichts und des Pariser Kassationshofes weiter unten, im Anschluss an die Präzisierung des Wesens der akzessorischen Natur der Beihilfe folgen.

4) Eben deshalb vermag eine vermeintliche Beihilfe, unter Umständen, als selbständige Thäterschaft zu erscheinen. Dieses betont

hand zur Entstehung eines Verbrechens gesetzt werden, so ist es klar, dass die Gehilfenthätigkeit in ihrer rechtlichen Qualifikation von dem Wesen dieses Verbrechens abhängen muss. Diese Abhängigkeit hat die Beihilfe aber mit einer jeden Thätigkeit gemein, welche für jenes Verbrechen förderlich ist, ohne deshalb unselbständig zu sein. Unselbständig erscheint sie, weil sie im Vergleich zur Haupt- und Thatbestandshandlung minderwertig ist, weil sie innerhalb der auf den verbrecherischen Effekt hinwirkenden Gesamttätigkeit sich als lediglich unterstützender Faktor der verursachenden Thäterhandlung anschliesst. Insofern kann von einer indirekten Abhängigkeit der Beihilfe von der Thäterhandlung gesprochen werden.

Zu der Unselbständigkeit der Thatseite gesellt sich diejenige der Schuld. Ebensowenig wie der Gehilfe den faktischen Thatbestand oder einen Teil des Thatbestandes desjenigen Deliktes erfüllt, dessen Wirklichwerden er befördert, ebensowenig ist sein Wille auf die ganze oder teilweise Begehung desselben gerichtet. Der Wille des Gehilfen geht auf die Vollführung seiner eigenen Thätigkeit. Auch hierin liegt ein Moment der Selbständigkeit. Aber zu dem strafrechtlich erforderlichen Wissen des Gehilfen gehört noch die Vorstellung von der That und dem Willen eines andern, resp. die Möglichkeit einer solchen. Der Gehilfe muss sich dessen bewusst sein — oder hätte sich dessen bewusst sein müssen — dass er diese That und den sie durchdringenden Willen unterstützt und nichtsdestoweniger das, was er selbst thut, vollführen wollen. Diese Vorstellung nun, dieses Bewusstsein gestaltet sich in Bezug auf das Thun und Wollen des andern zu einer Unterordnung unter dasselbe, und hierdurch wird eine direkte Abhängigkeit der Beihilfe von der Handlung des Thäters begründet.¹⁾

Mayr l. c. p. 39 ff, sub I. Dasselbe scheint Hepp, N. A. C. 1848, p. 265, sagen zu wollen, wenn er von einer Selbständigkeit des Thatbestandes und einer Unselbständigkeit der Strafbarkeit der Beihilfe spricht.

¹⁾ Zu weit geht Berner, Teilnahme p. 207, wenn er ausführt, die Beihilfe sei als das Akzessorium zu betrachten, das in allen Stücken

Man hat nicht selten behauptet, dass die Unterordnung des Gehilfendolus unter denjenigen des Thäters allein¹⁾ es sei, welche den akzessorischen Charakter der Beihilfe bedinge²⁾. Eine derartige Beschränkung der Unselbständigkeit der Beihilfe auf die subjektive Seite des Thatbestandes derselben hat aber nur in dem Falle ihre logische Berechtigung, wenn man mit Buri voraussetzt, dass eine jede Mitwirkung den verbrecherischen Erfolg ganz verursacht und ferner ein jeder der Mitwirkenden den Erfolg durch seine Handlung herbeiführen will. Dann sind aber schon in seinem eigenen Verhalten alle Requisite für eine Bestrafung gegeben; dann hat er sich selbständig für das Verbrechen strafbar gemacht. Dann hat aber auch die in subjektiver Hinsicht angenommene Unselbständigkeit der Beihilfe kaum noch etwas mit der akzessorischen Natur derselben, wie diese gewöhnlich verstanden wird, zu thun.

Es folgt hieraus, dass das, was man gemeinhin die akzessorische Natur der Beihilfe nennt, sowohl die objektive, als die subjektive Unselbständigkeit derselben umfasst.

II. Es wäre demnächst festzustellen, worin die genannte Unselbständigkeit der Beihilfe sich äussert.

1) Da die Beihilfe, ihrem Wesen nach, der Ergänzung durch die Thäterhandlung bedarf, weil nur diese das Verbrechen verwirklicht, welches jene lediglich befördert, so bildet die Thäterhandlung eine notwendige Vordurch die Natur der Handlung des Urhebers (Thäters) als durch sein Prinzipale bestimmt wird: „In diesem Sinne können wir uns auch hier der Parömie bedienen *accessorium sequitur principale*....“

1) Vergl. Bar, Teiln. § 20, p. 70.

„...die Entscheidung ... glaube ich aus dem Satze herleiten zu dürfen, dass der Gehilfe das Verbrechen will, sofern ein anderer, der Urheber, die Haupthandlung vornehmen werde. Hierdurch scheint der akzessorische Charakter der Beihilfe bezeichnet. Der Gehilfe scheut sich, ohne den andern, der „principaliter“ handeln soll, zum Genossen zu haben, ist aber bereit, mit diesem das Verbrechen zu begehen(?). Der Gehilfe hat also nur einen bedingten Dolus....“

2) Berner Teilnahme p. 207, 211. Vergl. ferner: Heile p. 404. Vergl. Birkmeyer I. c.

aussetzung der Beihilfe¹⁾. Jedoch bedarf es hierzu nicht der Vollendung des Verbrechens, zu welchem geholfen wird; es genügt, den allgemeinen Prinzipien des Strafrechts gemäss, wenn der Anfang der Ausführung, wenn ein Versuch des Verbrechens vorliegt. Schon hier lässt sich vorwegnehmen, dass, da die juristische Qualifikation der Beihilfe von der Strafthat abhängt, welche sie befördert, der Versuch eines Verbrechens in jedem Falle aber eine geringere Strafthat, als das vollendete Verbrechen, darstellt — der Gehilfe verschieden qualifiziert und gestraft werden muss, je nachdem ob der Thäter das Verbrechen vollbracht oder nur versucht hat.²⁾

1) In diesem Sinne entscheidet konsequenterweise das deutsche Reichsgericht.

z. B. im Urt. v. 9/16 Juni 1884 E. R. G. XI. № 15 p. 56 ff., wo ausdrücklich ausgesprochen wird, dass eine Beihilfehandlung nicht bestraft werden könne, wenn eine Hauptthat daneben nicht mindestens bis zum Versuche vorgeschritten sei; dass die rechtliche Nichtexistenz einer Hauptthat auch die rechtliche Nichtexistenz einer akzessorischen Teilnahme nach sich ziehe.

Vergl. ferner Birkmeyer, Teilnahme p. 266 ff.

Ein Gleiches finden wir in den Entscheidungen des Pariser Kassationshofes.

z. B. cass. 14 mars 1889 (B. 107, p. 160).

„...Attendu que...pour que les complices d'un fait délicieux puissent être poursuivis il n'est pas nécessaire que les auteurs de ce fait soient mis en cause; qu'il suffit que ce délit existe matériellement et qu'il soit jugé et reconnu avec ceux qui sont prévenus d'en être les complices...“

Ebenso: cass. 3 juillet 1886 (B. 241, p. 398); cass. 2 septembre 1886 (B. 319, p. 532); cass. 29 septembre 1887 (B. 348, p. 557); cass. 3 mai 1888 (B. 161, p. 355); cass. 14 juin 1888 (B. 207, p. 328); cass. 18 septembre 1890 (B. 194, p. 306).

In dem zuletzt zitierten Urteile heisst es:

„...il suffit que la déclaration du jury constate outre les faits de complicité, toutes les circonstances constitutives du crime ou du délit dont il s'agit...“

Vergl. ferner: Hélie p. 464—65.

2) Vergl. Birkmeyer l. c. § 80; § 136.

2) Dass es sich, ferner, um eine bestimmte Strafthat handeln muss, zu welcher Beihilfe geleistet wird¹⁾, folgt andererseits aus der subjektiven Abhängigkeit der Beihilfe von der Thäterhandlung. Denn diese setzt voraus, dass der Gehilfe die Vorstellung von der That und dem Willen des Thäters gehabt hat oder hätte haben müssen und sich zugleich dessen bewusst war resp. hätte bewusst sein müssen, dass seine eigene Thätigkeit jene befördert. Gleichviel nun ob diese Vorstellung resp. dieses Bewusstsein thatsächlich vorgelegen hat oder hätte vorliegen müssen, d. h. ob der Gehilfe vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat — es kann immer nur von einer Beziehung seiner Schuld auf eine bestimmte Strafthat die Rede sein. Dass hiermit nicht auch eine Bestimmtheit der Individualität des Thäters gemeint ist, liegt auf der Hand. Braucht letzterer doch nicht einmal ermittelt worden zu sein, damit dem Gehilfen gegenüber ein Strafanspruch des Staates entstehe. Um so weniger erscheint es erforderlich, dass der Thäter wirklich bestraft werde, wenn er auch thatsächlich ermittelt worden ist. Nur dass eine bestimmte Thäterhandlung vorliegt, zu welcher geholfen wurde, darauf kommt es an.

3) Wenn gesagt worden ist, dass für die Strafbarkeit der Beihilfe eine bestimmte Thäterhandlung erforderlich sei, ohne dass im allgemeinen das Verhalten der Strafjustiz zu der Person des Thäters in Betracht käme, so wird es darauf ankommen, zu entscheiden, wie weit sich diese Trennung der Person des Thäters von seinem Thun wird durchführen lassen, — mit anderen Worten, welche die Strafllosigkeit des Thäters bedingende Gründe auf den verbrecherischen Charakter der Handlung und die Qualifikation der unterstützenden Thätigkeit zurückwirken, und welche dieses nicht thun.

Man kann in Bezug hierauf folgende Gründe der Strafllosigkeit unterscheiden²⁾:

1) Borchert l. c. p. 87; Luden, Abhandlungen II. p. 340 ff.

2) Vergl. hierüber: Birkmeyer l. c. § 72—75; Borchert p. 22—23; Liszt § 53; insbesondere Birkmeyer § 73 p. 155.

- a) Mangel an Prozessvoraussetzungen, wie z. B. Fehlen der Ermächtigung zur Strafverfolgung, des Antrags bei Antragsdelikten u. s. w.
- b) Strafausschliessungs- und Aufhebungsgründe, wie z. B. Tod, Verjährung, Begnadigung u. s. w.
- c) Schuldausschliessungsgründe, wie z. B. Geisteskrankheit, jugendliches Alter, Irrtum, Notstand, Spezialrecht u. s. w.,

wobei die Vorfrage darüber, welche Umstände zu der einen oder anderen der genannten Kategorien gezählt werden, als anderweitig entschieden vorausgesetzt wird.

Fehlt hinsichtlich des Thäters eine Bedingung der prozessualen Verfolgbarkeit, so bleibt immer noch die Strafbarkeit seiner Handlung bestehen. Es liegt eine strafrechtlich relevante Thätigkeit vor, und die ihr gewordene Hilfeleistung ist strafbare Beihilfe.

Handelt es sich um Strafausschliessungs- oder Aufhebungsgründe für den Thäter, so bleibt seine Handlung nichtsdestoweniger eine schuldhaft — rechtswidrige und strafbare, wenngleich für ihn in concreto straflose, und ist mit ihr die Strafbarkeit der geleisteten Beihilfe gegeben.

Anders jedoch, wenn ein Umstand vorliegt, welcher die Schuld der Thäterhandlung ausschliesst. Hier kann füglich nicht mehr von einer strafrechtlich relevanten Thäterhandlung gesprochen werden. Aber es ist klar, dass die strafrechtliche Relevanz des Geschehenen nur für denjenigen aufgehoben wird, für welchen hinsichtlich desselben keine Verschuldung vorliegt. Für denjenigen, welchem in Bezug auf das Geschehene ein schuldhaftes Thun zugerechnet werden kann, qualifiziert sich dasselbe immer als ein Verbrechen. Dass er für seine Person strafbar sein dürfte, ergibt sich hieraus von selbst. Aber es wird sich fragen, ob er nach den allgemeinen Grundsätzen der Beihilfe gestraft werden wird und überhaupt seine Qualifikation als Gehilfe wird beibehalten können.

Handelt es sich um Schuldausschliessungsgründe, welche, wie beispielweise im Falle der aufgehobenen Schuldfähigkeit,¹⁾

¹⁾ z. B. Geisteskrankheit, sinnlose Trunkenheit u. s. w.

des Zwanges und des entschuldbaren Irrtums, aus dem Mangel der freien (bewussten) Willensverwirklichung seitens des Thäters folgen, so ist die durch den letzteren verwirklichte Summe von Bedingungen nicht als von Menschenhand gesetzt zu betrachten. Auch kann der vermeintliche Gehilfe nur im Falle des Irrtums¹⁾ über die Schuld des Unterstützten die That desselben lediglich zu fördern glauben. War dieser Irrtum nicht entschuldbar oder wusste der Gehilfe von der Schuldlosigkeit des Unterstützten und wollte er dasjenige, was er selbst that, vollführen, so erscheint die Thätigkeit des andern im Verhältnis zu der seinigen als blosser Naturkraft. Die Bedingung oder die Summe von Bedingungen, welche der vermeintliche Gehilfe setzt, wird dadurch, dass sie strafrechtlich allein bedeutsam ist, zur verursachenden Thatbestandshandlung. Er wird zum mittelbaren Thäter hinsichtlich desjenigen, als was der rechtswidrige Erfolg sich für ihn qualifiziert.

Wenn dagegen der Schuld ausschliessungsgrund nicht in dem Mangel der bewussten Willensverwirklichung, sondern, wie z. B. beim Notstande, bei der Ausführung eines Spezialrechts, einer Rechtspflicht, in einer individuellen Beziehung des Thäters liegt, so giebt es, wenn auch keine strafrechtlich relevante Thäterhandlung, so doch immer eine rechtlich bedeutsame Willensverwirklichung, an welche die unterstützende Thätigkeit sich anschliesst. Ist diese Willensverwirklichung für den Thäter auch keine deliktöse, so gestaltet sich ihr Ergebnis für den Helfenden, bei welchem jene persönlichen Verhältnisse nicht vorliegen, nichtsdestoweniger als Rechtswidrigkeit.

Das gleiche findet auf den Fall Anwendung, in welchem die Schuld des Thäters durch die in einem persönlichen Verhältnisse begründete rechtliche Unerheblichkeit seiner That, wie z. B. bei der Selbstverletzung, aufgehoben wird. Hier giebt es keine rechtlich bedeutsame Thäterhandlung; aber

¹⁾ Der Irrtum über das Thun und die Schuld des Unterstützten lässt sich auf einen entsprechenden Irrtum bezüglich des eigenen Thuns zurückführen; vergl. hierüber oben p. 135 ff.

es liegt eine freie Willensverwirklichung vor, und diese gewinnt eine rechtliche und zwar strafrechtliche Bedeutung für den Helfenden, welchem jenes persönliche Verhältnis abgeht.

In beiden Fällen ist neben dem Gehilfen ein freier Wille auf den Erfolg hin thätig. Darum kann er nicht als mittelbarer Thäter verantwortlich gemacht werden. So weit es unmöglich erscheint, in den genannten Fällen Beihilfe nach den allgemeinen Grundsätzen zu konstruieren, muss zu besonderen Bestimmungen über die Strafbarkeit der Beihilfe als *delictum sui generis* gegriffen werden.¹⁾

1) Vergl. weiter unten Kap. III.; vergl. im allgemeinen hierüber Liszt l. c. § 49 und Schütze Notw. T. § 48, p. 287 ff.

Das deutsche Reichsgericht hat sich in verschiedenen Entscheidungen über den Einfluss der Straf- und Schuldausschliessungsgründe, welche beim Thäter vorliegen, auf die Strafbarkeit des Gehilfen geäußert. Als Beispiel sei zitiert:

Urt. v. 7. Juli 1884. E. R. G. XI. № 10 p. 37 ff.

„...die akzessorische Natur der Beihilfe äussert ihre Wirkung....dahin, dass strafbare Beihilfe überhaupt entfällt wenn [das] Thun [des Thäters] aus einem nicht die individuelle Strafbarkeit des Thäters, sondern die Schuld ausschliessenden Grunde eine strafbare Handlung überhaupt nicht enthält.“

Aehnlich hat sich der Pariser Kassationshof ausgesprochen: Vergl. *cass.* 21 décembre 1888 (B. 380 p. 597).

„La circonstance que l'auteur principal n'est pas poursuivi ne peut pas servir de base légale à l'acquiescement du complice....“

cass. 3 mai 1888 (B. 161, p. 255).

„... il est en effet de principe que la réponse négative du jury sur la culpabilité de l'auteur principal n'exclut pas nécessairement ni la criminalité de l'action, ni la criminalité des complices de cette action; qu'une déclaration de non culpabilité relative à l'auteur principal ne peut pas profiter au complice lorsqu' elle laisse subsister le fait matériel du crime....“

cass. 29 septembre 1887 (B. 348, p. 557)

„... attendu que l'ignorance dans laquelle on est resté sur le point de savoir quels sont les auteurs principaux des crimes poursuivis ne fait pas obstacle à la condamnation du complice....“

Vergl. ferner Hélie p. 465—467.

4) Sehen wir zu, ob wir Beihilfe zur fahrlässigen Thäterschaft in gleicher Weise konstruieren können. Diese Frage lässt sich auch so formulieren: ist Beihilfe zu einem fahrlässigen Delikte möglich, oder nicht? Wenn die gemeine Meinung letzteres bisher bestritten hat, so findet dieses seine Erklärung darin, dass man mit Berner¹⁾ an dem Standpunkte festhielt, das Verhältnis der Beihilfe zur Thäterschaft beruhe auf einem Akt der Willenseinigung. Nachdem man erkannt hatte, dass das Einigungsmoment zwischen dem Thäter und dem Gehilfen nicht in einem besonderen Willensakt, sondern in der Einheit des erzeugten Erfolges und dem Wissen resp. Wissenmüssen des Gehilfen enthalten sei, war der erwähnten Meinung der Boden unter den Füßen entzogen. Steht es nun andererseits fest, dass ein fahrlässiges Delikt ebensowohl einen besonderen Verbrechenbestand erfüllen kann, wie ein entsprechendes vorsätzliches Thun, da zwischen beiden nur derjenige Unterschied besteht, dass die für den Vorsatz erforderliche Voraussicht des Erfolges für das kulpose Thun durch ein „Voraussehenkönnen“ ersetzt wird, so ist nicht abzusehen, weshalb die kulpose Thäterschaft nicht als schuldhaftes Thatbestandshandlung aufgefasst werden soll, zu welcher Beihilfe geleistet werden kann.²⁾ So hat denn auch die neuere Theorie diese Frage dahin entschieden, dass man nicht mit Schütze und Liszt die Beihilfe zu einem Fahrlässigkeitsdelikt der Hilfeleistung zur That eines Zurechnungsunfähigen oder anderweitig Schuld-

1) Teilnahme p. 212, 213:

„... Einmal nämlich ist alle Teilnahme ein Verhältnis von „Wille zu Wille, eine Willenseinigung...“ „... Es ist hier „geltend zu machen, dass man niemand zur Erreichung „einer Absicht behilflich sein kann, die er garnicht hat.“

In seinem Lehrbuch, 14 Auflage, § 82 sub b. hat Berner dagegen die Ansicht vertreten, dass Beihilfe zu einer fahrlässigen Handlung wohl möglich sei.

