

## Der Zweckgedanke im Strafrecht.<sup>1)</sup>

Von Professor v. Liszt in Marburg.

### I. Der Ausgangspunkt.

Der alte Gegensatz der philosophischen Weltanschauung, der in dem *dixanon νόμος* und *dixanon ποσει* einen zwar eng begrenzten, aber bezeichnenden Ausdruck findet, hat für keine andre Einzeldisziplin, die Ethik mit eingeschlossen, unmittelbare praktische Bedeutung als für die Wissenschaft des Strafrechts. Ob die Strafe als Vergeltung begriffsnotwendige Folge des Verbrechens oder ob sie als Form des Rechtsgüter schutzes zweckbewußte Schöpfung und zielbewußte Funktion der staatlichen Gesellschaft ist; ob sie in der Sühne der Vergangenheit — *quia peccatum est* — ihren zureichenden, jede weitere Rechtfertigung ausschließenden Grund oder ob sie in der Wirkung auf die Zukunft — *ne peccetur* — ihre keiner weiteren Begründung bedürftige Rechtfertigung findet: das ist kein Streit der Schulen, an welchem der Jurist des täglichen Lebens mit kühler Achtung vorbeigehen könnte, seine Zweifel beruhigend in dem unerschütterlichen Glauben an die Autorität des geltenden Rechts. In der Beantwortung jener Fragen liegt vielmehr die Umgrenzung der vom Staate mit Strafe zu bedrohenden Handlungen, sowie der Maßstab für Inhalt und Umfang der Strafe; der Maßstab, den der Gesetzgeber braucht, wenn er den Strafrahmen für den Deliktsbegriff entwirft; der Richter, wenn er innerhalb des Strafrahmens dem einzelnen Verbrechen die ihm gebührende Strafe zumißt; der Strafanstaltsbeamte, wenn er der zuerkannten Strafe im Vollzuge den konkreten Inhalt verleiht. Und der Beantwortung jener Fragen entnahmen und entnehmen wir das Lösungswort im

<sup>1)</sup> Zuerst (mit einzelnen Abweichungen) als Marburger Universitätsprogramm gedruckt.

Kampfe für wie gegen die Reformbestrebungen. Wer in der Strafe ein willkürliches Gebilde menschlicher Klugheit erblickt, bestimmt zur Hintanhaltung gemeinschädlicher Handlungen, der wird nur zu leicht geneigt sein, von einer Umgestaltung der Gesetzgebung die gründliche Heilung aller sozialen Übelstände zu erwarten, mag er in der Verbesserung des Strafsystems, mag er in der Einengung desselben durch Präventivmaßregeln das Ziel der Reform erblicken. Wenn die Strafe als die notwendige, aller menschlichen Erwägung vorhergehende und von ihr unabhängige Folge des Verbrechens erscheint, der wird, trotz aller Konzessionen im einzelnen, an der alleinseligmachenden Kraft tiefgreifender Umgestaltungen verzweifeln. Es bedarf nur eines Blickes auf die Geschichte der Strafe, um die Richtigkeit dieser Behauptung einzusehen: alle Entwicklung im Strafsystem, im guten wie im schlimmen Sinne, insbesondere die ganze Ausbildung und Verbildung des charakteristischen Merkmals der modernen Strafrechtspflege, der Freiheitsstrafe, ist im Kampfe der relativen mit den absoluten Theorien, sowie jener untereinander, ist also durch die Betonung der Strafzwecke ermöglicht, eingeleitet und durchgeführt worden.

Es war daher eitel Selbsttäuschung, wenn manche, wie Th. N. Schübe (1874), die Erörterung jener Fragen aus den Lehrbüchern des Strafrechts verbannen zu dürfen glaubten. Die Geschichte des Strafrechts kann nicht verstanden, das geltende Recht nicht gewürdigt, die Richtung seiner Weiterbildung nicht bestimmt werden, wenn die Triebfedern aller Entwicklung des Strafrechts verborgen bleiben.

Allerdings fand diese vorsichtige Zurückhaltung ihre psychologische Rechtfertigung in der allgemeinen Stagnation, welche auf diesem Gebiete der Strafrechtswissenschaft eingetreten war. Jahrzehnte hindurch hatte in der communis opinio der Strafrechtslehrer die Vergeltungsstrafe die unbestrittene Herrschaft geübt; mochten sie an Kant oder Fichte, an Hegel oder Herbart anknüpfen, mochten sie vielleicht auch bemüht sein, auf den Stamm absoluter Vergeltung das Reiz des Zweckgedankens künstlich, mühselig und doch erfolglos aufzupropfen — in dem Einen waren sie einig: in der rücksichtslosen Verwerfung, ich möchte sagen, in der wissenschaftlichen Brandmarkung aller jener Theorien, welche den Zweckgedanken zu ihrem Ausgangspunkte zu machen sich unterfingen. Noch im Jahre 1878 konnte

selbst Binding<sup>1)</sup> mit der ihm eigentümlichen Entschiedenheit den relativen Theorien das Recht absprechen, an der wissenschaftlichen Diskussion weiter teilzunehmen. Da seine Äußerungen den damals noch für unangreifbar gehaltenen Standpunkt scharf bezeichnen, da ich auch später noch einmal auf dieselben zurückkommen muß, sei es mir gestattet, sie hier ihrem Wortlaute nach anzuführen. Binding sagt:

„Mit dem Zerfall der naturrechtlichen Staatsauffassung war zugleich der in der neuesten Zeit wieder gewonnene Sieg der absoluten über die relativen Theorien entschieden. Und mit Recht! Denn bei aller Hochachtung vor dem Scharfsinn und der edlen Gesinnung gar mancher Anhänger der verschiedenen Theorien kann man sich deren wissenschaftliche Haltlosigkeit nicht verhehlen. Das Delikt ist danach nicht Grund, sondern nur notwendige Voraussetzung der Strafe. Aber warum dies? Warum wird nur gestraft, nachdem verbrochen ist? Warum ist das Delikt das einzige Symptom, woraus die Gefahren der Gesellschaft erkannt werden können? Wie kommt ferner die relative Theorie dazu, den zu strafen, dessen That nicht Strafgrund ist, dessen That nur den wahren Strafgrund, die Unsicherheit der Gesellschaft, enthüllt hat? Läge es nicht näher, ihm dafür den Dank der Gesellschaft zu votieren? Wäre es von diesem Standpunkte nicht allein zulässig, das Verbrechen mit einer Verbesserung der Schul- und Polizeieinrichtungen zu beantworten? Und wie kann es die relative Theorie rechtfertigen, den Delinquenten, also doch einen Menschen, herabzuwürdigen zum Objekt des Experimentes, ob durch seine Bestrafung Quellen künftigen Unheils für andre ihm gleichartige Menschen verstopft werden können? noch dazu, da dieses Experiment in so vielen Fällen erfolglos verläuft, also die Strafe, deren einziger Rechtsgrund die Zweckmäßigkeit sein soll, ihren Zweck verfehlt! Endlich muß die relative Theorie konsequent bei dem Satze anlangen: nicht der Staat, sondern die bedrohten Gesellschaftskreise ohne Rücksicht auf die sie durchschneidenden Staatsgrenzen müssen das Strafrecht besitzen, während die Wirklichkeit das Gegenteil lehrt. Eine Strafrechtstheorie aber, die nicht zu sagen weiß, warum sie überhaupt straft, warum sie nur straft, nachdem verbrochen

<sup>1)</sup> Grundriß der Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 2. Aufl. 1878. S. 94. Vgl. auch Binding in der Zeitschrift für Privat- und öffentl. Recht IV (1878) S. 417 ff.

ist, warum sie den Verbrecher straft, obgleich dessen That den Rechtsgrund der Strafe nicht abgibt, warum sie endlich zugibt, daß der Staat den Verbrecher straft, **eine solche Theorie kann in unserer Wissenschaft eine Stellung nicht mehr beanspruchen.**"<sup>1)</sup>

Aber rasch hatte die Sachlage sich geändert. Die totgesagten Gegner erhoben von neuem das Haupt und zückten das eingerostete Schwert. Kein Beringerer als Thering hatte in seinem „Zweck im Recht“ schon 1877 den Grundgedanken der relativen Theorien zum Ausgangs- und Zielpunkte aller seiner Betrachtungen gemacht und den Zweck als die Triebkraft bezeichnet, welche Recht und Staat aus sich hervorbringt; und diese eine Thatfache hätte genügt, um jene vornehme Ablehnung wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit dem Zweckgedanken als einigermassen verspätet erscheinen zu lassen. Dazu trat ein zweiter Umstand. Die allgemeine Unzufriedenheit mit den praktischen Erfolgen der von der *communis opinio* beherrschten Strafgesetzgebung, das wachsende Entsetzen über die in der Kriminalstatistik zum unwiderlegbaren Ausdruck gelangende Ohnmacht der doktrinären Strafrechtspflege hatten den Zweifel an der Wahrheit der seit Jahrzehnten an allen deutschen Universitäten vorgetragenen Doktrinen in weiten und weiteren Kreisen wachgerufen. Es bedurfte nur eines äußeren Anlasses, um die latenten Kräfte zu entfesseln. Und diesen äußeren Anlaß gab die bekannte Schrift Mittelstädt's: „Gegen die Freiheitsstrafen“ (1879). Darin liegt ihre oft verkannte Bedeutung, darin das Geheimnis ihres Erfolges. Sie sprach rückhaltlos, vielleicht zu schroff und sicherlich zu einseitig aus, was die nicht unter dem Banne der Schule stehende Masse der Juristen längst gefühlt hatte. Sie war kein Programm, aber ein „Aufruf zum Kampfe“;<sup>2)</sup> und dieses Ziel hat sie erreicht. Seit 1879 ist der Kampf auf der ganzen Linie entbrannt.<sup>3)</sup> Wie immer sein

<sup>1)</sup> Die hier fettgedruckten Worte sind bei Binding nicht durch den Druck hervorgehoben.

<sup>2)</sup> Sontag, Zeitschrift für die ges. Strafrechtswiss. I. S. 484.

<sup>3)</sup> Hervorzuheben wären: v. Schwarze, Die Freiheitsstrafe. 1880; Sichert, Über Rückfälligkeit der Verbrecher. 1881; Krohne, Der gegenwärtige Stand der Gefängniswissenschaft in der Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft I. (1881) S. 53–92; Sontag, Beiträge zur Lehre von der Strafe, ebenda I. S. 480–529 (auch im Separatdrucke unter dem Titel „Für die Freiheitsstrafen“ erschienen); Mittelstädt, Für und wider die Freiheitsstrafen, ebenda II. (1882) S. 419–429. Ferner: Kräpelin, Die Abschaffung des Strafmaßes.

Ausgang sein mag, die Gegner der herrschenden Ansicht haben sich heute schon die Anerkennung als kriegsführende Macht erkämpft; drei Jahre, nachdem Binding die oben angeführten Worte geschrieben, brach H. Meyer, der es versuchte, sich vor die Bresche zu stellen, in den Klageruf aus: <sup>1)</sup> „Nachdem der alte Streit zwischen idealistischer und realistischer Richtung im Strafrecht lange Zeit zu Gunsten der ersteren entschieden zu sein schien, hält jetzt die realistische Richtung wieder mit ziemlichem Geräusch ihren Einzug.“

Auch außerhalb Deutschlands ist die Bewegung in Fluß gekommen. Die junge „anthropologische Schule“ Italiens, <sup>2)</sup> geführt von Lombroso, Ferri und Garofalo, rasch an Anhängern gewinnend und namentlich in Frankreich sympathisch begrüßt, hat mit jugendlichem Ungestüm in der Verwertung kaum gefundener Resultate, aber auch mit jugendlicher Kraft und Begeisterung den Kampf gegen die klassische Kriminalistik aufgenommen; sie bestreitet dem Strafrecht den Charakter einer juristischen Disziplin und verwandelt es in einen Zweig der Gesellschaftswissenschaft; sie mißtraut den Wirkungen der Strafe und will diese auf einem großen Gebiete ihrer bisherigen Herrschaft ersetzen durch Präventivmaßregeln („Straffurrogate“); sie nimmt dem Strafprozeß seine juristische Gestaltung und verwandelt ihn in eine fachmännische psychiatrisch-anthropologische Untersuchung des Verbrechers; sie erblickt ihre Hauptaufgabe in der Erforschung der Ursachen des Verbrechens, und ihre medizinischen wie juristischen Anhänger wetteifern in statistischen und anthropometrischen Untersuchungen.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die ganze Bewegung, in Deutschland so gut wie in Italien, vorläufig noch nicht zur Klärung ge-

1880 (Inhaltsangabe in Zeitschrift u. s. w. I. S. 157); Willert, Das Postulat der Abschaffung des Strafmaßes und die dagegen erhobenen Einwendungen Zeitschrift II. S. 473–496.

<sup>1)</sup> H. Meyer, Die Gerechtigkeit im Strafrecht. Gerichtsamt XXXIII. S. 101 ff., 161 ff. (Inhaltsangabe in Zeitschrift I. S. 604).

<sup>2)</sup> „Über den Ursprung, das Wesen und die Bestrebungen der neuen anthropologisch-kriminalistischen Schule in Italien“ hat Professor Cesare Lombroso in Turin in der Zeitschrift I. S. 130–154 eingehend berichtet. Die seither erschienenen, durch diese Bewegung hervorgerufenen italienischen und französischen Arbeiten sind in der Zeitschrift vollständig und unter Mitteilung der Resultate verzeichnet. Ich begnüge mich daher mit einem Hinweis auf das systematische Sachregister der bisher erschienenen Bände und mache insbesondere auf die Arbeiten des rasch herangereiften Ferri aufmerksam.

langt ist. Selbst wenn wir von den revolutionären Ansichten der Italiener absehen, gehen die Anhänger der Reformbewegung in ihren Forderungen nach den entgegengesetzten Richtungen auseinander: während Mittelstädt enge, das richterliche Ermessen möglichst ausschließende Strafrahmen fordert, sehen Kräpelin und Willert nur in der Beseitigung des Strafmaßes das Heil der Zukunft. Aber die Bewegung ist da; sie kann mißbilligt und widerlegt, bekämpft und verworfen, sie darf und kann nicht totgeschwiegen werden. Die Wissenschaft muß zu ihr Stellung nehmen. Und das ist der erste Sieg, den der Zweckgedanke sich erkämpft hat.

Ich hatte meine Stellung zu dieser Bewegung schon in meinem Reichsstrafrecht (1881)<sup>1)</sup> angedeutet. Der mir zur Verfügung stehende Raum gebot äußerste Kürze. Andeutungen mußten genügen; Ausführung wie Begründung waren unmöglich. Wohl darum ist meine Ansicht mehrfach mißverstanden worden, am gründlichsten von demjenigen Schriftsteller, der sie am gewissenhaftesten gewürdigt hat.<sup>2)</sup> Vielleicht gelingt es mir in diesen Zeilen, die Ursache des Mißverständnisses zu beseitigen.

Aber vorher möchte ich meine Ansicht, im engsten Anschlusse an meine damalige Darstellung, nochmals zusammenfassen. Die Strafe ist ursprünglich, d. h. in jenen primitiven Formen, welche wir im Urfange der menschlichen Kulturgeschichte zu erkennen vermögen, blinde, instinktmäßige, triebartige, durch die Zweckvorstellung nicht bestimmte Reaktion der Gesellschaft gegen äußere Störungen der Lebensbedingungen des einzelnen wie der vorhandenen Gruppen von Einzelindividuen. Aber allmählich verändert die Strafe ihren Charakter. Ihre Objektivierung, d. h. der Übergang der Reaktion von den zunächst beteiligten Kreisen auf unbeteiligte ruhig prüfende Organe ermöglicht die unbefangene Betrachtung ihrer Wirkungen. Die Erfahrung erschließt das Verständnis der Zweckmäßigkeit der Strafe. Sie gewinnt durch den Zweckgedanken Maß und Ziel; die Voraussetzungen der Strafe (das Verbrechen) sowie Inhalt und Umfang derselben (das Strafsystem) werden entwickelt; in der Herrschaft des Zweckgedankens wird die Strafgewalt zum Strafrecht. Aufgabe der

<sup>1)</sup> S. 14 ff.

<sup>2)</sup> v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts I. 1882.

Zukunft ist es, die begonnene Entwicklung weiter zu führen im gleichen Sinn, die blinde Reaktion konsequent umzugestalten in zielbewußten Rechtsgüterschutz.

