

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	48 (1929)
Heft:	3
Artikel:	Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht
Autor:	Wattenwyl, Robert von
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895845

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht

von Dr. Robert von WATTENWYL, Bern.

I. Die ganze Kontroverse über den Begriff der Rechtswidrigkeit (Widerrechtlichkeit) ist eines jener „Eichhörnchenprobleme“,¹⁾ deren es leider in der Rechtswissenschaft wie in der Philosophie so viele gibt. Das Problem wird sehr einfach, sobald man die verschiedenen Bedeutungen auseinanderhält, die das Wort widerrechtlich (oder rechtswidrig, unrechtmässig) annehmen kann. Widerrechtlich oder rechtswidrig heisst zunächst der allgemeinen Bedeutung nach nichts mehr und nichts weniger als der Wortlaut aussagt: dem Rechte zuwider, nicht dem Rechte gemäss. Es ist ein Eigenschaftswort, das sich auf irgend etwas beziehen kann. Man kann von rechtswidrigen Hand-

¹⁾ Der amerikanische Philosoph William James hat in seinem Buche über den Pragmatismus die Probleme, die dadurch entstehen, dass man aus zwei- oder mehrdeutigen Worten abstrakte Begriffe bilden will, Eichhörnchenprobleme genannt. Dieser sonderbare Ausdruck stammt daher, dass James die Entstehung solcher rein akademischer Fragen in einer kleinen Anekdote, deren Gegenstand ein Eichhörnchen ist, darstellt: Ein Eichhörnchen klettert an einem Baumstamme. Gegenüber auf der andern Seite des Baumes steht ein Mann. Er möchte das Tier zu Gesichte bekommen und läuft um den Baum herum. Dieses ist aber ebenso schnell, so dass der Baumstamm immer zwischen beiden bleibt. Aus dieser Situation ergibt sich das Problem, ob der Mann um das Eichhörnchen herumgegangen sei. Diese Frage, um die sich, wie James erzählt, eine müssige Feriengesellschaft lange Zeit gestritten habe, ist sehr leicht zu beantworten, sobald man sich nicht im Abstrakten verliert. Wenn man unter dem Ausdruck: Um das Tier herumgehen, eine Bewegung versteht, infolge der der Mann zuerst vor ihm, dann rechts von ihm, dann hinter ihm, dann links und dann wieder vorn zu stehen kommt, so ist er eben nicht um das Tier herumgegangen. Soll der Ausdruck aber so viel bedeuten, wie sich vom Norden des Eichhörnchens zum Osten, dann zum Süden, dann zum Westen und wieder zum Norden bewegen, dann hat ihn der Mann erfüllt.

lungen, von rechtswidrigen Zuständen, rechtswidriger Ge-
sinnung usw. sprechen. Da der Ausdruck hauptsächlich
als Tatbestandsmoment der Delikte in der Rechtssprache
Bedeutung erlangt hat, so wird im allgemeinen unter
rechtswidrig schlechthin die rechtswidrige Handlung, die
sog. objektive Rechtswidrigkeit verstanden. Auf diesen
Ausdruck im Gegensatz zur subjektiven Rechtswidrig-
keit werden wir weiter unten zurückkommen.

Der Begriff des Rechtes ist aber mehrdeutig. Unter
Recht können wir verstehen die Summe aller geltenden
Rechtssätze, die positive Rechtsordnung.²⁾ Wir können
aber auch das Recht als einen abstrakten Begriff auf-
fassen, als Idee, als Inbegriff der Prinzipien, die der
positiven Rechtsordnung zugrunde liegen. Der Aus-
druck widerrechtlich nimmt aus diesem Grunde ebenfalls
zwei Bedeutungen an. Er kann bezeichnen einmal den
Verstoss gegen eine positiv rechtliche Bestimmung, so-
dann aber auch einen Verstoss gegen die Idee des Rechtes,
die der positiven Rechtsordnung zugrunde liegt. Aus
dieser Mehrdeutigkeit des Ausdrucks widerrechtlich
stammt der ganze missliche und mühsame Streit (dem
ganze Stösse von Papier und Ströme von Tinte und
Druckerschwärze zum Opfer gefallen sind) um die sog.
formelle und materielle Widerrechtlichkeit. Die formelle
Widerrechtlichkeit ist der Verstoss gegen die Norm des
positiven Rechts, die materielle Widerrechtlichkeit be-
steht in der Störung, die die gesellschaftliche Ordnung
nach der Ansicht der massgebenden Kreise durch das
Verhalten erfährt. Wenn man unserm Ausdruck den ersten
Sinn beilegt, so ist „Unrecht alles, was durch den in der
Rechtsquelle erklärten Willen missbilligt ist“³⁾ und ist
„der Widerspruch mit der Rechtsordnung das unerläss-

