

KRITISCHE BEITRÄGE
ZUR
STRAFRECHTSREFORM

HERAUSGEGEBEN

UNTER MITWIRKUNG
VERSCHIEDENER GELEHRTER

VON

PROF. DR. BIRKMEYER UND PROF. DR. NAGLER
MÜNCHEN BASEL

FÜNFTES HEFT

LEIPZIG
VERLAG VON WILHELM ENGELMANN
1909

23-D-735 II St 564.
VYŘAZENO

DER
VERGELTUNGSGEDANKE
UND SEINE
PRAKTISCHE BEDEUTUNG

VON

DR. AUGUST KÖHLER
A. O. PROFESSOR IN MÜNCHEN

4795

ODKAZ
PROF. DR. FRANTIŠKA STORCHA,
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ.

LEIPZIG
VERLAG VON WILHELM ENGELMANN
1909

Vorbemerkung der Herausgeber.

In dem für die bevorstehende neue deutsche Strafgesetzgebung so überaus wichtigen Streit der sog. klassischen und der sog. soziologischen oder modernen Schule des Strafrechts sind die Anhänger der ersteren bis jetzt nur verhältnismäßig wenig zu Wort gekommen. Diese — wie sich je länger je mehr herausstellt inopportune — Zurückhaltung hat mancherlei Ursachen; nicht zuletzt beruht sie auf dem Fehlen einer Organisation, wie sie die Soziologen in der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung besitzen, auf deren Allgemeinen und Landes-Versammlungen ihre Anschauungen immer wieder proklamiert werden, um dann in den Zeitungen und in den „Mitteilungen der I K V.“ die weiteste Verbreitung unter den Juristen wie unter den Laien zu finden.

Die Unterzeichneten hielten daher jetzt, wo der erste Entwurf des neuen Strafgesetzbuches im Entstehen begriffen ist, den richtigen Augenblick für gekommen, um die deutschen Gegner der soziologischen Ideen zu einer gemeinsamen umfassenden und eingehenden Prüfung und Widerlegung der von den Soziologen propagierten, teils unklaren und unausgegorenen, teils irrigen und die Gesetzgebung zu gefährlichen Experimenten verführenden Lehren aufzurufen. Wir waren uns wohl bewußt, daß dabei nicht unerhebliche Differenzen in den Auffassungen unserer Gesinnungsgenossen selbst zutage treten würden. Allein auch bei den „Modernen“ fehlt es nicht an tiefgehenden Meinungsverschiedenheiten; sie sind eine Begleiterscheinung jedes regen wissenschaftlichen Lebens; und jeden-

falls besteht bei uns in den grundlegenden Fragen des Strafrechts volle Einigkeit.

Unserer Aufforderung zur gemeinsamen Arbeit hat eine große Anzahl Gelehrter Folge geleistet. Andere sahen sich aus verschiedenen äußeren Gründen zu ihrem eigenen und zu unserem lebhaften Bedauern an der Mitwirkung verhindert, haben uns aber ihrer prinzipiellen Zustimmung ausdrücklich versichert.

Die Einzel-Abhandlungen unserer Herren Mitarbeiter werden in zwangloser Aufeinanderfolge veröffentlicht werden. Wie sie in absoluter wissenschaftlicher Selbständigkeit verfaßt sind, gehen sie unter der ausschließlichen literarischen Verantwortlichkeit der einzelnen Autoren. Durch ein Arbeitsprogramm, auf Grund dessen die einzelnen Herren Mitarbeiter sich das Thema für ihre Abhandlung gewählt haben, ist dafür Sorge getragen worden, daß die gegnerische Auffassung in allen ihren wichtigeren Konsequenzen näher beleuchtet werden wird.

Es handelt sich bei unserem Unternehmen weniger um eine Apologie der schon in der seitherigen Gesetzgebung grundsätzlich bewährten sog. klassischen Schule, als um eine Kritik der Lehre ihrer Gegner. Wir haben es dabei aber nicht bloß auf die theoretische Auseinandersetzung abgesehen, sondern über das Ziel einer wissenschaftlichen Fehde hinaus sind wir bestrebt, eine gesunde, die kontinuierliche Fortentwicklung wahrende Reform unseres materiellen Strafrechts zu fördern und damit dem deutschen Vaterland nach unseren Kräften zu dienen.

Professor Dr. Birkmeyer-München.
Professor Dr. Nagler-Basel.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
I. Die Gegensätze der Richtungen	1
1. Positive und klassische Schule.	2
2. Deterministische und indeterministische Weltanschauung.	4
3. Int. Krim. Vereinigung und andere Kriminalisten.	5
4. Relative und absolute Theorien	7
5. Gesinnungsstrafe und Vergeltungsstrafe	10
II. Der Inhalt des Vergeltungsgedankens	15
1. Die hierüber aufgestellten Ansichten.	15
a) Die angebliche deskriptive Bedeutung der Vergeltung	16
b) Die Vergeltung als Talion und als Genugtuungsgefühl.	19
c) Die Vergeltung als absolute und als sittliche Ausgleichung	24
d) Die Vergeltung als ausgleichender Gegenwert für das staatliche Interesse am Nichtgeschehen des vergangenen Unrechts	28
2. Die Elemente des Vergeltungsgedankens; insbes. die Übelseigenschaft der Vergeltungsmaßregel.	31
3. Fts.: Das Maßprinzip als Inhalt des Vergeltungsgedankens, nicht des Rachedankens	32
4. Fts.: Das Streben nach einer Ausgleichung	36
Der Einwand der Unmöglichkeit mathematischer Ausgleichung (S. 38), subjektiver Ausgleichungsmaßstab (S. 41), objektiver Ausgleichungsmaßstab (S. 43), geläuterte Werturteile (S. 45), andere Bewertungsmethoden (S. 50), Verwertbarkeit der Strafe für besondere Staatszwecke (S. 55).	
5. Fts.: Das vergangene Delikt als grundsätzlicher Gegenstand der Bewertung.	56
Das Maß, in welchem infolgedessen präventive Zwecke nicht mehr berücksichtigt werden können (S. 58), insbes. bei der richterlichen Strafzumessung (S. 60); quia peccatum est (S. 63), Zulässigkeit einer Rücksichtnahme auf das zeitlich und örtlich wechselnde Schutzbedürfnis (S. 67), parallele Ergebnisse der Gesinnungs- und der Vergeltungsstrafe (S. 68).	

	Seite
6. Fts.: Die Ausgleichung für Alle als Inhalt der Vergeltungsidee	69
<p>Der Staat soll für die Regel jeden dem Gesetze nach erwachsenen Strafanspruch realisieren (S. 70). Er soll (unter Berücksichtigung der individuell verschiedenen Strafempfänglichkeit) Gleichschuldige gleich hoch strafen (S. 71). Verwendbarkeit des Begriffs der Gerechtigkeit zur Bezeichnung der Gleichbehandlung Aller nach einem bestimmten Richtmaß (S. 73), zur Bezeichnung der Übereinstimmung mit den geläuterten Werturteilen (S. 79).</p>	
7. Der Vergeltungsgedanke im Dienste anderer Staatszwecke	80
<p>Sogen. Selbstzweck der Strafe (S. 81). Im Vergeltungsgedanken als einer Resultante sind bereits andere Staatsbedürfnisse vereinigt (S. 85). Der Vergeltungsgedanke ist seiner Existenzberechtigung nach von entfernteren (präventiven) Staatszwecken abhängig, empfängt jedoch seinen näheren Inhalt (Art u. Größe der Vergeltung) nicht durch dieselben Staatsbedürfnisse (S. 87).</p>	
<p>III. Die rechtfertigenden Grundlagen für die Annahme des Vergeltungsgedankens</p>	
<p>Verschiedenheiten innerhalb der Richtungen, Notwendigkeit als gemeinsame Grundlage (S. 89).</p>	
1. Indeterministische Begründungsmöglichkeiten	93
<p>Das Bedürfnis nach Ausgleichung in der Rechtsordnung (S. 94), Lohnidee (S. 96), Nützlichkeit nicht Notwendigkeit einer Stellungnahme des Gesetzgebers zur Willensfreiheit, aber keine gesetzliche Deklaration hierüber (S. 99), Hauptgesichtspunkte für Willensfreiheit (S. 105), Ausscheidung der dem religiösen Glauben entlehnten Gründe aus profanwissenschaftlicher Begründung (S. 106), indeterministische Erklärbarkeit psychischer Beobachtungen (S. 110).</p>	
2. Deterministische Begründungsmöglichkeiten	115
<p>Die deterministische Begründung der Notwendigkeit (S. 116), Abspaltung der sogen. relativen Theorien hinsichtl. der weiteren Begründung (S. 117), deterministische Begründung speziell der Vergeltungspostulate (S. 117), Übertragbarkeit der Begriffe Vergeltung und Schuld auf diese Postulate (S. 120), Möglichkeit gleicher Ergebnisse bei der Strafzumessung auch im Falle deterministischer Auffassung (S. 122).</p>	

	Seite
3. Präventiver Nutzen der nach dem Vergeltungsgedanken bemessenen Strafe als Prämisse der Brauchbarkeit einer Vergeltungsstrafe	123
<p>Die angebliche Unbrauchbarkeit der Vergeltungsidee und die Beweisgründe hierfür (S. 127), Fehler des geltenden Rechts als angebliche Beweismittel gegen die Vergeltungsidee (S. 128), irrige Angriffe auf die Vergeltungsidee (S. 131), Proportionalität bei der Gesinnungsstrafe (S. 134).</p>	
<p>IV. Praktische Folgerungen aus der Vergeltungsidee</p>	
<p>Parallelismus mit der Generalprävention (S. 137), verschiedener Abhängigkeitsgrad der aufgestellten Postulate von dem angenommenen Grundprinzip (S. 139).</p>	
1. Die Notwendigkeit der Reaktion durch ein bestimmungsmäßiges Übel	142
2. Die grundsätzliche Trennung von Strafen und sichernden Maßnahmen	147
3. Die Ablehnung der normalen Bestimmbarkeit des Willens durch Motive als Kriteriums für die Zurechnungsfähigkeit	152
<p>Verschiedentliche Deutungen der normalen Determinierbarkeit (S. 152), die hiermit hergestellte Abhängigkeit der Zurechnungslehre von der Chance künftiger Besserung und Abschreckung (S. 153), der gegen die Vergeltungsstrafe wie gegen jede andere Abgrenzung der Zurechnungsfähigkeit vorgebrachte Einwand von der Unmöglichkeit einer Scheidung zwischen geistiger Krankheit und Gesundheit (S. 154), Bedenken gegen die normale Bestimmbarkeit (S. 157), insbes. keine schärfere Grenze (S. 160), andere Abgrenzungen (S. 161), teilweise Unbestimmtheit derselben (S. 164), Notwendigkeit einer gesetzlichen Direktive auch für die Psychiater (S. 165), Versuch einer positiven Grenzbestimmung (S. 169).</p>	
4. Verschiedenheit der Stellung gegenüber Unverbesslichen	172
5. Andere Auffassung der Fälle einer sogen. verminderten Zurechnungsfähigkeit	176
<p>Scheinbare Gegensätze (S. 176), wirklicher Gegensatz in bezug auf wahlweise Verstattung von Strafe oder Sicherungsmaßregeln (S. 178), sichernde Maßregeln unabhängig von der Tat, insbes. die Voraussetzung der Gemeingefährlichkeit als Bedingung lang-</p>	

	Seite
jähriger Sicherungsnachhaft (S. 179), Sicherung durch die Form der Bestrafung (S. 180), Bedenken gegen generalisierende gesetzliche Gleichbehandlung, bezw. gegen eine generelle gesetzliche Zwischenstufe der verminderten Zurechnungsfähigkeit (S. 179, 181).	
6. Gegensätze bei der Strafzumessung	184
Die Behauptung, daß die Vergeltungsstrafe in erster Linie den äußeren Erfolg der Tat berücksichtige (S. 184), das neue Maß der Gesinnungsstrafe (S. 189), gegensätzliche Folgerungen hieraus (S. 192), Abschwächung der Konsequenzen bei einigen Vertretern der Gesinnungsstrafe (S. 199), Individualisierung auch nach der Vergeltungsstrafe (S. 202), Folgerung aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung (S. 205).	
7. Ablehnung der unbestimmten Strafurteile	206
Zusammenhang des Postulats mit Grundanschauungen der Gesinnungsstrafe (S. 207), Vergleich mit der korrekionellen Nachhaft (S. 208), der Vergeltungsgedanke würde hier teils primäre Arbeitshausstrafe, teils Nachhaft ohne Strafcharakter vorziehen (S. 210), der Hinweis auf Bewährung in Amerika (S. 211), Bedenken der Vergeltungstheorie (S. 214), Unterschied von der vorläufigen Entlassung (S. 217), keine Kriminalstrafe für schlechtes Anstaltsverhalten (S. 218), Unsicherheit des Gesinnungsmaßstabs (S. 220), unzureichende Verfahrensgarantien (S. 222), vorläufige Abschwächungen des Postulats (S. 225).	
8. Die Individualisierung nach Art und Form der deliktischen Betätigung im Gegensatz zur Individualisierung nach der Gefährlichkeit der Gesinnung.	228
Das Problem der Aufhebung von Unterscheidungen zwischen den einzelnen Delikten (S. 229), zwischen Versuch und Vollendung (S. 232), zwischen mehreren Teilnahmeformen (S. 234).	
9. Gegensätze hinsichtlich der kurzzeitigen Freiheitsstrafe und der vorgeschlagenen Ersatzmittel	236
Die Forderung ihrer Abschaffung (S. 236), Minima non curat praetor (S. 239), Ausscheidung des Polizeirechts (S. 240), Friedensbürgschaft (S. 241), Abverdienen (S. 242), Strafarbeit ohne Einsperrung (S. 243), bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung (S. 244), andere Strafersatzmittel (S. 253).	
10. Postulate hinsichtlich der Behandlung Jugendlicher	254
Zurechnungsfähigkeit bei Jugendlichen (S. 254), Grenze der	

	Seite
Strafmündigkeit in Parallele zu der Bestrafung Erwachsener mit herabgesetzter Schuldfähigkeit (S. 256), Unzulänglichkeit häuslicher Zucht und der Schulzucht (S. 257), doppelseitige Bedenken gegen ein Übermaß der Zwangserziehung (S. 259), relativ Strafmündige (S. 262), Reformen auf prozessualen Gebiete (S. 265).	
11. Gegensätze in bezug auf den Strafprozeß	265
Trennung von Justiz und Verwaltung (S. 265), Erweiterung der Privatklage (S. 267), sukzessive Abbröckelungen vom Legalitätsprinzip (S. 270), Vorzüge des letzteren (S. 272).	
Schlußbemerkung	277
Vergeltungs- und Gesinnungsstrafe im Lichte der politischen Parteien (S. 277), behauptete Zusammenhänge mit der freirechtlichen Bewegung (S. 279), für und wider Kompromisse (S. 281).	

I. Die Gegensätze der Richtungen.

Über den Kreis der engeren und weiteren Fachgenossen hinaus ist die Tatsache bekannt, daß in Theorie und Praxis des Strafrechts entgegengesetzte Anschauungen miteinander kämpfen und um die Vorherrschaft in der Gesetzgebung ringen. Wer sich mit diesen Gegensätzen näher beschäftigt, wird bald erkennen, daß es sich gegenwärtig im wesentlichen um zwei Hauptgruppen von Ansichten handelt. Die Vertreter der einzelnen Gruppen haben sich zwar nicht formell an bestimmte Lehrsätze gebunden, aber sie lehnen sich sachlich an verschiedene Grundsätze an, ohne freilich hinsichtlich der Folgesätze aus diesen Grundsätzen durchweg übereinzustimmen. Wie man die beiden Gruppen zu scheiden hat, welches also wohl die wichtigsten Merkmale für jede von ihnen sind, darüber besteht keine Einigkeit. Es empfiehlt sich daher, vor der näheren Untersuchung, ob die behaupteten Gegensätze nur äußerlicher oder aber sachlicher Natur sind und inwieweit sie teils in ihren logisch zwingenden, teils in ihren nur nahegelegten Konsequenzen für den Gesetzgeber und den Richter praktische Bedeutung haben, die verschiedenen bisher vorgeschlagenen Abgrenzungen für die beiden Gruppen ins Auge zu fassen und zuzusehen, welche von ihnen am meisten verspricht, einen etwaigen selbständigen Kern von praktischer Bedeutung zu umschließen.

1. Nach dem Vorgang der Italiener, z. B. von E. Ferri, unterschied man die positive und die klassische Schule des Strafrechts. In Deutschland wurde der letztere Ausdruck namentlich von v. Liszt aufgebracht¹⁾. „Klassisch“ hat für die Italiener unter anderem die Nebenbedeutung der Anlehnung an eine ältere Zeit, der Veraltung²⁾. Im Deutschen klingt diese Nebenbedeutung weniger durch³⁾. Daher konnten die so Bezeichneten über die zgedachte Liebenswürdigkeit der Gegner hinwegsehen und sich mit dem auf sie angewandten Schlagwort zufrieden geben. Für einen Teil der anderen, der „positiven“ Schule, ist auch der Ausdruck „jungdeutsche“ oder „soziologische“ Schule gelegentlich gebraucht worden⁴⁾. Es wird hiermit darauf hingewiesen, daß die deutschen Vertreter jener „Schule“ mehr die gesellschaftlichen als die biologisch-anthropologischen Ursachen des Verbrechens betonen wollen. Von anderer Seite⁵⁾ werden beide Arten der positiven Schule als „anthropologisch-soziale“ bezeichnet.

Mit dem Ausdruck „Schule“ verbindet man in der Sprache der Rechtsgeschichte wie der Malerei gewöhnlich die Vorstellung eines engen Anschlusses an die Lehren des Meisters⁶⁾, wie er für die beiden kriminalpolitischen Richtungen bisher

1) Vgl. z. B. v. Liszt, Aufsätze Bd. 2 S. 76, 285, 434 f.

2) Vgl. auch Tommaseo-Bellini s. v. classico, ferner Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 31 N. 24 und über die angebliche Rückständigkeit der klassischen Schule auch die Gesichtspunkte von Hoegel, Teilreformen auf dem Gebiete des österr. Strafr. 1908. Vorwort S. IX.

3) Vgl. aber auch Makarewicz, Abhandlungen 1907 S. 29.

4) Vgl. v. Liszt, Aufsätze Bd. 2 S. 292.

5) v. Bar, Die Reform des Strafrechts S. 1.

6) Vgl. Nagler, GS. 70 S. 8. Tommaseo-Bellini s. v. scuola.

gerade nicht besteht. Demnach ist der Ausdruck „Schule“¹⁾ nur in einem übertragenen weiteren Sinne verwertbar. Das Wort „Richtung“, welches übrigens auch v. Liszt gelegentlich verwendet²⁾, ist einwandfreier.

Mag man aber immerhin von der soziologischen und der klassischen Schule reden, so drückt doch die Wortbedeutung dieser Schlagworte noch nicht einen wahren sachlichen Gegensatz aus. Denn wohl kein Vertreter der sog. klassischen Richtung hat je bestreiten wollen, daß die gesellschaftlichen Zeitverhältnisse einen erheblichen Einfluß auf das Zustandekommen wie auf das Unterbleiben von Verbrechen haben. Nur wird mancher unter ihnen vielleicht glauben, daß jene Einflüsse höchstens zum kleinsten Teile sich exakt beobachten lassen, sowie daß die mühevollen statistischen Zusammenstellungen, welche diesem Zwecke dienen sollen, zum überwiegenden Teile bloß theoretische Versuche bleiben müssen. Andererseits paßt auf die klassische Richtung die ihr zuteil gewordene Charakterisierung als veraltet nicht mehr und nicht weniger als auf die gegnerische. Weder haben die Anhänger dieser klassischen Richtung das geltende Recht als vollkommen aufgefaßt, noch sich der den Juristen vornehmlich obliegenden Aufgabe seiner Auslegung entzogen, noch die Kritik und den Weiterbau unterlassen, soweit dieser Weiterbau zum Bereich der spezifisch juristischen Wissenschaft gehört. Und es ließe sich auch umgekehrt manches dafür anführen, daß sich bei der positiven Schule verschiedene Ideen (z. B. hinsichtlich der

1) Er wird bereits von R. Schmidt, Aufgaben der Strafrechtspflege 1895 S. 41 beanstandet.

2) Z. B. Aufsätze Bd. 2 S. 292.

unbestimmten Strafurteile) finden, die bereits in früheren Jahrzehnten eingehend besprochen und überwiegend abgelehnt wurden, die also vom Standpunkte der Gegner sehr wohl als etwas Veraltetes angesehen werden können.

Man gelangt demzufolge zu dem Ergebnis, daß die Schlagworte „klassisch“ und „positiv“ zwar vielleicht eine tatsächliche Gruppierung unter den einzelnen Kriminalisten, die sich zur einen oder zur andern Richtung rechnen, vornehmen können, daß sie aber irgendwelche sachlich brauchbare Kriterien nicht enthalten.

2. Die bestehenden Gegensätze wurden auch schon dahin formuliert, daß es sich handle um die deterministische und um die indeterministische Weltanschauung im Strafrecht¹⁾. Richtig ist, daß wohl die Mehrzahl der Anhänger des Vergeltungsgedankens Indeterministen sind. Zur Abgrenzung des Gegensatzes der beiden Richtungen in bezug auf die einzelnen Postulate an den Gesetzgeber sind indessen die beiden Weltanschauungen nicht geeignet. Aus dem Indeterminismus allein ohne Zuhilfenahme besonderer Erwägungen ist das Strafrecht als Vergeltungsstrafrecht nicht zu rechtfertigen. Der Indeterminismus als solcher würde unseres Erachtens noch nicht im Wege stehen, lediglich als Vorbeugungsmittel für die Zukunft die Verhängung staatlicher Übel zu befürworten und dabei den Gedanken vorherrschen zu lassen, daß die dem Verbrechens-täter inwohnende Gesinnung maßgebend für Art und Höhe der

¹⁾ So z. B. Stenglein, GS. Bd. 49 S. 140, Büttner, GS. Bd. 56 S. 367, Birkmeyer, GS. Bd. 67 S. 404, Kohler, GA. Bd. 54 S. 1, Kollmann, ZStW. Bd. 28 S. 469. Dagegen aber z. B. Wachenfeld in Holtzendorff-Kohlers REnz. S. 241, Liepmann, ZStW. Bd. 28 S. 8.

Strafe sei. Dazu kommt, daß tatsächlich der Vergeltungsgedanke in seinen einzelnen Folgerungen auch von Deterministen vertreten wird¹⁾, und daß es in hohem Grade bestritten ist, ob nur Indeterministen folgerichtige Anhänger des Vergeltungsgedankens sein können²⁾. Ein zuverlässiges Einteilungsprinzip für die strafrechtlichen Hauptrichtungen dürften also die Gegensätze zwischen Indeterminismus und Determinismus nicht abgeben, jedenfalls nicht, soweit es sich um die Charakterisierung der gegenwärtig bestehenden Strömungen handelt.

3. Mehrfach hat man die Internationale Kriminalistische Vereinigung in Gegensatz gestellt zu Kriminalisten, die sich ihr nicht angeschlossen haben³⁾. Sicherlich bestehen zwischen den Führern der Int. Krim. Ver. und verschiedenen Kriminalisten, die ihr nicht beigetreten sind, Gegensätze mannigfacher Art. Sicherlich wird ferner die Int. Krim. Ver. als solche häufig, und zwar auch in ihren Sitzungen, als die Vertreterin ganz bestimmter Ideen im Gegensatze zu denen anderer Kriminalisten hingestellt. Die in ihr vorherrschende Tendenz kommt in ihren Tagesordnungen zu unverkennbarem Ausdruck. Soweit man also von den Absichten oder Tendenzen

¹⁾ Z. B. von Liepmann, Rich. Schmidt, Adolf Merkel.

²⁾ Näheres über diese noch zu prüfende Frage unten bei der Lehre von der Rechtfertigung des Vergeltungsgedankens.

³⁾ Vgl. z. B. v. Liszt, Aufsätze Bd. 2 S. 18: „Bei der scharfen Bestrafung des Rückfalls stehen wir schon heute auf dem Boden der Auffassung, die die Int. Krim. Ver. vertritt“. Ferner v. Liszt, Aufsätze Bd. 2 S. 93: „Auf dem Gebiete der Strafmittel und der Strafzumessung hat die Int. Krim. Ver. ihre Schlachten zu schlagen“. Vgl. auch Birkmeyer, Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig, S. 94; Birkmeyer, ZStW. Bd. 16 S. 39. Weitere Zitate bei Kitzinger, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung S. 10.

eines Vereins sprechen kann, darf man dies auch bezüglich der Int. Krim. Ver. tun. Es wäre sehr auffallend, wollte die Int. Krim. Ver., nachdem sie sich oftmals als Vertreterin bestimmter Ideen unwidersprochen in ihren Versammlungen hat bezeichnen lassen, nun etwa plötzlich Widerspruch erheben, wenn Gegner dieser Ideen sie infolgedessen ebenfalls als Vertreterin der bekämpften Ideen bezeichnen. Es begründet hierfür auch keinen Unterschied, ob die Vereinssatzungen noch ausdrücklich ein wissenschaftliches Glaubensbekenntnis verlangen oder nicht mehr¹⁾, ob alle Mitglieder der Vereinigung innerlich (oder auch nur äußerlich) mit ihr übereinstimmen, ob die Tendenz der Int. Krim. Ver. ebenso vollständig aus den von ihr beschlossenen Lehrsätzen und Postulaten hervorleuchtet wie aus den veröffentlichten Diskussionen.

Da aber die Int. Krim. Ver. wenigstens in ihren bestehenden Satzungen völlige Meinungsfreiheit gewährt, konnten auch mehrfach Vertreter des Vergeltungsgedankens ihre Mitglieder werden, wenn sie über manche Tendenzen der tatsächlichen Vereinstätigkeit hinwegsahen. Da ferner die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß die Int. Krim. Ver. mehr als bisher das Verbrechen „auch“ vom juristischen Standpunkt betrachtet, und da sie es vermeidet, sich beschlußmäßig als prinzipielle Gegnerin des Vergeltungsgedankens zu erklären, ist es nicht ausgeschlossen, daß die Gegensätze zwischen ihr und den Draußenstehenden nur vorübergehende sind, so daß letzteren der Beitritt leichter wird. Im Interesse einer Klärung der Sachlage könnte es kein Schade sein, wenn die Int. Krim. Ver. entweder

¹⁾ Vgl. darüber Birkmeyer in GA. Bd. 48 S. 71, Kitzinger, Die Int. Krim. Ver. S. 9f. u. 17.

unzweideutig den Vergeltungsgedanken verwerfen und sich damit als engerer Zusammenschluß einer speziellen Lehrmeinung charakterisieren würde, oder wenn sie sich ebenso unzweideutig von irgendwelchen Dogmen über die Prinzipien der Strafe mindestens so lange lossagen würde, bis sie eine Vereinigung aller der Kriminalisten geworden ist, die überhaupt für beruflichen Zusammenschluß zu haben sind. Die Zahl der Draußenstehenden ist doch immerhin nicht nur numerisch, sondern wohl auch, was ihre wissenschaftlichen Leistungen anlangt, so beachtlich, daß ihre Mitwirkung wenigstens bei den fachwissenschaftlichen Arbeiten ganz fruchtbare Gedanken zutage fördern könnte. Vielleicht würde diese Lossagung auch manche derjenigen Kriminalisten, welche seinerzeit der Int. Krim. Ver. zwar beigetreten sind, aber den in ihr ausgesprochenen Tendenzen fern stehen, mehr Freude geben, sich an den Arbeiten der Vereinigung aktiv zu beteiligen. — So wie die Verhältnisse gegenwärtig liegen, ist es jedenfalls nicht empfehlenswert, etwa von dem Gegensatz zwischen Int. Krim. Ver. und denjenigen auszugehen, mit denen sie „ihre Schlachten zu schlagen“ hat.

4. Als Gegensatz wird auch derjenige der absoluten und der relativen Theorien genannt. Aber die Worte „absolut“ und „relativ“ besagen recht wenig und sind nur durch den ihnen historisch beigelegten Inhalt zu erklären. Außerdem fallen die sog. synkretistischen Theorien ganz aus dem Rahmen dieser Einteilung heraus. Auch bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, was zu den absoluten Theorien zu rechnen ist, ohne daß nach herrschendem Sprachgebrauch und der Geschichte der einen oder anderen Auffassung unbedingt

der Vorzug zu geben wäre. Sagt man¹⁾: „Absolut sind diejenigen Theorien, für welche das Delikt den alleinigen Rechtsgrund der Strafe darstellt, relativ sind diejenigen, die das Delikt als Voraussetzung, aber nicht als Grund der Strafe ansehen, die Berechtigung der Strafe vielmehr in der Sorge für die Zukunft, nicht in der Vergeltung der vergangenen Tat erblicken“, so ist damit ein sachlicher Gegensatz ebenso richtig angedeutet, wie wenn man²⁾ als Sinn der absoluten Theorien den setzt, daß die Strafe Grund und Maß in dem begangenen Verbrechen hat, und als Sinn der relativen oder Zwecktheorien den, daß sie der Zukunft zugewendet bestimmte Interessen zu fördern und Grund und Maß in der damit bezeichneten Aufgabe haben³⁾. Aber die Terminologie ist keine feststehende und man bezeichnet als absolute wohl auch diejenigen Theorien, welche der Formulierung nach wenigstens die Strafe als Selbstzweck oder als Grund derselben einen kategorischen Imperativ ansehen, der keiner weiteren Begründung bedarf, und nennt dann⁴⁾ die Theorie der ausgleichenden Vergeltung eine Vereinigungstheorie⁵⁾. Es sei einstweilen dahingestellt, ob die

1) Mit Liepmann, Einleitung in das Strafrecht S. 200.

2) So erklärt A. Merkel, Lehrbuch S. 188 den Sinn, den man mit jenen Gegensätzen verbunden hat.

3) Im Ergebnis ähnlich sind die Einteilungen bei Binding, Grdr. Allg. Tl. 7. Aufl. § 85 I, II (S. 204, 207), Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 6, Henke, Handbuch Bd. 1 S. 491 f., H. Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 14–15.

4) So ganz konsequent Birkmeyer, Goltd. Arch. 48 S. 78.

5) Vgl. über die verschiedene Bedeutung der Unterscheidung v. Wächter, Beilagen S. 11. Als Urheber der ganzen Unterscheidung ist nach Wächter, Gem. Teutsch. Strafr. 1825 Bd. 1 S. 42 der Wittenberger Prof. Carl Salomo Zachariä anzusehen. Derselbe unterscheidet im (alten) Archiv f. Kriminalr. Bd. 3 (1801) Stück 4 S. 2f. zwischen

Verneinung besonderer Zwecke bei Begründung der Strafe den Sinn hat oder haben sollte, daß die Strafe zwecklos sei. einem System der relativen und der absoluten Strafgerechtigkeit. Unter einer Strafe im Sinne der relativen Strafgerechtigkeit versteht er (S. 6) ein physisches Übel, womit einer wegen der Verletzung eines Rechtsgesetzes bedroht oder belegt wird, um den Übertretungen dieses Gesetzes überhaupt oder für die Zukunft vorzubeugen. Das System der absoluten Strafgerechtigkeit habe daher seinen Namen (S. 40), daß nach demselben in den Begriff der Strafe schlechterdings nicht das Merkmal von einem Zwecke derselben aufgenommen werde; eine Strafe sei daher bloß ein physisches Übel, womit einer bedroht oder belegt werde, weil er ein Gesetz des Staates verletze. Gerechtfertigt wird diese Strafe von Zachariä (S. 42) einmal mit den Grundsätzen der praktischen Vernunft, weil jeder, der Grundsätze der praktischen Vernunft verletze, Strafe verdiene, sodann mit der Befugnis des Staates, dem Rechtsgesetze eine äußere Sanktion zu erteilen. Es handelt sich also bei dieser Einteilung ursprünglich nicht so sehr um die verschiedenen Gesichtspunkte für die Bestimmung des Strafmaßes als wie um die Rechtfertigung der staatlichen Strafbefugnis. Zu denen, welche an dieser Bedeutung der absoluten Straftheorien festhalten, gehört Hepp, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme 2. Aufl. 1845 Bd. 3 S. III. Diejenigen, welche den Zachariäischen Begriff sich später in der oben beschriebenen Weise umdeuteten, haben ihn zweifellos etwas tiefer und schärfer gefaßt. Der Zachariäische Gegensatz ist namentlich kein völlig erschöpfender. Und für seine Begründung einer absoluten Theorie kann sich heute wohl niemand erwärmen. Daher verurteilt denn auch Hepp die absoluten Theorien in der eben bezeichneten Bedeutung. Von dem alten Einteilungsprinzip aus folgerichtig waren die sog. Erstattungs- und Genugtuungstheorien zu den relativen Theorien zu rechnen, da sie aus einem Erstattungs- oder Genugtuungsbedürfnis heraus das Strafrecht oder die Strafpflicht des Staates ableiten. Auch für Vergeltungstheorien, welche dies tun, gilt das Gleiche. Von diesem Standpunkte aus ist daher die Klassifizierung korrekt, welche Hepp a. a. O. S. 16 und Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht und Strafprozeß 1840 Bd. 1 S. 40f. geben.

Jedenfalls liegt hier eine besondere Kategorie von Begründungen der Strafe vor, und es ist daher eine terminologische Frage, ob man nur hier richtig von absoluten Theorien spricht oder etwa auch bei den Vereinigungstheorien. Doch erscheint es gemeinverständlicher, bei Darstellung der heutigen Gegensätze nach Ausdrücken zu suchen, die nicht nur auf Grund des künstlich in sie Hineingelegten einen Inhalt haben¹⁾.

5. In weitem Maße wird eine Klarlegung der zurzeit bestehenden Hauptgegenstände angebahnt, wenn man von der Frage ausgeht: Soll maßgebend sein für Art und Höhe der Strafe die Schwere des Delikts, gemessen an dem Werte des angegriffenen Gutes und der Größe der beim Angriff betätigten Schuld, oder aber ohne Rücksicht auf die Schwere des Delikts die Größe der Gefahr einer künftigen Verbrechenswiederholung (sei es des gleichen Verbrechens oder anderer Verbrechen). Und zwar wird bei letzterem Maßstab auf die Wiederholung von Verbrechen durch den nämlichen Verbrecher das Hauptgewicht gelegt. Zur Bezeichnung dieser zwei entgegengesetzten Maßstäbe hat man die Ausdrücke Vergeltungsstrafe einerseits und Zweckstrafe andererseits gewählt. Der Ausdruck „Vergeltungsstrafe“ ist treffend. Den Ausdruck „Zweckstrafe“²⁾ hat man mehr und mehr fallen lassen, seitdem man sich überzeugt hat, daß die Anhänger der

¹⁾ Zu weitgehend ist es aber, die Einteilung der Strafrechtstheorien in absolute und relative schlechterdings zu verwerfen; so jedoch Netter, das Prinzip der Vervollkommnung 1900 S. 312.

²⁾ Sehr häufig gebraucht, insbes. in den älteren Aufsätzen von v. Liszt, z. B. noch Aufsätze Bd. 2 S. 48, ferner bei Heimberger, Die Gerechtigkeit im Strafrecht 1903 S. 9, 33, bei v. Sichert, Aschaffenburger Monatsschr. Bd. 4 S. 240.

Vergeltungsstrafe die Verfolgung eines Zweckes mit der Strafe ebenso festhalten wie andere Kriminalisten¹⁾. Statt der Zweckstrafe wird jetzt vielfach die Schutzstrafe der Vergeltungsstrafe gegenübergestellt²⁾. Auch der Ausdruck Sicherungsstrafe kommt vor³⁾. Nun ist aber bekannt, daß auch die Anhänger der Vergeltungstheorie von der Vergeltungsstrafe glauben, sie entspreche dem Schutze der Gesellschaft am besten, und daher wünschen, sie solle zu diesem Schutze der Gesellschaft vom Gesetzgeber vertreten werden⁴⁾. Da der Ausdruck Sicherungsstrafe mißdeutig ist, d. h. zu der Anschauung führen könnte, als ob nur der letzte der drei vielgenannten Zwecke: Abschreckung, Besserung, Sicherung damit verfolgt werden wollte, ist wohl der Ausdruck Gesinnungsstrafe zur Markierung des Gegensatzes vorzuziehen⁵⁾. Manche setzen auch statt der Gesinnung die subjektive Gefährlichkeit des Täters⁶⁾. In die-

¹⁾ Vgl. Binding, Grdr. Allg. Tl. 7. Aufl. S. 203, Birkmeyer, ZStW. Bd. 16 S. 97.

²⁾ Vgl. v. Liszt, Aufsätze, Bd. 2 S. 74, Kraepelin in Asch. Mon. Bd. 3 S. 274, Lipps ebenda Bd. 3 S. 302, v. Sichert ebenda Bd. 4 S. 273.

³⁾ Vgl. Birkmeyer, Goldt. Arch. Bd. 48 S. 74.

⁴⁾ So Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 404, Strafe u. sichernde Maßnahmen S. 19; vgl. auch dens. Goldt. Arch. Bd. 48 S. 77.

⁵⁾ Er ist gebraucht z. B. bei Kraepelin, Asch. Mon. Bd. 3 S. 271. Ihn empfiehlt neben der synonymen Bezeichnung „Charakterstrafe“ Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 421. Und dem wird auch v. Liszt beistimmen können, da er Aufs. Bd. 2 S. 409 ausspricht: „Für Bestimmung der Strafe nach Art und Maß ist in erster Linie nicht der äußere Erfolg der Tat, sondern die verbrecherische (antisoziale) Gesinnung des Täters ausschlaggebend“.

⁶⁾ So Kraepelin, Abschaffung des Strafmaßes S. 29, ders. in Aschaffenb. Monatsschr. Bd. 3 S. 272; ferner v. Lilienthal, Grdr.

sem Sinne könnte man auch von einer Gefährlichkeitsstrafe im Gegensatz zur Vergeltungsstrafe sprechen. Bei Gebrauch des Wortes Gesinnungsstrafe¹⁾ muß man sich vor dem Mißverständnis hüten, als ob für Art und Maß der Strafe nur bestimmend sein sollte die Gesinnung, soweit sie sich betätigt hat durch das Verbrechen, nicht etwa die durch das Verbrechen aufgedeckte Gesinnung, soweit sie außerhalb der Tat noch fortexistiert. In ersterem Falle würde die Gesinnungsstrafe ja keinen neuen Gedanken gegenüber der Vergeltungsstrafe, sondern nur die speziellere Hervorhebung des Falles darstellen, daß die Tat schwerer ist, wenn sie beruht auf einer Gesinnung und nicht auf einem vorübergehenden Motiv²⁾. Will man aber die Theorien, welche von den eben beschriebenen Gegensätzen ausgehen, besonders scharf bezeichnen, so mag man der Vergeltungstheorie etwa die Gefährlichkeitstheorie oder auch die Theorie der Reaktion durch ausschließliche Prophylaxe gegenüberstellen. Auch die Bezeichnung Bekämpfungstheorie ergibt einen passenden Gegensatz, sofern man sich nur gegenwärtig hält, daß es auch mit der Vergeltungstheorie völlig vereinbar ist, wenn außer der vergeltenden Strafe, der die Vergeltungstheorie eine starke präventive Wirkung zuschreibt, auch eine Prävention durch sichernde Maßnahmen

3. Aufl. S. 54 (Maßgebend für die Strafzumessung sei die Gefährlichkeit des Täters), v. Sichert, Aschaffenh. Monatsschr. Bd. 4 S. 233, Stoß, Schweizer Ztschr. f. Strafr. Bd. 14 S. 390.

¹⁾ Dieser Ausdruck soll im Folgenden vorzugsweise verwendet werden.

²⁾ In dem ersteren Sinne versteht denn auch v. Liszt den Maßstab seiner antisozialen Gesinnung durchaus nicht, vgl. insbes. Aufsätze Bd. 2 S. 56.

platzgreift, und wenn da, wo Strafe wegen Unzurechnungsfähigkeit oder wegen fehlender Tat nicht eintreten kann, Präventivmaßnahmen bei bestimmten schweren Symptomen von Gemeingefährlichkeit auch allein ergriffen werden. Bekämpfungstheorien sind im Gegensatz dazu dann nur diejenigen, welche durch ausschließlich Vorbeugung bezielende Maßnahmen, mögen sie Übelscharakter haben oder nicht, dem Verbrechen entgentreten wollen¹⁾.

¹⁾ So Thomsen, Grdr. des deutschen Verbrechensbekämpfungswesens 1905 S. XXIII. In völliger Allgemeinheit gefaßt würde eine Bekämpfungstheorie Gedanken der Spezialprävention wie der Generalprävention in gleichem Maße berücksichtigen, ja sogar der letzteren vor der ersteren bei strittigen Maßnahmen die Oberhand lassen können. Eine Bekämpfungstheorie in dieser Gestalt würde nur in einen relativ geringeren Gegensatz zur Vergeltungstheorie treten. Denn hinsichtlich der praktischen Postulate besteht zwischen der modernen Generalprävention und der Vergeltung im wesentlichen nur der keine große Rolle spielende Unterschied, daß die Vergeltung bei einem von der Gesellschaft gefühlten Bedürfnis nach Repression des Unrechts strafen will ohne Rücksicht darauf, ob damit eine günstige Wirkung in bezug auf die Abhaltung der Gesellschaft vom Verbrechen erreicht werden kann. Nur in den seltensten Fällen wird eine solche generalpräventive Wirkung von vornherein ausgeschlossen sein. Der Unterschied ist daher mehr theoretisch. Befindet sich daher die bezeichnete Bekämpfungstheorie nur in schwachem Gegensatz zur Vergeltungstheorie, soweit es sich um strafrechtliche Reaktion handelt, so ist sie doch aus anderem Grunde nicht unbedenklich. Thomsen tritt mit seiner Bekämpfungstheorie für eine einheitliche Bekämpfungswissenschaft ein, a. a. O. S. XXXI u. XXXIX f. Allein aus der Tatsache, daß Rechtsvorschriften der verschiedensten Rechtsdisziplinen der Bekämpfung von Unrecht dienen, folgt m. E. noch nicht, daß es nützlich wäre, im übrigen sehr heterogene Materien des bürgerlichen Rechts, Kirchenrechts, Schulrechts, Zivilprozeßrechts usw. mit dem Strafrecht, der Pädagogik, Ethik zu einer eigenen Wissenschaft der

Verbrechensbekämpfung zusammenzufassen. So verdienstlich es ist, auf einen bestimmten höheren Zusammenhang verschiedenartiger Rechtsvorschriften hingewiesen zu haben, der auch bei künftigen Gesetzen mehr wie bisher im Auge zu behalten wäre, so wenig ist es empfehlenswert, aus solchen inneren Zusammenhängen und Betrachtungsweisen gleich wieder eine selbständige Wissenschaft zu konstruieren, da jene Materien im übrigen zu lose zusammenhängen und mehr nach anderen Materien gravitieren. — Zu erwähnen ist noch, daß die Thomssensche Bekämpfungstheorie, wie aus seinem Deutschen Strafr. S. 31 hervorgeht, die Bekämpfung bei der Strafe in erster Linie durch Spezialprävention erstrebt und daher einen schärferen Gegensatz zur Vergeltungstheorie bedeutet.

II. Der Inhalt des Vergeltungsgedankens.

Auf Grund der formellen Feststellung der Gegensätze ist der Weg geebnet für die Untersuchung der Frage, was der Inhalt des Vergeltungsgedankens im Strafrecht ist. Hierbei soll zunächst noch offen gelassen werden, ob sich die Annahme desselben auch rechtfertigen läßt. Mit anderen Worten: Für die Gegenüberstellung ist es empfehlenswert, zunächst den Inhalt und damit den Zweck des Vergeltungsgedankens klarzulegen. Danach wird über seine theoretische und praktische Rechtfertigung zu sprechen sein. Die praktischen Folgerungen, welche sich aus der Annahme des Vergeltungsgedankens und der Ablehnung des sog. Zweckgedankens, (d. h. des Gesinnungsstrafgedankens und mit ihm des Gedankens der Reaktion durch vorwiegend prophylaktische Maßnahmen) ergeben, sind an den Schluß zu stellen.

1. Der Begriff der Vergeltung wird in verschiedener Bedeutung gebraucht¹⁾. In einem weiteren Sinne bedeutet er die Erwidderung dessen, was ein anderer uns getan hat, durch eine Gegenleistung, wodurch deren Geber eine bestimmte Wertschätzung des Empfangenen zu erkennen geben will. In die-

¹⁾ Vgl. Birkmeyer, Goltd. Arch. Bd. 48 S. 92 N. 60 sowie dens., Strafe und sichernde Maßnahmen S. 10f., S. 31 N. 34. Dort weitere Literatur.

sem Sinne kann man Gutes mit Gutem vergelten, die Vergeltung kann also in einem Verdiensteslohn bestehen. Im gleichen Sinne kann man auch Gutes mit Undank und umgekehrt Böses mit Gutem vergelten¹⁾.

In einem engeren Sinne gebraucht man das Wort Vergeltung kurzweg nur für die Gegenleistung gegen üble Leistungen, also unter Ausscheidung der belohnenden Vergeltung. In letzterem Sinne spricht die Strafrechtswissenschaft von Vergeltung. Und nur die Ausübung dieser Vergeltung kann als eine grundlegende Aufgabe des staatlichen Strafrechts gelten. Ein Kodex der Preise für besonders gute oder gesetzmäßige Handlungsweise hätte im Strafrecht keinen Platz.

Bezüglich des näheren Inhalts dieses engeren Vergeltungsbegriffs sind neuerdings lebhaft Meinungsverschiedenheiten aufgetreten.

a) Nach der einen Ansicht hat der Vergeltungsbegriff lediglich deskriptive Elemente, d. h. er sagt nur, daß eine Reaktion anknüpft an ein bestimmtes, rechtlich unerlaubtes Verhalten, er besagt aber nichts über die Zwecke, welche mit der Reaktion gegen jenes Verhalten verknüpft werden sollen²⁾. Nur

¹⁾ Nur wenig enger ist der Begriff bei Jacques Stern, ZStW. Bd. 24 S. 48: „Vergeltung ist die reaktive Erregung von relativ äquivalenter Lust oder Unlust von seiten des Empfängers einer Lust bez. Unlust beim Erzeuger derselben“. Ausgeschlossen ist nach dieser Definition nur, daß man Gutes mit Bösem „vergeltet“ kann und umgekehrt. Im übrigen sind sie einander nahe verwandt. Vgl. auch Fr. Weigand, Deutsches W. B. s. v. vergelten (= in dem Maße des Empfangenen erwidern); ferner Heinr. Richter, Das philos. Strafr 1829 S. 152, Merkel, Vergeltungsidee S. 10.

²⁾ In diesem Sinne bemerkt Stooß, Schw. Ztsch. f. Str. R. Bd. 14 S. 387: Die gerechte Vergeltung ist nicht der Zweck der Strafe, son-

im Sinne des deskriptiven Begriffs konnte v. Liszt bei seinem

dem das Wesen der Strafe. Für den gleichen Gedanken tritt u. a. M. E. Mayer, Verhandl. d. 28. Juristent. Bd. 1 S. 165, ferner Kohlrausch, Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff S. 8, ein. Letzterer sagt: „Der Streitstand ist dabei der, daß die Anhänger der Vergeltungsstrafe aus dem Vergeltungsgedanken nicht nur die Tatsache, daß, sondern auch Art und Maß, wie wir strafen sollen, begründen zu können meinen, während die Gegner zwar das „daß“, d. h. die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Strafe aus der Vergeltungsidee dahin gestellt sein lassen, aufs lebhafteste aber die Möglichkeit bestreiten, aus der Vergeltungsidee heraus ein „wie“, d. h. Art und Maß der Strafe feststellen zu können. Die Anhänger der Vergeltungsstrafe sehen danach in der Strafe einen Ausgleich, eine Paralisierung des begangenen Verbrechens und fordern Gleichsetzung der Strafe mit den rechtsschädlichen Wirkungen der schuldhaften Tat.“ Hinsichtlich Merckels, welchen Kohlrausch a. a. O. S. 3 u. 13 nur als Vertreter eines lediglich deskriptiven Vergeltungsbegriffs gelten lassen will, ist zu konstatieren, daß man für die deskriptive wie für die normative Bedeutung der Vergeltung Zitate aus Merkel geben kann, daß aber erkennbar die gelegentliche Leugnung der Vergeltung als eines Zweckes bei Merkel mehr oder weniger auf bloße terminologische Bedenken zurückführbar ist, während er im Grunde der Vergeltung einen besonderen Zweck allerdings zuschreibt. Man vgl. etwa Merkel, Lehrb. S. 187: „Insoweit die Strafe den Charakter einer Gegenwirkung gegen das Verbrechen hat, welche die durch letzteres hervorgebrachten Mißverhältnisse auszugleichen bestimmt ist, also hinsichtlich einer wesentlichen Seite dessen, was sie ihrem wesentlichen Endzwecke gemäß leisten soll, subsumiert sie sich dem Begriff der Vergeltung.“ Damit ist deutlich die Bestimmung zur Ausgleichung als wesentlicher Endzweck der Strafe angegeben. „Ausgleichung“ versteht Merkel bekanntlich nach dem Maßstabe der herrschenden Werturteile über die Bedeutung der Tat. Vgl. z. B. Merkel, Vergeltungsidee S. 16, Lehrb. S. 196f. Wenn daher jener Satz Merckels keine normativen Elemente des Vergeltungsbegriffs enthält, so gibt es überhaupt keine normativen Elemente eines Begriffs. Vgl. außerdem Merkel, Kriminalistische Abhandlungen

Münchener Vorträge von 1905 zugeben, daß die Strafe Ver-

Bd. II S. 10: „Viele stimmen darin überein, daß sie die Strafe nicht als Vergeltung gefaßt, das ist, daß sie dieselbe nicht auf die in der Vergangenheit liegende rechtswidrige Handlung als ein in dieser sich innerlich begründendes Leiden, sondern lediglich auf ein Zukünftiges, auf das, was sich die Gesamtheit mittels ihrer zu erreichen gedenkt, bezogen haben wollen.“ Merkel polemisiert gegen diese Auffassung und führt aus, daß eine solche Begründung der Bestrafung dem Bestraften lächerlich und empörend erscheinen werde. Dann fährt er fort: „In der Tat lassen sich auch die meisten Fortschritte, die wir uns in dem Gebiete der Strafrechtspflege gemacht zu haben rühmen und welche wir noch zu machen hoffen, mit der Forderung in Verbindung bringen, daß die Strafe sich als gerechte Vergeltung legitimieren könne.“ (Die Worte „mit der Forderung“ sind bei Merkel ungesperrt.) Klarer kann dem Vergeltungsbegriff eine normative Bedeutung kaum vindiziert werden. Von diesem Standpunkte Merckels aus wird man wohl auch seine Fußnote in Holtzend. RE. 5. Aufl. S. 914 zu interpretieren haben. Es wird da zunächst ausgeführt, daß die Strafe erforderlich ist zur Sicherung der unter den Schutz des Staates gestellten Lebensinteressen. Sie diene diesem Staatszweck aber nur, wenn sie in Einklang mit den auf Gerechtigkeit Bezug habenden Volksanschauungen gehandhabt werde. Diese Handhabung subsumiere sich unter den Begriff der Vergeltung. „Diese Merkmale der Vergeltung bezeichnen ebensowenig wie diejenigen der Gerechtigkeit den Zweck der Strafe, wohl aber Eigenschaften, welche für ihre Zweckmäßigkeit bedingend sind.“ Wenn ich Merkel recht verstehe, will er sagen, der Zweck der Strafe liege im Schutz der menschlichen Lebensinteressen. Dieser Zweck werde nur erreicht, wenn sie eine vergeltende, d. h. nach den näher ausgeführten Werturteilen sich bemessende sei. Merkel will danach der Vergeltung die Eigenschaft eines Zwecks nur deshalb absprechen, weil dieser im Dienste eines höheren, eines Endzwecks steht. Ob man Zwischenzwecke zu einem Endzwecke als Zwecke bezeichnen darf, ist eine Frage des Ausdrucks. M. E. ist sie entgegen Merkel zu bejahen. Daß der Endzweck der Strafe mit der Vergeltungswirkung nicht erschöpft ist, leugnen die Anhänger der Vergeltungstheorie nicht einmal dann, wenn sie etwa

geltung sei¹⁾. Ebenso, wenn er sagt: „Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe sind keine Gegensätze“, oder: „Die Schutzstrafe ist also die richtig verstandene Vergeltungsstrafe“²⁾. Daß aber diese Auffassung der Vergeltung nicht diejenige ist, welche den anerkannten Vertretern des Vergeltungsgedankens untergelegt werden kann, ist unten zu zeigen. Mit derselben verflacht sich der Vergeltungsbegriff zu einem bloßen Begriff der Reaktion. Einen derartigen Vergeltungsbegriff können auch diejenigen nicht als den richtigen oder maßgebenden anerkennen, welche die Vergeltungsstrafe lebhaft bekämpfen, weil sie ihr Ausgleichung als Zweck zuschreiben³⁾.

b) Um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts haben die formulieren, daß die Strafe nur der Vergeltung, nicht auch anderen nützlichen Zwecken dienstbar sein soll. Denn damit meinen sie nur, daß zum wahren Schutze der staatlichen Interessen die Strafe (i. w. S.) nicht mehr dienstlich sei, wenn sie nach anderen Durchgangszwecken organisiert werde als dem der Vergeltung. Solche Absurdität, irgend einen Endzweck leugnen zu wollen, darf man nicht schon vermuten, weil jener Endzweck nicht eigens erwähnt, vielmehr wegen seiner Selbstverständlichkeit vereinzelt erklärt wird, die Strafe habe nur den Zweck der Vergeltung. Das „Nur“ bezieht sich dann auf die Art und Höhe der Strafe.

1) Vgl. das Zitat bei Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 31 N. 33.

2) Vgl. Lehrb. 16./17. Aufl. S. 81; Aufsätze Bd. 1 S. 175.

3) Dies tut z. B. Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht S. 10 u. 12, H. Seuffert, Ein neues StGB. für Deutschland 1902 S. 6, Kraepelin in Aschaffenburg, Monatsschr. Bd. 3 S. 267. Und hiervon geht auch v. Liszt aus, wenn er Aufsätze Bd. 2 S. 52 bemerkt: „Der folgerichtige Determinismus führt notwendig zur völligen uneingeschränkten Verwerfung der Vergeltungsstrafe.“ Denn hiermit kann er nur eine Schuld ausgleichung bezweckende Vergeltung im Auge haben.

Kriminalisten im Anschluß an Stellen bei Kant die Vergeltung, oder wie sie sie nannten: die Wiedervergeltung, gleichbedeutend mit der Talion aufgefaßt, so z. B. Gmelin¹⁾, Kleinschrod²⁾, Lipowsky³⁾. Allein dieser Sinn des Vergeltungsbegriffs trat seit den Erörterungen von Henke, Abegg, Köstlin und Hälschner⁴⁾ gänzlich zurück. Zu bemerken ist übrigens, daß Kant selbst die Wiedervergeltung nicht als reine Talion gefaßt wissen wollte⁵⁾. Unter Abstreifung des Talionsgedankens, der noch nahe Berührung mit dem Rachegeanken hat, fassen manche Neuere die Vergeltung auf als die Befriedigung der beim Verletzten oder bei der Masse bestehenden subjektiven Genußbedürfnisse, genauer: des gefühlten Bedürfnisses, den Störer der Rechtsordnung leiden zu sehen (oder zu wissen). Zur Analyse desselben ist u. a. ausgeführt worden⁶⁾, das begangene Verbrechen erzeuge in der Gegenwart fortwirkende Übel, deren Wirkungen auf die Volksgesamtheit und insbesondere auf den Verletzten sich sehr drastisch in schweren Fällen zeige. Das Vergeltungsbedürfnis flamme auf: als Naturtrieb, nämlich als Ausfluß des Selbsterhaltungstriebes. Mit elementarer Gewalt wirke dieser Trieb in jedem von uns. Nicht etwas Verwerfliches sei er, sondern eine notwendige Waffe

1) Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen 1785 S. 47.

2) Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts Bd. 2 (1799) S. 57.

3) Geschichte des bairischen Kriminalrechts (1803) S. 30, 34.

4) Über sie unten.

5) Das kann man den Beispielen Kants in der Metaphysik der Sitten I. Tl. (= Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre) S. 174—175 entnehmen.

6) So von v. Hippel, Strafrechtsreform u. Strafzwecke 1907 S. 8f.

im Kampfe ums Dasein, mit der uns die Natur ausgestattet habe. Dieses Vergeltungsbedürfnis äußere sich in primitiven Zeiten in Gestalt der rechtlich anerkannten Blutrache. In minder geordneten Verhältnissen führe es noch jetzt nicht selten zur Lynchjustiz. In seiner heutigen, durch mehr als 1000jährige Entwicklung zivilisierten Gestalt fordere es vom Staate, daß er dem Verbrecher ein Übel zufüge nach Maßgabe der objektiven Bedeutung seiner Tat und nach Maßgabe seiner Schuld, d. h. seiner Schlechtigkeit oder Unbesonnenheit. Dieses Übel sei uns das Pflaster auf die blutende Wunde, welche das Übel geschlagen habe¹⁾.

1) Von dem gleichen Vergeltungsbegriffe wie v. Hippel geht offenbar Heimberger S. 30 aus. Doch ist seine Stellung zu einer solchen Vergeltung eine minder günstige: „Die irdische Vergeltung zerfließt uns in den Begriff der Rache, und der Rache kommt eine Rolle in der staatlichen Strafrechtspflege nicht zu.“ Der Begriff der Vergeltung als einer Befriedigung bloß subjektiver Gefühle, die nicht auf objektiven Erwägungen beruhen, liegt auch der Behauptung Aschaffenburgs, Das Verbrechen und seine Bekämpfung 2. Aufl. S. 217 zugrunde, woselbst er gegen die Vergeltung vorbringt, das Rachegefühl verlange auch die Bestrafung von Geisteskranken bei Handlungen, durch die die Leidenschaft erregt werde. Vgl. ferner Wachenfeld in Holtzend.-Kohlers Rechts-Enz. 1904 S. 239: „Die Strafe ist eine Äußerung der dem Staate übertragenen Ausübung des Rache-rechts“, Zucker, Über Kriminalität, Rückfall u. Strafgrund 1907 S. 47. Als subjektives Vergeltungsverlangen bzw. als die Befriedigung dieses subjektiven Gefühls erscheint die Vergeltung auch bei H. Seuffert, Über einige Grundfragen des Strafrechts (1886) S. 18, 19, A. Löffler, Mitt. d. I. K. V. Bd. 6 S. 387, Lammascch, Ger. S. Bd. 44 S. 174, bei Finger, Ger. S. Bd. 71 S. 56, bei dems. in Die richterliche Strafzumessung, Verhandl. des 29. Juristentags, Gutachten Bd. 2 S. 42f., bei Liepmann in ZStW. Bd. 18 S. 17—18, bei Lipp in Asch. Monatsschr. Bd. 3 S. 302 u. bei Bierling, Jurist. Prinzipienlehre Bd. 3 (1905)

Die Postulate, zu denen man mit solchem Vergeltungsbegriff gelangen kann, mögen in den Hauptpunkten mit den hier vertretenen übereinstimmen. Auch ist einzuräumen, daß das, was alle Vertreter eines normativen Vergeltungsbegriffs Vergeltung nennen, in dem subjektiven Vergeltungstrieb (ursprünglich Rachetrieb) seine geschichtliche Wurzel hat, dessen Befriedigung der Staat übernahm. Aber der Begriff der Vergeltung, wie er von namhaften Kriminalisten des 19. Jahrhunderts weitergebildet wurde, beschränkt sich nicht auf den einzelnen Zweck der Befriedigung des subjektiven Genugtuungsbedürfnisses, sei es des Einzelnen, sei es breiterer Volksschichten, also eines psychischen Unlustgefühls¹⁾. Ja, das subjektive

S. 389 mit 384. — Der in dieser Weise aufgefaßte Vergeltungsbegriff ist dann von P. Drews, Strafrechtsreform u. Christentum 1905 zum Gegenstand sachlicher Angriffe gemacht worden. Er sei unchristlich. So S. 15 a. a. O. Schon weil die Befriedigung des subjektiven Vergeltungsverlangens immerhin im Dienste eines höheren Zweckes steht, die Rechtsordnung zu bewahren, geht der Angriff zu weit. Und jedenfalls ist es verfehlt, ohne Überblick über die verschiedene Bedeutung des Vergeltungsbegriffs in den einschlägigen Schriften, blindlings die Vergeltung schlechtweg zu verwerfen. — Wenn einer oder der andere unter der Vergeltung etwas Anfechtbares versteht, so darf man doch deswegen nie die Vergeltung generell, d. h. als Ganzes verwerfen.

¹⁾ Vgl. Wach, Die kriminalistischen Schulen u. die Strafrechtsreform 1902 S. 20: „Der Vergeltungsgedanke ist nicht der Gedanke der Talion, einer formellen, qualitativen oder auch nur quantitativen Gleichheit. Er ist nicht Rache, diese grösste, triebmäßige, in sich maßlose Reaktion des Verletzten, er ist nicht Genugtuung desselben, Ausgleichung des Schadens, nicht die dem menschlichen Auge unerkennbare moralische Vergeltung. Er ist der Gedanke, daß die Übeltat als Angriff auf die Gemeinschaft ihrem Unwert gemäß praktisch zu behandeln sei.“ Über andere Vertreter eines weiteren Vergeltungsbegriffs s. unten unter c.

Genugtuungsbedürfnis und die Rücksicht hierauf¹⁾ tritt in diesem genereller gefaßten Vergeltungsbegriffe zurück hinter dem Gemeinschaftsbedürfnis nach Ausgleichung, welches auf Vernunftabwägungen über den Unwert eines bestimmten Unrechts, z. B. über seine Schädlichkeit, seine sittliche Verwerflichkeit beruht²⁾. Von einem Vergeltungsbedürfnis kann man auch bei diesem Vergeltungsbegriffe sprechen, aber es bedeutet hier das für die staatlich organisierte Gesellschaft aus Gründen der allgemeinen Nützlichkeit bestehende Bedürfnis nach einer Strafe von bestimmter Art oder Höhe. Das Genugtuungsbedürfnis unterscheidet sich von diesem Vergeltungsbedürfnis dadurch, daß die Befriedigung des ersteren nur einen ideellen Wert, und zwar nur für denjenigen schaffen kann, der sich in seiner Person oder wenigstens in seinen Gefühlen irgendwie verletzt gefühlt hat, der also von der konkreten Tat notwendig erfahren haben muß. Soweit man das Genugtuungsbedürfnis mit dem Rachegeföhle identifiziert, kann man ihm außerdem nicht die der Vergeltung innewohnende Eigenschaft beilegen, daß es eine genaue Gleichung zwischen der erlittenen Kränkung und der genugtuenden Handlung verlangen müßte. Vielmehr wird das Genugtuungsbedürfnis streng genommen nicht

¹⁾ Liepmann, ZStW. Bd. 28 S. 17 macht mit Recht darauf aufmerksam, daß Genugtuungsbedürfnis bei manchen Delikten kaum existiere, z. B. nicht bei gewerbsmäßigem Glücksspiel.

²⁾ Für die meisten Fälle zutreffend bemerkt daher Rich. Schmidt, Aufg. der Strafrechtspf. S. 69, 78 von der Genugtuung, die er von der Vergeltung wohl zu trennen weiß, sie wolle Lustgefühle im Verletzten hervorrufen und sei eine zufällige Nebenwirkung der Strafe. In anderem Sinne findet sich das Wort Genugtuung bei Binding, Normen Bd. 2 S. 31.

dadurch verletzt, daß etwa die erwidrende Handlung reichlicher ausfällt als die Kränkungshandlung. Anders die Vergeltung. Auch mit dem oben unter a) vorangestellten Begriff der Vergeltung im weiteren Sinn, nach welchem die Vergeltung immerhin eine Wertschätzung ausdrückt, ist die Auffassung der Vergeltung als einer Befriedigung gefühlter Genugtuungsbedürfnisse (im Sinne von Rachebedürfnissen) nicht gut vereinbar. Denn bei der Befriedigung der letzteren fehlt eben auch heute noch vielfach jede Begrenzung der erwidrenden Handlung nach oben. Wie oft werden nicht auch heutzutage selbst gebildete Menschen durch beleidigende Worte dem Beleidiger so feindlich gesinnt, daß sie ihm dafür am liebsten die Karriere, das Lebensglück vernichten möchten, ja sogar dessen Tod mit Befriedigung vernehmen würden!

c) Die Vergeltung ist auch aufgefaßt worden¹⁾ als vollkommene oder absolute Ausgleichung des sittlichen Unwerts einer Tat. Gefördert wird diese Auffassung durch die früher nicht selten geäußerte Idee, daß das Recht sittliche Macht sei²⁾. Allein diese

¹⁾ So z. B. von H. Seuffert, Ein neues StGB. für Deutschl. S. 6f., von Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit S. 10f., von D. H. Kerler, Die Idee der gerechten Vergeltung in ihrem Widerspruch mit der Moral 1908 S. 14 bei ihrer Bekämpfung des Vergeltungsgedankens.

²⁾ Vgl. Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 5, 12, 18, Köstlin, System des dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 413 (aber auch dens., Neue Revision der Grundbegr. des Kriminalr. S. 768, wo Köstlin sich gegen die Verirrung in die Moral wendet). Ähnlich Hepp, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme Bd. 2 (1845) S. 770 unter dem Namen „bürgerliche Gerechtigkeitstheorie“. Von gesetzgeberischen Arbeiten sind zu erwähnen die Motive zum Braunschweigischen StGB. v. 1840 § VI (Kriminalgesetzb. des Herzogt. Braunsch. nebst den Motiven der herzogl. Landesregierung 1840 S. 147).

letztere These gehört ebenfalls weder zu den Voraussetzungen noch zu dem notwendigen Inhalt des Gedankens, wie er von einer großen Zahl derer, die formell oder doch sachlich die Vergeltung als oberstes Prinzip der Strafe anerkennen, verstanden und erklärt wird¹⁾. Man kann also hier höchstens einwenden, daß teilweise die Vergeltung verkehrter Weise als sittliche Ausgleichung verstanden wurde. Aber man kann nicht sachlich die Theorie derer damit bekämpfen, welche für eine andere Art der Ausgleichung, überwiegend ebenfalls unter der dafür zulässigen Bezeichnung Vergeltung, eintreten wollen. Selbst bei solchen, welche mehrfach eine sittliche Vergeltung zum Postulat erhoben haben, ist deutlich erkennbar, daß dieses

¹⁾ Vgl. Henke, Handb. des Kriminalr. Bd. 1 S. 494, Heinr. Richter, Das philos. Strafrecht 1829 S. 157, 162, Abegg, Lehrb. § 49 S. 73, Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 32 mit 169, Schütze (in seiner späteren Zeit) Lehrb. 2. Aufl. S. 40, Sontag, ZStW. Bd. 1 S. 497, Merkel, Lehrb. S. 197/198, H. Meyer-Allfeld S. 13, Ullmann, Ger. S. Bd. 34 S. 34, Merkel, Vergeltungsidee S. 16, Wach, Die kriminalist. Schulen S. 19, Birkmeyer, Goldt. Arch. Bd. 48 S. 76, welche sämtlich die Vergeltung nicht lediglich als Bewertung des sittlichen Unwerts auffassen. Lediglich weil er die Vergeltung nur als sittliche Vergeltung verstand, verwirft sie Heinze in Holtz. H. Bd. 1 S. 331, 334. Sachlich will Heinze eine Strafe, welche den „wirklichen rechtlichen Wert des Verbrechen“ verkörpert. So a. a. O. S. 329. Er will also das, was wir Vergeltung nennen. Im wesentlichen besteht auch bei verschiedenen Wiederherstellungs- oder Heilungstheorien (z. B. derjen. von v. Wächter, Beil. z. Vorl. Nr. 17 u. v. Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Staat u. Strafe 1813 S. 189f.) nur eine Verschiedenheit des Ausdrucks hinsichtlich der Strafrechtstheorie. Sie fassen, der älteren Bedeutung entsprechend, die Vergeltung als eine Befriedigung des Racheetriebes, während sie sachlich, wenigstens soweit es sich um den Gegensatz zu den Präventionstheorien handelt, mit dem Inhalt des hier vertretenen Vergeltungsgedankens übereinstimmen.

Postulat für sie nicht etwa mit dem Begriff der Vergeltung zusammenfällt, sondern damit, daß der Staat im Dienste der Moral stehen soll. Jenes Merkmal des „Sittlichen“ bei der Vergeltung erscheint bei ihnen mehr oder weniger als Floskel. Denn bei der praktischen Ausgestaltung ihres Vergeltungsgedankens machen sie ersichtlich, daß die Vergeltung dem Unrecht, welches ihnen als moralwidrig gilt, nur insoweit entgegenwirken soll, als dies für die Bewährung der äußeren Gemeinschaftsordnung, der Rechtsordnung erforderlich ist¹⁾.

Somit ist es weder richtig, daß die Vergeltung begrifflich nur eine absolute Vergeltung oder nur eine Vergeltung des wahren sittlichen Unwerts sein kann²⁾, noch daß die heutigen Vertreter des Vergeltungsgedankens sie so auffassen, noch endlich, daß diejenigen älteren Vertreter, auf welchen die Heutigen fußen, allein oder auch nur überwiegend jene sittliche oder absolute Vergeltung als eine praktische Staatsaufgabe angesehen haben. Würden sie das aber getan haben, so hätte es unseres Erachtens näher gelegen, den Vergeltungsbegriff von jenen nicht begriffswesentlichen Schlacken zu reinigen und zu betonen, daß die staatliche Vergeltung nur in der Erwidern des Unwerts liegen kann, den

¹⁾ Vgl. Hälschner, Gem. dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 566, Köstlin, Neue Revision S. 861, 867.

²⁾ Dieser Irrtum hat dann Kraepelin zu dem fehlgehenden Einwand veranlaßt, Asch. Monatsschr. Bd. 3 S. 267, daß dazu unsere Richter eine Gottähnlichkeit besitzen müßten, die ihnen natürlich abgeht. Ähnlich der Einwand Heimbergers, Begr. der Gerechtigkeit. S. 30: „Gerechte Vergeltung aber können wir mit menschlichen Hilfsmitteln überhaupt nicht üben. Der wahre Ausgleich zwischen Verbrechen und Strafe ist unserem blöden Menschenauge verborgen“. Vgl. auch Heinze, v. Holtz. Hdb. Bd. 1 S. 331.

das Delikt für die Interessen der Rechtsordnung bedeutet. Anders ausgedrückt ist dies der rechtliche Unwert, den die staatlich organisierte Gesellschaft durch ihre gesetzgebenden Faktoren (und innerhalb eines verstatteten Spielraums auch die Gerichte) einem Delikte mit Rücksicht auf das Angriffsobjekt und die durch die Tat betätigte Schuld autonom beilegen. Durch die Strafe, die diesem Unwert entspricht, wie ihn der Gesetzgeber und der an das Gesetz gebundene Richter beurteilen, glaubt die Vergeltungstheorie am besten den Interessen der Gesellschaft (z. B. dem Interesse am Rechtsschutz, an der Wahrung der bürgerlichen Freiheit, an der Rechtsmachtbewahrung) in ihrer Vereinigung zu dienen¹⁾.

¹⁾ Es ist bemerkenswert, wie die Anhänger der modernen Richtung zum Teil mit einander sehr entgegengesetzten Argumenten die Vergeltung als Strafprinzip aus dem Sattel zu heben suchen. Zum Teil wird ihr untergelegt, sie sei lediglich deskriptiv, zum Teil sie sei zwar das nicht, aber sie stehe nur im Dienste eines Rachetribs sei also unsittlich, zum Teil, sie sei auch das nicht, aber sie strebe nach dem Phantom einer absoluten oder einer sittlichen Ausgleichung. Teils endlich wird ihr auch das zum Vorwurf gemacht, daß der Begriff nicht von allen gleichmäßig verstanden ist. Letzteres tut v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 371, indem er ausführt, der Gesetzgeber könne den Vergeltungsbegriff nicht zugrunde legen, da er in hohem Grade bestritten ist. Allein ein an sich richtiger Grundsatz wird wahrhaftig nicht deswegen unbrauchbar, weil mit seinem Wortbegriff auch Nebenbedeutungen verbunden worden sind, die anfechtbar erscheinen, oder weil dem Grundsatz zum Teil eine bedenkliche Rechtfertigung gegeben worden ist. Mit gleichem Rechte könnte man sagen, daß der Gesetzgeber z. B. einen bestimmten Strafbegriff nicht zugrunde legen darf. Denn auch der Begriff der Strafe ist in hohem Maße bestritten; vgl. Oetker, Strafe u. Lohn S. 6, Finger, Ger. S. Bd. 71 S. 48 u. v. Liszt selbst, Aufs. Bd. 2 S. 68. Und verstehen etwa alle Anhänger der Schutzstrafe unter ihr durchweg das Gleiche?

d) Die letzten Ausführungen charakterisieren bereits das Wesen der Vergeltung, wie sie von deren Anhängern zum Teil bereits vor dem Erwachen der sog. neuen positiven Schule erkannt wurde. Die strafrechtliche Vergeltung ist danach als eine Maßregel anzusehen, durch welche der Gesetzgeber mittels bestimmter Organe dem Verletzer des Rechtswillens einen Nachteil von solcher Größe auferlegen läßt, daß dieser mindestens dem Auferlegenden als Ausgleich für den nachteiligen Wert des begangenen Ungehorsams erscheint¹⁾. Besteht die Ausgleichung nur vom Standpunkte des Auferlegenden aus, so ist die Vergeltung nur eine subjektive; ist der Ausgleich dagegen vom Standpunkte einer Allgemeinheit aus gegeben, so ist die Vergeltung eine objektive. Dabei ist selbstverständlich, daß auch der objektive Maßstab kein absoluter ist, sondern nur der einer bestimmten gegebenen Allgemeinheit. Z. B. vom Standpunkte der Volksauffassung kann eine bestimmte Übelgröße noch nicht als volle Vergeltung erscheinen, während sie vom Standpunkte derjenigen gesetzgebenden Faktoren, welche etwa Rechtsgrundsätze über die Strafbemessung aufgestellt haben, einen völligen Ausgleich darstellt. Das begriffliche Wesen der Vergeltung als einer Ausgleichung wird dadurch nicht berührt, daß man noch vorher zu untersuchen hat, von wessen Standpunkte aus man die Frage der Ausgleichung zu prüfen hat, von wessen Standpunkte aus die Vergeltung eine volle sein soll. Das Er-

1) Gleichgiltig bleibt für das Wesen der Vergeltung, in welchem Stadium wir uns deren Merkmale vorstellen, ob als Postulat an den Gesetzgeber u. den Richter (Vergeltungsidee), als eine Tätigkeit der staatlichen Organe oder als einen abgeschlossenen Zustand.

gebnis dieses Problems kann einstweilen bereits hier gegeben werden¹⁾. Die staatliche Vergeltung soll formell ein Ausgleich nach dem Gesichtspunkte sein, welchen das Gesetz einnimmt, d. h. insbes. durch seine Strafbestimmungen zu erkennen gibt. Das Gesetz aber soll sich tunlichst richten nach den Werturteilen, welche dem jeweiligen Stande der menschlichen Erkenntnis über die Schwere eines Verbrechens in subjektiver und objektiver Hinsicht entsprechen. Diese Erkenntnis soll durch die Strafrechtswissenschaft gefördert werden. Soweit diese keine sicheren Resultate gibt, sind die unter den Gebildeten des Volkes herrschenden Anschauungen maßgebend. In Ermangelung genügender Gründe zur Abweichung von der bisherigen Übung, sei es nach oben, sei es nach unten, wird hierfür die bisherige Praxis einen Fingerzeig enthalten. Wenn man für diesen eben entwickelten Maßstab die viel gebrauchte und daher gemeinverständliche Bezeichnung der „herrschenden“ oder der „überlieferten“ Werturteile wählt, muß man sich gegenwärtig halten, daß sie nicht ganz präzise ist. Die Überlieferung ist ebensowenig allein ausschlaggebend bei jenen Werturteilen wie der Standpunkt der breiten Masse des Volkes²⁾.

Die Vergeltung mit dem hier unter d) besprochenen Strafmaß ist eine Form der Strafe, aber nicht die einzige. Wenn jemand für sein begangenes Unrecht ein Übel erleidet, das keine volle Ausgleichung darstellt oder ein doppelt so schweres Übel

1) In Nr. 4 wird darauf zurückzukommen sein.

2) Mit Vorstehendem soll der Ausbau einer Lücke versucht sein, die v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 55 zu Angriffen benutzt hat, welche die Unbrauchbarkeit der „Werturteile“ darlegen sollten.

im Vergleich zu dem, was seine Tat für die Rechtsordnung bedeutet, so hört die ihm auferlegte Maßregel deswegen allein noch nicht auf, Strafe zu sein. Fraglich erscheint nur, ob Strafe noch vorliegt, wenn durch ein bestimmungsmäßiges Übel die Bewertung einer unverschuldeten, aber von der Rechtsordnung mißbilligten Handlung vorgenommen wird. Nur in einem weiteren Sinne, in dem man auch von Strafe ohne Schuld und von Tierbestrafungen spricht, kann dies bejaht werden. Denn bei Abwesenheit von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist eine Handlung unbedingt eine rein zufällige. Unvernünftig wäre es, zu Leidzufügungen zu greifen, um die verschiedenen Grade zufälligen Schadens anschaulich zu bewerten. Irgendwelcher Nutzen könnte hier durch solche Bewertung nicht erzielt werden, insbesondere keine ausgleichende Genugtuung. Man kann ja durch Leidzufügung hier nicht die zum Genugtuungsgeföhle implicite mitgehörige nützliche Empfindung (oder Lehre) erzeugen, daß es klüger gewesen wäre, dem Rechtswillen zu folgen. Daher sind bei zufälligen Schadenstiftungen nur Maßnahmen am Platze, die zur Vorbeugung gegen künftigen Zufall dienlich sind. Solche Maßnahmen aber Strafe in technischem Sinn zu nennen enthält einen Widersinn. Anders steht es, wenn bloß der Maßstab der Bestrafung den Anforderungen nicht entspricht, die wir hinsichtlich der Ethik oder der Vernünftigkeit an den Gesetzgeber stellen, oder wenn der Gesetzgeber bloß unbefriedigend schnell über das exakte Nachgewiesensein der Schuld hinweggeht. Solchenfalls ist ein vernünftiger Sinn (d. h. irgendwelche praktisch nützliche Wirkung) der Leidzufügung zwar vermindert, aber nicht begrifflich ausgeschlossen und man kann von Strafe im technischen Sinne

reden¹⁾. Doch kann der letztere Wortstreit auf sich beruhen. Dagegen wird man wohl richtiger davon absehen, als Strafe ein Übel zu bezeichnen, wenn und soweit es nicht einen Gegenwert für etwas Vergangenes, sondern offensichtlich nur ein Vorbeugungsmittel für etwas Zukünftiges in den Augen des Verhängenden darstellen soll²⁾.

2. Betrachten wir nunmehr die Elemente des unter 1 d angegebenen Vergeltungsbegriffs im einzelnen, so sehen wir zunächst, daß die Vergeltung des Staats für Verletzung seiner Normen ein Übel sein will³⁾. Nicht jene Vergeltung i. w. S., von der oben unter 1 im Eingang gehandelt wurde, ist also

¹⁾ Vgl. über den Strafbegriff auch die Zitate bei Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 30 N. 32. Birkmeyer selbst nennt die Strafe Vergeltung und versteht darunter die das Prinzip der Ausgleichung enthaltende Vergeltung, vgl. S. 10, 13. Aber herkömmlicher Weise hat man unbeanstandet auch die staatlich anerkannte Privatstrafe, ferner die Friedlosigkeit, die staatlich gewährleistete Blutrache (vgl. z. B. Gareis, Rechtsenz. 3. Aufl. S. 176 N. 4) ohne Rücksicht darauf den Strafen zugezählt, ob der einfache Wert der Tat oder ein geringeres oder höheres Quantum dem Verletzer auferlegt wurde. Der Strafbegriff wurde auch nicht dadurch alteriert, daß im römischen Rechte periodenweise die Delikte der *cives Romani* sehr milde geahndet z. B. nur mit Exil belegt wurden, der Gesetzgeber hier also (wahrscheinlich bewußt) aus politischen Rücksichten manches unter Verdienst würdigte.

²⁾ Vgl. dazu Finger, Ger. S. Bd. 71 S. 48: „Unter dem Namen Strafe werden von den Medizinern Maßnahmen mit verstanden, die mit der Strafe im Rechtssinn wenig mehr gemeinsam haben“; sowie Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 15, Oetker, Strafe und Lohn S. 6.

³⁾ Vgl. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 11, sowie die Zitate a. a. O. S. 32 N. 43, ferner etwa Höpfner, Aschaffenb. Monatsschr. Bd. 4 S. 46, Meyer-Altfeld, Lehrb. S. 3.

begrifflich ein Übel, wohl aber die strafende Vergeltung. Denn diese setzt, um die erlittene Einbuße wirklich ausgleichen zu können, eine gewisse Reziprozität in der Art der Erwiderung voraus, welche allein bestimmte typische und nützliche Wirkungen der Vergeltung erzeugt. Der schuldhafte Übergriff in die Willenssphäre des Rechts kann daher nur durch einen Eingriff in die dem Täter des Übergriffs sonst vom Rechte belassene Willenssphäre, also durch ein präsumtives Übel, vergolten werden. Einen solchen Eingriff kann man ein (scil. gewolltes) Übel nennen, auch wenn der Betroffene es als solches ausnahmsweise nicht empfindet. Hiermit soll aber nur gesagt sein, daß mit der Vergeltungsmaßregel (scil.: wo sie gemäß dem der Vergeltungsidee innewohnenden Prinzip zur Anwendung gelangt) begrifflich ein gewolltes Übel verbunden ist¹⁾. Dagegen sollen die vorstehenden Ausführungen nicht eine Erläuterung der Frage sein, wann bzw. weshalb die Gesellschaft sich bei der Reaktion gegen Unrecht überhaupt vernünftigerweise zu einem bestimmungsmäßigen Übel d. h. zur Vergeltungsstrafe entschließt. Diese Begründung soll vielmehr dem dritten und vierten Teile vorbehalten bleiben.

3. Die Vergeltung ist nicht Rache²⁾. Sie ist wohl aus ihr entstanden, aber sie stellt ihr gegenüber etwas Neues, an-

1) Daß die Strafe, wenn sie Vergeltung ist, tatsächlich ein Übel enthält, gibt auch v. Bar, Probleme des Strafrechts 1896 S. 13 indirekt zu, aber er hält bei der Strafe nur die Mißbilligung, nicht auch das Übel, für etwas begriffswesentliches. Ebenso schon Roeder d. Ältere, Die herrschenden Grundlagen von Verbrechen und Strafe 1867 S. 77, Gl. M. ferner Berolzheimer, Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Bd. 5 S. 201 f., im wesentl. auch Wahlberg, Individualisierung (1869) S. 135.

2) Vgl. Hälschner, Gem. Dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 4.

ders zu würdigendes dar, da sie nicht alle Eigenschaften, die man der Rache üblicherweise zuschreibt, mit ihr teilt¹⁾. Die Rache ist wie bereits oben erwähnt prinzipiell unbeschränkt. Sie kann also auch genommen werden über das Maß dessen hinaus, was der Täter durch seine schuldhafte Handlung verdient hat²⁾. Dazu kommt noch ein weiterer Punkt, weshalb man bei der Vergeltung nicht wohl mehr von Rache sprechen kann. Die Rache ist nur Sache dessen, der ein persönliches Genugtuungsbedürfnis empfindet. Dies kann auch eine Gemeinschaft sein z. B. die Sippe. Aber dann liegt nicht mehr Rache vor, wenn der Staat zur Auferlegung eines reaktionsweisen Übels unbekümmert darum schreiten will, ob tatsächlich im Einzelfall von seinen Organen oder anderen Untertanen irgend einer das Bedürfnis nach einer Genugtuungshandlung persönlich fühlt. Die vergeltende Strafe will aber in der letzt-

1) Vgl. auch Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen, S. 13f., sowie Goltd. Arch. Bd. 48 S. 72. Der Ausdruck Birkmeyers „die Strafe ist eine veredelte Rache“ ist nicht unbedenklich. Man könnte daraus abnehmen, die vergeltende Strafe sei selbst noch eine begriffliche Rache, während m. E. der Ausdruck Rache für das, was die Vertreter des Vergeltungsgedankens mit dieser bezwecken, überhaupt nicht mehr paßt.

2) Dies Moment wird u. a. von Heimberger, Der Begr. der Gerechtigk. S. 30, Kraepelin, Die Abschaffung des Strafmaßes S. 22, Lipps, Aschaff. Mon. Bd. 3 S. 292, 297 übersehen, indem sie die Strafe oder doch die vergeltende in den Rachedgedanken zerfließen sehen. Nebenbei bemerkt müssen sie dann aber auch, wenn sie konsequent sein wollen, sich gegen die andere Andichtung an den Vergeltungsbegriff erklären, der Vergeltungsbegriff enthalte nur deskriptive Elemente. Denn das Racheprinzip ist nicht bloß konstatierend, nicht bloß deskriptiv, sondern enthält die Forderung: Überlasse mir den Gegner bis zu meiner vollen Genugtuung oder Sättigung.

genannten Weise gehandhabt werden, sie tritt also unabhängig davon ein, ob sie der Rache dient¹⁾.

Somit ergibt sich, daß die Vergeltung, wie sie hier vertreten wird, im Gegensatz zur Rache nach einer Begrenzung der Reaktion durch einen bestimmten Maßstab, nach Ausgleichung strebt. Bekanntlich hat man ihr dieses Maßprinzip abgesprochen, sei es, daß man²⁾ dasselbe als Bestandteil der Vergeltung geleugnet oder doch, was wenigstens im Effekt auf das Gleiche hinauskommt, die Unmöglichkeit der Auffindung eines entsprechenden Maßes behauptet hat³⁾. Auf das nähere Maß bei der vergeltenden Strafe ist erst unten unter 4 einzugehen. Hier gilt es nachzuweisen, daß die Vergeltungstheorie schon frühzeitig den Gedanken betont hat, der auch begrifflich in der Vergeltungsstrafe liegt, daß nämlich nur bis zu einem bestimmten Maße (einem bestimmten Unwerte) durch ein Übel gegen die Normübertretung reagiert werden soll. So hat z. B.

¹⁾ Dies hat schon Hälschner, Gem. Dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 566 treffend ausgeführt.

²⁾ So Jaques Stern, ZStW. Bd. 24 S. 47. Zur gleichen Konsequenz führt die Ansicht derer, für welche die Vergeltung bloße Rache, weiter nichts ist, aber ebenso auch die Ansicht derer, welche dem Vergeltungsbegriff lediglich deskriptive Bedeutung beilegen wollen. Denn nach letzterer Ansicht kann der Vergeltungsbegriff doch kein Prinzip der Begrenzung der Strafe durch ein bestimmtes Maß (z. B. die Werturteile des Volkes oder Verwandtes) enthalten, welches sich von den Maßprinzipien anderer Theorien unterscheidet.

³⁾ Vgl. die bei Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 36 N. 53 aufgezählten, z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 151 f., vgl. außerdem etwa noch Thomsen, Das Deutsche Strafrecht Bd. 1 S. 167, „Bei der Strafzumessung nach dem Gedanken der Vergeltungstheorie muß der Richter einfach raten, dagegen geben ihm die verschiedenen relativen Straftheorien einen gewissen Anhaltspunkt.“

schon Henke¹⁾ von Art und Maß der Strafe gesprochen, wenn sie nach dem Prinzip der Vergeltung im Gegensatz zu anderen Prinzipien bestimmt werde. Abegg²⁾ erklärt: „Insofern sie (gemeint ist die Strafe) also ein gleiches Maß fordert, hat sie die Eigenschaft einer Vergeltung“³⁾. Hierher gehört auch eine Äußerung v. Ullmanns⁴⁾: „Ursprünglich unter der Herrschaft des Talionsprinzips gestaltet sich die Strafe nach dem Grundsatz der äußeren Gleichheit, später der Gleichheit nach dem Werte. Man wird kaum zögern können, die Kontinuität der Grundidee der Strafe: nämlich der Vergeltung der Verbrechen mit einem dem Werte nach gleichen Übel in der Geschichte des Strafrechts als nachgewiesen zu betrachten“. Hälschner⁵⁾ bemerkt, es handle sich bei der vergeltenden Strafe „allein darum, daß der rechtliche Wert des Verbrechens in der Strafe seinen entsprechenden, das Verbrechen tilgenden Ausdruck finde“⁶⁾.

¹⁾ Hdb. Bd. 1 S. 407.

²⁾ Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft 1836 S. 73.

³⁾ Daß die Vergeltung nicht der ungemessenen Rache gleichzustellen sei, sondern ein Maßprinzip bedeute, ist auch seither nicht vergessen worden, das bezeugt z. B. v. Wächter, Beilagen zu Vörl. S. 35 über Henke.

⁴⁾ Ger. S. Bd. 34 S. 24.

⁵⁾ Das Gem. Dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 566.

⁶⁾ Außerdem gehören hierher: Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 32, welcher die Vergeltung als Ausgleichung der Störungen bezeichnet, die das Verbrechen in den Willenssphären Anderer nicht bloß des Verletzten hervorgerufen hat; Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 10: „Die Vergeltung durch Strafe bedeutet Ausgleichung zwischen dem Rechtsbruch, dem Verbrechen auf der einen Seite und der dadurch verletzten Rechtsordnung auf der anderen Seite, durch Heimzahlung des im Verbrechen verübten Übels mit einem gleichen

Angenommen aber, es ließe sich der umgekehrte Nachweis erbringen, daß man mit der Vergeltung (gleichwie mit der Rache) kein Maßprinzip zu verbinden habe (sie enthielte also nicht begrifflich die Tendenz, eine Ausgleichung herzustellen), so wäre doch damit der Vergeltungsbegriff weder als rein deskriptiv noch als überflüssig dargetan. Denn der Vergeltungsgedanke enthält auch einen Hinweis darauf, daß die Strafe sich in ihrem Maße nur nach der vergangenen Tat bemessen solle, und nicht den Gesichtspunkten der zu erwartenden Nützlichkeiten ihre Übelsgröße entnehmen dürfe. Von diesem Gegensatz der Vergeltung zu prophylaktischen Maßregeln später. Streng genommen liegt schon in dem Hinweis auf die ausschließliche Bewertung nach der vergangenen Tat ein Maßprinzip. Wer aber gleichwohl noch eine Lücke empfindet, mag dann das uns tautologisch klingende Beiwort „ausgleichende“ scil. Vergeltung zur Bezeichnung der Vergeltung verwenden.

4. Die Vergeltung, so haben wir gesehen, will eine Ausgleichung. Es fragt sich, ob und wie das möglich ist.

Wenn sich nachweisen ließe, daß es der Vergeltung an einem praktikablen Maße zur Ausgleichung fehlt¹⁾, dann schwebt das Übel“. Den Ausgleichungsgesichtspunkt betonen auch Köstlin, System Bd. 1 S. 390, Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 42, Merkel, Lehrb. S. 187, Geyer in Holtz. RE. 5. Aufl. S. 913. — In einem Falle ist Birkmeyer von dieser Terminologie der Vergeltung abgewichen. Indem er nämlich Ger. S. Bd. 67 S. 401 erklärt: „Auch die Rache war Vergeltung“, gebraucht er hier Vergeltung ohne Maßprinzip.

¹⁾ Wie dies z. B. H. Seuffert, Ein neues StGB. f. Deutschland S. 6f., Heimberger, Der Begriff d. Gerechtigkeit, S. 20, Aschaffenburg, Das Verbrechen u. seine Bekämpfung, 2. Aufl. S. 221, Thomsen, Deutsches Strafr. S. 167 tun. Über weitere Literatur vgl. Finger, Verh. des 29. Juristentags (Gutachten) Bd. 2 S. 59.

ganze Prinzip, wonach die Vergeltung eine Beschränkung der ungemessenen Rache bedeutet, in der Luft. Die Vergeltung hat dann zwar normative Elemente, nämlich das Ausgleichungsprinzip und nach Manchen den persönlichen Genugtuungstrieb, aber das erstere ist innerlich kraftlos. Wie steht es damit in Wirklichkeit? Die Gleichung, welche der Vergeltungsgedanke anstrebt, besteht in der Auferlegung eines Übels, das für die staatlich organisierte Gemeinschaft möglichst den gleichen Wert hat, welchen der Angriff auf ihre verschiedenen Rechtsgüter für sie bedeutet¹⁾.

Gegen die Anstrengung einer Ausgleichung kann man mit Grund zunächst nicht geltend machen²⁾, daß eine genaue (d. h.

¹⁾ Gl. M. insbes. Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 566 sowie diejenigen, welche eine Ausgleichung nach Maßgabe von Werturteilen (vgl. darüber bereits oben) als Maßprinzip der vergeltenden Strafe annehmen. Daß die Maße, wie sie auf Grund von Werturteilen in die neueren Gesetzgebungen gelangt sind, der Revision bedürfen, darauf hat Binding in seinem Lehrbuch des Strafrechts, bes. Teil, häufig hingewiesen; vgl. z. B. Bd. 1 S. 21. — Aber abwegig erscheint es, wenn man als richtiges Maß der Vergeltung nun etwa gar die Behandlung nach Maßgabe der Persönlichkeit ansieht. A. M. Graf zu Dohna, Aschaff. Monatsschr. Bd. 3 S. 531. Dieser Gedanke der Spezialpräventionstheorien kann nie zur Vergeltung gerechnet werden, weil er begrifflich einen Gegensatz zu der Ausgleichung enthält, wie sie ja von Vertretern des Vergeltungsgedankens aufgefaßt wurde. Vgl. auch Wahlberg, Individualisierung S. 132, 138.

²⁾ A. M. Aschaffenburg a. a. O. S. 221, Heimberger a. a. O. S. 33, v. Hippel, Strafrechtsreform u. Strafzwecke S. 10, Kraepelin, Die Abschaffung des Strafmaßes 1880 S. 18, H. Seuffert a. a. O. S. 6. — Noch verfehlt ist es freilich, wenn D. H. Kerler, Die Idee der gerechten Vergeltung in ihrem Widerspruch zur Moral S. 12, die „Ausgeglichenheit“ bei der gerechten Vergeltung als eine kleinliche, absurde und ganz und gar wertlose Abrechnung über jedes plus und

eine mathematisch exakte, eine absolute) Ausgleichung bei den so verschiedenen Werten wie Verbrechen und Strafe sich für den Staat nicht herstellen lasse. Mit dem gleichen Rechte müßte man es dann verwerfen, daß auch sonst an die Stelle einer in natura nicht mehr mit genau dem gleichen Werte (der gleichen Bedeutung) nachzuholenden Leistung nunmehr die Verpflichtung zu einer andersartigen Leistung tritt¹⁾. Dabei ist noch zu beachten, daß der nachträglich etwa zu erzielende Gehorsam gegen die Normen nicht etwa den vollen Gegenwert erzielt für den einmal vollendeten Ungehorsam

minus moralischer Leistungen oder Verfehlungen bezeichnet. Daß es zum mindesten recht mißverständlich ist, wenn man das Prinzip der Vergeltung in einer moralischen Ausgleichung erblickt, soll hier nicht mehr neu erörtert werden. Denn es besteht jedenfalls darüber kein begründeter Zweifel mehr, daß die heutigen Vertreter des Vergeltungsprinzips nicht etwa abstrahierend von den Bedürfnissen der Rechtsordnung (von dem rechtlichen Unwert der Delikte) moralische Grundsätze zur zwangsweisen Ausführung bringen wollen, mag man über das Verhältnis von Recht und Moral im übrigen denken, wie man will. Verfehlt ist es aber, die ganze Ausgleichung des Vergeltungsgedankens eine kleinliche oder absurde zu nennen. Generell betrachtet, ist es für die meisten Menschen nicht einmal gleich, ob sie auch nur wenige Tage mehr oder weniger in Strafhaft sitzen müssen. Spüren sie das am Anfang längerer Strafhaft vielleicht noch nicht, so spüren sie es doch bei Herannahen der Freiheit. Noch weniger ist die Dauer einerlei bei größeren Strafverschiedenheiten. Das Streben der Vergeltung nach genauer Berechnung ist also etwas Löbliches, und es ist verkehrt, das Prinzip auch für den Fall zu tadeln, daß es etwa den Erfolg einer einigermaßen genauen Abrechnung wirklich haben sollte.

¹⁾ Den Gedanken einer notwendig werdenden Verwandlung des ursprünglichen Rechts hat insbesondere Binding klargestellt; vgl. dessen Grdr. 7. Aufl. S. 227.

gegen dieselben. Es ist ein solches nachträgliches Willfahren ebenso zu spät, wie wenn eine auf 11 Uhr bestellte Droschke, die den Besteller zur Bahn führen soll, diese Fahrt etwa um 12 Uhr nachholen will. Wenn die nachträgliche Leistung in gleicher Gestalt wie die ursprüngliche Verpflichtung für den Berechtigten nicht den vollen Wert der ursprünglich geschuldeten Leistung ersetzt, so kann eben nur ein Ersatz in anderen Werten oder Leistungen die etwa erlittenen Nachteile ausgleichen. Es ist daher wohl begründet, wenn der Staat bei Ungehorsam gegen seine Rechtsnormen vielfach mit nachträglichem Zwang zum Gehorsam sich nicht begnügt, sondern nach Ausgleichung in anderer Weise durch eine ihm einigermaßen adäquaten Nutzen versprechende Maßregel sucht. Bei Abschätzung eines materiellen, noch mehr aber eines immateriellen Ersatzwertes läßt sich in Ermangelung eines absoluten Wertes der Rechtsgüter bzw. der Güter des Einzelnen (z. B. seiner Freiheit) immer nur eine annähernde Exaktheit der Ausgleichung finden. Aber trotzdem greift man unbedenklich zu diesem Mittel und nennt es mit Recht auch eine Ausgleichung. Denn wenn der Gesetzgeber sein möglichstes getan hat, um durch Abschätzung eine Gleichung herzustellen zwischen der präsumtiven Bedeutung eines bestimmten Unrechts für die konkrete Rechtsordnung und dem präsumtiven Nutzen, der in einer bestimmten Strafe liegt (z. B. „Verhütung der Verzweiflung“ — um mit der C. C. C. zu reden — also möglichste Schonung auch der Humanitätsgefühle und der bürgerlichen Freiheit; andererseits Bestärkung der Autorität des Gesetzes, Verhütung unzulässiger Selbsthilfe), so wird jeder einen Maßstab objektiver Billigkeit Anlegende den Namen einer Aus-

gleichung für die nach solchen Erwägungen innerhalb der gesetzlichen Richtlinien ausgemessene Strafe als gerechtfertigt erklären. Die Billigkeit fordert, daß wir bereits eine solche mit möglichen latenten Fehlern behaftete Bewertung als Ausgleich akzeptieren, da es doch gewiß kein Vorteil wäre, wenn wir auf diese menschliche Ausgleichung verzichten würden, bloß weil wir nicht die übermenschliche Einsicht besitzen, alle Faktoren bei der Berechnung vollkommen in ihrer Bedeutung zu übersehen. Immerhin leuchtet ein, daß von dem objektiven Standpunkte eines unbeteiligten Dritten, vielleicht sogar von einem ethischen Bewertungsprinzip aus, das unsere Vernunft uns vielleicht an die Hand gibt, es tatsächlich als möglich erscheint, mit der vergeltenden Strafe einen Gegenwert für die Rechtsordnung zu erzielen, der in seiner Bedeutung für die Rechtsordnung dem zu ersetzenden Werte entspricht, welchen das Unterbleiben der einzelnen Normwidrigkeit nach einer akzeptablen Abschätzung des Schuldgrades und des Angriffsobjekts für die Rechtsordnung darstellt. Je mehr die vergeltende Strafe sich in ihrer Bedeutung dem objektiven Werte, welchen das Unterbleiben des in bestimmter Art schuldhaften Ungehorsams darstellt, nähert, desto mehr werden wir sie dann zugleich eine innerlich gerechte nennen dürfen. Dabei wird man unter den Begriff der Gerechtigkeit die Billigkeit zu rechnen und es für billig anzusehen haben, daß eine möglichst objektive¹⁾ Gleichheit zwischen einer ursprünglichen Pflicht und der an die Stelle tretenden Duldungs- oder Leistungspflicht ermöglicht werde.

¹⁾ „Objektiv“ hier im Sinne von generell anerkannt.

Es ist aber nicht zuzugeben, daß die Vergeltung nur dann als solche bestehe, daß sie nur dann ein Ausgleichsprinzip enthalte, wenn der Gesetzgeber die eben beschriebene objektive Ausgleichung zu erreichen strebt. Nicht einmal von der Auffindbarkeit eines Maßstabes, den unbeteiligte Dritte (sei es die Masse des Volkes oder die Gebildeten oder etwa die herrschende Strömung der Ethik) anlegen, hängt die Möglichkeit, eine ausgleichende Vergeltung zu postulieren oder anzuerkennen, ab. Ein Maßstab der Ausgleichung ist vielmehr auch gewonnen, wenn man einen solchen bildet aus dem Willen des Gesetzgebers. Autonom setzt der Gesetzgeber die Werte fest, die er als Äquivalente für diese oder jene Normübertretung ansieht. Und derjenige, welcher dem Gesetze unterworfen ist (also die Gesamtheit derer, die im Staate leben), ist auch diesem obrigkeitlichen Werttaxator, wie er sich im Strafgesetze äußert, unterworfen. Der einzelne Untertan hat demnach als Ausgleichung hinzunehmen, was der Gesetzgeber als solche festgelegt hat¹⁾. Daß die Strafenskala auf diese Weise die dem autonomen Gesetzgeber entsprechenden Gegenwerte formell voll enthält, steht außer Zweifel (ob sie ihm auch sachlich den erwarteten Gewinn bringt, ist eine andere Frage). Wenigstens formell hat der Gesetzgeber durch konstitutiven Akt die Ausgleichung im voraus als hergestellt erklärt bei der von ihm beliebten Strafhöhe. Damit muß er für seinen Teil zufrieden sein. Man kann demnach nicht ein-

¹⁾ Die in einem bestimmten Staate bestehende Staatsform wird z. B. von den Inhabern der Herrschaft nicht selten durch so weitgehende und scharfe Strafdrohungen geschützt, wie dies den geläuterten Werturteilen nicht mehr entspricht.

wenden, daß die in bestimmten Strafmaßen für die verschiedenen Delikte sich ausdrückende Vergeltung nicht imstande wäre, dem Gesetzgeber (oder dem Staate, oder der Rechtsordnung, oder wie man sich den durch strafbare Handlungen unmittelbar angegriffenen Teil denkt) den Wert der unterlassenen Gehorsamsleistung irgendwie zu vergüten, anders ausgedrückt, das vom Staate behauptete Mißverhältnis zwischen der Gehorsamsforderung und dem nicht geleisteten Gehorsam zu beheben. Wenn die den Gesetzgeber verkörpernden Faktoren, z. B. die Machthaber eines Staates, die ihnen erwünschte Satisfaktion durch die Strafe erhalten, so liegt in solcher Ausgleichung allerdings zunächst nur ein Gefühlswert, aber vielfach zugleich auch ein gewisser sachlicher Wert, so dann, wenn die Strafe den geläuterten Werturteilen entspricht. Ein solcher sachlicher Wert ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die gesetzliche Strafe über jene Werturteile hinausgeht oder hinter ihnen zurückbleibt. Denn auch bei den nach einem objektiveren Maßstab zu harten oder zu milden Strafen kann der aus der konkreten Bestrafung erwachsende Nutzen noch größer sein als die Nachteile, also die Wirkung der Bestrafung immer noch besser sein, als wenn jede Bestrafung unterblieben wäre. Nur der höchstmögliche Nutzen, den die Bestrafung bringen könnte, wird nicht erreicht. Alle Male, wo eine Bestrafung von Delikten nach dem subjektiven Maßstabe eines Gesetzgebers stattfindet, wird ferner eine andere Ausgleichung erzielt, nämlich im Verhältnis zur Duldungs- oder Leistungspflicht des Bestraften. Er hat als Rechtsunterworfenen ja keinen Anspruch gegenüber dem Staate, daß die Strafe niedriger oder höher ausfalle. Sondern die vor seiner einen Ungehorsam

darstellenden Handlung öffentlich angedrohte Strafe muß er rechtlich als eine verdiente ansehen, wenn er schuldhaft die bedrohte Handlung nicht unterließ. Er für seine Person kann also nicht deswegen mit Grund leugnen, daß er die Strafe verdient habe, weil bei der Vorausbewertung des schuldhaften Ungehorsams der Gesetzgeber den allgemeinen Werturteilen ungenügend Rechnung trug. Denn die Bewertung seiner Tat ist ja nicht Gegenstand eines Abbüßungsvertrags zwischen ihm und dem souveränen Staat.

Hiermit soll aber gewiß nicht behauptet werden, daß eine derartige vom Gesetzgeber einseitig zustande gebrachte ausgleichende Vergeltung immer eine gerechte wäre, oder daß es das Rechtsbewußtsein schon befriedigen würde, wenn nur der Gesetzgeber autonom eine Wertskala vor der Tat für das schuldhafte Unrecht festgesetzt hat. Lediglich dem Einwand sollte begegnet werden, daß man eine Ausgleichung nicht finden könne: Dieser Einwand ist selbst dann unrichtig, wenn man als „Ausgleichung“ im Sinne des Einwands nur Gegenwerte gelten läßt, die für wichtige Faktoren im Volksleben einen Ausgleich darstellen und zugleich vom Standpunkte des Bestraften aus als verdient angesehen werden müssen, weil er schuldhaft ungehorsam war.

Es fragt sich aber weiter, ob die objektivere Methode einer Abschätzung der Übelsgröße nach den geläuterten Werturteilen ohne Zuhilfenahme eines mehr oder weniger willkürlichen konstitutiven Aktes des Gesetzgebers überhaupt zu ziffermäßig fixen Wertergebnissen hinsichtlich der anzusetzenden Strafgrößen gelangen kann.

Richtig ist zwar, daß die geläuterten Werturteile mit Rück-

sicht auf die Verschiedenartigkeit der Einzelfälle bei den meisten Delikten nur sagen können: So viel Strafe erfordert eine bestimmte Art schuldhaften Handelns in minimo und so viel in maximo (wobei ganz abnorm gelagerte Ausnahmefälle nach unten und nach oben im Strafraumen nicht mehr berücksichtigt werden können). Aber da wir ja im Prinzip relativ unbestimmte Strafraumen haben, so ist es nicht nötig, daß hier der Gesetzgeber die relative Unbestimmtheit der geläuterten Werturteile durch autoritative Dekretierung einer bestimmten Bewertung umgrenze. — Denkbar ist auch, daß hernach für den Richter die Berücksichtigung der geläuterten Werturteile ein ganz genaues Resultat nicht ergibt. Die Gefahr einer Unsicherheit wird sehr vermindert, wenn der Richter die bisherige Übung der Gerichte, in der er meist auch herangebildet wird, vergleicht, und wenn er vor allem die Direktiven berücksichtigt, welche aus dem Gesetze zu entnehmen sind, mögen sie auch mit den geläuterten Werturteilen in einem Einzelfalle nicht völlig zusammenstimmen. So viel Strafe, als ihm nach diesen Erwägungen im konkreten Falle in minimo zur Herbeiführung der Ausgleichung erforderlich erscheint, wird er nach dem Grundsatz in dubio pro mitiore auszusprechen haben. Denn nur so viel hat der Schuldige nachweislich verdient. Es ist nicht anständig, mit Rücksicht darauf, daß vielleicht auch eine etwas höhere Strafe vom Schuldigen verdient sein kann, demselben eine jenes verdiente Minimum übersteigende Verdachtstrafe aufzuerlegen. Ein solcher Strafzusatz wird auch nicht dadurch plausibel, daß er nur solange verbüßt zu werden braucht, bis nach Überzeugung der Vollzugsbeamten seine Gesinnung sich gebessert hat.

Erscheint vom allgemeinen Volksinteresse aus die Anlehnung an die geläuterten Werturteile als der vorzuziehende Standpunkt im Vergleich zur einseitigen Betonung der Interessen, welche etwa die Machthaber im Staate an dieser oder jener Strafe haben, so wird auch ein Gesetzgeber, dessen Interessen mit denen des Volksganzen parallel gehen, mit diesem Standpunkte am besten fahren.

Hiermit sind wir zu der Kernfrage gekommen, aus welchen Elementen sich die geläuterten Werturteile zusammensetzen, welche bei der Theorie der ausgleichenden Vergeltung eine so große Rolle spielen.

Die Erkenntnis, welches Gut, das dem Verbrecher etwa entzogen wird, welche Leistung, die ihm etwa gleichzeitig auferlegt wird, am besten einem Ausgleich dient, hat gewechselt mit dem Stande des menschlichen Wissens und der gesellschaftlichen Bedürfnisse. Zur Zeit der Volksrechte hat man geglaubt, es sei ratsam, den Wert der einzelnen Übertretungen mehr nach ihrem objektiven Erfolg zu veranschlagen, als nach den Differenzierungen der Schuld. Im späteren Mittelalter hat man bezüglich des Gegenwerts, der in dem Strafübel liegt, angenommen, er bestehe hauptsächlich in der präsumierten abschreckenden Wirkung der härteren Strafen, und ist daher übergegangen zur Festsetzung sehr schwerer Strafen. So in der der C. C. C. unmittelbar vorausgehenden Zeit und noch in der C. C. C. selbst. Während diese Tendenzen unverkennbar in der bezeichneten Periode vorherrschen, ist man zu anderen Zeiten weniger von einheitlichen Grundgedanken bei der Bewertung der Delikte ausgegangen. In vielen Fällen¹⁾

¹⁾ Die von L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung Bd. I

ließ man sich von dem bequemen, aber oberflächlichen und insbesondere auf die Schuldabstufungen zu wenig Rücksicht nehmenden Gedanken leiten, daß eine äußerliche Gleichartigkeit des Strafübels mit dem einem verletzten Individuum zugefügten Übel den richtigsten und zweckmäßigsten Ausgleich darstelle. Dieser Talionsgedanke kann ja bei vereinzelt, vorzüglich begangenen strafbaren Handlungen dazu führen, daß auch die verschiedenen Werte der angegriffenen Güter gradatim beim Strafübel abstufbar werden. In einigen Fällen, so namentlich bei Beschädigung von Gegenständen, bei Ehrverletzungen, Freiheitsberaubungen usw. kann in primitiven Kulturzuständen das Interesse der Rechtsordnung an dem Nichtgeschehen solcher Delikte durch eine Talionsstrafe sogar leidlich befriedigt werden. Denn sie nützt insofern, als sie dem Bestraften wie den Übrigen aufzeigt, daß von einer Normübertretung nicht nur kein Vorteilsüberschuß, sondern eine ebenso große Unlustempfindung zu erwarten steht, wie sie der Bestrafte seinerzeit hervorgerufen hatte, und daß diese Unlustempfindung außerdem verstärkt wird durch die Unannehmlichkeiten eines peinlichen Verfahrens und den Schimpf, der demselben anhaftet.

