

1913.

UNIVERSITÄT TÜBINGEN

REDE DES REKTORS AM GEBURTSTAGE DES KÖNIGS 1913

---

---

Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht  
in der Ausübung der Strafrechtspflege

Von

Ernst Beling



DA

22

4792

Tübingen

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)

1913

## Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung . . . . .	5
A. Recht und Unrecht im Handeln der Strafprozessbehörden.	
I. Strafprozessrechtliche Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Staatshandlungen	9
II. Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit des strafprozessbehördlichen Handelns.	
1. Das Strafprozessrecht im Rahmen des Rechts überhaupt . . . . .	12
2. Rechtswidrigkeit bei prozessrechtlicher Zulässigkeit . . . . .	15
3. Rechtmässigkeit bei prozessrechtlicher Unzulässigkeit . . . . .	22
B. Recht und Unrecht in den Folgen der behördlichen Strafprozesshandlungen.	
I. Der Gegensatz von Handlungen und Handlungsergebnissen im allgemeinen	26
II. Rechtmässige Folgen rechtswidriger Prozesshandlungen . . . . .	28
III. Rechtswidrige Folgen rechtmässiger Prozesshandlungen . . . . .	29
Exkurs zu S. 17: Rechts- und Unrechtsgehalt riskanten Handelns . . . . .	36

## Hochansehnliche Versammlung!

Wer die Sprache unserer Prozessgesetze aufmerksamen Auges betrachtet, der wird bald gewahr, dass ihrer eine grosse Zahl in die Form einer einfachen Erzählung der prozessualischen Vorgänge gekleidet ist. So heisst es in der St.P.O.: „Die Staatsanwaltschaft legt... die Akten . . . dem Gericht vor“ (§ 196 II); „das Gericht beschliesst die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn usw.“ (§ 201); „der Termin zur Hauptverhandlung wird von dem Vorsitzenden des Gerichts anberaumt“ (§ 212); „die zur Hauptverhandlung erforderlichen Ladungen und die Herbeischaffung der als Beweismittel dienenden Gegenstände bewirkt die Staatsanwaltschaft“ (§ 213); „die Hauptverhandlung erfolgt in ununterbrochener Gegenwart der zur Urteilsfindung berufenen Personen sowie der Staatsanwaltschaft und eines Gerichtsschreibers“ (§ 225); „die Hauptverhandlung beginnt mit dem Aufrufe der Zeugen und Sachverständigen. Hieran schliesst sich die Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse und die Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens. Sodann erfolgt die weitere Vernehmung des Angeklagten . . . .“ (§ 242). „Nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die Beweisaufnahme“ (243); „Urkunden . . . werden in der Hauptverhandlung verlesen“ (§ 248); „nach dem Schlusse der Beweisaufnahme erhalten die Staatsanwaltschaft und sodann der Angeklagte zu ihren Ausführungen und Anträgen das Wort“ (§ 257); „die Hauptverhandlung schliesst mit der Erlassung des Urteils“ (§ 259) usw.<sup>1</sup>). Es

---

1) Ganz ähnlich die Sprache unserer Strafgesetze: „Wer . . . ., wird . . . bestraft“ (französisch sera puni).

ist, als spräche zu uns ein Zeitungsberichterstatter, der zahlreichen Prozessen beigewohnt hat und aus Empirie heraus das Ergebnis seiner Beobachtungen mitteilte: „so geht es bei Gericht zu.“ Ganz, wie etwa der Zoologe den Werdegang des Schmetterlings aus der Raupe schildert oder wie der Ethnograph die Kriegstänze der Wilden beschreibt.

Und doch ist vom Standpunkt des Gesetzgebers aus, der in der St.P.O. zu uns spricht, der Strafprozess nicht ein gegebener Vorgang, den er uns nur zur Kenntnis bringen will. Auf Stillung der Wissbegierde, auf blosse Information über Tatsächliches, wäre es auch über Regeln, nach denen sich Tatsächliches zu wiederholen und abzurollen pflegt, ist kein Rechtssatz gestimmt. Auf was immer die Rechtssätze auch lauten mögen, immer steht hinter ihnen ein autoritatives „ich will“ eines personifiziert gedachten Wesens: einer organisierten Gemeinschaft. Sie sind in diesem Sinne stets normativ, nie deskriptiv<sup>1)</sup>. Und so kann auch jenes Stück Menschenleben, das wir einen Strafprozess nennen, im Munde des Gesetzgebers nie Gegenstand eines blossen Berichts sein. Vielmehr kommen die Handlungen, aus denen sich ein Strafprozess denkbarer Weise zusammensetzen kann, für den Gesetzgeber als der Stoff in Betracht, den er selber formt, indem er sie teils gutheisst, teils verwirft. Mit anderen Worten: was uns die Rechtsordnung über den Gang eines Strafprozesses zu künden hat, das ist ihre autoritative Stellungnahme zu der Frage, welche Handlungen und wie weit sie den Beifall des Rechtsordners haben, und welche Handlungen er als Strafprozessunrecht ablehnt.

Damit soll nicht gesagt sein, dass die gesetzliche Ausdrucksweise, wo sie in den Ton der blossen Erzählung verfällt, tadelhaft wäre. Diese Ausdrucksweise empfiehlt sich vielmehr durch ihre ansprechende Schlichtheit. Es wäre pedantisch, wollte man verlangen, dass allenthalben im Gesetz die Berichtsform durch die umständlichen und schwerfälligen Wendungen der Anordnungsform ersetzt würde. Denn dass

---

1) Die Frage, ob das normative „ich will“ nur in ein „du sollst“ auslaufen kann (Imperativtheorie), bleibt hier abseits.

hinter dem scheinbaren Bericht eine Anordnung steckt, das weiss jedermann.

Wohl aber erwächst aus der Erkenntnis, dass uns der Strafprozess nicht als tatsächliches Geschehnis, sondern als Rechtserscheinung interessiert, für den Juristen die Aufgabe, den Strafprozess als Ganzes und in allen seinen Teilen derart ins Licht zu stellen, dass sich deutlich rechtmässige und rechtswidrige Strafprozesshandlungen von einander sondern.

Die Frage, wo die Grenzlinie zwischen Recht und Unrecht im Strafprozess läuft, ist besonders vordringlich hinsichtlich der Handlungen der Strafjustizbeamten<sup>1)</sup>: hinsichtlich der Anklage, des Eröffnungsbeschlusses, der Urteilsfällung, der Festnahme, der Durchsuchung, der Strafvollstreckung usw.

Zwei Interessenten sind es vornehmlich, die von der Rechtsordnung Auskunft über Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit dieser Handlungen erwarten und erwarten dürfen. Einmal begleitet den Beamten, der Strafjustizfunktionen auszuüben hat, auf Schritt und Tritt der Pflicht- und Verantwortlichkeitsgedanke. Geht er in seinem Handeln auch nur um eine Linie über das, was Rechtens ist, hinaus, so stellt ihn die Rechtsordnung dabei nicht nur schutzlos gegen etwaige Notwehr, sondern es drohen ihm auch u. U. Disziplinierung, Schadensersatzfolgen und vielleicht schwere Strafe. Und auf der anderen Seite will notwendigerweise auch der Beschuldigte genau wissen, was der Beamte tun und was er ihm antun darf. Denn für ihn stellen diese Strafjustizakte und das, was aus ihnen entfließt, unter allen Umständen, wenn auch mit verschiedenen Stärkeabstufungen, eine Behelligung, ein Leiden dar. Der Strafprozess berührt ihn zunächst seelisch, wirft ihm Unruhe und Aufregung in die Seele, enthalten doch schon die Anfänge des Verfahrens die Chance, dass sich der Prozess immer höher staffelt

---

1) Selbstverständlich bedarf auch das gesamte Handeln des Privat- und des Nebenklägers, des Beschuldigten, des Verteidigers usw. der gleichen wertenden Betrachtungsweise. Es soll hierauf aber im Folgenden nicht eingegangen werden.

bis zum verurteilenden Erkenntnis; er zwingt ihn weiter zu Zeitaufwendungen, oft zu Geldausgaben, kann in seine persönliche Freiheit und seine sonst geschützte Vermögenssphäre eingreifen usw. Wer wollte ihm die Frage verargen, ob man ihn auch so behandeln dürfe?

Derjenige, der selber frei von Schuld und Fehle durch das Leben zu gehen pflegt, wird freilich geneigt sein, den geängsteten Beschuldigten achselzuckend im Stiche zu lassen. Er wird in den Leiden, die der Strafprozess dem Beschuldigten bringt, nur eine selbstverschuldete Folge der strafbaren Handlung erblicken. Nichts scheint näher zu liegen als der Satz, dass der Verbrecher eben nicht nur die Strafe, sondern auch die Strafprozedur leiden müsse.

Wäre diese Beurteilungsweise richtig, so wäre das aufgeworfene Problem schnell gelöst. Die Strafprozessbehörde hätte dann in allem ihrem Handeln ohne Weiteres Recht, sofern es für die Prozedur nötig oder nützlich erschiene. Der Beschuldigte wäre der Strafjustiz gegenüber vogelfrei.

Aber jener Selbstgerechte, der eine Schonung und Respektierung der Interessen des Beschuldigten im Strafprozess für unangebracht und es einfach für naturgemäss hielte, dass ihn die ganze Pein unverkürzt ereilt, würde möglicherweise mit einem Schlage ganz anderen Sinnes werden, wenn es auf einmal ihm selber an den Kragen ginge. Ein böser Denkfehler haftete seinem Gedankengange an. In strafprozessualische Behandlung werden ja nicht nur Verbrecher genommen. Jedem, auch dem Unschuldigen der Unschuldigen, kann das Unglück zustossen, dass er, z. B. weil er einen Doppelgänger hat, in einen Strafprozess verstrickt wird. Und gerade bei dem Unschuldigen werden die Seelenqualen und die Aufregung besonders heftig auftreten. Und auch wenn er schliesslich der Verurteilung entrinnt, was auch leider nicht einmal sicher ist, dann kann es sein, dass er durch die Unruhe, vielleicht durch lange Untersuchungshaft zermürbt aus dem Prozess hervorgeht. Ihn aber kann man nicht, wie den Schuldigen, damit abspesen, dass die Strafprozessleiden eine selbstverschuldete Folge einer

strafbaren Tat gewesen seien. Er hat ein Unglück erlitten pro nihilo, für nichts und wieder nichts.

Ist so der Strafprozess ein Verfahren, das sich nur gegen möglicherweise, aber auch möglicherweise nicht Schuldige richtet, so gewinnt die Frage nach den Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in den Äusserungen der Staatsmacht ein anderes Gesicht. Die Staatsmacht muss sich nunmehr notwendig in den strafprozessualischen Leidenszufügungen eine Bindung gefallen lassen, weiss man doch eben nie im Voraus, ob die Leiden einen wirklich Schuldigen treffen. Sehr fein zugespitzt kommt dieser Gedanke in der ausländischen Literatur zum Ausdruck: entgegen dem Strafgesetzbuch, das das Verbrechergesetzbuch ist und das dem anständigen Menschen gleichgiltig sein kann, ist die Strafprozessordnung der *codice dei gentiluomi*, der *code des honnêtes gens*, das Schutzgesetzbuch für die anständigen Leute.

Die Forderung, dass die Strafjustiz in ihrem Handeln von Rechtswegen in gewisse Grenzen eingebannt werde, wird noch einleuchtender, wenn man erwägt, dass der Beschuldigte ganz regelmässig mit andern Personen zu einer Interessengemeinschaft verbunden ist, die durch den Strafprozess in Mitleidenschaft gezogen werden; man braucht nur an den Kummer und die möglicherweise sich einstellende pekuniäre Not der Familie eines Beschuldigten, zumal eines Verhafteten, zu denken.

Sehen wir zu, wie das geltende Recht der Forderung tunlichster Schonung der Interessen des Beschuldigten genügt.