²⁾ In diesem Sinne Binding: Die Norm und ihre Über-
tretung, Bd. I, 2. Aufl. 1890 S. 155: „Recht ist nur der erklärte
Rechtswille einer Rechtsquelle.“

³⁾ Kitzinger, citiert bei Dohna, Die Rechtswidrigkeit,
Halle 1905, S. 20.

liche aber auch das einzige Begriffsmerkmal aller Widerrechtlichkeit“.⁴⁾ Fasst man ihn aber im Sinne der materiellen Widerrechtlichkeit auf, so ist rechtswidrig nicht was, und weil es verboten ist, sondern die Rechtsordnung verbietet, was rechtswidrig erfunden worden.⁵⁾ Die Kontroverse, ob der Begriff der Widerrechtlichkeit materiell oder formell aufzufassen sei, beruht einzig und allein auf dem unglücklichen Versuch, aus einem mehrdeutigen Worte einen abstrakten Begriff schaffen und damit zwei grundverschiedene Begriffe auf einen Nenner bringen zu wollen. Nur die auf die Spitze getriebene Begriffsju*ris*-prudenz des letzten Jahrhunderts konnte sich derart in der Abstraktion verlieren. Nur die unglückliche scholastische Richtung, in der die Rechtswissenschaft bis zur Jahrhundertwende, zum Teil bis heute befangen war, konnte Definitionen, begriffliche Fassungen der materiellen Widerrechtlichkeit hervorbringen. Was materiell die Rechtswidrigkeit begründet, ist eben nicht begrifflich zu erfassen, sondern kann lediglich einer philosophisch soziologischen Betrachtung unterzogen werden. Die Begriffsbestimmungen der materiellen Widerrechtlichkeit, die wir finden, weichen deshalb auch sehr voneinander ab, so lange sie noch ein wenig substantiell sind, und werden völlig unbestimmt und farblos, sobald sie sich abstrakt fassen und sich nicht mehr einer bestimmten philosophischen, soziologischen oder politischen Richtung anlehnen.⁶⁾

⁴⁾ Kitzinger, l. c.

⁵⁾ Dohna: Die Rechtswidrigkeit, Halle 1905, S. 27.

⁶⁾ Einige Beispiele: Nach Sauer ist die Rechtswidrigkeit „ein Verhalten, das nach der allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt“ (Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 216). Für Dohna ist ein rechtswidriges Verhalten: „ein solches, welches nicht als rechtes Mittel zu rechtem Zwecke anerkannt werden kann“ (Dohna, l. c., S. 54). Nach Eugen Huber ist „widerrechtlich“ das Verhalten, das von einem rechtlich denkenden Menschen im allgemeinen nicht erwartet wird“ (Stenogr. Bull. 1910, S. 328). Und ebenso Jean Bosc: „Il y a faute lorsqu'on ommet de faire quelque chose

Wir finden in der Literatur die Ansicht vertreten, dass nur eine naturrechtliche Einstellung einen ideellen Rechtsbegriff und somit die Vorstellung einer materiellen Widerrechtlichkeit ermögliche. Das ist unrichtig. Unter der materiellen Widerrechtlichkeit brauchen wir uns ja keine allgemeingültige und unabänderliche Grösse vorzustellen. Der Gesetzgeber erlässt seine Gebote nicht aus reiner Willkür, sondern bestraft Handlungen (um zum Deliktsrecht zurückzukehren, das uns ja hauptsächlich beschäftigt), welche die im Bewusstsein der massgebenden Kreise herrschenden Empfindungen verletzen. „Eine Handlung verletzt das Gemeinbewusstsein nicht, weil sie vom Gesetz als Verbrechen bezeichnet wird, sondern sie ist verbrecherisch, weil sie das Gemeinbewusstsein verletzt.“⁷⁾ Letzten Endes hat jeder Einzelne verschiedene Ansichten über das, was verboten zu sein verdient. Immerhin sind ungefähr dieselben starken und bestimmten Empfindungen im Bewusstsein des gleichen sozialen Typus lebendig.⁸⁾ Je nach den Machtverhältnissen in einem Lande wird eben die positive Rechtsordnung das Produkt der Ansichten dieses oder jenes sozialen Typus oder auch ein Kompromiss zwischen den verschiedenen Ansichten sein.