Die Stellung dieser Ansicht den bisherigen „Theorien“ gegenüber dürfte schon jetzt erkennbar sein. Sie wendet sich gegen die relativen Theorien, indem sie den von dem Zweckgedanken durchaus unabhängigen, mithin absoluten Ursprung der Strafe betont; sie bekämpft die absoluten Theorien, indem sie die Weiterbildung der Strafe durch den Zweckgedanken als Ergebnis der bisherigen Entwicklung nachweist und als Forderung der Zukunft aufstellt. Sie gestattet — und darauf lege ich großes Gewicht — jede metaphysische Grundlegung der Strafe und verwehrt zugleich — darauf lege ich nicht minder Gewicht — jeder metaphysischen Spekulation den Einfluß auf die empirische Gestaltung der Strafe. Sie ist also, wenn man so will, eine Vereinigungstheorie, aber fundamental verschieden von den bisher so genannten. Denn sie findet die Möglichkeit einer Verbindung scheinbar unvereinbarer Elemente in der Annahme einer allmählichen Summierung kleiner quantitativer Differenzen. Sie könnte sich daher als „evolutionistische“ Theorie bezeichnen, wenn nicht dieser Ausdruck für eine wesentlich verschiedene, weil den absoluten Urgrund der Dinge leugnende Weltanschauung verwendet zu werden pflegte.

## II. Die Strafe als Triebhandlung.

1. Indem ich die primitive Strafe als blinde instinktmäßige triebartige Reaktion, mit einem Worte als Triebhandlung bezeichnete, wollte ich damit zunächst und in allererster Linie eine negative Eigenschaft der primitiven Strafe zum möglichst scharfen Ausdrucke bringen. Die Strafe ist eben nicht, wie die Anhänger der relativen Theorien übereinstimmend annehmen, eine Ausklügelung menschlichen Wixes, ein Ergebnis staatlicher Rechenkunst, sie ist nicht hervorgebracht durch den Zweckgedanken, sondern unabhängig von ihm und ihm vorhergehend in die menschliche Kulturgeschichte eingetreten. Wäre die Strafe, was wir in Abrede stellen, eine Erfindung menschlicher Klugheit, dann könnten wir sie unmöglich überall, in der Urgeschichte aller Völker, in gleicher, typisch wiederkehrender Gestalt nachweisen, wie dies der vergleichenden Rechtswissenschaft, trotz aller Lückenhaftigkeit ihres Materials, trotz der Unsicherheit ihrer Bewegungen, bereits

in so glänzender, überzeugender Weise gelungen ist.<sup>1)</sup> Wäre sie Erfindung menschlicher Klugheit, wie könnten wir uns die der primitiven Strafe analogen, nur quantitativ von ihr verschiedenen Erscheinungen der Tierwelt erklären? — Eben darum aber, weil die primitive Strafe Triebhandlung, d. h. durch die Zweckvorstellung nicht bestimmte Reaktion ist gegen Störungen der Lebensbedingungen des einzelnen und der bereits vorhandenen Gruppen von Einzelindividuen, also gegen Handlungen, die wir kurz, wenn auch ungenau, als Verbrechen bezeichnen können, eben darum ist die Strafe notwendige Folge des Verbrechens. Diese Konsequenz allein scheidet meine Ansicht grundsätzlich und endgültig von allen relativen Theorien. Um diese Notwendigkeit der Strafe, ihre Unabhängigkeit von Menschenwitz und staatlicher Klugheit, um die Ablehnung des Zweckgedankens in der primitiven Strafe in klarster und unzweideutigster Weise zum Ausdruck zu bringen, habe ich sie als Triebhandlung bezeichnet; oder kann das *δικαιον φύσει* schärfer betont werden?<sup>2)</sup>

Woher nun aber diese Triebhandlung? Wie haben wir uns die gleichmäßige Wiederkehr der primitiven Strafe auf allen Anfangsstufen menschlicher Geschichte zu erklären? Was ist die Ursache dieser triebartigen und darum notwendigen Reaktion gegen das Verbrechen?

Wer die Antwort auf diese Frage aus der Metaphysik sich holen will, dem bleibt es unverwehrt. Meine Auffassung der Strafe hindert ihn nicht daran. Denn die Deutung der Thatfache, wie jene auch immer lauten mag, berührt die empirische Existenz der Thatfache nicht und auf diese allein kommt es mir an. Nur eins darf nicht vergessen werden: die Wissenschaft hört auf, wo die Metaphysik beginnt. Mag das Streben, die Schranken des Naturerkennens zu überfliegen, das Welträtsel zu lösen, den Schleier der Maja zu lüften, mag dieses ernsteste und heiligste aller Streben noch so tief in unsrer Anlage wurzeln, noch so unabweislich durch sie gefordert werden: zu

<sup>1)</sup> Zu vergl. sind insbes. die verschiedenen Arbeiten von A. F. Post: Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit, 1875; Der Ursprung des Rechts, 1876; Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens, 1878; Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis I. Bd. 1880, II. Bd. 1881 (Zeitschrift II. S. 147).

<sup>2)</sup> Die Bemerkung v. Bar's Handbuch I. S. 195 beruht daher auf einem Mißverständnis.

wissenschaftlicher Untersuchung führt es nicht. Nicht etwa feindselig, nicht einmal an sich ablehnend steht die Wissenschaft des Strafrechts der metaphysischen Erklärung der Strafe gegenüber; aber als etwas heterogenes muß sie all' diese Versuche betrachten und von sich ablehnen.

Sollte mich meine Hoffnung täuschen, daß gerade an diesem Punkte eine Verständigung der widerstrebenden Ansichten möglich wäre? eine Verständigung zwischen dem Strafrecht und der Philosophie über die von hüben wie drüben nicht zu überschreitende Grenzlinie? —

Aber diese Abweisung der Metaphysik, nicht aus der nach Anschauung ringenden Weltbetrachtung, sondern aus der nach Erkenntnis strebenden Wissenschaft bedeutet nicht die Ablehnung wissenschaftlicher Hypothesen, vorausgesetzt daß diese nicht mehr scheinen wollen als sie sind. Nach der von mir bereits in meinem „Reichsstrafrecht“ angegebenen Hypothese, von deren fruchtbringenden Bewährung ich mich mehr und mehr überzeugt habe, ist die primitive Strafe nicht bloß im negativen, sondern auch im positiven und eigentlichsten Sinne Triebhandlung, d. h. Ausfluß des Strebens nach Selbstbehauptung des Individuums, nach individueller Selbsterhaltung (und damit vielleicht in letzter Linie nach Arterhaltung), welches auf äußere Störungen seiner Lebensbedingungen durch repulsive Handlungen gegen die Ursache jener Störungen reagiert. Dadurch würde zugleich, da ja der Trieb auch in dieser positiven Bedeutung durch sein blindes, instinktmäßiges Walten sich charakteristisch von dem Willen im engeren Sinne abhebt, unsere Ablehnung des Zweckgedankens aufs neue gerechtfertigt und erklärt werden.

Nun scheint mir die Zurückführung der primitiven Strafe auf jene repulsive Reaktion gegen äußere Störungen durch die Thatfachen so sicher beglaubigt und im wesentlichen so allgemein anerkannt zu sein<sup>1)</sup>, daß ich für meine Person die Erklärung der Strafe durch den individuellen Selbsterhaltungstrieb gar nicht einmal als Hypothese bezeichnen möchte, wenn ich auch keinen Anlaß habe, gegen diese Bezeichnung irgend welchen Einspruch zu erheben. Wie das Tier, so

<sup>1)</sup> Dühring, Kursus der Philosophie, 1875, S. 219 ff.; E. v. Hartmann, Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins, 1879, S. 196 ff. — Post, Bausteine I. S. 141: „überall wirkt die Rache mit der Kraft eines Naturgesetzes. Nichtausübung derselben ist identisch mit Unterdrückung oder Vernichtung der Individualität.“ — Vgl. auch Zeltner, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe, 1878, S. 90 f.

reagiert der primitive Mensch gegen äußere Störungen, mögen sie von einem belebten, sei es vernunftbegabten, sei es vernunftlosen, Wesen ausgehen, mögen sie in dem Walten der Naturkräfte ihren Grund haben; wie bei jenem, so erfolgt bei diesem die Reaktion als Selbstbehauptung durch Vernichtung oder Verletzung des sinnlichen Urheber der Störungen. Wie sehr auch die fortschreitende Zivilisation die triebartige Reaktion zurückgedrängt hat, indem sie für Befriedigung des Triebes auf indirekten Wegen sorgt: noch in unseren Tagen durchbricht im „Lynchgesetz“ der unterdrückte Trieb mit elementarer Gewalt (dem Kennzeichen des Triebes) die von der Gesellschaft gezogenen Schranken.

Die Hypothese beginnt m. E. erst, wenn wir uns den individuellen Selbsterhaltungstrieb denken als im unbewußten Dienste der Arterhaltung stehend.<sup>1)</sup> Ich will diese Hypothese, die uns manchen tieferen Einblick in das Wesen der Strafe gewähren wird und dadurch sich selbst rechtfertigen mag, hier nicht weiter verfolgen.<sup>2)</sup> Aber es ist vielleicht nicht ohne Interesse, zu beachten, daß derselbe Gedanke in den verschiedensten Wendungen immer wiederkehrt, von dem *ῥόσι πολιτικὸν ζῶον* des Aristoteles bis zu der Thering'schen „Koinzidenz der Zwecke“, nach welcher der Egoismus im Dienste der

<sup>1)</sup> Die Begründung und Durchführung dieser Auffassung des Selbsterhaltungstriebes findet sich in den auf breiter empirischer Grundlage ruhenden Arbeiten von G. S. Schneider: *Der tierische Wille*, 1880; und insbes.: *Der menschliche Wille vom Standpunkte der neueren Entwicklungstheorien* (des Darwinismus). 1882. — Ungleich weiter geht Post, *Bausteine* I S. 140: „Das Rachegefühl ist ein ganz allgemeines; es geht keineswegs bloß gegen andre Menschen. Wird es nicht durch den Intellekt gezügelt, so richtet es sich ebensogut gegen Tiere oder leblose Gegenstände. Das Rachegefühl ist auch nicht dem Menschen allein eigen, sondern das Tier kennt dasselbe ebenso. Wir werden es hier wahrscheinlich mit einer tellurisch-organischen Äußerungsform eines allgemeinen kosmischen Gesetzes zu thun haben, welches im Menschen deshalb wirksam ist, weil er ein kosmisches Individuum ist. Die Erhaltung der Individualität in ihrer Vollkraft anderen kosmischen Individuen gegenüber ist der Inhalt eines jeden Racheaktes, und es wohnt jedem kosmischen Individuum das Bestreben inne, seine Individualität zu erhalten. — Wenn wir erst einmal die Stellung des Menschen im Universum als kosmisches Partialsystem begriffen haben, werden wir daran denken können, die Rache auf ihre kosmischen Ursachen zurückzuführen. Vorläufig werden wir hierauf noch verzichten müssen.“

<sup>2)</sup> Dem der Ausdruck verlegend klingt, der setze statt „Arterhaltung“: Menschheit. Soweit es sich um die menschliche Strafe als Ausfluß des Selbsterhaltungstriebes handelt (und nur auf diese kommt es uns hier an), ergibt die Vertauschung keinen Unterschied.

Gesamtheit arbeitet — wie „das Infusorium: ausschließlich sich selber lebend, baut es die Welt.“<sup>1)</sup>

Muß es besonders hervorgehoben werden, daß auch durch die Annahme unsrer Hypothese, durch die Einordnung des Selbsterhaltungstriebes in den Arterhaltungstrieb, die metaphysische Deutung nicht ausgeschlossen wird? Die naturwissenschaftliche Deszendenztheorie hat das Welträtsel nicht gelöst, nicht lösen können und wollen. Man stelle den Arterhaltungstrieb in den Dienst einer höheren Macht, einer Idee, einer göttlichen Weltordnung; und die Brücken von unsrer Ansicht zur Metaphysik sind geschlagen für jeden, der die „Reise ins Reich der Dinge an sich“ nicht scheut. Die Wissenschaft des Strafrechts aber würde als solche sich preisgeben, wenn sie daran dächte, ihm zu folgen.<sup>2)</sup>

2. Der Wert jeder Hypothese bestimmt sich durch die Dienste, welche sie leistet. Sie muß den Blick des Beobachters schärfen, wenn er die Thatfachen aufsucht, und ihm die Schlussfolgerung erleichtern, wenn er die gefundenen Thatfachen prüft und beurteilt. Die Zurückführung der primitiven Strafe unmittelbar auf den Selbsterhaltungstrieb, mittelbar auf den Trieb der Arterhaltung, bewährt sich sofort, indem sie uns eine häufig, ja regelmäßig übersehene Thatfache, die für das Verständnis der Geschichte des Strafrechts von größter Bedeutung ist, klar erkennen und begreifen läßt. Die primitive Strafe als, wenn auch nur mittelbarer, Ausfluß des Arterhaltungstriebes muß von allem Anfange an gesellschaftlichen Charakter tragen, als soziale Reaktion gegen soziale Störungen erscheinen. Sowenig das bellum omnium contra omnes als Urzustand der Menschheit anderswo als in der ungeschichtlichen Spekulation vergangener Zeiten existiert hat, ebensowenig hat es in der Geschichte der Menschheit eine aller gesellschaftlichen Elemente entkleidete Privatrache gegeben. Der Mensch tritt als πολιτικὸν ζῷον in die Weltgeschichte ein: was etwa vorherging, fällt auch

<sup>1)</sup> v. Ihering, Zweck im Recht, S. 38 ff., bes. S. 52.

<sup>2)</sup> v. Bar, Handbuch I. S. 302, 306, 307 hat meiner Ansicht den Vorwurf gemacht, sie sei eine Beschreibung, keine Erklärung der Strafe. Das ist in gewissem Sinne richtig. Wer das Unerklärbare erklären wollte, verlasse den Boden der Wissenschaft. Heißt aber erklären: Zurückführen auf die letzte bekannte Ursache, dann ist jener Vorwurf unbegründet. Im Arterhaltungstrieb sind wir an der Grenze des Naturerkennens angelangt.

vom Standpunkte des Darwinismus und gerade von diesem, vor die Menschwerdung.<sup>1)</sup>

Die Betrachtung der Geschichte bestätigt diese aus unserer Hypothese gezogene Konsequenz.

Die erste Form der primitiven Strafe, die Blutrache, ist nicht Privat- sondern Familien- oder Geschlechter- rache. Sie wurzelt in der primitiven Gesellschaft, der Bluts- genossenschaft, der Sippe. Sie erscheint ursprünglich als Fehde zweier Geschlechter; sie ist Recht und Pflicht der Sippe des Getö- teten oder Verletzten;<sup>2)</sup> sie richtet sich gegen die ganze Sippe des Verle- zers,<sup>3)</sup> als der Kollektivträgerin der Blutschuld.<sup>4)</sup> Das- selbe gilt auch von dem an die Stelle der Blutrache tretenden Sühnegelde, welches ursprünglich gezahlt und empfangen wird von der ganzen Geschlechts- gemeinschaft.<sup>5)</sup> Erst allmählich wird Blutrache und Blutschuld beschränkt: jene auf den nächsten Erben, diese auf den Verle- zers. Und daselbe gilt von dem Sühnegeld. Aber noch die Formen des mittelalterlich- deutschen Rechts- ganges weisen auf den Ursprung des Rechts aus den Bluts- genossenschaften hin: der Eid mit den eidhelfenden Genossen, die in voller Waffenrüstung, durch Handreichung verbunden, mit gesamten Munde den Eid des Hauptschwörenden bestätigen, weist unmittelbar auf die Fehde der Genossenschaft zurück.<sup>6)</sup>

Noch deutlicher tritt uns der soziale Charakter in der zweiten Form der primitiven Strafe entgegen, in der Friedloslegung, der Ausstoßung aus der Gemeinschaft der Friedensgenossen (der Aus- ge- stoßene wird wolfsfrei, gerit caput lupinum), in ihren verschie- denen, mehr und mehr sich abschwächenden Gestaltungen, welche un- mittelbar zu Tötung und Vermögenskonfiskation, zu Verbannung und Ehrlosigkeit hinüberführen.<sup>7)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. Jellinek a. a. O. S. 17.

<sup>2)</sup> Wo Weiberverwandtschaft besteht, rächt daher der Muttersbruder oder der Schwestersohn; Post, Bausteine I. S. 146.

<sup>3)</sup> Auch hier wird das System der Weiberverwandtschaft maßgebend; Post a. a. O.

<sup>4)</sup> Über die Mitbestrafung der Familie, vgl. Post, Bausteine I. S. 238 ff.; Bernhöft, Staat und Recht der röm. Königszeit, 1882, S. 48, Note 1.