## A.

I. Halten wir uns zunächst an das Strafprozessgesetz selber, so finden wir, dass es einmal die behördlichen Handlungen an gewisse Inhalte und Formen bindet, und dass es weiter für sie gewisse Voraussetzungen aufstellt. Nach Inhalt, Form und Voraussetzungen bestimmen sich die strafprozessrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Handlungen. Es gibt Handlungen, die schon ihrem Charakter, ihrer Kategorie nach, unzulässig sind, z. B. bedingte Urteile,

Gottesurteile, Folterung des Beschuldigten. Es gibt Handlungen, die nur in bestimmter Form zulässig sind; so sind mündliche Anklage, mündliche Eröffnung des Hauptverfahrens, mündliche Erlassung eines Haftbefehls unzulässig<sup>1)</sup>. Es ist endlich vorgesehen, dass die nach Inhalt und Form zulässigen Handlungen rechtlich nur aus einem bestimmten Prozessmilieu heraus erwachsen können, z. B. die gerichtliche Untersuchung nur auf Grund einer öffentlichen oder Privatklage usw.<sup>2)</sup>.

---

1) Soweit nicht St.P.O. §§ 211 usw. eingreifen.

2) Die prozessualischen Voraussetzungen (Prozedurbedingungen) gruppieren sich im Hinblick auf ihre Folgen in Prozessvoraussetzungen — Strafklagerechtsvoraussetzungen — Prozessgestaltungsvoraussetzungen (allgemeine für alle Handlungen und spezielle für bestimmte Arten); vgl. Beling, Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren, S. 23.

In Ansehung ihres Inhalts lauten die prozessualischen Voraussetzungen teils auf objektiv vorliegende Tatsachen (so ist für die Eröffnung des Hauptverfahrens eine wirklich vorliegende Klage erforderlich); teils auf eine innere (psychische) Tatsache (Annahme des zu der Handlung Berufenen usw., vgl. Beling o. a. O. S. 28 Anm. 1; teils auf ein Tatsachenmaterial, das einen objektiven Beurteiler zu einer bestimmten Wertung führt (so ist der „hinreichende Verdacht“ in St.P.B. § 201 zu verstehen: die Meinung, es handle sich hier lediglich um eine subjektive Schätzung des Eröffnungsgerichts, würde Bedenken erwecken und entspräche auch nicht dem Wortlaut des Gesetzes). Eingehendere Untersuchungen über diese Einteilung und ihre Tragweite sind m. W. bisher noch nicht angestellt worden, aber sehr zu wünschen, um feste Anhaltspunkte dafür zu erhalten, inwieweit bei den Prozesshandlungen wirkliche Zulässigkeit, und inwieweit dabei blosser Putativzulässigkeit vorliegt. Besonders wichtig scheint mir in dieser Hinsicht der Begriff der „Gefahr im Verzuge“ zu sein. Wo das Gesetz die Zulässigkeit einer Massregel an solche anknüpft, ist m. E. nicht an die rein subjektive Auffassung des jeweils handelnden Subjekts zu denken, sondern an eine objektive Prognose auf Grund der in dem Prozess bis dahin ordnungsmässig zu Tage geförderten Tatsachen: wer überängstlich eine Gefahr im Verzuge wittert, mag sein daraus abgeleitetes Handeln für zulässig halten, aber es ist darum noch nicht zulässig.

Für das Anzeigerecht der Polizei- und Sicherheitsbeamten ist Kern, Systemat. Abgrenzung der Verbrechenmerkmale bei der Beleidigung, S. 51 f., der Frage nähergetreten, inwieweit individuell-psychische oder objektive Faktoren für jenes Recht massgebend seien. Er legt zutreffend dar, dass das Anzeigerecht nicht daraus entstehen kann, dass dem Beamten zu Ohren kommt, es sei eine strafbare Handlung begangen worden, sowie auch nicht daraus, dass er sich die Meinung bildet, es sei eine solche begangen worden. Vielmehr löse nur die wirklich begangene strafbare Handlung das Anzeigerecht aus. Letzteres halte ich nicht für richtig. M. E. sind Anzeigerecht und -pflicht schon dann begründet, wenn das an die Aussenwelt gedrungene (nicht notwendig dem Beamten selber bekannt gewordene) Tatsachenmaterial nach objektivem Möglichkeitsurteil auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung hinweist. Nur entfallen Recht und Pflicht zur Anzeige, wo der Beamte die Unschuld kennt, vgl. unten S. 19.

Eine Aufzählung der sehr mannigfachen und zahlreichen prozessualischen Voraussetzungen interessiert hier nicht. Nur eine grundsätzliche Feststellung darf nicht unterbleiben, die Feststellung nämlich, dass, wie schon zuvor angedeutet, die Zulässigkeit der Prozedur gänzlich unabhängig davon ist, ob der Beschuldigte die Tat wirklich begangen und ob er sie in strafbarer Weise begangen hat. So hart auch der Unschuldige den gegen ihn gerichteten Strafprozess empfinden muss, so würde doch ein Rechtssatz, der den Strafprozess nur unter der Bedingung zuliesse, dass der Beschuldigte die Tat wirklich und als strafbare begangen hat, auf eine völlige Lahmlegung der Strafjustiz hinauslaufen. Ob er schuldig ist, weiss man bestenfalls am Ende des Prozesses; vorher steht das mit Sicherheit kaum je fest; und die Zweckbestimmung des Strafprozesses ist es ja gerade, allmählich Licht in das Dunkel zu bringen. Den Schutz der Unschuld strebt das Gesetz dadurch an, dass es das Mass der Prozessbehelligung in feste rechtliche Grenzen bannt; aber dass sich der Unschuldige wegen seiner Unschuld den Strafprozess verbitten könnte, davon kann keine Rede sein.

Was Zulässigkeit und Unzulässigkeit eines Prozessakts zu bedeuten haben, das lässt sich in Kürze dahin zusammenfassen: sie ziehen Rechtsfolgen dafür nach sich, wie sich das auf sie folgende Verfahren weiter zu gestalten hat. Die zulässige Prozessgründungshandlung und die in einem schwebenden Verfahren zulässig vorgenommene Handlung ermöglichen die ordnungsmässige Fortführung der Prozedur, diejenige zulässige Handlung, die das Endstück des Prozesses bedeutet, verschliesst das Weiterschreiten in diesem Prozess. Daneben wirken möglicherweise solch zulässige Handlungen auch auf spätere Prozesse hinüber. Umgekehrt die unzulässige Prozesshandlung bringt etwas Schiefes in den Prozess, macht einen Prozessverstoss aus, und wenn auch zahlreiche solche Prozessverstösse, einmal begangen, vom Gesetz für unschädlich erklärt sind, so bleibt doch wenigstens für die Unzulässigkeit schwereren Grades das Charakteristikum, dass um ihretwillen die Partei Anfechtungsrechte hat, oder das Gericht von Amts wegen den Prozess ein-

zurenken hat, oder endlich die unzulässige Handlung ohne Weiteres nichtig ist.

II. 1. Aber in dem Augenblicke, in dem wir diese Feststellung treffen, werden wir zugleich inne, dass der Hinweis auf die strafprozess-gesetzlich festgelegten Zulässigkeiten und Unzulässigkeiten des Handelns keine Antwort auf die eingangs aufgeworfene Frage enthält<sup>1)</sup>. Die Frage war ja nicht die, ob und wie sich nach einem bestimmten Handeln der Prozess weiter staffelt, sondern gefragt war nach dem Rechts- oder Unrechtsgehalt der Handlungen selber mit alle dem was daraus abfließt, vor allem mit den aus rechtmässigem Handeln möglicherweise entfließenden Straffolgen für die gegen sie kampfflich Angehenden, mit den aus rechtswidrigem Handeln möglicherweise entfließenden Notwehrfolgen, den Disziplinar- und Straffolgen für den handelnden Beamten selber.

Diese Frage nach Recht oder Unrecht des prozessualischen Handelns kann das Strafprozessrecht für sich allein überhaupt nicht beantworten. Es wäre ein Fehler, die prozessuale Zulässigkeit einfach mit Rechtmässigkeit, die prozessuale Unzulässigkeit mit Rechtswidrigkeit zu identifizieren. Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit sind der Ausdruck von Werturteilen über eine Handlung im Sinne der Rechtsordnung. Rechtmässig ist die Handlung, die dem Recht entspricht, rechtswidrig die, die ihm widerspricht. Wir müssen uns hineindenken in den Standpunkt des Willensträgers, der der Urheber des positiven Rechts in seiner Gesamtheit ist; die menschlichen Handlungen, deren Vorstellung von diesem Standpunkte aus lustbetont ist, entsprechen, diejenigen, deren Vorstellung hiernach unlustbetont ist, widersprechen dem Recht. In solcher Weise ist an der Hand des Rechtsganzen zu ermitteln, ob eine Handlung rechtmässig oder rechtswidrig ist<sup>2)</sup>. In

---

1) Verdienstlich der Hinweis von Goldschmidt (Ungerechtfertigter Vollstreckungs-betrieb S. 20, 74) darauf, dass Prozessordnungsmässigkeit und Rechtmässigkeit nicht zusammenfallen. Vgl. aber unten S. 15, Anm. 2.

2) Damit soll nicht behauptet sein, dass die Ausdrücke „rechtmässig“ und „rechtswidrig“, wo sie im Gesetz auftreten, überall in dem obigen echten Sinne zu verstehen wären. Es kann sein, dass jene Ausdrücke kraft einer quaternio terminorum einen anderen Sinn

das Rechtsganze muss auch der Strafprozess eingebunden werden, soll seinen Handlungen das Epitheton rechtmässig oder unrechtmässig beigelegt werden.

Wir sind heute gewöhnt, das Recht in eine Anzahl von Teilen oder Disziplinen zu zerlegen, in das Bürgerliche Recht, das Strafrecht, das Zivilprozessrecht, das Verwaltungsrecht usw. So notwendig diese Zerlegung ist, so führt sie doch leicht zu einer falschen Vorstellung: der Vorstellung, als ob jeder dieser Rechtszweige derart zu seinem Teil „das Recht“ darstelle, dass man nur die Rechtsteile zu einer Summe zusammenschliessen brauche, um das Rechtsganze zu haben. In Wahrheit ist kein Rechtsteil derart souverän. Sollte das der Fall sein, so wäre dafür Voraussetzung, dass jeder der Teile ein Stück Menschenleben beträfe, das eine in sich abgeschlossene Welt in völliger Isolierung darstellte. Dann allerdings liesse sich alles juristisch Wissenswerte, was den bürgerlichen Rechtsverkehr beträfe, dem Bürgerlichen Recht allein, alles juristisch Wissenswerte, was den Strafprozess beträfe, dem Strafprozessrecht allein entnehmen usw.

Aber solcher isolierenden Zerschneidung der Lebensangelegenheiten spotten die realen Bedürfnisse. Im Blickfelde eines jeden Rechtsteils liegen regelmässig nur bestimmte Gruppen von menschlichen Interessen; jeder von ihnen lässt grosse Gruppen von befriedigungsheischenden Interessen geradezu grundsätzlich ausser Betracht. Und so kommt es, dass oft genug die Interessenausgleichung, die sich ein

---

haben. Namentlich ist denkbar, dass eine einzelne Rechtsdisziplin irgend welche Rechtsfolgen schon daran anknüpft, dass ein Verhalten bei Ignorierung der anderen Rechtsteile, also aus der betr. Disziplin allein beurteilt, rechtswidrig sein würde, und dass diese „Rechtswidrigkeit mit Vorbehalt“ schlankweg „Rechtswidrigkeit“ genannt wird. Dagegen kann die echte Rechtswidrigkeit nie eine solche „im Sinne des bürgerlichen Rechts“ allein, „im Sinne des Strafrechts“ allein usw. sein. Wer nach der Erlaubtheit einer Handlung fragen würde und darauf die Antwort bekäme, die Handlung sei „im Sinne des einen Rechtsteils rechtswidrig, im Sinne eines anderen rechtmässig“, würde gewiss nicht auf seine Rechnung kommen. Was speziell die „Rechtswidrigkeit im Sinne des Strafrechts“ (genauer im Sinne der Definition der strafbaren Handlung als einer rechtswidrigen) anlangt, so ist diese die echte (Total-)Rechtswidrigkeit. Vgl. meine Lehre vom Verbrechen S. 129 ff.