II. Der Ausdruck rechtswidrig (widerrechtlich, unrechtmässig) hat dadurch eine besondere Bedeutung erlangt, dass er in der Gesetzessprache verwendet worden ist. Er tritt an verschiedenen Stellen in den Strafgesetzbüchern auf. Im Entwurf zum schweizerischen Strafgesetzbuch finden wir ihn in Art. 127, der von „unrechtmässiger Entziehung von Energie“ spricht, sodann in Art. 161: „Wer in ein Haus, in eine Wohnung usw. unrechtmässig

qu'eût fait un homme raisonnable guidé par les considérations réglant ordinairement la conduite humaine“. (Essais sur les éléments constitutifs du délit civil, Thèse Monpellier 1900/1901.)

⁷⁾ Dürkheim, La division du travail social. 3. Aufl. Paris 1911, S. 48.

⁸⁾ Dürkheim, l. c. S. 39.

eindringt“. Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich braucht ihn im Tatbestand des Mordes: „wer vorsätzlich und mit Vorbedacht einen Menschen rechtswidrig tötet“ (§ 130) ferner im Abtreibungsparagraphen: „Wer eine Schwangere, welche rechtswidrig durch äussere oder innere Mittel ihre Frucht . . .“ (§ 140). Auch das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich weist ihn in einer Reihe von Straftatbeständen auf, so z. B. beim Hausfriedensbruch (§ 244) und der Nötigung (§ 239).

In allen diesen Fällen steht ganz zweifellos fest, welche Bedeutung dem Passus rechtswidrig oder unrechtmässig zukommt. Er ist in die Delikttatbestände aufgenommen worden, weil die betreffenden im Gesetze umschriebenen Handlungen auch mit Befugnis, in Ausübung eines Rechts, erfolgen können. Die Straftatbestände erfahren eine Einschränkung aus dem Inhalt anderer Rechteile und um diese andernorts angeführten Befugnisse nicht wiederholen zu müssen, wird im Passus „Widerrechtlich“ darauf hingewiesen.⁹⁾ Es ist eine rein stilistische Frage, ob dieser Hinweis in den Text aufgenommen werden soll, und welches Wort rechtswidrig oder widerrechtlich oder unberechtigt oder unbefugterweise (wie in § 132 und § 136 des Deutschen Strafgesetzbuches) gewählt werden soll.¹⁰⁾ Tatsächlich ist auch in der strafrechtlichen Literatur, fast durchwegs die sog. negative Widerrechtlichkeitstheorie, die im Passus „Widerrechtlich“ nur einen solchen Hinweis, ein negatives Tatbestandsmoment erblickt, vertreten worden.

III. Einer der heftigsten Gegner der soeben besprochenen Auslegungsweise ist Dohna. Wir benützen den

⁹⁾ Adolf Merkel: Lehrbuch des Strafrechts, 1889, S. 35 und Berolzheimer: Die Entgeltung im Strafrechte. 1903, S. 345. Lucas: Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht, 1883.

¹⁰⁾ Die Ausdrücke: „ohne Befugnis, ohne Recht“, wären plastischer gewesen, aber hätten den grossen Nachteil gehabt, ungezählten wissenschaftlichen Arbeiten und Dissertationen den Stoff zu entziehen!