Der nach verschiedenen Richtungen unzulängliche und verfehlte Talionsgedanke, von welchem noch Kant stark beein-

(1889), Bd. 2 (1891), Bd. 3 Abt. 1 (1895) sorgsam zusammengetragen sind. Bei Günther erschöpft sich der Vergeltungsbegriff im wesentlichen in der materiellen Talion und der sog. analogen Talion, sowie in talionsverwandten Maßnahmen. Von dieser Auffassung ist aber die neuere Zeit abgekommen. Umgekehrt Günther, Vorwort zu Bd. 3 S. XX. Vgl. dagegen aber das oben unter II bei der Begriffsbestimmung der Vergeltung Ausgeführte.

flußt war¹⁾, hat andererseits auch einen Fortschritt für die Gewinnung eines nützlichen Maßstabs in der Vergeltung zur Folge gehabt. Wie man schon früher erkannt hatte²⁾, daß die generell zu vermutenden nützlichen Wirkungen der Strafe auf den Verbrecher wie auf die übrige Gesellschaft als Gegenwert, also als ein Faktor bei Bemessung der Strafgröße zu berücksichtigen sei³⁾, so erfaßte man jetzt grundsätzlich auch den komplementären, anderen Faktor, daß jener erhoffte Gegenwert, den die Strafe gewähren kann, einen entsprechenden Wert des Unrechts (d. h. der strafbaren Handlung) für die Interessen der Rechtsordnung zur Voraussetzung haben muß. Mit anderen Worten: man verlangte prinzipiell, daß in den Augen eines objektiven Beurteilers die Strafe nicht etwa ihrer möglichen, nützlichen Wirkungen wegen ein größeres Übel darstellen dürfe, wie das Übel war, als welches die schuldhafte Normübertretung nach jenem objektiven Maßstabe erscheint⁴⁾.

1) Vgl. *Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre* 1797 = *Metaphysik der Sitten* 1. Tl. S. 173 f.

2) Vgl. darüber, daß unter den Strafrechtstheorien der neueren Zeit die relativen den absoluten vorausgingen, auch Henke, *Hdb.* Bd. 1 S. 53.

3) Hauptsächlich die Abschreckung war dabei im Vordergrunde gestanden. Vgl. z. B. Gmelin, *Grunds. der Gesetzgebung über Verbr.* 1785 S. 12. Auch Feuerbach, dessen *Neue Revision* allerdings erst nach jener Kantschen Schrift, nämlich 1799, erschien, stand noch auf diesem Standpunkt. Daß er übrigens manchmal in Gedankengänge der analogen Talion geriet, haben R. Schmidt, *Aufg. d. Strafrpfl.* S. 28 f. und L. Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung* Bd. 3 Abt. 1 S. 144 f. dargetan.

4) Vgl. Köstlin, *System* Bd. 1 S. 413 f., Merkel, *Lehrb.* S. 196, Hälschner, *Gem. deutsch. Strafr.* Bd. 1 S. 572, Birkmeyer, *Goldd. Arch.* Bd. 48 S. 78, dens., *Strafe u. sichernde Maßn.* S. 13 zu N. 54, *Binding*, *Grdr.* 7. Aufl. S. 234, 235.

Vielfach hat man diese Abstufung des Interesses der staatlich organisierten Gemeinschaft an dem Unterbleiben irgend-einer Normübertretung nur tastend und unsicher vorgenommen und jenes Interesse nur abgeschätzt nach dem praktischen Werte der einzelnen Strafarten und Strafgrößen. Man hat sich, soweit man hierdurch keine Klarheit gewann, an die Tradition gehalten, welche immerhin breiten Massen des Volkes als entsprechende Ausgleichung erscheinen konnte und die abschreckende Kraft der Strafe als nützliche materielle Wirkung bis zu einem gewissen Grade beibehielt. Aber während es in abstracto ohne die Grundlage der jeweiligen Bedürfnisse eines konkreten Volkes und des darauf aufgebauten Gemeinwesens sowie des jeweiligen Volkscharakters, eine unlösbare Aufgabe ist, zu einer praktisch für den Staat wertvollen Ausgleichung durch Aufstellung von Strafgrößen für die verschiedenen Delikte zu gelangen, ist diese Aufgabe schon erheblich erleichtert, wenn man als Anhaltspunkt die im Volke jeweils verbreiteten Wertanschauungen zu Rate zieht¹⁾. Tatsächlich wird wohl bei keinem neueren Strafgesetzbuch ohne Berücksichtigung der Volksanschauungen, ob dieses oder jenes Delikt eine stärkere oder schwächere, eine so geartete oder eine andere

¹⁾ Daß das Maß des Übels, welches zur Ausgleichung für eine bestimmte Deliktsart oder Deliktsgattung zu wählen ist, nicht für alle Zeiten gleich bleibt, sondern von dem Wechsel der maßgebenden Anschauungen abhängt, hat die Vergeltungstheorie nicht verkannt. Andeutungen darüber enthält bereits Henke, Hdb. Bd. 1 S. 497—498. Außerdem ist insbes. zu vgl.: A b e g g, Lehrb. S. 74, Hä l s c h n e r, Gem. dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 568, H. M e y e r, Die Willensfreiheit u. d. Strafr. 1890 S. 21, M e y e r - A l l f e l d, Lehrb. S. 33 N. 17, O e t k e r, Strafe u. Lohn S. 12 u. 15.

Reaktion erheische, das Strafmaß lediglich aus rein abstrakten oder aus willkürlichen Gesichtspunkten heraus bestimmt worden sein. Manche Vorwürfe gegen unser Strafsystem, das zwecklos und ziellos sei, fallen damit dahin. Auf was beruhen nun aber die Wertanschauungen, die namentlich unter den Gebildeten des Volkes verbreitet sind? Auf einem Schatz von Erfahrungen des Lebens über manche psychologische Unterschiede der Schuld, über die Gefährlichkeit der Delikte, über die Wichtigkeit ihrer Unterdrückung, über die durchschnittliche Eindrucksfähigkeit der Strafen. In manchen Fällen tritt hierzu dann noch das besondere Interesse des Gesetzgebers (das mit den Volksanschauungen nicht zu identifizieren ist) an der Unterdrückung dieser oder jener Handlung. Z. B. je nach der Sicherheit des Bestandes der Verfassung wird er manche Bestrebungen, die bestehende Staatsform zu ändern, als für ihn gefährlicher oder ungefährlicher ansehen können¹⁾. Die Nachprüfung der zahlreichen Werturteile, die dabei gefällt wurden, die Aufweisung der Lücken, in beschränktem Maße auch die Prüfung, ob die Werturteile auf Voraussetzungen beruhen, die den Tatsachen entsprechen, ist Aufgabe der Systematik und Dogmatik des Rechts. Und dieser Aufgabe hat sich die Strafrechtswissenschaft mit großer Gründlichkeit und Exaktheit,

¹⁾ Beispiele von Delikten, bez. deren allgemeine Werturteile im Volke sicher verbreitet sind, finden sich bei Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 7, O e t k e r, Strafe und Lohn S. 12 u. 15, M e r k e l, Lehrb. S. 198, 199. Soweit die Volksanschauung nur innerhalb bestimmter Grenzen Werturteile bildet, ist es Aufgabe der Sachverständigen, sie näher zu bestimmen. Über die Forderung der Aufstellung von leitenden Grundsätzen der Strafzumessung im Gesetz ist im Texte näher zu handeln.

namentlich seit Erlaß des einheitlich neuen Straftgesetzbuchs unterzogen¹⁾). Hiermit kommen wir zu dem ergänzenden Faktor gegenüber den Wertanschauungen des Volkes.

Der Gesetzgeber ist bei seiner Festsetzung der Strafgrößen nicht selten in der Lage, die Werturteile durch sachverständige Kritiker auf ihre Stichhaltigkeit prüfen zu lassen. Die Frage, welches praktische Interesse er an dem Unterbleiben der verschiedenen Delikte hat, ist danach für ihn durchaus nicht unlösbar. Sie ist auch nicht gleichbedeutend mit der Frage nach der Wahrscheinlichkeit einer Wiederbegehung der einzelnen Delikte. Jenes Interesse an dem Unterbleiben bildet für den Gesetzgeber die maßgebende, oberste Grenze für die Abstufungen der Strafen. Erfahrungsgemäß wird er z. B. bei Beleidigungen, bei leichten, einfachen Körperverletzungen, bei Nötigungen ein relativ geringfügig bleibendes Interesse an dem Nichtgeschehen der einzelnen Handlungen haben, auch wo Wiederholung wahrscheinlich zu befürchten sein sollte. Bei manchen Delikten wird er je nach der Staatsverfassung vielleicht ein erheblicheres Interesse haben, (z. B. an dem Unterbleiben von Nötigungen Arbeitswilliger) aber die große Menge des Volkes bzw. seiner Vertreter wird einer mildereren Auffassung huldigen, wobei dann kompromißweise das Interesse der All-

¹⁾ Treffend bemerkt R. Schmidt, Aufg. d. Strafrpfl. S. 116: „Unausgesetzt befindet sich die öffentliche Meinung in der Tätigkeit der Vergleichung zwischen den verschiedenen Strafen der verschiedenen Delikte“. Man könnte hinzufügen: in dem besonderen Teile der Straftgesetzbücher der verschiedenen Perioden findet sich das Ergebnis der jeweiligen allgemeinen Bewertung des Unrechts dargelegt, soweit der betreffende Gesetzgeber sich im Einklang mit den Werturteilen seines Volkes befindet.

gemeinheit an dem Unterbleiben sich in einer gewissen Mittellinie halten wird.

Hiermit sollen die Erwägungen des Gesetzgebers nicht etwa erschöpfend aufgezählt sein. Dergleichen wäre nur bei Darstellung der einzelnen Delikte des Strafrechts denkbar. Für den Gesetzgeber kommt z. B. auch in Betracht, welches Interesse er an der Erhaltung der Arbeitskraft und sonstiger vorteilhafter Eigenschaften der Normübertreter hat¹⁾. Er wird auch das weitere Interesse, welches die Strafgröße einschränken kann, berücksichtigen müssen, nämlich die Erhaltung und Gewinnung politisch zuverlässiger Untertanen. Letzteres wäre mit willkürlichen oder drakonischen Maßregeln nicht zu erreichen.

Unleugbar wirken nun bei einigermaßen prompter Justiz Strafübhel, wenn sie nicht zu sehr überspannt werden, sowohl durch ihre Androhung wie durch ihren Vollzug in erheblichem Maße präventiv. Sie wirken in ihrer Gesamtheit außerdem sehr förderlich auf das Gefühl der Sicherheit derer, welche ohnehin nicht abschreckungsbedürftig sind, sowie auf das Interesse derselben an der Erhaltung der betreffenden Staatsordnung²⁾. An der Hand der geschichtlichen Erfahrung ergibt sich damit die Zufügung von Übeln in verschiedener Gestalt als nützlich-Ausgleichsmittel. Irrig wäre die Annahme, daß die Werturteile nur auf die Größe, nicht aber auch auf die Art der Strafen sich erstrecken könnten. Sie treten insbesondere allen

¹⁾ Vgl. Hoegel, Verhandl. d. 28. Juristentags Bd. 3 S. 399.

²⁾ Vgl. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 19, dens., Ger. S. Bd. 67 S. 407, Oetker, Strafe und Lohn S. 18, auch Abegg, Die verschiedenen Strafrechtstheorien (1835) S. 66, 67.

Vorschlägen auf Wiedereinführung von Strafmitteln entgegen, welche unserem Kulturzustande und unserem humanitären Empfinden widersprechen¹⁾.

Die Ausgleichung vollzieht sich an der Hand dieser Wertfaktoren in der Weise, daß das bestimmungsgemäße Übel, welches in den verschiedenen Strafmitteln und Strafgrößen mit verschiedener Durchschnittsstärke zum Ausdrucke kommt und danach auch eine verschiedene präventive Wirkung ausübt, nur in dem Maße verhängt wird, in welchem es der Resultante aus den gegeneinander abgewogenen Interessen entspricht.

Wenn und soweit uns die praktische Erfahrung, d. h. die Untersuchung der von früher her überlieferten Werturteile über die Bedürfnisse nach einer bestimmten Übelsgröße bei gewissen Handlungen im Stiche lassen sollte, ist es in einem konkreten Staatswesen unschwer, die geeignete Übelsgröße auf anderem Wege zu gewinnen. Und tatsächlich hat man bei Neuschaffung von Deliktstatbeständen diesen Weg auch gelegentlich einschlagen müssen. Man fragt: Ein wie großes Strafübel drückt wohl im Verhältnis zur festgesetzten Schwere bereits bestehender Delikte das Interesse der Rechtsordnung am Unterbleiben der Handlung ausreichend aus? Man kann dazu nötigenfalls Erwägungen etwa folgender Art anstellen: Berührt der Tatbestand das Staatsinteresse verhältnismäßig sehr erheblich? In welchem Verhältnis steht diese Erheblich-

¹⁾ Dazu gehört für deutsches Empfinden m. E. unbedingt die Forderung nach Einführung der Kastration oder doch der Entmannung, für welche P. Näcke, Arch. f. Krim. Anthropol. Bd. 3 S. 58, Lederer, ZStW. Bd. 28 S. 446 und Gennat, Das Strafsyst. u. seine Reform 1905 S. 90 eintreten.

keit zu der anderer Tatbestände? Ist die Zahl der voraussichtlich zu bestrafenden Personen eine so große, daß ihre Schädigung an Freiheit, Vermögen usw. dem Staat empfindliche Nachteile irgendwelcher Art, z. B. Verbitterung in weiten Volksschichten, Elend von Familien erzeugt? Ist ein Übel von dieser oder jener Größe ausreichend, um das Interesse des Staates am Unterbleiben des Delikts durch Abschreckung einer genügenden Anzahl von Personen und Schaffung hinreichenden Sicherheitsgefühls bei den rechtschaffenen Untertanen zur Geltung zu bringen neben den anderen Interessen des Staates, unnötige Straflasten zu sparen, unnötige Verbitterungen im Volke zu verhüten, unnötige Entziehung der persönlichen Freiheit, unnötigen Verlust verwendbarer Volksglieder zu vermeiden¹⁾? Ist auf diese Weise eine ungefähre Übelsgröße für

¹⁾ Richtig betont Oetker, Strafe und Lohn S. 18f., daß der Präventionszweck bei der Bemessung der Strafgröße nach dem Vergeltungsprinzip zu berücksichtigen sei, und bemerkt ausdrücklich: „Wer unbefangen das Wesen und die geschichtliche Entwicklung der Strafarten, besonders der Freiheitsstrafe, und ihre Verwendung für die verschiedenen Deliktgruppen erwägt, kann die Mitbeteiligung des Spezialpräventionszweckes bei ihrer Ausgestaltung nicht verkennen“. Dies ist schon eine ältere Lehre der Vergeltungstheorie. Vgl. Abegg, Lehrb. S. 75, ferner Geyer in v. Holtz. Rechtsenz. 5. Aufl. S. 914: „Die Qualität (scil. der Strafe) wird dann innerhalb jenes Prinzips bestimmt durch die Gesichtspunkte der Sicherung des Rechts und der Besserung des Verbrechers“. Die Formulierungen für die Berücksichtigung der relativen Strafzwecke bei Bemessung der Vergeltungsstrafen waren dabei verschieden und durchaus nicht sämtlich einwandfrei. Aber das Prinzip der Mitberücksichtigung ist richtig erkannt worden. Vgl. z. B. Köstlin, System Bd. 1 S. 414, Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 43, Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 35 Nr. 21, wohl auch Schütze, Lehrb. S. 40.

das betreffende Unrecht ermittelt, so ist zugleich wohl fast ausnahmslos auch ein Strafmittel, welches ihr entspricht, sowie ein passender Strafraum für die innerhalb der Deliktsart variierenden Schuldgrößen gefunden. Verfehlt wäre es, im Gesetze nur eine Umgrenzung der Übelsgröße nach oben vorzunehmen. Wenn ein Tatbestand schwerere Schuldmerkmale enthält und einen schädlicheren Erfolg darstellt, kann es von vornherein ganz ausgeschlossen sein, daß die Erfüllung des Tatbestandes seitens eines zurechnungsfähigen Menschen mit der geringsten Übelsgröße aller Straforten anhebt. Man braucht dabei nicht etwa bloß an die besonders schweren Tatbestände, wie z. B. Raub unter Marterung, gewaltsame Losreißung von Bundesgebiet, Schändung, Richterbestechung zu denken, um zu erkennen, wie verfehlt es ist, einen völligen Verzicht des Gesetzgebers auf Bewertung der Minimalbedeutung des Deliktes, also eine Abschaffung der Strafminima zu verlangen. Die Zulassung auch nur der entfernten Möglichkeit von 1 Mark Geldstrafe als Strafe für manche qualifizierte Deliktstatbestände (z. B. bei Meineid oder gewissen Rückfällen) wäre ein vollendeter Hohn auf die Justiz. Zu weite Strafraum erschweren außerdem unnötig die Möglichkeit für den Richter, die Wertschätzung des Gesetzgebers für die einzelnen Delikte, sowie überhaupt die Bedeutung des konkreten Unrechtes nach den geläuterten Werturteilen zu erkennen¹⁾.

1) Vgl. über die Begrenzung der richterlichen Strafzumessung Birkmeyer, *Goldt. Arch.* Bd. 48 S. 76 u. zu N. 82, Kahl, *Verhandl. des 26. Juristentags* Bd. 3 S. 236, v. Bar, *Die Reform des Strafr.* S. 20, R. Schmidt, *Aufg. d. Strafrpfl.* S. 309. Weitere Literatur bei Finger, *Verhandl. des 29. Juristentags* Bd. 2 S. 86.

Innerhalb der für entsprechend erachteten Übelsgröße kann der Gesetzgeber bei der Strafort und dem Strafvollzug sonstigen Nützlichkeitsabwägungen, die bei Umgrenzung der Übelsgröße nur als Einzelemente der Deliktsbewertung eine dem Gesamtwerte untergeordnete Rolle spielen konnten, manchen Spielraum gewähren. Soweit z. B. eine psychische Veranlagung innerhalb des durch vernünftige Kombination aller Bedürfnisse ermittelten Wertbetrags der zu fordernden Strafe ohne besonderen Übelszusatz während der Verbüßung mitbekämpft werden kann, ist dies der Vergeltungstheorie, die dem Staate keinen mit ihr verträglichen Nutzen entgegen lassen möchte, nur willkommen. In der Tat gestatten verschiedene Strafmittel, namentlich aber die Freiheitsstrafen, mancherlei Formen des Strafvollzugs. Besonders bei den letzteren ist, wie allgemein bekannt, auch die Möglichkeit vorhanden, sie in weitgehendem Maße anderweitig Staatsinteresse nutzbar zu machen. Wie daher seit langem auch Anhänger der Vergeltungsstrafe für Verbesserungen des Strafvollzugs eingetreten sind¹⁾, so halten sie es auch für wünschenswert, daß längere Strafen möglichst dem Erziehungszweck dienstbar gemacht werden²⁾.

1) Vgl. z. B. Berner, *Lehrb.* § 96, Merkel *Lehrb.* S. 217 mit 220, Wach, *Die Reform der Freiheitsstrafe* S. 6 f., Peterson, *Goldt. Arch.* Bd. 50 S. 272, H. Meyer, *Lehrb.* 5. Aufl. S. 38 f., 364 f. — v. Bar, der, obwohl nicht Bekenner der Vergeltungstheorie, deren Konsequenzen nahe steht, bemerkt in den *Probl. des Strafr.* 1896 S. 16, daß der Kampf um ein Strafvollzugsgesetz bereits ein Vierteljahrhundert dauere. — *Vorschläge zur Verbesserung des Strafvollzugs* enthält auch Geyer, *Kleinere Schriften* S. 434 f.

2) Vgl. die in vor. Anm. Genannten außer v. Bar u. Geyer, welcher letzterer sich, wenn auch nicht ablehnend, so doch (*Grdr.* Bd. 1 S. 146 unter II) zurückhaltender äußert.

Daß längere Freiheitsstrafen dem Zweck der Unschädlichmachung für die Zeit der Einsperrung dienen, ist ohne weiteres einleuchtend. Dementsprechend sind denn auch bereits vor dem Aufkommen der neuen Richtung mannigfache Versuche gemacht worden, die zu längerer Strafe Verurteilten einer erziehlichen Behandlung zu unterwerfen, die Jugendlichen wie die Erwachsenen. Man hat sie auch gegenüber solchen gemacht, die von vornherein wenig Besserung versprochen. Solange auch nur ein bescheidener Erfolg möglich erscheint und auch dieser nur mit geringer Wahrscheinlichkeit, sollte man auch künftig von Besserungsversuchen bei längeren Strafen nicht absehen, da man vorläufig zu wenig sichere Mittel zur Erkenntnis der menschlichen Psyche besitzt. Auch dem Gedanken, bei kürzeren Freiheitsstrafen, bei denen man für die Erziehung zu wenig Zeit hat, dem Abschreckungszweck größeren Raum zu gestatten, steht die Vergeltungstheorie nicht ablehnend gegenüber. Sie begrüßt jede Verbesserung des Strafsystems, welche unter Beibehaltung der Verhältnismäßigkeit zwischen Unrecht und Übelsgröße, außerdem noch nützliche Einwirkung auf den Verbrecher und die Außenwelt (z. B. möglichste Schonung der nichtschuldigen Angehörigen) mit sich bringt.

5. Dem Wesen der Vergeltung entspricht es ferner, daß sie bei der Bestrafung der einzelnen Täterhandlungen lediglich in die Vergangenheit blickt, d. h., daß sie den Täter abgeurteilt wissen will lediglich nach dem Werte seiner begangenen, strafbaren Handlung¹⁾.

¹⁾ Vgl. Abegg, Lehrb. (1836) S. 73: „Die Strafe als der Schuld entsprechend und notwendig durch sie hervorgerufen, bezieht sich also auf das Vergangene, den widerrechtlichen Willen, aber nicht

Es fragt sich, ob dieser Satz nicht dem oben ausgeführten Gedanken widerspricht, daß die Zwecke der Prävention, also namentlich der Spezialprävention innerhalb des weiteren Rahmens der Vergeltung mit zu berücksichtigen sind. Von vornherein leuchtet ein, daß die Berücksichtigung spezialpräventiver Zwecke, soweit sie den Übelscharakter der Strafe nicht ersichtlich verändern, völlig möglich bleibt, auch wenn die Strafart und Strafhöhe sich lediglich nach der vergangenen Tat richtet.

Aber auch für die Bestimmung des Strafrahmens durch den Gesetzgeber gilt der Satz, daß lediglich das Vergangene in Betracht komme. Zu den Elementen der Werturteile gehört neben der Wichtigkeit des Angriffsobjektes unter anderem auch der Grad der Rechtsfeindlichkeit einer bestimmten Gesinnung¹⁾. Eine in besonders rechtsfeindlicher Gesinnung verübte Tat wiegt, wie oben bereits erwähnt, unter sonst gleichen Verhältnissen für die Rechtsordnung schwerer als der Mangel solcher Gesinnung. Bei Bestimmung des Gegenwertes für die Verwirklichung eines deliktischen Tatbestandes kann der Gesetzgeber also fragen: Um wieviel wächst für die Rechtsordnung die Bedeutung dieses Deliktes (z. B. dieses Diebstahls, Hausfriedensbruchs, dieser Sachbeschädigung, Beleidigung), wenn es gewohnheitsmäßig oder im Rückfall begangen wurde? Nur eine andere Einkleidung des nämlichen Gedankens, nicht etwas Neues, ist es, da ja auch nach der Vergeltungstheorie die als solchen, sondern wie dieser sich in der verbrecherischen Tat bezeugt hat, also auf die Handlung, nicht auf etwas Künftiges z. B. die Zuvorkommung, Besserung usw.“. Im gleichen Sinne Henke, Hdb. Bd. 1 S. 81 mit 491, Sontag, ZStW. Bd. 1 S. 498, Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 4 f., Beling, Grdz. 3. Aufl. S. 6.

¹⁾ Vgl. H. Meyer, Lehrb. S. 40 Nr. 29.

Strafe einen Gegenwert bieten soll, wenn man sagt: mit wieviel Strafe werden wir dem Umstande gerecht, daß der Täter bei diesem harmloseren oder schlimmeren Delikt gewohnheitsmäßig handelt? Der Gegensatz zur Theorie der Spezialprävention liegt hier vielmehr einmal darin, daß die Frage der Rechtsfeindlichkeit der Gesinnung innerhalb anderer Erwägungen nicht vorherrscht, sondern daß vernunftgemäß¹⁾ die verschiedenen Interessen der Rechtsordnung hinsichtlich des dem Delikte beizulegenden Gewichtes miteinander zu vergleichen sind. Dabei dürfte die Bedeutung des Angriffsobjektes eine größere Rolle für die Begrenzung des Strafrahmens nach oben spielen, als die Bedeutung der Gesinnung. Wer rückfällig und gewohnheitsmäßig eine Polizeiübertretung oder ein leichtes Vergehen verübt, gehört nicht auf Jahre ins Gefängnis. Gerade die Polizeiübertretungen und die für sie vorgeschlagenen Vorschriften zeigen, daß es bei gleicher Schuldform in erster Linie auf die Bewertung der Angriffsobjekte und Ausführungsformen ankommt. Und es gibt sehr viele Bewertungsstufen je nach der Bedeutung des Angriffsobjekts, nicht nur die Stufen Polizeiunrecht und Kriminalunrecht. — Der Gegensatz zur Spezialpräventionstheorie liegt ferner darin, daß die Gesinnung nur in derjenigen Intensität und nur in derjenigen Form bei der Bewertung des Deliktes durch die Strafe mit in die Wagschale fällt, in welcher sie bei der verbotenen Ausführungshandlung mitspielt²⁾.

1) Natürlich wären mathematische Berechnungen hier verkehrt.

2) Es erscheint demnach als verfehlt, wenn Tesař, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens S. 3, 191 f., die Bewertung deliktischen Handelns nur entweder nach dem (durch den

Die nach der Tat, also während einer Periode, während deren das Delikt sich nicht fortsetzt, privatum weiter gehegte Gesinnung ist ebenso frei von Bestrafung wie die Gesinnung anderer Menschen, die sich überhaupt nicht strafbar gemacht haben.

Den vorstehenden Ausführungen gemäß rechtfertigt es sich auch nach dem Vergeltungsgedanken, daß der Gesetzgeber erhebliche Rücksicht auf den Grad der betätigten Gesinnung bei Bewertung der Deliktsbedeutung nimmt¹⁾.

Willen) Verursachten oder nach der in der Tat enthüllten Gesinnung zuläßt und die erstere Alternative an dem Fehlen eines besonderen Willensvermögens scheitern läßt. Allein ein in viel intensiverem Maße vorhandener feindlicher Wille kann sich in relativ sehr bescheidenem Maße in die Tat umgesetzt haben. Außerdem kann man eine begleitende Absicht oder Vorstellung, auch soweit sie noch nicht kausal war, je nach dem Grade ihres Vorhandenseins, im Augenblick bestimmter deliktischer Tätigkeit sehr wohl isoliert würdigen, z. B. die Absicht, nötigenfalls von einer Waffe Gebrauch zu machen, das Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit. — Wenn wir uns nun aber in der Regel bei der Deliktsbewertung an die Bedeutung des vom Willen Verursachten halten, so geschieht dies, weil nicht der Wille ohne Tat Gegenstand des Verbotes ist, weil ferner für das Gros der Fälle zwar aus der Tat das Vorhandengewesensein eines Willens von bestimmter Art und Stärke erkannt werden kann, nicht aber beim Fehlen neuer Betätigung das Maß der etwaigen Fortexistenz desselben und weil endlich der Wille (z. B. die Wiederholungsabsicht) nicht den einzigen Bewertungsfaktor für die Staatsbedürfnisse angesichts eines Delikts darstellt.

1) Verfehlt wäre es, eine Schlußfolgerung aus späterer Gesinnung auf den Grad der mit der strafbaren Handlung betätigten Gesinnung ohne weiteres als zulässig zu erachten. Die Gesinnung kann sich auch erst nach der Tat verstärkt oder abgeschwächt haben, außerdem ist die durch eine strafbare Handlung betätigte Gesinnung in ihren Eigenschaften viel sicherer zu erkennen, wie die sich nicht be-

Wenn das Ergebnis dieser Wertung des Gesetzgebers durch einen bestimmten Strafraum ausgedrückt ist, so erwartet der Vergeltungsgedanke, daß der Richter in erster Linie darauf blicke, was nach Auffassung des Gesetzes dem Delikte seine spezielle Bedeutung verleiht, m. a. W. wie das Gesetz die einzelnen subjektiven und objektiven Deliktsmerkmale ihrer Bedeutung nach eingeschätzt wissen will. Der Richter hat also nicht mehr die gleiche Aufgabe einer selbständigen Abschätzung des Deliktes, im Verhältnis zu anderen Delikten, wie sie dem Gesetzgeber oblag. Sondern er hat innerhalb der ihm belassenen Bewegungsfreiheit in erster Linie zu bemessen, in welchem Intensitätsgrade die einzelnen Tatbestandsmerkmale vorliegen, z. B. ob der Schaden besonders groß, ob der Angriff besonders stark war, ob das betätigte Merkmal der Gewohnheitsmäßigkeit beim Täter besonders eingewurzelt erscheint, ob die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils besonders deutlich vor aller Augen liegt. Allgemeine Strafzumessungsgründe hat der Richter ebenfalls zu berücksichtigen, z. B. das mehr oder weniger verwerfliche Motiv des Täters, seine Rückfälligkeit in ein gleichartiges Verbrechen¹⁾. Zu berücksichtigen sind auch Erwägungen,

tätigende verbrecherische Gesinnung. Daher ist z. B. für die Gesinnung eines Rückfälligen das Hauptgewicht auf die Art der Begehung der Vordelikte und des nunmehr zu strafenden Rückfallsdelikts zu legen.

¹⁾ Im Interesse einer Anleitung des Richters spricht sich der Gesetzgeber im allgemeinen Teil wohl zweckmäßig über einige Hauptgesichtspunkte der Strafzumessung aus, deren Berücksichtigung erfordert. Sehr beachtlich hierüber Hoegel, Ger. S. Bd. 71 S. 394. Eine ziffermäßige, formalistische Abwägung derselben in bezug auf den Grad ihres Einflusses hat der Gesetzgeber zu unterlassen.

die den Gesetzgeber unausgesprochen wahrscheinlich bei der Bestimmung des konkreten Strafraums mitgeleitet haben, z. B. die etwaige besondere Bedrängnis des Täters, das besondere Schutzbedürfnis des Verletzten. Während der Gesetzgeber bei Festsetzung des Strafraums der Delikte die subjektive Seite des Verbrechens (also namentlich die verschiedenen Charaktereigenschaften und Gesinnungen des Täters) in ihrer wirklichen Bedeutung für die Rechtsordnung mit in die Waagschale zu den übrigen Bewertungsgesichtspunkten zu werfen hat, um das Maß des Bedürfnisses zu finden, durch Strafen jenen subjektiven Eigenschaften entgegenzutreten, hat der Richter bei Ausmessung der konkreten Strafe korrekter Weise nur zu fragen: In welchem Verhältnis steht wohl die konkrete, betätigte Gesinnung zu dem vom Gesetz anerkannten Bedürfnis nach Würdigung dieser Gesinnung, wenn sie in den stärksten oder schwächsten Graden, mit denen man zu rechnen pflegt, aufgetreten wäre. Erst wenn der Richter auf diese Weise zu keinem Anhaltspunkte kommt, wird er zu selbständiger Würdigung der betreffenden betätigten Gesinnung in ihrem Verhältnis zu anderen Strafzumessungsfaktoren übergehen dürfen¹⁾. Soweit der Richter keine Gründe für eine Abweichung von der bisherigen Wertung finden kann, darf er sich an die bisherige Praxis halten. Da der Richter, wie schon vorher der Gesetzgeber, das Bedürfnis

¹⁾ Z. B. dürfte der Richter nach der Tendenz des StGB. nicht etwa bei jedem Delikte, bei welchem Gewohnheitsmäßigkeit im gesetzlichen Tatbestand nicht erwähnt ist, die gewohnheitsmäßige Begehung mit Rücksicht auf die Rückfallsgefahr zum Anlaß nehmen, um allein deswegen eine dem Strafmaximum nahe Strafe auszusprechen, wenn die übrigen Bewertungsmerkmale das Delikt nur als ein relativ geringfügiges erscheinen lassen.

nach Bekämpfung der Gesinnung nur nach der Art und Stärke der rechtsfeindlichen Gesinnung, welche bei der Tat vorlag, zu bewerten hat, und da jenes Bedürfnis auch nur neben anderen staatlichen Bedürfnissen eine verhältnismäßige Berücksichtigung in der vergeltenden Strafe beanspruchen kann, kommt diese ganze Beurteilungsweise auf das gleiche heraus, wie wenn man etwa die Formel annimmt: der Richter habe bei der Strafzumessung die Tat zu würdigen nach der Bedeutung des Angriffsobjekts, sowie nach der Schwere der bei dem Angriff betätigten Schuld. Dagegen darf vom Vergeltungsstandpunkte aus der Richter nicht etwa argumentieren: „die und die Gesinnung war beim Täter vorhanden und ist jetzt zur Zeit der Urteilsfällung in der und der Stärke anzunehmen. Deshalb müssen wir diese Gesinnung durch eine ihrem jetzigen Inhalt entsprechende, längere Erziehungs- Besserungs- oder Sicherungsstrafe entfernen, gleichviel wie hoch der sonstige Wert des Deliktes war“. Er darf auch nicht etwa argumentieren: „die und die in der Tat betätigte Gesinnung ist infolge ihrer Betätigung einem Anspruch der Rechtsgenossen auf ihre vollständige Beseitigung verfallen. Es dürfen daher zu diesem Zweck auch einschneidende Erziehungsmaßregeln angewendet werden, gleichviel was sonst die Bedeutung des Deliktes und des Täters für die Rechtsordnung sein mag“. Selbst wenn man berücksichtigt, daß der Richter mit solchen Erwägungen ja nicht den gesetzlichen Strafrahmen überschreiten darf, bleiben diese Erwägungen vom Vergeltungsstandpunkte aus unbedingt verfehlt¹⁾.

¹⁾ Zu weit geht aber wohl Schütze, Lehrb. S. 40, der dem Richter im Gegensatz zum Gesetzgeber jede Rücksichtnahme auf präventive

Die Vergeltungstheorie verwahrt sich also entschieden gegen eine Strafschärfung, die nicht mehr gerechtfertigt wird durch den Grad der, bei der strafbaren Handlung betätigten, schuldhaften Willensrichtung, auch wenn eine solche Strafschärfung vielleicht in bestimmter Richtung (nämlich in der Richtung der Spezialprävention) nützliche Erfolge haben könnte. Sie sagt: Nur das, was der Täter verdient hat, und zwar nur das, was im Rahmen einer vergangenen Tat von bestimmter Bedeutung liegt, kann dem Täter durch die Strafe aufgerechnet werden, und nur soweit die so bemessene Strafe es zuläßt, mag ohne Übelsschärfung ein weiterer Präventionszweck zugleich mit ihr betrieben werden¹⁾. Aber über die Wertung des Vergangenen hinaus darf mit Rücksicht auf fortbestehende (künftige) Gefährlichkeit nicht gestraft werden. In diesem Sinne besteht ein unleugbarer Gegensatz zwischen dem Strafen: quia peccatum est und dem Strafen: ne peccetur²⁾. Die Frage, inwieweit Zwecke abzusprechen scheint, und zwar auch so weit, als dieselben Bestandteile des Vergeltungsmaßes werden, welches der Gesetzgeber eingehalten wissen will.

¹⁾ Zugegeben ist, daß Abegg, Lehrb. S. 75, Berner, Lehrb. S. 8, Bierling, Jurist. Prinzipienlehre Bd. 3 S. 387, Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 4, Hälschner, Bd. 1 S. 573, Köstlin, Syst. Bd. 1 S. 414 u. Ullmann, Ger. S. Bd. 38 S. 34f., welche sämtlich die Mitberücksichtigung relativer Strafzwecke in Unterordnung unter den Vergeltungsgedanken andeuten, sich nicht näher über die mehrfache Art der Berücksichtigung äußern. Aber daraus folgt, wie im Texte gezeigt, mitnichten, daß die Vergeltungsidee außerstande wäre, die Art der Berücksichtigung näher zu spezialisieren, ohne zugleich etwas von ihren Prinzipien aufzugeben.

²⁾ A. M. v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 176, Merkel, Lehrb. S. 189, Liepmann, Einleitung in das Strafr. S. 201. Wenn die Genannten beides für keine Gegensätze halten, so deuten sie den Sinn um, in welchem

eine Bekämpfung der Gesinnung durch Zwangsmaßregeln nach verbüßter Strafe eintreten darf, gehört wohl noch zum Strafrecht als der nächstverwandten Materie, aber nicht mehr zum Bereich dessen, was die vergeltende Strafe umspannen will. Aber das Bedürfnis, das zu einer nach dem Vergeltungsgedanken ausgestalteten Strafe führt, nämlich das Bedürfnis der Gesellschaft nach einer ausgleichenden Berücksichtigung der

die Ausdrücke zur Gegenüberstellung der absoluten und der relativen Theorien vielfach verwendet werden. Vgl. z. B. Heinze in Holtz. Hdb. Bd. 1 S. 243, Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 6, Thomsen, Das deutsche Strafr. S. 25, 26, Beling, Grdz. S. 6, Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 10. Nicht darum handelt es sich bei den beiden Parömien aufzuzeigen, daß die Strafe an ein vergangenes Delikt anknüpfen muß, um dann künftige Zwecke verfolgen zu können. Daß vor einer Strafe abgewartet werden muß, bis eine Handlung zum mindesten versucht wurde, ist eine Forderung, für die es vorläufig kaum Gegner gibt, wenn auch die Gesinnungstrafe zu anderen Konsequenzen führen würde. Für die Festnagelung dieses Abwartens, das bisher als selbstverständlich galt, war das Wort *quia peccatum est* nicht geprägt. Auch nicht zum Nachweis, daß der Vergeltungsgedanke Zweckbeziehungen einschließt. In diesem Sinne kann man mit Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 13, sagen: *punitur, quia peccatum est ne peccetur*. Gemeint ist mit den beiden Parömien vielmehr die Gegenüberstellung zweier Rechtfertigungsgründe für die Größe einer Strafzufügung. Und da diese in untrennbarer Wechselbeziehung mit den Zwecken stehen, welche begriffswesentlich mit der Strafzufügung zu erstreben sind, sind damit auch zwei Arten der sog. Strafzwecke einander gegenübergestellt. Bei Bestimmung von Art und Größe der Strafe aber ist es nicht in allen Fällen gleichgültig, ob man das gesamte geläuterte Werturteil über die vergangene Tat zur Richtschnur nimmt oder z. B. die Möglichkeit, den Täter von der Neubegehung eines Delikts abzuhalten. Der Erste, welcher die Gegensätze *quia peccatum est* und *ne peccetur* durch Umdeutung aufheben wollte, war wohl Roeder in seiner Schrift: Die herrschenden Grundlehren vom Verbrechen und Strafe 1867 S. 95.

zum Teil divergierenden Staatsinteressen, kann auch hier dazu führen, daß gegenüber der einseitigen Verfolgung des Präventionszweckes ähnliche Begrenzungen und Rücksichtnahmen Platz greifen, wie wir sie auch bei Ausgestaltung der Strafe kennen gelernt haben.

Die Analyse des Satzes, daß die Vergeltung nur in die Vergangenheit blickt, hat zu folgenden Hauptergebnissen der Vergeltungsidee geführt, die hier noch einmal zusammengestellt sein mögen.

Der Gesetzgeber soll sich bei der Abschätzung der Delikte ihrem Werte nach und bei der Festsetzung der Strafsanktionen nicht nur leiten lassen von dem Gesichtspunkte der Verhütung einer Wiederholung. Er soll auch andere Gesichtspunkte (insbesondere die Bedeutung des Angriffsobjektes im Vergleich zu den strafweise entzogenen menschlichen Gütern, die Notwendigkeit ein Exempel zu statuieren und die gesetzestreuen Bürger zu beruhigen, die tunlichste Wahrung der Arbeitskräfte der Nation und die Schonung der bürgerlichen Freiheit, die Aufrechterhaltung der Familien, die Humanitätsgefühle des Zeitalters) in einem ihrer Bedeutung entsprechenden Maße heranziehen¹⁾.

¹⁾ Auch wo keine präventiven Zwecke im Einzelfall nachweislich sind, kann ein Vergeltungsbedürfnis aus der angestellten Wertgleichung sich ergeben mit Rücksicht auf das unter Nr. 6 zu besprechende Bedürfnis nach Gleichheit vor dem Gesetz. Wenn also einmal anzunehmen ist: der Täter bekommt nie wieder Gelegenheit zur Wiederholung (er ist etwa nach einem Amtsverbrechen entlassen worden und hat keine Aussicht wieder angestellt zu werden) und wenn in dem gegebenen Falle dritte Personen nicht abgeschreckt zu werden brauchen, weil das Delikt nicht ruchbar wurde, so kann doch Anlaß zur Bestra-

Der zur Anwendung des Vergeltungsgedankens verpflichtete Richter soll (wie übrigens auch vorher schon der Gesetzgeber) bei strafweiser Bekämpfung der subjektiven Gefährlichkeit des Täters, anders ausgedrückt, bei Bekämpfung der verbrecherischen Neigung des Täters (sei es zur Wiederholung desselben Deliktes, sei es zur Wiederbegehung von Delikten überhaupt) nur denjenigen Grad der verbrecherischen Neigung zugrunde legen, welcher bei Betätigung des konkreten Delikts zum Ausdruck kam¹⁾. Er darf die verbrecherische Neigung ferner nur in derjenigen Bedeutung berücksichtigen, die ihr neben den anderen für die verschiedene Schwere des betreffenden Delikts in Frage kommenden Bewertungsfaktoren beizulegen ist. Hierbei hat er in erster Linie auf den mutmaßlichen Willen des Gesetzes zu achten.

fung gegeben sein mit Rücksicht auf andere Täter, die, in gleicher Schuld befindlich, Strafe erleiden. Praktisch betrachtet, wird übrigens ein generalpräventiver Zweck sich fast immer herausstellen. Denn es läßt sich kaum je sagen, daß die grundsätzliche Nichtbestrafung von Delikten für den Fall ihres Unbekanntbleibens in der Öffentlichkeit und beseitigter Wiederholungsfahr keinem Menschen einen Anreiz geben könnte, gelegentlich der Rechtsordnung ebenfalls ein Schnippen zu schlagen.

¹⁾ Die Frage, ob der Richter eine nachträgliche Verringerung oder Beseitigung jener Neigung z. B. Reue beim Strafausmaß berücksichtigen darf, ist m. E. zu bejahen. Denn durch diese Gesinnungsänderung wird das Vergeltungsbedürfnis etwas gemindert. Eine nachträgliche Zunahme jener Neigung sollte dagegen nicht die sonst verdiente Strafe schärfen dürfen. Denn das wäre Strafbzusatz für eine Gesinnung, die wie jede andere bloße Gesinnung straffrei gehegt werden darf.

Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob es vom Vergeltungsstandpunkte aus überhaupt gerechtfertigt ist, die präventiven Zwecke beim Strafrahen und bei der richterlichen Strafzumessung mit zu berücksichtigen. Man könnte sagen: Die Schuld des Täters wird doch nicht dadurch größer, daß in manchen Zeiten und Orten ein stärkeres Bedürfnis nach Abschreckung der Übrigen, nach Verstärkung des Sicherheitsgefühls, nach Beseitigung dieser oder jener Gesinnung besteht. Daraus wäre dann die Folgerung ableitbar, der Täter habe es nicht verdient, daß man ihn hier als Prügeljungen für die wechselnden Bedürfnisse der Gesellschaft benütze, die ihm ja nicht vorher bekannt gewesen zu sein brauchen. Allein die Schuldhöhe bemißt sich richtiger Ansicht nach nur zu einem sehr bescheidenen Teil danach, ob der Täter auch die Rechtsfolgen seines Unrechts gekannt hat oder kennen mußte¹⁾. Wer daher das Unrechtmäßige seiner Handlung kannte oder kennen mußte, der muß auch stets riskieren, daß bei der Ausmessung der Strafgröße Werturteile über seine Tat mit in Betracht gezogen werden, deren Tragweite er im Voraus nicht voll zu überschauen vermochte²⁾.

¹⁾ Vgl. darüber Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum S. 118 f.

²⁾ Mit Recht hat daher das Reichsgericht I. Str. S. in einer Entsch. v. 23. März 1908 (Juristenztg. Bd. 13 S. 763, 764) erklärt, daß auch das Bedürfnis nach Abschreckung als Strafzumessungsgrund mit berücksichtigt werden dürfe. Der Irrtum des Täters über die zu erwartende Strafgröße steht einem rechtsgeschäftlichen Irrtum nicht gleich; er kann sich daher über unerwartet hohe Bewertung seines Unrechts nicht etwa beklagen wie über Irrtum bei Eingehung von Rechtsgeschäften, denn das Verbrechen ist kein Rechtsgeschäft mit dem Staat (vgl. Binding, Grdr. 7. Aufl. S. 229).

Bereits an dieser Stelle mag darauf hingewiesen werden, daß in vielen Fällen durch Urteile, die nach dem Vergeltungsprinzip gefällt werden, dem einseitigeren Bedürfnis nach Eliminierung der Gesinnung oder des Täters Rechnung getragen wird, in anderen Fällen jenes Bedürfnis wenigstens in weitgehendem Maße sich befriedigt erklären kann. Wer z. B. einen einfachen Raub begeht, ist nach der Wertung des Gesetzgebers ein schwerer Verbrecher, der durch seine Tat eine schwere Strafe verdient hat, die der Richter nach Vergeltungsgesichtspunkten im konkreten Falle vielleicht auf 10 Jahre Zuchthaus festsetzt. Hier kommt der Gesetzgeber zur Festsetzung seines Strafrahmens von 1—15 Jahren unter Mitberücksichtigung auch der Gesinnung des Räubers. Lebenslängliches Zuchthaus hat der Gesetzgeber aber ausgeschlossen, weil die Bedeutung des einfachen Raubes im Vergleich zu seinen geschärften Unterarten und zu anderen schwersten Verbrechen lebenslängliche Einsperrung doch nicht zu rechtfertigen scheint. Der Richter aber kommt zu den von ihm ausgesprochenen 10 Jahren unter Mitberücksichtigung der konkreten Gefährlichkeit des Täters, der mit Gesinnungen, wie sie mutmaßlich vorlagen, fremdes Gut gewaltsam wegnahm. Mit solcher Strafe ist dann die Unschädlichmachung auf 10 Jahre garantiert, die Besserung und Abschreckung während des Strafvollzugs ist offen gehalten. Denn die Übel, welche die Zuchthausstrafe mit sich bringt, lassen einen Strafvollzug zu, bei dem noch neben der Übelzufügung verschiedene andere Zwecke verfolgt werden können, um die Gesinnung des Verbrechers zu beseitigen. — In einem anderen Fall wird beispielsweise ein Dieb wegen Diebstahlvergehens zu 6 Monaten Gefängnis verurteilt. Was hier den

Gesetzgeber bestimmt hat, seinen Strafrahmen nicht über 5 Jahre Gefängnis auszudehnen, ist bei Herrschaft des Vergeltungsgedankens die Rücksicht auf andere Interessen der Rechtsordnung neben dem Interesse an der Verhütung von Wiederholungen. Der Richter kommt dann zu der Strafe von 6 Monaten ebenfalls unter Mitberücksichtigung der beim Diebstahl vorhanden gewesenen Gesinnung, aber unter Ausschluß einer nach der Tat sich offenbarenden oder fortsetzenden Gesinnung, und neben der Gesinnung berücksichtigt er beispielsweise den relativ geringen Wert des Gestohlenen, die besonders günstige Gelegenheit zum Diebstahl, die Verdorbenheit der Umgebung des Täters. Vom spezielleren Standpunkt der Verhütung einer Wiederholung aus könnte hier vielleicht eine Freiheitsstrafe von 1 Jahr angezeigt erscheinen. Aber wenigstens während des halben Jahres ist der Verurteilte unschädlich, seine Abschreckung könnte auch bei einer weit kürzeren Freiheitsstrafe versucht werden und selbst seine nachhaltige Besserung während dieses Zeitraumes erscheint durchschnittlich nicht ausgeschlossen¹⁾.

6. Die Vergeltung als Ausgleich verlangt nach Gleichheit vor dem Gesetz. Darin liegt die Tendenz, daß das Gesetz wegen eines Vergeltungsbedürfnisses, welches nach dem

¹⁾ Mit dem Vorgetragenen ergibt sich ohne weiteres, ob und inwieweit es richtig ist, wenn v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 175 erklärt, Repression und Prävention seien keine Gegensätze. So wie v. Liszt die Strafe nach dem leitenden Gesichtspunkte der Spezialprävention organisiert wissen will, kann gelegentlich auch ein recht weitgehender Gegensatz zu der repressiven Strafe entstehen. Vorausgesetzt ist dabei, daß man Repression im Sinne einer Bewertung des Unrechts, nach dem was vergangen ist, auffaßt.

Ergebnis der Werturteile über die Bedeutung einer Handlung übrig bleibt, nicht nur Strafe androhen soll, sondern daß es diese Strafe dann auch tunlichst gegen alle Normübertreter zur Anwendung bringen lasse¹⁾. Es liegt darin ferner die Tendenz, daß die Strafdrohung wie insbesondere auch die konkrete Strafe für die in gleicher Schuld befindlichen möglichst gleich ausfalle.

a) Die erstere Tendenz ist von mehreren Vertretern des Vergeltungsgedankens entschieden betont worden²⁾. Mit den

¹⁾ Dagegen verlangt die Vergeltung nicht — anders bekanntlich noch Kant — daß alles Unrecht mit Kriminalstrafen bedroht werde. Allerdings erleidet die Rechtsordnung durch jede schuldhafte Verletzung des Rechtswillens eine mindestens leicht empfindbare Störung, welche mit Rücksicht auf die zu wahrende Autorität des Rechtswillens ein Bedürfnis nach einer Reaktion auslöst. Aber nur da, wo nach den geläuterten Werturteilen andere Reaktionsmittel nicht genügen, wo also ein Bedürfnis nach Strafe die etwa kontrastierenden Bedürfnisse der Rechtsordnung (z. B. Vermeidung umständlicher und kostspieliger Strafrechtspflege, Schwierigkeit den Tatbestand genau zu umschreiben, unverhältnismäßige Belästigung der Staatsbürger im Verhältnis zur geringen, öffentlichen Bedeutung oder der geringen Schuldhaftigkeit des Unrechts) überragt, bleibt ein Vergeltungsbedürfnis übrig und drängt nach Befriedigung durch die Strafe. Gute Bemerkungen über die Frage, in welchen Fällen Übeltaten zu strafen seien, finden sich bei Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 76, 77. Darüber, daß das Strafen als eine Last für den Staat erscheint vgl. v. Bar, Probleme des Strafr. S. 14, Binding, Grdr. 7. Aufl. S. 233. — Über die nähere Rechtfertigung der Strafe vgl. unten unter III die Lehre von der Rechtfertigung des Vergeltungsgedankens.

²⁾ Vgl. z. B. Kant a. a. O. S. 173, Abegg, Lehrb. S. 56, Köstlin, System Bd. 1 S. 3, 386. Geyer in v. Holtz, Rechtsenz. 5. Aufl. S. 913, Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 31, Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67, S. 406, Finger, Verhandl. d. 29. Juristent. Bd. 2 S. 43, 44.

Begründungen, namentlich den älteren, wird man nicht völlig einverstanden sein, da das Vergeltungsbedürfnis z. T. so dargestellt wird, als ob alle schuldhaften Handlungen eine Bestrafung herausforderten. So weit geht allerdings das vom individuellen Rachegefühl zu trennende öffentliche Vergeltungsbedürfnis nicht. Es ist ferner zu beachten, daß das Vergeltungsbedürfnis zwar bei jedem Rechtsbruch, den das Gesetz, diesem Bedürfnis folgend, mit Strafe bedroht, im Interesse berechtigter Gleichheit prinzipiell auch Vollzug der Strafe will, daß es aber mit Rücksicht auf andere, in einem gegebenen Falle stärkere, Interessen des Staates, die bei der Bildung des Werturteils nicht in Betracht kamen, auf seine Befriedigung ganz oder teilweise verzichten kann¹⁾. Ein solcher Fall kann sich daraus ergeben, daß bei manchen Delikten die Berücksichtigung tätiger Reue vordringlich erscheint. Einen anderen Fall bildet die Zulassung der Begnadigung, welche etwa aus politischen Gründen erfolgt²⁾.

b) Die andere Tendenz bedeutet, daß die Strafe proportional der individuellen Schuld eines jeden ausgemessen werden soll³⁾. Dabei kommt es richtiger Ansicht nach nicht auf eine rein

¹⁾ Vgl. Merkel, Vergeltungsidee S. 27, H. Meyer, Die Willensfreiheit S. 21, Köhler, Reformfragen des Strafrechts S. 33.

²⁾ Verfehlt wäre es aber aus derartigem vereinzelt zurückstehen der Vergeltung zu folgern, daß sie ebenso auch hinter Interessen, die auf eine das Vergeltungsmaß überschreitende Strafe gerichtet sind, zurückzutreten habe. Es ist etwas anderes, auf einen bestehenden Anspruch zu verzichten und einem nicht bestehenden Anspruch zum Siege zu verhelfen. Vgl. dagegen auch Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 726.

³⁾ Vgl. z. B. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 14.

äußerliche Gleichheit an¹⁾. Auf der anderen Seite ist es un-
durchführbar, als Maßstab der Strafe diejenige Stärke des Übels
anzunehmen, welche der Täter im Einzelfall wirklich empfindet.
Der eine Verbrecher wird vielleicht zur inneren Gewissens-
beruhigung eine längere Freiheitsstrafe direkt ersehnen und
als Wohltat hinnehmen, während ein anderer die geringste kri-
minelle Verurteilung, sei es auch nur zu einer kleinen Geld-
oder Haftstrafe, als eine schwere Schande empfindet. Auf
solche rein subjektive Gefühle kann ein entscheidendes Ge-
wicht nicht gelegt werden. Es kommt vielmehr darauf an,
ob nach sachverständigem Urteil, also von einem objektiven
Standpunkte aus, das den Bestraften treffende Übel für diesen
ebenso viele reale (wenn auch nicht nur körperliche) Nachteile
bedeutet, wie ein anderes Übel für einen gleich schuldigen
Dritten, der in anderen Verhältnissen lebt. Das Zugeständnis,
daß bei der Unvollkommenheit unserer Mittel, alle Verhältnisse
eines Menschen exakt zu erkennen, einzelne Ungleichheiten un-
vermeidlich bleiben, überhebt uns nicht der Pflicht, sorgfäl-
tiger als bisher zu beachten, welchen relativ verschiedenen
Übelsgehalt eine bestimmte Straftart und -höhe für die einzelnen
Übeltäter auf Grund der Verschiedenheiten des Alters, der kör-
perlichen und geistigen Widerstandsfähigkeit, der gesellschaft-
lichen Gewöhnung, des Vermögens hat. Die Rücksicht auf
die individuelle Empfindlichkeit für ein Strafübel darf aber nicht
so weit getrieben werden, daß die formelle, äußere Ähnlichkeit

¹⁾ Vgl. z. B. die Bemerkungen von Birkmeyer, *Goldt. Arch.*
Bd. 48 S. 75 u. Köhler, *Reformfragen des Strafr.* S. 29 über die Be-
rücksichtigung des Vermögens bei künftiger Ausgestaltung der Geld-
strafen.

der Strafübel gänzlich darüber beiseite gestellt würde. Denn
für das Recht wie für Private bilden gewisse Straftarten und
Strafhöhen notwendigerweise Anhaltspunkte zu entsprechender
Weiterbehandlung (z. B. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte,
mehrjährige Freiheitsstrafe haben mancherlei Nachwirkungen
im bürgerlichen Leben). Den Strafausmessungsgründen kann
das Publikum nur selten auf den Grund gehen. Am richtig-
sten wird es da sein, einen Mittelweg zwischen sachlicher
und formeller Gleichbehandlung zu suchen. Bisher hat man
das ganze Problem überwiegend nur bei der Geldstrafe erörtert.