<sup>5)</sup> Vgl. über die Verteilung, insbes. bei den Salfranken (Erb- sühne und Magsühne) H. Brunner in v. Holstenborffs Encyclopädie, 4. Aufl., 1882, S. 196.

<sup>6)</sup> Die Auffassung der germanischen Rechte kann ich als bekannt voraussetzen. Vgl. im übrigen Post's verschiedene Schriften, bes. aber Bausteine I. S. 142 ff.

<sup>7)</sup> Vgl. Post, Bausteine I. S. 164 ff. Dafür, daß sie auch dem deutschen

Mit der Entwicklung der Geschlechts- und Friedensgenossenschaften zu staatlichen Verbänden entsteht die dritte Form der primitiven Strafe: die staatliche Strafe; mag sie geübt werden von dem Häuptling, oder von dem Heerführer im Kriege, oder von dem Priester als Leiter der Völkerversammlung, als Hüter und Rächer des Ding- und Heerfriedens.<sup>3)</sup> Der soziale Charakter dieser Form ist unverkennbar. Aber er kommt nicht ihr allein, sondern auch den beiden ersten Formen zu. Allerdings wird erst durch die staatliche Strafe die völlige Objektivierung der Strafe ermöglicht, welche Vorbedingung ihrer weiteren Entwicklung ist; aber die staatliche Strafe selbst ist nicht unvermittelt aufgetreten, sie bildet keinen prinzipiellen Gegensatz zu Blutrache und Friedloslegung, sondern ist aus diesen emporgewachsen, wie der Staat aus Geschlechtsgemeinschaft und Friedensgenossenschaft.

Der soziale Charakter der primitiven Strafe in allen ihren Formen ist aber zugleich eine neue Bestätigung unserer Auffassung derselben als einer Triebhandlung. Wäre die Strafe bewusste, zweckbestimmte Reaktion, so könnten wir uns ihren sozialen Charakter auf den Anfangsstufen der menschlichen Kultur nicht erklären. Denn zweckbewusste Reaktion der Gesellschaft ist bedingt durch klare Einsicht in die Bedeutung, welche das Verbrechen für die vorhandenen Gruppen von Einzelindividuen (Familie, Friedensgenossenschaft, Staat) besitzt. Diese Einsicht aber ist das Ergebnis jahrhundertelanger, im Kampf ums Dasein errungener Erfahrung. Und die Strafe finden wir vor aller Erfahrung.

3: Die Auffassung der primitiven Strafe als einer Triebhandlung eröffnet uns weiter einen wichtigen Einblick in das Verhältnis der Strafe zur Ethik. Als Triebhandlung kann die Strafe nicht der Ausdruck eines sittlichen Werturteils des Strafenden sein, kann sie ihren Grund nicht haben in einem als unsittlich erkannten Thun des Bestraften. Die Triebhandlung hat mit der Ethik nichts zu schaffen. Der Ursprung der Strafe kann und muß mithin von der Ethik losgelöst werden, ohne daß diese irgendwie geleugnet oder auch nur zurückgedrängt zu werden brauchte. Der Vorteil dieser Trennung ist nicht hoch genug anzuschlagen: sie befreit die Wissenschaft

Rechte nicht fremd gewesen (wie v. Bar a. a. D. S. 57 annimmt), vgl. Bruner a. a. D. S. 199.

<sup>3)</sup> Post, Bausteine I. S. 171 ff. — Ob die sakrale Form der primitiven Strafe selbständige Bedeutung hat, kann hier dahingestellt bleiben.

des Strafrechts von der Gefahr, in den unausgetragenen Kampf um die Grundlegung der Ethik hineingezogen zu werden und enthebt sie der Verpflichtung, den Rechtstitel, auf den sie ihre Existenz gründet, täglich von neuem nachweisen zu müssen.

Aber wird diese Folgerung aus unserer Hypothese bestätigt durch die Geschichte der Strafe? —

Die entgegengesetzte Ansicht ist erst vor kurzem mit aller Bestimmtheit wieder vertreten worden von v. Bar,<sup>1)</sup> welchen die seltene Verbindung ausgebreiteter geschichtlicher Kenntnisse mit tiefgehender philosophischer Bildung zur Lösung derartiger Probleme ganz besonders berufen erscheinen läßt. Es wird sich demnach empfehlen, die Rechtfertigung der oben aufgestellten Ansicht an die kritische Betrachtung der Bar'schen „Theorie der sittlichen Mißbilligung“ („Reprobations-theorie“) unmittelbar anzuschließen.

v. Bar knüpft an Hegel an. Aber nicht das Recht, wie Hegel angenommen hat, ist das aktive Prinzip,<sup>2)</sup> sondern die Moral. Im Wesen der Sittlichkeit liegt es, daß sie über die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit jedweder Handlung, auch der anderer, ein Urteil sich bildet oder sich zu bilden sucht. Das Urteil über unsittliche Handlungen ist die Mißbilligung. Mit der Mißbilligung in abstracto ist aber noch die Art ihrer konkreten Äußerung nicht gegeben. Prinzipiell ist jeder Ausdruck der Mißbilligung bis zur völligen Vernichtung, ja jede denkbare Schädigung als Ausdruck der Mißbilligung dem Schuldigen gegenüber Recht. Bei groben Unsittlichkeiten wird die Gemeinschaft mit dem Thäter als aufgehoben betrachtet; die ursprüngliche Strafe ist daher überall die Rechtlosigkeit. Aber je befestigter die moralische Ordnung ist, um so weniger stark braucht der Ausdruck der Mißbilligung zu sein; mit fortschreitender Kultur mildern sich die Strafen.

Soweit die uns hier interessierenden Ausführungen v. Bar's<sup>3)</sup>. Von unserem Standpunkte aus ergeben sich folgende Einwendungen.

Erstens. Die Strafe als Triebhandlung ist etwas wesentlich anderes als das sittliche Werturteil. Dieses ist ein psychischer Vorgang, der im Bewußtsein des Urteilenden sich abspielt und durchaus

<sup>1)</sup> Schon in seinen Grundlagen des Strafrechts 1869. Neuerdings in seinem Handbuch I. S. 311 ff.

<sup>2)</sup> Man vgl. bes. Bar, Handbuch I. S. 279.

<sup>3)</sup> Bei Besprechung des Prinzips des Strafmaßes komme ich auf v. Bar's Theorie wieder zurück.

nicht in allen Fällen in die Außenwelt hinauszutreten braucht. Die Strafe aber ist repulsive Reaktion, sie ist Handlung, d. h. Körperbewegung, ein Eingriff in die Außenwelt, ein Angriff auf die Ursache der störenden Einwirkung; sie wendet sich gegen den Verbrecher, um dessen Willen zu brechen oder zu beugen<sup>1)</sup>, indem sie die Rechtsgüter verletzt oder vernichtet, deren Träger dieser Wille ist: sie ist Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung.

Zur Abwehr dieser Einwendung könnte v. Bar nun freilich betonen, daß er unter Mißbilligung eben die Äußerung des sittlichen Verdammungsurteils, also eine gegen den Verbrecher sich lehrende Handlung verstehe. Aber damit wäre für ihn die Notwendigkeit gegeben, die potenzierte Aktivität der Moral nachzuweisen: die Sittlichkeit hätte nicht nur das Werturteil zu erzeugen, sondern weiterhin auch die Äußerung des Werturteils<sup>2)</sup>. Diese zweite Wirkung zuzugeben, liegt keine Veranlassung vor; und der Beweis für dieselbe ist nicht erbracht.

Zweitens. Die Strafe als Triebhandlung mit sozialem Charakter setzt soziale Organisation und soziale Organe voraus. Als Triebhandlung kann sie immer nur von einzelnen Individuen ausgehen, welche berufen sind oder sich berufen glauben, im sozialen Interesse einzuschreiten. Die Strafe ist daher begrifflich möglich und thatsächlich gegeben in jeder Art der Gesellung: der Familie, der Friedensgenossenschaft, dem Staat; sie ist begrifflich unmöglich und thatsächlich nicht vorhanden, wo Organisation und Organe fehlen. Die Menschheit als solche kann nicht handeln, mithin auch nicht strafen; die Ethik aber ist das Gesetz der Menschheit; die ethische Strafe daher undenkbar.

Man wende nicht ein: die Menschheit habe sich eben im Staate organisiert. Denn damit wäre ja zugegeben, daß vor der Bildung des Staates die Organisation gefehlt habe, daß also die schon hier unzweifelhaft sich findende primitive Strafe unabhängig ist von jener behaupteten Organisation der sittlich-menschlichen Gemeinschaft.

Drittens. Die Strafe als Triebhandlung muß vor dem sittlichen Werturteile liegen. Denn dieses setzt voraus auf Seiten des Urteilenden wie des Beurteilten die Kenntnis des Sitten-

<sup>1)</sup> Das wird von Bar Handb. S. 322 selbst zugegeben.

<sup>2)</sup> v. Bar scheint diesen Unterschied zwischen Werturteil und Äußerung desselben nicht genügend zu beachten. Bezeichnend dafür sind die Ausführungen auf S. 313.

gesetzes als des Wertmessers und als der regulativen Maxime, welcher die menschlichen Handlungen sich anzupassen haben. Die Triebhandlung aber charakterisiert sich gerade — im Unterschiede von der Willenshandlung — dadurch, daß sie ohne Anpassung an ein erkanntes Gesetz, an eine als solche erkannte Norm, erfolgt. Mit andern Worten: die Ethik ist ein Produkt der Geschichte der Menschheit<sup>1)</sup>, die Strafe aber ist da, ehe dieses Produkt sich gebildet hat. So ergibt sich auch hier die Unabhängigkeit der primitiven Strafe von der Ethik.

Und diese Unabhängigkeit wird durch die Geschichte auf das schlagendste bestätigt. Die Strafe als repulsive Reaktion gegen Störung der Lebensbedingungen, als Verteidigung durch Angriff, ist nichts der menschlichen Geschichte Eigentümliches. Und wenn dieser Satz auch bezweifelt werden sollte: die in der menschlichen Geschichte auftretende primitive Strafe ist unabhängig von irgend einem sittlichen Urteile über die geschehene Störung der Lebensbedingungen. Sie richtet sich gegen das schädigende Tier, gegen das Kind, gegen den Wahnsinnigen; sie tritt ein ohne jede Rücksicht auf das Verschulden des Thäters, ohne Scheidung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall; sie beschränkt sich auch gar nicht auf den Thäter, sondern wendet sich in der Blutrache gegen die ganze Sippe desselben. Der Schuldbegriff ist das Ergebnis einer langen, allmählichen Entwicklung.<sup>2)</sup> Das sittliche Werturteil ist ohne den Schuldbegriff undenkbar; die Strafe ist vor ihm dagewesen. Die Strafe muß daher unabhängig sein von der Ethik.<sup>3)</sup>

4. Und in demselben Verhältnis steht die Strafe zum Recht. Im Rechte steckt der Zweckgedanke; er ist das Wesen des Rechts. Das ist der Grundgedanke der Thering'schen Auffassung. Die Triebhandlung aber ist begrifflich unabhängig von dem Zweckgedanken und ihm zeitlich vorangegangen. Daraus folgt nicht etwa die Un-

<sup>1)</sup> Von v. Bar selbst betont S. 316.

<sup>2)</sup> Für die germanischen, insbes. nordischen Rechte vgl. man Wilda, Strafrecht der Germanen S. 640 ff. Dazu aber insbes. die zahlreichen, aus allen Erdteilen gesammelten Belege bei Post, Bausteine I S. 145 f., 176, 230 ff., 241. — Vgl. auch Zellinek a. a. D. S. 110 ff.

<sup>3)</sup> Nicht aber die Ethik von der Strafe. Gerade an der instinktiven Reaktion bildet und entwickelt sich das sittliche Werturteil. Das Unrecht ist der Hebel für Recht und Sittlichkeit, wie die Keue nach der That für das vorher warnende Gewissen.

vereinbarkeit meiner Auffassung der Strafe mit dem Iheringschen Zweckgedanken; es empfängt vielmehr jene durch diesen eine neue Erläuterung und Bestätigung; und ebenso umgekehrt. Wie Ihering selbst betont,<sup>1)</sup> ist die Erfahrung die Quelle des Rechts wie der Sittlichkeit; die primitive Strafe aber liegt vor der Erfahrung, mithin nicht bloß vor der Sittlichkeit, sondern auch vor dem Recht.<sup>2)</sup> Erst auf einer höheren Stufe ihrer Entwicklung, als objektivierte Strafe beruht sie auf der Erfahrung; als Rechtsstrafe erst nimmt sie den Zweckgedanken in sich auf.

Wenn daher Ihering in seiner Grundlegung der Ethik<sup>3)</sup> sagt: „Daß der Mensch nicht morden, rauben, stehlen darf, hat er erst auf dem Wege der Erfahrung lernen müssen . . . auch im Recht wie in allen andern Dingen hat der Mensch erst durch Schaden klug werden müssen“ — so werden wir diesen Satz nicht mißverstehen können. Allerdings reagiert der primitive Mensch, wie das Tier, instinktiv und triebartig gegen Störungen der Lebensbedingungen; und diese Reaktion braucht er nicht erst zu „lernen“, so wenig wie das Tier sie zu lernen nötig hat. Wo daher (was gar nicht überall der Fall zu sein braucht und auch nicht überall der Fall gewesen ist) Raub, Mord, Diebstahl wirklich Gefährdungen der Lebensbedingungen sind, da erfolgt auch überall, spontan und nicht erst nachdem man durch Schaden klug geworden, die Reaktion in der Form der primitiven Strafe. Aber die Entwicklung der rechtlichen und sittlichen Norm, die Abschätzung der Handlung in ihrem rechtlichen und sittlichen Wert, die Reaktion in der Form der objektivierten Rechtsstrafe ist bedingt durch die Erfahrung und durch den in ihr gewonnenen Zweckgedanken.

### III. Die Objektivierung der Strafe.

Aller Fortschritt in der geistigen Entwicklung des Einzelindividuum wie der Menschheit besteht darin, daß die Triebhandlung

<sup>1)</sup> Die Belegstellen dafür im nächsten Abschnitte (insbes. S. 22), wo ich überhaupt diesen Satz erst ausführen und rechtfertigen kann.

<sup>2)</sup> Man vgl., was Ihering, Zweck im Recht S. 368 über das „Rechtsgesühl“ sagt, welches nach seiner Ansicht dem Recht wie dem Staat vorausgeht, und „seinen letzten Grund in dem Selbsterhaltungstrieb der Person hat.“

<sup>3)</sup> Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik. In Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich VI. Bd. S. 1—21 (Zeitschrift II S. 614).

in die Willenshandlung sich umsetzt,<sup>1)</sup> d. h. daß die Zweckmäßigkeit der Triebhandlung erkannt und die Vorstellung des Zweckes zum Motive des Handelns wird. Der Zweckgedanke ist es, der die Willenshandlung von der Triebhandlung unterscheidet. Der Trieb wird in den Dienst des Zweckes gestellt, die Handlung dem Zwecke angepaßt. Je klarer der Zweck erkannt wird, je vollkommener die bewußte Anpassung erfolgt; jemebr an Stelle nächstliegender direkter Zwecke entferntere, vermittelte gestellt werden; jemebr endlich das ganze Handeln mit all seinen Teilakten sich einem höchsten Zwecke unterordnet, der vielleicht über das Dasein des Einzel-Individuums hinausreicht — um so vollkommener ist die Entwicklung, deren letztes Ziel: die völlige Einstimmung des Einzelwillens in den Allgemeinwillen als Ideal aufgegeben werden muß, aber gerade darum nicht gegeben ist.

Wir haben das Gesagte auf die Strafe anzuwenden und zu sehen, ob auch ihre Entwicklung bestimmt wird durch das allgemeine Entwicklungsgesetz.

1. Die Strafe ist als Triebhandlung instinktiv-zweckmäßige Handlung. Die Lebensbedingungen nicht bloß des einzelnen, sondern der vorhandenen Gruppen von Einzelindividuen werden gegen äußere Störungen geschützt durch die Strafe, wenn auch weder jene Lebensbedingungen, noch auch diese Störungen, noch endlich die schützende Kraft der Strafe erkannt und begriffen werden.