Anlass, um einen Seitenblick auf seine Theorie zu werfen. Seine Abhandlung enthält zwei ganz verschiedene Lehren, die er unglücklicherweise verknüpft. Er gibt uns zuerst eine abstrakt formale Behandlung des Widerrechtlichkeitsbegriffes, die recht unerfreulich ist. Er erkennt den dem Ausdrucke Recht und somit auch dem Worte widerrechtlich innewohnenden Doppelsinn nicht und will deshalb nur eine Lösung gelten lassen. Er beginnt aus diesem Grunde mit einer ganz überflüssigen Polemik gegen die Ansicht, die Widerrechtlichkeit ergebe sich aus dem Widerspruch zur positiven Rechtsordnung. Dohna stellt sich zu Beginn seiner Abhandlung die Frage: Wann ist eines Menschen Verhalten rechtswidrig? (l. c. S. 15.) Schon diese Frage ist eben doppeldeutig. Wir finden die Antwort auf sie in der positiven Rechtsordnung, wenn wir unter dem „Wann“ verstehen: welche konkrete menschliche Handlung widerspricht einem rechtlichen Gebot? Es führt uns dagegen über die positive Rechtsordnung hinaus, auf deren Grundlagen, sobald wir nach dem „Warum“ der Widerrechtlichkeit fragen. Dohna fragt nach dem Warum, hat also von seinem Standpunkte recht, wenn er nach dem materiellen Gehalt der Widerrechtlichkeit forscht. Er fasst das Wesen der Rechtswidrigkeit in eine allgemein gültige „formale Maxime“. Widerrechtlich ist das Verhalten, welches nicht dasjenige Verhalten darstellt, auf dessen Erzielung die Rechtsordnung letzten Endes gerichtet ist, welches im Hinblick auf das Endziel der sozialen Gemeinschaft, nicht als rechtes Mittel zu rechtem Zweck anerkannt werden kann. Soweit ist gegen seine Ausführungen nichts einzuwenden, als was wir schon weiter oben gegen den Wert solcher formalen Maximen gesagt haben. Dohna will aber auch dem Ausdrucke „widerrechtlich“, dem wir in den einzelnen Normen des Strafgesetzbuches begegnen, diesen materiellen Sinn unterschieben. Weil es für ihn nur einen Begriff der Widerrechtlichkeit gibt, den materiellen, so zieht er bei seiner dialektischen Auslegung gar nicht in Be-

tracht, dass der Gesetzgeber diesem Worte einen formellen Sinn beigelegt haben könnte. Nach ihm soll dieser Ausdruck in solche Tatbestände aufgenommen worden sein, die (bis auf den Ausdruck widerrechtlich) erfüllt werden können, wobei sich die Handlung nach seiner formalen Maxime trotzdem als rechtmässig erweist. Der Gesetzgeber hätte also nach dieser Meinung die Aufnahme des Passus „widerrechtlich“ den Richter anweisen wollen, im Einzelfalle ausser dem Vorhandensein der Tatbestandsmerkmale die Unrichtigkeit der Handlung in materieller Hinsicht festzustellen. In den Tatbeständen der übrigen Verbrechen sei die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit ausgelassen, weil diese ohne allen Zweifel stets widerrechtlich, niemals rechtes Mittel zu rechtem Zwecke seien und in unseren Augen unter allen Umständen die Strafe zu verdienen scheinen (l. c. S. 23).

Der Wille des Gesetzgebers ist nur mittelbar festzustellen. Die Ansicht Dohnas lässt sich nicht durch einen Beweis widerlegen, um so weniger, da die Redaktion des Strafgesetzbuches, wie Dohna selbst zugibt, „in diesem Punkte jeden innerlichen Prinzipes entbehrt und daher bei der grundsätzlichen Festlegung des Begriffs der Rechtswidrigkeit irgend welches brauchbare Argument nicht abzugeben vermag“ (S. 32). Wir müssen für unsere gegenwärtige Ansicht an eine gewisse Einfühlungsgabe, vor allem aber an eine unvoreingenommene Stellungnahme appellieren. Dass die Gesetzgeber bei der Aufnahme des Ausdrucks „rechtswidrig“ in den Tatbestand des Hausfriedensbruchs und der Nötigung im Reichsstrafgesetzbuch, oder des Mordes, der Abtreibung im Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich usw. an die Fälle gedacht haben, in denen solche (die Tatbestände dem Wortlauten nach erfüllenden) Handlungen mit rechtlicher Befugnis begangen werden und nicht aus der Überlegung, sie könnten sich in einzelnen Fällen als rechtes Mittel zu rechtem Zwecke erweisen, scheint uns ausser jedem Zweifel zu liegen.