Die unter dieser Ziffer besprochene äußere Gleichheit der
Behandlung aller Rechtsgenossen durch Gesetz und Richter,
welche einen weiteren Inhalt des Vergeltungsgedankens bildet,
kann auch durch das Beiwort „gerecht“ außer Zweifel gestellt
werden¹⁾. In dieser Bedeutung könnte dann der an sich ziem-
lich schwer faßbare Begriff der Gerechtigkeit ein praktisch
wertvolles Epitheton zum Vergeltungsbegriff abgeben. Ebenso
auch dann, wenn man die Vergeltung nur unter der Voraus-
setzung eine gerechte nennt, daß die vom Gesetzgeber durch
die einzelnen Strafrahmen und die vom Richter durch die kon-
krete Strafzumessung vorgenommene Bewertung des Unrechts
sich in Übereinstimmung hält mit den geläuterten Werturteilen,
wie sie oben als zweckmäßige Grundlage der Bestrafung an-
gegeben wurden²⁾.

¹⁾ Vgl. z. B. v. Bar, *Hdb.* Bd. 1 S. 331: „Gerechtigkeit ist aber
immer vorhanden, wenn Gleiches gleich behandelt wird oder Gleiches
die gleichen Resultate hat“.

²⁾ So sagt z. B. van Calker, *Strfr. u. Ethik* 1897 S. 21: „Der Schuld
folgt die Strafe als gerechte Vergeltung, und zwar als gerechte Ver-
geltung, wenn die Strafe in ihrer Art und ihrem Maße der Größe des

Dagegen erscheint der Begriff der Gerechtigkeit an sich, d. h. ohne Anlehnung an irgendeine ihn spezialisierende Eigenschaft zu allgemein. Jedenfalls ist er viel allgemeiner und unsicherer als der der Vergeltung, wie dieser sich allmählich in bestimmter Richtung immer konkreter fortentwickelt hat. Der Gerechtigkeitsbegriff bedeutet überhaupt nicht für alle Lebensbedürfnisse das Gleiche¹⁾. Der Gerechtigkeitsbegriff für sich allein wird also kaum ein ebenso einheitliches Prinzip ausdrücken können als der Vergeltungsbegriff. Immerhin

in der Tat gegebenen Verschuldens entspricht“. Vgl. auch ebenda S. 23: „Die Strafe ist gerecht, wenn sie der Intensität der in der Tat gegebenen, verbrecherischen Gesinnung und damit der Tatsache des größeren oder geringeren Mangels an ethischen Motiven entsprechend Rechnung trägt“. Auch bei Birkmeyer, Goldt. Arch. Bd. 48 S. 46 wird die Vergeltung als gerechte nur dann anerkannt, wenn sie den im Volke herrschenden Werturteilen entspricht. Eines der Elemente des Gerechtigkeitsbegriffs bildet die Rücksichtnahme auf Werturteile auch bei Meyer-Altfeld, Lehrb. S. 13. Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 573 nennt gerecht eine Strafe, die sich im billig bemessenen Verhältnis aus dem durch die gesamten Kulturzustände des Zeitalters bestimmten u. bedingten Strafsysteme ergibt. In gleichem Sinne betont v. Bar, Probleme des Strafr. S. 10 den Zusammenhang zwischen Gerechtigkeitsgefühl und der Gleichartigkeit der Praxis.

¹⁾ Vgl. die verschiedenen Bedeutungen bei Gareis, Vom Begriff Gerechtigkeit 1907 S. 6 (mit 1) und S. 7 (mit 16 u. 18). Gareis unterscheidet nämlich eine rechtsanwendende Gerechtigkeit und eine rechtserzeugende Gerechtigkeit. Der Begriff der letzteren sei wieder verschieden im Völkerrecht, innerhalb des einzelnen Staates, innerhalb der Persönlichkeitssphäre. Innerhalb eines jeden Staates könne das Ideal der Gerechtigkeit nur liegen in der *salus publica*, im Lustgefühl des Gemeinwesens (S. 19). Wenn ich recht verstehe, liegt in letzterem eine Idee, die derjenigen der Übereinstimmung mit den herrschenden Werturteilen nahe verwandt ist.

wollen manche die Gerechtigkeit als oberstes Prinzip der Vergeltung gegenüberstellen¹⁾. Was ist danach Gerechtigkeit? Etwa die Notwendigkeit²⁾? Das wäre ein Gerechtigkeitsbegriff, der nur für das Strafrecht zusammengezimmert ist und schon beim „gerechten“ Strafrichter eine Umprägung zu erfahren hätte. Nie hat man es als gerecht bezeichnet, wenn ein Staat aus Notwendigkeit sich an den Gütern seiner Untertanen vergriffen hat, wenn er etwa seine Zahlungsverprechungen nicht hielt. Wohl entschuldigte man dergleichen zuweilen mit Recht als eine Notwendigkeit, aber es war Rechtsbruch, nicht etwa Gerechtigkeit! Geht man historisch zu Werke, so wird der Begriff der Gerechtigkeit als einer Notwendigkeit im Strafrecht schwer zu erweisen sein. Mehrfach wurde vielmehr die Idee der Gerechtigkeit als Grundlage der Strafe gerade für das typische Merkmal der absoluten Theorien erachtet³⁾. Verschiedene ältere und neuere Schriftsteller faßten die Gerechtigkeit

¹⁾ So vor allem H. Seuffert, ein neues Strafgesetzb. f. Deutschland S. 5, welcher auf die Frage, ob die Strafe der gerechten Vergeltung dienen soll, die Antwort gibt: „Gerecht — ja! Zur Vergeltung! — nein, dreimal nein!“ Ferner Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit S. 33 f.

²⁾ Dies meint u. a. Heimberger a. a. O. S. 34 ferner v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 161: „Die richtige, d. h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderten Strafmaßes“.

³⁾ Vgl. z. B. Marezoll, Kriminalrecht 1841 S. 7, Heffter, Strafr. 5. Aufl. 1854 S. 6 unten, aber auch S. 92, 93, wo er als gerecht die nach dem Grade der Schuld verdiente Strafe bezeichnet. Vgl. ferner die in der folgenden Anmerkung aufgeführten. — Zu den Vertretern einer absoluten Theorie werden sich aber Heimberger (vgl. z. B. a. a. O. S. 10) und H. Seuffert (vgl. z. B. a. a. O. S. 3) gewiß nicht rechnen.

als gleichbedeutend mit Vergeltung¹⁾ oder doch die Vergeltung als einen Ausschnitt der Gerechtigkeit²⁾. Das Verhältnis zwischen Vergeltung und Gerechtigkeit kommt im letzteren Fall allerdings nicht immer zu klarem Ausdruck. Es scheint, als wollten sie damit die Gerechtigkeit für ein ethisches, das ganze Rechtsleben beherrschendes Prinzip erklären, wovon die Vergeltung nur die Einzelanwendung für das Strafrecht darstellen würde³⁾. Die Gerechtigkeit ist danach soviel wie *aequitas*.

1) Richtig Heimberger a. a. O. S. 9, vgl. Kant a. a. O. S. 174, Köstlin, Neue Rev. S. 768, Hälschner, Gem. dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 563, wenn ich recht verstehe, auch Berner, Lehrb. S. 6, 7.

2) So Abegg, Lehrb. S. 73, Henke, Hdb. Bd. 1 S. 494, Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 4.

3) Ohne sich zu dem Vergeltungsstandpunkte zu bekennen, hält M. E. Mayer, Verhandl. d. 28. Juristent. Bd. 1 S. 163, 164 die Gerechtigkeit für eine Auflösung sittliche Gefühle verletzender Gegensätze: „Gerecht ist ein Attribut, das denjenigen Entscheidungen und Handlungen zukommt, durch die Gegensätze, die unser sittliches Bewußtsein verletzen, in einer für unser sittliches Bewußtsein einwandfreien Weise aufgelöst werden“. Allein die Befriedigung subjektiver ethischer Gefühle macht nicht das Wesen der Gerechtigkeit aus. Wir dürfen nicht verkennen, daß ein dritter oft nach einer anderen Richtschnur handeln durfte oder mußte als nach der, welche die Gegensätze unseres sittlichen Gefühls am besten löst, und wir werden es für gerecht halten, wenn er etwaigen Einflüssen von uns nach dieser Richtung unzugänglich blieb. Gerecht ist er, wenn er das für ihn bestehende Richtmaß einhielt. Der Begriff der Gerechtigkeit ist also ein objektiver. Verlangt man aber die Einhaltung einer objektiven Sittlichkeit vom strafenden Staat, so kommt man auf diesem Umwege kaum zu etwas anderem als zu den geläuterten Werturteilen über die Bedeutung des Unrechts, also doch wieder zu der perhorreszierten Vergeltung.

Schon frühzeitig zeigte sich aber die Schwierigkeit, einen bestimmten Gerechtigkeitsinhalt zu fixieren¹⁾.

Von anderer Seite wird die Gerechtigkeit aufgefaßt als die Wahrheit der in unseren Handlungen zu praktischem Ausdruck gelangenden Urteile²⁾. Allein Wahrheit und Gerechtigkeit sind nach landläufiger Vorstellung ebenfalls zwei verschiedene Dinge. Man kann z. B. durch eine bestimmte Handlung seinem wahren d. h. wirklichen Urteil über einen angeblichen Fehler Dritter Ausdruck geben, aber gleichwohl damit höchst ungerecht handeln, weil diese subjektive Meinung und ihr Wahrheitsmesser in Widerspruch zu Anforderungen der Billigkeit oder zu einem sonstigen Richtmaß steht. Mit größerer Richtigkeit kann daher unter jener Begriffsbestimmung der Gerechtigkeit nur eine objektive Wahrheit gemeint sein, d. h. eine Übereinstimmung mit einem maßgebenden Urteil Dritter. Aber auch bei dieser allgemeinen Fassung können sich noch leicht Differenzen ergeben zwischen dem, was man gerecht und dem, was man wahr nennt. Eine ans Ruder gelangte politische Partei kann z. B. mit größter Offenheit ihre Ziele durch gesetzgeberische Akte zur Unterdrückung der Gegenpartei verfolgen, aber des-

1) Die Unsicherheit des Gerechtigkeitsbegriffs, die neuerdings Höpfner in Aschaffenb. Monatsschr. Bd. 4 S. 47 zu der Bemerkung veranlaßt: „Es dürfte übrigens einleuchten, daß man niemandem den Beweis der Gerechtigkeit der Vergeltung erbringen kann, mit dem man nicht zuvor über den Begriff der Gerechtigkeit einig ist“, sie veranlaßte bereits Köstlin, Neue Rev. 1845 S. 770 zu dem Ausruf: „Neuerdings wird aber der von Abegg mit gutem Recht angewandte Ausdruck: Gerechtigkeitstheorie vielfach zum bequemen Deckmantel für allerlei eklektische Fragmente in der verschiedensten Mischung gebraucht, so daß er ganz in Mißkredit zu kommen droht“.

2) So Merkel, Lehrb. S. 190.

wegen sind diese Gesetze noch lange nicht gerecht. Ebensovienig werden wir gerecht den Richter nennen, welcher mit großer Offenheit sich bei der Strafausmessung in Übereinstimmung mit einer herrschenden Strömung hält, sofern er hierdurch zugleich den Tendenzen über Strafzumessung zuwiderhandelt, welche stillschweigend im Gesetzbuch zugrunde gelegt sind. Selbst wenn ein Richter aber in voller Übereinstimmung mit seinem Gesetze handelt, das Gesetz ihm jedoch ein direktes Zuwiderhandeln gegen die geläuterten Werturteile über die verschiedenen Delikte befehlen würde, so würde man einen solchen Richter zwar ganz unbedenklich für einen pflichtmäßig handelnden Richter erklären, aber man würde wohl zögern, ihn einen gerechten Richter zu nennen. Wahrheit ist also nicht gleichbedeutend mit Gerechtigkeit. Sagt man freilich, es komme bei der Gerechtigkeit eines Strafgesetzes auf seine „ethische“ Wahrheit, d. h. auf Übereinstimmung desselben mit den herrschenden ethischen Anschauungen und Werturteilen an¹⁾, so verliert der Begriff „Wahrheit“ die ihm sonst eigentümliche Bedeutung, und die Gerechtigkeit stellt dann bei solchem Umwege auch nichts anderes dar, als einfach die Übereinstimmung der gesetzlichen Maßregeln mit einem dem jeweils herrschenden Stande der Ethik entsprechenden Bewertungsmaßstab.

Überblickt man die verschiedenen Deutungsversuche der Gerechtigkeit, so dürfte es am richtigsten sein, bei Bestimmung des Gerechtigkeitsbegriffes für den Gesetzesinhalt und die Gesetzesanwendung anzuknüpfen an die gemeinsamen Bestandteile

¹⁾ So Merkel a. a. O. S. 190 bei der weiteren Ausführung.

der im vergangenen Jahrhundert überwiegend vertretenen Gerechtigkeitsideen, sowie an die vielverbreitete allegorische Figur der Justitia mit der Wage. Danach liegt in dem Begriffe der Gerechtigkeit die volle Übereinstimmung mit einem sittlich anerkennenswerten, höheren Richtmaß. Mit dem Worte „höher“ soll ausgedrückt werden, daß das Richtmaß auf einem objektiven, d. h. nicht bloß für den einzelnen Fall existierenden Prinzip beruhen muß. Es muß sich also um einen allgemeinen Beurteilungsmaßstab handeln. Gerechtigkeit als Tätigkeit gedacht ist dann die Herstellung dieser vollen Übereinstimmung, sie ist die Herstellung einer Ausgleichung nach jenem Richtmaß¹⁾. Als solches höheres Richtmaß kann man den freilich noch etwas unbestimmten Begriff der „salus publica“ akzeptieren. Für das Strafrecht gibt es einen konkreteren Begriff: die geläuterten Wertanschauungen über die Bedeutung einer Tat für die Gesamtheit der Rechtsinteressen. Hält man diese Wertanschauungen für ein Substrat der praktischen Ethik, so ist danach die Vergeltung dann eine gerechte, wenn sie die Postulate der praktischen Ethik verwirklicht, wenn sie insbesondere nicht weiter geht, als es die schuldhaftige Handlung nach den geläuterten Wertanschauungen verlangt.

Es ist eine rein terminologische Frage, ob man auf Grund des gewonnenen Gerechtigkeitsbegriffes das Bedürfnis fühlt, zur Vergeltung das „gerecht“ hinzuzufügen oder die Gerechtigkeit bereits in der Vergeltung enthalten wissen will. Die vollkommenste d. h. die materielle Vergeltung ist jedenfalls die

¹⁾ Vgl. auch v. Amira, Vom Wesen des Rechts 1906 S. 11, welcher bemerkt, mit dem Messen des Unrechts sei erst der Sinn für Gerechtigkeit erwacht.

gerechte Vergeltung. Wenn nun jemand den Begriff der Gerechtigkeit für schärfer und präziser erachtet als den der Vergeltung, sachlich dabei aber das anstrebt, was hier als Inhalt der Vergeltungstheorie dargestellt wird, so möge er seine Theorie Gerechtigkeitstheorie nennen, und wir wollen uns ausschließlich der sachlichen Übereinstimmung mit ihm freuen¹⁾. Dagegen scheint uns der Begriff der Gerechtigkeit als Gegensatz zur Vergeltung oder als charakteristisches Merkmal für eine Theorie der Gesinnungsstrafe z. B. für die Spezialpräventionstheorie v. Liszts wenig geeignet zu sein.

7. Die Vergeltung ist ein Prinzip, welches sich auf die Tatsache, daß gestraft wird, sowie auf die Art und Größe der Strafe bezieht, aber sie will damit nur den Endzwecken der staatlichen Gemeinschaft dienen, wie sie von den herrschenden Klassen oder von einem idealen, ethischen Standpunkte aus aufgestellt werden können. Mit anderen Worten: die Annahme des Vergeltungsgedankens für das Strafrecht hat nicht etwa die Bedeutung, daß der letzte Zweck des Strafens die Vergeltung sei. Die Vergeltung kann daher als zweckmäßigstes Prinzip anerkannt werden von dem Standpunkte der Bedürfnisse einer im Staate herrschenden Klasse, wie auch von dem Standpunkte einer idealen, ethischen Lebensanschauung aus, welche etwa den viel zitierten Satz Benthams: *le plus grand bien du plus*

¹⁾ Einen solchen Fall vermuteter sachlicher Übereinstimmung über die Aufgaben der Strafzumessung hat Binding im Auge, wenn er Grdr. 7. Aufl. S. 228 bemerkt: „Und mir will scheinen, was H. Seuffert, ein neues Strafgesetzbuch S. 5, „Gerechtigkeit“ nennt, ist von dem, was ich genutzende Vergeltung nenne, im Ausdruck weiter geschieden, als im Sinn“.

grand nombre als praktischen Betätigungszweck des Staates ansieht.

Wenn früher vereinzelt von Anhängern der Vergeltungsstrafe gesagt worden ist, die Strafe sei Selbstzweck, so ist dies ein schiefer Ausdruck für den Gedanken, daß die Strafe nicht höher sein soll, als das Prinzip der Vergeltung, d. h. die Bewertung des Unrechts nach Werturteilen verlangt. Es wird nur gewünscht, daß nicht mit Rücksicht auf fortbestehende Gesinnung oder einseitig bloß mit Rücksicht auf die Gesinnung ein Strafübel eintrete, welches durch die schuldhafte Tat nicht verdient ist. Dagegen sollte nie behauptet werden, daß man bloß zum Vergnügen, bloß um einer begrifflichen Vorstellung zu fröhnen, Strafe verhängt wissen wolle. In alten, heutzutage allgemein verlassenem naturrechtlichen Anschauungsformen befangen, betrachtete man die Strafe losgelöst von allen konkreten Staatsbedürfnissen und konnte so argumentieren; das, was begrifflich in der Strafe liegt, soll sie wirken. Wenn man dann in den Strafbegriff die Ausgleichung des Unrechts (bzw. seine Tilgung, Heilung oder die objektive Wiederherstellung des Rechtes oder gleichartige Aufgaben) hineingelegt hatte, so war eben dies der Selbstzweck der Strafe, wobei man sie das eine Mal in der Erscheinungsform eines erreichten Zustandes, das andere Mal in der Erscheinungsform der auf diesen Zustand hinstrebenden Tätigkeit betrachtete¹⁾. Aber damit wurde nie geleugnet, daß dieser angebliche Selbstzweck

¹⁾ In dieser Weise sind wohl die Wendungen von Henke, Hdb. Bd. 1 S. 406, Köstlin, Neue Revision S. 781, Heffter, Lehrb. S. 91 zu verstehen. Heffter gehört übrigens formell wenigstens nicht zu den Vertretern einer Vergeltungstheorie.

im Dienste eines späteren Endzweckes der oben bezeichneten Art stehen könne. Spätere Anhänger des Vergeltungsgedankens haben denn auch unmißverständlich klargelegt, daß der Zweck der Vergeltung nicht der letzte Zweck des Strafens ist¹⁾. Wenn man daher den Vergeltungszweck als ausschließlichen gegenüber den sog. relativen Strafzwecken, z. B. der Besserung genannt sieht, so hat das bloß die Bedeutung, daß die Strafe als eines der Mittel für die verschiedenen Zwecke des Staates nur bemessen werden soll nach dem Vergeltungszwecke (oder Vergeltungsprinzip) nicht nach dem Abschreckungs-(Besserungs)- oder Sicherungszweck. Die Anhänger des Vergeltungsgedankens wollen demnach nichts anderes behaupten, als daß es für die Interessen des Staates am nützlichsten sei, wenn dieser beim Strafen das Maß des Verdienten, d. h. der geläuterten Werturteile über die Bedeutung der Tat zugrunde lege, und wenn er das danach verdiente Strafübel nie unter einseitiger Betonung des Sicherungs- oder Abschreckungszwecks verschärfe, welcher zum Teil über die verdiente Strafe hinausführe²⁾. Da-

¹⁾ Vgl. d. auch die folgende Anm. Irrig daher Kraepelin, Abschaffung des Strafmaßes S. 22 (ähnlich in Aschaffenh. Monatsschr. Bd. 3 S. 266) die Vergeltungsstrafe sei Selbstzweck, sie sei nur Übel, nur Rache, weiter nichts. Sie wolle nicht bessern, nicht erziehen. Vgl. dagegen u. a. die Zitate bei Nagler, Ger. S. Bd. 70 S. 26, welche diese Behauptung als unrichtig erweisen. Im gleichen Irrtum wie Kraepelin befindet sich v. Sichert, Aschaffenh. Monatsschr. Bd. 4 S. 231 u. schon früher ZStW. Bd. 18 S. 311.

²⁾ Es enthält daher keinen Widerspruch, wenn Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 42, 43 bei Entwicklung seiner Theorie die Strafe nach den herrschenden Werturteilen bestimmt und sie dementsprechend Vergeltung nennt, aber gleichwohl auf S. 41 eine Reihe von nützlichen Zwecken, die mit der Strafe verfolgt werden, aufzählt, z. B. den

mit dürfte feststehen, daß nach dem Vergeltungsgedanken dem Vergeltungszweck zwar bei der Ausgestaltung der Strafe selbst

Zweck der Sicherung bestimmter Vorschriften. Durch eine nach dem Vergeltungsgedanken bemessene Strafe kann dergleichen sehr wohl erstrebt werden und zwar unter gleichzeitiger Berücksichtigung anderer Staatszwecke. Damit ist aber nicht zugegeben, daß die Strafe jedem der verschiedenen Staatszwecke, dem sie dienen soll, völlig anzupassen ist. Dies wäre übrigens bei der Divergenz der verschiedenen Staatsbedürfnisse auch gar nicht möglich. Nur insoweit, als die Strafe in ihrer möglichst viele Vorteile für ein bestimmtes Staatswesen bietenden Gestalt einem bestimmten Staatszwecke förderlich sein kann, ist diese Förderung ein Zweck ihrer Verhängung. (Zu dieser bestmöglichen Gestalt der Strafe gehört auch ihre Reinerhaltung von abweichenden Zwecken der sogen. sichernden Maßnahmen, wie unten zu zeigen sein wird.)

Die Verwendung der Strafe zu weiteren Strafzwecken wird auch von anderen Anhängern des Vergeltungsgedankens betont. So sagt Merkel, Lehrb. S. 178, die Strafe sei eine Form sozialer Machtbetätigung im Dienste sozialer Selbstbehauptung, und Binding, welcher — Grdr. 7. Aufl. S. 228 — die Strafe als Vergeltung mit einem Übel bezeichnet, nimmt a. a. O. S. 226 den Merckelschen Gedanken auf.

Aber schon Köstlin, Neue Rev. S. 788 führt ohne Einschränkung seiner Vergeltungstheorie aus, daß die vindikative Strafe den spezifischen Zweck habe, das Recht als Fundament des Staats in seinem absoluten Sein zu bestätigen.

Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 563 erkennt ebenfalls an, daß der Zweck der vergeltenden Strafe auf weitere Zwecke gerichtet ist: „Der Zweck der Strafe ist somit allein der, Gerechtigkeit zu üben, das Recht in seiner Stellung als die alleinherrschende Macht zu behaupten und zu sichern.“

R. Schmidt, Aufg. d. Strafrpfl. S. 72, 74 nimmt an, der Staat ergreife die Vergeltung, um sich vor der sonst drohenden Mißachtung der Übrigen zu schützen und ihre Achtung zu bewahren. Die Vergeltung bezwecke die Stärkung der öffentlichen Autorität in den Augen der Bürger.

der Vortritt vor dem Abschreckungs- oder Sicherungszweck einzuräumen ist, daß die vergeltende Strafe aber andererseits nur eines der Mittel zur Erreichung der weiteren Strafzwecke sein will. Vom Standpunkte der Vereinigung aller verschiedenen Staatsbedürfnisse aus betrachtet, ist also die Vergeltung lediglich ein Zwischenzweck. Man kann aber ohne Widerspruch hiermit auch den Standpunkt wechseln und sagen, die Berücksichtigung der Werturteile über die Bedeutung der Tat, ist ein anzuerkennendes Bedürfnis im modernen Staat, das jedoch nur konkurrierend neben anderen Staatszwecken zu berücksichtigen ist.

Wenn man dazu schreiten will, die in Betracht kommenden Werturteile über die Bedeutung einer Tat für die Rechtsord-

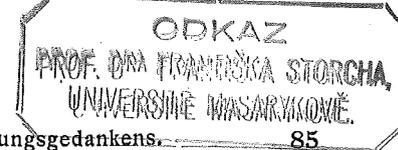
Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 19 erklärt, letzter Zweck der Strafe sei Schutz der Rechtsordnung durch Bekämpfung des Verbrechens; a. a. O. S. 43 N. 90 findet sich auch ein Hinweis darauf, wie verfehlt es ist, wenn v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 101 früher behauptet hatte, jedes Strafgesetzbuch, welches sich die Bekämpfung des Verbrechens zur Aufgabe mache, sei ein Sieg seiner Richtung über die klassische Schule. Man kann hiergegen sagen, die Vergeltungsstrafe will auch prävenieren. Sie glaubt nur, speziell die Strafe dürfe in keiner anderen Form prävenieren, als soweit es sich mit den Wertanschauungen über die gesamte Bedeutung der Tat verträgt, und diese Wertanschauungen bemessen sich eben nicht ausschließlich nach der Gesinnung, sondern mindestens ebenso wesentlich nach der sonstigen Bedeutung des Rechtsbruchs für die Interessen der Rechtsordnung.

Meyer-Altfeld, Lehrb. S. 12 führt aus: Begriffswesentlicher Zweck der Strafe sei die Vergeltung, aber nicht um ihrer selbstwillen, sondern zum Zweck des Schutzes der Rechtsgüter.

Beling, Grdz. 3. Aufl. S. 7, 8 bemerkt, die Vergeltung finde ihre Rechtfertigung unmittelbar in der Zweckbestimmung der Rechtsordnung, welche sich gegen die Übertreter der Rechtssätze in Gestalt der Strafe bewähren müsse.

nung näher abzugrenzen, so können zunächst diejenigen ausscheiden, denen kein greifbarer Einfluß auf die Staatsinteressen zuzuschreiben ist. Der Richter ist also nicht genötigt, allen weit entfernt liegenden Strafzumessungsgründen irgend welche quantitativ ausgedrückte Bedeutung beizumessen, sofern sie für vernünftiges Denken im Vergleich zu anderen zweifellos stärkeren Gründen nur verschwindenden Einfluß haben können. Die an und für sich fast unerschöpfliche Zahl der Werturteile, welche allerdings nicht sämtlich bei allen Delikten in Frage stehen, reduziert sich dadurch erheblich. Was ungefähr als Werturteil in Betracht kommen kann, das mag man etwa aus den häufigen Katalogen über Strafzumessungsgründe ersehen¹⁾. Es ist nun im wesentlichen eine Frage der Begriffsbildung, ob man bei Feststellung des Vergeltungsbedürfnisses von den nach der Reduktion übrig bleibenden Bewertungselementen diejenigen sämtlich in Betracht ziehen will, welche bis zum Augenblick der Verurteilung vorliegen, oder nur diejenigen, welche bereits bei der Tat selbst anwendbar waren. Tut man das letztere, läßt man also das Vergeltungsbedürfnis sich zusammensetzen nur aus denjenigen Bewertungsgesichtspunkten, welche zur Zeit der Tat veranlaßt waren und zwar nur in derjenigen Stärke, in welcher sie für das damalige Ereignis in seiner subjektiven und objektiven Bedeutung in Betracht kommen, so sind später auftauchende Interessen der Rechtsordnung hinsichtlich des Bestrafungsbedürfnisses in dem Gesamtwerturteile über die Bedeutung der Tat (mit andern Worten in dem resultierenden Vergeltungsbedürfnis) nicht mehr

¹⁾ Vgl. darüber die Angaben bei Finger, Verhandl. d. 29. Juristent. Bd. 2 S. 80 f. N. 18.



berücksichtigt. Sie haben daher als selbständige Interessen oder Zwecke der Rechtsordnung nunmehr ihren Platz neben dem Vergeltungsbedürfnis, und das Vergeltungsbedürfnis ist ihnen gegenüber in seiner Bedeutung abzuwägen¹⁾. Unter diesen anderen Interessen an der Bestrafung kann aber nach Ansicht der Vergeltungstheorie die Rücksicht auf eine nach der Tat entstandene, fortgesetzte oder stärker gewordene antisoziale Gesinnung einen Platz nicht behaupten, weil sie, ganz abgesehen davon, daß diese Gesinnung meist nur Gegenstand eines Verdachtes, nicht eines Beweises ist, mit anderen stärkeren Interessen in Widerspruch steht. Dahin gehört das Interesse des konstitutionellen Staates, die bürgerliche Freiheit so weit zu wahren, daß nicht schon wegen bloßer Hegung von Gedanken oder Gesinnungen außerhalb einer Tat bestimmungsgemäße Übel eintreten oder verschärft werden. Auch das Bedürfnis nach Scheidung zwischen Strafe und sichernden Maßnahmen drängt dazu, daß nicht durch das Mittel eines Strafzusatzes jenes Interesse an Bekämpfung antisozialer Gesinnungen befriedigt werde. Dagegen gehören zu den erwägenswerten anderen Interessen das etwaige politische Begnadigungsbedürfnis, der fast vollständige Ablauf der Verjährungszeit, tätige Reue in w. S. — Das Ergebnis der Beurteilung eines Falls verschiebt sich übrigens nicht, wenn man etwa sämtliche bis zum Urteil auftauchenden und der Berücksichtigung zugänglichen Interessen zu den Werturteilen hinzurechnet, welche für die Feststellung des Vergeltungsbedürfnisses und seiner Stärke miteinander zu vereinigen sind.

¹⁾ Einen solchen Fall hat bereits Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 77 Nr. 4 im Auge.

Auch hier kann die nach der Tat gehegte Gesinnung als ein für die Schärfung der Strafe aner kennenswerter Zweck nicht berücksichtigt werden.

Die Betrachtung des Verhältnisses zwischen dem Vergeltungszweck und anderen Staatszwecken in Nr. 7 hat uns nach dem Ausgeführten ergeben, daß die Vergeltungsstrafe der Förderung anderer Staatszwecke, insbesondere des Zweckes der Bewahrung der Rechtsordnung dienen kann. Um solcher Staatszwecke willen, denen sie dienen kann, ist sie geschaffen. Aber sie dient jedem einzelnen Sonderzweck nur soweit, als die Ausgestaltung nach dem Vergeltungsgedanken es erlaubt. Anders ausgedrückt: Auf Grund der Erwägungen, welche zu einer Einschränkung der staatlichen Strafmöglichkeit nach dem Maßstabe der Vergeltung führen, ergibt sich, daß das Reaktionsmittel „Strafe“ dem Staatszwecke der Aufrechterhaltung des Rechtswillens nur soweit dienstbar gemacht werden kann, als dies jene Erwägungen erlauben, welche eine Strafe nur innerhalb des Vergeltungsrahmens rechtfertigen. (Vgl. über sie auch unten S. 117). Es wird also nicht etwa à tout prix Bewahrung der Rechtsordnung¹⁾ durch die Vergeltungsstrafe erstrebt²⁾. Das würde z. B. bei Beleidigungen dazu führen, daß

¹⁾ Die Bewahrung wird hier nicht als relative Bewahrung, d. h. nicht als Bewahrung nach Maßgabe des jeweils bestehenden Vergeltungsbedürfnisses, sondern als absolute Bewahrung, d. h. als der Wunsch gedacht, daß überhaupt keine Rechtswidrigkeiten passieren.

²⁾ Wenn v. Liszt, Lehrb. 16./17. Aufl. S. 85 bemerkt, daß durch die Strafe die Macht der Rechtsordnung bewahrt, das Rechtsbewußtsein des Volkes gekräftigt werden soll, so paßt dies wenigstens für eine Vergeltungsstrafe nur mit der Einschränkung im Text. Gleiches

man die Beleidigungsstrafen so hoch wählte, um möglichst alle Menschen vor Beleidigungshandlungen abzuschrecken, denn nur auf diese Weise würde ja die Rechtsordnung durch die Strafen für Beleidigungen wirklich bewährt oder gesichert sein. Die Strafe für Beleidigungen will im Gegensatz dazu, wenn sie Vergeltungsstrafe ist, dem Bewährungszweck nur in soweit dienen, als die Werturteile über die Bedeutung der Beleidigungen für die Rechtsordnung hinsichtlich des Strafmaßes zu gehen erlauben. Soweit durch ein solches Strafmaß nicht genügend Leute von Beleidigungen abgeschreckt werden, mag die Rechtsordnung präventive Maßnahmen (z. B. aufklärende Erziehung) ergreifen, um Beleidigungen noch weiter zurückzudämmen. Auch hierbei sind indessen Werturteile über die Bedeutung von Beleidigungen zu berücksichtigen. Auf Grund solcher Bewertungsfaktoren (dazu gehört z. B. auch die Erhaltung staatstreuer Gesinnung) wird der Gesetzgeber sich auch bereits mit einer relativen Eindämmung des Beleidigungsdeliktes für befriedigt erklären können. Verhütung à tout prix braucht weder durch die Ausgestaltung der Strafe, noch durch die Art der präventiven Maßnahmen erstrebt zu werden.

gilt von dem Satze Meyer-Allfelds, Lehrb. S. 16, daß das Strafrecht seinem Grundgedanken nach auf gerechter Vergeltung beruht, im ganzen wie im einzelnen aber durch die Rücksicht auf die Zukunft, d. i. durch seine Aufgabe, Verbrechen zu bekämpfen, bestimmt werde. Aus Anm. 33 auf S. 19 geht übrigens hervor, daß Allfeld bei der praktischen Ausgestaltung der Strafe diesen Satz nicht in seiner wörtlichen Ausdehnung aufrecht erhält.

III. Die rechtfertigenden Grundlagen für die Annahme des Vergeltungsgedankens.

Verfolgt man die oben referierten Ideen über die näheren wie über die entfernteren Zwecke der Vergeltung bei deren Vertretern genauer, so kann man manche Verschiedenheit im einzelnen erkennen¹⁾. Jene Vertreter der Vergeltungsidee haben vielleicht bei manchen Gedanken noch nicht Anlaß gehabt, sie weiter zu verfolgen. Sie würden auch wohl manches heute modifizieren, manches ist des Ausbaus fähig. Dagegen greifen die gegen sie erhobenen Vorwürfe, daß sie zwecklos strafen wollten, fehl. Es muß ihnen insbesondere zugesprochen werden, daß sie das Prinzip der Ausgleichung als näheren Zweck der Strafe ebensowenig verkannt haben, wie die Eigenschaft der ausgleichenden Vergeltung als Zwischenzweck im Dienste des (gleichviel wie näher zu spezialisierenden) öffentlichen Wohls.

Erheblicher als die relativ geringfügigen Abweichungen, hinsichtlich des Ausgleichungsprinzips und der korrektesten Formulierung des Strafendzweckes, sind die Verschiedenheiten in der Formulierung des Rechtsgrundes der Bestrafung, d. h. die

¹⁾ Mit den Gegnern des Vergeltungsgedankens und ihrer Übereinstimmung unter sich steht es übrigens nicht besser.

Betrachtungen, welche die staatliche Gesellschaft vernünftigerweise dazu führen können und müssen, durch eine Rechtsstrafe gegen verantwortliche Verletzer des Rechtswillens zu reagieren. Mag bei einigen Vertretern der Vergeltungstheorie die Begründung immerhin unzureichend erscheinen, so wurde doch längst auch im Schoß der Vergeltungstheorie das Richtige erkannt. Mängel in der Begründung von Thesen schließen es aber durchaus nicht aus¹⁾, daß die aufgestellten Thesen gleichwohl brauchbar sind und zwar sowohl vom Standpunkte des geltenden Rechts, wie auch vom Standpunkte seiner zweckmäßigen Weiterbildung. Es ist außer Zweifel, daß uns heutzutage die Begründung der Strafe mit einem kategorischen Imperativ unseres sittlichen Bewußtseins oder mit einer dialektischen Notwendigkeit nicht zu befriedigen vermag, wenngleich wir bei näherem Zusehen erkennen würden, daß sowohl Kant wie Hegel sich dabei etwas viel Tieferes gedacht haben, als dies nach der äußeren Einkleidung ihres Systems der Fall zu sein scheint²⁾.

1) Gut hierüber Merkel, Vergeltungsidee S. 31.

2) Betrachten wir eine Reihe von neueren Vertretern des Vergeltungsgedankens, so finden wir, daß Oetker, Strafe und Lohn S. 8 sich zunächst auf ein uns innewohnendes Bedürfnis beruft und die letzte Erklärung desselben dahingestellt sein läßt. Nur wenn wir die Vergeltung im wesentlichen auf dem den Menschen innewohnenden individuellen Vergeltungsgefühl sich aufbauen lassen, dürfte diese Begründung ausreichen. R. Schmidt, Aufg. der Strafrpfl. S. 38 u. 72 faßt die Strafe auf als eine Notwendigkeit. Ullmann, Ger. S. Bd. 34 S. 36 bemerkt, die Erhaltung der Rechtsordnung sei die Bedingung aller gedeihlichen Kulturarbeit des Staates. Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. I S. 563 führt aus: „Darum handelt es sich, daß die Menschen berufen sind eine rechtliche und staatliche Ordnung zu schaffen,

Wenn demnach für den Staat das Bedürfnis oder die Notwendigkeit als Grund dafür, daß überhaupt Strafe eintrete, auch

die als die Basis und Voraussetzung alles sittlichen Lebens selbst eine sittliche Notwendigkeit ist, daß darum auch die Wahrung der unverbrüchlichen Geltung des Rechtes durch Bestrafung des Verbrechens eine ebensolche Notwendigkeit ist“. Abegg, Lehrb. S. 56 fordert für das Recht des Staates zu strafen, daß eine Notwendigkeit, folglich auch eine Pflicht zum Strafen aufgezeigt werde (ob es Abegg freilich gelungen ist, durch seine folgende Begründung auf S. 71 f. diese Notwendigkeit anders als bloß dialektisch erwiesen zu haben, ist eine andere Frage). Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 77 spricht sich hinsichtlich des Strafbedürfnisses dahin aus: „Der Staat soll nur solche bedeutendere Übeltaten bestrafen, für welche ihm passende (gerechte) Strafmittel zu Gebote stehen und für welche der zivilrechtliche Zwang nicht zureicht, deren Tatbestand sich ferner genau bestimmen läßt und bezugs welcher die geläuterte öffentliche Meinung, in ihnen ein Übel für das ganze Gemeinwesen erkennend, staatliche Bestrafung verlangt oder diese mindestens nicht mißbilligt“. Vgl. ferner Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 17: „Es genügt, daß es sowohl für den Staat eine tatsächliche Notwendigkeit ist, als auch dem Wesen des Rechts entspricht, die Unzulässigkeit der dem Wesen des Rechts widersprechenden Handlungen durch Strafe zum Ausdruck zu bringen“. Auch Binding, Grdr. 7. Aufl. S. 234 berührt die Notwendigkeit als Strafgrund: „Die Strafe ist das geltend gemachte Recht auf Befolgung der staatlichen Normen behufs notwendiger Bewahrung der Autorität der verletzten Gesetze“. Merkel, Vergeltungsidee S. 24 erklärt, das Recht trete in der Form einer äußeren Gesetzgebung an den Einzelnen heran. Es könne deshalb der äußeren Sanktionen nicht entbehren und diese könnten in bestimmten Fällen nur in der Androhung bzw. Verwirklichung von Gegenwirkungen liegen, welche für den Betroffenen die Bedeutung einer Minderung an Freiheit und Lustgefühlen haben. Auch v. Wächter, Vorlesungen S. 22 ist hier zu nennen, sofern man ihn sachlich, wenn auch nicht formell, zu den Vertretern des modernen Vergeltungsgedankens rechnen will. — Selbst v. Liszt bestreitet den Anhängern des Vergeltungsgedankens nicht, daß sie als Rechtsgrund

nach der Vergeltungstheorie angesehen wird, so ist dieses Bedürfnis damit noch nicht gerechtfertigt und hier gehen die Wege vielfach auseinander. Zum Teil bestehen Verschiedenheiten der Ansichten zwischen den Gegnern und zwischen den Anhängern der Vergeltungsstrafe, zum Teil auch innerhalb der beiden Hauptgruppen. Für die Vergeltungsstrafe kommt dabei namentlich der Gegensatz von Determinismus und Indeterminismus in Frage.

Von den Gegnern der Vergeltungsstrafe können einige eine Notwendigkeit für die Rechtsstrafe unserer Kulturstaaten überhaupt nicht finden und wollen diese daher abgeschafft wissen¹⁾. Andere verzichten auf eine weitere Rechtfertigung der Strafe und begnügen sich mit der Behauptung ihrer faktischen Notwendigkeit²⁾ oder sie rechtfertigen sie mit Rücksicht auf ihre nützlichen Wirkungen³⁾.

Auch die Anhänger der Vergeltungsstrafe verhalten sich sehr verschieden. Es ist hier nicht die Aufgabe, eine kritische

der Strafe die Notwendigkeit anerkannt haben, vgl. Lehrb. 16./17. Aufl. S. 80: „In der Notwendigkeit der Strafe liegt ihr Rechtsgrund. In diesem Satze sind die Vertreter der verschiedenen Ansichten einig“.

¹⁾ So mehr oder weniger bestimmt Vargha, Die Abschaffung der Strafknechtschaft 1896, 1897 insbes. Bd. 2 S. 658—665.

²⁾ So Lombroso, ZStW. Bd. 1 S. 113, v. Liszt a. a. O. S. 80.

³⁾ So Klippel, ZStW. Bd. 10 S. 570 und über diesen Herold, ZStW. Bd. 12 S. 573 N. 1. (Herold selbst sucht die Strafe aus einem das Recht beherrschenden Prinzip der Restituierung des früheren Zustandes der Sicherheit abzuleiten.) Auch Traeger, Wille, Determinismus, Strafe S. 260 rechtfertigt die Strafe mit Nützlichkeitsabwägungen. (Ob er allerdings unbedingt Gegner auch des deterministischen Vergeltungsgedankens ist, geht aus der Schrift nicht sicher hervor; vgl. auch a. a. O. S. 234.)

Darstellung der verschiedenen Begründungen für die Vergeltungsstrafe zu geben¹⁾, sondern es sei nur das vorgebracht, was sich wirklich zur weiteren Begründung der Strafe überhaupt, wie speziell der vergeltenden Strafe anführen läßt.

1. Geht man vom indeterministischen Standpunkte aus, so steht nichts im Wege, zu erklären, gestraft solle nur werden, wenn dies für den Staat notwendig erscheint. Im Gegensatz zum Determinismus fühlt sich der Indeterminismus aber zu einer strikten Beweisführung für jene Notwendigkeit nicht verpflichtet. Denn er kann sich daran halten, daß der Verbrecher durch die Strafe nur etwas voll Verdientes erleidet. Es ist dann kein großer Schaden, wenn die Strafe auch einmal vollzogen wird, wo sie für den Staat gerade keine Notwendigkeit war, obwohl die Notwendigkeit die Regel sein sollte.

Unter der Voraussetzung, daß es eine persönliche Schuld und damit auch Willensfreiheit im Sinne des relativen Indeterminismus²⁾ gibt, kann man zur Begründung der Strafe hin-

¹⁾ Vgl. darüber aus neuerer Zeit insbes. Binding, Grdr. § 85—89 und aus älterer Zeit v. Wächter, Beilagen z. Vorl. Beilagen 13—17, sowie Hepp, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme Bd. 1 (1843).

²⁾ Vgl. über diesen Begriff v. Rohland, Die Willensfreiheit und ihre Gegner 1905 S. 23, v. Bar, Gesetz u. Schuld Bd. 2 S. 11 f., Bierling, Jurist. Prinzipienlehre Bd. 3 S. 266, Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit 1897 S. 89 f. — Unrichtig die Einteilung bei O. Lipmann, Grundriß der Psychol. f. Jur. S. 43. Er stellt gegenüber den „strengen“ Indeterminismus, wonach die Entscheidung absolut ursachlos erfolge und einen anderen Indeterminismus (also wohl den nichtstrengen), wonach der Wille nur frei von äußeren Motiven handle. Die Hauptgruppe unter den Indeterministen bilden heutzutage die relativen Indeterministen und deren Auffassung wird durch keine der beiden Gegenüberstellungen Lipmanns charakterisiert.

weisen auf den weiteste Gebiete der Rechtsordnung, namentlich auch das bürgerliche Recht beherrschenden Ausgleichungsgedanken, der auch außer dem Bereich der Rechtsverhältnisse in den Lebensgewohnheiten der Menschen einen großen Platz einnimmt und in einem Staate mit persönlicher Freiheit seiner Untertanen eine zweckmäßige Grundlage für viele Rechtseinrichtungen bildet¹⁾. Zweifellos wäre es verkehrt, wenn wir die Ausgleichung, noch dazu als äußerliche, auf alle Lebensverhältnisse anwenden wollten. Aber das Ausgleichungsbedürfnis, sei es auch innerlich gefaßt, steckt doch so tief in den meisten Menschen, denen irgend ein vermeintlicher oder wirklicher Anteil an leiblichen oder geistigen Gütern abgeht, daß man wohl annehmen kann, es strebe überall nach Anerkennung, wo nicht für eine andere Ordnung überwiegende Gründe einleuchtend sind. Nimmt man dies an, so kann man weiter²⁾ zugunsten der Strafe vorbringen: An die Stelle des Rechts auf Gehorsam tritt, weil vergangener Ungehorsam in natura nicht restituiert werden kann, ein staatlicher Anspruch auf Ersatz jenes ursprünglichen Rechts³⁾. Man kann den nämlichen Ausgleichungsstandpunkt allerdings auch vertreten, wenn man direkt von der Notwendigkeit ausgeht, die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten⁴⁾. Aber dann ist weder die Notwendigkeit der Strafe dargetan, noch an deren Stelle eine andere Rechtfertigung gegeben. Die Vorstellung der Strafe als eines Er-

1) Vgl. dazu auch Köhler, Reformfr. d. Strafr. S. 8.

2) Mit Binding, Grdr. S. 227.

3) Damit soll natürlich die Strafe nicht als eine Art Schadensersatz im bürgerlich rechtlichen Sinne hingestellt werden.

4) So A. Merkel, Vergeltungsidee S. 24, d. r. s., Lehrb. § 64, d. r. s., Jur. Enz. § 274.

satzes für das ursprüngliche Recht auf Gehorsam ist dann nur eine bildliche Erklärung, aber keine tiefere Begründung¹⁾.

Ein der Ableitung aus dem Ausgleichungsbedürfnis verwandter Gedankengang läßt sich in folgende Form kleiden: Wenn sich der Verbrecher zu viel herausgenommen hat im Vergleich zu dem, was die Rechtsordnung ihm gestattet, und dieses Zuviel auf sein persönliches Schuldkonto zu setzen ist, so macht sich der in der tiefsten Naturanlage des Menschen wurzelnde Vergeltungstrieb geltend, welcher durch das Gerechtigkeitsgefühl gemäßigt und geläutert wird²⁾. Anders ausgedrückt: Der allgemeine Wunsch nach einer Ausgleichung, der hauptsächlich bei Rechtsübergreifen entsteht, drängt auch

1) Gerechtfertigt wird die Strafe dagegen, wenn man auf der Grundlage eines weitgehenden, axiomatischen Ausgleichungsbedürfnisses für die Regelung der menschlichen Lebensverhältnisse auch dem Staat die Aufgabe zuweist, sich eine Ausgleichung (die man auch Genugtuung im weiteren Sinne nennen kann) für den Rechtsbruch zu verschaffen. Gibt es eine persönliche Schuld im Sinne des Indeterminismus, so ist damit auch ein mögliches Objekt gegeben, dem gegenüber eine Ausgleichung betätigt werden kann. Denn persönliche Schuld bei einer Handlung bedeutet bereits begrifflich ein Debet. Die Rechtsordnung bekommt daher gegenüber dem Üblen (oder Bösen), was ihr durch eine auf Schuld beruhende Handlung zugefügt wird, mit Rücksicht auf jenes Ausgleichungsprinzip (oder wenn man lieber will: mit Rücksicht auf die Billigkeit) einen Anspruch, sich einen entsprechenden Gegenwert dafür zu nehmen. Dieser Gegenwert kann ebenfalls in der Zufügung eines Übels bestehen, wenn die Rechtsordnung durch Zufügung eines Übels am ehesten gewisse Äquivalente für den erlittenen Schaden zu erzielen glaubt. Er kann in einem Übel um so mehr bestehen, da bereits das Debet auch zu der Kategorie einer Übelszufügung gegenüber der Rechtsordnung gehört hat, etwas Übles also mehr korrelat erscheint als eine Guttat.

2) So im wesentl. Birkmeyer, Goldt. Arch. B. 48 S. 73.

hier zu einer Ausgleichung, wo es sich um eine erlittene Störung des Willens der Rechtsordnung handelt. Der letzteren ist für die schuldhafte Störung ein Ersatz zu leisten, da ein Schaden erlitten wurde, der auf bürgerlich rechtlichem oder verwaltungsrechtlichem Wege nicht so zweckmäßig aufzuheben ist¹⁾. Hierin liegt auch ein richtiger Kern der in ihren Details freilich verfehlten Theorien vom Ersatz des sog. immateriellen Schadens durch die Strafe.

Man kann unter Festhaltung der Strafe als einer Notwendigkeit für den Staat auch anknüpfen an die nahen Beziehungen zwischen Strafe und Lohn, um die Strafe des Näheren zu begründen²⁾. Angenommen, daß Willensfreiheit existiert, so wird der Staat zwar auch nur dann strafen, wenn dies in seinem Gesamtinteresse liegt. Ein solches Gesamtinteresse ist jedoch im Hinblick auf das Verdienstsein der Strafe bereits einigermaßen begründet, wenn man das unsere menschlichen

1) Dieser m. E. richtige Gedanke begegnet, allerdings unter Weglassung der Erwägungen über die möglichen Arten des Zwangs, schon bei Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 31.

2) So Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 403, ebenso Oetker, Strafe und Lohn S. 4, vgl. auch ZStW. Bd. 17 S. 553 f. Auch Oetker erachtet dabei die Strafe als eine Notwendigkeit (Strafe und Lohn S. 10 unten). Aber er stützt sich zufolge seiner Ausführungen ZStW. Bd. 17 S. 549 f. nicht auf die Willensfreiheit. Infolgedessen bleibt noch der Einwand offen, daß die Notwendigkeit der Strafe nicht feststehe, während bei Annahme von Willensfreiheit die Strafe ein verdientes Übel enthält, das dem Schuldigen abgefordert werden darf. Infolgedessen ist es lange nicht so schlimm, wenn ein wirklich verdientes Übel auferlegt wird, obwohl die Auferlegung für den Staat vielleicht einmal unnötig erscheint, wie wenn bei fehlender Notwendigkeit ein nicht verdientes Übel verhängt würde.

Bedürfnisse durchsetzende Prinzip der Vergeltung guter Taten durch Lohn und der Vergeltung schlechter Taten durch Strafe als ein für die gute Ordnung nützlich Bedürfnis erwiesen hat. Zwar wird sich nie ziffermäßig belegen lassen, wie viele Menschen durch Strafdrohungen und die Gewißheit ihres Vollzugs in rechtlichem Verhalten bestärkt werden, aber deswegen steht die günstige Wirkung der Strafe für die Verhütung von Verbrechen doch außer Zweifel. Konstatiert man aber das Bedürfnis und seine Nützlichkeit, und hat ferner der Schuldige verdient, daß man das Bedürfnis an ihm befriedige, so braucht man sich keine besonders großen Skrupel mehr zu machen, ob man nicht auch ohne diese Befriedigung auskommen könnte; es müßte denn sein, daß jenes Bedürfnis aus irgend welchen Gründen als unethisch erschiene. Wenn man seinen Anschauungen nun die Vergeltung von guten wie bösen Taten zugrunde legt, darf man nicht übersehen, daß diese belohnende und strafende Vergeltung nicht nach den Gesichtspunkten einer ethischen Norm erfolgen kann, welche gänzlich abstrahiert von der realen Bedeutung der Rechtsgebote, die mit besonderen Verheißungen für den Fall ihrer Befolgung nicht zu verknüpfen sind. Für die Bedürfnisse eines Gesetzgebers liegt nämlich die Belohnung rechtsgemäßen Verhaltens in dem Anteil an dem Rechtsschutz und an den Rechtsgütern, welche die jeweilige Kulturepoche denen gewährt, die zurzeit keine Kriminalstrafe verbüßen. Eine weitergehende Belohnung für die Erfüllung rechtlicher Pflichten kann unter besonderen Umständen empfehlenswert sein. Aber für die Regel bildet den Gegensatz hier nur das rechtswidrige und das rechtsgemäße Verhalten. Ersteres schädigt, letzteres befördert die Autorität der Rechts-

ordnung. Mehr als Rechtmäßigkeit fordert das Recht nicht. Zu besonderen nicht mehr einer Rechtspflicht korrespondierenden Leistungen kann die Rechtsordnung zwar anspornen, aber für rechtgemäßes Verhalten hat die rechtliche Belohnung in der Regel nur darin zu bestehen, daß man von Unrechtsfolgen verschont bleibt. Die Gegensätze sind mit anderen Worten nicht: Widerrechtliches Verhalten (hierfür die Unrechtsfolgen, insbesondere Strafe und Präventivmaßregel), rechtliches Verhalten (hierfür nichts), überrechtliches Verhalten (hierfür Staatsbelohnung). Vielmehr gibt es bereits bei rechtlchem Verhalten eine Belohnung, aber diese beschränkt sich normalerweise auf die Teilnahme an den allen nicht in Strafe Befindlichen zustehenden Rechten. Nur dann würde die Lohnidee der Ethik etwas über jene bezeichnete Belohnung Hinausgehendes zu fordern haben, wenn es bereits als etwas über die bloße Rechtspflicht Hinausgehendes oder doch als etwas Hervorragendes angesehen werden müßte, strafbare Handlungen zu unterlassen. Daraus kann man folgern, daß die Vergeltung böser Taten durch Strafe und die Vergeltung rechtmäßiger Taten (z. B. das Straflosbleiben während einer Bewährungsfrist) durchaus nicht auf gleicher Stufe stehen.

Welcher der angeführten Begründungen man auch den Vorzug geben mag, stets wird man mit einer indeterministisch argumentierenden Begründung der Strafe ganz folgerichtig dann auch den Vergeltungsgedanken als die zweckmäßigste Grundlage für diese Strafe annehmen können.

Die Annahme des Indeterminismus schließt es aber durchaus nicht aus, daß man von den eben angestellten, abstrakten Erwägungen über Ausgleichungsprinzip, Strafe und Lohn usw.

absieht und sich lediglich auf das stützt, was auch von deterministischer Seite zu gunsten der Notwendigkeit von Strafen überhaupt und der Zweckmäßigkeit der Vergeltungsstrafe im besonderen vorgebracht werden kann.