Rechtsteil angelegen sein lässt, durch Interessen gekreuzt wird, die in einem anderen Rechtsteil beheimatet sind.

Tritt dieser Fall ein, so versagt der einzelne Rechtsteil mit seinen Bestimmungen, und was dann nun Rechtens sei, kann nur von der Höhe der Betrachtung aus gewonnen werden, der die Rechtsteile als blosse Teil-Interessenwägungen erscheinen, und die sie miteinander zum Rechtsganzen kombiniert. Dass solche Kombination auch nach positivem Recht unerlässlich ist, ergibt sich, wenn man überhaupt nach einer Gesetzesbestimmung suchen zu sollen meint, aus dem grundlegenden § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes, der den Richter an das geltende Recht, also an das Recht als Inbegriff, und nicht bloss an die Summe seiner Teile bindet.

Solche die Teilnatur der einzelnen Rechtszweige überwindende und zum Ganzen hinstrebende Betrachtungsweise, systematisch der sog. Allgemeinen Rechtslehre angehörig, lehrt, dass, wenn in einer Rechtsdisziplin Recht und Unrecht geschieden werden, dies immer nur unter Vorbehalt geschieht: mit dem Vorbehalt nämlich, dass sich nicht die Grenzlinien durch Einmischung von Interessen, die anderswo zu Hause sind, verschieben, und dass sich deshalb Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit am Ende anders darstellen, als es nach der Einzeldisziplin schien. Es bedarf notwendig verbindender ungeschriebener Rechtssätze, die zwischen den Rechtsteilen und zum Ganzen die Brücke schlagen.

In der bisherigen Wissenschaft hat das Problem der umfassenden d. h. die Schranken der Rechtsteile niederreissenden Interessenwägung nach manchen Richtungen hin schon Beachtung gefunden; so ist namentlich den Beeinträchtigungen nachgegangen worden, denen sich bürgerlichrechtlich geschützte Interessen durch solche, um die sich das Verwaltungsrecht dreht, gefallen lassen müssen<sup>1)</sup>.

Aber noch immer harret das Strafprozessrecht jener Inverbindungsetzung mit der allgemeinen Rechtslehre. Und doch ist ebenso sicher, dass jenes Stück Menschenleben, das wir einen Strafprozess nennen,

---

1) Vgl. z. B. Biermann, Privatrecht und Polizei.

in unzählige Interessen hineingreift, wie es sicher ist, dass das Strafprozessrecht selber nur einem Bruchteil dieser Interessen sein Augenmerk zugewendet hat. Fast durchweg sind die Lösungen von Interessenkonflikten, die das Gesetz gibt, zugeschnitten auf das Gegenüberstehen des staatlichen Interesses an ordnungsmässiger Durchsetzung der Strafansprüche einerseits und gewisser einzelner privater Interessen des Beschuldigten und dritter Personen andererseits. Und doch gibt es noch andere konkurrierende Lebenswerte; und deshalb kann die St.P.O. zum mindesten nicht das letzte Wort sprechen, wenn es sich darum handelt, welche Strafprozesshandlungen Recht und welche Unrecht seien<sup>1)</sup>.

Allerdings: wenn die St.P.O. die Akte des Prozesses in zulässige und unzulässige scheidet, so ist dies in der Regel der Ausdruck einer Abwägung von Interessen, die eben darin gipfelt, gewisse Handlungen nicht zu gestatten, andere zu gestatten. Und deshalb ist es nicht falsch, die Gleichungen

„zulässig = rechtmässig“;

„unzulässig = rechtswidrig“

zum Ausgangspunkt zu wählen<sup>2)</sup>.

2. So ist zunächst davon auszugehen, dass die behördlichen Akte, die das Strafprozessrecht gegen den Beschuldigten auf Grund einer

---

1) Dabei ist freilich nicht zu übersehen, dass die lückenhafte Regelung, die das Strafprozessgesetz aufweist, nicht immer auf die Notwendigkeit einer Heranziehung der anderen Rechtsteile und der allgemeinen Rechtslehre zur Ausfüllung der Lücken hinweist. Es kann vielmehr auch sein, dass ein nicht expressis verbis abgewogenes Interesse dem Kreise der Interessen angehört, die abzuwägen gerade im Rahmen des Strafprozessrechts selber liegt. Ist dies der Fall, so gelangt man mittels Auslegung zu Sätzen, die auf dem Boden des Strafprozessrechts selber erwachsen sind. So wird z. B. die Frage, inwieweit das behördliche Handeln auf Krankheit des Beschuldigten Rücksicht zu nehmen hat (Nichtanberaumung der Hauptverhandlung usw. — Eulenburgprozess!), ganz innerstrafprozessrechtlich so zu beantworten sein, dass man zur Bejahung oder Verneinung prozessrechtlicher „Zulässigkeit“ des Handelns gelangt. Nicht zu verkennen ist ferner, dass nicht exakt bestimmt werden kann, ob zu konfrontierende Interessen extern oder strafprozessrechtlich-intern sind. Dennoch bleibt richtig, dass zahlreiche Interessenlagerungen über das Strafprozessrecht hinaus führen.

2) Es ist eine Übertreibung, wenn Goldschmidt (vgl. oben S. 12, Anm. 1) die Sache so auffasst, als habe die Prozessordnungsmässigkeit überhaupt nichts mit der Rechtmässigkeit zu tun.

Abwägung seiner Interessen zulässt, gegen ihn auch rechtmässig sind. Daran ist auch namentlich nach der Richtung hin festzuhalten, dass die Unschuld des Verfolgten, wie sie die Zulässigkeit der Prozedur nicht in Abrede zu stellen erlaubt, auch die Rechtmässigkeit der Strafprozesshandlungen unberührt lässt. Es ist Recht, nicht Unrecht, wenn gegen den noch so Unschuldigen eine Anklage erhoben, ein Haftbefehl erlassen wird usw. Man hat dies freilich bestritten<sup>1)</sup>. Aber schon die grauenhafte Perspektive, die sich bei solchem Bestreiten aufzutut, sollte zu denken geben. Danach würde sich die Amtstätigkeit unserer Strafgerichte, unserer Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden zu einem schwer zu schätzenden, aber jedenfalls sehr erheblichen Prozentsatz der Fälle als fortgesetztes Verüben unerlaubter Handlungen darstellen, und durch sie würde der Staat selber fort und fort auf unrechtmässigen Wegen wandeln.

Schaut man in die Tiefen der Sache, so darf man zwar sagen, dass der der Tat nicht Schuldige die Strafprozessleiden nicht verdient, ein Gedanke, der an anderer Stelle zu seinem Rechte kommen wird<sup>2)</sup>. Das jene Leiden bedingende behördliche Handeln selber aber erheischt seine eigene Bewertung. Diesem leidenbringenden Vorgehen ist charakteristisch, dass man in dem Augenblick, in dem es geschehen soll, nicht weiss und nicht wissen kann, ob es in concreto Gutes oder Böses stiften wird. Und da wir den Strafprozess im Allgemeininteresse nicht missen können, ein Abstandnehmen von ihm wegen Ungewissheit über Schuld oder Unschuld aber auf ein völliges Verzicht auf ihn hinauskommen würde, so muss eben notgedrungen das Individualinteresse des Unschuldigen, so unerwünscht dies auch ist, zurücktreten. Der sichere Schaden, den die Gesamtheit bei Ausfall der Strafjustiz leiden würde, erscheint gegenüber den möglichen an sich unerwünschten Leidzufügungen gegen Einzelne als das grössere Übel. Deshalb muss der Strafprozess auf das Risiko hin, dass er einen Unschuldigen trifft,

---

1) Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 103.

2) Siehe unten S. 32.

von Rechtswegen freigegeben sein<sup>1)</sup>. So erweist sich die Grenzlinie, die das Prozessrecht in dieser Hinsicht zwischen „Zulässigkeit“ und „Unzulässigkeit“ zieht, deutlich als kongruent mit der Linie, die Rechtmässigkeit und Unrechtmässigkeit des Handelns scheidet.

Aber wenn wir bisher, über den Horizont des Strafprozessrechts nicht hinausschauend, die nach diesem Rechtsteil zulässigen Justizakte mit gutem Grunde auch für erlaubt erklärten, so müssen nunmehr von solcher Gleichsetzung Abstriche gemacht werden. Man hat sich dessen zu erinnern, dass in die beschränkte Interessenberücksichtigung, wie sie dem Strafprozessrecht eigen ist, auch noch eine andere Interessenwelt hineinragt. Kurz gesagt: wo das Strafprozessrecht eine Amtshandlung für zulässig erklärt, da tut es das regelmässig dem Staatsinteresse zu Liebe, dem Privatinteresse zu Leide; und dasjenige Staatsinteresse, das den Ausschlag gibt, ist regelmässig nur eines der Interessen, die der Staat hat, nämlich das Interesse an Durchsetzung der Strafansprüche. Nun erhellt aber, dass neben diesem öffentlichen Interesse auch noch andere auf der Welt sind, und leidigerweise können sich auch Staatsinteressen derart mit einander kreuzen, dass die rechtliche Regelung eines von ihnen zu Boden fallen lassen muss. So können auch dem staatlichen Strafinteresse, aus dem sich unter Niederdrückung privater Gegeninteressen die Zulässigkeit staatlichen Handelns ergab, andere gleichfalls öffentliche Interessen in den Weg treten, die gebieterisch ein Unterlassen der Strafprozesshandlung heischen. Diese auf dem Boden der Gesamtheitsinteressen erwachsenden Konflikte hat nun die St.P.O. nur ganz vereinzelt mitberücksichtigt. Und wo dies nicht geschehen ist, da kann unmöglich davon die Rede sein, dass das staatliche Strafprozessinteresse à tout prix den Vorrang hätte. Es muss vielmehr jeweils abgewogen werden, ob nicht die Befriedigung dieses Interesses zugleich einen nach anderer Richtung hin laufenden schwereren Schaden für das Gemeinwohl bedeuten würde. Wo dies der Fall, wo also die strafprozessual zulässige Handlung andere, in anderen

---

1) Vgl. hierzu den Exkurs unten S. 36.

Rechtsteilen geschützte Allgemeinheitsinteressen so schwer treffen würde, dass sich der Trost, man habe doch immerhin dem Strafinteresse Genüge getan, sehr schwächlich ausnehmen würde, da kann im Sinne des Rechtsganzen keine andere Lösung herausspringen, als die, dass die strafprozessual zulässige Handlung unerlaubt sein muss. Sonst würde die St.P.O. anmasslich zum Range eines privilegierten Rechtsteils aufritzen und die Vielheit der Staatsaufgaben ebenso verkannt sein, wie die Aufgabe des Rechts, in das Gewirr von Bedürfnissen Harmonie zu bringen, eine Harmonie, die nur unter Zuhilfenahme eines ungeschriebenen Notrechts gewahrt werden kann.

Einige Beispiele mögen das Gesagte illustrieren.

Nach der St.P.O. ist die Strafprozessbehörde bei Vorliegen gewisser formaler Voraussetzungen ermächtigt, jene — sozusagen — Volksversammlung zu veranstalten, die man die Hauptverhandlung nennt, und bei der sich die Richter, ein Beamter der Staatsanwaltschaft, ein Gerichtsschreiber, der Angeklagte und sein Verteidiger und eine grössere oder geringere Zahl von etwaigen Zeugen und Sachverständigen im Gerichtssaal zusammenscharen. Nun kann es aber sein, dass die Zusammenberufung einer solchen Menschenzahl unter den jeweils obwaltenden Umständen einer Epidemie Vorschub leisten würde, dass um ihretwillen Massenerkrankungen, vielleicht Todesfälle zu befürchten wären. Wer wollte behaupten, dass die in der St.P.O. gesetzte Zulässigkeit der Anberaumung der Hauptverhandlung, und wäre sie sogar zugleich im Sinne einer Verpflichtung zu verstehen, allein massgeblich wäre? Wer dem Recht Genüge tun will, muss, wiewohl das geschriebene Recht stumm bleibt, hier notwendig zu dem Verbot der Hauptverhandlung gelangen. Sie wäre strafprozessual zulässig, sie ist nach dem Rechtsganzen rechtswidrig, denn die öffentliche Volksgesundheit ist so wichtig, dass das Strafinteresse den Kürzeren ziehen muss.