Damit die Erkenntnis des Zusammenhanges zwischen Rechtsgüterwelt, Verbrechen und Strafe möglich werde, bedarf es unbefangener, affektloser Betrachtung der gemachten Erfahrungen. Diese ist bedingt durch die Objektivierung der Strafe, d. h. durch den Übergang der Funktion des Strafens von den zunächst beteiligten Kreisen auf unbeteiligte, unbefangene prüfende Organe. Eine gewisse Objektivierung findet sich bereits in der primitiven Strafe. Aber erst mit dem vollen Übergang der Strafe auf den Staat, dessen

<sup>1)</sup> Es ist hier nicht der Ort, und ich erachte es gar nicht für meine Aufgabe, die psychologische und physiologische Richtigkeit dieses von mir bereits in meinem Reichsstrafrecht (S. 15) ausgesprochenen Satzes nachzuweisen. Man denke an die ersten Bewegungen des Neugeborenen und ihre Entwicklung. Das bereits angeführte Werk von Schneider, Der menschliche Wille (S. 188), beruht durchaus auf demselben Gedanken. Als Parallele zur Entwicklung der Strafe vergl. man, was er S. 480 ff. auf Grund der Arbeiten von Lazarus, Steintal, Wundt u. a. über die Entwicklung der Sprache aus Reflexbewegungen beibringt.

„hoheitsvolle Übermacht und affektlose Objektivität“ (Laas) die unbefangene Prüfung ermöglicht und sicherstellt, ist der entscheidende Schritt gethan.<sup>1)</sup> Damit ist die Entwicklung nicht abgeschlossen. Der Rechtsgang selbst des späteren deutschen Mittelalters krankt an der mangelhaften Objektivierung, wir können auch sagen: an der unvollkommenen Verstaatlichung der Strafe. Erst die allgemeine Aufnahme der Verfolgung von Amtswegen bringt die Entwicklung zum vorläufigen Abschlusse.

2. Die Objektivierung der Strafe ermöglicht zunächst die Erkenntnis der Lebensbedingungen der staatlichen Gemeinschaft und der in ihr befaßten einzelnen, gegen welche das Verbrechen sich richtet. Sie werden fixiert, gegen einander abgewogen, zu rechtlich geschützten Interessen, zu Rechtsgütern erklärt durch die generellen Imperative: du sollst nicht töten; nicht stehlen; nicht ehebrechen; dem Leben deines Fürsten nicht nachstellen; den Heerschild nicht über des Landes Grenzwall tragen u. s. w.<sup>2)</sup>

Diese Katalogisierung der Normen hat hervorragende Bedeutung: sie ist die erste Selbstbeschränkung der staatlichen Straf Gewalt; der erste Niederschlag von Recht und Sitte, und eben darum ein mächtiger Hebel zur Ausbildung des einen wie der andern; sie ist der erste Schritt zur Prävention.

An die Erkenntnis der Rechtsgüter schließt sich genauere Betrachtung der gegen diese gerichteten Handlungen, der Verbrechen im weitesten Sinne. Sie werden erst kasuistisch, dann in begrifflicher Allgemeinheit aufgezählt; der rechtliche Imperativ verwandelt sich in den begriffsentwickelnden Rechtsatz. Diese allmähliche Ausbildung der Begriffe der einzelnen Verbrechen<sup>3)</sup>, welche zu den interessantesten Erscheinungen in der Geschichte des Strafrechts gehört, ist noch heute nicht völlig abgeschlossen; auch in unserem Reichsstrafgesetzbuche finden wir neben durchaus entwickelten noch immer kasuistisch ge-

<sup>1)</sup> Über die Geschichte dieser Objektivierung vgl. v. Haller, *Restauration der Staatswissenschaften* II S. 241 ff.; v. Hartmann, *Phänomenologie des sittlichen Vernunftseins* S. 202; Laas, *Vergeltung und Zurechnung*, in der *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* V. Bd. S. 137 ff.; A. Merkel, *Recht und Macht*, in *Schmollers Jahrbuch* V. Bd. S. 439 ff.; v. Bar, *Handbuch* I S. 323.

<sup>2)</sup> Vgl. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* I. Bd. 1872 S. 56 ff.; Jellinek, *Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe* S. 43 f.

<sup>3)</sup> Es handelt sich für mich an dieser Stelle nur darum, auf die verschiedenen Stufen der Objektivierung, deren Ausdruck die steigende Abstraktion von dem konkreten Falle ist, kurz aufmerksam zu machen.

fasste, nicht zur begrifflichen Allgemeinheit gelangte strafbare Handlungen. <sup>1)</sup>

Es muß ein weiterer Schritt gethan werden. Aus den einzelnen Verbrechenbegriffen sind diejenigen Merkmale zu abstrahieren, welche jedes Verbrechen an sich trägt; ist das System jener begriffsentwickelnden Rechtsätze zu schaffen, welche den allgemeinen Teil des Strafrechts ausmachen. So entsteht allmählich der Begriff der Schuld, der Zurechnungsfähigkeit, des Versuchs, der Teilnahme, der Notwehr, des Notstandes u. s. w. Auch hier stehen wir noch heute mitten im Flusse der Bewegung; die Elemente des „allgemeinen Thatbestandes des Verbrechen“ bilden das Lieblingssthema der modernen Wissenschaft. <sup>2)</sup>

3. Auch nach einer andern nicht minder wichtigen Richtung hin äußert die Objektivierung ihre Wirkung. Im Triebe liegt das Ungezügelmte, das Ungezügelte. Mit elementarer Gewalt wendet sich die primitive Strafe gegen den Verbrecher; „der Naturtrieb der Rache kennt kein andres Maß als die Größe der Erregung und der Aktionskraft, die in dem betreffenden Individuum angesammelt sind.“ <sup>3)</sup> Die ursprüngliche Strafe ist daher Vernichtung des Verbrechers. Sie ist es in der Blutrache, die nur in der thatsächlichen Erschöpfung der Kraft ihr Ziel findet; sie ist es in der Friedloslegung als gänzlicher Ausstoßung aus der Rechtsgemeinschaft; sie ist es auch in den ersten, meist unmittelbar auf die Friedloslegung zurückweisenden Gestaltungen der staatlichen Strafe, welche als Vernichtung der physischen, rechtlichen, ökonomischen Persönlichkeit erscheinen. <sup>4)</sup>

Aber mit der beginnenden Objektivierung der Strafe gewinnt diese Maß und Ziel. Die Blutrache wird beigelegt durch die Genossen, beschränkt und verboten durch die erstarkende Staatsgewalt; die Friedloslegung nimmt mildere Formen an nach

<sup>1)</sup> Man denke an den Hoch- und Landesverrat, an die Untreue u. a.

<sup>2)</sup> Ist es doch z. B. auch im heutigen deutschen Rechte noch kontrovers, ob nicht in gewissen Fällen der Eintritt der Strafe unabhängig sei von subjektiver Verschuldung. Man vgl. über diese Frage H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 3. Aufl. S. 155 f. und die bei ihm angeführte Litteratur und Rechtsprechung. Ist die Frage zu bejahen, wie ich im Gegensatze zu der in meinem Reichsstraf. S. 107 geäußerten Ansicht annehmen möchte, so wäre damit ein neuer Beweis dafür geliefert, daß auch heute Strafe und sittliche Mißbilligung durchaus nicht in allen Fällen sich decken.

<sup>3)</sup> Zöllner a a. O. S. 92.

<sup>4)</sup> Vgl. v. Bar, Handb. I S. 317.

Voraussetzung und Inhalt, bis sie, mit dem Übergange der Friedensgenossenschaften in den Staat, aufgeht in die staatliche Strafe; und diese selbst begnügt sich mit der Schwägerung, statt mit der Vernichtung der Rechtsgüter, deren Träger der Verbrecher ist.

Die unbefangene Betrachtung ermöglicht weiter die Einsicht in die Wirkungen der Strafe. Sie wird erkannt als Mittel zum Schutze der Rechtsordnung. Freilich ist diese Erkenntnis noch eine unfertige, unklare, sprungweise sich weiter entwickelnde. Noch werden die in der Strafe liegenden Triebkräfte, welchen sie ihre rechtsgüterschützende, verbrechenverhütende Gesamtwirkung verdankt, nicht in ihrer ganzen Bedeutung, nicht in ihrem Zusammenhange erkannt und gewürdigt. Daher das Schwanken und Lasten in der Gesetzgebung und in der Rechtspflege, deren Energie durch äußere Umstände und augenblickliche Bedürfnisse bestimmt wird. Dennoch ermöglicht es diese wenn auch unvollkommene und unsichere Erkenntnis der Wirkung der Strafe, eben diese Wirkung als Zweck zu setzen; die Strafe in denjenigen Fällen eintreten zu lassen, in welchen gewisse Rechtsgüter des Schutzes gegen gewisse Störungen bedürfen, sie in der Art und dem Maße eintreten zu lassen, wie dies zum Schutze dieser Rechtsgüter gegen diese Verbrechen als nötig erscheint; dennoch ermöglicht, um es mit Einem Worte zu sagen, jene Erkenntnis die, wenn auch wiederum nur unvollkommene und unsichere, Anpassung der Strafe an den Zweckgedanken. Die Strafe wird in den Dienst des Rechtsgüterschutzes gestellt. Ich weiß kein bezeichnenderes Beispiel und zugleich kein wichtigeres und einflussreicher Moment dieser Anpassung als den Kampf, welchen die mittelalterlich-deutsche Rechtsordnung gegen das proteusartig sich wandelnde und doch in seinem antisozialen Kerne immer sich gleich bleibende Gaunertum zu führen hatte<sup>1)</sup>. Eben darum ist die Geschichte des Strafrechts die Geschichte der zu Rechtsgütern erklärten Interessen der Menschheit; das Strafrecht einer bestimmten Periode die Bilanz aus ihrem menschheitlichen Soll und Haben.

4. So hat die Objektivierung der Strafe dahin geführt, daß sowohl die Voraussetzungen des Eintritts als auch Inhalt und Umfang der als Strafe erscheinenden Reaktion bestimmt und dem

<sup>1)</sup> Vgl. das bekannte, aber von kriminalistischer Seite wenig verwertete Werk von Aré-Vallément: Das deutsche Gaunertum in seiner sozial-politischen, literarischen und linguistischen Ausbildung zu seinem heutigen Bestande. 1858 bis 1862. — Dazu v. Bar, Handb. I S. 100–101.

Zweckgedanken untergeordnet werden. Trotz alles Wechsels in dem Umkreise der als Verbrechen bezeichneten Handlungen, trotz alles Schwankens in der Zusammensetzung und Gliederung des Strafsystems wird die Anpassung der Strafe an ihren Zweckgedanken: Rechtsgüterschutz zu sein, im Laufe der geschichtlichen Entwicklung einer immer größeren Vervollkommnung zugeführt. Und in dieser Entwicklung ist uns die Bahn des Fortschrittes vorgezeichnet.

Unser Ergebnis aber können wir dahin zusammenfassen<sup>1)</sup>: Durch Selbstbeschränkung ist die Strafgewalt zum Strafrecht (*jus puniendi*), durch Aufnahme des Zweckgedankens die blinde zügellose Reaktion zur Rechtsstrafe, die Triebhandlung zur Willenshandlung geworden. Die Staatsgewalt hat das Schwert der Gerechtigkeit in die Hand genommen, um die Rechtsordnung zu schützen gegen den Frevler, der an ihr sich vergreift. —

Es ist derselbe Gedanke, den Thering in seinem „Zweck im Recht“, wenn auch von andern Ausgangspunkten ausgehend, seiner Begriffsbestimmung des Rechts zu Grunde gelegt hat. Ein paar Citate mögen die schon oben ange deutete Übereinstimmung nachweisen und schärfer hervortreten lassen.

„So gebiert die Gewalt, wenn sie sich mit Einsicht und Selbstüberwindung part, das Recht“ (S. 250). „Das Recht ist in meinen Augen nur die ihres eigenen Vorteils und damit der Notwendigkeit des Maßes sich bewußt gewordene Gewalt, nicht also etwas seinem Wesen nach von letzterer Verschiedenes, sondern nur eine Erscheinungsform derselben: die rechte, richtige, weil an Regeln sich bindende, also disziplinierte Gewalt im Gegensatz der wilden, rohen, weil nur durch den augenblicklichen Vorteil bestimmten, also der regellosen Gewalt“ (S. 251). „Recht ist nichts anderes als der Niederschlag der Erfahrung in Bezug auf die richtige Verwendung der Gewalt“ (S. 254). „Das Thema unserer Untersuchung ist, kurz bezeichnet, die Entstehung des Rechts auf dem Wege der Selbstbeschränkung der Gewalt“ (S. 322).

Sobald wir diese Bedeutung der objektivierten Strafe, die Selbstbeschränkung der zügellosen Strafgewalt zur Rechtsstrafe in den Vordergrund stellen, wird der Wert klar, welchen die Objektivierung auch für den Verbrecher und gerade für ihn hat.<sup>2)</sup> Es ist ein

<sup>1)</sup> Vgl. mein Reichsstrafrecht § 1.

<sup>2)</sup> Vgl. Thering S. 543.

wichtiges Recht des Staatsbürgers, gestraft zu werden (Fichte); in der Strafe wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt (Hegel); diese und ähnliche Sätze sind der nur scheinbar paradoxe Ausdruck des innersten Kerns, der eigentlichsten Wesenheit, nicht etwa der Strafe überhaupt, wohl aber objektivierten Strafe.

#### IV. Das Maßprinzip der Strafe.

Der Widerstreit der absoluten und der relativen Theorien hat sich uns gelöst. Ohne die Vereinigung der Gegensätze zu suchen, haben wir sie gefunden in der Geschichte der Strafe. Indem wir uns an den Grundgedanken der Entwicklungslehre erinnerten, daß die Summierung unmerkbar kleiner quantitativer Unterschiede allmählich zu scheinbar qualitativer Differenzierung führen könne, haben wir die Verkehrtheit der regelmäßigen Fragestellung erkannt. Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit haben aufgehört, uns unvereinbare Gegensätze zu sein. Die notwendige Triebhandlung hat sich uns zur zweckbewußten Willenshandlung umgestaltet. Der Familienstreit aber der absoluten Theorien untereinander hat unser Interesse zu erregen nicht vermocht; er kann nur auf metaphysischem Boden ausgetragen werden, und diesen zu betreten bleibt der Wissenschaft als solcher verwehrt. Von den möglichen Deutungen des absoluten bleibt uns die eine so nahe wie die andre und ebenso fern.

Aber der Streit der Anschauungen hat, wie ich schon in der Einleitung betonte, unmittelbar praktische Bedeutung. Seine Entscheidung ist präjudiziell für die Beantwortung der beiden Fragen: 1) Welche Handlungen sind mit Strafe zu belegen? 2) wie ist die Strafe nach Qualität und Quantität zu bemessen?

Wird es uns auch hier gelingen, den Boden zu ebnen und die Versöhnung der Gegensätze anzubahnen?

Es muß zunächst hervorgehoben werden, daß — sonderbarerweise — die litterarische Geschichte der beiden Fragen nicht denselben Weg genommen hat. Bezüglich der ersten erteilt heute bereits die Mehrzahl der Schriftsteller<sup>1)</sup> jene Antwort, welche uns durch unsere bisherigen Erörterungen vorgezeichnet ist: Jene Handlungen, welche für dieses Volk zu dieser Zeit als Störungen seiner Lebensbedingungen erscheinen, sind unter Strafe zu stellen; das kriminelle Unrecht ist nicht der Art

<sup>1)</sup> So Geib, E. J. Beller, Merkel, v. Bar, Schäpe, Wahlberg, Heinze, Binding, Meyer, Thon, Thering, Dahn, S. Meyer. Vgl. Liszt, Reichsstrafrecht S. 13.

nach von dem zivilen unterschieden; der Zweckgedanke allein zieht die Grenzlinie.

Ich darf daher wohl diese Frage als erledigt betrachten und mich auf die Besprechung der zweiten beschränken. Daß wir von unserem Standpunkte aus das Maß der Strafe (Inhalt und Umfang, Strafart und Strafgröße) nur aus dem Zweckgedanken herleiten dürfen, bedarf keiner weiteren Rechtfertigung. Wir haben auf der durch die Geschichte vorgezeichneten Bahn weiter fortzuschreiten. Und nur darum kann es sich handeln, den Zweckgedanken der Strafe genauer zu erforschen, klarer zu bestimmen.

Aber dieser Ansicht steht die heute noch unzweifelhaft in Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtspflege herrschende scheinbar schroff gegenüber, welche das Maß der Strafe nicht der Zukunft, sondern einzig und allein der Vergangenheit, dem begangenen Verbrechen entnehmen will: dem Verbrechen soll vergolten werden nach seinem Werte.

Es wird unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, wie die Vergeltungsstrafe sich zur Strafe als Rechtsgüterschutz, zur Schutzstrafe, wie ich wohl kurz sagen darf, verhält; ob wir es mit einem durchgreifenden, unversöhnlichen Gegensatz zu thun haben, oder ob nicht auch hier ein, zum Teil wenigstens, auf inkorrektter Fragestellung beruhendes Mißverständnis obwaltet.