Ob die vergeltende Strafe zu ihrer Rechtfertigung des Indeterminismus bedarf, ist bekanntlich sehr bestritten¹⁾. Zu diesem Streite darf man wohl behaupten, daß die Begründung einer Schuld und einer Verantwortlichkeit mit Annahme der Willensfreiheit viel leichter wird. Namentlich die Schuld im hergebrachten Sinn läßt sich nur so halten. Man entgeht ferner der Schwierigkeit, jemanden strafen zu müssen, ohne daß dessen Persönlichkeit dafür etwas kann, was sie getan hat (und tun mußte). Die übrige Gesellschaft trägt ja solchen Falls meist die Mitverantwortung oder gar die Hauptverantwortung, daß der Verbrecher so weit gekommen ist, dies oder

¹⁾ Bejahend z. B. Birkmeyer, ZStW. Bd. 16 S. 98, ders., Goldt. Arch. Bd. 48 S. 76, ders., Ger. S. Bd. 67 S. 404, v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 48 u. 52, H. Meyer, Willensfreiheit S. 17, ders., Lehrb. S. 5 (dasselbst weitere Literatur), v. Bar, Probleme des Strafr. S. 11, Berner, Lehrb. Vorrede S. VIII. — Höpfner, Aschaff. Monatsschr. Bd. 4 S. 47 hält wenigstens den Beweis der Vereinbarkeit für nicht erbracht. —

Verneinend z. B. van Calker, Strafr. u. Ethik S. 21, Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 42 mit 235, Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit 1899 (Replik) S. 46, Merkel, Lehrb. S. 73, Meyer-Ailfeld, Lehrb. S. 5, Oetker, ZStW. Bd. 17 S. 550, wohl auch Binding, Grdr. 7. Aufl. S. 229 mit 228. — Manche, u. a. Träger, Wille, Determinismus, Strafe S. 216 u. Petersen, Willensfreiheit, S. 171, gehen sogar so weit, anzunehmen, bei Willensfreiheit könne von einer Schuld (die doch Voraussetzung der Strafe ist) überhaupt nicht die Rede sein. Gegen letztere Ansicht wenden sich mit Recht v. Rohland, Willensfreiheit S. 86, Kohler, Moderne Rechtsprobleme S. 35, Cathrein, Die Grundbegriffe des Strafrechts S. 90.

jenen zu begehen¹⁾. Nur mittels der Annahme einer persönlichen Schuld ist es möglich, das rechtswidrige Tun eines Geisteskranken und eines Verbrechers ethisch verschieden zu bewerten. Die Annahme einer Willensfreiheit schließt die störende Lücke, welche Viele empfinden, wenn man das Verbrechen ausschließlich erklärt als das Produkt der geborenen und erworbenen Eigenschaften des Verbrechers einerseits und der ihn im Augenblick der Tat umgebenden physikalischen und gesellschaftlichen Verhältnisse andererseits²⁾. Es entsteht die Frage, weshalb man dann nicht die verschiedenen störenden Elemente beseitigt, die im Menschen ihren Durchgangspunkt finden, sondern ihm ein Leiden zufügt. Weshalb ihn z. B. quälen, um ihn widerstandsfähiger gegen Außenweltsreize zu machen, um seine Eigenart zu ändern? Die Willensfreiheit wird dabei verstanden nicht als eine Eigenschaft, die sich betätigt ohne Mitwirkung von Motiven, sondern als eine psychische Potenz, die den Motiven, gleichviel ob sie von außen kommen oder von innen, Widerstand leisten kann.

Es bleibe vorläufig dahingestellt, ob nur mittels solcher Willensfreiheit eine Strafe, speziell eine nach den Gesichtspunkten des Vergeltungsgedankens ausgestaltete Strafe, konstruiert werden kann. Jedenfalls machen diese Erwägungen es begreiflich, weshalb so Viele gern von indeterministischen Gesichtspunkten ausgehen.

Mit mathematischer Exaktheit läßt sich der Indeterminismus

¹⁾ Vgl. dazu auch v. Bar, Probleme S. 11.

²⁾ So z. B. v. Liszt, Lehrb. 16./17. Aufl. § 14 S. 70, ders. Aufs. Bd. 2 S. 65 in verschiedenen Wendungen.

nicht beweisen¹⁾. Der Einwand: „Wie kann man das Strafrecht auf eine so schwankende Grundlage wie den Indeterminismus setzen“ liegt namentlich denen gegenüber nahe²⁾, welche den Mangel eines exakten Beweises einräumen. Es ist aber gegenüber diesem Einwand daran zu erinnern, daß die Annahme einer Willensfreiheit auf die einfachere oder doch den herkömmlichen Anschauungen konformere Formulierung von Begriffen (hauptsächlich der Zurechnungsfähigkeit und der Schuld) Einfluß gewinnen kann, daß sie (auch wenn nur hohe Wahrscheinlichkeit für ihr Bestehen vorliegt) Richtpunkte für die Bestrafung abgeben kann, indem der Gesetzgeber wie der Richter mancher Schwierigkeiten bei Feststellung der Schuldhöhe überhoben ist, daß dem Gesetzgeber außerdem bei analytischer Betrachtung verschiedener anderer Materien eine Stellungnahme zu der Frage sehr nahe gerückt wird, — z. B. bei der Abgrenzung der relativen Strafunmündigkeit, der Strafwürdigkeit der Anstiftung, der Strafwürdigkeit von gewissen Sittlichkeitsdelikten — daß endlich auch der Determinismus eine unbewiesene Hypothese³⁾ darstellt, auf der man ebensowenig irgendwelche strafrechtliche Einrichtungen aufbauen dürfte. Die scheinbare Umgehung beider Hypothesen in der Formu-

¹⁾ Gleicher Meinung, abgesehen von den Gegnern des Indeterminismus, u. a. Bierling, Jurist. Prinzipienl. Bd. 3 S. 260, v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 12.

²⁾ Er wird erhoben u. a. von Löffler, Schuldformen des Strafr. 1895 S. 3, Miřička, Formen der Strafschuld 1903 S. 8, Petersen, Willensfreiheit 1902 S. 192, wohl auch von v. Lilienthal, ZStW. Bd. 15 S. 275.

³⁾ Dies wird richtig u. a. bemerkt v. Makarewicz, Abhandl. Bd. 1 S. 33.

lierung von Rechtsbegriffen und Rechtssätzen hilft dem rechtsanwendenden Richter nichts, wenn tatsächlich die von ihm ausgehende Zurechnung und Zumessung durch die eine oder andere Hypothese sich verändern kann. Andererseits ist eine Deklaration über die Willensfreiheit im Gesetzbuch unbrauchbar, weil man darüber nichts dekretieren kann. Aber man kann bei Ausgestaltung von Rechtsmaterien von Annahme oder Verwerfung der Willensfreiheit ausgehen (z. B. bei Behandlung der sog. Unverbesserlichen). Ähnlich wie bei den Naturwissenschaften, bei denen man zweckmäßigerweise gewisse nicht sicher beweisbare Axiome annimmt, welche man für am wahrscheinlichsten hält, um darauf dann praktisch wie theoretisch weiter zu bauen, und daraus nützliche Ergebnisse zu gewinnen, liegen die Verhältnisse auch im Strafrecht, wo hinsichtlich der nicht strikt zu beweisenden Willensingredienzen streng genommen nur zwei Hypothesen bestehen, die allerdings ihrerseits wieder verschiedene Erklärungsversuche zulassen.

Trotz dieser Ausführungen würde es zu weit gehen, wollte man annehmen, es ließe sich ein überwiegenden Nutzen bringendes Gesetzbuch nicht schaffen, ohne daß der Gesetzgeber zur Willensfreiheit eine feste Stellung einnehme. Da die Freiheit oder Unfreiheit des Willens unmittelbarer Erkenntnis gänzlich entzogen ist, bleibt man immer auf die Beurteilung von Symptomen (z. B. Überlegungsfähigkeit, Freiheitsbewußtsein, psychische Widerstandsfähigkeit gegenüber Reizen, Reaktionsgeschwindigkeit, Assoziationen) angewiesen. Diese Symptome sind zwar nicht eindeutig, sondern werden größtenteils zugunsten beider Theorien verwertet, aber dennoch weisen

einige dieser Symptome mehr auf die eine, andere mehr auf die entgegengesetzte Eigenschaft der menschlichen Psyche hin. Die verschiedene praktische Brauchbarkeit der angedeuteten Symptome ist es nun, auf welche der Gesetzgeber für seine Bedürfnisse in erster Linie sein Augenmerk zu richten hat.

Aus den bisherigen Sätzen läßt sich der Standpunkt des Verfassers entwickeln. Wenn die Willensfreiheit nicht exakt beweisbar ist, ihre Annahme aber den sachlichen Inhalt der Normen beeinflussen kann, so müssen praktische Bedürfnisse hinzukommen, um den Gesetzgeber zu veranlassen, von ihr auszugehen. Der Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber bei Leugnung der Willensfreiheit ebenfalls eine unbeweisbare Grundlage habe, genügt noch nicht, um ein solches Bedürfnis zu rechtfertigen. Dagegen präsentiert sich als solches praktisches Bedürfnis bis zu einem gewissen Grade der Vergeltungsgedanke. In demselben Maße nämlich, in welchem die Vergeltung sich auf die Willensfreiheit stützt, kann auch der Gesetzgeber von der Willensfreiheit ausgehen, vorausgesetzt, daß ihm die Postulate des Vergeltungsgedankens am besten entsprechen. Der Einwand, daß die Gesetzgebung dann auf einer unbewiesenen Hypothese mitberuhe, darf nicht zurückschrecken. Abgesehen davon, daß der Determinismus ebenfalls nicht exakt bewiesen ist, kommt das Hereinspielen von Hypothesen auch bei anderen Rechtsdisziplinen vor. Es kann z. B. für den Gesetzgeber wünschenswert sein, eine Religionsgesellschaft als öffentliche Korporation aufzunehmen und mit bestimmten Rechten auszustatten, obwohl rein wissenschaftlich betrachtet die Grundlagen ihres Bekenntnisses Hypothesen sind. Angenommen also, der Vergeltungsgedanke mit seinen einzelnen Postulaten befriedige

die Bedürfnisse eines modernen Kulturstaates in bezug auf die Reaktion gegen das Unrecht am besten, die Vergeltung wäre aber nur mit Willensfreiheit zu begründen, so hätte der Staat davon auszugehen. Eine so weitgehende Abhängigkeit des Vergeltungsprinzips von der Willensfreiheit braucht man aber nicht anzunehmen. Das Vergeltungsprinzip mit seinen begriffswesentlichen Postulaten läßt sich bei Annahme der Willensfreiheit nur einfacher und leichter, wie oben erwähnt, rechtfertigen (insbesondere, weil die Handlung des Schuldigen die Strafe voll verdient). Ob andererseits die Annahme der Willensfreiheit zwingend gerade auf das Vergeltungsprinzip führt, ist eine Frage für sich. Einzelne Postulate des Vergeltungsgedankens, die nicht zu den logischen, wohl aber zu den zweckmäßigen Folgerungen aus dem Prinzip gehören, verwerten Symptome, die sich auf Willensfreiheit besonders gut zurückführen lassen. Dahin gehört etwa die Abgrenzung der Zurechnungsfähigkeit, die Behandlung der sogenannten Unverbesserlichen. Die Annahme eines noch engeren Zusammenhanges erscheint nicht als geboten. Es soll hernach unternommen werden, zu zeigen, daß man auch deterministisch operierend oder ohne Stellung zum Problem dazu gelangen kann, die Postulate des Vergeltungsgedankens als besonders empfehlenswert für einen modernen Gesetzgeber anzunehmen. Den Hypothesen entgeht man freilich nicht. Sie finden sich bei den anderen Begründungen einer Strafe (also auch der Vergeltungsstrafe) nur an anderer Stelle, nämlich beim Nachweis der Notwendigkeit. Die Ausführungen über Willensfreiheit werden somit in einer Arbeit über den Vergeltungsbegriff und dessen Konsequenzen nicht wie ein Eckpfeiler des ganzen Vergeltungs-

gedankens zu behandeln sein¹⁾. Sie können andererseits aber auch nicht einfach ausgeschaltet werden.

Die Lehre, daß der menschliche Wille frei oder nicht frei sei, ist im gleichen Sinne metaphysisch oder auch nicht metaphysisch, wie manche Hypothesen der Naturwissenschaft. Es handelt sich um die Existenz einer Eigenschaft des Menschen, genauer gesagt, um die Existenz einer Kraft, deren nähere Feststellung und Analyse zurzeit nicht möglich ist, die aber entweder in der realen Welt gegeben ist oder überhaupt nicht besteht. Sie ist also nicht etwa in dem Sinn etwas Überirdisches oder Metaphysisches, wie die transzendentalen Mächte des religiösen Glaubens. Weil namentlich die katholische und die lutherische Konfession eine Sünde und überhaupt eine Verschuldung, sowie eine göttliche Strafe hiefür nur unter

¹⁾ Einzelne Fragen des Freiheitsproblems hat der Verfasser zudem bereits im Jurist. Literaturblatt erörtert. Vgl. a. a. O. Bd. 15 S. 222, Bd. 16 S. 63, B. 18 S. 42. Eine eingehende Behandlung des Problems an dieser Stelle müßte den Rahmen der Wichtigkeit, in welchem es zu dem Thema der Schrift steht, weit überschreiten. Denn bei psychologischen Fragen wirkt es überaus störend, daß die Werte, mit denen man psychische Phänomene notgedrungen belegt, nur sehr verschwommene Charakteristika des Gedachten auszudrücken vermögen. Man muß weit ausholen, um den Sinn einigermaßen genau zu präzisieren. Der Erfolg ist auch dann nur der, daß man damit wissenschaftlich recht interessante Darstellungen äußerlich beobachtbarer Erscheinungen und Zusammenhänge erhalten kann, nicht dagegen der, daß man damit über das Hypothetische der bei den einzelnen psychischen Vorgängen mitwirkenden Kräfte hinwegkäme. Mit anderen Worten: von dem festumgrenzten Untersuchungsfelde mancher Naturwissenschaften ist m. E. viel mehr aufgedeckt, als von dem Untersuchungsfelde der Psychologie, bei welcher die Elemente der psychischen Erscheinungen schon nahe der Oberfläche sich genauerer Erforschung entziehen.

der Voraussetzung eines freien Willens annehmen¹⁾, stehen hier meist die Theologen der beiden Bekenntnisse und die Indeterministen unter den Juristen auf der gleichen Seite. Diese Streitgenossenschaft hat den Juristen in den Augen Vieler mehr geschadet wie genützt. Manche vermuten, daß die Juristen sich bei ihrer Beweisführung nur auf Gründe stützen, die mit religiösem Glauben vermengt sind. Ob und inwieweit dergleichen Vorstellungen bei einzelnen unter den Juristen mitgewirkt haben, läßt sich nicht genau feststellen. Profane wissenschaftliche Erkenntnis darf mit solchen Vorstellungen nicht operieren²⁾. Sie hat Beweisgründe wie den, daß ohne die Annahme der Willensfreiheit die Strafen Gottes an seinen nichts dafür können den Kreaturen eine Grausamkeit seien, wogegen sich unsere gesamten ethischen Vorstellungen sträuben, in das Gebiet des Glaubens zu verweisen. Profanwissenschaftliche Erkenntnis darf für ihr Gebiet nur operieren mit Wahrscheinlichkeits- oder Beweisgründen, die auf sinnlichen Wahrnehmungen beruhen. Sie darf auch nicht davor zurückscheuen, es offenbar werden zu lassen, wenn die Beweisführung mit ihren Beweismitteln etwa zu anderen Ergebnissen führt, als eine Argumentation auf Grund von Glaubenssätzen. Solange sie Wissenschaft im tech-

1) Vgl. darüber Cathrein, Grundbegr. des Strafr. S. 52 f., v. Rohland, Willensfreiheit S. 9 f., aber auch Petersen, Willensfreiheit S. 14, 15. Speziell über Luther vgl. noch Bierling, Jurist. Prinzipien. Bd. 3 S. 274.

2) Diejenigen drei Münchener Kriminalisten beispielsweise, welche sich ausgesprochen zum Vergeltungsgedanken bekannt haben, sind zwar sämtlich Indeterministen, aber der Verfasser glaubt bestimmt versichern zu können, daß keiner von ihnen durch seinen religiösen Standpunkt in der Annahme oder Begründung der Willensfreiheit irgendwie beeinflusst worden ist.

nischen Sinn bleiben will, darf sie also nur Bausteine, die nicht jenem metaphysischen Grunde entnommen sind, verwenden¹⁾. Andererseits darf man eine Theorie nicht schon für verdächtig oder unwissenschaftlich halten, wenn und soweit sich ihre Ergebnisse in Übereinstimmung mit religiösen Dogmen befinden. Überblickt man die strafrechtlichen Strömungen der Gegenwart, so läßt sich manches auch für die umgekehrte Vermutung beibringen, daß gerade die mehrfach behauptete Unvereinbarkeit²⁾ des Determinismus mit Glaubenssätzen zweier großen Konfessionen einzelnen den Determinismus und, auf Grund einer nicht einwandfreien Argumentation, die Gesinnungsstrafe im Gegensatz zur Vergeltungsstrafe besonders empfehlenswert erscheinen ließ. Nur in nuce sei hier auf die Haltbarkeit der Willensfreiheit eingegangen. — Für die Willensfreiheit spricht vom Erfahrungsstandpunkte das den Menschen inwohnende Freiheitsbewußtsein, welches sich vor, während und

1) Bedenklich daher von juristischem Standpunkte aus Peterson, Goldt. Arch. Bd. 50 S. 253: „Ein Staat, welcher im Strafrecht weder eine Willensfreiheit, noch eine sittliche Verantwortlichkeit des Menschen anerkennt, würde mit innerer Unwahrhaftigkeit befleckt sein, wenn er noch ferner die christliche Religion fördern oder auch nur gelten lassen wollte“. Religiöse Überzeugung in Ehren. Sie kann zu Postulaten an den Gesetzgeber vom Standpunkte eines angenommenen Dogmas führen, nur Wissenschaft ist eine darauf aufbauende Strafrechtsbegründung nicht und für die staatliche Gemeinschaftsordnung können die Sätze einer religiösen Gemeinschaftsordnung überhaupt nur zum Teil angewendet werden, denn der moderne Staat ist eine andersartige Gemeinschaft und hat der Grundlage nach wenigstens interkonfessionellen Charakter.

2) Nicht entgegen P. Drews, Strafrechtsreform und Christentum 1905 S. 10 f.

nach den Entschlüssen geltend machen kann¹⁾. Es ist nicht wahrscheinlich, daß die Natur dem Menschengeschlecht ein Bewußtsein eingepflanzt hat, welches generell das angebliche Gegenteil der Wahrheit anzeigt. Das Freiheitsbewußtsein wäre aber eine solche konstante und allgemein eingepflanzte Täuschung, die wir durch genaue Selbstbeobachtung nicht beseitigen könnten. Daß atypisch Selbsttäuschungen nicht selten vorkommen, soll damit nicht bestritten werden. — Das Bewußtsein von der Freiheit des Menschen äußert sich weiter in der Form von ethischen Beurteilungen der Persönlichkeiten wie auch ihrer Taten. Diese Beurteilungen sind dabei grundverschieden von sozialen Brauchbarkeitsurteilen. Nimmt man hinzu, daß die Annahme dieses Freiheitsbewußtseins keine Ausnahme vom Kausalgesetz bedeuten muß, da die psychische Kraft der selbständigen Wahl sich ja erst allmählich entwickelt mit dem Heranwachsen eines gesunden Menschen und durch dessen Geburt ins Leben gerufen wird, so kann man auch nicht einmal einen Widerspruch mit monistischer Auffassung bei ihrer Annahme entdecken. Wem mit einem Bilde gedient ist, der mag sich zur Analogie eine Verbindung von chemischen Elementen vorstellen, deren Eigenschaften oder Wirkungen etwas qualitativ Neues im Vergleich zu den Eigenschaften oder Wirkungen der einzelnen Elemente darstellen. In ähnlicher Weise beruht das ganze organische Leben, das auch nicht näher erklärbar ist, auf physischen Elementen. Die

¹⁾ Das Gefühl: Ich kann so oder auch anders handeln ist nicht etwa bloß ein Wahrscheinlichkeitsurteil wie v. Hippel, Willensfreiheit und Strafrecht 1903 S. 17f. annimmt, sondern eine Gewißheit der eigenen Kraft.

Freiheit des Willens von Motiven ist auch insofern nicht ursachlos, als sie ohne Motive nicht in Tätigkeit gedacht zu werden braucht¹⁾. Man kann wohl sagen, daß erst die Motive den Anstoß zur Betätigung jener Freiheit geben. Ja man kann einräumen, daß Motive auch die Entscheidung beeinflussen. Sie tun dies nach indeterministischer Auffassung nur nicht im Sinne einer Notwendigkeit, sondern im Sinne einer Wahrscheinlichkeit, daß der Mensch aus Trägheit demjenigen Motive den Vorzug gibt (anders ausgedrückt, es zu seinen motorischen Nerven passieren läßt), welches ihm am meisten lustbetont erscheint. Mit dem Charakter und den Außenweltreizen ist nach dieser Auffassung das Zustandekommen von Entschlüssen seinen Ingredienzen nach nicht restlos erklärt. Vielmehr ist noch hinzuzunehmen eine an sich farblose Potenz²⁾, nämlich die Kraft, gemäß dem Bewußtsein von der Außenwelt sich demjenigen ins Bewußtsein gelangenden Triebe anzuschließen, dessen Folgen der Mensch kennen

¹⁾ Gegen die Behauptung, der Indeterminismus nehme ursachloses Geschehen an, vgl. u. a. v. Rohland, Willensfreiheit S. 30, Kohler, Moderne Rechtsprobleme S. 26f.

²⁾ Auch E. Wulffen, Psychologie des Verbrechers (1908) Bd. 2 S. 19 gibt zu, daß ein gewisses ursprüngliches psychisches Vermögen im Willen anzuerkennen sei. Er glaubt ferner (S. 20), daß der Wille in nicht seltenen Fällen befähigt sei, trotz aller seiner Abhängigkeit und Bedingtheit aus sich heraus neue Ursachen zu setzen, welche in die Kausalität von Charakter, Gewissen, Erkenntnis und Motiven mit einzugreifen vermögen. Wegen der Bedingtheit des Willens von verschiedenen Faktoren, die auch die relativen Indeterministen nicht leugnen, nennt er diese Anschauung gleichwohl eine deterministische. — Vgl. über das Problem des Apperzeptionsvermögens auch Finger, Ger. S. Bd. 64 S. 279.

zu lernen oder auf sich zu nehmen wünscht. Der danach gewählte Trieb ist weder notwendig der sinnlich reizvollste, noch der ethisch höchste, noch der ästhetisch stärkste Trieb, vielmehr erfolgt die endgültige, subjektive Bewertung verschiedenartiger Lustbetonungen bei divergierenden Trieben durch das Individuum selbst¹⁾, wobei es sich an erworbene oder angeborene Anlagen, soweit solche überhaupt existieren, in der Regel halten wird, aber nicht halten muß. Je öfter ein Reiz gleicher oder ähnlicher Art auftritt, um so schneller und ungestörter vollzieht sich nach dem Trägheitsgesetz der Verlauf der zum Entschluß führenden Vorgänge, da der Mensch den Reiz bereits gründlich kennt und bereits früher zu ihm eine bestimmte Stellung eingenommen hat, welche ohne neu hinzutretende Gegenmotive nicht verändert zu werden braucht²⁾. Wer sich beispielsweise eine Sache einmal reiflich überlegt hat, wird sich im Wiederholungsfalle in Ermangelung besonderer Gründe das erneute Nachdenken mindestens teilweise sparen und bei weiteren Wiederholungen immer schneller und flüchtiger den auftretenden Trieb behandeln, d. h. ihm den Zugang zu den motorischen Nerven verschaffen, und allmählich genügt bereits der leiseste Anschlag des Triebes an das Bewußtsein, um die gewohnte Reaktion auszulösen, die das Bewußtsein auch nicht mehr in die Einzelheiten zu verfolgen geneigt ist. Unter solchen Umständen ist z. B. bei Beurteilung

1) Sachlich ebenso, aber in anderer Terminologie Binding, Normen Bd. 2 S. 8, 9.

2) Man gelangt so indeterministisch zu gleichartigen Ergebnissen hinsichtlich der „allmählichen Mechanisierung der Willenshandlungen“ d. h. der „regressiven“ Willensvorgänge, wie Wundt, Grundr. der Psychologie 8. Aufl. S. 230 f. auf deterministischer Basis.

lung gewohnheitsmäßiger Begehung eines Delikts ceteris paribus schwereres Verschulden anzunehmen, als bei Beurteilung bloß einmaliger Begehung. Nur ist die Schuld mit jedem Wiederholungsakte nicht in arithmetischer Progression gewachsen, sondern in abnehmender Progression¹⁾. Der Indeterminismus vermag auch die Erscheinung zu erklären, daß die Motive Einfluß auf die Entscheidung haben und je nach ihrer Lebhaftigkeit mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit vom Individuum zum Gegenstande seiner Entscheidung gewählt werden²⁾. Die Schuldhöhe steigt mit der Klarheit, mit welcher dem Individuum die möglichen Wirkungen seiner Handlung in der Außenwelt bekannt sind, und mit der Energiestärke, die es zur Niederkämpfung entgegretender Motive bereit hat. Eine besondere Energiestärke kann sich nicht nur darin äußern, daß auch sehr starke Gegenmotive, welche es durchgesetzt haben, ein Überlegungsstadium hervorzurufen, bei der ersten oder nochmaligen Überlegung niedergekämpft werden, sondern auch darin, daß sehr lebhaft auftretenden Gegenmotiven bereits in einem frühen Stadium ihres Auftretens durch Entschlossenheit begegnet wird, so daß sie gar nicht so weit kommen, ein

1) Die Möglichkeit, auf diesem Wege auch indeterministisch die Strafschärfung für Gewohnheitsmäßigkeit, Rückfall zu erklären, wird übersehen von v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 160, Lammasch, ZStW. Bd. 9 S. 434. Von Anhängern des Vergeltungsgedankens verfiel Henke, Hdb. Bd. 1 S. 542 ebenfalls dem Fehler, nicht zu bedenken, daß die gewohnheitsmäßige Handlung auf einem intensiver gewordenen Willen zum Verbrechen beruht, und daß, wenn auch die einzelnen späteren Akte etwas geringer schuldhaft erscheinen, doch deren Fülle eine größere Schuld begründet, die in ihrer Gesamtheit mit abzuurteilen ist.

2) Vgl. dazu Kohler, Moderne Rechtsprobleme S. 42.

Überlegungsstadium durchzumachen, weil sie schon bei flüchtiger Wiedererkennung überwunden werden. Letzterenfalls ist die Energiestärke relativ am größten¹⁾). Dagegen wäre es meines Erachtens übereilt, bereits aus dem bloßen Bestehen einer Gewohnheit den Schluß auf eine besondere Energiestärke zu ziehen. Denn es gibt Gewohnheiten, die sehr häufig geübt wurden, aber keiner besonders starken Gegenmotive bedürfen, um ein für alle Male aufgegeben zu werden. Dahin gehört z. B. die Aufgabe eines täglichen Spazierweges infolge schlechter Gerüche, die an einem Platze durch einen Fabrikbetrieb entstanden sind, Abschaffung eines Haustieres mit Rücksicht auf einen entstandenen Verdruß. Aus einer Gewohnheit kann sich eine besondere Energiestärke allerdings entwickeln, nämlich dann, wenn sie einen besonders festen Entschluß zur Wiederholung ausgeübt hat. Aber das bloße Nicht-

¹⁾ Von erlittenen Vorstrafen kann, wenn sie nicht besonders unbedeutend waren, sehr wohl generell angenommen werden, daß sie geeignet sind, lebhaft auftretende Gegenmotive zu bilden (z. B. auch, alte Gegenmotive neu zu beleben, oder auf den gewohnheitsmäßig gewordenen Verlauf eines Willensprozesses erheblich störend einzuwirken). Aus der Nichtwirksamkeit solcher Gegenmotive darf dann der Schluß auf das Vorhandensein einer besonderen Energiestärke in bezug auf die Begehung bestimmter Handlungen gezogen werden. Damit rechtfertigt es sich auch vom indeterministischen Standpunkt den Rückfall schärfer zu strafen. Irrig daher v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 390 u. Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung 2. Aufl. S. 218, welche behaupten, von indeterministischem Standpunkte aus lasse sich eine Rückfallsschärfung nicht rechtfertigen. Richtig ist, daß einige ältere Anhänger des Vergeltungsgedankens diese Rückfallsschärfung nicht befürworten zu können glaubten. Vgl. die Zitate bei Hälschner, Gem. dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 550. Hälschner selbst ist für Rückfallsschärfung.

vordringen von Gegenmotiven zum Bewußtseinszentrum kann auch auf einem Trägheitsbedürfnis beruhen, dem eine entsprechende Energie der Beharrung nicht zur Seite steht. — Auch wo der Kraftaufwand des Individuums ein sehr geringer geworden ist, weil die Wege für den gewohnheitsmäßigen Ablauf des Willens schon sehr geebnet sind, bleibt trotzdem die Persönlichkeit das Ausschlaggebende, sofern sie das Motiv noch vor der sich hernach anschließenden Körperbewegung wahrnimmt. Sie behält dann immer noch das Heft in Händen und lehnt es nur aus einer Art von Trägheit ab, einen Denkprozeß über die dem Motive zu gebende körperliche Energie zu erneuern. Anders steht es, wenn das Nichteingreifen der Persönlichkeit (d. h. jener psychischen Potenz) in einen Denkprozeß auf Jugendlichkeit oder pathologische Einflüsse zurückzuführen ist, z. B. weil die Gehirnfunktionen noch zu unentwickelt sind, Reize, auf welche ursprünglich der Körper automatisch reagiert, solange aufzuhalten, daß die Psyche sie in ihrer Tragweite zu erkennen und daraufhin ein Überlegungsstadium einzuschalten vermöchte.

Der nach dem Gesagten angenommene Einfluß der menschlichen Persönlichkeit ist zwar durch die Entwicklung des menschlichen Organismus verursacht und wird herausgebildet durch die Eindrücke der Außenwelt, welche den angeborenen Charakteranlagen erworbene hinzufügen können, aber er deckt sich nicht mit den Charaktereigenschaften und den Außenwelteinflüssen. Gerade hierdurch unterscheidet sich der höhere Organismus eines gesunden Menschen von dem bloßen Spielball der Naturkräfte, daß in ihm sich eine Fähigkeit herausbildet, unabhängig von Naturanlagen ein einzelnes unter mehreren Motiven zu

akzeptieren¹⁾ und die Folgen desselben in Kauf zu nehmen. Die relativ große psychische Anstrengung, welche erforderlich ist, um etwaige besonders lebhaftere Motive, die sich in der Richtung auf ein Verbrechen bewegen, niederzukämpfen, macht es erklärlich, daß diese besonders lebhaften Motive (im Vergleich zu etwa weniger lebhaften Gegenmotiven) in der Regel die Entscheidung in ihrem Sinne durchsetzen werden. So lange aber über ihnen stehend jene psychische Potenz des Individuums sich geltend machen kann, ist dasselbe bis zu einem gewissen Grade für die Nichtanstrengung seiner stärkeren Kraft verantwortlich. Denn es hat aus Trägheit einen besonders starken Impuls zu beseitigen nicht unternommen, oder es hat zwar die Beseitigung unternommen, aber nicht die sämtlichen Kräfte entgegengesetzt, über welche es verfügte (z. B. indem es nicht nach Gegenmotiven suchte, welche die Erfahrung im Gehirn bereits aufgespeichert hatte, oder indem es den herbeigeholten Gegenmotiven die erforderliche Lustbetonung nicht verschaffte). Diese Lustbetonung, welche nach deterministischer Auffassung nicht möglich ist²⁾, erfolgt häufig in der Form, daß ein auftretendes Motiv, welchem die Psyche nicht geneigt ist sich anzuschließen, so lange im Überlegungsstadium aufgehalten wird, bis sich Gegenmotive im Bewußtsein gesammelt haben, und wenn diese zunächst noch nicht genügen, so lange, bis die Lichtseiten, welche die Gegenmotive enthalten, so im Bewußtsein einzeln hervorgetreten sind, daß

1) Wenn von einer Mehrheit von Motiven gesprochen wird, so ist darunter nicht nur das ausschlaggebende, d. h. der Beweggrund i. e. S. verstanden.

2) Vgl. z. B. Petersen, Willensfreiheit S. 65.

sie der Vorstellung als die stärker lustbetonten erscheinen. Erst dann erfolgt gemäß dieser Vorstellung der Akt, den man gemeinhin Entschluß nennt. Mit den Ergebnissen der Assoziationspsychologie läßt sich diese Auffassung wohl in Einklang bringen.

Glaubt man sonach annehmen zu müssen, daß das Wesen der psychischen Persönlichkeit nicht nur in den angeborenen und erworbenen Anlagen und den umgebenden gesellschaftlichen Verhältnissen bestehe, sondern daß das Vorhandensein noch einer besonderen Eigenschaft oder Kraft (nämlich der Selbstbestimmungsfähigkeit) im Hinblick auf das Freiheitsbewußtsein die größere Wahrscheinlichkeit für sich habe, so steht diese Auffassung nicht entgegen, eine Reihe von sekundären, psychologischen Problemen, welche als Stützen des Determinismus vielfach angesehen werden, auch streng indeterministisch zu erklären.

2. Geht man dagegen bei Begründung der staatlichen Strafe von deterministischer Auffassung aus, so muß man zunächst das sich fühlbar machende Bedürfnis nach einer Reaktion gegen das Unrecht unbedingt anerkennen, weil der Gemeinwille, d. h. die Rechtsordnung, des Schutzes und der Bewahrung bedarf. Um aber daraufhin die Verhängung eines Strafübels für gerechtfertigt zu erklären, bedürfte es eigentlich eines genauen Beweises für die Notwendigkeit einer Strafe. Denn so lange man mit leichteren Mitteln auskommen kann, erscheint es von deterministischer Betrachtungsweise aus ungerechtfertigt und mit Rücksicht auf die Interessen der Humanität verwerflich, seine Mitmenschen zu quälen. In der Tat ist denn auch von Verschiedenen, wie bereits oben erwähnt,

der Ruf nach Abschaffung der Kriminalstrafe erhoben worden¹⁾. Diejenigen, welche dagegen am Strafrecht festhalten, erscheinen verpflichtet, auf die Frage der Notwendigkeit näher einzugehen. Sie werden dann zu berücksichtigen haben, daß die menschliche Gesellschaft durch die Ergreifung ausschließlich vorbeugender Maßregeln kaum hinreichend geschützt ist, daß z. B. Erziehung und Präventivpolizei nicht wirksam genug gestaltet werden könne, daß es m. a. W. für den Schutz des Gemeinwesens nicht ausreicht, gegen befürchtete Gebots- und Verbotsübertretungen durch Abgraben der Wurzeln des Unrechts, gegen eingetretenes Unrecht durch Maßnahmen der behelrenden Erziehung Vorkehrung zu treffen. Diese Erkenntnis gibt den Anlaß behufs wirksamerer Reaktion auch Maßregeln zu ergreifen, die gemeinhin von den Betroffenen als Übel empfunden werden, da auch Maßnahmen des sog. bürgerlichen Ersatzzwanges, ohne eine weitere verstärkende Maßregel für viele Fälle zu wenig Schutz gewähren. Man kann dann abermals einen Schritt weiter gehen und die Erfahrungstatsache benützen, daß die Übelseigenschaft einer Maßregel auf die Mehrzahl der geistig gesunden Menschen, ja sogar auf eine Anzahl der geistig krankhaften Personen eine prävenierende Wirkung ausübt, (auf erstere freilich häufiger und mit günstigeren Enderfolgen, als auf letztere). Mit Rücksicht auf diese wertvolle Wirkung der an eine verbotene Handlung angeschlossenen Reaktion mittels eines Übels erscheint es nützlich, wenn durch angedrohte und vollzogene Übel, die auf die Begehung

¹⁾ Vgl. hierher insbesondere die Zitate bei Birkmeyer, Was läßt v. Liszt usw. S. 54 f., sowie außerdem Vargha, Abschaffung der Strafknechtschaft Bd. 2 S. 285, 404, 665.

verbotener Handlungen zu setzen sind, prävenierende Wirkungen erstrebt werden.

Von hier an gehen die Anhänger der sog. relativen Theorien¹⁾ ihre von anderen Deterministen geschiedenen Wege. Den einen unter jenen Anhängern der relativen Theorien stehen bekanntlich die Zwecke der Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung des einzelnen Täters, sei es allein, sei es in irgendwelcher Kombination, im Vordergrund ihrer weiteren Bestrebungen. Den anderen steht die Abhaltung der Gesamtheit aller Bürger vom Verbrechen obenan. Nach einem dieser Zwecke soll dann die Strafe ausgestaltet werden. Jeder dieser Zwecke ist aber geeignet, hinsichtlich der Art und des Maßes der Strafe andere Resultate zu liefern wie die übrigen, wenn er als oberster Zweck oder als vorangehender Zweck bei Divergenzen der verschiedenen Zwecke den Ausschlag geben soll.

Diejenigen Deterministen, welche den relativen Theorien nicht beitreten, erachten die Voranstellung eines dieser Schutzzwecke nicht für diejenige Lösung, womit das Wohl der Gesamtheit und damit auch ihrer Organe am besten gefördert wird. Die Übertretung der verschiedenen Rechtsvorschriften erscheint ihnen zahlreicher Abstufungen dem Werte nach fähig, die nicht ganz dem Ermessen der rechtsanwendenden Beamten anheimgegeben werden können. Sie werden u. a. durch folgende Erwägungen zu einer anderen Strafbemessung geführt: die Humanitätsanschauungen unserer Kulturperiode, das Bedürfnis

¹⁾ In bezug auf diesen Begriff wird hier die herkömmliche Auffassung z. B. von Henke, Hdb. Bd. 1 S. 491, Merkel, Lehrb. S. 192 zugrunde gelegt.

nach Erhaltung eines staatstreuen Volkes, welches durch zu starkes Anziehen der Strafzügel verbittert würde, insbes. aber der Wert des Einzelmenschen im Vergleich zu der verschiedenen Bedeutung der Angriffsobjekte und Angriffsformen für die Rechtsordnung, die fortbestehende soziale Brauchbarkeit manches gelegentlich Strauchelnden, sie treiben uns dazu, die Strafmöglichkeiten, gemäß den Werturteilen über die Bedeutung des Tuns, einzuschränken. Es würde außerdem die Volkskraft in Bestrafung und Erziehung verbraucht, wollte man alle Täter strafbarer Handlungen bis zur Garantie ihrer dauernden Besserung und Abschreckung einsperren. Das Bedürfnis eines Verfassungsstaates, bloße Gedanken zollfrei zu belassen, d. h. sie nicht durch Strafen zu unterdrücken, ein Bedürfnis, das auch auf der Unsicherheit der Erkenntnis bloßer Gesinnungen und Gedanken beruht, veranlaßt die Beschränkung des Strafmaßes auf den Wert einer vergangenen Tat¹⁾. Das Bedürfnis nach Gleichheit aller vor dem Gesetz führt dann weiter zur Fernhaltung von Verwaltungswillkür bei der Strafverfolgung und Strafbemessung.

Dergleichen praktische Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß den obersten Gesichtspunkt für die Bestrafung das verschiedengradige Interesse am Nichtgeschehen der einzelnen vergangenen Delikte bildet. Nicht etwa die Übelsqualität, welcher man bedarf, um den einzelnen Täter künftig abzuhalten, oder um die Gesamtheit der Übrigen künftig abzuhalten, sondern in erster Linie der Wert, den die maßgebenden

¹⁾ Treffend bemerkt Rich. Schmidt, Aufg. d. Strafrpfl. S. 135, die Vergeltungsstrafe biete für die Forderung des sogenannten Rechtsstaatsprinzips die besten und zuverlässigsten Garantien.

den Kreise einer bestimmten Verletzung in objektiver und subjektiver Hinsicht beimessen, soll maßgebend sein. Juristisch läßt sich dann auch bei deterministischem Vorgehen diese Bewertung in die Formel kleiden, daß an die Stelle des Rechts auf Gehorsam ein adäquates Recht auf Ersatz treten müsse. Als solcher kann in Ermanglung des unwiderbringlich gebrochenen Gehorsams auch für den Deterministen die Strafe dienen, wenn sie richtig bemessen wird, d. h. wenn mit der nötigen Sorgfalt darauf gesehen wird, daß das auferlegte Übelsquantum- und Quale nicht dem Ergebnis jener Nützlichkeits-erwägungen widerspricht. Da der Gesetzgeber die Kasuistik der möglichen Fälle des Ungehorsams weder in subjektiver noch in objektiver Hinsicht völlig erledigen kann, hat er sie auch nach deterministischem Urteil in zahlreiche Tatbestände mit relativ bestimmten Strafraumen zu gruppieren. Die Strafe des Einzelfalls hat dann der Richter unter Anlehnung an die Wertanschauungen des Gesetzgebers, subsidiär nach Maßgabe der geläuterten Werturteile über die zweckmäßigste Strafgröße zu finden. Die geschilderte, auf Nützlichkeits-erwägungen sich aufbauende Maßregel ist noch Repression, denn auch bei ihrer Ausgestaltung wird lediglich die Vergangenheit berücksichtigt, nämlich der Wert der vergangenen Tat. Die präventiven Zwecke bilden nämlich hier ebenfalls nur eingegliederte Bestandteile in der Gesamtheit der Bewertungsmomente. Auch als Strafe wird man diese deterministische Reaktionsmaßregel noch bezeichnen dürfen. Verlangt man von diesem bestrittenen Begriffe nicht mehr, als daß die Strafe ein gewollter Nachteil sei, der über Jemanden verhängt wird, daß sie ferner wegen eines unzulässigen Verhaltens verhängt werde und

endlich, daß durch dieselbe dem Täter die Unzulässigkeit seines Verhaltens zum Bewußtsein gebracht werden soll, so muß man unbedingt die Strafeigenschaft der eben bezeichneten deterministischen Maßregel bejahen¹⁾. Sagt man freilich: die Strafe ist begrifflich Vergeltung, und faßt man die Vergeltung zugleich in indeterministischem Sinn, so kann man die eben erwähnte Maßregel als Strafe i. e. S. nicht gelten lassen²⁾. Sucht man aber für die nach Werturteilen vorgehende deterministische Reaktion gegen das Unrecht nach einem das Prinzip treffend ausdrückenden Namen, so wird man kaum einen passenderen dafür finden, als den der Vergeltung. Der Umstand, daß man in früheren Jahrzehnten die Vergeltung ausschließlich auf indeterministischem Wege zu begründen versucht hat, steht nicht entscheidend im Wege³⁾. Es läßt sich zur Begründung dieser Terminologie auch anführen, daß diese deterministisch aufgebaute Vergeltung in keinem begriffswesentlichen Punkte zu abweichenden Ergebnissen zu kommen braucht, wie die indeterministische Vergeltung. Freilich läßt sich der Begriff einer Strafe mit dieser Konstatierung noch nicht sofort als gerechtfertigt dartun, denn zur Strafe gehört eine betätigte Schuld. Die althergebrachten Auffassungen über das Wesen der Schuld lassen sich nun bei Leugnung der Willensfreiheit nicht aufrecht erhalten. Aber unter Abstreifung des ethischen

¹⁾ Die angegebenen Erfordernisse des Strafbegriffs sind die des Indeterministen H. Meyer. Vgl. dessen Willensfreiheit S. 24, 25.

²⁾ So Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 9 und Ger. S. Bd. 67 S. 404.

³⁾ A. M. außer Birkmeyer a. a. O. auch v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 48.

Gehaltes im alten Schuldbegriff, ist auch hier noch eine Schuld im weiteren Sinne annehmbar, welche wenigstens die praktisch wichtigsten Merkmale des alten Schuldbegriffs aufweist. Es liegt nämlich immerhin ein Debet vor, welches der ungehorsam Handelnde gegenüber der bürgerlichen Gesellschaft auf sich geladen hat. Dieses Debet besteht darin, daß er in einem der Bedeutung seines Unrechts entsprechenden Maße die schädlichen Folgen durch ein Übel auszugleichen hat, welche dem Gesetzgeber durch den Ungehorsam approximativ erwachsen sind. Da die Exequierung dieses geschuldeten Übels nützliche Gegenwerte für die Rechtsordnung bedeutet, kann man auch auf deterministischer Grundlage von einer Strafe i. w. S. reden. Das in Frage stehende, bestimmungsmäßige Übel, durch welches der Auferlegende dem Täter die Unzulässigkeit vergangenen Verhaltens wertentsprechend zum Ausdruck bringen will, enthält aber um deswillen nützliche Gegenwerte für den Auferlegenden, weil es nur zur Anwendung zu kommen hat gegenüber Personen, die der Gesetzgeber für fähig erachtet, im allgemeinen vernünftigen Motiven Gehör zu gewähren. Wenn nur solche Personen mit dem Übel belegt werden dürfen, ist durchschnittlich der Zweck der Spezialprävention nicht ausgeschlossen. Und jedenfalls kann die Bestrafung solcher Personen generalpräventive Wirkungen ausüben, da die übrigen sich Gegenmotive bilden können, wenn sie wissen, daß die im allgemeinen vernünftigen Motiven zugänglichen (kurz gesagt zurechnungsfähigen) Täter eines bestimmten Ungehorsams gestraft werden. Das Resultat dürfte somit sein, daß nicht nur der Ausdruck Vergeltung, sondern auch der Begriff der Strafe bei deterministischer Zurechtlegung der letzterörterten Maß-

regel beibehalten werden darf¹⁾. Allerdings ist diese Vergeltung von einem ethischen Standpunkte aus etwas völlig anderes geworden. Sie ist überhaupt keine Bewertung der Persönlichkeit nach Maßgabe einer ethischen Schuld, sondern sie ist nur mehr eine von Nützlichkeitsrücksichten diktierte Bewertung einer bestimmten Handlung, welche aus bestimmten Anlagen und Außenweltsreizen, die der Gesellschaft unvorteilhaft sind, hervorging. Die Nützlichkeitsrücksichten verlangen die Schuld i. w. S., weil nur bei Vorhandensein einer Zurechnungsfähigkeit, gleichviel wie sie näher bestimmt wird, die Strafe eine nützliche präventive Wirkung (die Darnachachtung) ausüben kann. Die Nützlichkeitsrücksichten verlangen weiter Berücksichtigung der objektiven Bedeutung des Unrechts und sie können auch die psychischen Qualitäten des i. w. S. schuldhaft Handelnden in ihrer verschiedenen Bedeutung für die Rechtsordnung abschätzen. Trotz des teilweise verschiedenen Gedankengangs kann sich daraufhin die Bewertung der einzelnen Faktoren genau so vollziehen, wie bei indeterministischer Beurteilung²⁾. Auch die sonstige Terminologie läßt sich ohne notwendige Veränderung der praktischen Ergebnisse auf die deterministische Vergeltungsstrafe übertragen. Das, was

1) Daher haben denn auch Binding, Grdr. S. 229, Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 42 mit 235, Liepmann, Einleitung in d. Strafr. S. 204, Merkel, Lehrb. S. 145, Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 5, R. Schmidt, Aufg. d. Strafrpf. S. 94, Vergeltung wie Strafe ohne Rücksicht auf ihre Stellungnahme zur Willensfreiheit aufrecht erhalten.

2) M. E. nicht richtig daher v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 52, welcher behauptet, der folgerichtige Determinismus führe zur völligen, uneingeschränkten Verwerfung der Vergeltungsstrafe, und hierbei nicht etwa bloß die Bezeichnung als Vergeltung meint.

nach jenen Utilitätsgründen die Gesellschaft an Übel braucht, ist, wenn die Notwendigkeit einer Strafe überhaupt erst feststeht, von dem mehr oder weniger mißratenen Gliede derselben dann auch verdient. Verdienst bedeutet hier allerdings nur eine Schuldigkeit mit Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft, welche zu ihrem Schutze die strafweise Entziehung eines Rechtsguts in Anspruch nimmt. Ebenso kann bei deterministischer Denkweise davon gesprochen werden, daß der Gedanke der Ausgleichung auf weitesten Rechtsgebieten nach Anerkennung strebe¹⁾. Nur ist es eine andere Ausgleichung. Nicht der Ungehorsam als solcher ist es mehr, welcher einen Rechtsanspruch erzeugt, sondern der durch den Ungehorsam aufgezeigte psychische Defekt eines zurechnungsfähigen Menschen weckt im Gesamtinteresse der Rechtsordnung Strafbedürfnisse von bestimmter Größe.

3. Speziell zur Rechtfertigung des Zwecks der Vergeltung im Gegensatz zu vorherrschenden präventiven Zwecken dient die Nachweisbarkeit von nützlichen präventiven Wirkungen auch bei einer nach den Grundgedanken der Vergeltungsidee ausgestalteten Strafe. Die Annahme solcher nützlicher Wirkungen ist zwar bestritten, aber nie stichhaltig widerlegt worden²⁾. Es dürfte doch nicht ernstlich zu be-

1) Vgl. auch die Bemerkung Fingers, Verhandl. des 29. Juristent. Gutachten Bd. 2 S. 48: „Auszugehen ist von dem axiomatischen und daher keines weiteren Beweises bedürftigen Satze, daß eine Gesetzgebung umso vollkommener ist, je mehr sie die Erreichung des Zieles, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werde, anstrebt“.

2) Für das Vorhandensein derselben tritt z. B. ein Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 573. Aus der Reihe derer, die zu den Gegnern der Vergeltungsstrafe gerechnet werden müssen, ist zunächst

zweifeln sein, daß die starke Macht des Staates in Ausübung der Strafrechtspflege einen sehr erheblichen Beitrag dazu lie- das gelegentliche Zugeständnis zu erwähnen, daß u. a. „die Furcht vor Internierung in einer Anstalt“ (nach dem Zusammenhang sind wohl Irrenanstalten gemeint) „Hemmungen einschaltet, d. h. kontrastierende Vorstellungen von solcher Stärke schafft, daß längere oder kürzere Zeit oder ganz Konflikte mit dem Strafgesetzbuch vermieden werden“. Vgl. Cramer, Gerichtliche Psychiatrie, 3. Aufl. 1903 S. 41. Da man die Strafen unseres Rechts allseits wirksamer gestaltet haben möchte, ist nicht einzusehen, warum dann nicht auch die Furcht vor einer Strafe und zwar auch in anderen Fällen als bei gemindert Zurechnungsfähigen (welche Cramer a. a. O. im Auge hat) erst recht solche Hemmungen einschalten könnte. Und ebenso wie die Furcht vor der Strafe präventive Wirkungen hat, kann auch die Strafe selbst diese Wirkungen haben, wenn ihr Übelscharakter zu entsprechendem Ausdruck gelangt. Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit S. 29, gibt zu: „Die als gerechte Vergeltung betrachtete Strafe schafft Achtung vor dem Gesetz, schreckt ab, bessert vielleicht auch“. Er wendet hingegen allerdings ein, das seien dem Anhänger der Vergeltungsstrafe nur entferntere Zwecke. Dieser Einwand ist unstichhaltig. Wie oben ausgeführt wurde, ist die Strafe um ihrer verschiedenen nützlichen Wirkungen willen da. Die Anhänger des Vergeltungsgedankens glauben aber zugleich, daß der größtmögliche Nutzen der Strafe für den Staat bloß dann erreicht werde, wenn Achtung, Abschreckung oder Besserung nur im Rahmen der geläuterten Werturteile über die Bedeutung des konkreten Unrechts berücksichtigt werden.

Gelegentlich ist von gegnerischer Seite der Strafe des heutigen Rechtes, die mit Grund zugleich als auf dem Vergeltungsgedanken aufgebaut angesehen wird, jede nützliche Wirkung abgestritten worden. Vgl. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 241: „Unsere Strafen wirken nicht bessernd und nicht abschreckend, sie wirken überhaupt nicht präventiv, d. h. vom Verbrechen abhaltend; sie wirken vielmehr geradezu als eine Verstärkung der Antriebe zum Verbrechen“. Vgl. hiergegen aber u. a. Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform S. 15, 16, Nagler, Ger. S. Bd. 70 S. 26, Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 19, Finger, Ger. S. Bd. 71 S. 57. Vgl. außer-

fert, daß wir in relativ geordneten Verhältnissen leben, in weit geordneteren, als noch vor zwei Jahrhunderten. Wohl der Mehrzahl der Juristen werden schon häufig Fälle, z. B. von Mietstreitigkeiten, von Wortwechselln, begegnet sein, angesichts deren die Annahme schwer von der Hand zu weisen ist, daß nur das Bewußtsein, sich andernfalls strafbar zu machen, die Beteiligten von Beleidigungen, Hausfriedensbrüchen, Besitzentziehungen, Nötigungen und anderen Ausschreitungen abgehalten hat. Auch ohne die Möglichkeit eines exakten statistischen Nachweises bestehen wohlbegründete Vermutungen, daß ebenso in zahlreichen Fällen Personen durch die in verschiedener Gestalt ihnen vor Augen tretende Möglichkeit einer Bestrafung abgeschreckt werden, diebische, betrügliche, wucherische oder erpresserische Handlungen zu begehen¹⁾. Daß

dem R. Schmidt, Aufg. der Strafpfl. S. 132. Schon Henke, Handb. Bd. 1 S. 407 bemerkte: „Ja es wird die in ihrer Beziehung zum Verbrecher als gerechte Vergeltung erscheinende Strafe auch am meisten geeignet sein, alle Nützlichkeitsforderungen zu befriedigen, die etwa an sie gemacht werden könnten“. Merkel, Kriminalistische Abhandl. Bd. 21 S. 11 erklärt im gleichen Sinn: „In der Tat lassen sich auch die meisten Fortschritte, die wir uns im Gebiete der Strafrechtspflege gemacht zu haben rühmen und welche wir noch zu machen hoffen und bestrebt sind, mit der Forderung in Verbindung bringen, daß die Strafe sich als gerechte Vergeltung legitimieren könne“. Endlich wäre zu erwähnen Peterson, Goldt. Arch. Bd. 50 S. 255, der annimmt, die Schlußfolgerung, nach welcher die Zunahme der abgeurteilten, strafbaren Handlungen mit der mangelhaften Wirkung unserer Strafgesetze in Zusammenhang stehe, sei mehr wie gewagt und dies des weiteren zu belegen sucht.

¹⁾ Es geht daher entschieden zu weit, wenn v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 232 behauptet, unser geltendes Strafrecht sei machtlos gegenüber

die Strafen den Bestraften selbst häufig nicht bessern, das beweisen die Rückfallsziffern allerdings. Aber nicht das geringste ist dafür bewiesen, daß sie nichts oder wenig wirken, oder daß der Vergeltungsgedanke irgendwie im Wege stünde, dieses Verbrechensbekämpfungsmittel wirksamer auszugestalten. Derselbe steht auch nicht entgegen, daß außer der Strafe noch sichernde Maßnahmen für besonders gefährliche Verbrecher befürwortet werden können. Das nach dem Vergeltungsgedanken organisierte Strafrecht will der Strafe außerdem gewisse Nützlichkeiten für die Erhaltung eines gesetzestreu und das Recht achtenden Bürgerstandes garantieren, welche u. a. auch in der Beibehaltung der bestimmten Strafurteile liegen, da bei der Unvollkommenheit, den Charakter eines erwachsenen Menschen genau zu erkennen, die von der Erkenntnis der Anstaltsbeamten abhängig gemachte Strafdauer Heuchelei und Verbitterung, letztere nicht nur bei den Bestraften, groß ziehen müßte¹⁾. Demnach erscheint als haltlos der Einwand von der Un-

dem Verbrechen, die Gewinnsucht, die Rohheit und Gewalttätigkeit, die Widersetzlichkeit, die geschlechtliche Zügellosigkeit im Zaume zu halten, das vermöge unser heutiges Strafrecht nicht. Vgl. aber im Gegensatz hierzu z. B. R. Schmidt, Aufg. der Strafrpf. S. 79, Bierling, Jurist. Prinzipienl. Bd. 3 S. 387.