Für den alten Standpunkt ausser Köstlin N. R. § 138 noch Geyer l. c. § 25 sub 2; Geib l. c. § 111; Langenbeck l. c. § 66.

2) Vergl. Binding, Grundriss § 63 sub 4; Borchert p. 82 ff; Birkmeyer p. 141 und andere.

freien gleichstellen dürfe.¹⁾ Der fahrlässige Thäter kann in Bezug auf den Gehilfen nicht als Werkzeug, als Naturkraft aufgefasst werden, da er nicht schuldfrei ist.

5) Wir haben gesehen, welchen Einfluss die bezüglich des Thäters vorliegenden besonderen Verhältnisse auf die Beihilfe haben, wenn sie sich als mangelnde prozessuale Voraussetzungen, als Straf- oder Schuldausschlussgründe charakterisieren. Wir überzeugten uns davon, wie nur diejenigen unter ihnen auf die Verantwortlichkeit des Gehilfen als solchen zurückwirken, welche die freie Willensverwirklichung seitens des Thäters ausschliessen. Es wäre überflüssig näher darauf einzugehen, dass, wenn dieselben Voraussetzungen in der Person des Gehilfen vorliegen, ein Einfluss derselben auf die strafrechtliche Verantwortung des Thäters mit Rücksicht auf die diesem zukommende Selbständigkeit unmöglich erscheint.²⁾

Es lassen sich aber auch noch solche Verhältnisse und Thatumstände denken, welche nur modifizierend auf die Strafbarkeit des Handelnden einwirken.³⁾ Wir meinen die gesetzlich feststehenden Strafschärfungs- und Milderungsgründe.

Es müssen subjektive und objektive Schärfungs- und Milderungsgründe unterschieden werden.

Erstere umfassen die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Handelnden. Wie bei den Fällen der Strafflosigkeit, können auch hier solche persönliche Umstände oder Verhältnisse auseinandergehalten werden, welche an dem objektiven Charakter der That nichts ändern, weil sie nur die Strafbarkeit des Handelnden, nicht aber die schuldhafte Rechtswidrigkeit der Handlung erhöhen oder vermindern (sogen. höchstpersönliche Eigenschaften, wie z. B.

1) Vergl. Schütze, Lehrbuch § 44; Liszt, Lehrbuch § 49, III. 2, § 52; ferner Hälschner § 178 sub 2; Hugo Meyer § 45.

2) Dagegen Buri, Teilnahme p. 12 ff.

3) Vergl. Bauer, § 11, II; Kitka, §§ 5—11; Heffter § 88; Langenbeck § 85; Geib § 111 b. Streitfragen; Hugo Meyer § 49 sub 2; Binding § 63 sub 4; Liszt § 53; Geyer § 32, 33; Hälschner § 175; Borchert p. 16 ff; Ortolan № 1280; Schütze N. T. p. 299 ff.

das jugendliche Alter) — und andererseits solche, welche sich in der That objektivieren und ihre strafrechtliche Bedeutsamkeit beeinflussen, wie z. B. das verwandtschaftliche Verhältnis beim Vater- und Kindesmord. Die Frage darnach, welche persönlichen Verhältnisse zu der einen und welche zu der anderen Kategorie gehören, kann gewiss zu Meinungsverschiedenheiten Anlass geben, ändert aber an dem prinzipiellen Wert¹⁾ der genannten Scheidung nicht das geringste. Im Prinzipie werden demnach für die Strafbarkeit des Gehilfen nur diejenigen persönlichen Verhältnisse des Thäters bestimmend sein, welche sich in der verbrecherischen That objektiviert haben. Denn das Verhältnis des Gehilfen zum Thäter ist kein persönliches, sondern ein sachliches, die akzessorische Natur der Beihilfe ist vor allem in der Abhängigkeit der Gehilfschaft von dem durch die Thäterhandlung erzeugten Verbrechen begründet. Da aber aus der Schuldseite der Beihilfe ausserdem noch eine gewisse subjektive Unselbständigkeit derselben herrührt, welche in der thatsächlich vorhandenen oder notwendigen Vorstellung des Gehilfen von dem Thun und Wollen des Thäters ihren Ausdruck findet, so können derartige persönliche Verhältnisse nur insofern von dem Gehilfen vertreten werden, als sie von seiner Schuld mit umfasst, d. h. ihm bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen.²⁾

Wie aber, wenn dergleichen Verhältnisse nur in der Person des Gehilfen vorlagen? Buri³⁾ hat die Frage aufgeworfen, weshalb, wenn nun solche persönliche Verhältnisse in Betracht gezogen würden, die beim Gehilfen vorliegenden persönlichen Verhältnisse sich nicht auch in der That objektivieren und dem entsprechend auf den Thäter zurückwirken sollten.⁴⁾ Soviel steht unstreitig fest, dass besondere

¹⁾ Vergl. Köstlin, N. R. § 134; Luden Abh. II. p. 348 ff; Buri, Teiln. p. 12, 15; Borchert p. 16; Birkmeyer § 81, p. 74, 75.

²⁾ Vergl. Birkmeyer p. 169.

³⁾ Teilnahme p. 73.

⁴⁾ Bekanntlich hat § 50 des Deutschen Strafges. den Boden der akzessorischen Abhängigkeit der Beihilfe von der Thäterhandlung ver-

Strafbarkeitsmerkmale, welche ausschliesslich in der Person des Gehilfen liegen, jedenfalls für seine Person in Betracht kommen.⁵⁾ Wenn man bisweilen das Gegenteil behauptet hat, und den Gehilfen ausschliesslich für das verantwortlich machen wollte, was der Thäter begangen, so ist dieses als eine jener Verirrungen zurückzuweisen, welche aus der voreingenommenen Ansicht entsprungen sind, die Beihilfe sei nichts weiter, als ein „accessorium“ eines „principale“, nämlich der Thäterhandlung.

Dass aber diese besonderen Strafbarkeitsmerkmale der Gehilfenthätigkeit auch auf den Thäter zurückwirken sollen, scheint denn doch ein etwas gewagter Schluss zu sein. Einmal schon deswegen, weil das der theoretischen Analyse zu Grunde liegende Urbild des Verhältnisses vom Gehilfen

lassen, indem er jeden „lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Thätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet“, bestraft wissen will. Der gen. Paragraph lautet:

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Teilnehmer (Mithäter, Anstifter, Gehilfen) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen.“

Demzufolge wird der Gehilfe von einem in der Person des Thäters obwaltenden persönlichen Strafschärfungs- oder Milderungsgrund in keiner Weise berührt. Die Judikatur des deutschen Reichsgerichts hat in dieser Frage (vergl. Birkmeyer, pag. 276, 277) keine feste Praxis ausgearbeitet. Bald hält dasselbe an der strikten Auslegung des § 50 fest, bald sucht es dessen Vorschrift auf gewisse „rein“ persönliche Momente zu beschränken.

Mit dem § 50 des Deutschen Strafgeb. ist identisch der Art. 50 des Niederländischen Strafgeb.

Die Judikatur des Pariser Kassationshofes hat die akzessorische Natur der *complicité* auch in Bezug auf die *circumstances atténuantes* und *aggravantes* anerkannt, welche für den Gehilfen nur dann in Betracht kommen sollen, wenn er gewusst hat, dass sie in der Person des Thäters obwalten. Die Trennung der rein persönlichen und in der That objektivierten Umstände ist hierbei freilich nicht konsequent genug durchgeführt worden.

Vergl. *cas. 11 mars 1886* (B. 102, p. 169), wo hinsichtlich

zum Thäter seitens des letzteren gar keine Kenntnis von der ihm geleisteten Unterstützung voraussetzt. Zweitens, weil die Gehilfenhandlung, als solche gefasst, nicht die das Verbrechen verwirklichende Thatbestandshandlung ausmacht, seine persönlichen Eigenschaften sich demnach garnicht in der That objektivieren können. Beruht die Unselbständigkeit der Beihilfe darauf, dass nicht sie, sondern die Thäterhandlung das Verbrechen erzeugt, so kann die Täterschaft natürlicherweise nicht in ein gleiches Abhängigkeitsverhältnis von der Gehilfschaft geraten, wie diese von jener.

An die subjektiven schliessen sich die objektiven Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe,

des complice par récel die Notwendigkeit der erwähnten Kenntnis betont wird:

„...d'après la disposition expresse de l'article 63 § 2 du code pénal cette peine ne pouvait être appliquée aux complices par récel qu'autant qu'ils avaient eu au temps du récelé connaissance des circonstances aggravantes préappélées....“

cass. 19 décembre 1890 (B. 259, p. 409) spricht sich dahin aus, dass:

„...attendu que le crime est un et que les circonstances qui l'aggravent, lorsqu'elles ont été constatées une fois, s'étendent nécessairement à tous les coauteurs sans qu'il soit besoin de répéter pour chacun d'eux, en particulier, les questions spéciales concernant ces circonstances, qu'il n'y a d'exception admise que pour la circonstance morale et toute personnelle de préméditation dans une accusation (d'assassinat) portée contre plusieurs auteurs principaux....“

cass. 2 septembre 1886 (B. 319, p. 532)

„...la question de préméditation résolue en ce qui concernait l'auteur du crime déterminait en même temps le sort de l'accusation relativement au complice, lequel aux termes de l'article 59 du code pénal doit être puni de la même peine que l'auteur principal (!)

Vergl. ferner: cass. 24 juin 1887 (B. 244, p. 382); cass. 8 septembre 1887 (B. 330, p. 533).

Vergl. ausserdem: Ortolan l. c. №№ 1280; 1303; 1304. Rossi l. c. p. 403. Haus l. c. № 530—536. Hélie l. c. p. 468—476.

5) Binding, Grundriss, § 63 p. 117, 118.

zu welchen vor allem die in dem speziellen Teile der Strafgesetzbücher vorgesehenen erschwerenden oder erleichternden Thatumstände gehören. Es wird sich fragen, wie weit die Haftung des Gehilfen für diese gehen darf.

Unser Ausgangspunkt ist der, dass der Thatbestand der Beihilfe nur so weit reicht, als das Verbrechen des Thäters von des Gehilfen Schuld mit umfasst wird.¹⁾ Fehlt es nun an der faktischen Uebereinstimmung zwischen der thatsächlich begangenen und der von dem Gehilfen in's Auge gefassten Thäterhandlung, so müssen gleich anfangs die Fälle auseinandergehalten werden, in welchen der Thäter ein Mehreres gethan als der Gehilfe vermeinte, und in denen er ein ganz anderes Delikt begangen.

In dem ersten Falle spricht man von einem Exzess²⁾ des Thäters. Da eine Präsomption des Dolus undenkbar ist, so kann der Gehilfe für das, was über seinen Unterstützungsvorsatz hinausgeht, nicht oder, wenn er das Mehr hätte voraussehen können, nur kulpos verantwortlich gemacht werden.³⁾

1) Vergl. Berner, Teilnahme p. 211. „Ist die Beihilfe unbezweifelt „das Akzessorium der Urheberchaft, so wolle man hierüber „doch nicht vergessen, dass diejenige Absicht des Urhebers, „die der Gehilfe zu unterstützen gewillt ist, auch das Mass „der Abhängigkeit sei, in welcher die Beihilfe zur Urheber- „schaft steht; dass also, wenn die Absicht des Urhebers in „eine strafbarere umschlägt, als welche der Gehilfe zu fördern „gedachte, die Beihilfe doch nur als Akzessorium desjenigen „Verbrechens zu strafen sei, welches als ein fremdes zu ver- „folgen der wirkliche Wille des Gehilfen war.“

2) Vergl. Stübel, Teiln. § 50; Berner, Teiln. p. 211; derselbe, Lehrbuch (14. Aufl.) § 85 sub 5; Hälschner § 162; Geyer § 33; Birkmeyer § 79; Liszt § 52; Borchert p. 88 ff.

3) Handelt es sich um ein notwendiges Mittel der Ausführung, so tritt der Gehilfe in jedem Falle für dasselbe ein. So Berner, Lehrbuch § 85, sub 5:

„Wenn indess der Thäter selbst nicht alle Wechselfälle, „nach denen sich die Ausführung modifiziert, voraussetzen „kann, sondern sich die That in derjenigen Gestalt zu- „rechnen lassen muss, in welcher er sie nach den gerade „gegebenen Umständen ausführen konnte, so ist sie auch „dem Gehilfen zuzurechnen, mag immerhin sein Wissen „sich auf jene Modifikationen nicht erstreckt haben.“

Ein Aehnliches findet statt, wenn das thatsächlich begangene Delikt ein anderes war, als dasjenige, welches der Gehilfe zu unterstützen glaubte. Direkt wird der Gehilfe nur insoweit zur Verantwortung gezogen werden können, als die strafbare Handlung, welche er zu unterstützen vermeinte, in dem verübten Verbrechen etwa mit enthalten sein mag. Ist dieses nicht der Fall, so kann höchstens kulpose Beihilfe angenommen werden, insofern der Gehilfe die konkrete Thäterhandlung hätte voraussehen müssen.

Mit obigen Fällen darf derjenige Fall nicht verwechselt werden, in welchem die Handlung des Thäters, trotzdem sie den Voraussetzungen des Gehilfen entsprach, obendrein einen Erfolg gehabt hat, welchen weder er noch der Thäter vorausgesehen hatte. Einen derartigen Erfolg muss der Gehilfe dann vertreten, wenn der Thäter unter den bezeichneten Umständen für ihn gleichfalls verantwortlich gemacht werden kann.¹⁾

Vermeinte schliesslich der Gehilfe ein schwereres Verbrechen zu befördern, als thatsächlich geschah, so handelt es sich, sofern kein Versuch vorliegt, um einen Irrtum, welcher ihm zu gute kommt; das Mehr in seiner Vorstellung war ein *delictum putativum*.

6) Eine entferntere Konsequenz der akzessorischen Natur der Beihilfe besteht darin, dass eine Hilfeleistung zu derselben, wenn auch faktisch sehr gut möglich, rechtlich aber nicht als Beihilfe zur Beihilfe, sondern als mittelbare Beihilfe zu der Thäterhandlung konstruiert werden muss.²⁾ Dasselbe gilt von der Anstiftung zur Beihilfe und der Beihilfe zur Anstiftung, wenn mit der gemeinen Meinung von dem Grundsatz ausgegangen wird, dass auch die Anstiftung ihre Strafbarkeit erst aus der hinzutretenden physischen Thäterhandlung schöpft. Denn sowohl die Beihilfe zur Beihilfe, als auch die Beihilfe zur Anstiftung erhalten ihre

1) Vergl. Borchert l. c. ib. Geyer l. c. ibidem. z. B. wenn eine Körperverletzung den Tod nach sich zieht.

2) Anders nur, wenn die Beihilfe zum selbständigen Verbrechen erklärt worden ist.

juristische Qualifikation von demjenigen Verbrechen, welches sie, wenn auch indirekt, befördert haben.¹⁾

7) Weiterhin kann aus der akzessorischen Natur der Beihilfe gefolgert werden, dass Ort und Zeit der Begehung der Thatbestandshandlung über die Strafbarkeit der zu derselben geleisteten Beihilfe entscheiden.²⁾

Die Gehilfenhandlung gilt, wo sie auch thatsächlich verübt sein mag, als juristisch da begangen, wo das Ver-

1) Berner, Teilnahme, p. 265 ff. hält Beihilfe zur Beihilfe für straflos, während er Anstiftung zur Beihilfe für strafbar ausgiebt.

Dass Beihilfe zur Anstiftung als mittelbare Beihilfe und nicht als Anstiftung aufzufassen ist, wie man in Anbetracht dessen anzunehmen geneigt sein dürfte, dass Anstiftung zur Beihilfe als mittelbare Beihilfe konstruiert wird, liegt daran, dass das Grössere (Anstiftung) das Geringere (Beihilfe) stets, das Geringere jedoch das Grössere nie ganz auszufüllen vermag. Denn die Anstiftung soll nicht der Beihilfe, sondern der Mitthäterschaft koordiniert werden. Dasselbe drückt Berner aus, wenn er (Teilnahme p. 266, 267) von der Möglichkeit des „progressus in infinitum“ der Anstiftung und der Unmöglichkeit eines solchen bei der Beihilfe spricht.

Vergl. im übrigen: Geyer § 29; Hälschner § 160; Liszt § 52; Hugo Meyer § 42 sub 4. Anderer Meinung Borchert, p. 81 ff, p. 59 ff.

Die Praxis des Pariser Kassationshofes konstruiert complicité zur complicité als indirekte Teilnahme und findet hierin keinen Grund zur Ermässigung der Strafe:

cass. 26 mars 1887 (B. 122 p. 188):

„....Il importe peu que le prévenu n'ait pas vendu „directement son colorant ni fournies instructions à l'auteur principal de la falsification, dès „lors que l'arrêt constate qu'il n'ignorait pas, quels que „fussent les intermédiaires, que son colorant serait employé „à la perpétration du délit....“

cass. 17 mai 1888 (B. 179 p. 282):

„..... Les éléments du délit de complicité „de falsifications de vins sont établis par „l'arrêt constatant que les substances colorantes ont été „sciemment vendues et que bien qu'il-y-ait eu un „intermédiaire entre l'acheteur définitif et le ven- „deur, ce dernier connaissait la destination finale de son „produit....“

2) Birkmeyer §§ 82—85.

brechen selbst verübt worden ist. Hieraus werden sich, je nach dem Stand der territorialen Gesetzgebung, gewisse, hier nicht weiter zu untersuchende Folgerungen hinsichtlich der anwendbaren Strafgesetze und des Gerichtsstandes herleiten lassen.¹⁾

1) Das deutsche Reichsgericht spricht sich zu verschiedenen Malen verschieden über diesen Punkt aus.

In dem Urt. v. 24. Juni 1884 E. R. G. XI. № 6 p. 20 ff heisst es:

„Ist also die Hauptthat . . . im Inlande verübt und ist „erst hierdurch seine (des Gehilfen) Handlung zu einer „strafbaren geworden, so ist kraft der akzessorischen „Natur der Beihilfe die Auffassung berechtigt, dass auch „die im Auslande geleistete Beihilfe als eine im Inlande „begangene strafbare Handlung zu gelten und dem inlän- „dischen Strafgesetze zu unterliegen habe.“

In einer Reihe von anderen Entscheidungen wird dagegen hervorgehoben, dass die Beihilfe als begangen angesehen werden müsse, sowohl am Orte der Hauptthat, als am Orte der körperlichen Thätigkeit des Gehilfen (vergl. Birkmeyer § 138). Den hauptsächlichsten Grund einer derartigen Entscheidung scheint diejenige Erwägung abgegeben zu haben, dass bei dem Bestehen des Verbots der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger der Gehilfe im andern Falle straflos ausgehen könnte, wenn die Beihilfe in Deutschland von einem Deutschen geleistet worden war. Besteht dagegen ein derartiges Verbot nicht (wie z. B. in England), so liegt kein Grund vor, die logische Konsequenz aufzugeben.

Die richtige Ansicht vertritt der Pariser Kassationshof: cass. 19 avril 1888 (B. 151, p. 237):

„. . . . Attendu que le droit de punir émane du droit de souveraineté qui ne s'étend pas au delà des limites du territoire, qu'à l'exception des cas prévus par l'article 7 (du code d'instruction criminelle), dont la disposition est fondée „sur le droit de légitime défense, les tribunaux français „sont sans pouvoir pour juger les étrangers à raison des „faits commis en pays étranger.“

„. . . . Attendu que d'après l'art. 5 (du c. d'instr. crim.) „le vol commis en pays étranger ne peut être déféré aux „tribunaux français que lorsqu'il a été commis par un „Français; que le récelé malgré certains caractères qui le „distinguent n'est qu'un mode de complicité du vol auquel „il se rattache comme une conséquence à son principe; que

Die Gehilfenhandlung gilt, weiterhin, wann sie auch immer verübt sein mag, als strafbare Handlung erst in dem Augenblicke begangen, wo das Verbrechen, zu dem sie geleistet wurde, verübt worden ist. Das soll heissen, sie wird erst in dem Augenblicke strafbar, in welchem es die Thäterhandlung wird. Wann dieses bei der letzteren der Fall ist, bildet eine Frage, welche an dieser Stelle als feststehend betrachtet werden kann.