1. Ein wesentlicher Schritt zur Verständigung wäre gemacht, wenn man sich einmal darüber klar werden wollte, daß keine metaphysische Grundlegung der Strafe im stande ist, das Prinzip des Strafmaßes abzugeben. Sie kann und soll uns die empirische Thatsache der Strafe deuten, das wesentliche und gleichbleibende in den wechselnden Erscheinungsformen aufzeigen; aber als Elle dürfen wir die metaphysische Idee uns nicht denken. Ob fünf Jahre Gefängnis oder zehn Jahre Zuchthaus, ob sechs Wochen Haft oder ob tausend Mark Geldstrafe dem einzelnen konkreten Verbrechen entsprechen, das kann sie uns nicht sagen und darf es uns nicht sagen wollen.

Kant freilich hat es versucht. Aber der Versuch ist gescheitert und mußte scheitern. Die Talion hat als Schranke einer zügellosen Reaktion und als Symbolisierung der Vergeltung ihre bedeutende Rolle gespielt. Das Prinzip des Strafmaßes kann sie nicht abgeben. Darüber herrscht heute Einstimmigkeit.

Aber Kant ist, das beachte man wohl, der Einzige unter den Führern der deutschen spekulativen Philosophie, dem es ernst war

mit dem Gedanken, aus dem Prinzip der Strafe das Prinzip des Strafmaßes zu finden. Es ist hier nicht der Ort, den Grund dieser Thatsache in Kants Auffassung der Ethik nachzuweisen; aber es ist dringend notwendig, die Thatsache sich klar zu machen und nicht aus den Augen zu verlieren.

So ist Fichtes Auffassung der Strafe eine direkte Bestätigung unserer These. Die Folge des im Verbrechen liegenden Rechts des Bürgervertrages ist die Ausstoßung aus der Rechtsgemeinschaft; der Verbrecher ist vogelfrei. Nur aus Zweckmäßigkeitsgründen gewährt der Staat im Abbüßungsvertrage dem Verbrecher das Recht, bestraft zu werden, d. h. durch die Strafleistung sich das Verbleiben in der Rechtsgemeinschaft zu erkaufen. Nicht aus dem Prinzip der Strafe, sondern aus dem Zweckgedanken ergibt sich also das Maß der Strafe. Der Abbüßungsvertrag ist die Objektivierung der Strafe durch den Zweckgedanken.

Auch Herbart gelangt zu keinem Prinzip für das Strafmaß. Wenigstens ist es mir durchaus unmöglich, ein solches in seinen Ausführungen zu finden. Dies gilt auch gegenüber jener Ausprägung, welche die Herbart'sche Ansicht durch Beyer gefunden hat.<sup>1)</sup> „Nach der Idee der Vergeltung soll jede Wohlthat ebenso wie jede Übelthat entgolten werden durch den Rückgang des gleichen Quantums von Wohl oder Übel auf den Thäter. Hiermit ist nicht etwa die Talion beduziert. . . Die Qualität der Strafmittel wird vielmehr bestimmt durch die Idee des Rechts, welche Sicherung der Rechtsordnung fordert und durch die Idee des Wohlwollens, welche die Besserung des Verbrechers befürwortet. . . . Die Rücksicht auf diese Strafzwecke darf aber niemals zur Verletzung des Strafprinzips — der Vergeltung — führen. Das verdiente Quantum von Straf-übeln muß über den Übelthäter stets verhängt werden.“ Ich kann mir nun unter einem von der Qualität unabhängigen Quantum von Straf-übeln nur unter der einen Voraussetzung überhaupt etwas denken, daß die einzelnen Strafarten untereinander genau kommensurabel sind und daher auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können. Den Beweis dafür, daß dies in irgend einem Strafsystem der Welt der Fall ist oder der Fall sein kann, möchte ich

<sup>1)</sup> Ich citiere nach v. Holzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1882, S. 874. — Man vgl. auch Beyer's „philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaften“, daselbst S. 1 ff., bes. S. 58; ferner Beyer, Geschichte und System der Rechtsphilosophie, 1863, S. 127 ff.

abwarten. Inzwischen reduziert sich mir die Herbart-Geyersche Theorie auf die (Hegelsche) Forderung nach Wertgleichheit zwischen Verbrechen und Strafe.

Die Entwicklung, welche die Theorie Hegels in den kriminalistischen Kreisen genommen hat, ist für uns an dieser Stelle von ganz besonderer Wichtigkeit. Hegel verlangt bekanntlich Wertgleichheit, nicht spezifische Gleichheit zwischen Verbrechen und Strafe. Wenn nun auch gerade Hegels Ansicht der Ausgangspunkt für eine ganze Reihe der gangbarsten Vereinigungstheorien (Berner u. a.) gewesen ist, so wurde denn doch gerade in allerjüngster Zeit von zwei der hervorragendsten Vertreter der Hegelschen Lehren auf dem Gebiete des Strafrechts scharf und klar ausgesprochen: daß aus Hegels Prinzip der Strafe das Strafmaß nicht abgeleitet werden könne. Diese Äußerungen sind von größter Bedeutung. Sie zeigen, daß eine Verständigung zwischen den weitestgehenden Anhängern des Zweckgedankens und der in der Strafrechtswissenschaft heute noch immer durch glänzende Namen vertretenen Hegelschen Philosophie auch in dieser Frage durchaus nicht ausgeschlossen ist.

v. Bar erklärt bereits bei Gelegenheit der Besprechung von Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts<sup>1)</sup>: „Mit andern Worten: das wesentliche des Verbrechens ist Auflehnung gegen das allgemeine Rechtsprinzip; daher ist die Frage, durch welche äußeren Mittel, der Qualität und der Quantität nach, diese Auflehnung als eine nichtige bezeichnet werden soll, dem Prinzip nach nicht zu bestimmen. . . . Hiernach würde denn auch, was Hegel freilich nicht weiter ausführt, die Gestaltung und Ausmessung der Strafe . . . überhaupt nicht in die Sphäre des Prinzipes fallen.“

Demgemäß verwirft v. Bar mit aller Bestimmtheit die Vergeltungsstrafe.<sup>2)</sup> Schuld und Strafe sind ihm inkommensurable Größen. Prinzipiell ist jeder Ausdruck der Mißbilligung gleichwertig. Die ursprüngliche Strafe ist überall die Rechtlosigkeit, und erst die fortschreitende Befestigung der Rechtsordnung ermöglicht und bewirkt die Milde rung der Strafen.

Ich kann diesen Sätzen nur durchaus beistimmen. Aber wenn die Schuld uns den Maßstab der Strafe nicht abgibt, woher nehmen wir ihn? v. Bar antwortet: die Tradition ist die Ge-

<sup>1)</sup> Handbuch I S. 277 f.

<sup>2)</sup> Handbuch I S. 311 ff. — Vgl. auch oben S. 14.

rechtigkeit. Seht hinein in den belehrenden Spiegel des Rechtslebens anderer Völker und ihr werdet sie erkennen! — Schwerlich wird diese Antwort irgend jemanden befriedigen. Die Warnung, welche v. Bar an den Gesetzgeber und an die Wissenschaft richtet, daß die gesunde Entwicklung keine Sprünge kenne, mag vielleicht berechtigt gewesen sein. Ein Maßprinzip enthält sie nicht.

Im Ausgangspunkte inniger an Hegel sich anschließend als v. Bar, in der Beantwortung unsrer Frage aber viel selbständiger als dieser, sieht Hälschner<sup>1)</sup> das Wesen der Strafe in der Tilgung des Unrechts, das Maß der Strafe aber ausschließlich in „Rücksichten der Zweckmäßigkeit.“ Denn bei der Wertvergleichung von Verbrechen und Strafe handelt es sich um die Bestimmung des individuellen Wertes, den jenes für Recht und Staat, diese für den Verbrecher hat. Daraus folgt, daß es für das gerechte Strafmaß keinen absoluten, für alle Zeiten geltenden Maßstab geben kann. „Die Strafgesetzgebung kann nicht anders verfahren, als daß sie die Strafe als Mittel zum Zweck betrachtet und sich bei Feststellung der Strafen durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit bestimmen läßt.“

Diesen beiden Vertretern einer streng philosophischen Richtung möchte ich einen Schriftsteller anreihen, welcher von andrem Ausgangspunkte zu gleichem Resultate gelangt. Sontag<sup>2)</sup> hält an der absoluten Theorie fest. „Der Grundgedanke (der deutschen Philosophie), daß die Strafe nur aus dem begangenen Verbrechen gerechtfertigt werden könne, wird ewig unverloren bleiben.“ Und auf derselben Seite fährt er fort: „Muß demnach der Staat gegen das Unrecht, also gegen jede rechtswidrige Handlung und Unterlassung im Interesse des Rechts reagieren, so kann er doch in der Wahl der zu dieser Reaktion dienenden Mittel in keiner Weise beschränkt werden, denn die Vernunft erfordert nur, daß, nicht wie gegen das Unrecht reagiert werde.“ — Ich selbst habe nichts andres behauptet<sup>3)</sup>.

Das Resultat unsrer Untersuchung ist die Bestätigung der oben aufgestellten Behauptung: Aus dem metaphysischen Prinzip

<sup>1)</sup> Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, I S. 558 ff.

<sup>2)</sup> Zeitschrift I S. 495.

<sup>3)</sup> Sehr richtig bemerkt daher Mittelstädt Zeitschrift II S. 423 gegen Sontag: „Sachlich läuft solchergergestalt die absolut-theoretische Begründung vom Wesen der Strafe doch wieder auf Binding's und v. Liszt's einfachen Satz hinaus: Strafe ist Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung.“

der Strafe, welches alle absoluten Theorien zu Grunde legen, läßt sich ein festes Prinzip des Strafmaßes nicht ableiten. In unserem Bestreben, dieses Prinzip aus dem Zweckgedanken zu bestimmen, sollten wir daher die unbefangenen Anhänger der absoluten Theorien zu Verbündeten haben.

2. Aber die Vergeltungsstrafe tritt uns nicht nur als Gleichheit — sei es spezifische, sei es dem Werte nach — zwischen Verbrechen und Strafe entgegen. Es ist vielmehr die Idee der proportionalen Gerechtigkeit, welche regelmäßig in der modernen Literatur als Grundgedanke der Vergeltungsstrafe hingestellt wird. „Die Gerechtigkeit, welche niemals absolut ist, kann nicht mehr bedeuten, als daß in Gemäßheit des jeweiligen rechtlichen Entwicklungsstandes der einzelnen Völker das jeweilig schwerere Verbrechen mit einer schwereren Strafe bedroht sein muß, als das geringere Vergehen.“<sup>1)</sup>

Es ist wenig genug, was die Gerechtigkeit darnach bedeutet. Denn sie ist durchaus abhängig von dem Strafenystem. Ob Hinrichtung, ob lebenslange Einsperrung, ob zehn Jahre Zuchthaus die gerechte Strafe ist, das können wir erst sagen, wenn wir wissen, ob das Strafenystem die Todesstrafe und die lebenslange Freiheitsstrafe aufgenommen und ob es als Maximum der zeitigen Freiheitsstrafe 10, 15, 20, 25 oder 30 Jahre aufgestellt hat. Gebt mir das Strafenystem und ich gebe Euch die Gerechtigkeit. Woher aber das Strafenystem zu nehmen sei, davon weiß diese „Gerechtigkeit“ nichts.

Aber wir wollen davon absehen und uns mit dem Zugeständnisse begnügen, daß es keine „absolute Gerechtigkeit“ gibt. Wir wollen auch annehmen, daß die Strafen der gegebenen Systeme gehörig gegeneinander abgewogen und bestimmt seien. Aber wie bestimmen wir die Schwere des Verbrechens? d. h. die relative Schwere dieses Verbrechens im System der Verbrechen?

Die Antwort, welche auf diese Frage erteilt zu werden pflegt, hat sich seit Feuerbach<sup>2)</sup> wenig geändert. Nach ihm bildet den (relativen) Maßstab die objektive und subjektive Gefährlichkeit des Verbrechens; objektiv bestimmt nach der Wichtigkeit der verletzten oder gefährdeten Rechte, subjektiv nach der Gefährlichkeit und Inten-

<sup>1)</sup> v. Holtendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875, S. 223

<sup>2)</sup> Revision der Grundbegriffe des peinlichen Rechts, 1799, II. S. 131 ff.

ität der sinnlichen Triebfeder. Man vergleiche damit einige Neuere. Nach Sontag <sup>1)</sup> kann der Forderung der Gerechtigkeit nur dadurch genügt werden, daß das Verbrechen in seiner Bedeutung für das Volksleben erfasst wird, und daß in der Gleichung . . . dessen gesamter rechtlicher Wert Aufnahme findet. Dieser rechtliche Wert setzt sich aus zwei Faktoren zusammen, dem Angriffsobjekt des Verbrechens und dem rechtswidrigen Willen des Verbrechers, deren Gewicht mannigfachen Schwankungen unterliegt.“ Und Laffon sagt <sup>2)</sup>: Je größer die Schuld, desto schwerer die Strafe. Die Größe der Schuld aber bestimmt sich nach dem in den Bestand der Rechtsordnung tiefer oder oberflächlicher eingreifenden Charakter der Handlung und nach der in der Handlung zur Erscheinung kommenden Intensität des verbrecherischen Willens <sup>3)</sup>.

Es sind also überall zwei Gesichtspunkte: ein objektiver, aus der Schwere der Rechtsgüterverletzung hergenommen, ein subjektiver, in der Willensrichtung des Thäters gelegen. Es wird mir nun kaum bestritten werden können, daß die Durchführung dieser beiden Gesichtspunkte in unserem geltenden Rechte mehr als manches zu wünschen übrig läßt. Die naturgemäße Folge davon ist eine Halt- und Ratlosigkeit unserer Praxis, von welcher der Nichtjurist sich keine Vorstellung macht <sup>4)</sup>. Der Richter soll ja bei Ausmessung der Strafe innerhalb des Strafrahmens dieselben Gesichtspunkte zur Anwendung bringen, welche den Gesetzgeber bei Aufstellung des Strafrahmens geleitet haben; wenn diese im Zweifel bleiben, wie soll die Ausmessung gelingen?

<sup>1)</sup> Zeitschrift II S. 497.

<sup>2)</sup> System der Rechtsphilosophie, 1882, S. 535 f. (vgl. Zeitschrift II S. 143).

<sup>3)</sup> Bequemer hat H. Meyer (Lehrbuch 3. Aufl. S. 15) sich die Sache zurechtgelegt: Sehr verschieden ist, welche Nachteile der Staat als Strafe verwendet; es wird dies wesentlich von den obwaltenden Verhältnissen und Anschauungen abhängen . . . Im übrigen ist die Höhe der Strafe Sache gesetzgeberischer Abschätzung, wobei in der Hauptsache der Zweck der Vergeltung maßgebend ist und nur in zweiter Linie jene praktischen Zwecke der Strafe in Betracht kommen.“ Da es mir bisher nicht gelungen ist, mir diese Gerechtigkeit, die überall mit sich handeln läßt, diese opportunistische Gerechtigkeit, diesen gerechten Opportunismus vorstellbar zu machen, so verweise ich gegen H. Meyer auf Merkel, Zeitschr. I S. 557 Note; Rümelin, Über die Idee der Gerechtigkeit in dessen „Reden und Aufsätze. Neue Folge.“ 1881; v. Bar, Handbuch I S. 330, 335 Note, 336.

<sup>4)</sup> Man vgl. die drastische Schilderung der in der Praxis eingerissenen Verwirrung bei Mittelstädt, Zeitschrift II S. 428, 442, insbes. S. 443.

Aber, was viel wichtiger ist: die beiden Gesichtspunkte widersprechen einander und lassen sich darum nicht kombinieren; wenigstens nicht in der Weise, daß sie als gleichberechtigt nebeneinander gestellt werden. Nur wenn der eine zum Hauptprinzip erhoben, d. h. bei der Aufstellung der Strafrahmen zu Grunde gelegt, der andre zum Nebenprinzip gemacht, d. h. bei der Unterteilung der Strafrahmen und bei der Strafausmessung innerhalb des Strafrahmens verwendet würde, ließe sich vielleicht eine Vereinbarung denken. Davon aber ist nirgends die Rede.