¹⁾ Nach dem Dargelegten ist es kaum zu begreifen, wenn man mit der Spitze gegen die Vergeltungsstrafe von der Unbrauchbarkeit unseres Strafsystems sprechen will. A. M. v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 346, unsere ganze heutige Strafrechtspflege sei nichts wert; ferner ebenda, S. 353: „Eine Strafe, die das Verbrechen fördert: Das ist die letzte und reichste Frucht der vergeltenden Gerechtigkeit“. Und diese beiden sehr weitgehenden Behauptungen leitet er lediglich aus der kurzzeitigen Freiheitsstrafe in ihrer gegenwärtigen Verwendung ab! Mit Recht bemerkt jenen Behauptungen gegenüber v. Bar, Probleme des Strafr.

fruchtbarkeit oder Unbrauchbarkeit des Vergeltungsgedankens¹⁾. Ungerechtfertigt ist es auch, wenn man etwa deswegen, weil

S. 18, das Gegenteil — eine unvergleichliche Besserung der Rechtsicherheit für Personen und Eigentum (scil. im Vergleich zum Anfang und zur Mitte des vorigen Jahrhunderts) — liege vielmehr bei unbefangener Betrachtung vor Augen.

¹⁾ Vgl. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 54: „Ich behaupte vor allem die wissenschaftliche Unfruchtbarkeit und die praktische Unbrauchbarkeit der Vergeltungsidee“, d. n. s., Aufs. Bd. 2 S. 433: „Die klassische Schule — hatte sich eine einzige Aufgabe gestellt: den Auf- und Ausbau des dogmatischen Systems des Strafrechts“ sowie d. n. s., a. a. O. S. 435: „Die klassische Schule — das kann nicht oft genug und nicht scharf genug gesagt werden — hat sich niemals ernstlich die Aufgabe gestellt, die Ursachen der Kriminalität zu erforschen“. Endlich v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 122: „Die klassische Schule hat für die vorbeugende Tätigkeit der Polizei niemals Verständnis oder gar Liebe gehabt“. Der Begriff der klassischen Schule ist kein scharf abgegrenzter, wie wir wissen, aber im landläufigen Sinne umfaßt er jedenfalls die Anhänger des Vergeltungsgedankens, außerdem etwa noch einige im praktischen Ergebnis diesem nahestehende Kriminalisten. Wie weit man die Gruppe der Angegriffenen zu ziehen hat, interessiert hier nicht näher. Jedenfalls können sie manches entgegenen. Es dient m. E. kaum der Klärung wissenschaftlicher Zweifels- oder Streitfragen, wenn man in generell gehaltenen Anschuldigungen, die teils enger teils weiter ausgelegt werden können, das Tun seiner Gegner als unwissenschaftlich, unfruchtbar oder doch als unbrauchbar bezeichnet. Auch die Diskussion hierüber ist unerquicklich. Indessen mit Rücksicht auf die weite Verbreitung der v. Lisztschen Ausführungen auch außerhalb der Fachwissenschaft erscheint ein Eingehen auf die Angriffe doch geboten, da sie geeignet sind, die Gegner in weiten Kreisen zu diskreditieren. Zunächst ist auf das zu verweisen, was oben S. 65, 82f. über die Zwecke der Vergeltungsstrafe d. h. über den wesentlichen Inhalt, den eine nach dem Vergeltungsgedanken eingerichtete Strafe zu bekommen hat, und über die tatsächlichen Wirkungen derselben ausgeführt wurde. dies dürfte genügen, um das Unfruchtbare und Unbrauchbare der Ver-

das geltende Strafrecht auf dem Vergeltungsgedanken aufgebaut ist, alle vermeintlichen oder wirklichen Fehler

geltungsidee ins richtige Licht zu setzen. Ob ferner die „klassische Schule“ sich nur den Ausbau des „dogmatischen Systems“ des Strafrechts zur Aufgabe gestellt hat, hängt davon ab, mit welchem Inhalte man sich den v. Liszt'schen Ausdruck „dogmatisches System“ vorzustellen hat. Meint er damit bloß theoretische oder aprioristische Konstruktionen ohne praktisch-kritischen Wert, so kann jeder Kenner des Strafrechts ihn belehren, daß er im Unrecht ist, zumal wenn man die Exegese mit zur Dogmatik schlägt. Läßt v. Liszt aber die Rechtspolitik mit zum Kreise der Dogmatik gehören, so bestände ja der angebliche Gegensatz zu der klassischen Schule gar nicht, die dann ja auch die Frage nach der Verbesserung und zweckmäßigsten Ausgestaltung des Strafrechts betrieben hat. Wahrscheinlich meint v. Liszt den Ausdruck „dogmatisch“ in ersterem Sinne. Denn man wird seinen Äußerungen schwerlich eine andere Bedeutung entnehmen können, als daß kriminalpolitisch seine Richtung alles, die klassische Schule nichts geleistet hat. Allein man braucht nur z. B. die zahlreichen Werke von Binding zu lesen, dessen Kritik des geltenden Rechts überall sachkundig eingesetzt hat, um das Unzutreffende jenes Vorwurfs zu erkennen. Und haben nicht auch zahlreiche andere Vertreter der klassischen Schule fortwährend sich um die Verbesserung der Begriffe bemüht, mit denen der Richter arbeiten muß? Verändert sich nicht auch mit dem Begriffe des Deliktes die bisherige Rechtslage in bezug auf dessen Behandlung? Man denke etwa an Bindings Arbeiten über Beleidigung, Urkundenfälschung, Bettel. Beschränken sich die Werke von zahlreichen Anhängern der klassischen Schule auf begriffliche Spitzfindigkeiten, oder bieten sie nicht gerade da, wo Juristen allein etwas Wissenschaftliches leisten können, auch kriminalpolitisch beachtliche Winke? Es wäre dabei die Frage zu überlegen, wie weit der Jurist bei der Kritik des geltenden Rechtes wissenschaftlich exakte Untersuchungen anstellen kann. M. E. kann er dies als Jurist nur insoweit, als er Erkenntnisse gewinnt, die aus seiner Wissenschaft geschöpft sind, oder als er Sätze aus fremden Wissenschaften, die man als einen sicheren Erfahrungsschatz jener Wissenschaften

des geltenden Rechts dem Vergeltungsgedanken zur Last legt. Es sollte nicht notwendig sein hervorzuheben, daß

annehmen kann, verwertet. An dieser Tätigkeit haben es die Vertreter der Vergeltungstheorie nicht fehlen lassen. Notgedrungen muß der Jurist freilich gelegentlich über die eben gesteckten Grenzen hinausgreifen, z. B. bei Erörterung der Willensfreiheit, aber er wird dann offen bekennen, daß er hier Dinge erörtert, die mit juristischer Genauigkeit sich nicht feststellen lassen. Sehen wir uns im allgemeinen Teil des Strafrechts näher um, so können wir weiter fragen, wer hat am nachhaltigsten auf die Beseitigung der Erfolgshaftung hingearbeitet? Sind die Erörterungen über die Bestrafung des Versuchs und der Teilnahme, über die Grenzen der Notwehr und des Notstandes, über die Zurechnungsfähigkeit, über die Bedeutung des Rechtsirrtums nicht praktisch wichtig und de lege ferenda beachtlich? Hat z. B. nicht von den Lebenden zuerst Binding (Entw. eines StGB. 1869 S. 9f.) den „Grundsatz der höchsten Ökonomie in der Androhung von Strafen“ gepredigt? Kann man es den alten Vergeltungstheoretikern irgendwie zum Vorwurf machen oder etwa dem Vergeltungsgedanken anrechnen, wenn die klassische Schule sich die junge Wissenschaft der Kriminalätiologie nicht ernstlich als besondere Aufgabe gestellt hat, sondern nur nebenher gelegentlich darauf zu sprechen kam? Wie viel feste Ergebnisse der neueren Kriminalätiologie gibt es denn, die zugleich ausgereifte, praktische Vorschläge nahelegen, ohne bereits früher in den Grundzügen bekannt gewesen zu sein? Vgl. dazu etwa Binding, Grdr. 7. Aufl. Vorwort S. VIII unten, aber auch v. Liszt selbst, Aufs. Bd. 2 S. 290 f. insbesondere S. 292. Ist diese Ätiologie eine speziell juristische Aufgabe oder nicht vielmehr eine solche, in der der Jurist ein Laie bleibt, der die Untersuchungen nur in bescheidenen Grenzen nachprüfen und nur in ihren sicheren Ergebnissen verwerten kann? Will man es den älteren Anhängern des Vergeltungsgedankens vorwerfen, daß sie in einer Zeit, wo die Reform des erst kurz ins Leben getretenen Strafgesetzbuches ferne lag, sich zunächst in der Hauptsache mit der Erkenntnis des geltenden Rechts und der Kritik seiner Einzelheiten beschäftigt haben? — Kann man von der Präventivpolizei behaupten, sie sei ein Bestandteil des Strafrechts in dem

trotz Richtigkeit eines Prinzips manche Ungleichheit und Uneben-

Sinne, daß sie viel richtiger von Strafrechtlern als von Verwaltungsrechtlern und Vertretern der Polizeiwissenschaft erörtert werden müßte? Hatte vielleicht zur Zeit jener Vorwürfe die v. Lisztsche Richtung irgend ein Lehrbuch des Präventivpolizeirechts produziert? Wenn in den strafrechtlichen Schriften der klassischen Schule die präventive Tätigkeit der Polizei nur bei einzelnen Materien berührt wurde, z. B. bei der Polizeiaufsicht und bei der Ausscheidung der Strafe von präventiven Polizeimaßregeln, vgl. hierher z. B. Sonntag, ZStW. Bd. 1 S. 503, darf man daraus schon ableiten, daß den Anhängern der Vergeltungsstrafe das Verständnis für diese Staatsaufgabe abgeht — oder auch nur die Liebe? Waren vielleicht diejenigen Praktiker, welche sich mit den präventiven Aufgaben der Polizei zu befassen hatten, sämtlich Gegner der klassischen Schule oder der Vergeltungsstrafe? Selbst wenn aber in jeder Hinsicht die Behauptung richtig wäre, daß die klassische Schule nur das dogmatische System des Strafrechts gepflegt hat, so würde es sich erst noch fragen: Hat sie damit für das Ganze mehr oder weniger geleistet, wie andere Juristen, die eine Menge kriminalpolitischer Forderungen da und dort hervorholten, dadurch auch manche Anregung gaben, aber durch deren Übertreibung oder durch die mangelhafte Begründung und Exaktheit viele Unklarheiten hervorriefen und den soliden Fortschritt eher aufhielten als beschleunigten? Manche wichtige Probleme über die nützlichen Wirkungen oder die richtige Auslegung dieser oder jener Vorschrift mußten in der wissenschaftlichen Erörterung mehr in den Hintergrund treten, seitdem man sich mit so vielen ungenügend vorbereiteten Angriffen und allgemein gehaltenen Ideen der Verbrechensbekämpfung zu befassen hat, die zum erheblichen Teil nicht einmal neu sind. — Verfehlt ist auch der Vorwurf v. Liszts, Aufs. Bd. 2 S. 54, die Vergeltungsidee sei völlig unfähig, die Grenze zwischen strafbarem und bürgerlichem Unrechte zu ziehen. Richtig wäre dies nur, wenn die Vergeltungsidee die Strafe als notwendige Deliktsfolge erklären müßte. Das war aber nur die Sonderidee einiger älterer Vertreter. Zutreffend daher die auf diese Spezialtheorie beschränkte Bemerkung Bindings Grdr. S. 206. Dagegen wenn v. Liszt selbst zugibt, daß der Grund der Strafe deren Notwendigkeit nach Ansicht aller Theorien ist, so

heit der Gesamtanlage wie der Details eines Gesetzes zurückbleiben kann, welches sich an jenes Prinzip anlehnt¹⁾.

Es gewinnt oft den Anschein, als ob die Angriffe auf den Vergeltungsgedanken mehr auf vorgefaßter Meinung über das, was unter dem Namen Vergeltung etwa verstanden sein möchte, als auf einer genauen Erfassung des Kernproblems der Gegensätze Vergeltungsstrafe und Gefährlichkeitsstrafe beruhten²⁾.

räumt er damit indirekt zugleich ein, daß die Vergeltung nicht schon begriffswesentlich die Bestrafung aller Fälle von Unrecht verlange. Die Vergeltungsstrafe kann, wie bereits früher erwähnt, sehr wohl bei gewissen Fällen leichteren Unrechts ein Bedürfnis nach Kriminalstrafe als nicht vorhanden ansehen. Es wäre schließlich gegenüber dem berührten Einwand auch noch zu fragen, ob denn aus der Gesinnungsstrafe eine bessere Scheidung zwischen strafbarem und nicht strafbarem Unrecht hervorgehe.

1) Fehlgehend daher z. B. Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung 2. Aufl. S. 257: „Jedes Kind, jede Frau, die solchen Menschen“ (Es wird a. a. O. auf Sittlichkeitsverbrecher Bezug genommen) „zum Opfer fällt, wird zu einer Anklage gegen den Staat, der, um gegen den Rechtsbrecher das Phantom der „gerechten Vergeltung“ aufrecht zu erhalten, das höchste Gut unserer Frauen, ihre Geschlechts-ehre, preisgibt.“ Aschaffenburg will a. a. O. für die Abschaffung des Strafmaßes plaidieren. Sichernde Maßnahmen gegen gemeingefährliche Personen stehen dem Vergeltungsgedanken durchaus nicht entgegen, wenn sie mit gewissen Cautelen gegen Willkür versehen werden. Hiervon an späterer Stelle.

2) Dahin gehört es, wenn v. Sichert, Asch. Monatsschr. Bd. 4 S. 231 sagt: „Die Vergeltungsstrafe widerstreitet dem Verstande wie dem Gefühle, weil sie außer sich keinen Zweck anerkennt“. Dies ist unrichtig, weil die Vergeltungsstrafe mit den Werturteilen und dem Grundsatz, daß nach ihnen geurteilt werde, zugleich die relativen Zwecke mit heranzieht. Vgl. darüber z. B. Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 568, 569, Ullmann, Ger. S. Bd. 34 S. 35 u. 37f. Unrichtig ferner Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung

Von der geschilderten Vergeltung, gleichviel, ob sie deterministisch oder indeterministisch begründet wird, läßt sich

2. Aufl. S. 218, der mit der Sühneidee (welche er mit der Vergeltungs-
idee völlig gleichbedeutend gebraucht arg. a. a. O. S. 216) u. a. die
Strafschärfung bei Rückfall, die mildernden Umstände, die Verjährung,
die vorläufige Entlassung während des Strafvollzugs, die geringere Be-
strafung der Jugendlichen unvereinbar hält. So wie ihm danach die
Vergeltung vorschweben mag, hat sie keiner ihrer neueren Anhänger
vertreten. Ebenso fehlgehend ist der bereits zitierte Satz von Kraepelin,
Abschaffung des Strafmaßes S. 22, wo er von der Strafe schlechthin
(nicht nur von der Vergeltungsstrafe, die er aber wohl vorzugsweise
meint) behauptet: „Die Strafe will ja auch gar nicht bessern
und erziehen; sie ist ja Selbstzweck, nur Übel, nur Rache, weiter
nichts“. — Ein anderer, mehr dialektischer Einwand wird erhoben von
v. Sichart, *Aschaff. Monatsschr.* Bd. 4 S. 240: da Vergeltung und
Strafe begrifflich zusammenfielen, könne man nicht sagen, daß man
durch die Vergeltung die Bekämpfung der Strafe bezwecke. Ähnlich
Frank, *Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe* S. 8 unter Berufung auf
den Satz: der Zweck einer Erscheinung liege immer jenseits ihres
Inhalts. Angenommen, dies wäre richtig, so würde daraus doch nur
zu folgern sein, daß man die Strafe besser nicht Vergeltung nennt,
oder daß man die mit der Vergeltungs-idee verknüpfte Vorstellung von
bestimmten Postulaten hinsichtlich der Strafe anders bezeichnet als
gerade mit dem Worte Vergeltung. Für die Unrichtigkeit des Aus-
gleichungsgedankens nach dem Maßstabe des Vergangenen, anders
ausgedrückt für die Unrichtigkeit des Maßstabes, den die Anhänger
des Vergeltungsgedankens als Vergeltungsinhalt bezeichnen, wäre
nichts beigebracht. Es ist aber gar nicht zuzugeben, daß es falsch
wäre, mit Birkmeyer, *Strafe und sichernde Maßnahmen* S. 19 zu
sagen, die Strafe sei Vergeltung und solle es auch sein. Diese
Wendung hat sogar in doppelter Bedeutung einen brauchbaren Sinn.
Gebraucht man nämlich die Strafe in einem weiteren, den Vergeltungs-
zweck nicht notwendig umschließenden Sinn, so bedeutet jener Satz:
„Die Strafe ist heutzutage nach dem Vergeltungszweck ausgestaltet
und soll auch künftig diesen Zweck behalten“. Ebenso ist es aber

auch nicht behaupten, sie sei etwas, was gläubige Seelen vom
Jenseits erwarten, was aber auf Erden nicht erreichbar sei¹⁾.

auch logisch zulässig, die Strafe bei jener Wendung in engerem Sinne
zu nehmen und danach zu behaupten: „Das Übel, welches wir heute
als staatliche Strafe anwenden, ist Vergeltung zu nennen (denn es ist
nach dem Vergeltungsgedanken organisiert) und als solche Strafe
wollen wir auch künftig nur ein nach dem Vergeltungsgedanken or-
ganisiertes Übel verwenden“ scil.: „weil dadurch dem Begriff der staat-
lichen Strafe diejenige Bedeutung erhalten bleibt, mit welcher sie auf
weite Kreise eine typische generalpräventive Wirkung ausübt, die einem
auch Präventivmaßregeln umfassenden, aber einheitlich als Strafe be-
zeichneten Übel nicht in gleichem Maße zukommt“. Logisch unrichtig
wäre der mehrerwähnte Satz nur, wenn man damit ausdrücken wollte:
„Die Strafe erreicht eine bestimmtgeartete Ausgleichung, die wir Ver-
geltung nennen, und deshalb soll sie diese Ausgleichung auch künftig
erreichen“. Diesen schiefen Gedanken, bei welchem Vergeltung einmal
einen erreichten Zustand, das andere Mal eine auf den Zustand hin-
strebende Tätigkeit bedeutet, braucht man aber Birkmeyer nicht unter-
zulegen. Denn die unvernünftige Behauptung, daß ein begriffswesent-
liches Merkmal erst noch ein Postulat für den betreffenden Begriff
bildet, hätte schlechterdings keinen Sinn.

¹⁾ So freilich H. Seuffert, *Ein neues Strafgesetzb.* S. 8, der Sache
nach auch Lipps, *Aschaff. Monatsschr.* Bd. 3 S. 301. Daß die
Vergeltung einen solchen jenseitigen Maßstab weder anlegt noch an-
strebt, das haben u. a. bereits Hälschner, *Gem. dtsh. Strafr.* Bd. 1
S. 566, Merkel, *Vergeltungs-idee* S. 15, 16, Wach, *Die kriminalisti-
schen Schulen* usw. S. 19 mit Entschiedenheit erklärt. — Bereits Kan-
torowicz hat in der *Jur. Ztg.* Bd. 13 S. 962 darauf hingewiesen, daß
es auch verfehlt ist, aus der Zahl der bei der Strafausmessung zur
Wahl gestellten Möglichkeiten eine Waffe gegen die Idee der vergel-
tenden Gerechtigkeit zu schmieden, wie dies ebenfalls bereits ver-
sucht worden ist. Er betont ein rein ästhetisches Element im Ge-
rechtigkeitsbegriff, das nur runde Strafgrößen zu wählen gestatte und
durch welches die zur Wahl sich ernstlich anbietenden Strafgrößen
sich an Zahl sehr erheblich vermindern. Der Hauptgrund dürfte ein

anderer sein. Ziffermäßig lassen sich die einzelnen Bewertungsfaktoren überhaupt nur selten in Anschlag bringen (ausnahmsweise vielleicht bei Bewertung von Sachgütern, die in verschiedenem Umfang Angriffsobjekt sein können). Aber diese Schwierigkeit überhebt uns nicht der Pflicht, sie nach Maßgabe überlieferter, nötigenfalls geläuterter Werturteile gefühlsmäßig zu veranschlagen und zu berücksichtigen. Geschieht dies an der Hand von gesetzgeberischen Winken sorgfältiger als bisher, so werden die Ungleichheiten der Praxis gegenüber gleichgelagerten Fällen noch geringer als bereits bisher. Das Kollegialsystem bei der Urteilsfällung ist in dieser Hinsicht sehr förderlich. Die Billigkeit verlangt aber nicht mehr, als daß die Gesellschaft sich anstrengt, durch den Richter ihre Gefühle über die Bedeutung der Tat zum Ausdruck bringen zu lassen. Hat dieser auf Grund sorgfältiger Vorbildung und praktischer Erfahrung dann ein Urteil in bestimmter Größe ausgedrückt, so drückt die Strafe das Vergeltungsbedürfnis der Gesellschaft mit der Richtigkeit aus, welche allein angestrebt werden kann und auch tatsächlich für die Staatsinteressen hinreichend ist. Insbesondere hat der Täter, wie bereits oben erwähnt, keinen Billigkeitsanspruch darauf, daß seiner Person wegen monatelang abgewogen würde, wieviel genau seine Tat wiege im Vergleich zu anderen. So viel Zeit braucht die Gesellschaft diesem Zwecke nicht zu widmen. Seine etwaige Berechnung über die Größe der verdienten Strafe für eine künftige Tat braucht die Gesellschaft nicht anzuerkennen. Er hat verdient, daß sie ihm so viel zuerkennt, als nach einer billigerweise nicht allzu langwierigen Berechnung herauskommt, die das Gericht — nicht notwendig ziffermäßig — an der Hand der richterlichen Erfahrungen anstellt. Es ist endlich darauf aufmerksam zu machen, daß die Angriffe gegen das Maßprinzip der Vergeltung auch um deswillen ihr Ziel verfehlen, weil die Gegner ja ebenfalls eine Proportionalität in der Bestrafung wollen, nur eine noch viel schwerer festzustellende, vgl. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 381: „Proportionalität zwischen Strafe und verbrecherischer Gesinnung des Täters: Das ist, in ein Wort gefaßt, die Forderung, die wir heute an das künftige Strafgesetzbuch für das deutsche Reich stellen“.

IV. Praktische Folgerungen aus der Vergeltungsidee.

Gleichviel ob man sich in bezug auf die tiefere Begründung der Vergeltungsidee dem Vorgetragenen anschließt oder eine andere Begründung für richtiger hält, jedenfalls führt der Grundsatz der Vergeltung d. h. der Bestrafung nach dem Werte des vergangenen Unrechts für die gegeneinander abgewogenen Staatsinteressen zu einer Reihe von Einzelforderungen in bezug auf die Ausgestaltung unseres Strafrechts. Aus der Lückenhaftigkeit oder Unrichtigkeit der Begründung ohne weiteres die Unhaltbarkeit einer bestimmten These zu folgern wäre zweifellos verfehlt¹⁾. Nur für den Wert der Begründung, nicht

¹⁾ Gelegentlich ist auch schon gesagt worden, die Vergeltung sei ebensowohl Rechtsgrund wie Zweck der Strafe. So H. Meyer, Lehrb. 5. Aufl. S. 19. Dabei wird die Vergeltung in doppeltem Sinne gebraucht. Das erstmal als ein psychisches Motiv, das zweitemal als der Zustand der Befriedigung (= der Verwirklichung) dieses psychischen Motivs. Die Vergeltung im Sinne eines psychischen Motivs kann man aber nur dann als Rechtfertigung der Strafe gelten lassen, wenn man dieses Motiv (= Bedürfnis) zuvor selbst wieder durch eine Analyse gerechtfertigt hat, wonach gerade dieses so geartete Bedürfnis im Gegensatz zu anderen Bedürfnissen erstrebenswerten Zwecken besonders entspricht. Der zurückliegende Grund, weshalb man das Vergeltungsbedürfnis für gerechtfertigt und damit auch den Fortbestand des Vergeltungszwecks für das Richtige zu halten hat, liegt in den einzelnen

für die Übereinstimmung der sich an den Vergeltungsgedanken anknüpfenden Postulate ist es erheblich, ob man die Vergeltung auffaßt als ein vom Staate übernommenes Genugtuungsbedürfnis der Einzelnen oder der Gesamtheit¹⁾ oder als einen elementaren Trieb, der nach Ausgleichung verlangt, oder als ein aus Nützlichkeitsbetrachtungen sich ergebendes Prinzip, welches eine Abstufung der Strafe je nach der Bedeutung

des Vergeltungsbedürfnis auslösenden Erwägungen der Billigkeit, welche, verbunden mit der Erkenntnis der Notwendigkeit einer staatlichen Reaktion gegen schuldhaftes Unrecht, sich zu dem Vergeltungsbedürfnis im modernen Sinne des Wortes vereinigen. Man kann daher auch sagen: Die als Vergeltung bezeichnete, oben unter II in bezug auf ihre Bestandteile zerlegte Maßregel wird zu einem Prinzip erhoben, sie wird als Zweck der Strafausgestaltung gesetzt mit Rücksicht auf ihre Vorteile für die Staatsinteressen. Insofern kann man dann das Wort Vergeltung nicht nur im Sinne einer bestimmte Zwecke verfolgenden Maßregel, sondern auch im Sinne eines gerechtfertigten Postulats gebrauchen.

¹⁾ Faßt man allerdings das Genugtuungsbedürfnis im Sinne von R. Schmidt (Aufgaben der Strafrpfl. S. 78) als eine Maßregel, welche im Hinblick auf den Gegner, nicht im Hinblick auf unbeteiligte Dritte bestimmte Wirkungen herbeiführen will, also als eine Maßregel, welche Lustgefühle im Verletzten herbeiführen will, so kann dann das Genugtuungsbedürfnis als eine Spezies des Rachebedürfnisses über das Maß dessen hinausgehen, was die Vergeltung will. Allein in diesem Sinne verstehen diejenigen, welche bereits früher von der Herbeiführung einer Genugtuung durch die Strafe gesprochen haben, diese Genugtuung nicht. Vgl. z. B. Köstlin, System Bd. I S. 414, welcher von einer objektiven Genugtuung dem Werte nach spricht und dieselbe der Wiedervergeltung gleichsetzt. Auch bei v. Wächter, Vorlesungen S. 22 und Binding, Grdr. S. 228 erscheint die Genugtuung weder als ein individuelles Rachegefühl, noch als eine unbegrenzte Reaktion, sondern als eine satisfactio d. h. eine Ausgleichung.

einer konkreten Gehorsamsverletzung für den gesamten Mechanismus der Rechtsordnung bezweckt.

Auch die Theorie der Generalprävention im modernen Sinn deckt sich in bezug auf die von ihr erhobenen Postulate mit den legislativen Wünschen der Vergeltungstheorie in den wesentlichsten Punkten¹⁾. Die Generalprävention im modernen Sinne erscheint aber nicht gleichbedeutend mit der früheren Auffassung vom Begriff der Generalprävention²⁾. Nach älterer

¹⁾ Der Begriff der Generalprävention wird u. a. von Finger, Lehrb. Bd. I S. 25, Oetker, Strafe und Lohn S. 10 u. 11, R. Schmidt, Aufg. d. Strafrpfl. S. 52, 80, Büttner, Ger. S. Bd. 56 S. 295 für ihre Theorie, bzw. für die Vergeltungstheorie verwendet. Verwandt ist auch der Ausspruch Zuckers (s. o. S. 21): „Dem Richter liegt ob, mittels des Strafausspruchs jenes Maß von Leiden zu bestimmen, deren Verbüßung ihm geeignet erscheinen würde, eine Befriedigung jener, die um die Tat des Delinquierenden wissen, hervorzurufen“ (Dieser Maßstab Zuckers ist freilich abwegig, da dann ja nur die Befriedigung subjektiver Gefühle, noch dazu der Gefühle eines beschränkten Personenkreises angestrebt würde). Anklänge an die Generalprävention finden sich übrigens auch bei Stooß, Schweizer Zeitschrift f. Strafrecht Bd. 14 S. 391: „Der Strafgesetzgeber würde einen schweren Fehler begehen, wenn er eine schwerere Strafe androhen würde, als voraussichtlich zur Hintanhaltung“ (? Das ginge bei leichteren Delikten zu weit. Der Verf.) „eines Verbrechens notwendig ist . . . Auf Generalprävention und Spezialprävention soll der Gesetzgeber gleichmäßig Bedacht nehmen“.

²⁾ Speziell R. Schmidt, Aufg. d. Strafrpfl. S. 52 bezeichnet die Vergeltung als eine Form der Generalprävention. Vergeltung ist ihm nicht so sehr Ausgleichung als vielmehr Achtungswahrung. Gegen diese Auffassung allerdings Büttner, Ger. S. Bd. 56 S. 314. Die Einwände Liepmanns, Einleitung S. 202 f. gegen R. Schmidt berücksichtigen nicht, daß R. Schmidts Auffassung der Vergeltung als einer Generalprävention nicht die herkömmliche ist. Sie gehen andererseits zu weit, indem sie die Generalprävention und die Spezialprävention

Ansicht ist die Generalprävention nichts anderes, als die erstrebte Abschreckung Aller durch Strafdrohung oder Strafvollzug¹⁾. Nach diesem Abschreckungszweck, der, konsequent durchgedacht, unter Hintansetzung anderer Staatsbedürfnisse zu drakonischen Strafen führen müßte, wollen aber die modernen Anhänger der Generalprävention ihre Theorie und damit die Theorie der Vergeltung, welche letztere nach ihrer Auffassung in der Generalprävention mehr oder weniger aufgeht, nicht ausgestaltet wissen²⁾. Immerhin deckt sich der inner-

als gleichwertige Substrate der Gegenwirkung gegen das Verbrechen darstellen. Die Generalprävention will unmittelbare psychische Wirkungen bei dem Gros der Rechtsgenossen herbeiführen, nicht nur bei dem Täter.

¹⁾ So v. Liszt, Lehrb. in den späteren Auflagen, z. B. 16./17. Aufl. S. 83. Vgl. außerdem etwa: Abegg, Lehrb. S. 65, wo die Androhungstheorie besprochen und ausgeführt wird: „Das Dasein des Strafgesetzes soll mittels der gedrohten, nachteiligen Folgen, die sich der Übeltäter unvermeidlich zuziehen würde, für jeden einen Abhaltungsgund abgeben — und also als sog. Generalprävention verhütend wirken“. Ferner v. Wächter, Vorl. S. 13, wonach die Generalprävention den Zweck bedeutet, alle Bürger vom Verbrechen abzuschrecken und dadurch künftigen Verbrechen überhaupt vorzubeugen.

²⁾ R. Schmidt speziell denkt sich a. a. O. S. 85 die Vergeltung als eine zwangsweise Reaktion gegen eine Kränkung mit Rücksicht auf die Empfindung dritter und unterscheidet diese Vergeltung ausdrücklich von der Abschreckungsstrafe (S. 91). Die Vergeltungstätigkeit stellt nach R. Schmidt a. a. O. S. 62 eine staatliche Machtausübung in Übereinstimmung mit den Anschauungen der Bürger über die Handlungen und deren zu erwartende Folgen dar. Ähnlich a. a. O. S. 91. An anderer Stelle (S. 66) wird freilich gesagt: „In der Erzeugung der Respektempfindung liegt die vergeltende Funktion der Verbrechensstrafe“. Mit letzterer Formulierung des Vergeltungsgedankens nähert sich seine Vergeltungstheorie mehr

halb der Generalpräventionstheorie zum Ausdruck gekommene Standpunkt, wonach bei der Bestrafung das soziale Vergeltungsbedürfnis der Bürger maßgebend sein soll¹⁾, nicht völlig mit dem anderen hier gleichfalls vertretenen Standpunkt, wonach es auf Erregung von Achtung und Respekt bei guten Bürgern ankommt. Denn es läßt sich denken, daß gelegentlich trotz schuldhaften Unrechts ein Vergeltungsbedürfnis (als Ergebnis kombinierter Staatsbedürfnisse) nicht übrig bleibt, während von dem spezielleren Gesichtspunkt der Erzeugung von Respektempfindung aus alles schuldhaft Unrecht gestraft werden müßte. Die Befriedigung des sozialen Ausgleichs- oder Vergeltungsbedürfnisses kann ferner bald mit leichteren, bald mit strengeren Strafen zu erzielen sein als die Befriedigung des Bedürfnisses nach möglichster Achtungsbewahrung bei den guten Bürgern. Mit anderen Worten: Die einzelnen Elemente, deren Zusammenwirken das Vergeltungsbedürfnis ausmacht, sind in dem Bedürfnis nach Erregung von Achtung und Respekt (nach Wahrung der Autorität des Staates bei den guten Bürgern) nicht sämtlich inbegriffen. Die letzteren Effekte erscheinen vielmehr nur als erfreuliche Nebenwirkungen der nach dem Vergeltungsgedanken bemessenen Strafe, welche letztere aber in ihrer konkreten Art und Höhe nicht allein von ihnen abhängt. Sie sind vielleicht auch Gradmesser dafür, ob die dem

den alten Abschreckungstheorien, von denen sie sich bei dieser Formulierung nur dadurch unterscheidet, daß es ihr nicht hauptsächlich auf Erregung von Furcht vor der Strafe bei den zum Verbrechen Geneigten, sondern mehr noch auf Erregung von Achtung und Respekt bei den guten Bürgern, auf Achtungsbewahrung ankommt (S. 80).

¹⁾ Vgl. R. Schmidt a. a. O. S. 91.

Durchschnittsempfinden des guten Bürgers entsprechende Strafe gefunden ist. Aber die Achtung vor einem bestimmten Gesetz kann vielleicht manchmal durch gesteigerte Strafen noch erhöht werden, während es dem Bedürfnis der Gesamtheit nicht entspricht, dem betreffenden Unrecht eine so große Bedeutung beizulegen und deswegen Rechtsgüter der Einzelnen in erheblichem Umfang zu vernichten oder zu schmälern. Betrachtet man allerdings die positiv von jener Theorie der Achtungsbewahrung aufgestellten Einzelpostulate, so zeigt sich hierbei, daß sie ihre Vergeltung doch mehr als eine staatliche Machtäußerung in Übereinstimmung mit den Anschauungen der Bürger über die Bedeutung der Handlung und deren zu erwartende Folgen auffaßt. Sachlich besteht also die weitgehendste Übereinstimmung, nur in der Grundlegung existiert eine Diskrepanz. Mit Rücksicht auf jene Übereinstimmung wäre es m. E. besser, den Ausdruck Generalprävention aufzugeben. Denn er enthält begrifflich noch nichts von der Rücksichtnahme auf die Gleichbehandlung in gleicher Schuld Befindlicher; er kennzeichnet, wenigstens in der älteren Bedeutung, auch nicht das Ausgleichsprinzip, welches den Vergeltungsgedanken von dem bloßen Rachebedürfnis unterscheidet und auch von den Anhängern der Generalprävention festgehalten wird.

Praktisch erheblichere Differenzen können innerhalb der Anhänger des Vergeltungsgedankens entstehen zwischen denen, welche die Vergeltung als die oben dargestellte Ausgleichung nach den Werturteilen über die Bedeutung der vergangenen Tat auffassen und denen, welche in ihr im wesentlichen die Rücksichtnahme auf die im Volke lebenden, vom Staate über-

nommenen Genugtuungsbedürfnisse erblicken und demzufolge verlangen, daß die Strafe sich nicht in Widerspruch hiermit setze: Da dieses Genugtuungsbedürfnis in vielen Fällen nicht mit einer bestimmten Größe bezeichnet werden kann, ist nach dieser Ansicht das Vergeltungsbedürfnis als befriedigt zu erachten, wenn die Strafe nicht über ein gewisses Maximum hinausgeht und nicht unter demselben zurückbleibt. Innerhalb dieser Grenzen ist angeblich den sog. relativen Strafzwecken ein freier Spielraum gewährt¹⁾. Demgegenüber ist zwar zuzugestehen, daß aus dem Rachetrieb (bezw. aus dem bereits etwas verfeinerten persönlichen Bedürfnis nach Genugtuung im Sinne einer satisfactio) sich der moderne Vergeltungsgedanke entwickelt hat²⁾, daß in bescheidenem Maße das persönliche Genugtuungsbedürfnis auch heutzutage noch mitzusprechen hat. Andererseits ist darauf hinzuweisen, daß die Vergeltung im modernen Sinn längst darüber hinausgreift und eine Zusammenfassung aller zum Teil divergierenden Interessen der Rechtsordnung zu einem bestimmten Maße bei Bemessung einer durch ein beabsichtigtes Übel vorzunehmenden Reaktion bedeutet.

Sieht man von der besprochenen Sonderstellung einiger Autoren bei Ausgestaltung der Strafe nach dem Vergeltungsgedanken ab und fragt man nach den Konsequenzen des Vergeltungsgedankens im Sinne der Übrigen, so lassen sich manche

1) So insbesondere v. Hippel in seiner Schrift „Strafrechtsreform und Strafzwecke“ im Anschluß an Berner, Lehrb. S. 8.

2) Darüber wurde bereits o. S. 22, 33 gesprochen. Vgl. z. B. v. Hippel a. a. O. S. 9, Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 401, Finger, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 2 S. 42.

Folgerungen entwickeln. Freilich sind es nicht durchweg logische Konsequenzen in dem Sinn, daß bei gegenteiliger Ausgestaltung von Vergeltungsstrafe nicht mehr die Rede sein könnte oder daß damit die Gefährlichkeitsstrafe angenommen wäre. Sondern es handelt sich vielfach um Maßregeln und Einrichtungen, die man bei Verfolgung des Vergeltungsgedankens als zweckmäßiger oder verwerflicher erachtet als bei Annahme einer anderen Theorie, weil man glaubt, daß die Durchführung der Vergeltungsidee mit ihnen leichter bzw. schwerer möglich ist. Es ist daher durchaus nicht an dem, daß etwa alle Anhänger des Vergeltungsgedankens in bezug auf sämtliche zu besprechende Maßregeln die gleichen Ansichten über die Tauglichkeit derselben zur Förderung oder Schädigung des Vergeltungsgedankens besitzen müßten¹⁾. Mit Rücksicht darauf, daß es sich bei dem vorgesteckten Thema nur darum handelt, die grundsätzliche Verschiedenheit der Vergeltungsidee von den Ideen anderer Theorien darzulegen, und daß außerdem eine Reihe von Spezialarbeiten über die prinzipiellen Verschiedenheiten in Aussicht stehen, kann im folgenden über manches Detail hinweggegangen werden.

1. Für den Vergeltungsgedanken ist mit der Unrecht vergeltenden Maßregel, wie oben erwähnt, die Eigenschaft eines beabsichtigten Übels fest verbunden. Der Vergel-

¹⁾ z. B. bez. der mildereren Bestrafung des Versuchs weicht ab Hoegel, Verh. d. 28. Juristent. (Gutachten) Bd. 1 S. 19, bez. der Aufrechterhaltung einer begrifflichen Scheidung zwischen Tätern und Gehilfen Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 361, bez. des Beginns der strafrechtl. Zurechnungsfähigkeit Sontag, ZStW. Bd. 1 S. 504, Wach, Die kriminalist. Schulen S. 26.

tungsgedanke verlangt, daß die staatliche Reaktionsmaßregel gegen schuldhafte Handlungen, soweit sie sich auf die Befriedigung des Ausgleichungsbedürfnisses der Gesellschaft für schuldhaften Normenungehorsam bezieht, den Charakter eines beabsichtigten Übels an sich trage. Der Streit, ob man nur beabsichtigte Übel Strafen nennen soll, ist in letzter Linie terminologischer Natur. Aber im Anschluß an die bisher hergebrachte, weitaus herrschende Terminologie, sowie im Interesse der Aufrechterhaltung einer Unterscheidung von sichernden Maßnahmen (hierüber unten S. 147) sollte man nur für die als solche beabsichtigten Übel oder einen Teil derselben den Begriff der Strafe im technischen Sinn verwenden¹⁾. Der Vergeltungsgedanke bedarf zu seiner Verwirklichung eines solchen beabsichtigten Übels im Gegensatz zu anderen Maßregeln, weil nur mittels eines beabsichtigten Übels bestimmte typische und nützliche Wirkungen der Vergeltung erzielt werden²⁾. Wird generell dem schuldhaften Täter eines Unrechts wegen dieser Zufügung eines Übels gegenüber der Rechtsordnung wiederum ein Übel zugefügt, so dient dies für die übrige Gesellschaft, wie für den Bestraften als eine Lehre³⁾, daß solche eigenmächtige Übelszufügung wie die des hernach dafür Bestraften sich wenig empfiehlt, da eigens deswegen in ihm Unlustgefühle geweckt worden sind. Diese primäre Lehre

¹⁾ So auch u. a. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 11 u. 32 N. 43, Beling, Grdz. 3. Aufl. S. 8, Binding, Grdr. 7. Aufl. S. 228, Frank, Komm. 5./7. Aufl. S. 42.

²⁾ Bestritten bekanntlich von v. Bar, z. B. in dessen Handb. Bd. 1 S. 276, ferner u. a. v. K. Roeder d. Ä., Die herrschenden Grundlehren von Verbr. u. Strafen 1867 S. 35.

³⁾ Und damit zugleich als Warnung.

wird regelmäßig verschiedene weitere nützliche Folgen bewirken. Sie wird z. B. Befriedigung über die Wirksamkeit des Gemeinwillens erwecken, welcher ohne Vermeidung empfindlicher Unlustgefühle nicht übertreten werden konnte. Sie wird ferner die Selbsthilfe und ihre Surrogate (z. B. entstehende Todfeindschaften) vermindern. Viele werden die beabsichtigte Leidzufügung des Staats in der Form der Kriminalstrafe als eine Schande empfinden. Nur die Leidzufügung für eine Leidzufügung ist imstande, bei der Bevölkerung die Vorstellung zu erwecken und zu erhalten, daß die Herbeiführung verbotener Lustgefühle durch nachfolgende Unlustgefühle völlig aufgewogen werde. Bei geringeren Delikten kommt eine entsprechend abgestufte, geringere Leidzufügung auch weit mehr dem Bedürfnis der großen Masse des Volkes entgegen, als eine in ihren Erfolgen unsichere und jedenfalls viel Zeit und großen Staatsaufwand verursachende Nacherziehung, die etwa die Stelle des bestimmungsmäßigen Übels vertreten würde, wobei noch zu bemerken ist, daß dergleichen sichernde Maßnahmen oft nur den Namen der Strafe, d. h. eines bestimmungsmäßigen Übels abstreifen, sachlich aber als solches wirken. Da ferner der einmal betätigte Widerspruch mit der Norm nicht in gleicher Weise ungeschehen gemacht werden kann, wie mancher zivile Schaden, so erscheint das beabsichtigte Übel als ein Mittel, das wie kein anderes dem Gedanken der abstufenden und ausgleichenden Vergeltung, wo sie sich als Bedürfnis herausstellt, dienstbar gemacht werden kann.

Anhänger einer Gesinnungs- oder Gefährlichkeitsstrafe bedürfen eines bestimmungsmäßigen Übels weniger, soweit sie

glauben, von einer Unterscheidung zwischen Strafe und sichernden Maßnahmen absehen zu können¹⁾, oder soweit ihnen nicht die verschiedene Schwere des Unrechts (also das verschieden hohe Bedürfnis der Gesellschaft nach Reaktion auf die vergangene Tat) sondern die tunlichste Verhütung einer Neubehung bei dem einzelnen verbrecherisch Gesinnten als das vorwiegende Prinzip erscheint²⁾. Wiegt nämlich letzterer Gesichtspunkt vor, so muß natürlich der Ausgleichungsgedanke und damit auch die generalprävenierende Motivierung durch die Reaktionsmaßregel entsprechend zurücktreten. Je mehr man sich dabei in den Gedanken einlebt, daß die Handlungen von Verbrechern genau in der gleichen Weise eine Notwendigkeit sind wie die Handlungen der Geisteskranken (ein Gedanke, der sich aus dem Determinismus nicht ohne weiteres ergibt, weil dieser Unterscheidungen hinsichtlich der Arten der Motivierbarkeit und der sonstigen psychischen Qualitäten bei Gesunden und bei Kranken nicht zu beseitigen braucht), desto mehr kommt man dazu, die Reaktion mittels eines gewollten Übels auf das erlittene Übel aufzugeben und zu erklären, daß die meisten Präventivmaßregeln eo ipso als ein Übel empfunden werden und daß damit dem Genugtuungsbedürfnis Genüge geschehe. Die motivierende Kraft eines be-

¹⁾ Vgl. über die Gegner einer scharfen Trennung zwischen Strafe und sichernden Maßnahmen Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 28 N. 14, ferner dens.: Was läßt v. Liszt usw. S. 14—21.

²⁾ Vgl. auch die Formulierung der Gegensätze bei v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 159, welche aber nicht ganz stimmt mit der Formulierung Aufs. Bd. 2 S. 88. Vgl. ferner über die Gefährlichkeit des Täters als Prinzip für die Strafhöhe v. Lillenthal, Grdr. 3. Aufl. S. 54, Zürcher, Die neuen Horizonte im Strafr., Schw. Z. f. Strafr. Bd. 5 S. 14.

stimmungsmaßiges Übels auf den Einzelnen wie auf die Gesamtheit bei geistig gesunden Menschen erscheint dabei stark vernachlässigt¹⁾).

Auch wenn man nicht so weit geht und nur die Beseitigung der Trennung von Strafe und sichernden Maßnahmen anstrebt²⁾, gibt man typische Wirkungen derjenigen Reaktion preis, welche in einer beabsichtigten Übelzufügung nach Maßgabe der Größe des schuldhaften Unrechts besteht. Denn die sichernden Maßnahmen haben, da sie auf anderen Voraussetzungen beruhen und auch Unzurechnungsfähige treffen können, nicht die Wirkung eines persönlichen Makels, den das Gros der Bevölkerung in den meisten nicht ganz geringfügigen Bestrafungen erblickt. Die mit den sichernden Maßnahmen verschmolzene Strafe im weiteren Sinn hat auch aus anderem Grunde nicht die gleiche prävenierende Kraft wie die Strafe im engeren Sinn, weil namentlich im Anfang ihrer Neueinführung das Bewußtsein ihres etwaigen sachlichen Übelgehaltes in der Bevölkerung noch nicht genügend erkannt ist, und weil außerdem vielfach

1) Vgl. z. B. Kraepelin, *Asch. Mon.* Bd. 3 S. 279: „Die Vergeltungsidee ist unvereinbar mit unseren sittlichen Anschauungen“. „Herausentwickelt aus dem naiven Rachetrieb, stellt sie ein fremdartiges Überbleibsel dar in einer Zeit, die uns immer eindringlicher lehrt, daß alles begreifen alles verzeihen heißt“. Vgl. auch dens., S. 267, wo er prophezeit, daß das Mitleid an die Stelle des herabsinkenden rächenden Armes treten werde, sobald wir die Ursachen des Verbrechens richtig erkennen. Ebenso a. a. O. S. 269: „Es ist vollkommen wahr, daß die Strafe im heutigen Sinn mit dem Augenblicke aufhört, in dem sie zur reinen Schutzmaßregel wird, aber gerade darin sehen wir die größte Errungenschaft der neuen Anschauung“.

2) Wie dies z. B. v. Liszt, *ZStW.* Bd. 18 S. 253, Hafter, *Schw. Ztschr. f. Strafr.* Bd. 17 S. 229f. tun.

die Hoffnung einer Entlassung für den Fall der Besserung gehegt wird.

Mit dieser Betonung der Strafe als eines gewollten Übels vom Vergeltungsstandpunkte aus ist weder behauptet, daß in allen Fällen auf Unrecht mit einer Strafe reagiert werden solle, noch daß die Strafe die nützlichen Eigenschaften, wegen deren sie vom Vergeltungsprinzip verlangt wird, immer zur Entfaltung bringen könne, noch endlich, daß das bestimmungsmäßige Übel Endzweck nach der Vergeltungstheorie wäre. Dagegen sollte gezeigt werden, daß wenn man einmal ein Ausgleichungsbedürfnis als gerechtfertigt ansieht, die Strafe als bestimmungsmäßiges Übel durch ihre nützlichen Wirkungen wie keine andere Maßregel dieser Ausgleichung dienen kann, während die Gesinnungsstrafe zum Teil andere Wege zur Verfolgung ihrer Tendenzen einschlägt.

2. Der Vergeltungsgedanke führt nicht nur zur Beibehaltung eines bestimmungsmäßigen Übels, sondern auch zur reinlichen Trennung desselben von sichernden Maßnahmen¹⁾. Gestützt wird diese Forderung fürs Erste auf den unter 1) bereits berührten Umstand, daß nur bei grundsätzlicher Ausscheidung der sichernden Maßnahmen von der Strafe der letzteren gewisse typische Wirkungen, welche dem Vergeltungsgedanken erwünscht sind, voll gewahrt bleiben. Läßt man die Strafe in w. S. unter Abstreifung des bestimmungsmäßigen Übelscharakters in den Präventivmaßregeln aufgehen, so entstehen unerfreuliche Folgen verschiedener Art. Wird jemand künftig ins Irrenhaus oder in eine Erziehungsanstalt geschafft

1) Einen praktischen Anwendungsfall siehe bei Hälschner, *Gem. dtsh. Strafr.* Bd. 1 S. 225 N. 1 unten.

und soll dabei in bezug auf den Übelsgehalt kein Unterschied mehr obwalten gegenüber denen, welche ohne Verbrechen in solche Anstalten kommen, so kann für Viele, die ohnehin schwer arbeiten müssen und kein gesichertes Brot haben, diese Zwangsversorgung als ein sehr schwaches Übel erscheinen, da sie ja manche Vorteile damit eintauschen. Vielleicht werden sie später die Freiheit wieder ersehnen, aber die Aussicht auf einen Zwangsaufenthalt, der ja ohnehin nur bis zur Besserung dauert, wird in vielen Fällen wenig oder gar nicht zurückschrecken, wo die Aussicht auf ein schweres Strafübel noch abhaltende Motive schaffen könnte. Andererseits werden Viele, die ohne Verbrechen in solche Anstalten kommen, unter der Gleichartigkeit ihrer Unterbringung mit Verbrechern zu leiden haben. Die rein präventive Maßregel wird einen Bruchteil des Unehrenhaften abbekommen, den sie bisher nicht hatte. Der Aufenthalt in der Irrenanstalt oder der Erziehungsanstalt wird in erheblicherem Maße für den Häftling zur Schande. Dies kann aber das spätere Fortkommen vieler erschweren, da sie ja die Gründe ihres Zwangsaufenthalts nicht auf der Stirne tragen. Die bezeichneten Wirkungen können sich auch auf bestimmte Gruppen von Delikten oder Personen beschränken, wenn man nur für diese die Strafe im technischen Sinne aufgibt und durch sichernde Maßnahmen ersetzt. Gibt man dabei den sichernden Maßnahmen irgend welchen Übelszusatz außer der einfachen Freiheitsentziehung, so erlangt man durch die Beseitigung des Namens Strafe keinen Nutzen. Die einzelnen sichernden Maßnahmen werden dann, wenigstens von den Betroffenen, nahezu ebenso schwer empfunden. Sie bieten aber nicht die gleichen Rechtsgarantien

gegen unverdiente Verhängung, Verkürzung und Erstreckung wie die im ordentlichen Strafprozeß nach dem Vergeltungsgedanken auferlegte Strafe¹⁾. Das Fortkommen eines von Verdacht erregenden sichernden Maßnahmen Betroffenen, z. B. die Anstellung durch Private, wird durch den bloßen Namen der sichernden Maßnahme nicht wesentlich erleichtert.

Die Ausscheidung der sichernden Maßnahmen ist außerdem für die Durchführbarkeit der Vergeltungsidee ein unmittelbares Bedürfnis. Die Vergeltung will ja nur die vergangene Tat bewerten. Sie will gerade Unlustgefühle hervorrufen, welche durch ihre Zweckbeziehung auf Handlungen, die rechtswidriger Befriedigung von Lustgefühlen dienen, einen Ausgleich herbeiführen sollen. Sie will ein bestimmtes Maß eingehalten wissen, das sich nach den geläuterten Werturteilen richtet. Alles dies ist nur durchführbar bei Strafen im engeren Sinn²⁾, während sichernde Maßnahmen zum Teil ohne Rücksicht auf vergangene Taten, ohne Rücksicht auf die Absicht, Unlustgefühle zu wecken, ohne Rücksicht auf ein Bedürfnis nach Ausgleich, ohne Rücksicht auf ein festes Zeitmaß, ohne Rücksicht auf Rechtsgarantien wünschenswert sein können³⁾. Sieht man ein besonders typisches Merkmal der

¹⁾ Dies wird m. E. v. Hafter, Schw. Ztschr. f. Strafr. Bd. 17 S. 231 übersehen, wo er ausführt, daß auch die sichernden Maßnahmen einen Leiden verursachenden Eingriff darstellen und so dem Vergeltungsbedürfnis Genüge tun könnten.

²⁾ Vgl. dazu auch Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 15, Kahl, Das neue Strafgesetzbuch, S. 22.

³⁾ Die letztere Ausführung ist aber nicht etwa dahin zu verstehen, daß bei einem nach dem Vergeltungsgedanken eingerichteten Strafrecht alle sichernden Maßnahmen nun gleich so formlos und so weit-

sichernden Maßnahmen, wie sie sein sollen, darin, daß bei ihrer Dauer ausschließlich der Fortbestand eines bestimmten Geisteszustandes maßgebend ist, und daß sie nicht den Charakter eines bestimmungsmäßigen Übels an sich tragen, so wird man sie vom Vergeltungsstandpunkte aus nur eintreten lassen, wo ein Ausgleichungsbedürfnis nicht oder nicht mehr besteht, und man wird Maßregeln, die, wie z. B. das Arbeitshaus, in ihrer Wirkung einem bestimmungsmäßigen Übel nach Auffassung aller Betroffenen wie nach der Wertschätzung des Volkes ziemlich gleichkommen, auch als echte Strafen auszugestalten haben¹⁾, d. h. man wird sie mit den Rechtsgarantien der Vergeltungsstrafe insbesondere

reichend werden dürften, um sachlich wie ein bestimmungsgemäßes Übel zu wirken, ohne jedoch von Rechtsgarantien umgeben zu sein. Vielmehr betont R. Schmidt, *Aufg. der Strafrpfl.* S. 291 mit Recht, die Eliminierung aller Individuen, die trotz aller Strafe nicht unterlassen können, die Gesellschaft zu schädigen, bleibe immerhin eine für die bürgerliche Freiheit gefährliche, eine Maßregel, die nur durch die sorgsame Umgrenzung ihrer Voraussetzungen einigermaßen erträglich gemacht werden könnte. Zu weitgehend daher die folgenden Sätze von Aschaffenburg, *Vgl. Darst. des dtsh. u. ausl. Strafr. Allg. Tl. Bd. 1* S. 81: „Gemeingefährlich ist jeder Mensch, der infolge oder während einer geistigen Störung die allgemeine Rechtssicherheit erheblich gefährdet hat oder sie zu gefährden droht“. An diesen Tatbestand werden dann a. a. O. S. 116f. sichernde Maßnahmen angeknüpft. *Vgl. ferner a. a. O. S. 131*: „Jeder Gewohnheitstrinker ist in Gefahr, ein verbrecherischer Gewohnheitstrinker zu werden. Sobald ein Trinker eine strafbare Handlung begangen hat, und durch ein ärztliches Gutachten festgestellt ist, daß der Angeschuldigte Gewohnheitstrinker ist, muß das Gericht anordnen, daß er in eine Trinkerheilstätte eingewiesen wird“.

¹⁾ A. M.: J. Goldschmidt, *Vgl. Darst. Allg. Tl. Bd. 4* S. 331.

hinsichtlich der Form und der Dauer der Auferlegung zu umgeben haben¹⁾).

Andere Gesichtspunkte bestehen für die Theorie der Gesinnungsstrafe. Für die spezifischen Wirkungen der Strafen im technischen Sinne haben die Anhänger der Gesinnungsstrafe wenig Verständnis²⁾. Daher findet sich auch nur selten ein Bedürfnis, die Strafe von sichernden Maßnahmen getrennt zu halten³⁾. (Fußnote S. 152.)