An der Hand des soeben aufgestellten Prinzips gelangen wir zu folgenden Ergebnissen. Die Gehilfenthätigkeit erscheint nur in dem Falle strafbar, wenn die Thäterhandlung, oder besser das Delikt, zu welchem sie geleistet wurde, strafrechtlich verpönt war, bevor die entsprechende Thäterhandlung begangen worden ist. Liegt eine Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der Begehung der Handlung bis zu deren Aburteilung vor, so bezieht sich auf die Beihilfe immer nur dasjenige, welches auf die Thäterhandlung Anwendung findet. Von ganz besonderer Wichtigkeit ist jedoch die Folgerung hinsichtlich des Beginns der Verjährung¹⁾ der Gehilfenhandlungen. Die communis opinio hat sich dahin geeinigt, dass hierfür der Beginn der Verjährungsfrist der Thäterhandlung ausschlaggebend ist.

„le complice d'un vol par récelé devant être puni des
 „mêmes peines que l'auteur du vol et cet auteur en pays
 „étranger ne pouvant être puni que conformément aux lois
 „de ce pays, les tribunaux français non't ni compétence ni
 „pouvoir pour les appliquer....
 [doit être annulé l'arrêt....par lequel....est....condamné
 un étranger pour s'être rendu complice par récelé en France
 d'un vol commis à l'étranger]....“

1) Birkmeyer, p. 173 ff und § 137; Borchert p. 52 will dieses nicht aus der akzessorischen Natur der Beihilfe hergeleitet wissen; Geyer, § 35 weist darauf hin, dass die Verjährungsfrist verschieden laufen kann, weil ja die Dauer der Verjährung von den Strafsätzen abhängig sei und die Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich des einen allein stattfinden könne.

8) Eine letzte Konsequenz der akzessorischen Qualität der Beihilfe äussert sich mit Hinblick auf die sogenannte **Verbrechenskonzurrenz**.¹⁾

Wenn jemand sich mehrfacher Gehilfenhandlungen zu einem und demselben Verbrechen schuldig gemacht hat²⁾ oder auch aus verschiedenen Gesichtspunkten für Mitwirkung zu demselben strafbar geworden ist, so liegt nur eine Beihilfe vor, wenn sie auch in verschiedenen Willersäusserungen zu Tage getreten ist. Denn das mehrfache Thun wird durch die Einheit des Erfolges, zu dessen Existenz es mitwirkt, zu einem strafrechtlich einheitlichen. Dagegen kann im Falle der Beihilfe zu einer Mehrheit von strafbaren Handlungen desselben oder verschiedener Thäter durch ein und dieselbe Thätigkeit zum Wirklichwerden mehrerer rechtswidriger Erfolge beigetragen werden. Je nachdem nun die genannten Verbrechen in Ideal- oder Realkonzurrenz zu einander stehen, werden ebensoviele Gehilfenhandlungen mit einander ideell oder reell konkurrieren müssen.

¹⁾ Borchert p. 8; p. 51, 52; p. 9 Anm. 5; Birkmeyer § 86, § 140.

²⁾ z. B. durch geistige und physische Einwirkung.

Drittes Kapitel.

Beihilfe als selbständiges Delikt.

In der Bezeichnung „Beihilfe als selbständiges Delikt“ scheint ein innerer Widerspruch zu liegen. Denn die Beihilfe als solche ist immer nur etwas Unselbständiges und Abhängiges. Aber das, was unter gewöhnlichen Umständen als Beihilfe gefasst wird, kann unter gewissen Voraussetzungen zum selbständigen Delikt erhoben werden. Juristisch zulässig ist eine derartige Konstruktion schon deshalb, weil die Unselbständigkeit der Beihilfe nur in ihrer Beziehung zu demjenigen rechtswidrigen Erfolge sich äussert, welcher durch eine sie ergänzende Thäterhandlung hervorgebracht worden ist. Da aber auch die Beihilfe eine That- und Willensseite d. h. ein gewisses gewolltes Thun voraussetzt, so birgt sie in ihrem Schosse einen selbständigen Kern, welcher ein eigenes Delikt darstellt, sobald jene gewollte Thätigkeit an und für sich einen verbrecherischen Erfolg erzeugt, ohne hierzu einer ergänzenden Thäterhandlung zu bedürfen.

Es müssen hier von vorne herein drei Kategorien von Fällen unterschieden werden:

- 1) Fälle, in welchen Beihilfe in Thäterschaft umschlägt;
- 2) Fälle, in denen Beihilfe von Thäterschaft garnicht geschieden wird;
- 3) Fälle, in welchen die Beförderung einer fremden Handlung ein delictum sui generis enthält.

a d 1). Ersteres findet statt, wenn ein Umstand vorliegt, welcher in concreto die Schuldlosigkeit der in abstracto

schuldhaften Thäterhandlung bedingt. Hatte sich der vermeintliche Gehilfe über die Beschaffenheit der letzteren geirrt, so liegt gleichzeitig ein Irrtum über das Wesen des eigenen Thuns vor, welcher nach den vorstehend (pag. 133 ff.) erörterten Prinzipien zu behandeln ist. Täuschte sich dagegen der vermeintliche Gehilfe nicht über die Schuldlosigkeit des Täters, unterstützte er vielmehr wissentlich einen Unzurechnungsfähigen, einen Irrenden, so wird er als mittelbarer Thäter zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden können. Die in Thäterschaft umgeschlagene Beihilfe unterscheidet sich in keiner Weise von der gewöhnlichen Thäterschaft.

a d 2). Desgleichen muss der Gehilfe als eigentlicher Thäter oder besser Mitthäter allemal dann angesehen werden¹⁾, wenn der Gesetzgeber es für unangemessen gehalten hat, Teilnahme und Thäterschaft von einander zu scheiden und ohne Rücksicht auf die Art der Beteiligung alle Mitwirkenden mit gleicher Strafe bedroht. Inwiefern eine derartige Vernachlässigung der rechtlich gebotenen Unterscheidungen juristisch zu rechtfertigen ist, muss dahingestellt bleiben. Die Zahl dieser Fälle ist eine sehr beschränkte, ein Nachhall jener Massenverantwortlichkeit vergangener Zeiten, welche jede feinere Gliederung verschmäh't. Auch hat die bessere Redaktion der neueren und neuesten Gesetzbücher diese wenigen Ausnahmen hinweggeräumt, welche einen Anachronismus in der modernen Lehre von der Teilnahme bilden. Wo sie sich noch finden, da hat der Gesetzgeber den zwischen den verschiedenen Arten der Beteiligung bestehenden objektiven Unterschied geleugnet, die Bedingung der Ursache gleichgesetzt und den Gehilfen als Thäter gestraft wissen wollen.

a d 3). Anders dagegen, wenn die Beihilfe an sich den Thatbestand eines delicti sui generis erfüllt. Hiermit sind nicht etwa diejenigen Fälle gemeint, in welchen die Beförderung einer fremden Handlung den Thatbestand eines andern Verbrechens enthält (z. B.: A. verübt einen Totschlag zur

1) Vergl. Liszt, § 52 am Schluss.

Unterstützung des von B. verübten Diebstahls), sondern diejenigen, in welchen der Gesetzgeber die Unterstützung fremder Handlungen als scheinbar selbständige delicta sui generis in dem „besondern Teil“ als spezielle Thatbestände behandelt und mit selbständigen Strafen belegt.

Es liegt auf der Hand, dass hier, wo der Wille des Gesetzgebers einen freieren Spielraum hatte, eine gleichartige Behandlung der einzelnen Fälle durch die Gesetzgebungen verschiedener Perioden und Kulturvölker nicht erwartet werden kann. Vielleicht wird aber, wenn wir von individuellen Besonderheiten absehen, der Vergleich der einschlägigen Bestimmungen des positiven Rechts und ein Blick auf den geschichtlichen Entwicklungsgang derselben uns das Wesen dieser Spezialfälle besser erfassen helfen.

Vorerst können wir diese Fälle in drei Hauptgruppen zerlegen:

- a. Fälle, in welchen die Beförderung einer fremden Handlung auch schon als Beihilfe strafbar wäre, durch die besondere Behandlung aber eine verhältnismässig schwerere Bestrafung derselben ermöglicht wird;
- b. Fälle, in welchen nach dem bestehenden Rechte Beihilfe als solche nicht strafbar wäre, weil keine strafbare Haupthandlung vorliegt, durch die besondere Behandlung aber eine Bestrafung derselben aus sich selbst heraus ermöglicht wird;
- c. Fälle, in welchen sogenannte negative Beihilfe speziell vorgesehen wurde, insofern Nichtverhinderung oder Nichtanzeige gewisser Delikte für strafbar erklärt wird.

Es wird nunmehr darauf ankommen festzustellen, welche Verschiedenheiten und Aehnlichkeiten diese drei Gruppen unter einander aufweisen und was für Rücksichten es gewesen sein mögen, welche die spezielle Behandlung dieser Fälle durch das Gesetz hervorgerufen haben.

Kitka ¹⁾ hat behauptet, dass, so oft der Gesetzgeber den Begriff der Unterstützung zu einer bestimmten Handlung insbesondere feststellt, derselbe zu erkennen gebe, dass er den allgemeinen Begriff der Beihilfe zu erweitern für nötig finde; dass auch ein solches Thun der Strafe verfallen müsse, welches sonst, in Anbetracht der allgemeinen Bestimmungen über die Beihilfe, straflos erscheinen würde. Diese Erklärung findet auf die letzte der angeführten drei Gruppen unbedingte Anwendung; bei der zweiten könnte man sie noch allenfalls gelten lassen; mit der ersten Gruppe lässt sie sich aber schwerlich vereinbaren. Die nachfolgende Untersuchung wird zeigen, dass es sich in den besagten Fällen im allgemeinen nicht um eine Ausdehnung des Beihilfebegriffes auf ein entfernteres Ziel handelt, oder gar um die Tendenz, gewisse Modalitäten der Unterstützung empfindlicher zu strafen, sondern vielmehr um eine Reduktion des strafrechtlich relevanten Gebiets der Thäterschaft; diese ist es, welche das scheinbare Missverhältnis zu Wege gebracht hat.

Begingen wir mit denjenigen Fällen, in welchen sich Beihilfe als solche sehr wohl konstruieren liesse, das positive Recht es aber vorzieht, die fördernde Thätigkeit mit besonderer Strafsanktion zu belegen. Beispiele der fraglichen Art sind:

- 1) die vorsätzliche Beförderung der Desertion im § 141 des deutschen Strafgesetzbuchs,
- 2) die Teilnahme an der Hinterziehung der Wehrpflicht im § 143 l. c.,
- 3) das Kartelltragen als Beihilfe zur Herausforderung im § 203 l. c.²⁾,
- 4) die entgeltliche Beihilfe zur Abtreibung im § 219 l. c. und andere mehr.³⁾ Die Schaffung eines *delictum sui generis*

1) l. c. §§ 31—35.

2) Vergl. Art. 1501 des Russischen Strafgesetzbuchs und Art. 28 des Russischen Entwurfs.

3) Ueber die fahrlässige Beihilfe zu Pressdelikten nach § 21 d. deutsch. Pressgesetzes, vergl. weiter unten Kap. IV.

aus der Beihilfe hat in den genannten Fällen eine schwerere Bestrafung derselben zur Folge. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, dass in den beregten Fällen das für den Thäter berechnete Strafmass ein geringeres ist, als es die bezügliche Normwidrigkeit an sich verlangt. Würde nun diese „ausserordentliche“ Strafe zum Ausgangspunkt für die Bestrafung des Teilnehmers gewählt werden, so müsste sich als Resultat eine zu niedrige Strafe für den letzteren ergeben, weil bei ihm jene Rücksichten, welche bei der Herabsetzung der Strafe des Thäters leitend gewesen sind, in der Regel fortfallen. Die selbständige Fixierung der Strafe des Gehilfen hat also den Zweck, die Bestrafung desselben innerhalb derjenigen Grenzen zu erhalten, welche seiner Verschuldung entsprechen. Sie war nötig, weil diese Grenzen aus Gründen, die lediglich für die Beurteilung des Thäters massgebend erscheinen, verschoben worden sind. Die Strafe des Gehilfen ist somit das Normale, die Abnormität liegt in der Bestrafung des Thäters.

Dieser ersten Gruppe von Fällen steht diejenige Kategorie von Fällen gegenüber, bei welchen von Beihilfe als Unterstützung des Verbrechens eines andern, im technischen Sinne des Wortes, nicht mehr gesprochen werden kann. Hier fehlt eine strafrechtlich relevante Haupthandlung und die beihelfende Thätigkeit, die Beförderung an sich wird für strafbar erklärt. Aber, wenn auch zu selbständigen Delikten erhoben, behalten diese Handlungen, wie schon Kries nachgewiesen hat, in vielen Hiusichten den Charakter von Gehilfenhandlungen bei. Denn, sind auch die Haupthandlungen, welche sie befördern, strafrechtlich irrelevant, so hören sie darum noch nicht auf zu existieren, und ebenso wenig lässt sich die akzessorische Natur der beihelfenden Thätigkeit durch die Erhebung derselben in ein delictum sui generis aus der Welt schaffen, denn sie liegt in dem Wesen der Beförderung selbst begründet.

Als Beispiele können hier genannt werden:

- 1) die Beförderung der Selbstbefreiung von Gefangenen (§ 120 des deutsch. Strafbg.),

- 2) die vorsätzliche oder fahrlässige Beförderung der Entweichung von Gefangenen (§ 121 und § 347 l. c.),
 - 3) die gewohnheitsmässige oder eigennützigte Beförderung fremder Unzucht (§ 188 und § 181 l. c.),
 - 4) die Teilnahme am Diebstahl oder an der Unterschlagung, welche von Aszendenten oder Ehegatten begangen worden (§ 247 l. c.),
 - 5) die Hergabe eines Versammlungsorts zum Betriebe von Glücksspiel (§ 245 l. c.)
- und andere.¹) In den angeführten Beispielen ist nach dem positiven deutschen Recht die Beförderung strafbar, die Begehung nicht. Doch ist dieses Prinzip hinsichtlich der einzelnen Delikte in verschiedener Weise zum Ausdruck gekommen.

Die Selbstbefreiung resp. Entweichung von Gefangenen ist vom Deutschen Strafgesetzbuch straflos gelassen worden, weil, wir zitieren hier die Motivierung des Reichsgerichts²), „aus humanen Gründen dem Freiheitsdrang der Gefangenen Rechnung getragen werden sollte“. Bis 1871 waren in Deutschland die Meinungen hierüber noch geteilt. Abgesehen von derjenigen Gruppe von Kriminalisten, welche in der Selbstbefreiung ein Delikt wie jedes andere erblickten, gingen die Ansichten auch darüber auseinander, inwiefern jene humanen Gründe berücksichtigt werden dürften: die einen waren für mildere Bestrafung, die anderen für gänzliche Straflosigkeit eingetreten³). Darüber war aber kein Streit, dass die Beförderung der Selbstbefreiung seitens Dritter in jedem Falle strafbar erscheint, weil, um die Motivierung des oben zitierten reichsgerichtlichen Urteils wiederaufzunehmen, Dritten der Eingriff in obrigkeitliche Massregeln

1) Aehnlich die Beihilfe zum Selbstmord nach Artikel 6 und 17 des Russischen Entwurfs.

2) Ur. v. 29. Nov. 1880. E. R. G. III. p. 140.

3) Das geltende Russische Strafgesetzbuch, Art. 312, straft dagegen bekanntlich die Selbstbefreiung von Inhaftierten.

versagt ist. Freilich liegt derselbe Eingriff auch hinsichtlich des Thäters vor, aber er stellt nach positivem deutschem Recht ein strafloses¹⁾ Unrecht dar.

Die Beförderung fremder Unzucht, wie sie das Deutsche Strafgesetzbuch unter Hinzuziehung der Merkmale der Gewerbmässigkeit oder des Eigennutzes als Kuppelei in die Zahl der selbständig strafbaren Delikte des besonderen Theils einführt, trägt äusserlich noch mehr, als die Beihilfe zur Selbstbefreiung das Gepräge einer selbständigen Verbrechensform. In noch stärkerem Masse ist dieses in dem geltenden Russischen Strafgesetzbuch der Fall, welches von einer Definition der Kuppelei völlig absieht²⁾. Und dennoch ist auch dieses Delikt zum grossen Theile nichts weiter, als ein Ueberbleibsel der Verantwortlichkeit für Thäterschaft und Teilnahme an dem strafbaren Delikte der Unzucht, welches gegen die Norm versties, die da lautete: du sollst keine Unzucht treiben. Wir wissen, mit welcher einschneidenden Strenge das kanonische Recht jegliche Art von Fleischesverbrechen ahndete³⁾. Bis spät in's XVIII. Jahrhundert hinein hielt auch die weltliche Gesetzgebung an dem Grundsätze der Strafbarkeit jeglicher delicta carnis fest. Nicht weil die Sittlichkeit kein Rechtsgut darstellt, ist man allmählich von diesem Standpunkte zurückgegangen, sondern weil man den Schwächen des Menschengeschlechts Rechnung tragen wollte, welche nur in einer Zeit der äussersten Sittenstrenge vor die Schranken des Strafgerichts gezogen werden können; in jedem anderen Falle musste die hierauf gerichtete Strafandrohung zu einer leeren Formel herabsinken. Man hat nichts Besseres thun können, als diesem hohlen Scheine zu entsagen⁴⁾. Aber wenn man auch in der menschlichen Schwäche

1) Nach russischem Recht ein milder strafbares.

2) Art. 998—1000, wo eigentlich nur von qualifizierter Kuppelei die Rede ist.

3) Vergl. Katz, kan. Strafr. p. 111 ff.

4) Fasst man das Sittlichkeitsvergehen lediglich als Selbstverletzung, so werden auch für dasselbe die Grundsätze massgebend, welche weiter unten aus Anlass der Beihilfe zum Selbstmord entwickelt sind.

des Thäters eine begründete Entschuldigung für denselben fand, so konnte man sie nicht auch schlechtweg hinsichtlich des Teilnehmers gelten lassen. Denn dieser vergeht sich nach wie vor gegen das Rechtsgut der Sittlichkeit. Daher die Strafbarkeit des Befördernden bei Unverantwortlichkeit des Thäters. Eine Steigerung erfährt dieselbe natürlich durch das Hinzutreten von qualifizierenden Merkmalen: der Gewerbmässigkeit, des Eigennutzes, der besonderen Beziehungen zu den Thätern, der Art der Ausführung. Das Russische Strafgesetzbuch von 1845 unterschied demgemäss die einfache Kuppelei von der qualifizierten. Die veränderte Redaktion vom J. 1866 hat dagegen nur noch die Bestimmungen über die letztere beibehalten, während im Art. 44 des friedensrichterlichen Ustaws die blosse Nichtbefolgung von Vorschriften über die Verhütung der Unzucht mit Strafe belegt worden ist. Immerhin hat der Senat (Kassationsentscheidung v. J. 1871 № 11 in Sachen Garder's) es für möglich erachtet, die einfache Kuppelei gleichfalls unter den angeführten Artikel zu subsumieren. Das Deutsche Strafgesetzbuch sieht in den §§ 180 u. 181 nur noch die qualifizierte Beförderung fremder Unzucht vor.