Im zweiten Teile seiner Abhandlung vertritt Dohna an Stelle einer rein grammatischen Interpretation nach dem Buchstaben der einzelnen Normen in vermehrtem Masse eine Auslegung nach dem aus der Gesamtheit der Rechtsordnung hervorgehenden Willen des Gesetzgebers. Die Rechtsordnung hat die Aufgabe, das soziale Zusammenleben der Gemeinschaftsglieder zu regeln (l. c. S. 491). Diese Aufgabe löst sie nach einigen Grundprinzipien, die nach der Meinung des massgebenden sozialen Typus das Gemeinschaftsleben beherrschen sollen. Unter anderem stellt sie Gebote und Verbote auf, die den Einzelnen zwingen sollen, dieser Idee eines Gemeinschaftslebens nachzuleben. Dass die Gesetze sich im allgemeinen damit begnügen, stärker verletzende Eindrücke zu verhindern, ist eine schon oft erwähnte Tatsache (vgl. S. 53). Der Gesetzgeber ist aus technischen Gründen gezwungen, sich mehr oder weniger abstrakt zu fassen, was öfters zur Folge hat, dass seine Normen zu weit gehen. Dem Wortlauten nach erfüllen deshalb auch Handlungen den gesetzlichen Tatbestand, die die soziale Ordnung, welche durch das Gebot geschützt werden sollte, gar nicht verletzen, vielleicht sogar fordern.¹¹⁾ Wenn dies zutrifft, so soll der Richter nicht an den toten Buchstaben des Gesetzes gebunden sein, sondern soll den Tatbestand als nicht erfüllt betrachten. Durch eine solche Auslegung wird der Richter „weit entfernt, dem gesetzgeberischen Willen damit Zwang anzutun, vielmehr demselben nur auf diesem Wege voll gerecht zu werden vermögen“ (S. 52). Dohna befürwortet also nicht, wie ihm vorgeworfen worden ist, eine Überprüfung der materiellen Unrichtigkeit der einen Straftatbestand erfüllenden Handlung nach freiem Ermessen; er will vielmehr nur, dass der Richter prüft, ob der Gesetzgeber diese oder jene Handlung, die dem Wortlauten nach den Tatbestand erfüllt, überhaupt unter Strafe hätte stellen wollen.

¹¹⁾ Als Beispiele führt Dohna u. a. das Züchtigungsrecht des Lehrers und das Operationsrecht des Arztes an.

Diese Auslegungsmethode, die nach dem Sinne forscht, statt am Wort zu haften, erlaubt uns in einer ganzen Reihe von Fällen befriedigende — es muss betont werden vom Standpunkt des Gesetzgebers aus befriedigende — Urteile, wie uns Dohna im dritten Teil seiner Abhandlung zeigt. Gegen sie liesse sich blass einwenden, dass der Richter, vom Zwange des Buchstabens befreit, leicht dazu neigen würde, seine statt des Gesetzgebers Ansichten über Recht oder Unrecht durchzusetzen. Jedenfalls hätte Dohnas These viel mehr Erfolg gehabt, wenn er seine an sich sehr vernünftige Ansicht über die Auslegung der Straftatbestände nicht durch eine verfehlte begriffliche Konstruktion begründet und durch Unterschiebung eines zweifellos falschen Sinnes im Passus „widerrechtlich“, wie wir ihn in einigen Straftatbeständen finden, eine Stütze seiner Theorie gesucht hätte.

IV. Im Zivilrecht treffen wir den Ausdruck „widerrechtlich“ oder „rechtswidrig“ bei der Regelung der Deliktsobligation. Der Art. 41 des schweiz. Obligationenrechtes spricht von widerrechtlicher Schadenzufügung, sei es aus Absicht oder Fahrlässigkeit, § 823 des deutschen BGB lässt denjenigen haften, der „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, die Gesundheit, den Körper, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines andern widerrechtlich verletzt“. In der Literatur finden wir vielfach die Meinung vertreten, dass es sich hier ebenfalls um kein positives Tatbestandsmoment handle, dass der Passus „widerrechtlich“ nur auf den Ausnahmefall hinweise, wo die Schädigung in Ausübung eines Rechtes geschehe. Dieser Ansicht ist der etwas prätenziöse Name „negative Widerrechtlichkeitstheorie“ beigelegt worden.¹²⁾

¹²⁾ Sie ist u. a. vertreten worden von Ch. Burckhardt, ZschwR, n. F. 22, von August Ernst, Die Bedeutung des Merkmals widerrechtlich in Art. 50 des schweiz. OR. Diss. Leipzig 1910, von Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Berlin 1903, I, 426.