¹⁾ Auch Häfner, *Schw. Ztschr. f. Strafr.* Bd. 17 S. 226 gibt die Möglichkeit einer Ausscheidung durch den Gesetzgeber zu. Er hält die Ausscheidung nur nicht für befriedigend. Allein es bietet für einen Gesetzgeber, der im Interesse der bürgerlichen Freiheit an der Unterscheidung zwischen bloß gehegter Gesinnung und betätigter Gesinnung festhält und sie ausbaut, doch unbestreitbare Vorteile, wenn er dann auch die Trennung von Strafe und sichernden Maßnahmen durchführt. Er wird demgemäß alle Fälle eines schwerer empfundenen Übels grundsätzlich nur Platz greifen lassen unter den Rechtsgarantien einer Strafe, also insbes. unter Berücksichtigung des Maßstabes, der in der vergangenen Tat und ihrer Bedeutung liegt. Soweit er dagegen für mutmaßliche sonstige Gesinnung Maßregeln braucht, wird er sie tunlichst des Übelscharakters entkleiden. Haben solche Maßregeln ausnahmsweise doch einen erheblicheren Übelscharakter (z. B. längere Sicherungshaft von unbestimmter Dauer), so wird er trachten, diesen womöglich zu mildern, außerdem den Eintritt solcher Maßregeln an Rechtsgarantien knüpfen, soweit sie mit dem Zwecke der Maßregel verträglich sind, endlich die einschneidenderen unter diesen Maßregeln nur für wirklich dringende Notfälle (z. B. für den Fall einer genauer zu umschreibenden schweren Gemeingefahr) vorsehen. — Anders die Scheidung zwischen Strafe und Präventivmaßregeln bei Goldschmidt, *Vgl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 4* S. 317.

²⁾ *Vgl. v. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 2* S. 241: „Unsere Strafen wirken nicht bessernd und nicht abschreckend, sie wirken überhaupt nicht präventiv, d. h. vom Verbrechen abhaltend; sie wirken vielmehr geradezu als eine Verstärkung der Antriebe zum Verbrechen“.

3. Die Vergeltungsidee bedarf einer anderen Abgrenzung der Zurechnungsfähigkeit als die Idee der Spezialprävention oder der Gesinnungsstrafe.

Vom Standpunkt der letzteren Theorien, die in erster Linie den einzelnen Täter durch ihre Strafen motivieren wollen, ist es sehr naheliegend, wenn man auf den Abweg kommt, die Zurechnungsfähigkeit zu erklären als die Determinierbarkeit durch die Strafdrohung und den Strafvollzug¹⁾, oder sie zu bestimmen als die Determinierbarkeit durch die Normen des sozialen Verhaltens²⁾, oder schlechtweg als normale Determi-

3) Folgende Ausführungen v. Listzs sind hierin ganz konsequent. Vom Standpunkte der Spezialprävention aus, so bemerkt v. Liszt, ZStW. Bd. 18 S. 253, habe die begriffliche Scheidung der Strafe von den Sicherungsmaßregeln (soweit diese nicht eliminieren sondern motivieren sollen) gar keinen Zweck mehr. Vgl. auch v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 226, 227: „Die Unterscheidung zwischen der Sicherheitsstrafe gegen unverbesserliche Verbrecher und der Verwahrung gemeingefährlicher Geisteskranker ist nicht nur praktisch im wesentlichen undurchführbar, sie ist auch grundsätzlich zu verwerfen“. In gleichem Sinn v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 115, auch wohl Stooß, Schw. Ztschr. f. Strafr. Bd. 14 S. 392, ferner die bei Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 28 N. 14 u. 15 Zitierten. Richtig bemerkt demgegenüber R. Schmidt, a. a. O. S. 132: „Wird die Strafe zur prophylaktisch-polizeilichen Maßregel ausgebildet, so mag der Polizeizwang dadurch zwar verstärkt werden, aber dieser Erfolg wird um einen zu teuren Preis erkauft durch die Preisgabe jenes eigentümlichen Weges zur Bekämpfung und Niederhaltung der rechtswidrigen Gesinnung in weiten Kreisen des Volks, der in der Übung der vergeltenden Gerechtigkeit gegeben ist“.

1) So v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 45, 85, ZStW. Bd. 18 S. 252 f., nach Vorgang von Geib, Lehrb. Bd. 2 S. 57 f. u. Wahlberg, Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege 1869 S. 72 f.

2) So v. Liszt, z. B. Lehrb. 16./17. Aufl. § 36.

nierbarkeit¹⁾. Bestraft sollen nur Personen werden, bei denen durch die Strafe präsumtiv spezialpräventive Zwecke erreicht werden können. Derjenige, bei dem das nicht möglich ist, scheidet aus den Straffähigen aus und ist daher als unzurechnungsfähig zu erachten. Auch deterministische Anhänger

1) So v. Liszt, z. B. Lehrb. 16./17. Aufl. § 37, Aufs. Bd. 1 S. 437. Früher sprach v. Liszt auch von der der Regel gemäßen Bestimmbarkeit des Willens durch Vorstellungen überhaupt, so z. B. Lehrb. 4. Aufl. § 35. — Zeitlich nach der ersten Aufstellung der noch heute formell aufrecht erhaltenen Definition der Zurechnungsfähigkeit mit normaler Bestimmbarkeit hat v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 44 (1893) erklärt, es bedürfe für den Kundigen nicht erst des Zusatzes, daß nicht jede Abweichung von dem Durchschnitt, sondern nur Abweichungen von einer gewissen Erheblichkeit als die Zurechnungsfähigkeit ausschließend in Betracht kommen. Ähnlich das Lehrb. seit der 14. Aufl. § 37, Richtung und Stärke des Willensimpulses dürften nichts wesentlich Abnormes bieten. Es wird indessen wenig „Kundige“ geben, die jene Einschränkung aus der Formel „normale Determinierbarkeit“ oder sonstigen Umschreibungen derselben bei v. Liszt herauslesen mußten oder auch nur konnten. Der Begriff der normalen Bestimmbarkeit, das Abstellen auf das „Durchschnittsmaß“ der „Gefühlsbetonung“ unserer Vorstellungen (so v. Liszt Lehrb. seit der 14. Aufl. § 37) stimmen allerdings nicht mit der nachträglich gemachten Einschränkung überein, daß nur erhebliche Abweichungen von dem Durchschnitt die Zurechnungsfähigkeit ausschließen sollen. Dieser Einschränkung zufolge könnte man sachlich den vorangestellten Begriff als aufgegeben betrachten, wenn er nicht trotzdem noch aufrecht erhalten würde. Die Einschränkung hebt den an sich klaren Begriff der normalen Determinierbarkeit eigentlich auf und setzt etwas Unklares an die Stelle. Denn der Begriff der „erheblichen Abweichung“ oder des „wesentlich Abnormen“ gibt keine festen Anhaltspunkte, während es hier doch im Interesse einer gleichförmigen Praxis dringend erwünscht ist, über die Abgrenzung derjenigen etwas Präziseres zu erfahren, welche als voll verantwortlich anderen Normen unterliegen, von denjenigen, welche dies nicht sind.

der Vergeltungsstrafe können sich dem Begriff der Motivierbarkeit zum Teil nicht völlig entziehen¹⁾. Allein es ist nicht zutreffend, daß der Determinismus die Zurechnungsfähigkeit mit normaler Determinierbarkeit irgendwie umschreiben müßte. Nur der extreme Flügel, der geneigt ist, zwischen dem Handeln Geisteskranker und dem Handeln von Verbrechern hinsichtlich der Art der Motivsetzung prinzipielle Unterschiede nicht zuzulassen, kann auch keine innere Grenze für Zurechnungsfähigkeit finden, sondern sieht sich, soweit er an einer Bestrafung überhaupt festhält, veranlaßt, von den psychischen Wirkungen gewisser Vorstellungen für Zwecke der Spezialprävention auszugehen. Vgl. z. B. Kraepelin²⁾: „Mit aller Schärfe muß ausgesprochen werden, daß die Grenze zwischen geisteskranken Verbrechern und verbrecherischen Geistes-

1) So z. B. Finger Lehrb. Bd. 1 S. 235, obwohl er a. a. O. die Motivierbarkeit durch den Strafvollzug als Kriterium der Zurechnungsfähigkeit ablehnt. Er spricht nämlich S. 209 von einer normalen Determinierbarkeit als Bestandteil der Deliktsfähigkeit, und als solche Determinierbarkeit läßt er es S. 235 zur Zurechnungsfähigkeit genügen, wenn eine psycho-physische Wirksamkeit, wie sie der Gesetzgeber bei Erlassung der Norm beabsichtigt, möglich ist. Wenn ich das richtig verstanden habe, so ist mit dieser Erklärung darauf abgestellt, ob jemand überhaupt durch psychische von außen einwirkende Momente bestimmt werden kann. Da dies aber bei notorischen Geisteskranken auch möglich ist, so meint Finger wohl die Bestimmbarkeit durch Gebote, wie dasjenige, dessen Übertretung gerade in Frage steht. Diese letztere Bestimmbarkeit dürfte kaum das Kriterium bilden. Vgl. auch Finger, Ger. S. Bd. 71 S. 52: „Die Strafe wird dem Individuum gegenüber nur dann zu rechtfertigen sein, wenn die Beschaffenheit desselben den Versuch der Anbahnung von Assoziationen noch zuläßt, die den Tendenzen zu normwidrigem Tun entgegen sind.“

2) In Aschaffenh. Monatsschr. Bd. 3 S. 263.

kranken, die einen Grundstein der Vergeltungstheorie bildet, nirgends besteht als in den juristischen Lehrmeinungen“. Abgesehen davon, daß es überhaupt eine juristisch unzulässige Ausdrucksweise ist, von geisteskranken Verbrechern (scil. im Augenblick der Tat), sowie von verbrecherischen Geisteskranken (scil. im Augenblick der Tat) zu reden, ist dieser angebliche Gegensatz überhaupt kein Grundstein der Vergeltungstheorie. Wer im Augenblick der Tat geisteskrank war, kann nach ihr nicht gestraft werden. Kraepelin bemerkt¹⁾ weiter: „Die jedem Irrenarzte geläufige Tatsache, daß es unmöglich ist, geistige Krankheit und Gesundheit irgendwie scharf voneinander zu trennen, muß der Vergeltungstheorie den Todesstoß versetzen“. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb die Unmöglichkeit einer scharfen Grenze die prinzipielle Aufrechterhaltung des Gegensatzes zwischen Gesundheit und Krankheit unmöglich machen sollte. Wenn infolge mangelnden Beweises der Gesundheit verschiedene Grenzfälle für die Vergeltungsstrafe ausscheiden, so ist sie deswegen doch nicht für die übrigen Fälle beseitigt.“ Müßte man aber sagen: es gibt überhaupt die Unterscheidung von geistiger Gesundheit und geistiger Kraft nicht — ein offenes Unding — so wäre auch damit nur der Todesstoß für eine indeterministische Begründung der Vergeltungstheorie, nicht aber für die Vergeltungstheorie selbst gegeben. Denn Werturteile über die Bedeutung der Tat können auch dann noch in der Form der Strafe mit Rücksicht auf generalpräventive und spezialpräventive Zwecke sich als ein Bedürfnis herausstellen. Kraepelin bemerkt²⁾

1) a. a. O. S. 264.

2) a. a. O. S. 264.

endlich: „Eine Strafrechtspflege, die auf den tönernen Füßen der grundsätzlichen Scheidung zwischen geistiger Gesundheit und Krankheit steht, muß notwendigerweise in sich zusammenbrechen, sobald die Erkenntnis von der Unverlässigkeit dieser Stützen aus den engen Kreisen der irrenärztlichen Sachverständigen in das Bewußtsein der Gebildeten und namentlich der Richter selbst übergegangen ist“. Hiermit wird der Strafe i. w. S. überhaupt, nicht nur der Vergeltungsstrafe, der Tod prophezeit. Die Gesellschaft braucht aber auch dann, wenn es keine Grenzen gibt, nicht völlig auf das wertvolle Schutzmittel der Prävention durch Übel zu verzichten und wird bei Bestimmbarkeit, sei es des Täters, sei es doch der Übrigen, durch das Strafübel i. w. S. aus mancherlei Rücksichten nicht alle Reaktion gegen den Täter in milder erziehlicher Behandlung aufgehen lassen können. So hält denn auch v. Liszt an der Strafe fest¹⁾, obwohl er es gelegentlich zu den Aufgaben der Kriminalpolitik gerechnet hat, daß „die begriffliche Scheidewand zwischen Verbrechen und Wahnsinn fällt — und mit ihr die starre Herrschaft desjenigen juristischen Begriffs“, über den er gerade sprach: „der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit“²⁾. Immerhin gelangt jeder radikale Determinismus, der höchstens noch auf die Bestimmbarkeit durch die Strafdrohung oder den Strafvollzug Wert legt, folgerichtig dazu, die Unverbesserlichen

1) Vgl. z. B. Aufsätze Bd. 2 S. 80 f.

2) An anderer Stelle schränkt v. Liszt diesen Satz ein auf die „starre“ Scheidung der Verbrecher in Zurechnungsfähige und Nichtzurechnungsfähige, so Lehrbuch 16./17. Aufl. S. 164. — Gute Ausführungen gegen das Aufgeben der Unterscheidung von Zurechnungsfähigen und Unzurechnungsfähigen bei Gretener, die Zurechnungsfähigkeit (1897) S. 188 f.

für unzurechnungsfähig zu erklären, gleichviel in welcher Richtung sie sich im übrigen betätigen mögen, ob in bezug auf Übertretungen oder in bezug auf schwere Delikte. Halsstarrigkeit, unbeugsamer Trotz gegenüber den für eine bestimmte Handlung angedrohten Strafen müßte zur Strafunfähigkeit führen, namentlich dann, wenn bezüglich anderer Delikte, welche der Täter nie zu begehen gewillt ist, auch eine umgekehrte Motivierung zum Verbrechen nicht möglich erscheint.

Es sei dahingestellt, ob der Determinismus (vielleicht genauer: ein nicht genügend scharf zusehender Materialismus) als der Vater der Gesinnungstheorie anzusehen ist, jedenfalls läßt sich auch bei deterministischer Grundlage ein anderer Begriff der Zurechnungsfähigkeit verteidigen, da der eben erörterten Begriffsbestimmung manche Bedenken entgegentreten.

Macht man das Vorhandensein normaler Bestimmbarkeit davon abhängig, ob jemand in bezug auf das konkrete Delikt, welches er beging, normal bestimmbar war, so ist jemand unzurechnungsfähig, wenn er etwa infolge großen Eigensinns oder infolge einer eingewurzelten Feindschaft von der Wiederbetretung eines verbotenen Weges oder von der Wiederholung einer Beleidigung nicht abgebracht werden kann, mag er sich im übrigen auch völlig vernünftig benehmen¹⁾. Dies wäre ein

1) Trotzdem scheint v. Liszt auf diesem Standpunkt zu stehen, da er erklärt, eine Zurechnungsfähigkeit (d. h. die normale Bestimmbarkeit) könne bei einem Menschen bald als vorhanden, bald als fehlend angenommen werden, je nachdem diese oder jene Gruppe von strafbaren Handlungen in Frage stehe. So Lehrb. 16./17. Aufl. S. 163. Es soll übrigens hiermit nicht bestritten werden, daß ein nicht auf normaler Bestimmbarkeit gegründeter Zurechnungsfähigkeitsbegriff angenommen werden kann, welcher, ohne so unerfreuliche Ergebnisse

recht unbefriedigender Standpunkt. Macht man dagegen das Vorhandensein der normalen Bestimmbarkeit unabhängig von der Motivierbarkeit in bezug auf ein bestimmtes Delikt, so wäre danach zurechnungsfähig, wer, wenn auch nicht in bezug auf das konkrete Delikt, so doch in bezug auf andere Delikte durch Motive bestimmt werden könnte. Alsdann würde sich fast bei allen Menschen irgendein Delikt finden, in bezug auf welches sie sich wahrscheinlich wie andere Menschen durch die Strafe motivieren ließen, während es doch sicherlich nicht angeht, sie mit Rücksicht allein hierauf für zurechnungsfähig zu erklären. Auch ließe sich dann die Behauptung nicht mehr halten¹⁾, daß jemand in bezug auf das eine Delikt zurechnungsfähig sein könne, in bezug auf ein anderes dagegen nicht.

Nimmt man die normale Determinierbarkeit noch etwas weiter und setzt man sie der Determinierbarkeit durch die Normen des sozialen Verhaltens gleich, so streift man mit letzterem wenig bestimmten Ausdruck etwas Richtiges, denn eine Person, die sich weder durch Normen des Rechts, noch durch solche der Religion, der Sittlichkeit, der Klugheit usw. beeinflussen läßt, also eine Person, die alles unklug anfängt und keinem vernünftigen Triebe folgt, muß notwendig unvernünftig sein. Eine Zurechnungsfähigkeit, die bei dem einen Delikte vorhanden ist, bei dem anderen nicht²⁾, gibt es danach nicht. Außerdem läßt sich diese weitestgehende Unbestimmbarkeit praktisch bei vielen Personen, deren Geisteszustand sehr zweifelhaft erscheint,

zu liefern, ebenfalls bei manchen Delikten zur Bejahung der Zurechnungsfähigkeit führt, bei anderen nicht.

1) Vgl. darüber die vorige Anm.

2) Vgl. vorletzte Anm.

überhaupt kaum feststellen. Der sog. moralische Schwachsinn würde jedenfalls unter diese Begriffsbestimmung noch nicht fallen, und es fragt sich ferner, ob wirklich nur diejenigen, welche auf gar keine Normen des sozialen Verhaltens¹⁾ hören können, als unzurechnungsfähig zu erachten sind.

Man braucht aber gar nicht die letztbesprochene, weite Umgrenzung zu grunde zu legen, um zu einem praktisch wichtigen Bedenken gegen das Merkmal der Determinierbarkeit zu gelangen. Wenn man an den Unterschied zwischen zurechnungsfähig und unzurechnungsfähig verschiedenartige Reaktionsmaßregeln knüpft, so widerspricht das Kriterium der Bestimmbarkeit dem Bedürfnis eines humaneren Zeitalters nach Ausscheidung aller Motivierbaren, die man klinisch als in ihrem Zentralnervensystem erkrankt bezeichnen muß, von der Möglichkeit krimineller Bestrafung. Denn es ist schwerlich zu widerlegen²⁾, daß es anerkannt Unzurechnungsfähige gibt, welche pädagogischer Einwirkung zugänglich sind³⁾, wie es anerkannt Zurechnungsfähige gibt, welche sich von irgendeinem Delikte nicht abbringen lassen. Dem gegenüber hilft m. E. auch die Berufung darauf nichts, daß die Zurechnungsfähigkeit „mit jeder Störung des Seelenlebens“ entfallen soll, durch welche

1) Hierunter rechnet v. Liszt, Lehrb. § 36 alle oben angeführten „Normen“ mit Einschluß der Klugheit als Beispiele!

2) Was bereits Gretener, die Zurechnungsfähigkeit 1897 S. 104 ausgeführt hat.

3) Treffend bemerkt v. Lilienthal in Aschaffenh. Mon. Bd. 5 S. 259, daß Straffähigkeit, d. h. Beeinflußbarkeit durch die Strafe bei Personen vorliegen kann, die gleichwohl im Augenblick der Tat unzurechnungsfähig waren.

„die Reaktion anormal“ (1) „atypisch“ gestaltet wird¹⁾. Man hat damit absolut keine Handhabe, um zu einer Grenzlegung zu kommen, ob ein bestimmtes Verhalten atypisch (anomal oder abnorm) war²⁾, auch nicht, wenn man nur „Abweichungen von einer gewissen Erheblichkeit“³⁾ als die Zurechnungsfähigkeit ausschließend erachtet. Für diese Erheblichkeit existiert gar keine communis opinio, und die Praxis muß daher notwendig höchst ungleich werden⁴⁾.

1) So v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 219.

2) Gott Lob kann man bei den meisten Verbrechen sagen, sie seien etwas Atypisches.

3) v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 44.

4) Neuerdings will v. Lilienthal die Unzurechnungsfähigkeit im Sinn von anomaler Determinierbarkeit auf diejenigen Fälle beschränkt wissen, wo eine Erkrankung des Zentralorgans die Ursache der abnormen Determinierbarkeit bildet, Asch. Mon. Bd. 5 S. 268. Die Einfügung der Erkrankung des Zentralorgans verschiebt m. E. unter Beibehaltung des Namens „normale Bestimmbarkeit“ das Kriterium auf ein ganz anderes Gebiet, nämlich die allerdings maßgebende Erkrankung unserer psychischen Organe. Wann dieses theoretisch richtige Kriterium anzunehmen sei, dafür fehlt freilich der nähere Anhaltspunkt und ohne einen solchen ist die Abgrenzung nicht genügend scharf. Dagegen verdient erwähnt zu werden, daß man mit der Einfügung jenes neuen Kriteriums der nur willkürlich zu treffenden Abgrenzung von Merkmalen entgeht, welche zum Vorliegen einer abnormen Bestimmbarkeit gehören, da man ja direkt fragen kann: Liegt eine Krankheit des Zentralorgans vor oder nicht? Die nur sehr schwer und nur in den seltensten Fällen feststellbare Tatsache, ob jemand völlig normal bestimmbar ist, interessiert bei jener Einfügung nicht, obwohl zuzugeben ist, daß völlig d. h. in jeder Richtung normal bestimmbare Menschen nicht zu den Geisteskranken zählen. Die Kriterien der geistigen Gesundheit liegen weitab von diesem seltenen Fall.

Ein Hauptbedenken gegen den geschilderten Begriff der Zurechnungsfähigkeit bildet die Unmöglichkeit, die gesellschaftlichen Bedürfnisse nach Generalprävention bei dieser Abgrenzung der Zuständigkeit zu befriedigen. Die Bestimmbarkeit des Täters durch die Strafe kann fehlen, der Täter also unzurechnungsfähig sein. Bei fehlender Strafe wegen solcher Unzurechnungsfähigkeit wirkt manches Verbrechen eher anreizend als abstoßend auf die große Masse. Sichernde Maßnahmen wirken nicht gleich stark, soweit sie nicht tatsächlich den Charakter eines Strafübels annehmen und nach Vergeltungsgrundsätzen verhängt werden, d. h. ohne Rücksicht auf vorher eingetretene Besserung oder Abschreckung. Mag der einzelne Verbrecher auch nicht zu bessern sein: wenn er sich im übrigen vernünftig benimmt, werden viele andere eine Einbuße in ihrem Glauben an die Autorität des Rechts erleiden, welches ja dann auch ohne empfindliche Übelsfolge gekränkt werden darf. Vorausgesetzt, daß man die Notwendigkeit einer Scheidung zwischen Strafvoraussetzungen und Voraussetzungen für bloß spezialpräventive Maßnahmen einsieht, wird man demnach auch bei deterministischer Grundauffassung dazu angespornt, nach anderen Abgrenzungsmöglichkeiten zu suchen. An und für sich läßt sich diese Abgrenzung ebensowohl negativ vornehmen wie positiv. Nach beiden Richtungen existieren denn auch Abgrenzungen, welche sich von der normalen Bestimmbarkeit erheblich unterscheiden¹⁾. Dabei ist es nur ein scheinbarer Vorzug, wenn man die Zurechnungsfähigkeit negativ formuliert als Abwesenheit von

1) Vgl. z. B. einerseits v. Bar, Gesetz u. Schuld Bd. 2 S. 34, andererseits Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit 1897 S. 96 u. 123 f.

gewissen Mängeln, z. B. der Geisteskrankheit; denn dadurch gelangt man in keinem Stück weiter. Wo z. B. die Geisteskrankheit anfängt, läßt sich nur sagen, wenn die Merkmale für geistige Gesundheit gefunden sind. Von denjenigen positiven Definitionen der Zurechnungsfähigkeit, welche die normale Bestimmbarkeit in ihrem sprachgebräuchlichen Sinne nicht verwenden, seien folgende hervorgehoben:

Zurechnungsfähigkeit ist die Fähigkeit zu dem abstrakten Durchschnittsverhalten der Angehörigen einer jeweiligen Kultur¹⁾. Nach anderer Formulierung ist zur Zurechnungsfähigkeit erforderlich: die Fähigkeit, einen Anreiz zum Handeln richtig zu erkennen und daraufhin nach Maßgabe seiner Persönlichkeit zu reagieren, außerdem seine Handlungen nach Maßgabe sozial-ethischer Normen zu bestimmen²⁾. Gegen letztere Wendung wird die Vergeltungstheorie allerdings vorzubringen haben, daß „die Fähigkeit zu sozial-ethischem Verhalten“ namentlich in der Praxis dazu verleiten könnte, hartgesottene Verbrecher oder solche, die sich auf eine bestimmte verbrecherische Idee verbissen haben, einfach für unzurechnungsfähig zu erklären³⁾. In einer anderen Wendung wird

1) So Liepmann, Einleitung S. 104.

2) So Frank, Komm. 5./7. Aufl. § 51 I.

3) Mit Recht macht daher auch Fuchs, Das Problem der Strafmündigkeit und die deutsche Strafgesetzgebung (1906) S. 54 das Zugeständnis, daß sittliche Reife, sowie sittliche Widerstandskraft nicht ganz glückliche Bezeichnungen sind. Fuchs meint nur, die Stetigkeit und Festigkeit, die den Willen befähigt, den verschiedenen motivierenden Einflüssen gegenüber sich mit annähernder Sicherheit pflichtmäßig zu bestimmen, sei gleichbedeutend. Indessen erst die letztere aus Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 535 entnommene Formu-

gesagt: Zurechnungsfähigkeit sei die Fähigkeit zu einem sozialen Verhalten, d. h. zu einem Verhalten, das den Erfordernissen des staatlichen Zusammenlebens der Menschen entspricht¹⁾. Sie sei vorhanden bei jedem „geistig reifen und geistig gesunden Menschen bei ungetrübtem Bewußtsein“. „Normaler Inhalt und normalmotivierende Kraft der Vorstellungen“ mache mithin das Wesen der Zurechnungsfähigkeit aus²⁾. Auch als Ähnlichkeit mit den anderen, als *similitudo sociale* wird die Zurechnungsfähigkeit definiert³⁾. Gegenüber den verschiedenen zuletzt referierten Definitionen muß die Vergeltungstheorie daran festhalten, daß dieselben durchaus nicht das Gleiche besagen, wie „die normale Determinierbarkeit“ oder wie „die Bestimmbarkeit durch Motive“⁴⁾. Vom Vergeltungsstandpunkte aus erscheint unter den Definitionen, die von der Determinierbarkeit absehen, nur diejenige auf prinzipiell unrichtiger Bahn, welche von der Fähigkeit zu einem sozialen Verhalten redet, das den Erfordernissen des staatlichen Zusammenlebens der Menschen entspricht. Denn mit dieser Definition müßte man dazu gelangen, die Unzurech-

lierung dürfte eine für den Vergeltungsgedanken brauchbare Festlegung des Zurechnungsfähigkeitsbegriffs enthalten. Vgl. darüber weiter unten.

1) So v. Liszt, Lehrb. 16./17. Aufl. S. 162.

2) So v. Liszt, a. a. O. S. 163. In früheren Auflagen, z. B. 13./14. Aufl. wurde die letztgenannte Umschreibung als Erläuterung an den Begriff der normalen Determinierbarkeit angereicht.

3) So v. Liszt, a. a. O. S. 163 N. 1, sowie Tesař, Die symptomat. Bedeutung des verbr. Verhaltens S. 229, im Anschluß an Tarde.

4) Dies nehmen jedoch viele an, so z. B. v. Liszt, wie auch Frank, beide a. a. O., indem sie die fraglichen Definitionen als gleichwertig nebeneinander stellen.

nungsfähigkeit der Unverbesserlichen zu behaupten, eine Behauptung, welche die Vergeltungstheorie unbedingt ablehnt, und zwar auch dann, wenn man als Unverbesserliche alle diejenigen noch gelten läßt, welche mit großer Wahrscheinlichkeit wiederholt rückfällig werden. Mit der in Frage stehenden Definition würde ferner die Praxis dazu gelangen müssen, bei denjenigen, welche trotz gründlicher Erziehung Verbrecher geworden sind, die Fähigkeit zu sozialem Verhalten wenigstens für den Augenblick der Tat zu verneinen. Soweit dagegen die eben geäußerten Bedenken nicht einschlagen, sind diejenigen erwähnten Zurechnungsfähigkeitsdefinitionen auf richtigem Wege, welche die normale Bestimmbarkeit in keiner Weise durchklingen lassen. Man kann aber allerdings vielleicht sagen, daß sie ebenfalls noch zu wenig greifbare Handhaben bieten, um einen Unzurechnungsfähigen von einem Zurechnungsfähigen zu unterscheiden. Das vieldeutige Wort „Fähigkeit“ zu einem bestimmten Verhalten sowie die anderen Ausdrücke mögen etwas Richtiges enthalten, aber sie sind noch recht unbestimmt und deuten auf keinen Fortschritt hin. Wie man nun die Zurechnungsfähigkeit zu bestimmen hat, das kann bei der Fülle der obschwebenden Zweifel im Rahmen des gegenwärtigen Themas nicht bis ins einzelne verfolgt werden. Es galt hier in erster Linie nur aufzuzeigen, daß die Definition mit normaler Bestimmbarkeit vom Vergeltungsstandpunkte aus inkonsequent erscheint, während sie für eine Spezialpräventionstheorie, aber auch nur für diese, wirklich paßt. Die Deterministen unter den Anhängern des Vergeltungsgedankens werden sich klar machen müssen, daß für sie die Scheidung zwischen Zurechnungsfähigen und Unzurechnungsfähigen

nicht als etwas objektiv Gegebenes, sondern als eine durch den Gesetzgeber positivrechtlich zu treffende Maßnahme anzusehen ist, wobei der Gesetzgeber dem Erkenntnisgrade seiner Kulturperiode zu entsprechen hat. Man kann nicht etwa blindlings dem Psychiater folgen, wenn er Gesichtspunkte seines Spezialfachs in den Vordergrund stellt und den Einen für normal, den Andern aber wegen bestimmter psychischer Eigenschaften für abnorm erklärt. Psychische Entartungen im weitesten Sinne finden sich fast bei jedem Menschen in unserem verwickelten Gesellschaftsleben¹⁾. Demgegenüber muß das jeweilige Recht die Grenze durch eine praktisch brauchbare Normativbestimmung zu ziehen suchen, welche angibt, bis zu welchem Umfang der Gesetzgeber besondere Eigenheiten eines Menschen noch nicht als Unzurechnungsfähigkeitsgründe gelten lassen will, bzw. bei welchen Merkmalen ihm die Behandlung der betreffenden Täter als unzurechnungsfähig zweckmäßig erscheint. Der Gesetzgeber wird diese Grenzziehung umsoweniger den psychiatrischen

¹⁾ Vgl. dazu auch Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit (Replik) 1899 S. 42: „Eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit kann so unbedeutend sein, daß sie die freie Willensbestimmung kaum zu beeinträchtigen, geschweige denn aufzuheben geeignet wäre“. Mit Rücksicht auf die Möglichkeit, schwache pathologische Nüancen bei den meisten Menschen nachzuweisen, vermag ich daher der Auffassung Fingers, Ger. S. Bd. 64 S. 304 nicht beizutreten, der zwar die verminderte Zurechnungsfähigkeit wegen ihrer Kautschukartigkeit mit vollem Recht verwirft, aber die Bestimmungen des Strafrechts auf alle diejenigen Personen keine Anwendung finden lassen will, deren Geistesleben pathologisch affiziert ist. Es ist mir allerdings nicht sicher, ob Finger alle geringfügigen pathologischen Spuren (z. B. leichte Nervosität) bereits als eine Affizierung ansieht.

Gutachtern des Einzelfalls überlassen, da diese je nach ihrem psychiatrischen Spezialzweck seine weiter ausschauenden Pläne durchkreuzen könnten und neuerdings mehrfach die Neigung bekunden, sehr viele noch verkehrsfähige Menschen dem Kreise der Zurechnungsfähigen im Zivil- und Strafrecht zu entziehen¹⁾. Selbstverständlich darf der Gesetzgeber die Erfahrungen der Psychiatrie nicht unbeachtet lassen bei seiner Grenzlegung, und ebensowenig werden psychiatrische Sachverständige dadurch entbehrlich, daß sie an die Beobachtung bestimmter Richtlinien bei ihrem Gutachten gebunden werden.

Deterministische Anhänger des Vergeltungsgedankens werden demnach darauf hinzuwirken haben, daß autoritativ die Grenze der Zurechnungsfähigkeit, auch für die Psychiater

¹⁾ Vgl. dazu etwa das bereits von Birkmeyer, Was läßt v. Liszt usw. S. 61, angeführte Zitat von dem Psychiater Cramer, Verhandl. des 27. Juristent. Bd. 4 S. 410: „Die geminderte Zurechnungsfähigkeit können wir nicht abgrenzen, das ist ein kautschukartiger Begriff und ich mache mich verbindlich, wenn der Ausdruck „geminderte Zurechnungsfähigkeit“ in das StGB. kommt, einen jeden Menschen für gemindert zurechnungsfähig zu erklären; das wird nicht schwer sein“. Cramer meint des weiteren, der „medizinische“ (?) Begriff der geistigen Minderwertigkeit gebe in dieser Beziehung bessere Abgrenzungen. Hierin ist ihm nicht beizutreten. Und obwohl die angeführten Sätze nur von der „geminderten Zurechnungsfähigkeit“ handeln, läßt sich beim Fehlen scharfer Grenzen für diesen Begriff doch mindestens annehmen, daß die Psychiater je nach ihren wissenschaftlichen Theorien diese Zurechnungsfähigkeit in gleichgelagerten Fällen sehr ungleich bald annehmen bald verneinen werden. Anders, wenn sie vom Gesetzgeber an gewisse Merkmale gebunden werden. Material über weitgehende psychiatrische Auffassungen in bezug auf Anwendbarkeit des § 51 StGB. findet sich auch in den Juristisch-psychiatrischen Grenzfragen, herausgeg. v. Finger, Hoche u. Bresler 1903f.

bindend, nach bestimmten leitenden Merkmalen festgelegt werde. Soweit die Psychiater selbst solche Merkmale auch nur gefühlsmäßig von Fall zu Fall nach Gesichtspunkten der Prävention aufstellen, wird man es dem Gesetzgeber nicht verübeln können, wenn er diese gefühlsmäßige Beurteilung mancher Grenzfälle nach seinen Allgemeininteressen zu leiten sucht. Bei der Abgrenzung wird darnach von deterministischem Vergeltungsstandpunkte aus die Erwägung maßgebend sein, ob die Bestrafung gewisser psychisch nicht völlig normal erscheinender Individuen bei der Gesamtheit noch diejenigen Wirkungen herbeizuführen geeignet ist, welche man unter dem Ausdruck der Vergeltung (als einer sachlichen Ausgleichung) zusammenfassen kann¹⁾. Man wird also z. B. fragen, ob es zweckmäßig erscheint, Individuen mit bestimmten Eigenschaften noch als geschäftsfähige Personen gelten zu lassen, und sie demgemäß auch in bezug auf ihre Gehorsamspflicht so zu

¹⁾ Es wird dabei in Betracht kommen, ob durch die Nichtbestrafung von Personen mit gewissen geringfügigen pathologischen Abweichungen (z. B. mit einer leichteren Nervosität) die generalpräventive Wirkung der an alle Untertanen gerichteten Gesetzesbefehle und ihrer Strafsanktionen vermindert würde und ob die Erhaltung bzw. Verstärkung dieser generalpräventiven Wirkung im sorgfältig zu prüfenden Gesamtinteresse der Gesellschaft liegt. Die Achtung vor dem Gesetz wird z. B. nicht dadurch gemindert, daß notorisch Geisteskranke straflos bleiben. Die Straflosbelassung gewisser anderer Personen schadet vielleicht der Rechtsautorität in geringem Maße, sie regt z. B. zur Simulation an, aber mildere Reaktionsmittel geben der Gesellschaft hier etwa ausreichenden Normenschutz. Entschieden zu weitgehend, wenngleich auf richtiger Grundidee beruhend, ist daher die Umschreibung von Löffler, ZStW. Bd. 18 S. 249: „Passiv straffähig“ (= zurechnungsfähig) „ist derjenige, den man strafen muß, damit die Übrigen an den Ernst der Strafdrohung glauben“.

behandeln, wie man voll Zurechnungsfähige mit Rücksicht auf die verschiedenen Vorteile (namentlich für die bürgerliche Freiheit und Gleichheit), welche ein nach dem Vergeltungsgedanken aufgebautes Strafrecht darbietet, zu behandeln gesonnen ist

Aber auch der Indeterminist darf sich nicht verleiten lassen, die Zurechnungsfähigkeit rein abstrakt ausschließlich von dem Vorliegen der Willensfreiheit abhängig zu machen, sondern er muß namentlich dem mit der Kultur schwankenden Vergeltungsbedürfnis Rechnung tragen. Das Vergeltungsbedürfnis bleibt sich aber in den verschiedenen Kulturperioden nicht gleich hinsichtlich der Frage, welche Fälle des Unrechts für strafbar zu erklären sind. Daher ist es z. B. mit indeterministischer Vergeltungslehre durchaus vereinbar gewesen, ein bestimmtes Mindestalter als Voraussetzung der Bestrafung aufzustellen, obwohl auch vor Erreichung dieses Alters bereits Zurechnungsfähigkeit in Sonderfällen vorliegen kann. Denn nicht jeder wirklich Zurechnungsfähige braucht gestraft zu werden. Die Strafbarerklärung hängt vielmehr davon ab, ob sie den Bedürfnissen der Gesamtheit mehr entgegenkommt als die Straffloslassung. Man kann das etwas schief, aber dem Sinne nach verständlich auch so ausdrücken: Wen das Recht als willensfrei behandeln, wen es unter den Willensfreien strafen will, bestimmt sich nach Zweckmäßigkeitsgründen. Das Recht darf auch nach indeterministischem Vergeltungsstandpunkt gewisse psychische Schwächen wegen der Schwierigkeit, hier einen psychischen Zustand, welchen wir Willensfreiheit nennen, zu ermitteln, gleich von vornherein zu den Fällen ausgeschlossener Willensfreiheit gerechnet wissen wollen. Im allgemeinen

gewinnt es den Anschein, als ob denjenigen, welche auf der Grundlage der Spezialpräventionstheorie die Zurechnungsfähigkeit bestimmen wollen, ein Erkenntnisgrad vorwärts bei der Zurechnungsfähigkeitslehre verloren gegangen wäre, welcher vom Standpunkte indeterministischer Anschauung sehr nahe liegt, weil er sich mit der Wahlfreiheit berührt, welcher aber auch von deterministischem Standpunkte aus als Kriterium verteidigt werden kann: nämlich die Überlegungsfähigkeit¹⁾. Man kann etwa die Zurechnungsfähigkeit für vorhanden erklären, wenn die Verstandeskraft nebst der Willenskraft eines Menschen im allgemeinen und im Einzelfalle das Mindestmaß dessen erreicht, was nach der Anschauung des Rechtsverkehrs dazu gehört, zur Abhaltung vom Verbrechen generell taugliche Vorstellungen genügend deutlich zu erfassen und mit Bewußtsein zwischen diesen als Motiven und den Antrieben zum Verbrechen abwägend zu entscheiden²⁾. Es kann nicht daran gedacht werden, hiermit irgendwie abschließende oder einwandfreie Ergebnisse zu produzieren³⁾.

1) In indeterministischem Sinn ist die Überlegungsfähigkeit ein Bestandteil der Wahlfreiheit, welche letztere bei indeterministischer Formulierung der Zurechnungsfähigkeit eine Rolle spielt, aber m. E. genügend scharfer äußerer Kriterien ermangelt. Vgl. z. B. die Formulierung bei Beling, Grdz. 3. Aufl. S. 53.

2) Dem Grundgedanken nach nahe verwandt die Ausführungen von Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 122, 123, der freilich am Schluß seiner Darlegung diese Merkmale als „normale Bestimmbarkeit verbunden mit normaler Einsicht“ bezeichnet wissen will.

3) Die Überlegungsfähigkeit ist an sich ebenfalls Mißverständnissen ausgesetzt, wie der Verf. zugeben muß. Vgl. darüber etwa Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit (1897) S. 132. Diese Mißverständnisse lassen

Für das geltende Recht dürfte es immerhin ein beachtliches Kriterium bilden, ob jemand die notwendigsten Vorstellungen über die Erscheinungen der Außenwelt richtig besaß, die bei seinem Delikte in Frage kommen, ob er ferner die Fähigkeit hatte, diese Vorstellungen im konkreten Falle noch zu beherrschen (negativ ausgedrückt, ob kein so starker Affektzustand vorlag, daß jene Vorstellungen bei der Willensbildung nicht mehr im Zentralpunkt des Bewußtseins festgehalten werden konnten) und zu einer Entscheidung zu gelangen. Sachlich gewinnt man damit m. E. gleiche Ergebnisse in bezug auf Bejahung oder Verneinung der Zurechnungsfähigkeit, wie wenn man die oben S. 167 erörterten deterministischen Erwägungen über die Zweckmäßigkeit einer Bestrafung eintreten läßt, da nämlich die Bestrafung derer, welche jene Überlegungs-

sich aber wohl durch entsprechende Formulierung beheben. Man muß, wie dies in der Formulierung des Textes versucht wurde, zum Ausdruck bringen, daß nur ein solches Überlegen in Frage kommen kann, welches, durch das Fehlen eines erregteren Seelenzustandes bedingt, ein Abwägen unter den in der Erfahrung aufgespeicherten und den im Einzelfall hinzugekommenen Motiven möglich macht, und welches auch nach der psychischen Natur der betreffenden Person in ein Entscheidungsstadium überzugehen vermag. Ausgeschlossen ist die Zurechnungsfähigkeit also z. B. nach dem Gesagten, wenn jemand sich zu wichtigeren Entschlüssen nicht bringen läßt, sondern krankhafte Entschlußunfähigkeit verrät. Eine Reihe von Fällen mangelnder Zurechnungsfähigkeit infolge einer krankhaften Störung der Willensbildung gibt in feiner Analyse v. Lilienthal, *Asch. Mon.* Bd. 5 S. 268. Mit der Entscheidung dieser Fälle ist der Verf. einverstanden. Er glaubt nur, daß der Ausdruck „normale Bestimmbarkeit“ deren Lösung nicht erleichtert, und daß auch das Kriterium der „Erkrankung des Zentralorgans“ (so v. Lilienthal, a. a. O.) zu wenig praktische Handhaben bietet.

fähigkeit besitzen, der Gesellschaft spezialpräventiven und generalpräventiven Nutzen bringen kann. Schlägt man psychiatrische Literatur nach, so wird man bald erkennen, daß auch die Psychiater keine besseren oder sichereren Handhaben für die Auslegung des § 51 StGB. oder für eine Klarlegung sonstiger Grenzen zwischen geistiger Krankheit und Gesundheit geben können¹⁾.

¹⁾ Man vgl. z. B. Cramer, *Gerichtl. Psychiatrie* 3. Aufl. S. 41, 47, wo wiederholt von Schwierigkeiten der Entscheidung gesprochen wird, ohne daß feste Kriterien angegeben würden. Die Ausführungen machen auf den Juristenverstand den Eindruck, daß sich die Psychiater selbst ohne festes Steuer nach stark gefühlsmäßigen Urteilen richten, was wohl für die konkrete Tat die zweckmäßigste Behandlung wäre. Von der Zurechnungsfähigkeit im Augenblick der Tat wäre dergleichen jedenfalls sehr verschieden. Namentlich gilt dies hinsichtlich der Umgrenzung der geminderten Zurechnungsfähigkeit. Recht unbestimmt lauten die Antworten auch für die Zurechnungsfähigkeitsgrenze bei der Hysterie nach von Krafft-Ebing, *Gerichtl. Psychopathologie* 4. Aufl. S. 246, bei Trunkenheit nach Hoppe, *Der Alkohol im gegenwärtigen und zukünft. Strafr.* S. 41, bei dem sogen. moral. Irresein nach Gaupp, *Vorträge*, gehalten auf der Versammlung v. Juristen u. Ärzten in Stuttgart 1903, S. 65. Um einem Mißverständnis vorzubeugen, sei wiederholt betont, daß hiermit den Juristen nicht die Fähigkeit beigelegt werden will, die Symptome der eigentlichen Geisteskrankheiten oder das Pathologische mancher sonstiger Zustände besser zu erkennen. Aber die Richtlinie, welche die Psychiater für ihr Urteil befolgen sollen, ob dieser oder jener Komplex von Erscheinungen oder bestimmte isolierte Erscheinungen die juristische Zurechnungsfähigkeit aufheben, kann der Gesetzgeber nach Einvernahme von juristischen und medizinischen Gutachten dem Richter wie seinen Gehilfen vorschreiben. Auch haben schon öfter Anhänger des Vergeltungsgedankens kundgegeben, daß sie in bezug auf psychiatrische Fragen gerne sachverständigen Rat hören wollen. Vgl. z. B. Binding, *Grdr.* 7. Aufl. Vorwort S. XIII, Hälschner, *Gem. dtsch. Strafr.* Bd. 1 S. 214, Schaper

4. Die Gesinnungsstraftheorie, welche den Gesichtspunkt der Spezialprävention bei ihren Maßregeln vorherrschen läßt, führt auf Grund ihres Zurechnungsfähigkeitsbegriffs, wie erwähnt, dazu, bei Unverbesserlichen die Zurechnungsfähigkeit¹⁾ und damit die Bestrafungsmöglichkeit²⁾ zu verneinen. Die gegen Unverbesserliche zu ergreifenden Maßnahmen sollen also nicht Strafen sein und brauchen daher die Übelseigenschaft, welche

in v. Holtzend. Hdb. Bd. 2 S. 166. Aber forensisch besteht in der Gegenwart eher eine Neigung zur Überschätzung der psychiatrischen Gutachten, während man nach den Zeugnissen von Praktikern früher eine Neigung zur Unterschätzung dieser Gutachten zu beklagen hatte. So sicher uns der Psychiater in der Aufdeckung von Psychosen an die Hand gehen kann, so fraglich ist, ob er gegenüber dem in der praktischen Psychologie geschulten Richter auch in anderen Fällen durchschnittlich das bessere Wissen hat. So schreibt z. B. der Psychiater Herm. Kornfeld, Psychiatrische Gutachten und richterliche Beurteilung 1907 S. 17: „Für diejenigen Störungen der Handlungen eines Menschen, die einer Störung des Geistes als Folge einer körperlichen Krankheit zuzuschreiben sind, hat der Arzt als der berufene Sachverständige zu gelten. Wo solche indes nicht nachzuweisen sind, wo die Erkrankung sich als eine rein geistige darstellt, kann es zweifelhaft sein, ob der Kriminalist oder Psychologe, der erfahrene Gefängnisbeamte nicht besser imstande sind, den Zustand zu beurteilen als ein Arzt“. Cramer, a. a. O. S. 42 deutet wenigstens Möglichkeit von Fällen an, wo der Sachverständige die Frage der Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 nicht direkt beantworten soll, sondern diese Beantwortung besser dem Richter überläßt, indem er ihm nur die Entscheidungsgrundlagen vermittelt. — Vgl. auch Lindenberg, DJZ. Bd. 13 S. 562, 563.

¹⁾ So folgerichtig v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 226.

²⁾ Letztere Konsequenz zieht Lipps, Aschaffenh. Monatsschr. Bd. 3 S. 307, während er im übrigen nicht auf dem Boden der Gesinnungsstrafe steht. Anders dagegen v. Sichart, Asch. Mon. Bd. 4 S. 278, 279.

wenigstens tatsächlich auch von den Vertretern jener Anschauung der Strafe beigelegt wird, nicht aufzuweisen. Daß nicht alle Vertreter der Gesinnungsstrafe jene Konsequenz gezogen haben, steht dem Gesagten natürlich nicht im Wege und hängt zum Teil damit zusammen, daß sie zwischen Strafe und sichernden Maßnahmen nicht unterscheiden¹⁾. Läßt man als Unverbesserliche auch diejenigen gelten, bei welchen die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls trotz unternommener Erziehungsversuche in einer Strafanstalt noch außerordentlich hoch ist²⁾, so kann man in einem übertragenen Sinn von Unverbesserlichen allerdings sprechen. Freilich bedarf es noch äußerer Merkmale, um diese Unverbesserlichkeit präzis zu erfassen. Dazu kann man etwa wiederholte Rückfälle und die besondere Art der Begehung rechnen³⁾. Die Vertreter der Vergeltungsstrafe müssen zwar, soweit sie indeterministisch vorgehen, zu dem Ergebnis kommen, daß es keine geistig gesunden, d. h. unbedingt zurechnungsfähigen Menschen gibt, bei denen die

¹⁾ Z. B. Kraepelin, Asch. Mon. Bd. 3 S. 274 will eine besondere Form seiner Schutzstrafe auch bei Unverbesserlichen eintreten lassen. Auch v. Liszt will eine Strafe. Vgl. über seine Stellung Birkmeyer, Was läßt v. Liszt usw. S. 16f. Weitere Literatur bei Mittermaier, Vgl. Darst., Allg. Tl., Bd. 3 S. 367f.

²⁾ Der Umfang des Begriffs der Unverbesserlichen steht bekanntlich durchaus nicht fest. Vgl. darüber u. a. Kitzinger, die Int. Krim. Vereinigg. (1905) S. 82, Mittermaier a. a. O. S. 323f, S. Oba, Unverbesserliche Verbrecher S. 26, M. E. Mayer, Verhandl. d. 28. Juristent. (Gutachten) Bd. 1 S. 159.

³⁾ Vgl. auch die Fassung des gewerbsmäßigen Verbrechers bei v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 400, ferner die des Unverbesserlichen bei v. Lillenthal, Mitt. d. IKV. Bd. 2 S. 72.

Möglichkeit einer Besserung ausgeschlossen wäre¹⁾. Sie werden sich auch scheuen anzunehmen, daß bei Personen, welche nur äußerst geringe Hoffnung auf Besserung gewähren, die Möglichkeit dieser Besserung gänzlich unberücksichtigt zu lassen sei²⁾. Aber sie verschließen sich nicht der Tatsache, daß die Wahrscheinlichkeit einer rechtlichen Besserung bei manchen Individuen minimal ist³⁾. Und ebensowenig, wie sie in jener Unverbesserlichkeit allein schon einen Unzurechnungsfähigkeitsgrund erblicken, können sie auch von einer Strafe wegen Unverbesserlichkeit absehen. Auch von deterministischer Auffassung aus gelangt man bei Vertretung des Vergeltungsstandpunktes zur Bestrafung Unverbesserlicher, sofern sie nur zurechnungsfähig nach einem anderen Begriff als dem der normalen Bestimmbarkeit sind. Man kommt zu dieser Bestrafung mit Rücksicht auf die Gleichbehandlung der in gleicher psychischer

1) Vgl. Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 412.

2) AM.: Sontag, ZStW. Bd. 1 S. 505, der in einer Zeit, wo das ganze moderne Problem der Sicherungsnachhaft eben erst aufgetaucht war, trotz seines Vergeltungsstandpunktes annahm, man brauche Veteranen des Verbrechenstums nicht mehr auf die Gesellschaft loszulassen, sondern könne sie auf Lebenszeit in Arbeitshäusern unterbringen. Aus dem gelegentlich vorkommenden Satz: „Von der Strafrechtspflege zu verlangen, sich mit diesen Individuen immer von neuem abzumühen, ist in der Tat absurd“ ist übrigens nicht zu schließen, daß Sontag Gegner einer Bestrafung Unverbesserlicher war. Denn er führt näher aus, daß er sich jene Unterbringung als „Nachstrafe“ denke. — Hinsichtlich der Voraussetzungen der Unverbesserlichkeit geht Sontag so weit, daß praktisch betrachtet eine Unverbesserlichkeit, d. h. ein Fall, wo die Möglichkeit der Besserung nicht in Betracht zu kommen hätte, sehr selten vorkäme. Ein dritter Rückfall jenes Veteranen genügt ihm dazu noch nicht.

3) Vgl. z. B. Binding, Grdr. 7. Aufl. S. XVII.

Beschaffenheit sich Verfehlenden und mit Rücksicht auf die generalpräventiven Wirkungen, welche ausbleiben würden, wenn die bloße Hartnäckigkeit und Unbeugsamkeit einer bestimmten Willensrichtung strausschließende Bedeutung hätte¹⁾. Die Strafe kann auf Grund des Vergeltungsstandpunktes nur abgestuft werden nach der Bedeutung des Angriffsobjekts und der Angriffsform, wobei dann in Bagatellsachen, aber auch in mittleren Sachen, an eine lebenslängliche Einsperrung oder annähernd ebenso schwere Strafen nicht gedacht werden kann²⁾. Innerhalb des Rahmens, der durch die Bedeutung des Angriffsobjekts und die Gefährlichkeit der konkreten Angriffsart abgegrenzt wird, spielt dann natürlich die Intensität der Schuld eine große Rolle, und diese erreicht bei den sog. Unverbesserlichen den relativ höchsten Grad. Infolgedessen kann es sehr gut dahin kommen, daß bei schweren Delikten auch nach der Vergeltungsstrafe Unschädlichmachung auf Lebenszeit eintritt, weil die Strafe lebenslänglich ist. Dagegen führt der Vergeltungsstandpunkt bei mittleren Delikten zu recht beachtlichen, bei geringfügigen Delikten zu sehr weitgehenden Differenzen mit der Gesinnungsstrafe hinsichtlich der Strafgrößen für die Unverbesserlichen. Sichernde Maßnahmen schließt der Vergeltungsstandpunkt neben solchen geringeren Strafen nicht aus. Aber die mit Annahme der Vergeltungsidee gebotene Rücksichtnahme auf die Gleichbehandlung aller in gleicher Lage Befindlichen, sowie die Rücksichtnahme auf die geläuterten

1) Über weitere Argumente zugunsten der Bestrafung Unverbesserlicher vgl. Finger, Ger. S. Bd. 71 S. 72.

2) Zutreffend Mittermaier a. a. O. S. 356f. gegen v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 126f., der sich sehr reserviert verhält.

Werurteile verlangen, daß auch die sichernden Maßnahmen hier an strenge gesetzliche Vorschriften in bezug auf ihre Voraussetzungen, ihren Inhalt und ihre Maximaldauer gebunden werden¹⁾.

5. Ein gewisser Gegensatz zwischen der Vergeltungsstrafe und der Gesinnungsstrafe kann auch hinsichtlich der sog. verminderten Zurechnungsfähigkeit behauptet werden. Nicht als ob die Vergeltungstheorie gegen die einfache Wahrheit Stellung nehmen wollte, daß die Übergänge von geistiger Gesundheit und geistiger Krankheit ganz allmähliche sind, daß unendliche Zwischenstufen vom geistig voll Gesunden zum geistig Schwerkranken hinüberführen²⁾. Auch liegt der innere Gegensatz nicht etwa in dem Wortstreit, daß nach Ansicht Vieler, wozu besonders Anhänger der Vergeltungsstrafe gehören, der Begriff der Zurechnungsfähigkeit nur entweder bejaht oder verneint, aber nicht als halb vorhanden erklärt werden kann³⁾.

1) In gleicher Richtung bewegen sich auch die Ausführungen von Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßn. S. 22. — In anschaulicher Weise beleuchtet Mittermaier, a. a. O. S. 357f. die Unklarheit, die z. B. bei den bisherigen Erörterungen der Anhänger einer Gesinnungsstrafe hinsichtlich des Merkmals der Gefährlichkeit herrschten. Man hätte sich angesichts der einschneidenden Natur der vorgeschlagenen Maßregeln doch über die Prämisse näher verständigen müssen, wie ausgedehnt man den Personenkreis sich denkt, welcher den erörterten schweren Maßregeln zu unterwerfen ist.

2) Vgl. z. B. Berner, Lehrb. 18. Aufl. S. XI, Schütze, Lehrb. 2. Aufl. S. 92 zu Nr. 8; Merkel, Lehrb. S. 53, Bekker, Theorie S. 346.