Das soeben von der Unterstützung der Unzucht Gesagte gilt in gleicher Weise von der Beförderung des Glücksspiels.

Dieser Prozess der Herausschälung der Beförderung aus dem Gesamtdelikt zum selbständigen Verbrechen bei gleichzeitiger Straflosigkeit des Thäters lässt sich noch deutlicher in der Behandlung verfolgen, welche die Strafgesetze dem sogen. Familiendiebstahl zu teil werden lassen¹⁾. Die Voraussetzung der Einheitlichkeit der vermögensrechtlichen Interessen im engeren Kreise der Familie und noch mehr die Scheu vor dem Eingriff in den geweihten Bann der persönlichen Familienbeziehungen, hat die Gesetzgeber²⁾ veranlasst, die Bestrafung des Familiendiebstahls von einem dahin-

1) Vergl. Schütze Notw. Teiln. p. 293 ff.

2) § 247 d. Deutschen Strafgesetzbuchs. Art. 19, 20 des friedensrichterlichen Ustaws und Anmerkung z. Art. 1664 des Russischen Strafgesetzbuchs.

gehenden Antrag der Verletzten abhängig zu machen, wobei ausdrücklich die Zulässigkeit der Zurücknahme des Antrags vorgesehen wird. Das Deutsche Strafgesetzbuch ist noch weiter gegangen und hat für den von Aszendenten und Eheleuten verübten Diebstahl (resp. Unterschlagung) völlige Straflosigkeit statuiert. „Diese Bestimmungen“ aber, heisst es in dem zitierten § 247 weiter, „finden auf Teilnehmer welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung.“ Auf diese Weise ist in den speziellen Teil des Strafgesetzbuches die Bestimmung über die Bestrafung der Beihilfe zur Beförderung von Aszendentendiebstahl u. s. w. als *delictum sui generis* aufgenommen worden. Dem Wesen nach unterscheidet sich dieses Delikt in keiner Beziehung von den vorherstehend erörterten, nur dass die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung ein Streiflicht auf diejenigen Rücksichten wirft, welche ihn, wie hier, so auch im allgemeinen bei der Fixierung der selbständigen Bestrafung der Teilnehmer geleitet haben.

Ein weiterer, hierher gehöriger Fall ist die Beihilfe zum Selbstmord. Hier stehen drei Auffassungen einander gegenüber. Entweder wird der Selbstmord für strafbar erklärt und die Beförderung desselben als Beihilfe zum Morde gestraft¹⁾, oder aber man lässt den Selbstmord ungeahndet, straft aber die Beihilfe zu demselben als besonderes Delikt²⁾, oder man setzt, schliesslich, die Straflosigkeit sowohl des Selbstmordes, als auch der Beförderung desselben fest (Deutsches Strafgesetzbuch). In historischer Reihenfolge ist die Bestrafung des Selbstmordes das Frühere, die Straflosigkeit desselben das Spätere. Zu letzterer Ansicht gelangte man durch die Erkenntnis dessen, dass Handlungen eines Subjektes gegen sich selbst rechtlich unerheblich sind und diese rechtliche Unerheblichkeit der Handlung einen Schuldausschlussgrund darstellt. Aber auch da, wo man die Strafbarkeit des Selbstmordes nicht ganz hat aufgeben wollen, ist eine bedeutende Herabsetzung derselben im Vergleich zur Bestrafung

1) Art. 1472—1476 des Russischen Strafgesetzbuchs.

2) Art. 6 u. 7 des Russischen Entwurfs.

der Vernichtung eines fremden Menschenlebens zu konstatieren. Dann giebt aber die verschärfte Bestrafung des Gehilfen (Art. 1475 d. Russ. Strfgeb.) einen derjenigen Fälle ab, welche vorstehend unter Gruppe a) behandelt worden sind. Geht man nun einen Schritt weiter und lässt die Strafe des Thäters, um mit Kries¹⁾ zu reden, auf Null herabsinken — so thut man dieses, wie gesagt, aus dem Grunde, weil in dem Selbstmorde die Vernichtung des eigenen und nicht des fremden Lebens vorliegt, das Delikt selbst also wegfällt. Das Deutsche Strafgesetzbuch hat hieraus die Straflosigkeit der Teilnahme gefolgert. Gewiss können wir, wenn keine besonderen Bestimmungen über die Strafbarkeit derselben vorliegen, an der Hand der Grundsätze über die akzessorische Natur der Beihilfe den Gehilfen nicht strafen, wenn der Haupthandlung das Merkmal der Deliktmässigkeit fehlt. Eine andere Frage ist es aber, ob es auch de lege ferenda berechtigt erscheint, diese besonderen Bestimmungen fallen zu lassen. Steht es doch unzweifelhaft fest, dass es sich für den Gehilfen in jedem Falle nicht um das eigene, sondern um ein fremdes Leben handelt. Das Unrecht, welches in der Vernichtung des Menschenlebens im allgemeinen liegt, erscheint mit Hinblick auf den Selbstmörder als ein objektives, schuldloses. Für den Gehilfen, bei welchem jenes höchst persönliche Verhältnis nicht vorhanden ist, tritt das Moment der Schuldhaftigkeit hinzu und macht dieses Unrecht zum Delikte.

Die dritte und letzte Gruppe von selbständig strafbaren Fällen der Beihilfe wird, wie erwähnt, durch diejenigen Bestimmungen des besonderen Teils der Strafgesetzbücher geschaffen, welche die Nichtverhinderung gewisser Delikte für strafbar erklären.

Wir nennen als Beispiele:

- 1) die Nichtanzeige gewisser bevorstehender Verbrechen (139 d. Deutsch. Strfgeb.),

1) l. c. p. 537.

- 2) das wissentliche Geschehenlassen von strafbaren Handlungen der Untergebenen durch die Vorgesetzten (§ 357 d. Deutsch. Strfgeb.),
- 3) die Nichtverhinderung der Bettelei und sonstiger Delikte von Kindern u. s. w. durch Personen, welche Gewalt und Aufsicht über dieselben haben (§ 361, Punkt 4 u. 9 d. Deutsch. Strfgeb.)

und a. m. Diese Gruppe von selbständigen Delikten bietet in theoretischer Beziehung die wenigsten Schwierigkeiten. Sie gehört in das Gebiet der „negativen“ Beihilfe, welche weiter unten näher besprochen werden soll. Hier sei nur soviel vorweggenommen, dass nach der herrschenden Ansicht die Nichtverhinderung oder Nichtanzeige von Delikten eine schuldhafte Unterlassung nur in dem Falle begründen kann, wenn ein Verhältnis verpflichtender Art zur Verhinderung resp. zur Anzeige vorgelegen hat. Eine solche Verpflichtung muss in der einen oder der anderen Weise statuiert werden. Hier ist dieselbe in dem Strafgesetze implicite enthalten, wie namentlich im § 139 d. Deutsch. Strfgeb. Doch braucht diese Verpflichtung nicht erst durch das Strafgesetz geschaffen zu werden. Ist solches der Fall, so bezweckt die spezielle Behandlung im besonderen Teile eine über das ordentliche Mass der Gehilfenstrafe hinausgehende Bestrafung des Teilnehmers, wie z. B. im § 357 d. Deutsch. Strfgeb.

Wir gelangen demnach zu folgenden Resultaten. Ueberall da, wo die Gehilfenhandlung durch besondere Strafsanktion des Gesetzgebers zum delictum sui generis erhoben worden ist, war es demselben darum zu thun, die Gehilfenhandlung überhaupt als strafbar oder auf einer bestimmten Höhe der Strafbarkeit stehend zu bezeichnen, weil sie nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beihilfe straflos resp. auf einer niedrigeren Stufe der Strafbarkeit stehend erscheinen würde. Die zur ersten und zweiten Gruppe gehörigen Delikte weisen untereinander lediglich einen quantitativen und keinen qualitativen Unterschied auf. Die dritte Gruppe bildet ein selbständiges Ganzes.

Die beiden ersten Gruppen umfassen diejenigen Fälle, in welchen die Strafbarkeit der Haupthandlung herabgemindert resp. ganz auf Null herabgesunken ist. Wie eng sie miteinander zusammenhängen, beweist die Leichtigkeit, mit welcher ein und dieselbe Thätigkeit bald in die eine, bald in die andere Kategorie eingereiht wird. Die Gründe¹⁾, welche für die mildere oder schärfere Bestrafung resp. völlige Strafflosigkeit der Haupthandlung ausschlaggebend waren, erscheinen allemal als besondere, hinsichtlich der Person des Thäters in abstracto vorliegende Rücksichten, als gewisse persönliche Verhältnisse, welche den Charakter von Strafmilderungs- oder Schärfungsgründen resp. Schuldausschliessungsgründen tragen. In dem vorhergehenden Kapitel ist der Einfluss der besonderen, in concreto vorliegenden Verhältnisse des Thäters auf die Strafbarkeit des Gehilfen des näheren behandelt worden. Wir hatten festgestellt, dass für die Strafbarkeit des Gehilfen diejenigen Verhältnisse des Thäters bestimmend sein müssten, welche sich in der verbrecherischen That objektiviert haben. Wir waren weiterhin zu dem Schlusse gelangt, dass die Beihilfe zu einer in concreto schuldlosen Handlung unter gewissen Voraussetzungen in Thäterschaft umschlagen könne, welches Ergebnis im Anfange dieses Kapitels verwertet worden ist. Hier haben wir es mit einer Reihe von Fällen zu thun, in welchen diese allgemeinen Grundsätze nicht ausreichen, weil der Gesetzgeber jene persönlichen Verhältnisse bereits in den Bestimmungen des speziellen Teiles der Strafgesetzbücher berücksichtigt hat, und dementsprechend auch die Verantwortlichkeit des Gehilfen einer besonderen gesetzlichen Regelung bedurfte, wenn sie nicht aufhören sollte, dem Grade seiner Verschuldung zu entsprechen. Bei den Schuldausschliessungsgründen hat dieses Vorgehen des Gesetzgebers auch noch die Folge, dass der Beförderungshandlung das Gepräge der Beihilfe gewahrt bleibt, dieselbe also nicht, wie es sonst vielleicht möglich gewesen wäre, in Thäterschaft umschlägt.

¹⁾ Vergl. noch Schütze, Notw. Teilnahme, p. 287 ff., § 48.

Wenn auch zum selbständigen Delikte erhoben, behält die als *delictum sui generis* strafbare Beförderung einer fremden Handlung den Charakter der Beihilfe nach wie vor bei.

Aus diesem Grundsätze lassen sich gewisse praktisch sehr bedeutsame Folgerungen hinsichtlich der Anwendbarkeit der allgemeinen Prinzipien von der Teilnahme auf besagte *delicta sui generis* ableiten. Es ist ein allgemeiner Grundsatz¹⁾, dass ein und dieselbe Person bei mehrfacher Mitwirkung zu derselben Missethat stets nur einmal mit Strafe belegt werden darf, wobei die leichtere Form der Beteiligung durch die schwerere absorbiert wird. Liegt eine verbrecherische Handlung vor, zu welcher Beihilfe geleistet worden ist, so ist es klar, dass der Thäter nicht noch wegen Anstiftung oder Beihilfe zu der ihm geleisteten Beihilfe gestraft werden kann, weil in derselben die Teilnahme des Thäters an der eigenen That enthalten ist. Dasselbe Verhältnis bleibt auch für den Fall bestehen, in welchem die Strafe des Thäters reduziert resp. gänzlich aufgehoben wird. Für den milder strafbaren oder auch straflosen Thäter ist die Teilnahme an dieser Unterstützung nichts Anderes, als die mittelbare Beihilfe zu seiner eigenen That und wird dadurch, dass sie durch jenes selbständig gewordene Delikt als strafbares Medium hindurchgeht, nicht strafbarer, als sie es an und für sich ist. Für den Fall der völligen Straflosigkeit der Haupthandlung kommt noch die Erwägung hinzu, dass man, wenn die Teilnahme des Thäters an der strafbaren Unterstützung seiner Handlung strafbar sein sollte, annehmen müsste, es sei möglich, die Straflosigkeit des Thäters auf dem Umwege der Teilnahme wieder zu beseitigen, eine Annahme, welche sich keineswegs mit den Rücksichten vereinigen lassen wird, die den Gesetzgeber veranlasst haben, seine Straflosigkeit zu statuieren.

1) Vergl. Kries l. c. p. 521 ff. Liszt l. c. § 48, IV. Borchert l. c. p. 52.

Eine andere Frage ist es, inwiefern diese zum selbständigen Delikt gewordene Beihilfe mit der gewöhnlichen Beihilfe zu derselben strafbaren Handlung konkurrieren kann. Dass neben den besonderen Bestimmungen — etwa über die Strafbarkeit des Kartelltragens, — die Beihilfe zur Herausforderung auch nach den allgemeinen Grundsätzen gestraft werden kann, ist einleuchtend. Sowie es bei den sogenannten qualifizierten¹⁾ Verbrechen notwendig wird, einen konkreten Fall, der zu diesen besonderen Arten nicht gehört, unter den Gattungsbegriff des entsprechenden Verbrechens zu subsumieren, so muss auch diejenige Unterstützung, welche unter die gesetzlich besonders vorgesehenen Fälle nicht passt, unter den allgemeinen Beihilfebegriff subsumiert werden. Wenn das schuldhafte Thun des Gehilfen sowohl aus den allgemeinen, als auch aus den besonderen Bestimmungen über die Beihilfe strafbar erscheint, so kommen ausschliesslich letztere in Betracht. Hat er sich aber in der Weise an dem Verbrechen beteiligt, dass er ausser dem besonderen Delikt, — etwa des Kartelltragens — noch weitere Unterstützung leistete, so muss entschieden werden, wie sich in einem solchen Falle die beiden Verschuldungsmomente zu einander verhalten.

Im allgemeinen gilt der Grundsatz, dass ein und dieselbe Person bei mehrfacher Mitwirkung zu demselben Delikt immer nur mit einer Strafe belegt werden kann²⁾. Denn das mehrfache Thun wird durch die Einheit der unterstützten Handlung, aus welcher die Mitwirkung ihre Strafbarkeit schöpft, selbst zur strafrechtlichen Einheit³⁾. Eine durch mehrere Thätigkeitsakte begangene Beihilfe zu einer einheitlichen Strafthat kann immer nur als eine einzige Handlung aufgefasst werden. Wie aber, wenn nun ein einziger von diesen Thätigkeitsakten bereits den Thatbestand eines delictum sui generis erfüllt? Wenn jemand bei der Beförderung eines fremden Diebstahls einen Totschlag begeht, so wird

1) Kitka l. c. § 32.

2) Borchert l. c. p. 8.

3) Borchert l. c. p. 9.

niemand anstehen von Real-Konkurrenz zu reden. Die als *delictum sui generis* strafbare Beihilfe ist nun ihrem innern Wesen nach, wie wir gesehen haben — Beihilfe, ihrer Form nach — selbständiges Delikt. Es handelt sich demnach im vorliegenden Falle darum, zu entscheiden, ob hier das formelle, oder das materielle Element ausschlaggebend sein soll. Diese Entscheidung wird ihrerseits von der Erledigung der Vorfrage abhängen, ob es sich in casu um einen formell- oder materiellrechtlichen Punkt handelt. Und da diese Frage augenscheinlich nur im letzteren Sinne entschieden werden kann, so müssen wir folgern, dass die Beihilfe als *delictum sui generis* auch in dieser Beziehung jeder anderen Unterstützungshandlung gleich ist.

In ähnlicher Weise erledigt sich die Frage darnach, ob für die Strafbarkeit der zu besonderen Delikten gestempelten Unterstützungshandlungen das Vorhandensein derjenigen Haupthandlung notwendig ist, zu welcher geholfen wurde. Nun ist aber in dem Wesen der Unterstützung selbst ihre Abhängigkeit von der Haupthandlung, ihre Zusammengehörigkeit mit derselben begründet. Wir können von einer Beförderung immer nur mit Bezug auf das Beförderte sprechen. Ob nun letzteres selbst ein schuldhaftes Unrecht oder nicht darstellt, ändert an der Thatsache, dass zum Thatbestande der strafbaren Beförderung die Beziehung zu dem Erfolge der Haupthandlung gehört, nicht das geringste. Man kann ebensowenig Beihilfe zu einer Selbstbefreiung leisten, welche nie stattgefunden hat, wie man eine Desertion nicht befördern kann, welche nie dagewesen ist. Wohl aber lässt sich ein Versuch einer solchen Beförderung oder Beihilfe denken ¹⁾, weil ja der Thatbestand derselben zum grössten Teile erfüllt sein kann, ohne dass mit der Ausführung der Haupthandlung überhaupt begonnen zu sein brauchte. Formelle Bedenken stehen einer derartigen Konstruktion schon darum nicht im Wege, weil die betreffenden Unterstützungshandlungen der Form nach selbständige Delikte repräsentieren. Dement-

¹⁾ Vergl. Schütze, Notw. Teiln. p. 386.

sprechend bestimmen auch die §§ 120 und 141 des Deutschen Strafgesetzbuches, dass der Versuch der Beihilfe zur Selbstbefreiung und der Beförderung der Desertion strafbar sei.

Die formelle Selbständigkeit der Beihilfe als *delictum sui generis* giebt, wie schon erwähnt, überall da den Ausschlag, wo eine formell-rechtliche Frage im Spiele steht. Dieses bezieht sich unzweifelhaft auch auf die Konsequenzen, welche wir hinsichtlich des Orts der Begehung derselben ziehen dürfen. Wenn Beihilfe im allgemeinen als dort begangen gilt, wo die That selbst verübt worden ist, zu welcher sie geleistet wurde, so kann als Begehungsort der Beihilfe als *delictum sui generis* derjenige angesehen werden, an welchem sie selbst vollführt worden ist. Damit hängt natürlicherweise die hier nicht weiter zu untersuchende Frage von der Zuständigkeit der Gerichte und der territorialen Anwendbarkeit der Strafgesetze zusammen.

Wenn weiterhin Beihilfe im allgemeinen erst in dem Augenblicke für begangen gilt, wo die Uebelthat, welche sie beförderte, existent geworden ist, weil sie vorher jeden strafbaren Charakters entbehrt — so ist sie als *delictum sui generis* schon dann gegeben, wenn sie versucht worden ist, ohne dass die eigentliche Thäterhandlung begangen zu sein brauchte ¹⁾. Darnach wird sich auch der Zeitpunkt für den Beginn der Verjährungsfrist bestimmen, welcher wie aus Obigem folgt, durchaus nicht mit dem Beginn der Verjährung der Hauptthat zusammenfallen muss.

Desgleichen wird in Anbetracht der formellen Selbständigkeit der genannten Delikte die Möglichkeit der Beihilfe und der Anstiftung zu denselben zugegeben werden müssen, weil, wie wir oben sahen, der Konstruktion einer solchen Teilnahme an der Beihilfe im allgemeinen nur der Umstand hinderlich erschien, dass dieselbe keine selbständige Strafthat repräsentiert.