Ein weiteres Beispiel für Rechtswidrigkeit trotz strafprozessrechtlicher Zulässigkeit mag dem Kapitel von der Strafverfolgung Unschuldiger entnommen sein. Diese Strafverfolgung ist zulässig und muss es

sein. Und doch gibt es einen Fall, in dem ihre Betätigung durch einen Strafjustizbeamten rechtswidrig ist: den Fall nämlich, dass der Beamte die Unschuld kennt<sup>1)</sup>. Hier muss notwendig ein ausserhalb der Horizonte des Strafprozessrechts liegendes Drittinteresse ausschlaggebend sein: das öffentliche Interesse an der Reinheit der Amtsführung durch die Beamten; der Beamte, der wissend einen Unschuldigen verfolgte, würde nach verwaltungsrechtlichen Sätzen des Ansehens unwürdig sein. Und da dem Wissenden manches verboten sein kann, was dem Nichtwissenden unverwehrt ist<sup>2)</sup>, so hat auch der Satz nichts Anstössiges, dass der um die Unschuld Wissende rechtswidrig handelt, wenn er einschreitet<sup>3)</sup>. Dies wird auch bewiesen durch die Existenz des § 344 St.G.B., der vorsätzliches Einschreiten solcher Art unter Zuchthausstrafe stellt und aus den Angeln gehoben wäre, wenn es nicht rechtswidrig wäre.

Eine bemerkenswerte Anwendung des Prinzips ergibt sich auch für die Fälle der Beschlagnahme und der Durchsuchung. Nach der St.P.O. sind solche Eingriffe in die Sachenwelt<sup>4)</sup> unter bestimmten hier nicht interessierenden Voraussetzungen gestattet. Und doch muss, obwohl das Gesetz das nicht sagt, diese Zulässigkeit ihre Grenze finden an solchen öffentlichen Interessen, die anderweit im Recht anerkannt sind und die durch den strafprozessualischen Akt so schwer notleiden würden, dass der strafprozessualische Vorteil geringer in die Wagschale

---

1) Vgl. U l r. S c h m i d t, die Verfolgung Unschuldiger (Tübinger Diss. 1911) S. 43.

2) Vgl. über die Möglichkeit, dass psychische Momente schon bei Bestimmung der Rechtswidrigkeit einer Handlung mitsprechen, meine Lehre vom Verbrechen S. 142; H. R. F i s c h e r S. 138 u. sonst.

3) Zu beachten bleibt nur, dass nicht alle Prozessakte hierher gehören, sondern nur diejenigen, die ihrer Zweckbestimmung nach auf der Unterstellung der Schuld oder möglichen Schuld beruhen, wie z. B. Anklage, Eröffnungsbeschluss, Haftbefehl, Verurteilung (Gegensatz einmal diejenigen, die gegen den ungünstigen Fortgang des Verfahrens laufen, wie Einstellung, Freisprechung, Rechtsmitteleinlegung zu Gunsten des Beschuldigten; Gegensatz ferner diejenigen, die aus einer die materielle Prüfung nicht zulassenden Prozesslage entspringen, wie Ladung, Anberaumung der Hauptverhandlung und deren Abhaltung).

4) Dass die Durchsuchung auch die Person treffen kann, mag hier ausser Betracht bleiben.

fallen würde. Man male sich z. B. aus, welche immensen Verkehrsstockungen die Beschlagnahme eines Eisenbahnzuges im Gefolge haben kann! Oder man denke an die Beschlagnahme des irgendwie als Beweismittel wichtigen zentralen Apparats in einem Fernsprechamt mit ihrer Lahmlegung der Verständigung einer grossen Stadt. Oder man vergegenwärtige sich, wie die Durchsuchung einer Sprengstofffabrik durch unkundige Hände, die das Unterste zu Oberst wühlen, zu Explosion und unermesslichem Unglück führen kann.

In allen diesen Fällen muss notwendig das Strafprozessinteresse gegenüber dem überwiegenden sonstigen Gemeininteresse zurücktreten. Freilich wird die Abwägung der widerstreitenden Interessen häufig nicht zu einer gänzlichen Beiseitedrückung, sondern nur zu bestimmten Anforderungen an die Art und Weise der strafprozessualisch zulässigen Massnahmen führen; das wird z. B. zu gelten haben hinsichtlich der Durchsuchung von Parlamentsgebäuden. Unverkennbar ist auch, dass das Ergebnis der Vergleichung der Vorteile und Schäden dem Strafprozess günstig sein kann, und deshalb Strafprozessakte rechtmässig bleiben können, trotzdem sie anderweit in öffentliche Interessen einbrechen. So wenig der Strafjustizbeamte bei einem Behördenkonflikt schlechthin die Vorhand beanspruchen kann, so wenig kann dies umgekehrt der Verwaltungsbeamte. So müssen z. B. die Absperrungsmassregeln für Festplätze bei Volksfesten, die der zuständige Verwaltungsbeamte getroffen hat, oder Vorkehrungen für das Stattfinden von Automobilrennfahrten regelmässig durch den Richter gebrochen werden können, der in der betr. Örtlichkeit Beschlagnahmen oder Durchsuchungen vorzunehmen befugt ist; denn die damit verbundenen Störungen werden, wenigstens in der Regel, minder empfindlich sein, als der Abbruch, den andernfalls die Strafrechtspflege erleiden würde.

Bei alledem soll nicht verschwiegen werden, dass die Feststellung, ob der auf der einen oder der auf der anderen Seite liegende Schade der grössere sein würde, nicht nur wegen der häufig unterlaufenden Unsicherheit hinsichtlich des Tatsachenmaterials, sondern auch wegen der

Möglichkeit verschiedener Werturteile eine verzweifelt schwierige sein kann<sup>1)</sup>. Das kann aber die Richtigkeit des Prinzips nicht erschüttern. Lässt sich bei aller Mühe nicht feststellen, ob sich bei einer bestimmten Interessenkollision die Wage nach dieser oder jener Seite neigt, so bleibt nichts anderes übrig, als die in Frage stehenden an sich gegebenen, einander widersprechenden Handlungsbefugnisse gegen einander aufzuheben und beide Handlungen ebenso sehr der Rechtmässigkeit, wie der Rechtswidrigkeit zu entkleiden, sie also zu rechtlich weder verbotenen noch erlaubten, d. h. zu rechtlich irrelevanten zu stempeln.

Erweist sich nun eine Prozesshandlung trotz ihrer prozessualen Zulässigkeit als rechtswidrig, so heisst das soviel: der Beamte darf sich durch die prozessrechtliche Gestattung nicht beirren lassen; die Norm ist ihm klar dahin vorgeschrieben, dass er die Handlung nicht vornehmen darf. Ihre Unterlassung kann ihm keinen Tadel eintragen. Handelt er aber doch, so würde er sich nicht in rechtmässiger Amtsausübung befinden, somit ein Widerstand dagegen nicht nach § 113 St.G.B. strafbar sein<sup>2)</sup>; enthielte die Handlung eine Anordnung, so würde dieser nicht zu folgen sein; enthielte sie einen Angriff, so könnte sie durch Notwehr pariert werden, soweit die sonstigen Notwehrvoraussetzungen vorliegen. Und vor allem: der so handelnde Beamte hätte disziplinarische wie strafrechtliche Folgen seiner rechtswidrigen Handlung zu gewärtigen, soweit die hiefür ausser der Unerlaubtheit noch erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, und käme dagegen jedenfalls mit dem Einwand nicht durch, dass doch die St.P.O. die Handlung zugelassen habe<sup>3)</sup>.

---

1) Vgl. den interessanten Fall in Goltd. Archiv Bd. 56 S. 114; die Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena geht hier jedoch auf den eigentlich massgebenden Gesichtspunkt nicht ein.

2) Und zwar auch, wenn der Beamte noch so gutgläubig gewesen wäre; eine in gutem Glauben vorgenommene rechtswidrige Amtshandlung rückt durch die bona fides ebensowenig zu einer rechtmässigen auf, wie irgend eine sonstige Handlung. Die Vorstellung solcher Handlungen bleibt vom Standpunkt des Rechtsganzen aus unlustbetont, der Widerstand gegen sie lustbetont.

3) Eine Frage für sich ist, inwieweit die Rechtswidrigkeit auf den Prozess selber hinüberwirkt, d. h. inwieweit die Prozessfortentwicklung auf einer prozessual zulässigen

3. Wenn sich in den bisherigen Erörterungen gezeigt hat, dass ausgreifende juristische Prüfung eine bedingungslose Identifizierung der prozessrechtlich zulässigen mit den rechtmässigen Handlungen nicht duldet, so führen umgekehrt gleichartige Gedankengänge auch zu dem Ergebnis, dass es nicht angeht, prozessrechtliche Unzulässigkeit ohne weiteres als Rechtswidrigkeit zu verstehen.

Auszugehen ist allerdings auch hier von dem begrifflichen Zusammenfallen der strafprozessgesetzlichen Wertung einer Handlung mit der rechtlichen Wertung überhaupt. Verbietet das Strafprozessrecht dem Beamten, eine Handlung vorzunehmen, so ist dies ja eben der Ausdruck einer Abwägung der für und gegen die Handlung sprechenden Umstände, und zwar ist, dem Wesen des Strafprozesses entsprechend, dabei regelmässig das Interesse des Beschuldigten dasjenige, das gegenüber dem etwaigen Interesse des Staats an Durchsetzung des Strafrechts bei der Abwägung als das ausschlaggebende in die Wagschale geworfen ist. Deshalb kann man prima facie sehr wohl sagen, dass z. B. die Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung ohne unterliegende Klage, Haftbefehlserlass ohne dringenden Tatverdacht, Handlungen unzuständiger Stellen, Urteilserlass ohne Hauptverhandlung, Anwendung

---

rechtswidrigen Handlung zu fassen hat. Welche prozessualen Konsequenzen zieht der *actus sollemnis tamen illegitimus* nach sich? Die Antwort kann keine einheitliche sein. Im allgemeinen ist der aus ausserprozessualen Gründen rechtswidrigen Handlung prozessual Folge zu geben, wie wenn sie rechtmässig wäre (z. B. ist die von einem um die Unschuld des Angeschuldigten wissenden Staatsanwalt erhobene Anklage durch einen Gerichtsbeschluss nach §§ 201 ff. St.P.O. zu beantworten und nicht etwa bei Seite zu legen). Wo aber die prozessordnungsmässige Folgehandlung selber an Rechtswidrigkeit kranken würde, hat sie natürlich trotz der St.P.O. zu unterbleiben (z. B. darf eine rechtswidrige Beschlagnahmeanordnung nicht ausgeführt werden). Zu beachten bleibt endlich, dass die sich an die Vitiosität einer Handlung anknüpfenden Folgen (Widerruflichkeit, Anfechtbarkeit, absolute Nichtigkeit, Unbenutzbarkeit bei der Beweisaufnahme) auch gerade durch die Rechtswidrigkeit ausgelöst werden können (z. B. muss die Beschwerde auch wegen ihrer, nicht bloss wegen eigentlicher „Prozessverstösse“ erhoben werden können; ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel darf nicht benutzt werden, vgl. dazu Beling Ztschr. f. St.R.Wiss. 24 265; schwierig die Frage, inwieweit Rechtswidrigkeit die absolute Nichtigkeit eines Urteilserlasses begründet, sowie die Frage, ob die ausserprozessuale Rechtswidrigkeit eines Urteilserlasses eine Handhabe für Revision gibt).

von Aussagezwangsmitteln gegen den Beschuldigten, wie sie prozessual unstatthaft sind, und kraft dieser prozessualen Unzulässigkeit auch rechtswidrig sind.