Dazu kommt nun noch die Verschwommenheit des subjektiven Prinzipes. Ist die juristische Beurteilung der Willensrichtung im Augenblicke der That, ist das ethische Werturteil über die Wollensweise, über die bleibende Charakterform gemeint? Strafen wir den Mann für das, was er thut oder für das, was er ist? Ist die That, oder ist der Thäter der Gegenstand unfres Urteils? <sup>1)</sup>

Ohne Zweifel wird die übergroße Mehrzahl der Juristen je die erste der gestellten Alternativen mit aller Entschiedenheit bejahen. Aber bei näherer Betrachtung überzeugen wir uns bald, daß bei den meisten Anhängern der proportionalen Gerechtigkeit die ethische Beurteilung der bleibenden Wollensweise in einer ganzen Reihe von Fragen den Ausschlag gibt. <sup>2)</sup> So läßt sich die schwerere Bestrafung des Gewohnheitsverbrechers vom Standpunkte der Vergeltungsstrafe aus gar nicht anders rechtfertigen, als indem die in der ganzen vita ante acta verschuldete Erwerbung der Gewohnheit, die Herbeiführung der Abschwächung der Willenskraft als strafe erhöhendes Moment betont wird. Wer als Jurist die im Augenblicke der That als erworben vorhandene Disposition, die gegebene Verminderung der Willensfreiheit ins Auge faßt, muß für den Gewohnheitsverbrecher mildernde Umstände annehmen. <sup>3)</sup> Sobald wir aber hinübergedrängt sind auf das Gebiet des sittlichen Werturteils, haben wir den festen Boden unter unsern Füßen verloren. Wie oft noch

<sup>1)</sup> Vgl. Laas, „Vergeltung und Zurechnung“, in der Vierteljahrschrift für wissenschaftl. Philosophie V. S. 448 ff. und dazu Zeitschrift II. S. 146.

<sup>2)</sup> Ich verweise auf die zutreffenden Bemerkungen von Merkel „über das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft“, Zeitschrift I. S. 553 ff., insbes. S. 593 ff.

<sup>3)</sup> Wie dies tatsächlich seit Kleinschrod wiederholt geschehen ist. Man sehe die Geschichte dieser Frage bei v. Lisenthal, Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten, 1879, insbes. S. 33 ff.

müssen Kants bekannte Worte den kriminalistischen Theoretikern und Praktikern ins Gedächtnis zurückgerufen werden. „Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher, selbst die unsres eigenen Verhaltens, gänzlich verborgen. Unsrer Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden. Wieviel aber davon reine Wirkung der Freiheit, wieviel der bloßen Natur und dem unverschuldeten Fehler des Temperaments oder dessen glücklicher Beschaffenheit (*merito fortunae*) zuzuschreiben sei, kann niemand ergründen und daher auch nicht nach völliger Gerechtigkeit richten.“<sup>1)</sup>

Das Eine scheint mir sicher zu sein. Auch die Idee der proportionalen Gerechtigkeit ist nicht geeignet, das Strafmaß zu begründen. In sich widersprechend trägt sie den Widerspruch in Gesetzgebung und Rechtspflege; die Relativität zur Grundlage nehmend, verzichtet sie auf jede absolute Wertschätzung; dem idealen Subjektivismus mehr oder weniger bewußt huldigend opfert sie die juristische Beurteilung dem Phantom einer idealen, das Prinzip der Ethik verwirklichenden Gerechtigkeit.

3. Wir wollen die Vergeltungsstrafe vorläufig bei Seite lassen, die oben unterbrochene Entwicklung wieder aufnehmen. Der Zweckgedanke, der uns bisher glücklich und sicher geleitet hat, soll auch weiterhin unser Führer sein. Unsere Auffassung der Strafe als Rechtsgüterschutz verlangt unabweislich, daß im einzelnen Falle diejenige Strafe (nach Inhalt und Umfang) verhängt werde, welche notwendig ist, damit durch die Strafe die Rechtsgüterwelt geschützt werde.

Die richtige, d. h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderten Strafmaßes. Wie die Rechtsstrafe als Selbstbeschränkung der Strafgewalt durch die Objektivierung entstanden ist, so erhält sie ihre höchste Vollkommenheit durch die Vervollkommnung der Objektivierung. Das völlige Gebundensein der Strafgewalt durch den Zweckgedanken ist das Ideal der strafenden Gerechtigkeit.

Nur die notwendige Strafe ist gerecht. Die Strafe ist uns Mittel zum Zweck. Der Zweckgedanke aber verlangt Anpassung des Mittels an den Zweck und möglichste Sparsamkeit in seiner Ver-

<sup>1)</sup> Kritik der reinen Vernunft (S. A. von Hartenstein, 1868, S. 381).

wendung. Diese Forderung gilt ganz besonders der Strafe gegenüber; denn sie ist ein zweischneidiges Schwert: Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung. Es läßt sich eine schwerere Verfündigung gegen den Zweckgedanken gar nicht denken als verschwenderische Verwendung der Strafe, als die Vernichtung der körperlichen, ethischen, nationalökonomischen Existenz eines Mitbürgers, wo diese nicht unabweislich durch die Bedürfnisse der Rechtsordnung gefordert wird. So ist die Herrschaft des Zweckgedankens der sicherste Schutz der individuellen Freiheit gegen jene grausamen Strafen früherer Zeiten, welche — es ist gut, sich daran zu erinnern — nicht durch die glaubensstarken Idealisten der Vergeltungsstrafe, sondern durch die Vorkämpfer des „flachen Nationalismus“ beseitigt worden sind. „Hätte nicht Beccaria in seinem berühmten Werke über Verbrechen und Strafen (1764) seine Stimme gegen die Maßlosigkeit der Strafen erhoben, so hätte Adam Smith in dem seinigen über die Ursachen des Nationalreichtums (1776) es thun müssen.“<sup>1)</sup>

So haben wir im Zweckgedanken das Prinzip des Strafmaßes gefunden, und es handelt sich nun weiter darum, aus dem Prinzipie das Maß der im Einzelfalle zu verhängenden Strafe zu bestimmen, die nach dem Prinzipie diesem Verbrechen entsprechende, die im konkreten Falle gerechte Strafe zu bemessen. Um diese Aufgabe zu lösen, müssen wir die Wirkungen der Strafe genauer untersuchen. Die Strafe ist Rechtsgüterschutz. Aber warum ist sie es? Wie bewirkt sie den Rechtsgüterschutz? Welches sind die in der Strafe liegenden Triebkräfte, welches die unmittelbaren Wirkungen der Strafe? Wie entsteht durch diese Triebkräfte das Endresultat, wie verhält es sich zu diesen unmittelbaren Wirkungen? Worin, mit einem Wort, liegt das Geheimnis der Strafe? Ist es berechtigter Vorwurf oder kurzfristige Voreingenommenheit, wenn die Gegner meinen, daß der Zweck, den die Strafe nach unserer Ansicht verfolgt, sicherer und einfacher durch Verbesserung der Schul- und Polizeieinrichtungen erreicht werden könnte?

Es gibt nur eine Methode, durch welche die Antwort auf diese Fragen mit unzweifelhafter Gewißheit gefunden werden kann: die Methode der Gesellschaftswissenschaft, die systematische Massen-

<sup>1)</sup> v. Thering, Zweck im Recht S. 362 vgl. S. 477. In neuerer Zeit hat insbes. Wahlberg sich das Verdienst erworben, auf diesen Gedanken hingewiesen zu haben. Vgl. seine „Kriminalistische und nationalökonomische Gesichtspunkte mit Rücksicht auf das deutsche Strafrecht“, 1872.

beobachtung. Die Kriminalstatistik, das Wort im weitesten Sinne genommen, kann uns allein zum Ziele führen. Wir müssen das Verbrechen als soziale Erscheinung, die Strafe als soziale Funktion untersuchen, wollen wir die rechtsgüterschützende, verbrechenverhütende Wirkung der Strafe mit wissenschaftlicher Bestimmtheit feststellen. Das ist der Boden, auf dem allein der Streit endgültig ausgetragen werden kann.

Eine Kriminalstatistik, wie wir sie brauchen, eine solide, allen wissenschaftlichen Anforderungen genügende, auf alle Fragen des Kriminalisiten rasche und sichere Antwort gebende Kriminalstatistik besitzen wir heute noch nicht. Das ist das Urteil der ersten Autorität auf diesem Gebiete, v. Ottingens.<sup>1)</sup> Dieser Mangel erschwert die Verständigung mehr als die unversöhnlichsten Gegensätze der Prinzipien.

Wenn ich es daher im folgenden versuche, eine Antwort auf die gestellten Fragen zu geben, so weiß ich so gut wie irgend jemand, daß diese Antwort nicht auf die Bedeutung einer definitiven, unzweifelhaften Feststellung Anspruch erheben kann. Dennoch dürfte der Versuch, die bisherigen Ergebnisse zusammenzufassen und zu verwerten, nach mehr als einer Richtung hin sich fruchtbringend erweisen.

#### V. Die Strafe als zweckbewußter Rechtsgüterschutz.

1. Es ist das unverlierbare Verdienst der relativen Theorien, mit den geringen damals zu Gebote stehenden Mitteln die in der Strafe liegenden Triebkräfte, die nächsten Wirkungen derselben, erforscht und festgestellt zu haben. Die Kriminalstatistik wird an diesen Ergebnissen nichts oder nur wenig ändern. Der Fehler der relativen Theorien lag nur in ihrer Einseitigkeit. Vor dieser werden wir uns zu hüten haben.

Die Strafe ist Zwang. Sie wendet sich gegen den Willen des Verbrechers, indem sie die Rechtsgüter verlegt oder vernichtet, in welchen der Wille Verkörperung gefunden hat. Als Zwang kann die Strafe doppelter Natur sein<sup>2)</sup>.

- a) Indirekter, mittelbarer, psychologischer Zwang oder Motivation. Die Strafe gibt dem Verbrecher die ihm fehlenden Motive, welche der Begehung von Verbrechen entgegen zu wirken geeignet

<sup>1)</sup> Über die methodische Erhebung und Beurteilung kriminalstatistischer Daten. Zeitschrift I. S. 414 ff.

<sup>2)</sup> Man vgl. Hering a. a. O. S. 50 ff., 238 ff.; mein Reichsstrafrecht S. 3 f.

sind, und die vorhandenen Motive vermehrt und kräftigt sie. Sie erscheint als künstliche Anpassung des Verbrechers an die Gesellschaft und zwar entweder

- a. durch Besserung, d. h. durch Einpflanzung und Kräftigung altruistischer, sozialer Motive;
- β) durch Abschreckung, d. h. durch Einpflanzung und Kräftigung egoistischer, aber in der Wirkung mit den altruistischen zusammenfallender Motive.
- b) Direkter, unmittelbarer, mechanischer Zwang, oder Gewalt. Die Strafe ist Sequestrierung des Verbrechers; vorübergehende oder dauernde Unschädlichmachung, Ausstoßung aus der Gesellschaft oder Internierung in derselben. Sie erscheint als künstliche Selektion des sozial untauglichen Individuums. „Die Natur wirft denjenigen, der sich gegen sie vergangen hat, aufs Bett, der Staat wirft ihn ins Gefängnis“<sup>1)</sup>.

Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung: das sind demnach die unmittelbaren Wirkungen der Strafe; die in ihr liegenden Triebkräfte, durch welche sie den Schutz der Rechtsgüter bewirkt<sup>2)</sup>.

Es wird sich diesen Wirkungen des Strafvollzuges nichts Wichtiges hinzufügen lassen. Daß die Strafe eine ganze Reihe von Reflexwirkungen hat, wie ich sie nennen möchte<sup>3)</sup>, ist klar, aber nicht bedeutsam genug, um unsre Einteilung unzustoßen. Nur eins bedarf noch der Erwähnung: die Bedeutung der Strafdrohung. Warnend und abschreckend verstärkt sie die vom Verbrechen abhaltenden Motive. Wir dürfen diese Wirkung nicht übersehen, müssen sie aber hier bei Seite lassen. Denn nicht um die staatlichen Imperative, sondern um die staatliche Strafe handelt es sich für uns; die Strafdrohung aber ist nur ein verschärfter Imperativ.

Der Wert eines konkreten Strafsystems hängt von der Sicherheit und der Elastizität ab, mit welcher es die Erreichung eines jeden der drei Strafzwecke ermöglicht. Und genau dasselbe gilt von dem

<sup>1)</sup> Jhering a. a. D. S. 51.

<sup>2)</sup> Man vgl. die drei Strafzwecke bei Plato, Legg. IX, 854 ff.; Aristoteles, Eth. Nicom. II. 3. § 1, X. 9. §§ 3, 8, 9.

<sup>3)</sup> Hierher rechne ich die Wirkungen der Strafe auf andre Personen, welche keiner ihrer Formen mangeln und nicht nur als Generalprävention, sondern auch als Kräftigung der sozialen Motive in andern erscheinen; hierher auch ihre Wirkungen auf den Verletzten, die als Genugthuung zusammengefaßt werden können.

einzelnen Strafmittel. Darin liegt die von Mittelstädt so gänzlich verkannte Bedeutung der Freiheitsstrafe, welche, eben weil sie allen Strafzwecken sich anzuschmiegen geeignet ist wie keine andre Strafart, die erste und führende Stelle im Strafenystem einzunehmen unzweifelhaft berufen ist.

Bedarf es einer besonderen Betonung, daß im einzelnen Falle die drei Strafzwecke sich ausschließen; daß ich eben die Strafe nach Art und Umfang demjenigen Strafzwecke anpassen muß, dessen Erreichung im einzelnen Falle notwendig und möglich ist? daß ich durch Köpfen und Hängen den Verbrecher nicht bessern und nicht abschrecken, durch fünfundschwanzig Stockschläge bei ihm keine besonders lebhaften altruistischen Motive hervorrufen werde? daß es zwar ein Widerspruch ist, wenn ich den A durch eine und dieselbe Strafe (vielleicht 300 Mk.) bessern, abschrecken und unschädlich machen will; kein Widerspruch aber, den A durch die Geldstrafe abzuerschrecken, den B durch Einzelhaft zu bessern, den C durch lebenslange Freiheitsstrafe zu sequestrieren? Vielleicht war es nicht ganz überflüssig, darauf ausdrücklich hinzuweisen. Sagt doch noch Sonntag <sup>1)</sup>: „Eine Sicherungstheorie, die zugleich abschrecken und bessern, also Feuer und Wasser mit einander mischen will, ist in sich so widerspruchsvoll, daß es vollkommen rätselhaft erscheint, wie sich heute noch Vertreter derselben (v. Liszt und Sichert) finden können.“ Das Rätsel löst sich doch wohl mit dem Mißverständnis.

2. Wenn aber Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung wirklich die möglichen wesentlichen Wirkungen der Strafe und damit zugleich die möglichen Formen des Rechtsgüterschutzes durch Strafe sind, so müssen diesen drei Strafformen auch drei Kategorien von Verbrechen entsprechen. Denn gegen diese, nicht aber gegen die Verbrechensbegriffe, richtet sich die Strafe; der Verbrecher ist der Träger der Rechtsgüter, deren Verletzung oder Vernichtung das Wesen der Strafe ausmacht. Diese logische Forderung wird durch die bisherigen Ergebnisse der Kriminalanthropologie <sup>2)</sup> im wesentlichen bestätigt. Doch gestattet die Lückenhaftigkeit und Unsicherheit der bisher gewonnenen Resultate keine abschließenden, ins einzelne gehenden Schlussfolgerungen. Im allgemeinen aber dürfte folgende Einteilung zum Ausgangspunkte weiterer Betrachtungen genommen werden können:

<sup>1)</sup> Zeitschrift I S. 491.

<sup>2)</sup> Man vgl. die oben angeführten Arbeiten, insb. diejenigen von Lombroso und Ferri.

- 1) Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher;
- 2) Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher;
- 3) Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher.

Ich will im folgenden die praktische Verwertung dieser Einteilung kurz auseinandersetzen versuchen. Ich werde dabei aus rein äußeren Gründen eine andre als die eben beobachtete Reihenfolge einhalten.

Erste Gruppe. Die Unverbesserlichen.<sup>1)</sup> Energische Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechertums ist eine der dringendsten Aufgaben der Gegenwart. Wie ein krankes Glied den ganzen Organismus vergiftet, so frisst der Krebschaden des rapid zunehmenden Gewohnheitsverbrechertums sich immer tiefer in unser soziales Leben. Der auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft herrschende Doktrinismus hat eine schwere Schuld auf sich geladen, indem er, in rein begriffliche Konstruktionen vertieft, dieser Thatfache gegenüber bis auf den heutigen Tag — von wenigen Ausnahmen abgesehen — teilnahmslos geblieben ist.