Von theoretischer Bedeutung ist die Frage, wie sich der subjektive Thatbestand bei diesen *delicta sui generis* ge-

1) Vergl. Borchert p. 79, 54.

staltet, welche an sich die Beförderung einer fremden Handlung darstellen. Wir hatten gesehen, dass bei der gewöhnlichen Beihilfe die Schuld, ob Dolus oder Kulpa, sich zusammensetzte aus dem Wollen der Gehilfenthätigkeit und dem Wissen resp. Wissenkönnen der kausalen und rechtlichen Tragweite derselben d. h. ihres fördernden Einflusses auf die Haupthandlung.

Wird dieses Verhältnis ein anderes, wenn jene Beförderung zum selbständigen Delikt erhoben wird? Dass die Beihilfe mit selbständiger Strafsanktion belegt wurde, beruhte wie wir sahen im allgemeinen darauf, dass die Strafbarkeit der Haupthandlung aus gewissen Gründen modifiziert resp. ganz fallen gelassen worden ist, während die Strafbarkeit der Gehilfen durch diese besonderen Umstände in keiner Weise berührt wird. Oder aber der Gesetzgeber hat ausdrücklich bestimmen wollen, dass eine Hilfeleistung, welche bisher nicht strafbar war, fürderhin mit Strafe belegt werden solle. Eine Verschiebung der Verhältnisse hat also hinsichtlich der Schuld des Gehilfen in keinem Falle stattgefunden. Vielmehr treten dieselben in ein desto schärferes Licht. Insbesondere wird vermittelt dieser Fälle die bekannte Streitfrage entschieden, ob es auch eine fahrlässige Beihilfe gebe ¹⁾. Nicht nur lässt sie sich hinsichtlich derselben denken, sondern sie wird auch thatsächlich mit Strafe belegt. So bestimmt § 121 des Deutschen Strafgesetzbuches ausdrücklich, dass die fahrlässige Beförderung der Entweichung eines Gefangenen durch seinen Begleiter mit Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten, oder Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft wird.

¹⁾ Siehe weiter unten Kap. VI.

Viertes Kapitel.

Versuchte und fahrlässige Beihilfe.

Im engen Zusammenhange mit der akzessorischen Natur der Beihilfe wurden seitjeher die Fragen nach dem Versuche und der Kulpa bei der Beihilfe behandelt; und mit Rücksicht auf diesen Zusammenhang hat die gemeine Meinung die Möglichkeit beider geleugnet. Freilich, nicht ohne Widerspruch zu erregen. Hinsichtlich des Versuchs der Beihilfe ist dieser Widerspruch zu einer starken Opposition geworden; bei der kulposen Beihilfe hat er sich auf wenige, vereinzelt dastehende Stimmen beschränkt.

I. Die Möglichkeit, einen Versuch der Beihilfe juristisch zu konstruiren, stellte schon Feuerbach ¹⁾ in Abrede. Sollte bei derselben von einem „conatus delinquendi“ die Rede sein dürfen, so müsste, meint er, der Akt der Beihilfe selbst ein „delictum consummatum“ darstellen, der Gehilfe demnach Urheber sein.

Man hat zu diesem ersten formalen Argument das weitere ²⁾ hinzugefügt, dass es der Beihilfe an den gesetzlichen Merkmalen der Vollendung fehle. Eine juristische Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung könne nur dort getroffen werden, wo die Grenze der letzteren, wie bei der Thäterschaft, gesetzlich feststehe. Beihilfe sei dagegen jede Thätigkeit, welche überhaupt der Ausführung des

¹⁾ Revision II p. 247.

²⁾ Zachariae, N. A. C. 1851 2. Stück X p. 223. Bar, Teiln. p 76
Langenbeck, Teiln. §§ 64 u. 65. Vergl. ferner Luden, Abh. I, p. 292—
303, p. 450 ff. Birkmeyer, p. 167 ff.

Verbrechens förderlich erscheine; und da wohl nie zu erweisen wäre, dass der Gehilfe nicht noch irgend eine geringfügige Thätigkeit vornehmen wollte, zu welcher er nicht gelangt ist, die Nichtbeendigung einer noch so geringfügigen Thätigkeit streng genommen aber die Vollendung der Beihilfe ausschliessen müsste, so sei Beihilfe entweder stets vollendet, oder immer nur Versuch.

Ein drittes Argument fand man in der Willensseite der Beihilfe. Im Begriffe des Versuches, sagt man, ¹⁾ liegt die Absicht der Vollendung. Im Begriffe der Vollendung liegt aber, dass das Uebel, welches den Inhalt des Verbrechens bildet, eingetreten ist. Jene Absicht mangelt dem Gehilfen, sein Wille ist nicht auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtet, welchen die sein Thun ergänzende Thäterhandlung hervorbringt. Deshalb kann auch bei seinem Thun von einem Versuche nicht die Rede sein.

Zuletzt beschränkte man sich darauf, die Unmöglichkeit des Versuches der Beihilfe einfach aus der sog. akzessorischen Natur derselben herzuleiten. ²⁾

Eine andere Gruppe von Kriminalisten hat dem gegenüber die Ansicht vertreten, dass ein Versuch der Beihilfe in jedem Falle konstruierbar sei, wenn auch das positive Recht keine Strafe darauf setze. Ohne zu leugnen, dass die Vollendung der Beihilfe sich nicht objektiv feststellen lasse, behauptet z. B. Köstlin, ³⁾ dass zwischen Beihilfe und Thäterschaft (Urheberschaft) eben die Verschiedenheit bestehe, dass der Gegensatz von Versuch und Vollendung bei der letzteren „objektiv“, bei der ersteren hingegen „subjektiv“ d. h. nach der Absicht des Gehilfen bezeichnet werden müsse. Insofern könne versuchte Beihilfe sowohl in Bezug auf ein vollendetes, als auch auf ein bloss versuchtes Verbrechen und sogar hinsichtlich eines blossen verbrecherischen Vorhabens stattfinden. Aber auch ohne die Köstlin'sche Einschränkung wurde von einigen der Beihilfe die Möglichkeit einer objektiven Aus-

¹⁾ Geyer § 34.

²⁾ Vergl. dagegen: Borchert, pp. 52, 53, p. 77 ff.

³⁾ Neue Revision § 138 p. 506 ff.

messung ihrer Extensität vindiziert.¹⁾ Am weitesten ist Buri²⁾ hierin gegangen. „Was den Versuch anlangt,“ sagt er, „so haben Urheberchaft, sowohl wie Beihilfe jede ihr eigenes selbständiges Gebiet und sind hierin unabhängig von einander.“ Wegen dieses Versuchs erscheint ihm der Gehilfe sogar strafbar, aber dieser Versuch ist für Buri der Versuch des Verbrechens selbst, zu welchem geholfen wird.

Einen Mittelweg hatte schon früher Berner³⁾ vorgeschlagen. Er leugnet die Möglichkeit des Versuchs der intellektuellen Beihilfe, weil bei ihr der Eintritt des Gehilfenwillens in die Objektivität von dem Willen des Urhebers abhängig sei. Denn wenn der Urheber die ihm zugedachte intellektuelle Beihilfe zurückweise, so trete diese garnicht in das Gebiet heraus, auf welchem wir den rechtswidrigen Willen zu strafen haben. Dagegen ergibt sich für ihn die begriffliche Zulässigkeit des Versuchs der „unmittelbaren Beihilfe“ (materiellen Beihilfe) von selbst aus dem Grundsatz, dass mit der Extensität der Thätigkeit die Intensität der Schuld wachse. In ähnlicher Weise behauptet Schütze⁴⁾, dass sich die Stufenfolge von Versuch und Vollendung nur bei der sogen. physischen, nicht aber bei der rein geistigen Hilfe konstruieren lasse.

Von den vorstehend angeführten Ansichten hält der Berner'sche Mittelweg der Kritik am wenigsten stand. Ebensowenig vermag uns Schütze⁵⁾ zu überzeugen. Denn, wenn wir auch mit letzterem die Begriffe „Versuch“ und „Vollendung“ als solche fassen, „welche die Stufen des Fortschritts einer verbrecherischen Bethätigung vom Anfang bis zum Abschluss und damit des veränderten Eingreifens in die Aussenwelt bezeichnen“, — wenn auch mit Berner zugegeben werden muss, dass die Beziehung der intellektuellen Hilfe,

1) Bauer, § 10 sub VI. Hugo Meyer, § 45, 3. Schütze, Lehrb. § 47, c. Borchert, p. 77 ff. Hälschner, § 161.

2) Teilnahme, p. 69 Aehnlich an einer Stelle Bar, Teilnahme, p. 72

3) Teilnahme, p. 221 ff., p. 261 ff.

4) Notw. Teilnahme, p. 279 ff., p. 281.

5) Ibid. p. 279.

zur Thäterhandlung eine rein intellektuelle ist, — so folgt hieraus noch lange nicht, dass das Thun des intellektuellen Gehilfen nicht wie jedes andere in seinem Fortschreiten gewisse Stadien der Entwicklung durchmacht. Die intellektuelle Beihilfe hat eine That- und Willensseite, trägt also ganz den Charakter jener „physischen Thätigkeit“, welche, nach Schütze, allein für die Begriffe „Versuch“ und „Vollendung“ empfänglich ist. Dass sie in rein geistiger Beziehung zur Thäterhandlung steht, ändert an dieser Thatsache nichts. Die Unterscheidung von „physischer (materieller)“ und intellektueller Beihilfe ist somit für die Frage nach der Möglichkeit eines Versuchs der Beihilfe von keinem Belang. Entweder ist der Versuch der Beihilfe überhaupt unmöglich, oder aber er lässt sich wohl konstruieren, und dann macht die intellektuelle Beihilfe hiervon keine Ausnahme.

Wenn aber die Möglichkeit eines Versuchs der Beihilfe mit Köstlin dadurch geschaffen werden soll, dass man das allein richtige und für die Thäterhandlung als solches zugestandene objektive Kriterium für die Beihilfe aus Bequemlichkeitsrücksichten in ein subjektives umschlagen lässt oder, mit Buri, von der qualitativen Gleichwertigkeit von Beihilfe und Thäterschaft ausgeht — so ist damit für die hier vertretene Beihilfetheorie wenig gewonnen.

Das freilich ist von keinem in Abrede gestellt worden, dass die unterstützende Thätigkeit des Gehilfen an sich vollendet oder versucht sein kann, nur glaubte man, diese Unterscheidung juristisch nicht verwerten zu können und tröstete sich mit der Gewissheit, dass das Mehr oder Weniger der Thätigkeit des Gehilfen noch immer bei der Ausmessung der Strafe berücksichtigt werden könne.¹⁾ Es wird sich fragen, ob die hierfür vorgebrachten Gründe in der That stichhaltig sind.

Was nun zu allererst die Schwierigkeit des Beweises anbetrifft, welche Bar²⁾ hervorhebt, des Beweises, dass der

1) Vergl. Bar. p. 77.

2) Siehe oben p. 178.

Gehilfe noch ein Mehreres zu thun sich vorgenommen hatte, als er wirklich vollführt hat, so muss dagegen bemerkt werden, dass ähnliche Schwierigkeiten bei der Feststellung des Versuchs seitens des Thäters, wie z. B. bei der Körperverletzung, vorkommen können, ohne dass man sich hierdurch in der Aufstellung von allgemeinen Grundsätzen hinsichtlich des Versuchs bei der Thäterhandlung hätte beirren lassen. Dann aber kann die Beweisfrage dort nicht entscheidend sein, wo es darauf ankommt, a priori festzusetzen, ob ein Hinübergreifen des Gehilfenwillens über die Gehilfenthätigkeit an sich möglich sei.

Ebensowenig vermag uns derjenige Einwand zu überzeugen, welchen Geyer¹⁾ dahin formuliert, dass der Wille des Gehilfen nicht auf das Uebel gerichtet ist, welches den Inhalt des Verbrechens bildet, zu dessen Begehung er hilft. Geyer beweist eben nur, dass Beihilfe zum Verbrechen nicht auch Versuch desselben Verbrechens sei, die Frage nach dem Versuche der Beihilfe selbst lässt er unbeantwortet.²⁾

Nicht viel gewichtiger scheint auch derjenige Einwand zu sein, welchen Zachariae gegen die Konstruktion eines Versuchs der Beihilfe in's Feld führt, wenn er behauptet, dass es der Beihilfe an den gesetzlichen Merkmalen der Vollendung fehle. Freilich lässt es sich nicht verhehlen, dass die Grenzen der Vollendung bei der Beihilfe ungleich weiter gezogen sind, als bei der Thäterschaft, dass Beihilfe in der That jede Thätigkeit sein kann, welche überhaupt der Ausführung des Verbrechens förderlich ist, ohne in Thäterschaft umzuschlagen, aber ebensowenig kann in Abrede gestellt werden, dass der Anfangspunkt feststeht, von welchem aus gerechnet von einer solchen Vollendung allein die Rede sein kann: nämlich das Setzen einer Bedingung für den Eintritt des Erfolgs der Thäterhandlung. Was hinter diesem Zeitpunkte liegt, gehört in das Bereich des Versuchs.

1) Siehe oben p. 178.

2) Vergl. Binding: Entwurf, p. 91. Dagegen: Buri: Kausalität und deren Verantwortung, p. 129.

Die akzessorische Natur der Beihilfe, auf welche so oft zurückgegriffen wird, kann, wie B o r c h e r t¹⁾ richtig bemerkt, hier nur insofern in Betracht kommen, als die Beihilfe ihren strafrechtlichen Charakter überhaupt erst durch die strafbare Handlung des Thäters erhält oder, mit anderen Worten, als von strafbarer Beihilfe resp. Versuch derselben nur dann die Rede sein kann, wenn der Thäter mindestens zum Versuche der Begehung gelangt ist²⁾. Dass man aus dem akzessorischen Charakter der Beihilfe die Unmöglichkeit eines Versuchs hat herleiten wollen, beruht darauf, dass man mit demselben die Vorstellung von einer geradezu übersinnlichen Substanzlosigkeit der Beihilfe verband.

Wenn also überhaupt ein Argument gegen die Annahme eines Versuchs der Beihilfe spricht, so ist es einzig und allein der formale Einwand Feuerbach's³⁾, dass von einem conatus delinquendi technisch nur mit Bezug auf die Thäterschaft die Rede sein könne. Erkennt man diese technische Einschränkung an, so kann von einem Versuch der Beihilfe insofern nicht mehr gesprochen werden. Thut man dieses nicht, so scheint es keinen stichhaltigen Grund gegen die Annahme eines solchen zu geben. Letzteres wird uns um so klarer, wenn wir auf die oben behandelten Fälle zurückgreifen, in welchen die Beihilfe durch eine besondere Strafsanktion des Gesetzgebers zur selbständigen Strafthat erhoben worden ist⁴⁾. Hier, wo auch die formalen Bedenken Feuerbach's fortfallen, weil die Beförderung aus sich selbst heraus strafbar erscheint, ist die Konstruktion eines Versuchs nicht nur möglich, sondern sie wird auch vom positiven Rechte anerkannt und der Versuch der Beförderung, z. B. der Selbstbefreiung von Gefangenen,⁵⁾ mit Strafe belegt.

Ausgehend nun von dem Grundsätze, dass einer Annahme eines Versuchs der Beihilfe mit Rücksicht darauf,

1) I. c. § 8 pp. 51, 53, § 11. p. 77. Anm. 2., p. 78. Anm. 5.

2) Schütze: Notw. Teiln. p. 279.

3) Siehe oben p. 177.

4) Siehe oben Abschn. II, Kap. III.

5) Vergl. § 120 d. Deutsch. Strfgb.

ob die unterstützende Thätigkeit, abgeschlossen oder nicht, vorliegt, materiell nichts im Wege steht, können wir sodann bei der näheren Betrachtung dieser Frage drei Fälle unterscheiden:

- a) wo weder Versuch noch Vollendung seitens des Thäters,
- b) wo nur Versuch seitens desselben und
- c) wo Vollendung seitens desselben vorliegt.

Im ersten Falle lässt es sich denken, dass die Gehilfenthätigkeit nicht nur in das Reich des objektiv Greifbaren getreten, sondern an sich völlig zu Ende geführt ist, ohne dass mit der Ausführung der Thäterhandlung auch nur begonnen wurde. Gajus will z. B. den Sejus ermorden. Titius, der von seinem Vorhaben unterrichtet ist, überredet den Sejus, denjenigen Weg zu wählen, welcher an dem Orte vorüberführt, wo Gajus ihm auflauern wollte. Hier ist die Thätigkeit des Gehilfen Titius vollkommen erschöpft, noch ehe Gajus, der Thäter, die Ausführung des Verbrechens in Angriff genommen hat. Gesetzt nun, Titius habe nur versucht, den Sejus zu bestimmen, dass er den betreffenden Weg einschlage, dieser habe sich aber von ihm nicht überreden lassen — so liegt augenscheinlich ein Versuch hinsichtlich der Gehilfenthätigkeit vor, ohne dass es zur Ausführung des Verbrechens selbst gekommen wäre. So lange aber die Beihilfe zum Morde nicht als *delictum sui generis* strafbar gemacht wird, bedarf sie zu ihrer strafrechtlichen Bedeutsamkeit der Ergänzung durch die Handlung des Thäters¹⁾. In diesem Falle ist daher ohne Zweifel die akzessorische Natur der Beihilfe massgebend, kraft deren das Thun des Gehilfen, gleichviel in welchem Stadium es sich befindet, strafrechtlich irrelevant erscheint, wenn nicht die Thäterhandlung hinzutritt. Zu demselben Resultat gelangen wir, wenn wir erwägen, dass sich die Aktivität des Gehilfen in solchen Fällen ausschliesslich im Gebiet der Vorbereitungshandlungen bewegen wird.

¹⁾ Anders die Fälle, in welchen Beihilfe als *del. s. gen.* strafbar ist

Ist dagegen der Thäter bis zum Versuche des Verbrechens fortgeschritten d. h. hat derselbe mit der Ausführung desselben begonnen, so verfällt er der Strafe und mit ihm derjenige, welcher sein Beginnen befördert hat. Die Thäterhandlung wird strafbar und mit ihr die geleistete Beihilfe.

Setzen wir den Fall, Gajus wolle den Sejus vermittelst Einsteigens bestehlen, Titius ihm nach Umständen hierbei behilflich sein¹⁾. Gajus, der die Leiter im Hofe des Sejus nicht finden kann, klimmt am Spalier zum offenen Fenster hinauf. Mittlerweile findet Titius die Leiter. Während er diese an das Gebäude legt, wird sowohl er, als der am Spalier hängende Gajus auf frischer That ergriffen. In dem bezeichneten Falle sind sowohl der Thäter, als auch der Gehilfe bezüglich ihrer Handlungen nicht weiter, als bis zum Versuche gelangt, wenn wir von der intellektuellen Hilfe absehen, welche in dem Verhalten des letzteren mit enthalten sein mag. Denken wir uns nun das angeführte Beispiel derartig abgeändert, dass Titius die Leiter gleich anfangs ausfindig gemacht hat und dieselbe an das Haus legte, während Gajus, die Sprossen derselben hinaufklimmend, auf frischer That ertappt wurde, so liegen vollendete Beihilfe und Versuch der Thäterhandlung vor. Natürlich kann hier nur von Beihilfe zum versuchten Verbrechen die Rede sein. Ungenau ist es, wenn man in diesem Falle und aus diesem Grunde von versuchter Beihilfe spricht²⁾. Wie aber, wenn, wie das erste Beispiel zeigte, auch die unterstützende Thätigkeit an sich unvollendet blieb?

Dieses leitet uns zu dem dritten Falle hinüber, in welchem der rechtswidrige Erfolg aus der Thäterhandlung hervorging. Auch hier müssen wir die Frage wiederholen: wie, wenn die unterstützende Thätigkeit an sich unvollendet blieb?