Und doch spricht auch hier wieder das Strafprozessrecht nicht das letzte Wort.

Alle soeben beispielshalber angeführten und alle sonst denkbaren prozessrechtlich unzulässigen Handlungen können möglicherweise ihrer hiernach anscheinend gegebenen Unerlaubtheit durch eine das Recht als Inbegriff aller Rechtsteile erfassende Betrachtungsweise entkleidet werden. Es kann sein, dass das strafprozessrechtliche Verbot der Handlung zerbrochen wird durch Notwendigkeiten, die ihre Quelle ausserhalb des Strafprozessrechts haben. Anders ausgedrückt: die Rechtswidrigkeit, die nach Strafprozessrecht gegeben wäre, kann zum Schutze von Interessen, die in einem anderen Rechtsteil oder auch in der Gesamtheit der Rechtsteile ihre Pflegestatt haben, als ausgeschlossen erscheinen.

Als Hauptanwendungsfälle solcher von aussen her kommender Unrechtsausschliessungsgründe seien der Notwehrstand und die amtsrechtliche Gebundenheit des handelnden Beamten genannt.

Einmal der Notwehrstand: so unzulässig z. B. nach der St.P.O. eine Eröffnung beschlagnahmter Briefe oder Durchsicht beschlagnahmter Papiere durch den Staatsanwalt ist (nur der Richter ist nach der St.P.O. hierzu befugt), so schwände doch sofort die Unrechtmässigkeit solchen staatsanwaltschaftlichen Handelns dann, wenn es nach der Sachlage ebenso geeignet, wie geboten war, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abzuwenden. Die Überspringung der Schranken der Prozessordnung wäre aus überprozessualen Gründen nicht rechtswidrig. Der Beamte würde hier nach Strafprozessrecht nicht dürfen, nach dem Rechtsganzen darf er.

Ebenso wird eine Prozesshandlung, die das Prozessrecht nicht haben will, dadurch der Rechtswidrigkeit entkleidet, dass die massgebenden Sätze des Beamtenrechts den Handelnden trotz Fehlens der

prozessualen Voraussetzungen zu der Handlung verpflichtet. Das ist der Fall, wenn und soweit ihm die bindende gesetzliche Weisung gilt, eine Handlung, die ihm von höherer Stelle befohlen ist, vorzunehmen<sup>1)</sup>. Mag hier der Befehl selber mangels der gesetzlichen Voraussetzungen noch so rechtswidrig sein: die Befolgung des Befehls kann unmöglich eine unerlaubte Handlung sein. Wer hier behauptet, dass bei dem Befehlsempfänger ein rechtswidriges Handeln vorliege, und das wird öfter behauptet, verkennt, dass Befehlserteilung und Befehlsbefolgung scharf zu trennende Handlungen sind, und desavouiert das Gesetz selber. Alle jene Rechtssätze, die einem Befehl bindende Kraft beilegen, dispensieren ja gerade den Befehlsempfänger von den sonst erforderlichen Voraussetzungen, und sie tun das vollbewusst auf die Gefahr hin, dass auch rechtswidrige Befehle vollstreckt werden, weil diese Chance als das kleinere Übel erschien, verglichen mit dem Unheil, das die Freistellung der untergeordneten Beamten in diesen Fällen nach sich zu ziehen vermöchte. Für den Ordner des Rechts erschien somit die Ausführung des Befehls als Objekt einer trotz jener Chance lustbetonten Vorstellung. Die Vorstellung der Nichtbefolgung des Befehls wäre unlustbetont. Und das bedeutet eben, dass der befehlsgebundene Untergebene rechtmässig handelt, mag auch dabei die Prozessordnung oder ein sonstiges gegenüber dem straffen Zusammenhalt im Staatsorganismus als geringerwertig erscheinendes Gesetz notleiden. Geschrieben steht das nirgends, und Rechtens ist es doch<sup>2)</sup>.

---

1) Entsprechendes gilt, wenn und soweit einem Ersuchen genügt werden muss.

2) Wer schärfer zusieht, wird inne, dass die Lehre vom bindenden Befehl einmündet in die Notrechtslehre. Es handelt sich um die Wahl des kleineren Übels (eventuelle Befolgung rechtswidriger Befehle) im Vergleich zu der Unverlässlichkeit des staatlichen Exekutivpersonals.

Übrigens werden sich auch sonst Fälle denken lassen, wo kraft ungeschriebenen Notrechts eine nach Prozessrecht unzulässige Handlung aus Gründen, die jenseit des Prozessrechts liegen, als rechtmässig erscheint. Nach der St.P.O. geht den Richter z. B. die staatliche Prävention gegen Unfälle wie gegen Verbrechen nichts an; er darf prinzipiell um solcher Prävention halber nicht prozessordnungswidrig handeln, etwa einen dienlichen Beweisantrag ablehnen. Und doch darf das Gericht gewiss entgegen der Prozessordnung voll

In allen den Fällen, in denen ein prozessrechtlich unzulässiges Verhalten rechtmässig ist, gilt hinsichtlich der Konsequenzen das gerade Gegenteil dessen, was zuvor mit Bezug auf die trotz prozessrechtlicher Zulässigkeit rechtswidrige Handlung ausgeführt worden ist.

Der rechtmässig handelnde Beamte brauchte nicht zu fürchten, dass die prozessuale Unstatthaftigkeit gegen ihn ausgespielt würde. Gegen sein Handeln wäre Notwehr unstatthaft; Widerstand gegen dieses Handeln wäre bei Gegebensein der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen nach § 113 St.G.B. strafbar (so also namentlich Widerstand gegen den befehlsgebunden Ausführenden<sup>1)</sup>, wohl zu scheiden von dem Widerstand gegen den rechtswidrig Befehlenden); der handelnde Beamte wäre, trotzdem er die St.P.O. nicht auf seiner Seite hat, weder strafrechtlich, noch disziplinarisch verantwortlich<sup>2)</sup>.

---

rechtmässig einen solchen ablehnen, wenn etwa die Vornahme der beantragten Beweishandlung die Gefahr einer Choleraepidemie näherücken würde.

1) Es ist undenkbar, dass die Rechtsordnung ihn, den sie doch in sein Handeln hineinzwängt, zugleich dem Widerstande preisgäbe; das wäre nicht Ordnung, sondern Unordnung. An dieser Stelle darf vielleicht auch die Bemerkung Platz finden, dass die sich öfter findende Annahme, es könne eine auf Seiten des Beamten rechtmässige Handlung eine rechtswidrige Staatshandlung darstellen, oder umgekehrt (vgl. z. B. Goldschmidt, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatl. Entschädigung usw. S. 132), die unerlässliche restlose Interessenwägung unvollzogen lässt und deshalb in das Recht eine eigentümliche Zwispältigkeit hineinträgt. Wenn der Beamte etwas tun darf, so darf er es gerade der Gesamtheit willen, der Interessent, dessen Interessen die Erlaubtheit der Beamtenhandlung begründen, ist der Staat selber; die Befugnis des Beamten ist zugleich Befugnis des Staates, durch den Beamten zu handeln. Wo umgekehrt der Beamte nicht handeln darf, erscheint wiederum das Interesse der Allgemeinheit als beteiligt, nur dass es hier einem Gegeninteresse untergeordnet ist; so tut der Staat unrecht, wenn er durch den Beamten handelt. (Nur da könnte es anders sein, wo etwa eigene Interessen des Beamten trotz entgegenlaufender Interessen der Gesamtheit eine Handlungserlaubnis für den Beamten begründeten). Gegen die Argumentation Goldschmidts, dass die Freigabe des Strafprozesses keine Freigabe *quand même* sei, vgl. unten S. 36; gegen Goldschmidt Ungerechtfert. Vollstreckungsbetrieb S. 17 unten S. 30, Anm. 1.

2) Wiederum eine Frage für sich — vgl. oben S. 21, Anm. 3 — ist die Frage, wie die ausserprozessual motivierte Rechtmässigkeit den Prozess selber beeinflusst, welche Rolle im Prozess (für dessen weiteren Aufbau) ein *actus vitiosus tamen legitimus* spielt. Sie beantwortet sich dahin, dass die Rechtmässigkeit die Handlung nicht vor den Folgen zu schützen vermag, die die St.P.O. an die Prozessordnungswidrigkeit anknüpft; z. B. bleibt

## **B.**

I. Durch die St.P.O. hindurch die Höhe einheitlicher Betrachtung vom Rechtsstandpunkt aus gewinnend haben wir die Antwort auf die eingangs aufgeworfene Frage gefunden, welche mit einem Strafprozess verknüpfte Behelligung der Beschuldigte kraft Rechtsens leiden muss. Die Formel, dass er das rechtmässige Handeln der Strafjustizbeamten über sich ergehen lassen muss, jedes rechtswidrige Handeln sich aber verbitten kann, hat sich mit Inhalt gefüllt.

Und doch ist die Frage noch nicht restlos erledigt. Denn das Mass der Leiden, die ein Strafprozess mit sich bringen kann, begrenzt sich nicht bloss auf Justizhandlungen als solche. Diese Handlungen ziehen in weitem Umfang Folgen nach sich, die wiederum leidvoll sind, z. B. folgt der Beschlagnahmehandlung das Nichthaben der Sache, und es bleibt noch festzustellen, inwieweit der Beschuldigte auch diesen Leidenskelch zu trinken hat.

Die Antwort will sehr einfach erscheinen in dem Sinne, dass der Beschuldigte sich unter alle Folgen rechtmässigen Amtshandelns beugen muss, und er umgekehrt alles von sich ablehnen und abwälzen darf, was an Folgezuständen aus einer Handlung entspringt, die dem Beamten verboten war.

Diese Antwort wäre gleichwohl falsch. So eng der Zusammenhang zwischen einer Handlung und ihren Ergebnissen auch ist, so geht es doch nicht an, Rechtgemässheit oder Rechtswidrigkeit dieser Ergebnisse lediglich aus der Rechtmässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Handlung, der sie entspringen, abzuleiten. Die Folgen einer Handlung

---

das „gesetzverletzende“ Urteil der Revision auch dann zugänglich, wenn die „Gesetzverletzung“ (Fehler in procedendo, nämlich in judicando, vgl. meine Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren S. 50) rechtmässig im Sinne der obigen Ausführungen wäre; z. B. wäre das unter Verkürzung der Parteirechte gesprochene Urteil auch dann mit Revision anfechtbar, wenn sich jene Prozessordnungswidrigkeit durch Notwehr rechtfertigt, oder wenn die Vorinstanz bei der im Hinblick auf die Gefahr einer Volksepidemie berechtigten Ablehnung eines Beweisantrags das in dem Antrage steckende Beweisthema im Urteil ignoriert hätte.

können nicht schon um deswillen für rechtmässig erklärt werden, weil die Handlung selbst dem Rechte wohlgefällig war, sie können umgekehrt nicht schon um deswillen für rechtlich verpönt erklärt werden, weil sie durch eine rechtswidrige Handlung heraufgeführt worden sind.

Dass das Problem, inweit die Folgezustände einer Handlung von Rechtswegen ertragen werden müssen, ein selbständiges ist, lehrt ein Blick auf gewisse anerkannte Erscheinungen des bürgerlichen Rechts. Hier begegnet uns einmal der anerkannte Satz, dass der Grundstückseigentümer befugt ist, bis zu einem gewissen Grade Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Russ, Wärme, Geräusch, Erschütterung usw., die auf das Nachbargrundstück hinüberwirken, zu erzeugen (B.G.B. § 906), ohne dass doch der Nachbar diese Immissionen zu dulden gehalten wäre, so vielmehr, dass der Nachbar sich gegen das Erleiden schützen darf. Das heisst also: so rechtmässig auch z. B. die Raucherzeugungshandlung ist, so ist doch der Rauch selber, also das Erzeugnis der Handlung, und sein Hinüberstreichen auf das Nachbargrundstück durch die Rechtmässigkeit nicht mehr gedeckt; denn wenn das der Fall wäre, so gelangte man zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Duldungspflicht des Nachbarn.