Dem Ausdrucke kommt jedoch in diesen Bestimmungen eine andere Bedeutung zu, als in den oben behandelten strafrechtlichen Fällen. Wir bemerken dies sogleich, wenn wir ihn aus den beiden Gruppen von Gesetzesstellen wegdenken. Wenn wir ihn dort auslassen, so erfasst der Deliktstatbestand auch solche Handlungen, die in Ausübung eines Rechtes oder sogar einer Pflicht ausgeführt werden (z. B. Tötung durch den Henker); der Passus widerrechtlich hat also die Funktion auf rechtliche Befugnisse hinzuweisen. Hier aber fehlt uns, wenn wir ihn streichen, ein positives Tatbestandsmoment. Wenn jemand mit Erfolg ein Konkurrenzgeschäft eröffnet, so schadet er, und zwar vorsätzlich, den andern Vertretern dieses Geschäftszweiges. Warum haftet er nicht? Weil er nicht auf unerlaubte Weise, nicht widerrechtlich, Schaden zufügt. Widerrechtlich heisst also hier soviel wie „unerlaubt“, „auf unerlaubte Weise“.

Wir erkennen jetzt den Unterschied in der Struktur des zivilrechtlichen Delikttatbestandes und den oben angeführten strafrechtlichen Normen. Bei diesen haben wir es mit Verboten und Geboten zu tun; der Gesetzgeber verbietet — obschon er sich nicht in grammatischen Imperativen fasst, sondern sich einer indirekten Form bedient — bestimmte Handlungen: in ein fremdes Haus einzudringen, fremde Dinge sich anzueignen, usw. In jenen bestimmt das Gesetz bloss die rechtliche Folge, im Falle eine unerlaubte, eine rechtswidrige Handlung einem andern Schaden verursacht hat. Die strafrechtlichen Deliktstatbestände, die wir besprochen haben, umschreiben eine bestimmte Handlungsweise und stempen sie zu Verbrechen, ohne auf andere Verbotsnormen Bezug zu nehmen, während der Art. 41 OR und § 823 BGB nur dieforderungsrechtlichen Folgen der verbotenen Handlungen behandelt und somit keinen selbständigen Inhalt aufweisen, sondern durch andere Rechtsquellen ergänzt werden müssen. Auch im Strafrecht gibt es Tatbestände, die dieselbe Struktur wie das Privatdelikt auf-

weisen: die Fahrlässigkeitsdelikte, fahrlässige Tötung und fahrlässige Verletzung. Auch sie enthalten keine bestimmten Verbotsnormen, wie die übrigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches. Das Töten oder Verletzen im Sinne von Tod-verursachen, Verletzungen-verursachen, kann nicht verboten sein, denn jede Handlung kann Ursache eines Todesfalls oder einer Verletzung sein.¹³⁾ Die selbständige Verbotsnorm könnte höchstens darin erblickt werden, dass Handlungen zu unterlassen sind, die voraussichtlich in besonderem Masse geeignet sind, Tod oder Verletzung eines Menschen zu verursachen, m. a. W. die Mitwelt gefährdende Handlungen. Wenn wir aber die Rechtsprechung auf diesem Gebiete untersuchen, so werden wir sehr bald sehen, dass einerseits relativ geringe Gefährdungen zu Bestrafung führen, andererseits in hohem Masse gefährdende Handlungen, die zum Tode oder zur Verletzung eines Menschen geführt haben, den Tatbestand der fahrlässigen Tötung resp. Verletzung nicht erfüllen. Die Erfüllung des Tatbestandes hängt also auch von Momenten ab, die sich nicht aus dem Deliktstatbestand ergeben. Das Gesetz droht Strafe an für die unerlaubte, d. h. die rechtswidrige Gefährdung der anderen Menschen, im Falle die Gefährdung sich realisiert. Die Tatbestände der Fahrlässigkeitsdelikte weisen allerdings sehr oft den Passus „widerrechtlich“ nicht auf,

¹³⁾ In der Literatur finden wir vielfach diese falsche Meinung, dass die Widerrechtlichkeit im Zufügen, d. h. Verursachen der Rechtsgutverletzung liege. „Wer fremdes Eigentum verletzt, handelt an sich widerrechtlich“. Fischer, Die Rechtswidrigkeit in O. Fischers Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilprozess, Bd. 21, 1911, 137. Entscheidungen d. Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 50, S. 66. Virgile Rossel: Manuel du droit fédéral des obligations, II éd. 1905, p. 100: „L'acte illicite dans le sens de l'art. 50 est donc tout acte dommageable causé sans droit.“ Bundesger. Entscheide 32, II S. 279: „Die Verletzung von Rechten, Rechtsgütern oder rechtlich geschützten Interessen ist widerrechtlich.“

Auf den Irrtum ist schon aufmerksam gemacht worden von René Demogue: Traité des obligations en général, T. 3, p. 361.