1) Vergl. Schütze, Notw. Teiln. p. 279 u. 280.

2) Contra Hälschner, I. c. § 161.

Gajus verfolgt z. B. in mörderischer Absicht den fliehenden Sejus.¹⁾ Titius, der dieses bemerkt, entschliesst sich, Beihilfe zu leisten und läuft dem Sejus entgegen, um ihn aufzuhalten. Eine vierte herbeieilende Person ergreift den Titius, noch ehe Gajus ihn bemerkt hat; trotzdem wird Sejus von letzterem ereilt und erstochen. Was hat hier Titius begangen? und ebenso, was kann, um auf das vorstehend angeführte Beispiel zurückzukommen, dem Titius zur Last gelegt werden, wenn Gajus die ihm gereichte Leiter nicht benutzt hat? Im letzteren Falle könnte man noch an intellektuelle Beihilfe denken; im ersteren, wo Gajus von der beabsichtigten Unterstützung nichts weiss, ist diese Annahme ausgeschlossen. Da der Gehilfe eine Bedingung des Erfolgs thatsächlich nicht gesetzt hat, sein Thun ganz ausserhalb derjenigen Gesamtwirksamkeit liegt, welche den rechtswidrigen Erfolg der Thäterhandlung hervorgebracht hat, so ist die Thatseite der Beihilfe als solche nicht erfüllt. Weil aber der Gehilfe mit der Gehilfenthätigkeit begonnen, während die Thäterhandlung, auf deren Beförderung sein Beginnen gerichtet war, bereits in die Phase der Strafbarkeit getreten ist, so kann von einem Versuche der Beihilfe gesprochen werden. Derselbe kann strafbar sein, weil die unerlässliche Vorbedingung hierfür — das strafrechtlich relevante Thun des Thäters vorliegt.

Wir gelangen somit zu dem Schlusse, dass von einem Versuche der Beihilfe an sich sehr wohl unter den Bedingungen die Rede sein kann, dass der Thäter mindestens bis zum Versuche des Verbrechens gelangt ist, und die demselben zuge dachte Hilfeleistung aus Gründen, welche nicht im Willen des Gehilfen lagen, unwirksam blieb.²⁾ Vorausgesetzt wird hierbei freilich, dass man von dem oben erwähnten formalen Bedenken absieht, welches sich nicht ganz aus dem Wege räumen lässt und wohl mit die Ursache dafür

1) Bar, Teilnahme p. 71.

2) Vergl. Schütze I, c. ibid.

gewesen ist, dass das positive Recht den blossen Versuch der Beihilfe an sich nicht mit Strafe belegt.¹⁾

Man²⁾ hat behauptet, der Versuch der Beihilfe müsse schon deswegen für möglich erachtet werden, damit der Grundsatz von der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs auch auf sie Anwendung finde. Dieses ist insofern richtig, als ein freiwilliges Aufgeben nicht gut denkbar wäre, wenn mit jeder Aktivität des Gehilfen auch schon der Thatbestand der Beihilfe völlig erschöpft erschiene. Ist dieses der Fall, so haben wir es höchstens mit der thätigen Reue zu thun. Ein Rücktritt des Gehilfen kann, und dieses folgt wiederum aus der akzessorischen Natur der Beihilfe, nur so lange stattfinden, als dieselbe sich nicht mit der Thatbestandshandlung zu einer Gesamtwirksamkeit verbunden hat, wenn es ihm gelingt, die Wirkung des von ihm Geleisteten völlig aufzuheben.³⁾ Denn ist solches nicht geschehen, so hört der Gehilfe auf, Herr seiner That zu sein, er kann die physischen und noch mehr die psychischen Wirkungen seiner Thätigkeit nicht ungeschehen machen. Eine blosser Sinnesänderung kann als rein subjektiver Umstand die objektive Erscheinung nicht aufheben. Ein ausdrückliches Widerrufet bietet nicht einmal die sichere Gewähr dafür, dass es mit dieser Sinnesänderung Ernst ist. Ist die Beihilfe an sich vollendet, so kann eben nur noch thätige Reue von Wirkung sein. Letztere wird darin bestehen, dass der Gehilfe die Folgen seiner Unterstützung insofern paralytisch, als er den Thäter an der Vollendung des Deliktes freiwillig hindert. Da der Thäter in diesem Falle bis zum Versuche gelangt ist, so erscheint die ihm geleistete Beihilfe an sich strafbar. Aber diejenigen Rücksichten, welche den Gesetzgeber veranlassen, den Thäter im Falle der thätigen Reue von der verwirkten Strafe frei zu machen, erheischen

1) Ueber den Versuch der Beihilfe vergl. E. R. G. XI. № 15, p. 56 ff. Urt. v. 9. 16. Juni 1884.

2) Köstlin, Neue Revision, p. 507.

3) Vergl. Hälschner, § 161. Borchert, p. 97 ff. Bar, § 18, § 22. Geyer, § 35. Birkmeyer, p. 271 ff.

die nämliche Straflosigkeit für den Gehilfen, dessen verbrecherisches Thun ungleich geringer ist, dessen thätige Reue hingegen, weil es sich um die Verhinderung des Verbrechens eines andern und nicht der eigenen Uebelthat handelt, um vieles intensiver sein muss.

II. Für die communis opinio hat seit jeher das Axiom gegolten, dass eine kulpose Beihilfe, gleichviel ob zu einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verbrechen, juristisch undenkbar sei. Nicht genug, dass die Vertreter von diametral einander entgegengesetzten Richtungen in der Anerkennung dieses Grundsatzes Hand in Hand gehen, — sie unterscheiden sich von einander nicht einmal in der Art der Begründung desselben. Wie Berner¹⁾ die Unmöglichkeit der kulposen Beihilfe zur Herbeiführung des von einem andern beabsichtigten Erfolges aus dem Grunde leugnet, weil „alle Teilnahme ein Verhältnis von Wille zu Wille sei“; weil der Begriff des Gehilfen das Bewusstsein davon erfordere, dass der andere selbständig die Vollbringung des Verbrechens beabsichtige und er ihn dabei unterstütze und daher eine kulpose Beihilfe, also eine Handlung mit und ohne Bewusstsein des Erfolges, geradezu widersinnig erscheine, — so führt auf der anderen Seite Birkmeyer²⁾ aus, dass Kulpa nicht geeignet sei, von Wille zu Wille eine Brücke zu schlagen; kulpose Beihilfe präsumiere, dass der Gehilfe eine Bedingung des Erfolges setzt, aus der dann, durch Mitwirkung anderer, der Erfolg hervorgegangen ist, während er diese Mitwirkung und den Erfolg nicht vorausgesehen hat, aber hätte voraussehen müssen. Ein solcher Fall sei aber undenkbar, weil derjenige, welcher die blosse Bedingung eines Erfolges setzt und sich dabei nicht vorstellt und will, dass andere mit ihm zusammenwirken, den eingetretenen Erfolg nicht hat voraussehen können, da dieser aus seiner Thätigkeit allein nie hervorgehen konnte.

1) Teilnahme, p. 212, 213. Lehrbuch § 82 b.

2) Teilnahme, § 60, § 64, § 65 p. 137. Vergl. ferner: Köstlin, N. R. § 138. Henke, § 42 ad b. Geib. § 111. Langenbeck, § 66.

Die akzessorische Natur der Beihilfe ist es, auf welche sowohl Berner, wie Birkmeyer sich stützen. Nur beschränkt Berner seine Argumentation auf den subjektiven Thatbestand der Beihilfe, Birkmeyer zieht auch den objektiven in den Kreis seiner Beweisführung hinein. Darum stellt Berner¹⁾ auch nur die Möglichkeit in Abrede, jenes kulpose Thun als fahrlässige Beihilfe zu konstruieren. Er giebt zu, dass es sich mitunter als Thäterschaft wird auffassen lassen. Das gleiche behaupten Buri²⁾, Schwarze³⁾, Schütze⁴⁾ und Hälschner⁵⁾. Dagegen gelangt Birkmeyer zu dem Schlusse, das jenes kulpose Thun, welches auf das fahrlässige Setzen einer Bedingung herauskomme, im Prinzipie auch straflos bleiben müsse.⁶⁾

Das positive Recht lässt fahrlässige Beihilfe im allgemeinen ungestraft. Diesen Standpunkt vertreten denn auch einzelne Kriminalisten, ohne auf die nähere Untersuchung der Gründe einer solchen Strafflosigkeit einzugehen.⁷⁾ Nur die wenigsten weisen aber darauf hin, dass dieselbe aus kriminalpolitischen Rücksichten hergeleitet werden muss, welche die kulpose Beihilfe als eine „quantité négligible“ erscheinen lassen, ohne dass die Möglichkeit der fahrlässigen Beihilfe an sich gezeugnet werden müsste.

Zu diesen Wenigen gehört Tittmann⁸⁾, welcher ausführt, dass Hilfeleistung sowohl vorsätzlich, als nicht vorsätzlich geschehen könne; letzteres jedoch nur, wenn Wahrscheinlichkeit vorhanden sei, dass der Urheber (Thäter) die Unter-

1) l. c. p. 213.

2) Teilnahme, p. 21. Er erkennt auf dem Gebiete der Fahrlässigkeit zwischen dem Gehilfen und dem Urheber überhaupt keinen Unterschied an, weil jene Unterordnung des Gehilfenwillens unter denjenigen des Urhebers fehle, welche die Thätigkeit des Gehilfen zur Beihilfe stempelt.

3) Kommentar, p. 145.

4) Lehrbuch, § 47b.

5) Deutsches Strafrecht § 177.

6) l. c. p. 135.

7) Geyer, § 1. Liszt, § 52, 3. Borchert, p. 32.

8) Handbuch I, § 104.

nehmung oder Unterlassung einer Handlung zur Ausführung des Verbrechens benutzen werde.

Ebenso ist nach Hugo Meyer¹⁾ fahrlässige Beihilfe sehr wohl denkbar, bleibt aber deshalb straflos, weil es nicht abzusehen sei, wohin es führen könnte, wenn jedes unbedachte Wort, jede übereilte Handlung für strafbar erklärt würde.

Mit besonderem Nachdruck ist jedoch Binding²⁾ für diese Auffassung eingetreten. Ihm ist es kaum begreiflich, weshalb die Lehre von der fahrlässigen Teilnahme bisher vernachlässigt worden ist. Wie eine dolose, so gebe es auch eine kulpose Beihilfe, nur sei letztere im früheren wie im heutigen Rechte straflos.

Letztere Behauptung bedarf übrigens einer Einschränkung. Das positive Recht kennt allerdings Fälle,³⁾ in welchen fahrlässige Unterstützung strafbar wird. Hierher gehört die fahrlässige Beförderung oder Erleichterung der Entweichung eines Gefangenen in den §§ 121 und 347 des deutschen Strafgesetzbuches. Hierher gehören, weiterhin, die Bestimmungen des § 21 des deutschen Pressgesetzes, demzufolge z. B. das gewerbsmässige Vertreiben von Druckschriften strafbaren Inhalts, insofern es nicht nach den allgemeinen Grundsätzen⁴⁾ über die Teilnahme zu bestrafen ist, als Fahrlässigkeit bestraft werden soll, wenn nicht die Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt oder Umstände nachgewiesen werden, welche diese Anwendung unmöglich gemacht haben. Freilich handelt es sich hier der Form nach um delicta sui generis; aber ihr Thatbestand umfasst sowohl die eigene Thätigkeit des Handelnden, als auch die Beziehung derselben zu einer Haupt-handlung, zu welcher erstere in dem Verhältnis von Bedingung zu Ursache steht, — mit anderen Worten, sie fallen begrifflich mit der Beihilfe zusammen. Konnte bei ihnen

1) Lehrbuch, § 45 sub 2.

2) Grundriss, § 63 sub 3.

3) Contra Birkmeyer, p. 135, ohne seine Ansicht näher zu begründen.

4) Vergl. § 20 *ibid.*

von fahrlässiger Begehung die Rede sein, so muss sich eine solche hinsichtlich der Beihilfe im allgemeinen auch denken lassen.

Es muss eben im Auge behalten werden, dass das Willensmoment bei der Kulpa und bei dem Dolus insofern gleich ist, als sowohl der dolos, als der kulpos Handelnde seine eigene Thätigkeit will, seinen Willen verwirklicht. Aber das Wissen ist bei ihnen ein verschiedenes, und dieses übt eine Rückwirkung auf die Ausdehnung des Willens aus. Der mit Vorsatz Handelnde kennt die kausale und rechtliche Tragweite seiner Handlung, und, wenn er sie trotzdem begeht, will er den rechtswidrigen Erfolg derselben. Der Fahrlässige will das, was er thut, begehen, aber er täuscht sich, und zwar in nicht zu entschuldigender Weise, hinsichtlich der Tragweite seines Beginnens, er kann also den rechtswidrigen Erfolg desselben nicht wollen.

Der Irrtum des in Kulpa Versierenden kann sich beziehen: auf Thatsachen, auf den rechtlichen Wert derselben und auf das erfahrungsgemäss feststehende Kausalitätsgesetz.

Es wird sich fragen, inwiefern diese Begriffe auf den Thatbestand der Beihilfe übertragbar sind. Wer vorsätzlich Beihilfe leistet, handelt mit dem Bewusstsein des rechtlichen Werts und der kausalen Tragweite der eigenen Thätigkeit und mit der Kenntnis der Thatsache, der Tragweite und der rechtlichen Bedeutung der Thäterhandlung. Denken wir uns nun einen unentschuldbaren Irrtum hinsichtlich des rechtlichen Werts oder der Kausalität des eigenen Thuns, oder aber des Beginnens des Thäters eingeschaltet und sehen wir zu, ob und inwieweit sich hierbei die Konstruktion der Beihilfe aufrecht erhalten lässt. Als Komplikation mag der Unterschied hinzutreten, ob der Thäter selbst in Dolo oder in Kulpa versierte.

1) Der Thäter handelte dolos. Der unentschuldbare Irrtum des Gehilfen kann sich nun beziehen:

a. auf den rechtlichen Wert der thäterischen Handlung. Hierin wäre gleichzeitig ein Irrtum hinsichtlich der rechtlichen Tragweite des eigenen

Thuns enthalten. Solches ist z. B. der Fall, wenn jemand einer Schildwache Beihilfe zu einer Tötung leistet, weil er glaubt, dass jene ein „Spezialrecht“ zu derselben besessen hat, während sie thatsächlich einen Racheakt verübte. Es liegt hier vor: die Kenntnis des eigenen Thuns, der Thätigkeit des andern und der Beziehung dieser beiden zu einander, nur irrt der Gehilfe hinsichtlich des rechtlichen Werts der Thäterhandlung und folglich auch der eigenen Handlung. Wir haben es in diesem Falle unzweifelhaft mit fahrlässiger Beihilfe zu thun, falls jener Irrtum nicht entschuldbar war.

b. Der Irrtum des Gehilfen bezieht sich auf That-sachen. Gajus überfällt z. B. den Sejus in mörderischer Absicht. Letzterer erwehrt sich seiner und zwar der Art, dass der des Wegs herbeikommende Titius glaubt, Gajus befinde sich in gerechter Notwehr. Ohne sich von der Richtigkeit seiner Annahme zu überzeugen, stürzt er sich auf Sejus und bringt ihn zu Fall. Gajus zieht ein Messer und ersticht denselben. Hier irrt der Gehilfe hinsichtlich der thatsächlichen Frage, wer von beiden der Angreifer und wer der Angegriffene sei. War dieser Irrtum nicht verzeihlich, so liegt wiederum fahrlässige Beihilfe vor.

c. Der Irrtum des Gehilfen bezieht sich auf die kausale Tragweite der Handlung. Hierher gehören die Fälle, wo jemand sich eine Thätigkeit zu schulden kommen lässt, von der er hätte voraussehen müssen, dass sie die verbrecherische Handlung eines andern befördern werde. Wissend, dass Gajus dem Sejus nach dem Leben trachtet und sein Haus umschleicht, lässt z. B. Titius, der Diener des Sejus, die Thür des Hauses aus Uebermut unverschlossen. Diese Gelegenheit benutzt Gajus, um sein Vorhaben zur Ausführung zu bringen. Man sage nicht, es müssten diejenigen

Fälle ausgeschlossen werden, in welchen der fahrlässige Gehilfe in keiner intellektuellen Beziehung zu der von ihm beförderten Handlung gestanden hat. Wo eine solche nicht möglich war, kann allerdings die Konstruktion der Beihilfe nicht mehr erhalten bleiben. Aber wo sie an sich gegeben war, und nur durch die Nachlässigkeit des Gehilfen aufgehoben wurde, da tritt die Verantwortung für die Mitwirkung zu einem Delikte ein, dessen Kenntniss bei dem Gehilfen vorliegen musste, und diese konstituiert eine fahrlässige Beihilfe. Dem gegenüber muss freilich von solchen Fällen abgesehen werden, in denen jenes Wissen — können und müssen nicht vorliegt. Etwa, um ein recht augenfälliges Beispiel zu wählen, der Fall, in welchem der Diener durch ein allzufrühes Schliessen der Ofenklappe einen tödtlichen Kohlendunst im Zimmer seines Herrn verursacht, welcher auch thatsächlich erstickt, während ganz unabhängig hiervon ein Dritter in dem anliegenden Raume ungestört einen Diebstahl verüben kann, weil der Ersticte eben nichts hört.

- 2) Der Thäter handelte kulpos. Man¹⁾ hat behauptet, es müssten in diesem Falle Gehilfe sowohl, als auch Thäter für fahrlässige Thäterschaft verantwortlich gemacht werden. Allein mit Unrecht. Wenn nur die Kenntniss des fremden Thuns und Wollens den Unterstützenden mit dem Thäter verbindet und der Gehilfe willentlich eine Handlung begeht, welche die Thätigkeit eines andern befördert, so lässt sich sehr wohl eine fahrlässige Beihilfe zu einem fahrlässigen Delikt denken. Ohne der verschiedenen, hierbei möglichen Kombinationen von Irrtumsarten besonders zu erwähnen, wollen wir uns die Richtigkeit des Behaupteten an einigen Beispielen klar machen.

1) Hälschner, § 177, Liszt § 52, 2.

Gajus glaubt dem Sejus gegenüber sich in gerechter Notwehr zu befinden. Titius ist auch dieser Meinung; er hilft deshalb dem Gajus, den vermeintlich widerechtlichen Angriff des Sejus zurückweisen, wobei Gajus letzteren erschlägt. Ist der Irrtum bei keinem von beiden zu entschuldigen gewesen, so haben beide fahrlässig gehandelt, und es ist nicht abzusehen, weshalb der Minderwert der Gehilfen-thätigkeit nicht auch hier zur Geltung kommen sollte.

Ein anderes Beispiel: Gajus legt unachtsamer Weise ein Feuer in der Nähe eines Waldes an. Titius, in gleichem Masse unbedacht, hilft ihm dabei. Es entsteht ein verheerender Waldbrand.

Oder endlich: A. glaubt auf einen Baum zu schießen, B., welcher ihm die Schusswaffe zu diesem Zweck geladen hat, ist auch der Meinung, dass es ein Baum sei; in Wirklichkeit ist es ein Mensch, welchen der Schuss zu Boden streckt. Hat hier bei beiden Unachtsamkeit vorgelegen, so sind sie beide fahrlässiger Weise der eine als Thäter, der andere als Gehilfe thätig gewesen. Wiederum ist es nicht recht begreiflich, weshalb der Minderwert der Gehilfen-thätigkeit im Falle der fahrlässigen Verschuldung ausser Acht gelassen werden musste.