Sodann das Gegenstück: Wer eine fremde Sache in Händen hat, darf sich an ihr natürlich nicht vergreifen, darf sie insbesondere nicht, soweit er dazu nicht besonders ermächtigt ist, zu einer neuen Sache verarbeiten oder umbilden. Tut er das doch, so handelt er rechtswidrig und wird unter Umständen straffällig. Aber dessenungeachtet wird er unanfechtbarer Eigentümer des in so unzulässiger Weise hergestellten Gegenstands (B.G.B. § 950). Das Ergebnis der Handlung ist ein dem Recht konformer Zustand, wiewohl die Handlung nichts weniger als erlaubt war.

Diese Beispiele weisen darauf hin, dass die Rechtsordnung den Zuständen in der Welt, auch wo sie aus menschlichen Handlungen abfliessen, ihre besondere Liebe oder ihren besonderen Hass entgegenbringt und sie nicht schon deshalb liebt oder hasst, weil sie der sie erzeugenden Handlung so oder so gegenüberstand.

Und in der Tat: wenn wir als rechtmässig diejenige Handlung erfasst haben, deren Vorstellung vom Rechtsstandpunkt aus lustbetont, und als rechtswidrig diejenige, deren Vorstellung von diesem Standpunkte aus unlustbetont erscheint, so bedarf es keiner Ausführung, dass für den Ordner des Rechts auch die Vorstellung von tatsächlichen Zuständen lust- oder unlustbetont sein kann, und dass sich die lust- oder unlustbedingenden Umstände hinsichtlich der Folgen der Handlung ganz anders verhalten können, als hinsichtlich der Handlung selber. Es ist wie im täglichen Leben: wir freuen uns der Turnübungen und beklagen doch die Arm- und Beinbrüche, die sie nach sich ziehen; wir sehen mit Unwillen das Tun des Rowdies und sind doch ganz einverstanden mit den etwaigen Verletzungen, die er sich selbst durch die von ihm ausgeteilten Stösse und Püffe zuzieht.

Ganz ebenso gibt es im Sinne der Rechtsordnung Folgen einer ihr genehmen Handlung, auf denen ein Unlustakzent liegt, und umgekehrt Folgen, die der Rechtsordnung genehm sind, wiewohl ihr die Handlung selber zuwider war. Es setzen hinsichtlich der Handlungsergebnisse besondere Interessenwägungen ein.

II. So braucht zunächst dasjenige, was sich als Ergebnis einer rechtswidrigen Handlung einstellt, nicht in der Windrichtung derjenigen Zwecke zu liegen, um derenthalten die Handlung verboten war; solche Folgen aber, die nicht in der Windrichtung des Handlungsverbots lagen, nehmen an der Rechtswidrigkeit der Handlung nicht teil. Es kann nicht nur der schädliche Erfolg mit einem erfreulichen verbunden sein, es kann auch der schädliche Erfolg ausbleiben und nur ein erfreulicher eintreten. Ein Waldbrand kann mit Vertilgung schädlicher Insektenbrut verbunden sein, eine vom Täter als Körperverletzung gedachte und wegen ihrer objektiven Eignung dazu vom Gesetz verbotene Handlung kann in eine Heilung dessen, dem sie schaden sollte, auslaufen. Offensichtlich bedeutet das Vertilgtwerden der Insektenbrut und die Heilung nichts Rechtswidriges unbeschadet der bestehen bleibenden Rechtswidrigkeit der Handlung, aus der sich diese Folgen ergaben.

Ähnliches wäre auch zu sagen über die Tötung eines rechtskräftig zum Tode verurteilten Mörders durch einen anderen, als den Scharfrichter. Solche Tötung ist verboten, ihr Resultat aber in völligem Einklang mit der Rechtsordnung, die ja den verurteilten Mörder nicht ferner am Leben dulden wollte<sup>1)</sup>.

Aber sogar das ist möglich, dass, wenn eine Handlung gerade solche Folgen gezeitigt hat, um derentwillen sie verboten war, das Recht sich aus Gründen der Ruhe im Rechtsleben mit dem unliebsamen Zustand abfindet. „Ein andres Antlitz, eh' sie geschehen, ein andres zeigt die vollbrachte Tat.“ Können wir dies Dichterwort auch nicht in dem Sinne, wie es der Dichter verstanden hat, heranziehen, so können wir doch in diesen Satz den Sinn hineinlegen, dass es Menschenart und demzufolge auch in vorsichtig gezogenen Grenzen Rechtsgrundsatz ist, sich mit dem *fait accompli* abzufinden. Es hat nichts Anstössiges an sich, eine Handlung selber zu verwerfen und dennoch, wenn sie dessenungeachtet passierte, ihre Folgen, so widerwärtig sie auch im Zeitpunkt der Handlung erschienen, in den Kauf zu nehmen. So und nicht anders erklärt sich der Eigentumserwerb durch unerlaubte Umarbeitung einer Sache.

Auch das Prozessrecht liefert für diese Rechtsfigur Beispiele. Namentlich sind hier anzuführen die zahlreichen sog. Sollvorschriften. Sie halten den Richter oder sonstigen Beamten gerade so, wie die sog. Mussvorschriften zu einem bestimmten Handeln; hat er aber nicht gehandelt, wie er „sollte“, so wird die dadurch geschaffene Prozesslage, obwohl auch sie alles andre als erwünscht ist, doch als rechtmässig hingenommen.

III. Wenn so ein rechtswidriges Verhalten rechtmässige Folgen auslösen kann, so wird nunmehr auch dem Verständnis derjenigen Rechtsfigur vorgearbeitet sein, auf die es in unserem Zusammenhange besonders ankommt: der Rechtswidrigkeit von Ergebnissen vollrecht-

---

1) Der verurteilte Mörder *jure caesus est*; aber wer ihn tötet, ohne dazu kraft scharfrichterlicher Funktion berufen zu sein, *agit contra jus*.

mässiger Handlungen. Wenn die Frage die war, unter welche Prozessleiden sich der Beschuldigte beugen muss, so darf die Antwort nicht die sein, dass er schlechthin alles Leid zu tragen gehalten sei, das sich für ihn aus rechtmässigem prozessualischem Handeln der Behörde ergibt. Mit der Befugnis zur Vornahme einer Handlung geht nicht notwendig ein Anspruch darauf einher, dass alle Folgen der Handlung von dem Gegner geduldet werden müssten<sup>1)</sup>.

Denn wenn sich für den Ordner des Rechts mit einer Handlung noch so sehr eine Lustvorstellung verband und er ihr deshalb seine Zustimmung erteilte, so steht er doch möglicherweise dem, was die Handlung anrichtet, mit ganz anderen Gefühlen gegenüber. Vom Standpunkt der Gesamtheit aus kann die Handlung interessemässig, ihr Ergebnis interessewidrig sein. So sehr das Recht z. B. die in mässigen Grenzen gehaltene Raucherzeugung durch den Grundstückseigentümer billigt, so wenig ist damit dem Nachbarn der Qualm so zudedacht, dass die Vorstellung, wie er ihn schluckt und wie er darunter leidet, für das Recht irgend etwas Ansprechendes hätte.

Der springende Punkt dabei ergibt sich wiederum aus teleologischer Betrachtungsweise. Von der Rechtmässigkeit der Handlung sind nur diejenigen Folgen mitumschlossen, die die Rechtsordnung gerade mit liebendem Interesse ins Auge gefasst hatte, wenn sie die Handlung erlaubte. Was darüber ist, das ist vom Übel, d. h. die jenseits liegenden Ergebnisse der Handlung sind, soweit sie nicht aus besonderen Erwägungen heraus rechtmässig sind, jedenfalls nicht um deswillen

---

1) Um Missverständnisse auszuschliessen, sei betont, dass es sich im Folgenden lediglich um die Rechtswidrigkeit der tatsächlichen Folgen einer rechtmässigen Handlung der Zustände (und sie auslösenden Zwischenereignisse) handelt. Wenn sich aus einer Handlung kraft rechtlicher Bestimmung subjektive Rechte jemandes (als Rechtsfolge) ergeben, so können diese Rechte niemals „rechtswidrige Zustände“ sein, wie Goldschmidt, Ungerechtfert. Vollstreckungsbetrieb S. 17 hinsichtlich des aus einem unrichtigen Urteil erwachsenden Vollstreckungsrechts annimmt. Das Haben eines Rechts ist ein der Rechtsordnung konformer, nicht ein ihr widerstreitender „Zustand“, wenn es überhaupt ein „Zustand“ ist. Möglich ist nur, dass die Ausübung des Rechts einen rechtswidrigen Zustand herbeiführen würde, und deshalb ein Recht auf Aufhebung jenes Rechts besteht.

dem Recht konform, weil die sie heraufführende Handlung es war; und sie sind — immer mit dem Vorbehalt besonderer Gründe, die zu einer anderen Wertung führen —, durchaus rechtswidrig, wenn sie rechtlich anerkannte Interessen verletzen.

Die Nutzenanwendung auf den Strafprozess ergibt zunächst, dass die Frage: Was darf die Behörde dem Individuum antun?, also die Frage nach der Rechtgemässheit der Prozessleiden selber, scharf zu trennen ist von der Frage, was die Behörde tun darf, also der Frage nach der Rechtmässigkeit des eigenen Handelns der Behörde.

Hier wird nun klar, dass das gesamte seelische Leid, das dem Beschuldigten durch einen Strafprozess beschert wird, jenseits der Zwecke liegt, zu denen die Rechtsordnung die strafprozessualischen Staatsakte zuliess. Deshalb ist dem Beschuldigten, und zwar einerlei, ob er schuldig ist oder nicht, von Rechts wegen nicht die Zumutung gestellt, dass er diese Leiden trage; er kann sich mit nicht unerlaubten Mitteln dagegen gerade so schützen, wie der Nachbar eines rauchenden Schornsteins; er kann zur Beschwichtigung seiner Aufregung Baldriantropfen nehmen, kann sich in der Hauptverhandlung die Ohren verstopfen, soweit nicht der Ungebühr Gesichtspunkt platzgreift usw.<sup>1)</sup>

Vor allem aber bietet das Gesagte den Schlüssel für das Problem, ob die sich an ein verurteilendes Erkenntnis anhaftende Strafvollstreckung gegen einen Unschuldigen Recht oder Unrecht sei, ein Problem, das übrigens mit dem heute vielerörterten zivilprozessualischen Problem Hand in Hand geht, was an der Vollstreckung eines Urteils gegen einen zu Unrecht Verurteilten Recht oder Unrecht sei<sup>2)</sup>.

---

1) Anders steht es mit den Beeinträchtigungen in Gestalt des Entbehrenmüssens von Sachen bei Beschlagnahmen, sowie in Gestalt der Untersuchungshaft. Diese können deshalb nicht als rechtswidrige Zustände gelten, weil sie als Mittel zum Zweck auch auf die Gefahr hin lustbetont sind, dass sie einem der Tat nicht Schuldigen zu Teil werden. In diesem Sinne ist das in meiner Lehre vom Verbrechen S. 177 Gesagte zu berichtigen; dagegen behält das dort Gesagte seine Richtigkeit hinsichtlich des Strafleidens des Unschuldigen, vgl. nachstehend im Text.