Der Kampf gegen das Gewohnheitsverbrechertum setzt genaue Kenntnis desselben voraus. Diese fehlt uns noch heute. Handelt es sich doch nur um ein Glied, allerdings um das bedeutendste und gefährlichste, in jener Kette von sozialen Krankheitserrscheinungen, welche wir unter dem Gesamtnamen des Proletariats zusammenzufassen pflegen. Bettler und Vagabonden, Prostituierte beiderlei Geschlechts

<sup>1)</sup> Es ist ein großes und bleibendes Verdienst Wahlberg's, in seinen verschiedenen Schriften den fundamentalen Unterschied von Gewohnheits- und Gelegenheitsverbrechen energisch betont zu haben. Man vergl. insbes.: „Über das gewohnheitsmäßige Verbrechen mit besonderer Rücksicht auf den Gewohnheitsdiebstahl“. Gesammelte kleinere Schriften I S. 136 f.; „Das Maß und der mittlere Mensch im Strafrecht“ (Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. V, S. 465 ff.); „Das Gelegenheitsverbrechen“ (Ges. u. Schriften III S. 55 ff.); „Das Maß und die Wertberechnung im Strafrecht“ daselbst S. 101 ff.; Gutachten an den internat. Pönitentiar-Kongress zu Stockholm über die Bekämpfung des Rückfalls (daselbst S. 213 ff.). — Dieses Verdienst wird durch die z. T. durchaus berechtigte Kritik seiner juristischen Definition des Gewohnheitsverbrechens und seiner juristischen Begründung der größeren Strafbarkeit des Gewohnheitsverbrechers, welche v. Lisienthal in seinen „Beiträgen zur Lehre von den Kollektivdelikten“ mit großem Geschick geübt hat, in keiner Weise berührt. Der Gewohnheitsverbrecher existiert, auch wenn wir keine gute Definition von ihm haben. Vgl. v. Lisienthal vergl. auch Hälschner a. D. S. 551.

und Alkoholikern, Gauner und Halbweltmenschen im weitesten Sinne, geistig und körperlich Degenerierte — sie alle bilden das Heer der grundsätzlichen Gegner der Gesellschaftsordnung, als dessen Elitetruppe die Gewohnheitsverbrecher erscheinen. So lange wir das vagabondierende Gaunertum nicht sozialetisch festgestellt haben, ist es vergebliches Bemühen, das Gewohnheitsverbrechertum als solches fassen zu wollen. Viel wird hier die Moralstatistik, viel insbesondere ihre Anwendung auf die heute noch einer verlässlichen Methode entbehrende Kriminalanthropologie leisten können. Aber — wir dürfen nicht warten, bis diese Leistungen zu Tage gefördert sind. Und wir brauchen es nicht.

Das Gewohnheitsverbrechertum findet seinen juristischen Ausdruck in den Ziffern der Rückfallstatistik. Wir können dieser, trotz ihrer von keiner Seite geleugneten Unvollkommenheit, einige wertvolle Thatfachen entnehmen; Thatfachen, welche uns genügenden Anhalt zu unmittelbarem Einschreiten bieten.

Zunächst die Thatfache, daß die Rückfälligen die Mehrheit der Verbrecher, und die Unverbesserlichen die Mehrheit der Rückfälligen ausmachen. Ich stütze diese Behauptungen einerseits auf die von Sichert<sup>1)</sup> für Württemberg angestellten Berechnungen, andererseits auf die vor kurzem ausgegebene offizielle preussische Gefängnisstatistik für das Jahr 1. April 1880/81.<sup>2)</sup>

In den gerichtlichen Strafanstalten Württembergs stieg<sup>3)</sup> die Verhältniszahl der Rückfälligen zu der Gesamtzahl der Verurteilten in dem Zeitraum von 1868/69 bis 1877/78 von 34 Prozent auf 48 Prozent; in dem Männerzuchthause Ludwigsburg in dem Zeitraum von 1866/67 bis 1877/78 von 51 Prozent auf 72 Prozent. Das gäbe als Durchschnittsziffer für das Jahr 1877/78: 60 Prozent.<sup>4)</sup> Von den Rückfälligen des Zuchthauses Ludwigsburg (1649, die vom 1. Januar 1872 bis 31. März 1880 eingeliefert wurden), befand sich im Durchschnitte jeder zum fünften Male in der Strafanstalt<sup>5)</sup>, und jedem Verurteilten fielen durchschnittlich

<sup>1)</sup> Über die Rückfälligkeit der Verbrecher und über die Mittel zu deren Bekämpfung. 1881.

<sup>2)</sup> Statistik der zum Ressort des kgl. preuß. Ministeriums des Innern gehörenden Straf- und Gefangenanstalten pro 1. April 1880/81. Berlin 1882.

<sup>3)</sup> Sichert S. 8.

<sup>4)</sup> Dieselbe Ziffer bei Krohne, Zeitschrift I S. 76.

<sup>5)</sup> Sichert S. 11.

3,27 strafbare Handlungen zur Last, deren er sich von dem Tage der letzten Entlassung bis zur abermaligen Einlieferung schuldig gemacht hatte.<sup>1)</sup>

Nach der preussischen Statistik waren unter den im Jahre 1. April 1880/81 zugegangenen Zuchthausgefangenen<sup>2)</sup> wegen Verbrechen oder Vergehens bereits früher bestraft 76,47 Prozent<sup>3)</sup>; in der Gesamtzahl der detinierten Gefängnisgefangenen<sup>4)</sup> 64,03 Prozent (gegenüber 52,37 Prozent im Vorjahre). Die Durchschnittsziffer für das Jahr 1. April 1880/81 beträgt demnach 70 Prozent. — Von den 7033 zugegangenen rückfälligen Zuchthausgefangenen waren nach meiner Berechnung auf Grund der mitgetheilten Ziffern<sup>5)</sup> über 82 Prozent zweimal und mehrmal, darunter 27 Prozent sechsmal und öfter; von den 21357 detinierten rückfälligen Gefängnisgefangenen<sup>6)</sup> 66 Prozent zweimal und mehrmal, darunter über 22 Prozent sechsmal und öfter bestraft. Die Durchschnittszahlen ergeben demnach 74 Prozent und 24,5 Prozent.

Diese Ziffern sprechen für sich. Sie beweisen, daß unsre gegenwärtige Behandlung der Rückfälligen durchaus verkehrt und unhaltbar ist; sie beweisen, daß mindestens die Hälfte aller jener Personen, welche Jahr aus, Jahr ein unsre Strafanstalten bevölkern, unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher sind. Solche Leute in Zellen gefängnissen um teures Geld<sup>7)</sup> bessern zu wollen, ist einfach widersinnig; sie nach Ablauf von einigen Jahren gleich einem Raubtier auf das Publikum loszulassen<sup>8)</sup>, bis sie, nachdem sie wieder drei bis vier neue Verbrechen begangen haben, in ein oder zwei Jahren neuerdings eingezogen und wiederum „gebessert“ werden: das ist mehr und ist etwas andres als widersinnig. Aber unser Strafrahmen-

<sup>1)</sup> Sichert S. 12.

<sup>2)</sup> Statistik S. 43.

<sup>3)</sup> Der Prozentfuß der Rückfälligen in der Gesamtzahl der Detinierten beträgt nach S. 50: 76,70 Prozent.

<sup>4)</sup> Statistik S. 55.

<sup>5)</sup> Statistik S. 43.

<sup>6)</sup> Statistik S. 55.

<sup>7)</sup> Sichert berechnet die Kosten für Bau und Einrichtung einer Zelle auf 4000 Mark (S. 68); Krohne (Zeitschrift I S. 66) auf 4500–6000 M. Man vergl. dazu Krohne im 10. Vereinshefte des Nordwestdeutschen Vereins für Gefängniswesen.

<sup>8)</sup> Vergl. die drastische Schilderung bei Kräpelin, Abschaffung des Strafmaßes S. 21.

system gestattet und fordert es; der „Vergeltung“ ist Genüge gethan und die Strafrechtswissenschaft hat mit der Lehre vom Kausalzusammenhange, mit der Kontroverse über die Unterlassungsdelikte und andern Dingen so viel zu thun, daß ihre Zeit es ihr nicht gestattet, mit solchen Kleinigkeiten sich abzugeben.

Gegen die Unverbesserlichen muß die Gesellschaft sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bezw. auf unbestimmte Zeit<sup>1)</sup>).

Ehe ich daran denke, diesen Gedanken weiter zu entwickeln, sei eine andre Thatsache noch konstatiert. Es wird Aufgabe der Kriminalstatistik sein, nachzuweisen, welche Verbrechen überhaupt gewohnheitsmäßig begangen zu werden pflegen; die Kriminal-Anthropologie wird ihr dabei wesentliche Dienste zu leisten in der Lage sein. Aber schon auf Grund der heute vorliegenden Ergebnisse können wir mit einiger Bestimmtheit den Umkreis dieser Verbrechen ziehen. Es sind in erster Linie die Eigentums-, in zweiter gewisse Sittlichkeitsdelikte; also jene Verbrechen, welche auf den stärksten und ursprünglichsten menschlichen Trieben beruhen. Genauer ließen sich folgende Verbrechen hierher rechnen<sup>2)</sup>: Diebstahl, Fehlerei, Raub, Erpressung, Betrug, Brandstiftung, Sachbeschädigung, gewaltsame Unzucht und Unzucht gegen Kinder<sup>3)</sup>. Eine Ergänzung oder Verichtigung dieser Liste auf Grund genauerer Beobachtung ist natürlich nicht ausgeschlossen.

Die „Unschädlichmachung“ der Unverbesserlichen denke ich mir in folgender Weise. Das Strafgesetzbuch bestimmt — in ähnlicher Fassung wie die §§ 244, 245 des geltenden Gesetzbuchs —, daß bei dritter Verurteilung wegen eines der oben genannten Verbrechen auf Einschließung auf unbestimmte Zeit zu erkennen sei. Die Strafe wird in besonderen Anstalten (Zucht- oder Arbeitshäusern)

<sup>1)</sup> Diese Forderung wurde mit größerer oder geringerer Entschiedenheit bereits mehrfach aufgestellt; man vergl. insbes. Wahlberg's Bericht an den Stockholmer Gefängnißkongreß; die von v. Lilienthal, Kollektivdelikte S. 103 in den Anmerkungen angeführte Literatur; Schwarze, Freiheitsstrafe S. 47; Sichert a. D. S. 39; Krohne, Zeitschrift I S. 81 ff.; Sontag, Zeitschrift I S. 505 f.; Mittelstädt, Gegen die Freiheitsstrafen S. 70.

<sup>2)</sup> Man vgl. dazu v. Lilienthal a. D. S. 109; Sichert a. D. S. 13.

<sup>3)</sup> Gerade in der Zunahme der letztgenannten Delikte zeigt sich bekanntlich die steigende Verrohung unsrer Volksmassen am deutlichsten.

in Gemeinschaft verbüßt: Sie besteht in „Strafnuchtschaft“<sup>1)</sup> mit strengstem Arbeitszwang und möglichster Ausnutzung der Arbeitskraft; als Disziplinarstrafe wäre die Prügelstrafe kaum zu entbehren;<sup>2)</sup> obligatorischer und dauernder Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte müßte den unbedingt entehrenden Charakter der Strafe scharf kennzeichnen. Einzelhaft hätte nur als Disziplinarstrafe, verbunden mit Dunkelarrest und strengstem Fasten, einzutreten.<sup>3)</sup>

Es braucht nicht jede Hoffnung auf Rückkehr in die Gesellschaft ausgeschlossen zu werden. Irrtümer des Richters bleiben ja immer möglich. Aber die Hoffnung müßte eine ganz entfernte, die Entlassung eine ganz ausnahmsweise sein. Alle fünf Jahre könnte der Aufsichtsrat<sup>4)</sup> bei dem Landgerichte, in dessen Sprengel die Verurteilung ausgesprochen wurde, den Antrag auf Entlassung stellen. Gibt die Strafkammer diesem Antrage statt, so erfolgt die Übergabe an die unten zu erwähnenden Besserungsanstalten. Schlechte Führung hat Rückverzekung in das Arbeitshaus zur Folge.

Im wesentlichen würde es sich also um eine freilich bedeutende Erweiterung und Verschärfung der Rückfallsstrafe unseres Strafgesetzbuchs handeln. Hierin läge der Anknüpfungspunkt für alle diejenigen, welche, unser höchst modernes Strafrahmensystem für etwas „historisch“ gegebenes haltend, einer radikalen Umgestaltung desselben prinzipiell widerstreben.

Zweite Gruppe. Die Besserungsbedürftigen. Der Umkreis derjenigen Verbrechen, welche gewohnheitsmäßig begangen zu werden pflegen, ungrenzt zugleich unfre zweite Gruppe. Aus den besserungsbedürftigen, durch vererbte oder erworbene Anlagen zum Verbrechen hinneigenden, aber noch nicht rettungslos verlorenen Individuen rekrutiert sich das Gewohnheitsverbrechertum. Die kleinen Gefängnisse sind die Hauptverbestellen; aber verlotterte Herbergen, Schnapsbuden und Bordelle machen ihnen den Rang streitig. Diese Anfänger auf der Verbrecherlaufbahn können in zahlreichen Fällen

<sup>1)</sup> Mittelstädt, Zeitschr. II S. 437.

<sup>2)</sup> Vgl. § 38 Ziff. 10 des Bundesrats-Entwurfs eines deutschen Strafvollzugs-Gesetzes und die Motive dazu. Neuere Litteratur über die Prügelstrafe bei Sontag a. D. S. 501.

<sup>3)</sup> Vgl. die Vorschläge von Sichert a. D. S. 40 f.

<sup>4)</sup> Ich denke an die, einer kräftigen Entwicklung durchaus fähige, Einrichtung, welche § 8 des oben erwähnten Entwurfs vorgeschlagen. Vgl. dazu S. 24 der Motive, und Willert, Zeitschr. II S. 488.

noch gerettet werden. Aber nur durch ernste und anhaltende Zucht. Das Minimum der hier eintretenden Freiheitsstrafe dürfte daher m. E. nicht unter ein Jahr herabsinken. Es gibt nichts entsetzlicheres und widersinnigeres als unsere kurzzeitigen Freiheitsstrafen gegen die Lehrlinge auf der Bahn des Verbrechens. Wenn irgendwo trägt hier die Gesellschaft den Löwenanteil an der Schuld, unter welcher der künftige Gewohnheitsverbrecher zusammenbricht.

Praktisch hätte sich die Sache folgendermaßen zu gestalten. Bei der ersten und zweiten Begehung einer der oben genannten strafbaren Handlungen hat das Gericht die Abgabe in eine Besserungsanstalt auszusprechen. Das Urteil hat Suspension, nicht Verlust der Ehrenrechte zur Folge. Die (im Urteile nicht auszusprechende) Dauer der Strafe beträgt mindestens ein Jahr, höchstens fünf Jahre. Die Strafe beginnt mit Einzelhaft. Bei guter Führung kann widerrechtliche Versetzung in progressive Gemeinschaftshaft durch den Aufsichtsrat ausgesprochen werden. Arbeit und Elementarunterricht sind als Mittel zur Stärkung der Widerstandskraft zur Anwendung zu bringen. Prügelstrafe als Disziplinarstrafe ist unbedingt ausgeschlossen. Alle Jahre kann der Aufsichtsrat an das Landgericht den Antrag auf Entlassung der anscheinend gebesserten Häftlinge richten. Der Entlassene wird auf dieselbe Zeit, die er in der Anstalt zugebracht hat, unter Polizeiaufsicht gestellt. Nach fünf Jahren seit der Einlieferung muß unter allen Umständen die Entlassung erfolgen;<sup>1)</sup> der Entlassene tritt auf weitere fünf Jahre unter Polizeiaufsicht.

Um den Erfolg dieser Besserungsanstalten zu sichern, müßten Privatvereine mit offiziellem Charakter, d. h. unter der Oberaufsicht des Staates<sup>2)</sup> stehend, von diesem finanziell unterstützt<sup>3)</sup>, für die Unterbringung und Unterstützung der entlassenen Häftlinge Sorge tragen.

Die dritte Gruppe wird, nach Abzug der unverbesserlichen und der besserungsbedürftigen Verbrecher, gebildet durch die große Zahl derjenigen, die wir kurz als Gelegenheitsverbrecher bezeichnen

<sup>1)</sup> Gegen den Vorschlag, diese Maximalgrenze zu erweitern, hätte ich von meinem Standpunkte aus keine Einwendung.

<sup>2)</sup> d. h. desjenigen Ministeriums, dessen Leitung die Strafanstalten unterstehen.