weil er im Ausdrucke „fahrlässig“ inbegriffen ist, wie wir weiter unten sehen werden, und es ist ihm deshalb bei der Behandlung des Widerrechtlichkeitsbegriffes wenig Beachtung geschenkt worden. Wir begreifen jetzt auch, warum in der strafrechtlichen Doktrin fast durchwegs die sog. negative Widerrechtlichkeitstheorie vertreten worden ist, während in der zivilrechtlichen Literatur die Ansicht sich durchrang, das Kriterium der Widerrechtlichkeit gehe nicht aus den einzelnen Normen hervor, die Widerrechtlichkeit sei ein positives Tatbestandsmoment; eine Ansicht, die dann auch zu den sog. positiven Widerrechtlichkeitstheorien geführt hat, zu denen wir uns jetzt wenden werden. Die ganze Kontroverse zwischen positiver und negativer Widerrechtlichkeitstheorie wäre überhaupt nicht entstanden, hätte man nicht aus dem Ausdrucke „widerrechtlich“, der in gesetzlichen Bestimmungen von grundverschiedener Struktur auftritt, einen abstrakten Begriff ableiten wollen. Der Passus ist in einem Falle negativ zu deuten (er schliesst das Handeln gemäss einer aus der Rechtsordnung hervorgehenden Befugnis aus dem Tatbestand aus), im andern aber positiv (er fordert ein in der betreffenden Norm nicht enthaltenes Verbot oder Gebot).

V. Es gibt zwei positive Widerrechtlichkeitstheorien, die sog. subjektive und die sog. objektive.

Die subjektive stammt von Rensing, der sie aus der in den Quellen des römischen Rechts befindlichen Begriffsbestimmung der *inuria*: *Omne quod non iure fit, quod non iure factum est*, abgeleitet hat. Er geht von der Vorstellung aus, es gebe für jedermann eine bestimmt abgegrenzte Rechtssphäre und jedes Übertreten dieser eigenen bilde gleichzeitig einen Einbruch in die fremde Rechtssphäre, und sei deshalb widerrechtlich.¹⁴⁾ Diese De-

¹⁴⁾ Rensing, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach dem schweiz. Obligationenrecht und dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, unter besonderer Berücksichtigung des römischen Rechts. 1892.

finition passte zum römischen Rechte, das keine dem Art. 41 OR abstrakt gefasste Bestimmung kannte und sich darauf beschränkte, einige besondere Privatdelikte zu umschreiben (furtum, rapina, injuria usw.). Die Erfüllung dieser Tatbestände waren direkte Verletzungen von fremden Rechtsgütern, Eingriffe in die fremde Rechtsphäre. Auch die Lex Aquilia beschränkte sich darauf, eine Haftung für direkte Verletzung eines fremden Rechtsgutes aufzustellen: Die Ersatzpflicht für *damnum corpori corpore datum*. Das römische Recht, wenigstens das ältere, kannte nur Haftung für direkte Schadenszufügung, nicht für eine entfernte Verursachung von Verletzungen eines fremden Rechtsgutes. Seitdem erlangte aber die Aquilische Haftung eine Umwandlung in die viel allgemeinere abstraktere Form: Haftung nicht nur für körperliche direkte Zufügung, sondern für jeglichen Schaden, der die Folge einer schuldhafte begangenen Handlung darstellt. Es kann nun aber, wie wir gesehen haben, jede beliebige Handlung Ursache eines Schadensereignisses werden. Wenn wir also unter Eingriff in die fremde Rechtssphäre (was nach Rensing die Widerrechtlichkeit ausmacht) das Setzen einer Ursache zu einem Schadensereignis verstehen, so würde jede, wenigstens jede gefährdende Handlung ohne besondere Befugnis widerrechtlich und wir gelangen zur unmöglichen Präsumption der Widerrechtlichkeit.

VI. Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie ist rechtswidrig die Verletzung einer allgemein verbindlichen (nicht aus einem speziellen Rechtsverhältnis sich ergebenden) Pflicht.¹⁵⁾ Wir haben schon gesehen, dass der Passus „widerrechtlich“, wie er in Art. 41 OR, im § 823 BGB und in einzelnen Strafgesetzbüchern bei den Fahr-

¹⁵⁾ Gmür, Übereinstimmung der Begriffe im Zivil- und Strafrecht. ZschwR, Bd. 22, S. 619. E. Hafter, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, allg. Teil, Berlin 1926, S. 85. v. Tuhr, allg. Teil des BGB, Bd. 2, 1 S. 121, Bd. 2, 2, S. 452. Staudinger, Kommentar zum BGB und den Einführungsgesetzen, 7./8. Aufl., 1912, Bd. 2, S. 1703.