2) Für den Zivilprozess kann m. E. parallel mit den im Text nachfolgenden Ausführungen nur dahin entschieden werden, dass Gerichtsvollzieher und Gläubiger rechtmässig

Frühere Erwägungen haben uns zu dem leidigen, aber unvermeidlichen Ergebnis geführt, dass auch die weisseste Unschuld niemanden kraft Rechtsens davor zu retten vermag, dass gegen ihn strafprozessrechtlich vorgegangen werde, dass er also die den gesetzlichen Formalvoraussetzungen genügenden Staatsakte, also den Urteilsakt, den Einsperrungsvorgang usw.<sup>1)</sup> über sich ergehen lassen muss, und alles, was er etwa zu deren Verhinderung vorkehren würde, grundsätzlich rechtswidrig und gegebenenfalls strafbar wäre. Und mit den Handlungen hat er alle Folgen zu ertragen, die im Rechtssinne dem Zwecke entsprechen, den zu Liebe die Handlungen erlaubt waren.

Wenn nun aber ein Strafprozess tatsächlich in ein Urteil und eine Strafvollstreckung gegen einen Unschuldigen ausläuft, so ist das Ergebnis, z. B. das in Unfreiheit Sitzen, ein Zustand, der nicht nur nach

handlen, wenn sie die prozessual zulässige Tätigkeit auf der Grundlage des Urteils gegen den verurteilten Nichtschuldner entfalten, dass dagegen die für letzteren daraus entstehenden Folgen (das Nichthaben der Sache, das Ärmersein etc.) rechtswidrige Zustände ausmachen, und dass deshalb keine zivilrechtlichen Ansprüche aus unerlaubter Handlung, wohl aber solche Ansprüche einsetzen, die die Unstatthaftigkeit des resultierenden Zustands zur Grundlage haben. Die Wertung der das Urteil verwirklichenden Handlungen als materiellrechtswidriger aber prozessual rechtmässiger (Geib) steht m. E. mit der Notwendigkeit einheitlicher Beantwortung hinsichtlich der Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer identischen Handlung in Widerspruch. Vgl. oben S. 13. Aber auch die Lösung von Goldschmidt kann nicht befriedigen. Sie geht dahin, dass zwar (was richtig) der Gerichtsvollzieher, weil dienstmässig handelnd, nur organschaftliche Pflicht erfülle, der Gläubiger dagegen rechtswidrig handle, wenn er seine die amtliche Tätigkeit auslösenden Schritte tue. Dabei dürfte übersehen sein, dass die organschaftliche Pflicht des Gerichtsvollziehers doch gerade im Dienste des Gläubigers steht, m. a. W., dass der Gläubiger nicht Unrecht tun kann, wenn er die Amtstätigkeit in Anspruch nimmt. Vielmehr handelt der Gläubiger rechtmässig, und nur was er anrichtet, ist Unrecht.

1) Dass die Vollstreckung des Urteils trotz der Unschuld des Verurteilten keine „rechtswidrige Handlung“ ist, ergibt sich aus den obigen Darlegungen. Wenn Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb S. 17 hiermit übereinstimmt (für den analogen Fall der zivilprozessualen Vollstreckung), so ist dies von seiner Annahme aus, dass das Haben eines Vollstreckungsrechts ohne materiellen Rechtsgrund ein „rechtswidriger Zustand“ sei, nicht recht verständlich. Denn rechtswidrige Zustände sind solche, die kraft Rechtsens keinen Schutz geniessen, deren Ausbeutung vielmehr rechtswidrig wäre. Richtig ist demgegenüber, dass die Vollstreckungstätigkeit gerade deshalb keine rechtswidrige ist, weil das Vollstreckungsrecht besteht und Rechte keine rechtswidrigen Zustände darstellen können (oben S. 30, Anm. 1).

allgemeinen Rechtserwägungen eine durchaus unlustbetonte Vorstellung vom Standpunkte des Rechts auslöst, sondern der auch dem Zweck des Strafprozesses zuwiderläuft. Denn dieser Zweck ist der, Schuldige zur Strafe zu bringen, nicht aber das materielle Strafrecht, das ja auch Strafflosigkeiten statuiert, zu vergewaltigen.

So wenig also die Verurteilung, die Einsperrung usw. rechtlich zu bemängeln waren, so sehr ist doch sofort das Unrecht da, wenn es sich um den Zustand handelt, den sie im Gefolge hatten. Diesen Zustand braucht mithin der unschuldig Verurteilte, und diese Feststellung hat gewiss etwas Versöhnendes, mit nichten zu tragen. Er hat ebenso sehr ein Recht, ihn mit allen regulären Mitteln, mit denen rechtswidrigen Zuständen entronnen werden kann, zu beseitigen<sup>1)</sup>, wie umgekehrt der Staat die Rechtspflicht hat, ihn in den ordnungsmässigen Formen aufzuheben, und er ist berechtigt, alle diejenigen Rechtsfolgen geltend zu machen, die sich an die staatliches Bestehenlassen rechtswidriger Zustände anknüpfen oder die aus solchen direkt abfliessen, so ist namentlich das Begehren einer Entschädigung für unschuldig erlittene Strafe ein Rechtsbegehren und kein blosses Billigkeitsbegehren.

Die Duldungspflicht des Unschuldigen endet mit dem Erdulden der Staatstätigkeit; deren Ergebnis, das Strafleiden ist er zu dulden nicht verpflichtet; eine Strafduldungspflicht entspringt nur dem Verbrechen, nie dem Urteil als solchem, so rechtmässig es auch war.

Diese Lösung, so wenig sie heute die übliche ist, lässt offenbar jedes der vordrängenden Bedürfnisse des Rechtslebens auf seine Rechnung kommen.

Wollten wir, wie das häufig geschieht, das den Unschuldigen verurteilende Erkenntnis als eine Art Ersatz des Verbrechens auffassen,

---

1) Deshalb ist die Selbstbefreiung des Unschuldigen von der über ihn verhängten Strafe nicht rechtswidrig (sofern sie nicht um der Art und Weise halber, mit der sie vollzogen wird, rechtswidrig ist, vgl. St.G.B. § 122), während die Selbstbefreiung des Schuldigen, wenschon nicht strafbar, doch rechtswidrig ist.

Dass die Kehrung des unrechtmässigen Zustands nicht durch Notwehr gedeckt sein kann, bedarf keiner Ausführung.

und aus ihm die Strafleidenspflicht ableiten, so würden wir dem Staatsautoritätsinteresse zu Liebe eins der bedeutsamsten Gerechtigkeitsinteressen vergewaltigen und die Form über das Wesen stellen; wollten wir, wie umgekehrt mitunter angenommen wird, aus der Unrechtmässigkeit des Resultats auf Rechtswidrigkeit der Strafprozedur selber schliessen, so gäben wir das Interesse daran, dass die Strafprozedur auch auf die Möglichkeit einer Inanspruchnahme Unschuldiger hin freie Bahn hat, preis. Demgegenüber gilt es, die Interessenakzente richtig zu verteilen. Der Staat hat ein Interesse daran, dass gehandelt wird; darum ist das Vorgehen als solches rechtmässig; er hat umgekehrt ein Interesse daran, dass kein Unschuldiger Strafe leide; darum ist ein solcher aus rechtmässigen Strafprozessakten resultierender Zustand rechtswidrig.

---

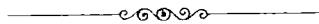
#### Hochansehnliche Festversammlung!

Es waren ernste Bilder, die ich aufgerollt habe. Ist es doch der Beruf des Juristen, die hunderte und tausende von menschlichen Bedürfnissen in ihrer Erdschwere mit ihren Gegensätzen und ihrem Widerstreit aufzuzeigen. Und wenn es die Aufgabe des Rechts ist, durch sein Machtwort in dieses Gewirr Harmonie zu bringen, und diese vom Recht diktierte Harmonie immerhin ein Segen, das Recht ein Wohltäter der Menschheit ist, so bleiben doch die Lebenslagen, in denen erst das Recht das lösende Wort sprechen muss, beschattet. Schöner als die erst vom Recht geschaffene ist jene Harmonie, die, im Herzen tief innen daheim, sich von selbst einstellt.

In solcher Harmonie feiern wir, feiert das ganze Land heute einmütig den 65. Geburtstag unseres Königs. Er darf zurückblicken auf eine gesegnete Regierungszeit, in der ihn Liebe und Vertrauen des Volkes getragen haben. Mit besonderer Freude darf der Rektor der Universität es aussprechen, dass der Landesherr auch im letzten Jahre sein warmes Interesse für die Tübinger Hochschule aufs neue betätigt

hat. Wir wissen, dass er an der Reform der Universitätsverfassung, deren wir uns jetzt erfreuen, persönlich Anteil genommen hat. Und wenn es ihm zu unserer Betrübnis nicht möglich war, bei dem Fest der Einweihung der neuen Universitätsbibliothek an der Seite seiner hohen Gemahlin und Ihrer Königlichen Hoheiten der Herzöge Albrecht und Philipp Albrecht zu erscheinen, so war dieses Fest doch ein Königsfest, weil er, wenn auch abwesend, unsere Freude teilte.

In Treue fest wünschen wir unserem Fürsten Heil. Gott erhalte, er schütze, er segne den König!



## Exkurs zu S. 17.

Der Jurist, der von dem auf S. 16 unten berührten Problem ausgehend nach verwandten Erscheinungen im Rechtsleben Umschau hält, wird gewahr, dass das Problem allgemein gefasst dahin lautet: Welche Bedeutung für Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung hat der Umstand, dass z. Z. ihrer Vornahme zweifelhaft ist, ob sie rechtlich gemissbilligte oder nicht gemissbilligte Folgen nach sich ziehen wird?

Nach Binding<sup>1)</sup> und Sommer<sup>2)</sup> soll eine suspensiv bedingte Rechtswidrigkeit des Handelns denkbar sein; die Handlung soll je nach dem weiteren Gange der Ereignisse rechtswidrig oder nicht rechtswidrig sein können. Dem ist nicht zuzustimmen. Wer im Begriff steht, zwischen Vornahme oder Nichtvornahme einer Handlung zu wählen, kann verlangen, dass ihm die Rechtsordnung in diesem Augenblicke unzweideutig sagt, ob das Handeln erlaubt ist oder nicht. Wohl möglich ist, dass er auch bei klarer Antwort, die ihm die Rechtsätze geben, die Rechtswidrigkeit oder Nichtrechtswidrigkeit nicht erkennt, vielleicht sogar nicht zu erkennen vermag, weil ihm die Kenntnis der das Verbot auslösenden Tatsachen fehlt<sup>3)</sup>; dass aber die Rechtsordnung selber die Antwort schuldig bliebe und den Frager mit einem Achselzucken davonschickte, ist unannehmbar, weil darin ein Verzicht auf die allereigentlichste Aufgabe des Rechts, dem Handeln Richtschnuren zu geben, läge, und den Individuen ein Handeln auf eigene Gefahr zugeschoben würde. (Dass mit den Tatfolgen auch die Rechtsfolgen unbestimmt bleiben und jemand in diesem Sinne zum Handeln „auf eigene Gefahr“ verwiesen wird, ist etwas Anderes: das Verbotensein ist keine Rechtsfolge).

Deshalb bedarf auch das in meiner Lehre vom Verbrechen auf S. 177 Ausgeführte der Berichtigung. Ist eine Handlung rechtlich freigegeben, so kann sie immer nur „quand même“ freigegeben sein, nicht auch, wie a. a. O. angenommen, unter Ausschluss ihrer Eigenschaft als Ursache einer oder der anderen Folge (beschränkte Freigabe). Denn wäre die Handlung mit solchem Vorbehalt „freigegeben“, so wäre sie entweder „bedingt rechtswidrig“, und diese Figur ist eben abzulehnen, oder aber der Sinn der „Freigabe“ wäre gerade durch die Hinzufügung der Beschränkung in das Gegenteil verkehrt. Ist eine Handlung auch

1) Ger.Saal 68 14.

2) Bedingtes Verbrechen.

3) Dann steht die Schuldhaftigkeit der rechtswidrigen Handlung in Frage.

nur in einer Hinsicht um einer z. Z. als möglich gegebenen Folge halber rechtswidrig, so hat sie zu unterbleiben wenn nicht wegen der anderen „Hinsichten“ volle Freigabe anzunehmen ist. Was speziell das von mir a. a. O. angeführte Beispiel anlangt, so löst sich die anscheinend beschränkte Freigabe dadurch auf, dass allerdings der Betrieb eines Steinbruchs freigegeben ist, aber möglicherweise die eine oder andere dabei unterlaufende Handlung es wegen ihrer Geeignetheit zur Verursachung von Tötungen nicht ist. Es handelt sich also nicht um identische Handlungen die eventuell rechtswidrig und eventuell nicht rechtswidrig wären, sondern um verschiedene Handlungen, die einen quand même freigegeben, die anderen verboten.