Wir sehen also, dass der Einwand, welchen Berner sowie Birkmeyer gegen die Möglichkeit der Annahme einer fahrlässigen Beihilfe vorgebracht haben, nämlich, dass der kulpöse Gehilfe die Mitwirkung anderer und somit den Erfolg nicht voraussehen könne — einesteils garnicht alle einschlägigen Fälle umfasst, andererseits auch diejenigen Fälle nicht trifft, in welchen seine Mitwirkung nicht vorausgesehen wurde, aber hätte vorausgesehen werden müssen. Ebenso wenig hat sich die Behauptung als berechtigt erwiesen, dass fahrlässige Beihilfe als Thäterschaft zu konstruieren sei. Wir können uns eine kulpöse Beihilfe denken. Freilich ist es augenfällig, dass die Schuldhaftigkeit einer derartigen Mitwirkung so geringfügig erscheint, dass sie ohne Gefahr für

das Ansehen der Rechtsordnung vernachlässigt werden kann. Darum mag fahrlässige Beihilfe immerhin straflos bleiben, — juristisch unkonstruierbar ist sie deshalb noch nicht. Und wenn die allmälige Vertiefung der Schuld, welche den Entwicklungsgang des modernen Strafrechts charakterisiert, dazu führen sollte, die kulpose Beförderung des einen oder des anderen Delikts unter Strafe zu stellen, so wird es fahrlässige Beihilfe sein, welche auf diese Weise in den Bannkreis des staatlichen jus puniendi tritt.

Ein anderer Beispiel: Gegen den unachtsamer Weise im Feuer in der Nähe eines Waldes an. Tine, in glühendem Masse unbedacht. Hat hier bei es erwiesene ein vertheilender Waldbrand. O der endlich: A glaubt auf einem Baum zu schiessen, B, welcher ihm die Schusswaffe zu diesem Zweck geliehen hat, ist auch der Meinung, dass es ein Baum sei; in Wirklichkeit ist es ein Mensch, welchen der Schuss zu Boden streckt. Hat hier bei beiden Umständen vorzuliegen, so sind sie beide fahrlässiger Weise der eine als Täter, der andere als Gehilfe thätig gewesen. Wiederrum ist es nicht recht begründlich, weshalb der Minderwert der Gehilfenfähigkeit im Falle der fahrlässigen Verschuldung anser Acht gelassen werden müsste.

Wir sehen also, dass der Einwand, welchen Berner sowie Birkmeyer gegen die Möglichkeit der Annahme einer fahrlässigen Beihilfe vorgebracht haben, nämlich, dass der kulpose Gehilfe die Mitwirkung anderer und somit den Erfolg nicht voraussehen könne — einseitig ist. In solchen Fällen schließt man, andererseits auch diejenigen Fälle nicht trifft, in welchen seine Mitwirkung nicht vorausgesehen wurde, aber hätte vorausgesehen werden müssen. Ebenso wenig hat sich die Behauptung als begründet erwiesen, dass fahrlässige Beihilfe als Täterschaft zu konstruieren sei. Wir können uns eine kulpose Beihilfe denken. Freilich ist es unangehörig, dass die Schuldhaftigkeit einer fahrlässigen Mitwirkung so geringfügig erscheint, dass sie ohne Gefahr für

Fünftes Kapitel.

Arten der Beihilfe.

Der kasuistische Aufbau der gemeinrechtlichen Doktrin hatte die Lehre von der Beihilfe zu einem Konglomerat von lose aneinandergereihten Einteilungen gemacht. Man hat ungeheuer viel Scharfsinn auf den Ausbau von nicht enden wollenden Klassifikationen verwandt, welche jeglichen praktischen Werts entbehrten. Nur wenige dieser Einteilungen retteten sich aus dem Schiffbruch der strafrechtlichen Scholastik in die moderne Wissenschaft herüber. Die älteren Rechtslehrer freilich, wie Feuerbach¹⁾, Grolmann²⁾, Bauer³⁾, Wächter⁴⁾ und Hepp⁵⁾ und andere verweilen noch mit grosser Ausführlichkeit bei dem Kapitel von den Arten der Beihilfe. Gar wunderliche Blüten hat diese Richtung in dem Bestreben von Borst⁶⁾ getrieben, eine erschöpfende Aufzählung der Arten und Grade derselben zu geben. Dergleichen hält das positive Recht, wenigstens in den Gesetzbüchern älteren Datums⁷⁾, mit der ihm eigenen Zähigkeit an kasuistischen Aufzählungen fest, welche den Kommentatoren naturgemäss als Ausgangspunkt ihrer Betrachtungen

1) Lehrbuch §§ 49. 53.

2) Grundsätze § 36—38.

3) Abhandlungen, I § 10.

4) Lehrbuch, I, § 90.

5) N. A. C. 1846. 3. Stück X. § 5 ff.

6) N. A. C. VII p. 690 ff., wo 42 Arten und 12 Grade der Beihilfe aufgezählt werden.

7) Code pénal, art. 60. Code pénal Belge, art. 66, 67.

dienen. Aber eine fortgeschrittene Methode liess jenes Kapitel auf ein Minimum herabgehen; eine sorgfältigere Untersuchung ergab, dass diese Aufzählungen nichts weiter als unwesentliche Exemplifikationen sind¹⁾.

Die Einteilung der Beihilfe in:

- a. vorhergehende, gleichzeitige und nachfolgende (concursum antecedens, concomitans, und subsequens²⁾,
- b. bestimmte und unbestimmte³⁾,
- c. vorverständigte und inzidente (ex compactu und accidentaliter talis⁴⁾,
- d. Haupt- und Nebenhilfe (socii principales und minus principales⁵⁾,
- e. direkte und indirekte (Förderung und Hinwegräumung von Hindernissen⁶⁾

1) Vergl. dagegen Schütze, Notw. Teiln. p. 302 ff.

2) Hierbei verweilen noch Berner, Teilnahme p. 167 ff. und Schütze, Notw. Teiln. p. 304 ff. Dass nachfolgende Beihilfe eine *contradictio in adjecto* ist, gilt heutzutage für ausgemacht. Dagegen hat eine Meinungsverschiedenheit darüber bestanden, ob gleichzeitige und vorausgehende Beihilfe möglich seien. So behauptet Luden, Handbuch p. 76, Beihilfe könne nur vorausgehen. Man hat dieses auch so ausgedrückt: Gehilfenhandlungen sind mit Vorbereitungshandlungen identisch. Dagegen weist Schütze, l. c. p. 285, 305 nach, dass eine vorausgehende Beihilfe begrifflich nicht denkbar ist, weil Akzessionen als solche vor Hauptsachen nicht gedacht werden könnten.

3) Siehe die weiter unten behandelte Einteilung in generelle und spezielle Beihilfe. Darüber, dass Beihilfe nur zu einem bestimmten Delikt möglich ist, vergl. oben II. Kap. des II. Abschn. Contra Köstlin, Neue Revision § 137., pro Luden, Abhandl. II p. 337 ff.

4) Diese Unterscheidung und die aus derselben herzuleitenden Konsequenzen gehören in die veraltete Komplottheorie. Das Bestehen einer Verabredung gilt der *communis opinio* heute nur als Beweis für die Vorsätzlichkeit des Thuns, ändert aber an sich den Charakter der geleisteten Beihilfe nicht. Denselben Wert hat die Unterscheidung von angestifteter und nicht angestifteter Beihilfe. An der alten Auffassung hält noch fest Schütze, Notw. Teil. p. 306 ff.

5) Vergl. weiter unten: wesentliche und unwesentliche Beihilfe. Desgleichen oben Feuerbach pag. 11. Berner, Lehrbuch (1886) § 85. sub 8. Dagegen Schütze Notw. Teiln. p. 304.

6) Stübel, Teilnahme p. 61 ff.

und andere mehr, sowie die in den Legaldefinitionen enthaltenen Aufzählungen der speziellen Mittel, durch welche Beihilfe geleistet werden kann, sind teilweise unrichtig, teilweise juristisch völlig entbehrlich. Nur diejenigen Einteilungen erheischen eine eingehendere Betrachtung, denen ein begriffswesentliches Unterscheidungsmerkmal zu Grunde liegt.

1) Die vorstehenden Untersuchungen haben den begrifflichen Gegensatz von materieller und intellektueller Beihilfe¹⁾ ergeben. Während die erstere eine Unterstützung der äusseren verbrecherischen Thätigkeit darstellt, erscheint letztere als die Förderung des diese Thätigkeit bestimmenden Willens. Eine Verschiedenheit von Schuld und Strafbarkeit begründet diese Einteilung indessen nicht. Da, ferner, die materielle Beihilfe gewiss in sehr vielen Fällen nicht ohne intellektuelle Einwirkung auf den Thäter bleiben wird, so kann an die genannten Kategorien die gemischte Beihilfe als Vermittelungsglied gereiht werden. Als solche stellt sich die materielle Beihilfe stets dar, wenn sie vorher zugesagt wurde. An und für sich begründet hinwiederum schon die Zusage einer zu leistenden Unterstützung intellektuelle Beihilfe.

Das Gleiche kann von der vorher — versprochenen Begünstigung²⁾ behauptet werden, wodurch aber nicht die völlig abseits liegende Begünstigung in dass Gebiet der Teil-

¹⁾ Concursus physicus und moralis.

²⁾ Geyer § 28. Borchert p. 94. Mayr. § 7. Henke § 43. Köstlin, Neue Revision § 137. Binding, Grundriss, Anhang zu § 67 II. vergl. Deutsches Strafgesetzbuch § 257 Abs. 3; Rossi, p. 411;

Vergl. c. a. s. 9 a ô t. 1889 (B. 287 p. 456):

„L'escompte de billets souscrits par un mineur bien que
 „postérieur à la perpétration du délit d'abus des passions
 „de ce mineur par l'auteur principal peut être retenu
 „comme élément de complicité, quand au moyen d'un
 „concert préalable le complice s'est engagé vis-à-vis de
 „l'auteur principal à réaliser l'escompte et a ainsi sciemment
 „procuré le moyen de commettre le délit soit
 „en provoquant à l'action soit en donnant des in-
 „structions pour la commettre“

nahme eingeführt wird, sondern nur der intellektuelle Einfluss berücksichtigt werden soll, welchen die Zusage des Beistandes zur Sicherung der Vorteile der That oder zur Sicherstellung des Thäters vor den rechtlichen Folgen derselben auf letzteren haben muss. Schwerlich aber dürfte es zu rechtfertigen sein, wenn man, offenbar angesichts der Bestimmungen des französischen code pénal art. 61., versucht hat, gewerbsmässig betriebene Begünstigung als Beihilfe zu konstruieren¹⁾. Denn nicht die Gewissheit der nachfolgenden Begünstigung ist es, welche die vorherige Zusage derselben zur Teilnahme macht, sondern der Umstand, dass sie mit Rücksicht auf ein bestimmtes Verbrechen zugesichert worden ist. Diese Beziehung auf ein bestimmtes Delikt, welche ein wesentliches Merkmal der Beihilfe bildet, fehlt der gewerbsmässigen Begünstigung.

2) Im Anschluss an die seit der Carolina wiederkehrende und letztlich von dem § 49 des Deutschen Strafgesetzbuches wiederaufgenommene Gegenüberstellung von Rat- und Thathilfe hat sich die „herrschende Schuleinteilung“ in physische und intellektuelle Beihilfe herausgebildet. So weit sich diese Bezeichnungen mit den von den Strafgesetzen gewählten Exemplifikationen²⁾ decken, erweisen sie sich als die Benennung derjenigen Mittel, mit denen Beihilfe geleistet werden kann, und enthalten daher keine juristisch verwertbaren Merkmale derselben. Man hat für die Bezeichnung „intellektuelle“ Beihilfe auch den Ausdruck „psychische“ Beihilfe in Vorschlag gebracht. Jedenfalls darf diese Einteilung mit der vorstehend erörterten nicht verwechselt werden.³⁾ So wenig intellektuelle Beihilfe im oben gebrauchten Sinne ausschliesslich durch die Einwirkung geistiger Kräfte bedingt wird, so wenig erfordert

1) Henke, *ibid.*; contra Geyer p. 426. pro Köstlin, Neue Revision § 137.

2) Henke § 42; Grolmann § 37, III. Feuerbach, *Lehrb.* § 50. 2., und andere.

3) Berner, *Teiln.* p. 260; Buri, *Teiln.* p. 64 ff. p. 76 ff. und andere machen diesen Unterschied nicht; dagegen Geyer § 28. Schütze, *Notw. Teiln.* p. 306, 307.

materielle Beihilfe notwendig körperliche Thätigkeit. Nicht darauf kommt es an, in welcher Weise die unterstützende Thätigkeit sich äussert, sondern in welcher Beziehung sie zu der verbrecherischen Handlung steht, welche sich aus Wille und That zusammensetzt und darum einerseits die Stärkung des Willens, andererseits die Förderung der That ermöglicht.

3) Man unterscheidet weiterhin positive und negative Beihilfe, je nachdem, ob ein Thun oder Unterlassen vorliegt d. h. je nachdem eine positive Bedingung für den Eintritt gesetzt, oder eine von demselben abhaltende negative Bedingung nicht geschaffen wurde. Es wird darauf ankommen festzustellen, inwiefern eine solche negative Beihilfe, d. h. Nichtverhinderung oder Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen, begrifflich überhaupt zulässig resp. strafbar erscheint. Dank den überzeugenden Ausführungen Stübels sind die Vertreter der modernen Doktrin¹⁾ dahin übereingekommen, wirklich negative Beihilfe von sogenannter Konnivenz zu scheiden. Die negative Beihilfe ist ein Unterlassungsdelikt; sie ist nur insofern strafbar, als eine Unterlassung überhaupt im Kausalzusammenhange mit einem rechtswidrigen Erfolge gedacht werden kann. Von einem solchen kann aber nur dann die Rede sein, wenn ein Verhältnis verpflichtender Art vorliegt, welches ein Eingreifen in die Aussenwelt seitens des Unthätigen erforderte.²⁾ Nur unter dieser Voraussetzung kann eine schuldhaftige Unterlassung obwalten und nur dann kann sie eine schuldhaftige Mitwir-

1) Stübel, Teilnahme § 37. Bauer § 10 sub. I. Feuerbach, Lehrbuch § 49, β. Heffter § 86. Wächter § 91. Anm. 88. Häberlin § 23. Henke § 43. Jarcke § 37. Langenbeck § 70. Geyer § 31. Nach Köstlin's Ansicht (N. R. § 137) muss die Frage nach der Pflicht der Verhinderung von der negativen Beihilfe getrennt werden. Das dolose Nichtverhindern sei ohnehin dem Verbrechen förderlich. Ueber die Bedeutung dieses dolosen Nichtverhinderns lässt uns Köstlin aber im unklaren. Eigentümlich ist die Auffassung Schütze's, Notw. Teiln. p. 305, 306.

2) Vergl. im allgemeinen hierüber Rohland, Die strafbaer Unterlassung. 1887. bes. p. 121, 122.

kung zu einem fremden Delikte abgeben. Die Grenzen dieser Verpflichtung mögen nun durch den Gesetzgeber weiter oder enger gesteckt sein,¹⁾ — negative Beihilfe liegt nur da vor, wo eine solche Verhinderungspflicht thatsächlich bestanden hat.²⁾

4) Dem Unterschied von allgemeiner und besonderer (genereller und spezieller) Beihilfe sind verschiedene Bedeutungen unterlegt worden.³⁾ Soweit unter dem *socius specialis* ein solcher verstanden wird, bei welchem alle persönlichen Verhältnisse des Thäters vorliegen, hängt mit dieser Unterscheidung die Frage nach dem Einfluss der persönlichen Verhältnisse des Thäters auf die Strafbarkeit des Gehilfen zusammen, welcher wir oben im Zusammenhange mit der akzessorischen Natur der Beihilfe ausführlicher gedacht haben.⁴⁾

1) Das Preussische Landrecht II. 20 § 80 statuierte für alle Bürger die Verpflichtung Verbrechen zu verhindern.

Das Gleiche thut Art. 15 des Russischen Strafgesetzbuches. Der *code pénal*, art. 103 beschränkt diese Verpflichtung ausschliesslich auf Staatsverbrechen.

2) Vergl. Urt. v. 21. October 1884. E. R. G. XI № 41 p. 153 ff. Ferner: *cass.* 17 novembre 1887 (B. 392 p. 618).

„.....attendu que l'inattention et la négligence du
„docteur X. ont été cause des blessures faites à N. et des
„violences exercées sur cet aliéné; que des moyens de
„contrainte répréhensibles ont été employés contre N. par
„la faute de X; qu'il n'a pas observé le règlement de
„l'asile (complicité par aide et assistance
„avec connaissance)....“

hier handelt es sich gleichzeitig um fahrlässige und negative Beihilfe.

3) Grolmann § 36 I., Geib § 111. b. verstehen unter *socius generalis* einen solchen, welcher im allgemeinen an einer gewissen Art von Verbrechen teilnimmt, — unter *socius specialis* einen, der zu einem bestimmten Verbrechen hilft.

4) Berner, Teilnahme p. 236. Langenbeck § 85. Geyer § 32. Hälschner § 175, p. 437, Anm. 1. Wächter § 90. 2. Köstlin, Neue Rev. § 137. Bauer § 10. V. Feuerbach, Lehrbuch § 52. sub 4. a u. β. L u d e n, Abhandlungen II. p. 356 ff. hält dagegen diese Unterscheidung von genereller und spezieller Beihilfe (Teilnahme) für unrichtig. Die besonderen Verhältnisse des Verbrechens können, seiner Ansicht nach,

5) Wenn noch immer an der Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Beihilfe¹⁾ (*concurtus remotus und proximus*) festgehalten wird, so geschieht dieses aus dem gewichtigen Grunde, weil die entferntere, mittelbare Unterstützung an sich ein geringeres Mass der Verschuldung als die nahe, unmittelbare Beihilfe darstellt. Ist doch auch die Behauptung ausgesprochen worden, dass mittelbare Beihilfe, insofern sie Beihilfe zur Beihilfe und Anstiftung zu derselben darstelle, stets straflos bleiben müsste.²⁾ Lässt sich einer solchen kategorischen Forderung auch nicht unbedingt beistimmen, so wird man immerhin zugeben dürfen, dass die „Hilfeshilfe“ wegen ihres losen Zusammenhanges mit der Thäterhandlung im allgemeinen minder strafbar erscheinen wird, als eine unmittelbare Hilfeleistung.

6) Die gleiche Bedeutung muss dem Gegensatz von wesentlicher und unwesentlicher Beihilfe beigemessen werden.³⁾ Demselben entspricht gewissermassen die Unterscheidung des *auxiliator causam dans* und *auxiliator simplex* der gemeinrechtlichen Doktrin, sowie die Gegenüberstellung des Haupt- und Nebengehilfen der Feuerbach'schen Schule. Der Begriff des Hauptgehilfen ist mittlerweile, wie

überhaupt nicht zum Thatbestande des Verbrechens gerechnet werden. Wer sich also auch nur den Entschluss eines andern angeeignet habe (vergl. oben), der nehme auch an der Spezies des Verbrechens teil. Genereller Teilnehmer heisse soviel als gar kein Teilnehmer. Hiergegen bemerkt Köstlin i. c. mit Recht, dass man durch Aneignung eines fremden Entschlusses die reale Natur der Dinge nicht verändern, nicht z. B. den Vater eines andern zu seinem eigenen Vater machen könne. Er geht aber wiederum zu weit, wenn er sodann ausführt, dass der Gehilfe für den Zweck eines andern nur insofern verantwortlich gemacht werden könne, als er denselben möglicherweise auch als den seinen setzen könnte. Es unterliegt keinem Zweifel, dass Beihilfe zu einem Delikt geleistet werden kann, welches man als Thäter nicht hätte verüben können.