<sup>3)</sup> Privatvereine, welche lediglich auf sich angewiesen sind, wirken nach meiner Meinung eher schädlich als nützlich. Planlose Unterstützung ist schlechter als gar keine. Die herrschende Ansicht scheint allerdings eine abweichende zu sein.

wollen; d. h. aller derjenigen, für welche die begangene That eine Episode, eine durch überwiegend äußere Einflüsse hervorgebrachte Verirrung, bei welchen daher die Gefahr einer öfteren Wiederholung der begangenen strafbaren Handlung eine minime, eine systematische Besserung daher durchaus zwecklos ist. Hier soll die Strafe lediglich die Autorität des übertretenen Gesetzes herstellen; sie soll Abschreckung sein, eine gewissermaßen handgreifliche Warnung, ein „Denkzettel“ für den egoistischen Trieb des Verbrechers. Sachlich umfaßt mithin das Gebiet der Abschreckungsstrafe alle Verbrechen und Vergehen mit Ausnahme der oben genannten, also alle diejenigen, bezüglich deren gewohnheitsmäßige Begehung durch die Kriminalstatistik nicht erwiesen wird. Im allgemeinen könnten hier die Strafdrohungen unseres Strafgesetzbuches, wenn auch unter Einschränkung der zahlreichen Abstufungen festgehalten werden; doch würde sich eine einheitliche, nicht notwendig in Einzelhaft zu vollstreckende, Freiheitsstrafe<sup>1)</sup> von nicht zu geringem Minimum (nicht unter 6 Wochen) und nicht zu hohem Maximum (10 Jahre sind mehr als genügend), mit fakultativer Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, am meisten empfehlen; neben und statt ihr könnte die Geldstrafe in weiterem Umfange als bisher Verwertung finden. Die Todesstrafe scheint mir entbehrlich, sobald die Unverbesserlichen unschädlich gemacht sind.

3. Diese Vorschläge sollen zunächst nur den Beweis liefern, daß die Durchführung des durch den Zweckgedanken geforderten Prinzipes des Strafmaßes durchaus möglich ist, u. z. ohne daß an den Fundamentalsätzen des in den Kulturländern geltenden Strafrechts gerüttelt zu werden braucht. Auch das System der Strafrahmen wird zwar umgestaltet und eingeschränkt, aber nicht umgestoßen<sup>2)</sup>; weder die Abschaffung des Strafmaßes, noch die Beseitigung der richterlichen Strafzumessung ist das Ziel meiner Vorschläge. In zwei Worten läßt sich zusammenfassen, was unbedingt und sofort angestrebt werden muß. Unschädlichmachung der Unverbesserlichen, Besserung der Besserungsfähigen. Das Übrige findet sich. Ich weiß nicht, ob v. Bar auch diesen, wenn auch noch so lückenhaften, doch juristisch greifbaren Vorschlägen gegenüber von den „Anfordern einer unbestimmten Zukunftsmusik“ zu sprechen sich veranlaßt finden

<sup>1)</sup> Ich habe hier und sonst von den „Übertretungen“ ganz abgesehen.

<sup>2)</sup> Nur die bedingte Entlassung müßte fallen. Aber diese exotische Pflanze hat auf deutschem Boden nie Wurzel geschlagen, geschweige denn Früchte getragen. Wir werden sie unschwer vermissen.

wird<sup>1)</sup>: aber ich habe für meine Person gegen den Ausdruck nichts einzuwenden. Nur möchte ich beim Bilde bleiben: Das Leitmotiv, das aus der endlosen Melodie von der Negation der Negation des Rechts uns rettet zu Klarheit und Einfachheit — es ist der Zweckgedanke.

#### VI. Zielpunkte.

Während wir unter der Führung des Zweckgedankens die Formen der Schutzstrafe und das Maß derselben zu gewinnen suchten, mußten wir die Vergeltungsstrafe bei Seite lassen. Kehren wir jetzt zu ihr zurück. Wenn auch die Unhaltbarkeit des Prinzipes der Wertgleichheit zwischen Verbrechen und Strafe uns ebenso unzweifelhaft geworden ist wie die Unbrauchbarkeit der Idee der proportionalen Gerechtigkeit, so ist doch damit die Unhaltbarkeit und Unbrauchbarkeit der Vergeltungsstrafe überhaupt nicht erwiesen. Vielleicht ist eine andre Form denkbar, in welcher sie sich theoretisch wie praktisch bewährt? Vielleicht ist diese andre Form dem Zweckgedanken nicht prinzipiell feindlich gesinnt?

Ich stehe nicht an, diese beiden Fragen mit aller Entschiedenheit zu bejahen. Die einzig haltbare und fruchtbare Form der Vergeltungsstrafe ist die Schutzstrafe. Nicht auf den Namen kommt es mir dabei an. Aber der Gegensatz zwischen dem *quia peccatum est* und dem *ne peccetur* muß endlich in seiner ganzen Hohlheit und Verkehrtheit erkannt werden. Das gilt nicht nur in bezug auf das Prinzip der Strafe, sondern ebenso in bezug auf den Begriff des strafbaren Unrechts und ebenso in bezug auf Inhalt und Umfang der Strafe. Das erste glaube ich bewiesen zu haben, das zweite ist heute herrschende Ansicht, das dritte ist leicht einzusehen<sup>2)</sup>. Dem Verbrecher soll vergolten werden nach seinem Werte für die Rechtsordnung; sein rechtlicher Wert liegt in der Verschiebung des Gleichgewichts der Kräfte, welche das staatliche Leben bestimmen, in der Erschütterung der Rechtsordnung; die Vergeltung besteht demnach in der Wiederherstellung des Gleichgewichts, in der Sicherung der Rechtsordnung. Die Schutzstrafe ist die Vergeltungsstrafe. Das ist, sollte ich meinen, auch der Grundgedanke aller absoluten

<sup>1)</sup> Handbuch I S. 307. Ich gebe gerne zu, daß die Ausführungen in meinem „Reichsstrafrecht“ sehr unbestimmt gehalten waren. Aber das „kurzgefaßte Lehrbuch“ schien mir nicht der Ort, um Reformvorschläge zu entwickeln. Und die Verantwortlichkeit für E. v. Hartmann möchte ich ausdrücklich ablehnen.

<sup>2)</sup> Vgl. auch die Andeutungen bei Merkel, Zeitschrift I S. 594.

Theorien, aller metaphysischen Spekulationen über das Wesen der Strafe. Der Grund des Meinungszwiespaltes liegt in einem Fehlschlusse. Von Vergeltung kann nur einer konkreten That gegenüber die Rede sein, und diese ist untrennbar von der Person des Thäters. Mag sie eine Episode in seinem Charakterleben, mag sie der Ausdruck seines innersten Wesens sein: es gibt kein Verbrechen, das nicht der Verbrecher begangen hätte. That und Thäter sind keine Gegensätze, wie der verhängnisvolle juristische Irrtum annimmt; sondern die That ist des Thäters. Ist sie es nicht, ist sie erzwungen, im Wahnsinn begangen, ein Werk des spielenden Zufalls: dann entfällt mit der Zurechnung die Vergeltung. Nur aus der zu vergeltenden konkreten That kann demnach das Maß der Vergeltung bestimmt werden. Von diesem Gedanken ausgehend sind wir zu den oben formulierten Vorschlägen gelangt. Aber die herrschende Ansicht bestimmt die Strafe für die von keinem Thäter begangene That; das heißt: ihre Strafen entsprechen dem Verbrechensbegriffe, der Abstraktion, welche Gesetzgebung und Wissenschaft aus den konkreten Thaten gebildet haben<sup>1)</sup>. Sie fragt: was verdient der Diebstahl, die Notzucht, der Mord, der Meineid? statt zu fragen: was hat dieser Dieb, dieser Mörder, dieser falsche Zeuge, dieser Frauenschänder verdient? Die Fragestellung ist eine andre als die unsere, und darum mußte die Antwort eine andre sein. Und die Fragestellung ist verkehrt; verkehrt gerade vom Standpunkte der Vergeltung aus. Nicht der Begriff wird gestraft, sondern der Thäter; daher kann das Maß der vergeltenden Strafe nicht nach dem Begriff, sondern nur nach der That des Thäters sich richten. Das scheint eine wohlfeile Binsenwahrheit zu sein; und doch ist es heute noch Keßerei.

Die Schutzstrafe ist also die richtig verstandene Vergeltungsstrafe. Der Gegensatz zwischen dem quia und dem ne ist ein eingebildeter<sup>2)</sup>. Oder weiter gefaßt: Repression und Prävention sind keine Gegensätze. Schwimme ich, weil ich ins Wasser gefallen bin oder damit ich nicht ertrinke? Nehme ich Medizin, weil ich krank bin oder damit ich gesund werde? Riechen wir den Grenzordon, weil

<sup>1)</sup> Am deutlichsten ist dieser Fehlschluß bei Berner. Oft gerügt, erhält er sich durch alle Auflagen des Lehrbuchs.

<sup>2)</sup> Daß v. Thering's Ausführungen auf S. 25 des „Zweck im Recht“ mit meiner Behauptung nur scheinbar im Widerspruch stehen, bedarf keines Nachweises.

im Nachbarlande Epidemie herrscht oder damit wir von ihr verschont bleiben? Stütze ich das Haus, weil es haufällig ist oder damit es nicht einstürzt? All diese Fragen sind gleichwertig mit derjenigen, welche seit Jahrtausenden den Zankapfel der philosophierenden Rechtslehre bildet.

Die Strafe ist Prävention durch Repression; oder wie wir ebensogut sagen dürfen: Repression durch Prävention. Damit sind auch die Fragen, welche Binding<sup>1)</sup> an die Anhänger des Zweckgedankens richtet, beantwortet: „Warum strafen wir nur, nachdem verbrochen ist?“ Ja: warum werden nur die Menschen geheilt, welche krank geworden sind; warum heilen wir nicht lieber die Gesunden? Beide Fragen sind gleich berechtigt. Wie wir Heilen nur die auf Bekämpfung der Krankheit gerichtete ärztliche Thätigkeit nennen, so nennen wir Strafe nur die durch das Verbrechen veranlaßte, den Verbrecher verletzende Thätigkeit des Staates. Das schließt die Aufgabe nicht aus, dort nicht und hier nicht, prophylaktisch zu wirken. — „Warum nicht lieber statt der Strafe Verbesserung der Schul- und Polizeieinrichtungen?“ Gewiß! Wenn eine zur Höhe der Vollkommenheit entwickelte Sanitätspolizei alle Krankheiten verhindern würde, dann brauchten wir die Ärzte nicht. Aber dieses goldene Zeitalter ist noch nicht angebrochen. Und bis dahin wird die beste Schule und die gediegenste Polizei das Verbrechertum auszurotten nicht im Stande sein. — „Warum wird dem Verbrecher, dessen That die Unsicherheit der Gesellschaft enthüllt hat, dafür nicht der Dank der Gesellschaft votiert?“ Aus demselben Grunde, aus welchem die symptomatische Behandlung das Fieber nicht hegt und pflegt, damit es wachse und gedeihe, sondern energisch bekämpft. — „Wie läßt es sich rechtfertigen, daß der Delinquent, also doch ein Mensch, herabgewürdigt wird zum Objekte eines zu Gunsten anderer angestellten Experimentes?“ — Wir könnten darauf hinweisen, daß niemand es für eine menschenunwürdige Erniedrigung hält, wenn der Blatternfranke, also doch ein Mensch, zur Vermeidung der Ansteckung ins Blatternspital gebracht wird; aber wir haben es nicht nötig. Denn wir haben das Wesen der Strafe und ihre Rechtfertigung eben nicht in ihren Reflexwirkungen erblickt.<sup>2)</sup> Damit erledigt sich auch der Hinweis darauf, daß

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 3.

<sup>2)</sup> Vgl. oben S. 34.

dieses Experiment in so vielen Fällen erfolglos verläuft. Übrigens schützt die peinlichste Vorsicht „in so vielen Fällen“ nicht gegen Verbreitung von Epidemien; und doch folgt daraus, wie ich glaube, nicht, daß alle Vorsichtsmaßregeln je eher desto besser aufzugeben seien. — „Endlich muß die relative Theorie konsequent bei dem Satze anlangen: nicht der Staat, sondern die bedrohten Gesellschaftskreise ohne Rücksicht auf die sie durchschneidenden Staatsgrenzen müssen das Strafrecht besitzen, während die Wirklichkeit das Gegenteil lehrt.“ Mir ist der Sinn dieses Satzes nicht ganz klar geworden. Wenn das Verbrechen Störung der staatlichen Rechtsordnung, wenn die Strafe Schutz der staatlichen Rechtsordnung ist, dann können nicht die Gesellschaftskreise, dann muß der Staat das Strafrecht besitzen. Das ist die notwendige „Konsequenz“ der Schutztheorie. Allerdings sind auch gewisse Gesellschaftskreise Träger eines zum Schutze ihrer Sonderinteressen bestimmten, vom Staate theils anerkannten, theils sogar übertragenen Strafrechts;<sup>1)</sup> aber von diesem war und ist nicht die Rede.

So ist denn wohl auch das auf Grund dieser „Fragen“ von Binding gegen die relativen Theorien ausgesprochene Verdammungsurteil „wegen mangelhafter Begründung“ anfechtbar. Hat die absolute Theorie keine stärkeren Waffen, so bleibt sie besser in der Defensive. —

Aber nicht das ist der Hauptzweck meiner Zeilen: dem Zweckgedanken im Strafrechte zu seinem Rechte zu verhelfen. Sondern den Standpunkt zu bezeichnen, auf dem eine Verständigung der Gegner möglich ist. Nicht Revolution, sondern Reformation ist die Lösung. An der Reformation aber müssen und können wir alle mitarbeiten. Seit Jahrzehnten hat die Wissenschaft des Strafrechts in ihren bedeutendsten Vertretern dem Leben sich entfremdet. In unfruchtbaren Kämpfen hat sie ihre Kraft zersplittert; in rein abstrakter Gedankenarbeit befangen, hat sie nicht bemerkt, was draußen vorging. Sie glaubte, wie früher die Zügel der Herrschaft in Händen zu haben, während das Leben längst aufgehört hatte, sich um sie zu kümmern. Die Vertiefung der begrifflichen Abstraktionen dürfen wir nicht aufgeben; aber dem Doktrinarismus müssen wir entsagen.

<sup>1)</sup> Vgl. darüber meinen Artikel „Ordnungsstrafe“ in v. Holtendorffs Rechtslexikon. 3. Aufl.

Der Erforschung des Verbrechens als sozial-ethischer Erscheinung, der Strafe als gesellschaftlicher Funktion, muß **innerhalb unsrer Wissenschaft** die ihr gebührende Beachtung werden. Daß es eine Kriminalanthropologie, eine Kriminalpsychologie, eine Kriminalstatistik als besondere, der Wissenschaft des Strafrechts mehr oder weniger fern stehende Disziplinen gibt, ist der Beweis des schweren Verschuldens, welches die wissenschaftlichen Vertreter des Strafrechts trifft; es ist aber auch der Grund für die bisherige Unfruchtbarkeit jener Disziplinen. Nur in dem Zusammenwirken der genannten Disziplinen mit der Wissenschaft des Strafrechts ist die Möglichkeit eines erfolgreichen Kampfes gegen das Verbrechen gegeben. Unserer Wissenschaft gebührt die Führung in diesem Kampfe. Auf diese kann und darf sie nicht verzichten, ohne sich selber preiszugeben. Eben darum darf und kann sie aber jenen Disziplinen nicht in vornehmer Teilnahmslosigkeit gegenüberstehen. Ob die theoretischen und praktischen Vertreter des Strafrechts, ob die Lehrer, die Richter, die Staatsanwälte, die Polizeibeamten ihrer Aufgabe gerade nach dieser Richtung hin gewachsen sind, ob nicht eine ungleich erweiterte theoretische und praktische Vorbildung nötig wäre, ob nicht eine grundsätzliche Trennung der Strafrechtspflege von der Zivilrechtspflege, ähnlich jener des Justizdienstes vom Verwaltungsdienste, durch die wesentliche Verschiedenheit der gestellten Aufgaben und der zu ihrer Lösung unentbehrlichen Kenntnisse dringend gefordert wird: das sind Fragen, die ich hier nicht zu entscheiden und kaum anzudeuten wage. Unzweifelhaft ist mir, daß Strafrechtswissenschaft, Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege ihrer großen Aufgabe dem Leben gegenüber bisher in keiner Weise genügt haben. Mit der Erkenntnis dieser Thatsache ist der Weg der inneren Reform vorgezeichnet. Möge die unausbleibliche Revision unseres Strafgesetzbuchs, die unerläßliche reichsrechtliche Regelung des Strafvollzugs uns nicht unvorbereitet treffen!

---