Muss also für jede Handlung trotz objektiver Ungewissheit ihrer Folgen schon im Zeitpunkt ihrer Vornahme die Antwort der Rechtsordnung, ob sie geschehen darf oder nicht, parat sein, so müssen schon die „Normen“ so formuliert werden, dass sie jene Ungewissheit überwinden und trotz ihrer bedingungsfrei ausgesprochen werden.

Deshalb ist es zunächst ganz richtig, dass die sog. Vollendungsnormen, die auf Nichtherbeiführung eines Erfolges lauten („Du sollst nicht töten“ usw.) nur ein unvollkommener Ausdruck des Richtigen sind. Denn wortgetreu laufen sie hinaus auf das durch den Erfolg bedingte Verbot einer Handlung<sup>1)</sup>.

Auf der anderen Seite kann aber die Norm auch nicht jede möglicherweise den unerwünschten Erfolg herbeiführende Handlung verbieten („Du sollst keine Handlung vornehmen, die möglicherweise den Tod eines Menschen zur Folge haben wird“). Denn bei den unbegrenzten Möglichkeiten, die sich aus einer Handlung eröffnen, würde dieser Satz den Tod des menschlichen Handelns überhaupt bedeuten. Es bleibt also nur übrig, die Rechtssätze so zu fassen, dass sie schon mit den guten und bösen Chancen Abrechnung halten und sie somit auf eine Formel zu bringen, die das Handeln trotz mitvorhandener guter Chancen verbietet oder trotz mitvorhandener schlimmer Chancen freigibt. So verweht sich, wie besonders Max Müller<sup>2)</sup> betont hat, das Kausalitätsproblem

1) In diesem Sinne zutreffend Höpfner, Einheit und Mehrheit S. 139 ff., Ztschr. f. Str.R.Wiss. 23 643, Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit 1 289, dass die Normen in Wahrheit „Versuchsnormen“ seien: verboten ist eine Handlung, die nach objektiver Prognose möglicherweise den Tod eines Menschen nach sich ziehen wird. (Unrichtig dabei jedoch die Hineinnahme des subjektiven Vorstellungsmoments im Täter in die Norm, wie sie bei Höpfner hervortritt, vgl. meine Lehre vom Verbrechen S. 140, Anm. 2). Der Unterschied zwischen dem erfolglosen Versuch und der vollendeten Tat ist danach im Punkte der Rechtswidrigkeit der, dass die letztere rechtswidrige Handlung + rechtswidriger Erfolg, der Versuch rechtswidrige Handlung ohne rechtswidrigen Erfolg ist.

2) Bedeutung des Kausalzusammenhangs S. 29 ff. Vgl. auch Miricka, Formen der Strafschuld 160, 176, Torp, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 23 84 ff. und die weiteren Zitate bei Müller S. 59, Anm. 2

mit dem Rechtswidrigkeitsproblem. Obwohl hier nicht der Ort ist auf diese schwierige Frage ex professo einzugehen, soll doch wenigstens angedeutet werden, in welcher Richtung sich die Antwort m. E. zu bewegen haben wird. Dass die Scheidelinie zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtrechtswidrigkeit mit derjenigen zwischen adäquater und inadäquater Ursachsetzung zusammenfalle (so im Grundsatz Müller a. a. O.), kann nicht wohl richtig sein. Adäquanz oder Inadäquanz sprechen, wie sogleich zu zeigen ist, in gewissem Masse mit. Dass sie nicht den leitenden Gesichtspunkt abgeben können, lässt sich in doppelter Hinsicht erweisen:

a) Wäre es richtig, dass die Rechtsordnung inadäquate Ursachsetzung schlechthin unbeanstandet lässt, so wären Handlungen, die diesen Charakter im Hinblick auf einen unzulässigen Erfolg haben, auch dann freigegeben, wenn sie zu gar nichts nütze waren, ihre einzige rechtliche Bedeutung vielmehr in der inadäquaten Ursachsetzung bestand. Es würde dann z. B. auch derjenige nicht rechtswidrig handeln, der bei grösster Julihitze ohne irgend welchen Sinn und Verstand seinen Wohnzimmerofen heizt, lediglich in der Spekulation, es könnte doch vielleicht der objektiven Prognose zum Trotz ein Funken aus dem Kamin auf das Strohdach des Nachbarn fliegen. Dabei fehlt aber jede Erklärung dafür, zu welchem Zwecke die Rechtsordnung solches Treiben gewähren soll. Dem Interesse des Nachbarn an Intaktheit seines Hauses steht ja gar kein anderes gegenüber. Sonach wird zuzugeben sein, dass auch inadäquate Ursachsetzung rechtswidrig sein kann.

b) Umgekehrt würde aber auch eine Formel, die adäquate Ursachsetzung für unzulässige Folgen für rechtswidrige Handlungen erachtet, nicht zutreffend sein<sup>1)</sup>. Es gibt Handlungen, die voll zulässig sind, ungeachtet sie nach dem allgemeinen Erfahrungswissen einen generell begünstigenden Umstand für einen üblen Erfolg darstellen. Gerade der Strafprozess erweist dies: dass die Strafjustizakte einen Unschuldigen unverdient leiden lassen, ist diessseits, nicht jenseits adäquater Kausalität.

Statt alle Handlungen, die inadäquat zu einem verpönten Erfolge in Beziehung treten, für unverwerflich, alle, die adäquat zu einem solchen Erfolge in Beziehung treten, für rechtswidrig zu erklären, hat man vielmehr bei allen Handlungen, die nach objektiver Betrachtung verschiedene Erfolgsmöglichkeiten eröffnen, m. E. danach zu fragen, ob unter den z. Z. der Handlung obwaltenden Umständen die Handlung rechtlich veranlasst erscheint<sup>2)</sup>. Veranlasst oder nicht veranlasst ist aber eine Handlung je nach dem Werte für die Inter-

1) Auch Müller würde diese Formel nicht gelten lassen, vgl. o. a. O. S. 37 ff.

2) Grundgedanke der — ganz zu Unrecht in die Beleidigungslehre verwiesenen, in Wahrheit generell fruchtbaren — §§ 192, 193 St.G.B. Vgl. Kern, System. Abgrenzung der Verbrechenmerkmale bei der Beleidigung, S. 48. — Die nachstehenden Ausführungen berühren sich wohl mit den Andeutungen von M. R ü m e l i n, Verwendung der Kausalbegriffe S. 49.

essenwelt, den sie hat<sup>1)</sup>, in Verbindung mit dem Grade der Chancen, die sie dabei nach der einen oder andern kausalen Richtung hin hat.

Eröffnet eine Handlung eine gute Chance und daneben rechtlich gleichgültige Chancen, so ist sie erlaubt.

Eröffnet sie eine schlechte Chance und daneben rechtlich gleichgültige Chancen, so ist sie rechtswidrig (Beispiel: der Schuss auf die Tabakspfeife des pflügenden Bauern).

Eröffnet sie zugleich gute und schlechte Chancen, so ist sie erlaubt, wenn bei objektiver Güterabwägung der gute Erfolg wichtiger ist als das Unterbleiben des schlechten, und zugleich bei objektiver Prognose die Wahrscheinlichkeit für ersteren grösser, als für letzteren war<sup>2)</sup>, vorausgesetzt dabei, dass die Sachlage sich als Dilemma darstellt, aus dem nicht anders zu entkommen war (Grundgedanke der Lehre vom Notrecht); sie ist unerlaubt wenn entweder das Unterbleiben des schlechten Erfolges wichtiger ist als der Eintritt des guten, oder die Wahrscheinlichkeit für ersteren sprach, oder aus dem Dilemma anderweit zu entkommen war. In den in der Mitte liegenden Fällen ist die Handlung rechtlich irrelevant.

Bei dieser Wahrscheinlichkeitsabwägung spielt nun natürlich auch die Inadäquanz ihre Rolle; aber erstlich spielen ebenso verschiedene Wahrscheinlichkeitsgrade innerhalb der Adäquanz eine Rolle, und zweitens bleiben Inadäquanz und Adäquanz ganz ausser Betracht wo nicht gute und schlimme Erfolge zugleich in Betracht kommen<sup>3)</sup>.

In der vorstehend angegebenen Fassung erscheint der Satz, dass rechtmässig diejenige Handlung sei, die das rechte Mittel zum rechten Zweck sei, unanfechtbar. Es schwebt in der Luft, wo er mit dem Anspruch auftritt, unterlagelos rein nach sozialen Erwägungen den Rechtswert der Handlungen zu bestimmen; aber er muss Hilfe bringen in jenen Fällen wo eine und dieselbe

1) Dass es sich dabei um die objektive Eignung der Handlung, nicht um die individuellen Zwecke des handelnden Subjekts handelt, bedarf kaum der Hervorhebung.

2) Mit der schwächeren Chance eines üblen Ausgangs braucht man kraft Rechtsens nicht zu rechnen, wenn stärkere Chancen für einen Ausgang sprechen, der im Rechtssinne wichtiger ist, als die Vermeidung des üblen Ausgangs.

3) Wo sich nach den vorstehenden Ausführungen wegen der Zweifelhaftigkeit des Ausgangs die Handlung als nicht rechtswidrig erweist, entfallen natürlich alle Untersuchungen über etwaigen *dolus eventualis*. Das ist bisher wohl noch nicht genügend beachtet worden; ganz regelmässig pflegt nur von den Zweifeln, die in der Seele des Handelnden vorhanden waren, gesprochen, und die etwa gleichzeitig vorhandene objektiver Prognose entspringende Zweifelhaftigkeit ignoriert zu werden. Man fragt gewöhnlich in den Fällen bewusst riskierten Handelns nur danach, ob *dolus eventualis* oder bewusste Fahrlässigkeit vorliege. Aber es bedarf keiner Ausführung, dass auch die bewusst riskierte Handlung rechtmässig sein kann und dann eine Schuld im strafrechtlichen Sinne nicht in Frage kommt (sondern höchstens Putativdelikt).

N12<919771820025



Universitätsbibliothek Freiburg



Handlung rechtlich günstige und rechtlich ungünstige Folgen haben kann und die Sachlage so zugespitzt ist, dass entweder das Übel des Unterbleibens der günstigen oder das Übel der ungünstigen Folgen in den Kauf genommen werden muss<sup>1)</sup>. Es ist ja auch unverkennbar, dass das Programm der Güter- wie der Chancenwägung dem Juristen heikle Aufgaben stellt; deshalb können es auch nur Notfälle sein, in denen dazu als nach dem rettenden Strohalm gegriffen wird.

1) Die sich nach dem Text ergebende Lösung des Problems des Handelns bei zweifelhaftem Ausgang findet eine spezielle Anwendung auf das ärztliche Handeln. Es geht nicht an, diesem Handeln den Charakter als Körperverletzung oder die Rechtswidrigkeit deshalb und insoweit abzusprechen, wenn und soweit es „sachgemäss“, „den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend“ gewesen sei (vgl. meine Lehre vom Verbrechen S. 151 ff.). Nach dieser Formel müsste man die Herbeiführung einer Heilung durch den Arzt als rechtswidrige Körperverletzung strafen, wenn das Verfahren des Arztes nicht der ärztlichen Regel entsprach; sie geht auf der anderen Seite zu weit, indem sie jedes erfahrungsmässig nützliche Handeln des Arztes für erlaubt erklärt. In Wahrheit sind die ärztlichen Kunstregeln lediglich dazu im Stande, in den Fällen zweifelhaften Ausgangs die Chancenwägung zu leiten und so eines der Elemente des Gedankenganges zu beeinflussen.