lässigkeitsdelikten verwendet wird, im Sinne dieser Theorie zu deuten ist. Diese allgemeinen Pflichten (die übrigens sowohl die Unterlassung als die Vornahme einer Handlung fordern können) gehen aber nicht restlos aus dem gesetzten Rechte hervor. Wenn nur die Verletzung der im Gesetze fest umschriebenen Pflichten die Haftung begründen könnte, so müsste die Rechtsordnung mit einer Unmenge von Verboten und Vorschriften überlastet werden. Die Gestaltung des Lebens ist eine so bunte und mannigfaltige, dass die reichste Rechtsordnung und der sorgfältigste Gesetzgeber unmöglich alle Einzelfälle berücksichtigen könnte, in denen die auf hochentwickelter Kooperationsstaffel stehende Gesellschaft die Vornahme oder Unterlassung gewisser Handlungen fordern muss. Wir finden ja auch tatsächlich nirgends, weder in der Literatur noch in der Praxis die Ansicht vertreten, dass die Ersatzpflicht für Schadenszufügung nur denjenigen treffen könne, der eine irgendwo in der Rechtsordnung ausdrücklich erwähnte Pflicht verletzt hat.

Ein Beispiel: Jemand lasse eine geladene Schusswaffe herumliegen. Ein Kind finde sie, spiele damit und töte damit seinen Spielgefährten. Der Besitzer der Waffe würde sicherlich wegen fahrlässiger Tötung und zu Schadenersatz verurteilt, auch wenn keine Verordnung bestände, die Vorsichtsmassregeln beim Gebrauch von Feuerwaffen vorschreibt. Wenn der Richter zur Verurteilung gelangt, trotzdem die Handlung des Beklagten nirgends expressis verbis verboten ist, so muss er aus anderer Quelle das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit schöpfen, er muss bestimmte Handlungen als unerlaubt, als rechtswidrig betrachten, die nicht ausdrücklich verboten werden, und bestimmte Pflichten als selbstverständlich auffassen, die sich nicht unmittelbar aus einem geschriebenen Rechtssatze ergeben. Das privatrechtliche Delikt und die Fahrlässigkeitsdelikte sind eben durch das Gesetz unvollständig bestimmt. Die Normen haben andere Rechtssätze zur Voraussetzung, die nur zum Teil

im gesetzten Recht zu finden sind, zum grossen Teil aber aus dem allgemeinen Rechtsempfinden hervorgehen. Der Richter urteilt in den meisten Fällen nach freiem Ermessen, ob die Gefährdung über das erlaubte Maass hinausgegangen, also rechtswidrig war. Bei seiner Beurteilung wird nicht nur der Grad der Gefährdung (Wahrscheinlichkeit des Eintritts und Umfang der drohenden Verletzung), sondern auch der Wert des gefährdeten Rechtsgutes, der Zweck der Handlung, der Usus usw. ausschlaggebend sein.

Zusammenfassend können wir sagen, rechtswidrig ist ein Verhalten, das entweder direkt durch eine gesetzliche Bestimmung verboten ist, oder nach herrschender Auffassung eine unerlaubte Gefährdung eines Rechtsgutes ist.

VII. Wenn das rechtswidrige Verhalten auch vom Standpunkte des Täters aus, subjektiv betrachtet, unkorrekt war, so ist überdies das Schuldmoment erfüllt: die Handlung ist schuldhaft widerrechtlich. Wenn der Täter aber durch unverschuldete Umstände gezwungen war, seine Pflicht zu verletzen (Irrtum, Unzurechnungsfähigkeit, Krankheit usw.), so liegt bloss (objektive) Widerrechtlichkeit vor. Es gibt aber zahlreiche Fälle, in denen man zur Prüfung der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung den Tatbestand so weit individualisieren muss, dass man in die Sphäre des subjektiven, des psychischen Verhaltens eindringt. Tatbestände wie die Beleidigung, die unzüchtige Handlung, die Schikane, enthalten schon ein persönliches Moment, setzen es voraus, sodass sie schuldlos gar nicht begangen werden können. Ebenso können wir sehr oft, ob eine Gefährdung erlaubt oder unerlaubt war, nur dann entscheiden, wenn wir unmittelbar vom Standpunkt des Täters ausgehen.