1) Geyer § 25. Henke § 45. Schütze, Notw. Teiln. § 47 p. 281 ff.

2) Berner, Teilnahme p. 265 ff.

3) Bauer § 10. Geib § 111 sub c. Langenbeck §§ 71. 74. Geyer § 30. Schütze, Notw. Teiln. p. 304.

bereits Grolmann¹⁾ vorgeschlagen hatte, in demjenigen des Mitthäters aufgegangen. Die grössere oder geringere Wesentlichkeit des helferischen Thuns kann sodann nur noch innerhalb des gesetzlich feststehenden Strafrahmens die entsprechende Berücksichtigung finden.

¹⁾ Grundsätze § 38. V. „Versteht man unter einem Hauptgehilfen einen „unentbehrlichen“ Gehilfen, so ist er nichts Anderes als ein coauctor.“

Sechstes Kapitel.

Bestrafung der Beihilfe.

Wir haben gesehen, dass das Wesen der Beihilfe im Vergleich zur Thäterschaft das Gepräge der Unvollkommenheit an sich trägt — einer Unvollkommenheit der Thatseite, weil der Gehilfe keinen Teil der Thatbestandshandlung begehrt, und einer Unvollkommenheit der Willensseite, weil der Wille des Gehilfen an sich den rechtswidrigen Erfolg der Haupthandlung nicht mit umfasst.

Wir sahen ferner, dass sich aus dieser Mangelhaftigkeit der Willens- und Thatseite der Beihilfe im Vergleich zur Thäterschaft ausser dem begrifflichen Minderwert derselben ihre thatsächliche Abhängigkeit von der sie ergänzenden Thäterhandlung (d. h. ihre akzessorische Natur) ergab.

Beides wird ohne Zweifel auf das Mass der Strafbarkeit des Gehilfen von Einfluss sein. Aus der akzessorischen Natur der Beihilfe folgt, dass ein Masstab für die thatsächliche Bestrafung des Gehilfen nur von dem rechtswidrigen Erfolge hergeleitet werden kann, welcher sich aus der Haupthandlung ergab, die ergänzend zu der Gehilfenthätigkeit hinzutrat. Die Strafe des Gehilfen richtet sich demnach nach der Grösse der für das Verbrechen selbst, zu welchem er geholfen, festgesetzten Strafe. Da aber jener rechtswidrige Erfolg von der Handlung des Thäters erzeugt wird, die für das Verbrechen normierte Strafe also voll und ganz den Thäter trifft, so darf man gewissermassen sagen, dass die Strafe des Gehilfen nach demjenigen Gesetze zu bestimmen

ist, welches auf den Thäter Anwendung findet. Nur muss man nicht vergessen, dass es sich nicht um eine direkte Abhängigkeit der Strafbarkeit der Beihilfe von derjenigen der Thäterschaft handelt, sondern dass beide von dem Wesen desjenigen rechtswidrigen Erfolges bestimmt werden, welchen die letztere erzeugt und welchen die erstere befördert hat.

Der Grundsatz, dass die Strafe, welche auf die Haupt- handlung gesetzt ist, den Ausgangspunkt für die Bestimmung der Strafe des Gehilfen bildet, ist von dem positiven Recht auch stets anerkannt worden, ob es nun alle Teilnehmer mit gleicher Strafe belegte oder eine Abstufung in der Bestrafung der einzelnen Kategorien derselben zuliess.

Nun folgt aber, weiterhin, aus dem Minderwert der Beihilfe, dass die Bestrafung derselben in abstracto auch eine mildere sein muss, als die der Thäterhandlung. Dieses kann nur so verstanden werden, dass der Gehilfe stets mit einer milderen Strafe zu belegen ist, als diejenige wäre, welche ihn treffen würde, wenn er das vorliegende Verbrechen selbst verübt hätte.¹⁾ Dagegen ist es irreleitend, wenn man sagt,²⁾ die Strafbarkeit des Gehilfen sei stets geringer als diejenige des Urhebers (Thäters) und geradezu falsch, wenn man behauptet,³⁾ dass bei derselben Rechtsverletzung der Urheber (Thäter) strafbarer sei, als der blosser Gehilfe. Denn in dem einzelnen Falle kann es leicht vorkommen, dass unter Berücksichtigung besonderer persönlicher Momente die Strafe des Gehilfen höher zu bemessen ist, als diejenige des Thäters. Wir erinnern nur an die Fälle, in welchen der Gesetzgeber die Beihilfe mit besonderer Strafsanktion belegt hat. Welch' eine Verschiebung der Verhältnisse zu Ungunsten des Gehilfen müsste, ferner, auch dann eintreten, wenn z. B.

1) Geyer, l. c. § 37; vergl. ferner: Bauer § 11; Geib § 111 sub e; Schütze, Lehrb. § 47, Schluss und Anm. 21; Hugo Meyer § 49; Stübel, Teiln. § 56—60; Borchert p. 96; Ortolan Nr. 1302; Haus, N.Nr. 537—543; Boitard, Nr. 152; Hélie, p. 474.

2) Feuerbach, Lehrb. § 182; Henke p. 525; Langenbeck § 72 ff.

3) Grolmann, § 87.

der Sohn Beihilfe zum Morde seines Vaters geleistet hat, während für den Thäter selbst besonders gewichtige Straf-minderungsgründe vorliegen!

Das positive Recht hat den Grundsatz, dass die Strafe des Gehilfen, entsprechend der im allgemeinen geringeren Verschuldung desselben, eine in abstracto geringere sein muss, als die des Thäters, nicht durchweg berücksichtigt.

In Frankreich¹⁾ hat bekanntlich das Prinzip von der gleichen Bestrafung aller Teilnehmer, welches das römische Recht statuiert hatte und welches noch von der älteren italienischen Doktrin festgehalten wurde, ausserordentlich tiefe Wurzeln geschlagen. Die Statuten und Ordonnanzen der Könige trugen das Ihrige zu der Festigung desselben bei. Hatten auch die Parlamente mitunter den Versuch gemacht, gewisse prinzipielle Abstufungen herzustellen, so waren diese doch schon in der Gesetzgebung der Revolutionsperiode völlig verwischt worden und gingen in dem heute geltenden code pénal vom J. 1810 wieder im allgemeinen Begriff der complicité auf, für welche ausdrücklich dieselbe Strafe, wie für die Thäterschaft, vorgeschrieben ist.²⁾

„Les complices d'un crime ou d'un délit — heisst
 „es im art. 59 — seront punis de la même peine que
 „les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf
 „les cas ou la loi en anrait disposé autrement.“

Für die Gesetzbücher neueren Ursprungs gilt diese Gleichstellung aller am Verbrechen Beteiligten als ein überwundener Standpunkt.

Der code pénal Belgiens vom Jahre 1867, welcher sich im allgemeinen bis auf den Wortlaut eng dem Napoleonischen Strafgesetzbuche anschliesst, hat in Bezug auf die Strafbarkeit der Beihilfe eine wesentliche Verbesserung eingeführt.

1) Ortolan, l. c. Nr. 1296 ff. Hélie, l. c. p. 418, 419.

2) Eine ähnliche Bestimmung finden wir in einem Kodex neueren Ursprungs, nämlich dem Strafgesetzbuche des Staates New-York von 1881 wieder.

Dem Thäter gleich gestraft werden nach art. 66 nur diejenigen,

„qui par un fait quelconque auront prêté pour l'exécution une aide telle, que sans leur assistance le crime ou le délit n'eu pu être commis“

Im allgemeinen trifft jedoch den Gehilfen eine mildere Strafe ¹⁾).

„Les complices d'un crime, — heisst es im art 69. des Belgischen Strafgesetzbuches, — seront punis de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils encourraient, s'ils étaient auteurs de ce crime conformément aux articles 80 et 81 de ce code.

La peine prononcée contre les complices d'un délit n'exèdera pas les $\frac{2}{3}$ de celle qui leur serait appliquée s'ils étaient auteurs de ce délit.“

Das Prinzip der milderen Bestrafung der Beihilfe ist hierdurch gewahrt, wenn zwar an eine äusserliche, arithmetische Formel gebunden.

Eine ähnliche Gestaltung hat die Behandlung der Beihilfe in dem geltenden russischen Strafrechte angenommen.

Wie kompliziert und wenig zeitgemäss die begriffliche Sonderung der verschiedenen Teilnahmearten in der „Уложение о наказаніяхъ“ auch sein mag, der Grundsatz der milderen Bestrafung der Beihilfe, sowie der ihr gleichgestellten Arten der Beteiligung am Verbrechen wird daselbst durchweg festgehalten. So bestimmt sich im Falle der nicht verabredeten Teilnahme die Strafe der sogen. einfachen Teilnehmer (участники), welche der Kategorie der Gehilfen entsprechen, je nach dem Masse ihrer Mitwirkung, um 1 oder 2 Grade niedriger, als diejenige der sog. Hauptteilnehmer (главные виновные) (Art. 117). Im Falle der „verabredeten Teilnahme“ werden die eigentlichen Gehilfen (пособники), falls ihre Mitwirkung keine für das Existentwerden des Verbrechens notwendige war, um 1 Grad niedriger, als diejenigen gestraft, welche das Verbrechen selbst vollführten (Art. 121). Nicht-

1) Haus, № 540.

verhinderung und Nichtanzeige bevorstehender Delikte (попустительство und недонесение) werden unter dem Sonderbegriff „прикосновенность къ дѣлу и преступленію“ (Beziehung zur Uebelthat) um 1 weiteren Grad niedriger gestraft, als die eigentliche Beihilfe (Art. 125). Dem gegenüber bestimmt Art. 15 des Friedensrichter-Ustaws lediglich, dass Beihilfe milder zu strafen sei, als Anstiftung und Thäterschaft, ohne den Grad jener Milderung näher zu bezeichnen.

Die Lösung, welche die neuesten Strafgesetzbücher für diese Frage bieten, ist eine dreifache.

Das Niederländische Strafgesetzbuch vom Jahre 1881 behält die arithmetische Formel bei. Gemäss Art. 49 wird der Höchstbetrag der auf das Verbrechen angedrohten Hauptstrafen bei dem Teilnehmer (=Gehilfen, nach Art. 48) um $\frac{1}{3}$ vermindert. An Stelle der lebenslänglichen Gefängnisstrafe tritt eine solche von höchstens 15 Jahren. Wenn auch in dem Art. 45 auf den Versuch die gleiche Strafe, wie auf die Teilnahme (Beihilfe) gesetzt ist, so vermeidet es das niederländische Gesetzbuch dennoch, die Parallele zwischen Versuch und Beihilfe zu ziehen, welche wir im Deutschen Strafgesetzbuche vom Jahre 1870 finden.

Hier ist es versucht worden, eine im Wesen der Beihilfe begründete Strafbestimmung durchzuführen. Gemäss § 49 Abs. 2. ist die Strafe des Gehilfen nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hilfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen (§ 44) zu ermässigen. Geyer¹⁾ findet diese Gleichstellung auch im Prinzip gerechtfertigt, weil sowohl beim Versuche, als auch bei der Beihilfe keine Vollendung erfolgt sei; weil beide gewissermassen den Charakter von unvollkommenen Verbrechensformen trügen. Doch ist mit Recht darauf hingewiesen worden, dass Versuch und Bei-

1) I. c. § 37.

hilfe in anderer Beziehung soweit auseinandergehen, dass jene Aehnlichkeit kaum ausschlaggebend sein dürfte. Dieses thut Schütze¹⁾, welcher in dem Versuche eine Anfangs-Stufe der Ausführung, in der Beihilfe hingegen eine andere Art der Ausführungshandlung erblickt und jene Analogie vollends dadurch gestört sieht, dass von einem Versuche der Beihilfe gesprochen werden könne. Binding²⁾ sucht den Unterschied noch schärfer zu ziehen. Der schuldhafte Wille des versuchenden Thäters geht, seiner Ansicht nach, stets viel weiter, als der des Gehilfen, nämlich auf die Hervorbringung des Verbrechens in seiner Ganzheit. Ebenso bestehe die Thätigkeit des Versuchenden in dem Beginn der Verwirklichung der Handlung, während diejenige des Gehilfen sehr häufig in dem Stadium der Vorbereitung des Verbrechens Platz greife. Da nun der Gehilfe immer auf Grund seines schuldhaften Willens und regelmässig auf Grund seiner Thätigkeit minder strafbar erscheine, als der versuchende Thäter, so müsse auch die Gehilfenstrafe niedriger bestimmt werden, als die Versuchsstrafe.

Das dritte System, endlich, welches in dem neuen Entwurf des Russischen Strafgesetzbuches verwertet worden ist, erblickt in der Beihilfe einfach einen Strafmilderungsgrund, welcher in dem allgemeinen Teile des Strafgesetzbuches als solcher bezeichnet wird³⁾.

Art. 47 des gen. Entwurfes bestimmt, dass die Gehilfen („diejenigen, welche zur Verübung der Handlung durch Ratschläge, Anweisung und Beschaffung von Mitteln oder Beseitigung von Hindernissen Hilfe geleistet haben) der im Gesetze auf die von ihnen begangene verbrecherische Handlung gesetzten Strafe unterliegen; doch werde die Strafe der Personen, welche zur Verübung der verbrecherischen Handlung eine nur unbedeutende Hilfe geleistet haben, nach

1) Notw. Teiln. p. 313, 314.

2) Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund p. 96, 97.

3) Vergl. Geyer § 37.

Massgabe des Art. 53 (Mildernde Umstände) gemildert. Voraussetzung ist hierbei allerdings, dass dem Richter bei der Annahme von mildernden Umständen ein möglichst weiter Spielraum in Bezug auf die Ermässigung der Strafe gelassen wird.

Bis auf die Beschränkung der Strafmilderung auf „nur unbedeutende Hilfe“ — wobei das Attribut „unbedeutend“, weil überflüssig, gerechte Bedenken wachrufen dürfte — verdient das im Russischen Entwurf verwandte System den Vorzug vor den erstgenannten, weil es der Strafe jene Biugsamkeit verleiht, welche die Berücksichtigung aller Thatumstände ermöglicht. Aber *conditio sine qua non* ist hierbei, dass der allgemeine Teil der Strafgesetzbücher die Bestimmung darüber enthalte, dass die Beihilfe an sich milder zu strafen sei, als die Thäterschaft. Wird auf diese Weise der begrifflichen Natur derselben Rechnung getragen, so ist zu gleicher Zeit dem richterlichen Ermessen eine Richtschnur gegeben, welche willkürlichen Uebergriffen vorzubeugen im stande ist. ¹⁾

Die Annahme mildernder Umstände allein bewirkt solches noch nicht. Man hat sich in Frankreich die erdenklichste Mühe gegeben ²⁾, den harten Bestimmungen des art. 59, c. p. gegenüber — darzuthun, dass die „*circonstances atténuantes*“ in der Praxis ein wirksames Korrektiv für die Härte des Gesetzes abgeben müssten. Diese Behauptungen sind aber gerade durch die Praxis, speziell durch das Vorgehen des Pariser Kassationshofes, widerlegt worden. Immer wieder kehrt die Judikatur ³⁾ zu dem Prinzip der gleichen Strafbarkeit von „*complice*“ und „*auteur*“ zurück, ja sie macht dasselbe nicht selten zum Ausgangspunkte ihrer begrifflichen Definitionen, wie sie z. B. den „*recel*“ aus dem Grunde allein

¹⁾ Die Bestrafung von versuchter und fahrlässiger Beihilfe wird von dem positiven Recht im allgemeinen aus den oben erörterten Gründen vermieden; wo eine solche zugelassen wird, da muss eine doppelte Reduktion des Strafmasses stattfinden.

²⁾ Ortolan № 1302. In richtiger Weise erkennt Hélie, l. c. p. 444—45 die Unzulänglichkeit dieser Aushilfe.

³⁾ Vergl. oben Anmerkungen zu Kapitel I u. II des II. Abschnitts.

zu der eigentlichen „complicité“ zu rechnen für nötig erachtet, weil auf beide die gleiche Strafe wie auf die Thäterschaft stehe; ein Beleg mehr dafür, dass eine verfehlte Gesetzgebung durch die gerichtliche Praxis in ihren äussersten Konsequenzen wohl gedämpft, aber nie völlig wieder gut gemacht werden kann.

De lege ferenda muss eben der Grundsatz festgehalten werden, dass die Unvollkommenheit der That- und Willensseite der Beihilfe eine geringere Verschuldung, und diese ihrerseits eine geringere Strafbarkeit dessen begründet, welcher sich als Gehilfe qualifiziert.¹⁾ Ist aber solches der Fall, dann erscheint auch die Beibehaltung des Beihilfebegriffes für die lex lata als eine rechtliche Notwendigkeit. Sie empfiehlt sich, ferner, aus kriminalpolitischen Gründen, weil sie eine Erweiterung des Gebiets der strafrechtlichen Verantwortung über die Selbstbegehung der Missethat hinaus darstellt. Denn kraft derselben verfallen der strafenden Gerechtigkeit Uebelthäter, welche vom Standpunkte der Thäterschaft aus nie vor das Forum der Strafjustiz gezogen werden könnten. Müssen demnach einerseits die Bestrebungen, welche darauf hinausgehen, den objektiv sowie subjektiv begrenzbaren Gehilfenbegriff in dem allgemeinen Thäterbegriff aufzulösen, als rechtlich unbegründet zurückgewiesen werden, so lässt sich andererseits behaupten, dass die moderne Strafjustiz, wenn sie ihrer Aufgabe völlig gerecht werden soll, einer besonderen Kategorie der Gehilfen nicht entbehren kann.

¹⁾ Dieses ist auch der Grund, weshalb das positive Recht es vorzieht, da wo, eine weitere Reduktion der Strafwürdigkeit eintreten musste, also beim Versuch der Beihilfe, bei der kulposen Beihilfe und schliesslich auch bei der Beihilfe zu Uebertretungen völlige Straflosigkeit zu statuieren. Vergl. ferner die hübschen Ausführungen Hélie's l. c. p. 414—416, p. 423—426, p. 438—439.



Тезисы.

- 1) Критерієм различія между пособничествомъ и виновничествомъ служить свойство преступнаго дѣйствія.
 - 2) Неосторожное пособничество юридически такъ-же мыслимо какъ и пособничество умышленное.
 - 3) Подстрекательству соотвѣтствуетъ не простое виновничество, а совинничество.
 - 4) Условное осужденіе является необходимымъ дополненіемъ всякой карательной системы.
 - 5) Формулировка признаковъ вмѣняемости несовершеннолѣтнихъ преступниковъ въ видѣ „понятливости, необходимой для уразумѣнія наказуемости даннаго дѣянія“ или просто „разумѣнія“, „discernement“ и т. п. непригодна.
 - 6) Борьба съ профессиональной преступностью должна вестись не посредствомъ усиленія карательной репрессіи, а путемъ предупрежденія, которое даетъ наилучшіе результаты въ области принудительнаго воспитанія заброшенной молодежи.
 - 7) Выдѣленіе въ уголовныхъ кодексахъ вліянія опьяненія на уголовную отвѣтственность въ особую рубрику представляется неумѣстнымъ.
 - 8) Обычно-правовая формальная система оцѣнки доказательствъ заслуживаетъ предпочтеніе передъ свободной судебной ихъ оцѣнкою.
-