3) Vgl. z. B. Hälschner, Gem. Dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 225 Nr. 1, Gretener, Zurechnungsfähigkeit (1897) S. 178, v. Bar, Gesetz u. Schuld Bd. 2 S. 36, Heffter, Lehrb. § 40. Weitere Autoren siehe in den Arbeiten von Kahl, Verhandlungen des 27. Juristent. Bd. 1 S. 161f. u. von Gottschalk, Materialien zur Lehre von der verminderten Zurechnungsfähigkeit (1904) S. 1f. — Vgl. auch Wahlberg, Individualisierung S. 88f.

Es ist aber allerdings richtig, daß der Bestandteil „fähig“ von „zurechnungsfähig“ nicht in gleichem Sinne gebraucht wird, wie man im Plural von den „Fähigkeiten“ eines Menschen spricht. Fähigkeiten können in verschiedenem Grade vorhanden sein. Bei dem Singular „Zurechnungsfähigkeit“ wird die Fähigkeit im Sinne von Möglichkeit irgendeiner Zurechnung gebraucht. Diese Möglichkeit kann nur bejaht oder verneint werden. Die sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit ist also Zurechnungsfähigkeit schlechtweg, aber eine solche, bei welcher die vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des Erfolgs wegen irgendeines psychischen Defekts minder schuldhaft erscheint. Man hat zum Ersatz den Ausdruck „geistige Minderwertigkeit“ vorgeschlagen¹⁾. Mag man sich über den Ausdruck einigen, wie man will, verfehlt erscheint es jedenfalls vom Vergeltungsstandpunkte aus, bezüglich jener Klasse von psychischen Defekten etwa zu verlangen, daß hier wahlweise dem Richter Strafe oder Sicherungsmaßregeln²⁾ zur Ver-

1) Gegen denselben äußert Bedenken: Bierling, Jurist. Prinzipienlehre Bd. 3 S. 287, ferner Birkmeyer, Was läßt v. Liszt, S. 61 und dagegen spricht auch die Erfahrungstatsache, daß durchaus nicht alle psychisch Defekten geistig minderwertig sind. Sie sind nur vermindert schuldfähig. Auch geistig hochstehende Personen können psychische Defekte besitzen, z. B. Nervenkrankheiten, krankhaften Alkoholismus, und daher in geringerem Maße schuldhaft handeln. Die krankhaften Erscheinungen, für welche man den zusammenfassenden Ausdruck der geistigen Minderwertigkeit wählt, finden sich m. a. W. zum Teil wenigstens bei Personen, für die der Ausdruck nicht paßt.

2) So z. B. v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 53 u. 54; sachlich auch v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 499, indem er die nicht bestimmt zu entscheidende Frage der Straffähigkeit des vermindert Zurechnungsfähigen maßgebend sein läßt.

fügung gestellt werden sollten, oder daß stets nach der Strafe eine Sicherungsmaßregel eintreten solle¹⁾. Der Vergeltungsgedanke fordert, daß die psychisch Defekten ihrer verminderten Schuldfähigkeit entsprechend milder gestraft werden, er kann völlig damit einverstanden sein, daß während der Bestrafung auf die betreffende psychische Eigenart Rücksicht genommen werde, sei es auch in eigenen Anstalten, jedoch unter Wahrung des Strafcharakters. Der letztere läßt sich bei der unendlichen Vielgestaltigkeit des Vollzugs der Freiheitsentziehungen²⁾ auch äußerlich sehr wohl durchführen gegenüber einer bloß verwahrenden oder erziehenden Sicherungshaft. Die Bestrafung hindert auch nicht, daß besonders Gemeingefährliche einer sichernden Nachbehandlung unterworfen werden. Freilich im Interesse der Gleichbehandlung und der größeren Unabhängigkeit von politischer Beeinflussung nur in der Form eines richterlichen und gesetzlich vorgeschrie-

1) So z. B. Kahl, a. a. O. S. 247: „Jeder wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit zu milderer Freiheitsstrafe Verurteilte ist einer sichernden Nachbehandlung zu unterstellen. Gegen diese Anschauung vgl. v. Bar, a. a. O. S. 52 Nr. 113a. Erheblich gemildert sind die Thesen über verminderte Zurechnungsfähigkeit bei Kahl, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 1 S. 78. Auch v. Liszt verlangt a. a. O. S. 502 nur gegen Gemeingefährliche seine sichernden Maßnahmen. Vgl. zu der Frage etwa noch Kitzinger, die Int. Krim. Ver. S. 139, 140.

2) Vgl. darüber u. a. Goldschmidt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 4 S. 297f; vgl. ferner R. Schmidt, Aufg. d. Strafrpfl. S. 302, welcher ausführt: die Trennbarkeit nach der Zeitdauer, nach der Behandlung, Beköstigung, Tracht, der disziplinären Zucht, der Beschäftigung und der Verschiedenheit der Ehren folgen. Dazu käme ergänzend etwa noch die Verschiedenheit des Verdienstes, des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit der Außenwelt, der Zellenbeschaffenheit und der gewährten Bequemlichkeiten in derselben, der erzieherischen Maßnahmen i. w. S.

benen Verfahrens mit Rechtsbehelfen und nur unter der Voraussetzung, daß der Begriff der Gemeingefährlichkeit kein Kautschukbegriff bleibe¹⁾. Eine langjährige Nachbehandlung wäre vom Vergeltungsstandpunkte aus nur bei einer Gemeingefährlichkeit, welche höheren Rechtsschutzes bedürftige Rechtsgüter betrifft, zu billigen. Zu beachten ist übrigens, daß das Problem der Gemeingefährlichkeit und der sichernden Maßnahmen überhaupt ganz unabhängig davon bestehen bleibt, ob man eine verminderte Zurechnungsfähigkeit annehmen will oder nicht. Man kann den Begriff für verfehlt erachten und doch alle Gemeingefährlichen einer ihrem speziellen Typus entsprechenden Sicherungshaft zuweisen wollen. Und diese Nachbehandlung ist auch nicht etwa für alle vermindert Zurechnungsfähigen im wesentlichen gleichartig oder wenigstens anders als bei Vollzurechnungsfähigen. Trinker werden z. B. anders zu behandeln sein als Hysteriker. Fanatiker einer bestimmten Idee werden dagegen gleichartig zu verwahren sein, gleichviel ob der Fanatismus einer pathologischen Anlage entspricht oder nicht. Der sichernden Maßnahmen wegen erscheint also der Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht geboten. Wohl aber empfiehlt es sich, für alle gefährlichen Verbrecher (nicht nur für die vermindert Zurechnungsfähigen unter ihnen) nach einer besonderen Strafform zu suchen. Nur für diejenigen, bei denen die Gefahr mindestens mittelschwere Delikte betrifft, wird sich die praktische Anwendbarkeit einer solchen heraus-

1) Gegen gesetzliche Definition der Gemeingefährlichkeit v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 506. Er selbst dehnt die Gemeingefährlichkeit ungeheuerlich weit aus. Über ein richterliches Verfahren vgl. Oetker, IKV. Bd. 12 S. 59 f.

stellen. Da mit längerer Freiheitsentziehung ein wachsender Übelscharakter verbunden ist, kann man nämlich für die gefährlichen Verbrecher das Strafübel zeitlich ausgedehnter, inhaltlich dafür aber weniger hart zu gestalten suchen. Die Verurteilung zu einer erziehlich eingerichteten Haft von zwei Jahren kann einer Gefängnisstrafe von einem Jahre an Übelsgehalt gleichkommen. Damit wird der Sicherungszweck gefördert, aber nicht auf Kosten des Vergeltungsbedürfnisses; die Strafe wird durchaus nicht zur sichernden Maßregel: Es bleibt also z. B. der dem Werte der begangenen Handlung entsprechende Übelscharakter voll gewahrt, es bleibt die feste richterliche Begrenzung, es bleiben die sonstigen Garantien gegen Verwaltungswillkür. Nur die Vollzugsform ist eine besondere. Damit auch keine richterliche Willkür einreißt, wird der Gesetzgeber gut tun, die Delikte und die Personen näher zu bezeichnen, wo er solche Strafart zulassen will. Für kleine Delikte, die ohnehin nur kurze Strafzeit verdienen, bleibt dieses Mittel überhaupt unanwendbar. Und sichernde Maßnahmen bei festgestellter schwerer Gemeingefährlichkeit sind ohne Rücksicht auf die Schwere der einzelnen Handlungen unter den früher (S. 149 f., 178) erwähnten Voraussetzungen zuzulassen. — Noch ein weiterer Punkt liegt im Ideenkreis des Vergeltungsgedankens: die genauere Abgrenzung derjenigen Zustände, bei welchen es der Praxis zustehen soll, jene verminderte Zurechnungsfähigkeit oder Schuldfähigkeit anzunehmen. Von vornherein sollten alle nicht pathologischen Zustände ausscheiden. Denn solche andere Zustände, z. B. Trotz, sittliche Verkommenheit können je nach den Ursachen sogar als straferschwerend ins Gewicht fallen. Am besten wäre eine Aufzählung der

einzelnen Zustände unter Vermeidung eines allgemeinen Begriffs der verminderten Zurechnungsfähigkeit. Da aber die zu bezeichnenden Zustände: (Epilepsie, Hysterie, Alkoholismus, Schwachsinn usw.) z. T. nicht schon bei jedem leichten Grade die Schuldfähigkeit auf eine rechtlich (etwa hinsichtlich des Strafrahmens) andere Stufe setzen, kann der Gesetzgeber einen Teil der für die verminderte Zurechnungsfähigkeit¹⁾ vertretenen Definition verwerten, indem er erklärt, diese krankhaften Zustände sollten den veränderten Strafrahmen nur dann bewirken, wenn sie das Verständnis für die Strafwürdigkeit der begangenen Handlung oder die Widerstandskraft gegen strafbares Handeln offensichtlich verminderten²⁾. In Ermanglung genauerer Handhaben hinsichtlich der in Betracht kommenden Zustände und ihres Intensitätsgrades können die Richter der verschiedenen Gerichte nicht annähernd gleichheitlich entscheiden, sondern müssen nicht nur in verschiedenen Zeiträumen, sondern auch im gleichen Zeitraume so schwanken, daß darunter das Vertrauen in die Objektivität und in den Rechtsschutz vor Willkür leiden würde. Angeklagte mit Verteidigern bekämen durch die Unbestimmtheit des Begriffs einen nicht zu unterschätzenden Vorsprung. Kann man schon die Zurechnungsfähigkeit von der Unzurechnungsfähigkeit nicht mit der für die Praxis wünschenswerten Genauigkeit unterscheiden³⁾, so hat

1) Insbes. von Kah1, z. B. Verhandl. d. 27. Juristentags Bd. 1 S. 211, Vgl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 1 S. 77.

2) Zu unbest. noch d. Vorsch. von Köhler, Reformr. d. Strafr., S. 38.

3) Vom Standpunkt des Vergeltungsgedankens ist es nicht begreiflich, daß eine positive oder auch nur eine negative Begrenzung der Zurechnungsfähigkeit nachteiliger sein soll, wie die Unterlassung jeder Umgrenzung, denn es knüpfen sich ja an die Unterscheidung prak-

die Schaffung eines nur nach ebenso unsicheren Merkmalen angegebenen Zwischenstadiums durch den Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht etwa die Wirkung, daß die möglichen Fehler der Praxis sich quantitativ vermindern, indem vielleicht in Grenzfällen der vollen Zurechnungsfähigkeit eine verminderte Zurechnungsfähigkeit, an der unteren Grenze der letzteren eine Unzurechnungsfähigkeit angenommen würde und umgekehrt. Vielmehr würden aller Wahrscheinlichkeit nach zahlreiche Fälle der Zurechnungsfähigkeit, wo deren Feststellung nicht ganz einfach ist oder (was namentlich bei Laienrichtern vorkommen kann) vage Billigkeitserwägungen mit-sprechen, unter dem Gesichtspunkte der geminderten Zurechnungsfähigkeit behandelt, ebenso aber auch zahlreiche Fälle der Unzurechnungsfähigkeit, wo sie schwer feststellbar ist und eine gewisse Empörung herrscht, einfach zur geminderten Zurechnungsfähigkeit geschlagen¹⁾. Die verminderte Zurechnungs-

tisch wichtige Folgen hinsichtlich der Behandlung. A. M. u. a. v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 192: „Der Begriff der Zurechnungsfähigkeit läßt sich positiv nur durch äußerst gefährliche Umschreibungen bestimmen. Die Gesetzgebung muß sich mit negativer Abgrenzung begnügen . . . Jede positive Bestimmung wird den Inhalt des Begriffs nur unklar und unvollständig wiedergeben . . . Aber noch besser wäre es, jede Umschreibung ganz zu vermeiden“.

¹⁾ Eine naturgemäße weitere Folge des Mangels praktischer äußerer Stigmata der verminderten Zurechnungsfähigkeit nach unten und oben ist die, daß der Richter in verstärktem Maße an die Gutachten von Sachverständigen, insbesondere von Psychiatern, gebunden wird, welche einen so generell gehaltenen Begriff naturgemäß in Ermangelung anderer Merkmale nach dem engeren Horizonte ihrer eigenen Spezialwissenschaft zu entscheiden geneigt sein werden, obwohl der juristische Begriff des geistig gesunden Menschen sich nach viel weiter greifenden Gesichtspunkten bemessen kann.

fähigkeit bildet dann ein sehr bequemes Mittelgebiet, wenn sich die Parteien auf der einen Seite um Anerkennung voller Zurechnungsfähigkeit, auf der anderen Seite um Anerkennung der Unzurechnungsfähigkeit durch den Richterspruch bemühen. Aber die goldene Mittelstraße paßt hier ebensowenig wie bei einer Zivilklage, wo das Gericht nicht 50 Mark zusprechen dürfte, wenn 100 Mark Darlehen eingeklagt sind und nur die Tatsache der Rückzahlung bestritten ist. Es ist zu befürchten, daß bei Einführung der vorgeschlagenen Zwischenstufe der Begriff der Zurechnungsfähigkeit, wie auch der der Unzurechnungsfähigkeit, in der Hauptsache zugunsten der alles verschlingenden verminderten Zurechnungsfähigkeit abzudanken hätte¹⁾. Aus dem Gesagten dürfte sich ergeben, daß dem Bedürfnis nach Exaktheit und Gleichmäßigkeit der Rechtspflege, wie man sie von einem modernen Kultur- und Verfassungsstaat erwarten darf, durch die heutige unausweichliche Unbestimmtheit der generellen verminderten Zurechnungsfähigkeit zu wenig Rechnung getragen wird, während doch unser Bestreben dahin gehen muß, Ungleichheiten, d. h. Willkürlichkeiten, soweit es einigermaßen angeht, auszuschalten²⁾.

¹⁾ Auf dies Bedenken ist gegenüber den Ausführungen Kahl's zugunsten seines generellen Legalbegriffes der verminderten Zurechnungsfähigkeit in Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 1 S. 66f nachdrücklich hinzuweisen, da sein Begriff sich nicht etwa auf einzelne wenige ohnehin notorisch krankhafte Zustände beschränkt und daher zu wenig greifbare Kriterien für die Praxis an die Hand gibt, um eine gleichheitliche Rechtspflege zu ermöglichen.

²⁾ Vgl. auch die Ausführungen von Birkmeyer, Was läßt v. Liszt usw. S. 58 gegen die gesetzliche Verwertung der sog. verminderten Zurechnungsfähigkeit. Daß es Fälle einer verminderten Schuldfähig-

6. Einen Hauptpunkt, bei welchem Vergeltungs- und Gesinnungsstrafe voneinander abweichen, bildet die Strafbesimmung durch das Gesetz wie durch den Richter des einzelnen Falls¹⁾.

Unrichtig ist es zwar anzunehmen, die Vergeltungsstrafe berücksichtige in erster Linie den äußeren Erfolg der Tat. Es ist z. B. gesagt worden²⁾: Die „klassische“ Anschauung berücksichtige in rein materieller, äußerlicher, mechanischer Weise nur den Erfolg der Tat, nicht aber die Gesinnung des Täters. Ferner ist behauptet worden³⁾: „Man kann es als den tiefsten Gegensatz zwischen der alten und der neuen Auffassung bezeichnen, daß jene den äußeren Erfolg der Tat, diese die innere Gesinnung des Täters als das in erster Linie ausschlaggebende Moment betrachtet“. Dem letzteren Satz sind dann einige „nähere Erörterungen“ beigegeben

gibt, verkennt auch v. Birkmeyer nicht. Er schlägt den Ausbau der richterlichen Strafzumessung, hier insbes. den der mildernden Umstände vor. Wir gehen, wie oben gezeigt, durch Befürwortung der Aufzählung einzelner krankhafter Zustände, bei denen das Bedürfnis fühlbar geworden ist, einen Schritt weiter. Zu bemerken ist aber, daß auch bei Annahme der Birkmeyerschen Vorschläge so weitgehende Fehlsprüche nicht eintreten können, wie sie die Zwitterstufe der generellen verminderten Zurechnungsfähigkeit befürchten läßt. Eingehende Literaturnachweise über die Freunde und Gegner der verm. Zurechnungsfähigkeit bei Kahl, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 1 S. 26f, 42f. Zu den medizinischen Gegnern ist neuerdings Kreuser, Geisteskrankheit u. Verbrechen 1907 S. 67 hinzugekommen.

1) Über die Tendenzen des Vergeltungsstandpunkts vgl. bereits oben unter II.

2) So v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 310, (ähnlich auch S. 381).

3) So v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 88.

worden¹⁾, aus denen aber bereits direkt zu entnehmen ist, daß der vorangestellte „näher erörterte“ Satz unrichtig war. „Nach der heute herrschenden Ansicht,“ so heißt es, „hat der Richter nur die einzelne, den Gegenstand der Anklage bildende Tat zu beurteilen, die Tat, herausgerissen aus dem Leben des Täters, die auf den Isolierschemel der logisch-juristischen Abstraktion gestellte Tat; der Richter soll nicht zurückgreifen auf das, was vor der Tat gelegen ist, er darf nicht die Befürchtungen und Hoffnungen in Betracht ziehen, die der Täter für die Zukunft weckt.“ Gesetzt diese „nähere Erörterung“ enthielte eine richtige Behauptung, so würde sich daraus doch durchaus nicht die Richtigkeit des zu beweisenden Satzes ergeben, daß die alte Auffassung (gemeint ist damit die klassische Richtung) den äußeren Erfolg der Tat als das in erster Linie maßgebende Moment betrachte. Man könnte vielmehr nur den Schluß ziehen, daß nach der sog. „alten Auffassung“ die einzelne Tat, dagegen nach der sog. „neuen Auffassung“ die bei der Tat zum Vorschein gekommene Gesinnung ohne Berücksichtigung des sonstigen Wertes dieser Tat bei der Strafausmessung zugrunde zu legen sei. Dagegen enthält die „nähere Erörterung“ keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß nach der sog. „alten Auffassung“ nur der äußere Erfolg und nicht auch die Schuld, welche durch die Tat zum Aus-

1) So v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 57; ferner a. a. O. S. 88, wo jene „näheren Erörterungen“ unter der Wendung, es sei wichtig, den bezeichneten Gegensatz der Anschauungen scharf ins Auge zu fassen, wiederholt werden. Diese Wendungen sind um so bezeichnender, da, wie im Texte ausgeführt, es sich hier in Wahrheit um etwas ganz anderes handelt, wie das, was vorher als Gegensatz angegeben war.

druck kam, getroffen werden soll. Demnach enthält die Behauptung, daß die alte Auffassung den äußeren Erfolg der Tat maßgebend sein lasse, im Zusammenhalt mit jener näheren Erörterung, die etwas ganz anderes bedeutet, eine Irreführung des Leserpublikums, auch wenn man die Behauptungen der „näheren Erörterung“ für sachlich richtig hält. Namentlich gilt dies dann, wenn an anderen Orten jene Behauptung ohne die nähere Erörterung wiederholt wird. Es wird mit der „näheren Erörterung“ der Anschein erweckt, wie wenn der Sinn des erörterten Satzes ein ganz anderer wäre, als man ihn bei jeder vernünftigen Auslegung annehmen muß. Der äußere Erfolg bedeutet ja nichts anderes, als den Gegensatz zur Schuld. Nun ist es aber über jeden Zweifel erhaben, daß die klassische Richtung, welche hier bekämpft wird, die Schuld ausdrücklich mitberücksichtigt wissen will¹⁾. Wenn man hier etwa den älteren Vertretern des Vergeltungsgedankens einen Vorwurf machen will, so kann man nur den umgekehrten erheben, daß sie gelegentlich zu viel Nachdruck auf die subjektive Seite des Verbrechens gelegt und daneben die Bedeutung des Angriffsobjekts etwas vernachlässigt haben²⁾.

1) Vgl. nur z. B. Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 503f., 568, 569, Köstlin, System Bd. 1 S. 389, 413, Henke, Handbuch Bd. 1 S. 506, vgl. außerdem die Zitate bei Kitzinger, die Int. Krim. Ver. S. 24.

2) So bemerkt z. B. Hälschner a. a. O. Bd. 1 S. 571, das Streben, allen Zwecken der Strafe, die unvermeidlich Widersprüche ergeben würden, gerecht zu werden, führe von selbst dahin, mehr und mehr die besondere Gestaltung und das Maß der Schuld als die Norm für Maß und Art der Strafe zu betrachten, um das richtige und entsprechende Verhältnis von Schuld und Strafe herzustellen.

Hat somit die Behauptung, die Vergeltung wolle in erster Linie den äußeren Erfolg der Tat maßgebend sein lassen, sich als grundlos herausgestellt, weil die Vergeltung der Schuld in reichem Maße Berücksichtigung zu teil werden läßt, während aus jener Behauptung das Gegenteil herausgelesen werden muß, so fragt es sich nunmehr, ob denn wenigstens der Inhalt der nachgeschickten, näheren Erörterung richtig ist, wonach die klassische Richtung die Tat „herausgerissen aus dem Leben des Täters“ betrachten will, wonach der „Richter nicht zurückgreifen darf auf das, was vor der Tat liegt,“ wonach er „nicht die Befürchtungen und Hoffnungen in Betracht ziehen darf, die der Täter für die Zukunft weckt“. Auch dies ist zu verneinen. Wer sich die Mühe nimmt, die Schriften neuerer Vertreter der klassischen Richtung nachzulesen, wird bald Material für eine Widerlegung finden¹⁾. Die Konsequenzen, zu denen die Vergeltungstheorie in bezug auf das Strafmaß gelangt, brauchen im Hinblick auf das bereits früher S. 58 f. Ausgeführte hier nur in soweit entwickelt zu werden, als sie der Beleuchtung markanter Gegensätze zur Gesinnungsstraftheorie dienen.

Nach der Gesinnungsstraftheorie soll die Übelsgröße fürs

1) Es sei hier nur auf H. Meyer, Lehrb. 5. Aufl. S. 406, 407, R. Schmidt, Aufg. der Strafrpfl. S. 137 u. Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 169 verwiesen. Letzterer bemerkt: „Die Intensität des verbrecherischen Willens muß erschlossen werden aus der Beschaffenheit der Tat selber, aus Geständnissen des Täters, aus dessen Verhalten vor und nach (NB. auch bei Geyer gesperrt gedruckt) der Tat und aus sonstigen Kenntnisquellen, welche über seine Persönlichkeit Aufschluß geben.“ Das schließt aber nicht aus, daß durch diese Erkenntnisquellen nur die Tat selbst gewürdigt werden soll.

Erste nicht nach dem bestimmt werden, was der Täter begangen hat¹⁾. Sie sucht das Strafmaß zu bestimmen nach der durch die Tat bewiesenen antisozialen Gesinnung des Täters und bemißt diese anscheinend nach der Erreichbarkeit zukünftiger Zwecke durch die Strafe²⁾. Diese „antisoziale“ Gesinnung ist ein vieldeutiger Ausdruck. Fest steht nur, daß damit nicht etwa der Grad von Verwerflichkeit des verbrecherischen Willens gemeint sein soll und ebensowenig der Stärkegrad (Intensitätsgrad) des rechtswidrigen Wollens in bezug auf die konkrete Normübertretung. Denn dies wären ja Fak-

¹⁾ Vgl. z. B. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch, (1902) S. 8 u. 9: „Das Ziel, welches ich anstrebe, wenn ich die Grundsätze für eine Strafrechtsreform erörtere, das ist: Verminderung der Verbrechen durch Einwirkung auf die Verbrecher“. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 57: „Nach unserer Forderung soll die durch die Tat bewiesene Gesinnung des Täters den Ausschlag geben.“ Hierbei könnte man zwar zur Not noch glauben, daß v. Liszt jene Gesinnung nur insoweit zum Gegenstande der Reaktionsmaßregeln machen will, als sie im Rahmen der vergangenen Tat zu bewerten ist. Allein das ist nicht der Sinn der v. Lisztschen Worte: „Die durch die Tat bewiesene Gesinnung“. Denn v. Liszt fährt fort: „Seine Stellung zur Rechtsordnung, seine ganze Vergangenheit und was sie für die Zukunft erwarten läßt, soll bestimmend sein für Art und Maß der Strafe.“ v. Lilienthal, Grdr. § 35 stellt für die Strafzumessung als Grundsatz auf: „Die Größe der verbrecherischen Schuld, m. a. W. die Gefährlichkeit des Täters.“ (Der Sperrdruck findet sich nur hier.) Vgl. auch Kraepelin, Asch. Mon. Bd. 3 S. 272, v. Sichert, Asch. Mon. Bd. 4 S. 280.

²⁾ Vgl. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 383: „Ausschlaggebend für Art und Maß der Strafe ist nach unserer Forderung die antisoziale Gesinnung des Täters.“ Vgl. ferner dens. Bd. 2 S. 91 u. 92: „Der verurteilende Richter bestimmt die Strafdauer überhaupt nicht; diese bestimmt sich vielmehr nach der Erreichung oder Nichterreichung des im Einzelfalle verfolgten Strafzweckes, also nach der Wirkung des Strafvollzuges.

toren, welche auch die Vergeltungstheorie bei Würdigung der persönlichen Schuld an einem Delikt in vollem Umfang mitberücksichtigt wissen will¹⁾. Es wird aber doch von den Gegnern behauptet, daß die Bemessung nach der antisozialen Gesinnung ein wesentlich anderes Maß bedeute als die Bemessung nach der Vergeltungstheorie²⁾. Der neue Maßstab wird aber gelegentlich in anderer Form bezeichnet, die uns Anhaltspunkte dafür liefert, daß durch die „antisoziale Gesinnung“ die Gefährlichkeit des konkreten Täters, sei es überhaupt, sei es hinsichtlich des Rückfalls in ein gleichartiges oder gleiches Delikt zum Ausdruck gebracht werden soll. Es wird³⁾ als näherer Maßstab folgender genannt: „Was bedeutet dieser Verbrecher, mit der durch seine Tat enthüllten Eigenart, für die Rechtsordnung, für das geregelte menschliche Zusammenleben?“ Wiederholt wird dies⁴⁾ ausdrücklich als „neuer“ (d. h. als ein vom Vergeltungsstandpunkt abweichender) Maßstab bezeichnet. Damit ist unzweifelhaft auch das Mißverständnis ausgeschlossen, als ob die Bedeutung des betreffenden Delikts (des Verbrechens) für die Rechtsordnung maßgebend sein sollte. Vielmehr ist

¹⁾ Vgl. z. B. Henke, Hdb. Bd. 1 S. 506, Geyer, Grdr. Bd. 1 S. 169, 170, Birkmeyer, Goldt. Arch. Bd. 48 S. 76, 77, Hälschner a. a. O. S. 512.

²⁾ Vgl. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 191: „Daß“ (ergänze: mit der Zurechnung der gesamten psychischen Eigenart des Täters) nach einem neuen Maß gemessen, nach einem neuen Grundgedanken das Werturteil gefällt wird, darf uns bei ruhiger Erwägung nicht Wunder nehmen.“ Vgl. ferner dens. Aufs. Bd. 2 S. 93: „Auf dem Gebiete der Strafmittel und der Strafzumessung hat die I. K. V. ihre Schlachten zu schlagen.“

³⁾ Bei v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 191.

⁴⁾ a. a. O. S. 191.

nach dem neuen Maß die gesamte künftige Gefährlichkeit, nämlich die durch eine Tat „enthüllte Eigenart“ Gegenstand der Bestrafung, auch soweit sie bei der konkreten Tat keine erheblichen Gefahren zu erzeugen vermochte; z. B. wer durch die Art einer von ihm begangenen Beamtenbeleidigung verrät, daß er der ingrimmige Feind irgendeines beliebigen anderen Rechtsgutes sei, der ist zu bestrafen nicht etwa nach seiner Beleidigung, wenn hier Wiederholung nicht zu befürchten ist, sondern nach Maßgabe seiner Gefährlichkeit für das betreffende Rechtsgut, also etwa mit langjährigem Zuchthaus, wenn man sich erheblicher Angriffe auf dieses Rechtsgut zu versehen hat. Es kommt nach dieser Auffassung m. a. W. bei der „antisozialen“, der „verbrecherischen“ Gesinnung auf die allgemeine Gefährlichkeit für die Zukunft, nicht etwa auf die Rückfallsgefahr bezüglich eines gleichen oder gleichartigen Verbrechens an. Letzterer Standpunkt¹⁾ wäre für die Vergeltungsidee noch der weniger verfehlte. Aber auch ihn müßte sie wegen seiner Einseitigkeit ablehnen, denn er berücksichtigt bei der Bestrafung noch nicht die verschiedenwertige Bedeutung der angegriffenen Rechtsgüter für die Rechtsordnung. Er berücksichtigt ferner nicht die Leichtfertigkeit, mit der die angegriffenen Personen oft die Versuchung zum Verbrechen (z. B. Offenliegenlassen von Geld) nahelegen. Er enthält noch nicht die Einschränkung, daß im Interesse der staatsbürgerlichen Freiheit der Gedanken die Gesinnung nur insoweit bestraft werden darf, als sie zur Zeit der begangenen Tat vorlag, daß also das nachherige Fortbestehen

¹⁾ Ihn nimmt v. Lilienthal, Schw. Ztschr. f. Strafr. Bd. 2 S. 7 ein.

der Gesinnung aus der Bestrafung auszuschneiden hat. Jedem Unbefangenen muß es beim Lesen der verschiedenen Vorschläge für die Strafschärfung bei Rückfall auffallen, wie sehr Anhänger der Gesinnungsstrafe den Wert des Angriffsobjektes praktisch vernachlässigen. Die Rücksicht auf die höher entwickelte Humanität im Vergleich zu früheren Jahrhunderten, das Bewußtsein der Zufälligkeit unserer besseren Lebensstellung sollte uns allein schon davon abhalten, daß wir bei Angriffen, die nur eine Gefahr fürs Vermögen und nicht zugleich eine direkte oder indirekte Gefahr für das Leben bedeuten, generell Menschen auf Lebenszeit einsperren wollen. Dergleichen schwere Strafen können wir (vielleicht mit Ausnahme einiger extremer und sehr seltener Fälle) für höherwertige Rechtsgüter aufsparen, insbesondere für Fälle, wo der Täter seinen Vorsatz auf das ungleich höherwertige, menschliche Leben gerichtet hat¹⁾. Es gibt Dienstboten, die bei gegebener Gelegenheit immer wieder stehlen, ja daraus sogar die überwiegende Einkommensquelle bilden, aber deswegen doch der Person nie gefährlich werden²⁾. — Auch aus anderen Sätzen läßt sich erkennen, daß die antisoziale Gesinnung im Wesentlichen so viel sein soll wie die künftige Gefährlichkeit des Täters. So wird erklärt³⁾: „Die beiden Hauptforderungen unseres kriminalpolitischen Programms“, (Ergänze: Für die Aufbae der

¹⁾ Im gleichen Sinne bereits Wach, die kriminalistischen Schulen usw. S. 26.

²⁾ Bedenklich daher die zu generellen Vorschläge v. Liszts, Aufs. Bd. 2 S. 329, 401.

³⁾ Vgl. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 393 (und schon vorher a. a. O. S. 309).

Strafe) „an deren Erfüllung wir unbedingt festhalten müssen, sind: 1. die erziehende Behandlung der Besserungsfähigen und 2. die Sicherung der Gesellschaft gegenüber den unverbesserlichen und gemeingefährlichen Verbrechern“. Damit ist nicht etwa nur gemeint, daß das Strafsystem unter Wahrung des Vergeltungsgedankens tunlichst auf Besserung und Unschädlichmachung zu sehen hätte, denn eine derartige Verbesserung der Strafarten und des Strafvollzugs wäre auch der Vergeltungstheorie willkommen und bildete kein neues Maß¹⁾.

Dem geschilderten obersten Maßstabe der antisozialen Gesinnung entspricht es auch, daß man die Verbrecher einzuteilen wünscht in Augenblicksverbrecher, besserungsfähige und nichtbesserungsfähige Zustandsverbrecher, und daß man darauf aufbauend erklärt, die Augenblicksverbrecher seien abzuschrecken, die angehenden Zustandsverbrecher seien zu bessern, die Zustandsverbrecher mit fest eingewurzelttem Hang seien unerschädlich zu machen²⁾. Vom Vergeltungsstandpunkte aus, welcher wünscht, daß in gleicher Schuld Befindliche auch gleich gestraft werden, hat man zunächst die praktische Undurchführbarkeit dieser Einteilung hervorgehoben³⁾. In sachlicher

1) Vgl. z. B. Berner, Lehrb. § 96 u. 97.

2) So v. Liszt häufig, z. B. Aufs. Bd. 1 S. 166, Bd. 2 S. 208; zuletzt Lehrb. 16./17. Aufl. S. 76, 77.

3) Vgl. z. B. Nagler, Ger. S. Bd. 70 S. 33—35: „Die feingeschliffenen Merkmale der Rubrizierung müssen erst noch erkannt werden.“ „Anschauungen ohne feste Begriffe sind nun einmal blind.“ „Die Sicherungsstrafe wird an der mangelnden Praktikabilität ihrer Unterscheidungen zugrunde gehen.“ Vgl. auch Merkel, Vergeltungsidee, S. 42: „Mag man im übrigen das Interesse der Einzelnen nicht

Hinsicht wendet man zunächst ein die schwere Gefahr für die individuelle Freiheit und ihre Rechtsgarantien¹⁾, und man bringt zur sachlichen Bekämpfung außerdem alles dasjenige vor, was zur Rechtfertigung der Vergeltung überhaupt angeführt werden kann. (Vgl. darüber oben unter III.).

In bezug auf das Ergebnis der Strafbemessung laufen die Konsequenzen der Vergeltungsidee und der Gefährlichkeitsidee einander zum Teil parallel. Bei einer großen Anzahl von schweren Delikten ist der Verbrecher auch für die Zukunft gemeingefährlich, zugleich sind schwere Strafen hierfür verdient²⁾,

ohne Not, nicht länger und nicht intensiver als nötig, als sozial gefährlich behandelt zu werden, noch so sehr betonen, dasselbe würde bei dem Mangel zuverlässiger, objektiver Kriterien für Existenz, Maß und Dauer solcher Gefährlichkeit niemals in dem Maße richterlichem Schutze zugänglich sein“ (Ergänze: Wie das Interesse, in einer den geläuterten Werturteilen entsprechenden Weise abgeurteilt zu werden). Vgl. ferner v. Bar, Probleme des Strafrechts, S. 10, 11; „So ist die neue Theorie eine auf Allmacht des Staats und Unfehlbarkeit seiner Beamten gegründete Kombination von Abschreckungs- und Sicherungstheorie.“ Vgl. ferner dens., die Reform des Strafrechts, S. 15, 18 f. Oetker, ZStW. Bd. 17 S. 574, 575, Gretener, die Zurechnungsfähigkeit (1897) S. 13, Binding Grdr. 7. Aufl. S. 237, Sternau ZStW. Bd. 13 S. 35 f und insbesondere Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 410 f.

1) Vgl. Merkel, a. a. O. S. 41, 42, Nagler, Ger. S. Bd. 70 S. 31, Birkmeyer, Goldt. Arch. Bd. 48 S. 74.

2) Daß auch die Rückfälligkeit eine schwerere Schuld bedeuten kann, vermag die Vergeltungsstrafe ohne weiteres anzuerkennen, ohne von ihrem Standpunkte irgend etwas zu vergeben, vgl. bereits oben S. 57, 112. Mit Unrecht behauptet daher v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 390: „Die Rückfallschärfung kann nur gerechtfertigt werden, wenn man die Intensität der antisozialen Gesinnung als obersten“ (nur hier gesperrt gedruckt) „Maßstab bei Bestimmung der Strafe nach Art und Maß anerkennt.“ Andererseits bemißt die Vergeltungstheorie diese

während die konsequent durchgeführte Gesinnungsstrafe hier in den meisten Fällen zur völligen Unschädlichmachung oder zu langandauernden Erziehungsmaßregeln unter Freiheitsentziehung greifen wird, die naturgemäß ebenfalls als schweres Übel empfunden werden müssen. Differenzen sind aber auch hier nicht ausgeschlossen: Bei Nichtbefürchtung einer Wiederholung von Verbrechen durch denselben Verbrecher müßte die konsequente Gesinnungsstrafe, welche den Spezialpräventionsgedanken voranstellt, und bei Nichtbefürchtung einer Wiederholung durch Dritte müßte auch die Generalpräventionstheorie älterer Richtung die Verhängung von Strafen überhaupt und daher auch der Strafen bei schweren Delikten verwerfen¹⁾. Eine Verträglichkeit zwischen Forderungen des Vergeltungsgedankens und Forderungen der Gesinnungsstraftheorie ergibt

Schärfung eben stets nur innerhalb des Rahmens, welchen die Bedeutung des Deliktes in objektiver und subjektiver Hinsicht bestimmt. So bemerkt z. B. Hoegel, Verh. d. 28. Juristent. Bd. 3 S. 399, daß oft sehr arbeitsame Leute wegen Körperverletzung in Österreich rückfällig würden und fügt hinzu: „Es sind an sich anständige Menschen, die leider ein bedauerliches Quantum von Rohheit besitzen und außerdem sich regelmäßig am Sonntag betrinken. Wir müssen mit dieser Kehrseite des Menschentums vorlieb nehmen, wir müssen uns damit begnügen, daß wir ein allzu großes Überhandnehmen dieses Lasters — wenn ich so sagen darf — verhindern, des Lasters der Körperbeschädigung, aber wir dürfen nicht das Kind mit dem Bade ausgießen und dürfen nicht ungezählte Menschen dauernd oder auf längere Zeit internieren, weil wir etwas verhindern wollen, was wir tatsächlich nicht verhindern können.“

¹⁾ Hiergegen allerdings Lipps, Asch. Mon. Bd. 3 S. 289, welcher indessen der Sicherheitsstrafe nur in einigen Punkten nahe steht, während er sie als Ganzes ablehnt (ähnlich wie v. Bar der Vergeltungstheorie nahe steht, während er sie als Ganzes nicht akzeptiert).

sich auch bei mittleren und leichteren Delikten, insoweit im konkreten Falle zufällig die Gesamtbewertung der Tat ein gleich hohes Strafübel erfordert, wie dies zur Erreichung der in dem betreffenden Einzelfall benötigten Sicherungs- oder Abschreckungsmaßnahmen notwendig erscheint. Denn insoweit es ohne Übelszusatz möglich ist, wünscht die Vergeltungstheorie naturgemäß eine tunlichste Verwertung auch erzieherischer und sichernder Maßnahmen bei Vollzug der nach der vergangenen Tat bemessenen Strafe¹⁾.

In der Mehrzahl der Fälle ergeben sich dagegen bei mittleren und bei leichteren Delikten erhebliche Gegensätze und zwar auch dann, wenn man die Polizeidelikte ausscheidet. Solche mittlere oder leichtere Delikte kann die Gesinnungsstrafe, wenn sie konsequent bleibt, ja nur nach der Gefährlichkeit des Täters für die Zukunft annehmen. Sie tut das ohne Rücksicht auf die Gefahr des Rückfalls in ein gleiches oder gleichartiges Verbrechen: In Betracht kommt alles, was von dem betreffenden Täter etwa zu erwarten steht nach seiner Eigenart, wie sie sich bei dem abzustrafenden Delikt enthüllt hat. Die daraus sich ergebende Gefährlichkeit bemißt sich für die konsequente Gesinnungsstrafe auch nicht nach dem Werte der bedrohten Rechtsgüter.

Es erscheint uns fraglich, ob sämtliche Vertreter der Gesinnungsstrafe konsequent an der Verwerfung einer Abstufung

¹⁾ Vgl. z. B. Köstlin, System Bd. 1 S. 414, Ullmann, Ger. S. Bd. 34 S. 40, Merkel, Vergeltungsidee S. 32, Birkmeyer, Strafe und sich. Maßnahmen S. 19, 20, Finger, Verh. des 29. Juristent. Gutachten, Bd. 2 S. 57f., Köhler, Reformfragen S. 10. Nur scheinbar abweichend Hälschner, Gem. dtsh. Strafr. Bd. 1 S. 572.

der Rechtsgüter je nach ihrem Werte für die Rechtsordnung festhalten wollen oder ob sie sich nicht doch zu der Konzession an den Vergeltungsgedanken verstehen wollen, die Gesinnung nur im Rahmen des verschiedenen Wertes der bedrohten Rechtsgüter zu bekämpfen. Letzteren Falls müssen sie manches von dem fallen lassen, was gegen die Möglichkeit von Werturteilen über die Bedeutung des Unrechts vorgebracht wurde. Die oben wiedergegebenen Sätze, wonach in erster Linie die enthüllte Gesinnung, die Einteilung in Augenblicks- und Zustandsverbrecher maßgebend sein soll, ohne daß der verschiedene Wert der Rechtsgüter dabei mit in Betracht gezogen wäre, ferner die kolossalen Rückfallsschärfungen, die gelegentlich für relativ nicht sehr schwere Delikte vorgeschlagen worden sind, des weiteren die Art der vorgeschlagenen Behandlung Unverbesserlicher, endlich der sehr weitgehende Kampf gegen kurzzeitige Freiheitsstrafen, alle diese Umstände lassen auf jene konzessionsweise Einschränkung des Gesinnungsstrafgedankens nicht schließen¹⁾.

¹⁾ Vgl. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 400, 401: „Wird bei Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens festgestellt, daß der Verurteilte die Begehung strafbarer Handlungen gewerbsmäßig betreibt, so tritt, wenn die von ihm begangene Handlung nicht mit einer schwereren Strafe bedroht ist, Zuchthaus nicht unter fünf Jahren, und wenn er bereits mindestens einmal wegen gewerbsmäßigen Begehens strafbarer Handlungen verurteilt worden ist, Zuchthaus nicht unter zehn Jahren ein.“ (Der Sperrdruck fehlt im Original.) Vgl. ferner bezüglich der Strafen für Jugendliche v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 398, bezüglich der Mindestdauer der Strafen v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 396. Abgesehen von reinen Polizeidelikten kann darnach niemand eine Freiheitsstrafe unter sechs Wochen erhalten. Man weiß nicht, ob man demgegenüber das bereits zitierte andere Strafmaß v. Liszts:

Die Abweichungen machen sich im einzelnen insbesondere geltend bei fahrlässigen Verbrechen: Ein eingewurzelter Hang zur Nachlässigkeit kann eine viel längere Erziehung benötigen, als manche Form des bösen Vorsatzes. Die Gesinnungsstrafe müßte also in solchen Fällen ceteris paribus zu einer schwereren Bestrafung des Fahrlässigen kommen. Die Abweichungen machen sich ferner geltend bei den Delikten Jugendlicher, bezüglich deren es dem Vergeltungsgedanken in vielen Vergehensfällen entschieden zuwiderläuft, die „Sicherungs“strafe mit zwei Jahren in minimo zu bemessen¹⁾. Nicht jedes strafwürdige

„Was bedeutet dieser Verbrecher für die Rechtsordnung?“ als eine Einschränkung betrachten soll. Man weiß jedenfalls nicht, ob es nicht bloß eine gelegentliche doktrinaire Einschränkung ist, an die sich v. Liszt bei der praktischen Ausgestaltung nicht kehren will. Er verwirft a. a. O. Bd. 2 S. 191 alle rechtlichen Kategorien und alle sozialen Werturteile. Er bespricht zwar, Aufs. Bd. 2 S. 18 den Tadel, daß er und seine Freunde „die dauernde Unschädlichmachung der unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher fordern, selbst da, wo es sich um kleinere Delikte handelt.“ Aber die tatsächliche Richtigkeit, daß er und seine Freunde zu solchen Resultaten kämen, bestreitet er mit keinem Wort. — Auch bei ernsthafter, praktischer Durchführung einer Einschränkung des Gesinnungsstrafgedankens je nach dem Wert der angegriffenen Rechtsgüter würden sich übrigens unter Festhaltung der Erklärung, daß ein neues Maß geschaffen werden soll, bei der Auslegung jenes angedeuteten Maßes noch immer erhebliche Unterschiede von der Vergeltungstheorie ergeben, z. B. das Bedürfnis, ausschließlich die Vergangenheit zur Grundlage zu nehmen, das verschiedene Bedürfnis nach Bekräftigung der Rechtsautorität, welches auch abhängig ist von dem eingetretenen Eklat, das Bedürfnis nach einer billigen Rücksichtnahme auf die Gefühle des Verletzten, das Bedürfnis nach milderer Beurteilung der Fahrlässigkeit im Vergleich zum Vorsatz, sie Alle wären damit noch ausgeschaltet.

¹⁾ So jedoch v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 398.

Vergehen eines Jugendlichen verdient eine so schwere Ahndung, daß gleich eine mindestens zweijährige Freiheitsentziehung, sei es auch in der Form der Besserungsstrafe, am Platze wäre. — Unterschiede aber ergeben sich ebenso bei nicht sicherheitsgefährlichen Landstreichern mit eingewurzelttem Hang, bei harmlosen, männlichen und weiblichen Bettlern, bei kleinen Dieben, wenn sie trotz Rückfallsgefahr nie Gewalttaten befürchten lassen, bei kleinen Betrügnern, etwa Dienstmännern, die gewerbsmäßig ihre Taxe überschreiten, bei Postboten, die gewerbsmäßig Postanweisungen unterschlagen und zur Verdekung Urkunden fälschen¹⁾. Geradezu unerträglich aber könnte die Gesinnungsstrafe werden, wenn sie folgerichtig bei Beleidigungen durchgeführt würde (z. B. bei kleinen Mietsparteien, die es nicht lassen können, einander gegenseitig zu verunglimpfen), bei vielen Arten von Körperverletzungen (z. B. bei einfachen Prügeleien ohne lebensgefährdende Behandlung), bei den meisten Hausfriedensbrüchen, bei Ehebrüchen usw.²⁾. Umgekehrt kann das Vorherrschen der Spezialprävention auch in der Richtung einer größeren Milde dem gesellschaftlichen Bedürfnis nach Generalprävention zuwiderlaufen. Wenn z. B. jemand nur er-

¹⁾ Mit Recht nimmt daher R. Schmidt, Aufg. d. Strafrpfl. S. 120 f. unversöhnliche Gegensätze zwischen der Sicherungsstrafe und der Vergeltungsstrafe, sowohl bei Besserungsfähigen wie bei Unverbesserlichen, bei Augenblicks- wie bei Gewohnheitsverbrechern an. Nur bestehen sie nicht in jedem Einzelfalle.

²⁾ Vgl. zur Illustration etwa den Satz v. Sicharts, Asch. Mon. Bd. 4 S. 233: „Die Quantität oder Höhe der Strafe, m. a. W. das Strafmaß, bestimmt sich nach der Höhe der Gefahr, welche von einem Rückfall in das bestrafte Verbrechen zu befürchten ist.“ Die Erläuterungen hierzu a. a. O. S. 236 decken sich mit diesem Satze allerdings nur schlecht.

zogen werden soll oder als Unverbesserlicher einfach eingesperrt werden soll, wobei die Grenze zwischen Wahnsinn und Verbrechen fällt, so werden bei manchen Personen Hemmungsvorstellungen ausgeschaltet, die speziell gegenüber Kriminalstrafen Platz greifen¹⁾. Auch da, wo der Besserungszweck und der Sicherungszweck sehr schnell erreicht ist, gehen Spezialprävention und Generalprävention auseinander. — Man könnte schließlich hier auch fragen, ob denn die Qualität der Rechtswidrigkeit bei Polizeidelikten wirklich so weit verschieden ist von derjenigen anderer Delikte, daß es sich rechtfertigt, bei ihnen von den Konsequenzen der Gesinnungsstrafe abzu- sehen? Wenn dies nicht der Fall ist, und die Polizeidelikte wenigstens in bezug auf die Schuldwürdigung dem Kriminalunrecht gleichstehen, so ergeben sich bei ihrer Behandlung weitgehendste Differenzen zwischen Vergeltungsstrafe und Gesinnungsstrafe.

Während die Vergeltungsstrafe, die alle möglichen Bewertungsgesichtspunkte hinsichtlich der vergangenen Tat in sich vereinigt, nichts von ihren Konsequenzen zwecks praktischer Durchführbarkeit nachzulassen braucht, treten die streng durchgeführten Konsequenzen der Gesinnungsstraftheorie in so scharfen Gegensatz zu den heute herrschenden Volksanschauungen, daß es begreiflich erscheint, wenn Vertreter der Gesinnungsstraftheorie diese Konsequenzen an einzelnen Stellen zu mil-

¹⁾ Vgl. dazu etwa v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 227: „Die Unterscheidung zwischen der Sicherungsstrafe gegen unverbesserliche Verbrecher und der Verwahrung gemeingefährlicher Geisteskranker ist nicht nur praktisch im wesentlichen undurchführbar, sie ist auch grundsätzlich zu verwerfen.“

dern versuchen, Die Freiheit des Einzelnen, so wird gesagt¹⁾, dürfe nicht schuldlos preisgegeben werden. Die Gesetzgebung habe mit den im Volke lebenden Rechtsanschauungen als einem mächtigen und wertvollen Faktor zu rechnen, sie müsse sich hüten, plötzlich mit ihnen zu brechen; sie dürfe aber auch nicht vergessen, daß sie diese Rechtsanschauungen des Volkes vorsichtig zu leiten und allmählich zu erziehen imstande und berufen sei. Es dürften über die Wirkung der Strafe auf den Verbrecher ihre sozialen Reflexwirkungen, d. h. ihre Wirkungen auf die Gesamtheit nicht aus den Augen verloren werden²⁾.

1) Vgl. v. Liszt, 16./17. Aufl. S. 79. In älteren Auflagen war den im Texte folgenden Sätzen noch hinzugefügt, daß es zu solchen Einschränkungen der Anrufung der überlieferten Gerechtigkeit nicht bedürfe.

2) Auch bei anderen Vertretern der Gesinnungsstrafe finden sich einige ziemlich notgedrungen erscheinende Wendungen, daß sie dieselben doch nicht uneingeschränkt zur Durchführung empfehlen. Z. B. erwidert Kraepelin, *Asch. Mon.* Bd. 3 S. 271 gegenüber dem Einwand Birkmeyers, daß konsequenterweise Gesinnungsstrafe eigentlich schon dann einzutreten habe, wenn die gemeingefährliche Gesinnung auf andere Weise als durch eine verbrecherische Tat offenbar geworden sei, folgendes: „Dem Rechte der Gesellschaft steht gegenüber das Recht des Einzelnen“, (nebenbei bemerkt eine naturrechtliche und den Tatsachen nicht entsprechende Deduktion. Der Verf.) „es würde eben dadurch jene Rechtssicherheit aufs Schwerste erschüttert werden, deren Aufrechterhaltung die ganze Strafrechtspflege dienen soll. Daß hier die Grenze überschritten werde, jenseits derer Vernunft Unsinn und Wohltat Plage wird, ist daher schwerlich zu befürchten.“ Würde Kraepelin hier der Unvollkommenheit der Menschen und den Willkürlichkeiten, die bei einseitiger Betonung des Schutzzwecks unvermeidlich eintreten, mehr Beachtung geschenkt haben, so hätte er nur mehr einen kleinen Schritt gehabt, um bei der Vergeltungstheorie zu landen. Diese kann sein „schwerlich“ nicht unterschreiben und

Dergleichen Einschränkungen sind von dem Prinzip der Gesinnungsstrafe aus nicht zu rechtfertigen¹⁾. Soweit hierdurch dem Gedanken der Vergeltung etwa tatsächlich der Vortritt vor Wünschen der Spezialprävention verstattet ist, wird die Strafe gar nicht nach einem „neuen Maß“ gemessen, bedeutet ferner die ganze Theorie nichts neues, sondern nur eine Hervorhebung des Gedankens, daß innerhalb der nach dem Vergeltungsgedanken ausgemessenen Strafe stärker auf die präventive Ausgestaltung des Strafvollzugs Bedacht genommen werde und daß auch das Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft etwas höher angesetzt werde, als dies 1870 geschah. Besieht man sich die erwähnten Einschränkungen näher, so wird man sich des Eindrucks nicht erwehren können, daß die gemachten Vorbehalte mehr wie eine unbequeme Fessel empfunden werden, und die praktischen Vorschläge der Gesinnungsstraftheorie bezeugen auch eine weitgehende Emanzipation von dieser Rücksichtnahme. Die Gegner der Vergeltungstheorie bestreiten ja

selbst dann, wenn sie die Unwahrscheinlichkeit jener „Grenzüberschreitung“ zu hoffen vermöchte, versteht sie nicht, weshalb nicht das Gesetz Garantien dafür schafft, daß der Gesinnungsgedanke nur innerhalb des Ausgleichungsbedürfnisses der Gesellschaft Berücksichtigung finde. — Auch H. Seuffert, ein neues Strafgesetzbuch S. 12, 13 macht Vorbehalte. Er wünscht gesetzliche Grenzen für den Richter wenigstens nach oben, weil sonst große Gefahren erwachsen könnten, wenn Staatsanwalt und Richter etwa voreingenommen gegen den Angeklagten wären, oder sie Sympathie mit den Bestrebungen des Angeklagten hätten. Anscheinend also nur, um Unlauterkeiten hintanzuhalten, nicht etwa um einer richtigeren Bewertung des Unrechts entgegenzukommen, sollen hier die bezeichneten Einschränkungen gegenüber den Konsequenzen der Gesinnungsstrafe eintreten.

1) So richtig bereits Birkmeyer, *Goldt. Arch.* Bd. 48 S. 90 N. 52.

zum Teil von vornherein die Möglichkeit eines Vergeltungsstrafmaßes¹⁾, sie verweisen zum Teil auf die Unmöglichkeit, die göttliche Gerechtigkeit auf Erden zu verwirklichen. Daß die göttliche Gerechtigkeit hier nicht in Betracht kommt, braucht an dieser Stelle nicht wiederholt zu werden²⁾. Dagegen mag auch im Zusammenhang der Strafzumessung darauf hingewiesen werden, daß es sich nur darum handelt, mit derjenigen Gründlichkeit, welche man billiger- und vernünftigerweise verlangen kann, die geläuterten Werturteile in bezug auf die einzelne Tat zu prüfen und festzustellen, eine Aufgabe, die der Gesetzgeber in der Form eines Strafrahmens, der an die Ideen des Gesetzes gebundene Richter im Urteil zu lösen vermag. Diese Fähigkeit im allgemeinen haben die vergangenen Zeiten ebenso besessen, wie sie die Gegenwart besitzt, dagegen die Läuterung der Werturteile hat durch manche wissenschaftliche Untersuchungen (z. B. über die Strafwürdigkeit fahrlässigen Falscheides, über Bettel, Landstreicherei usw., über den Zweikampf, über Veruntreuung, über das Wesen der Begünstigung, über die Zusammenhänge der Fälschungsdelikte) erhebliche Fortschritte erfahren. Wenn sich für die durch die Praxis, bzw. den früheren Gesetzgeber überlieferte Wertung eines Deliktes keine begründeten Abweichungen nach oben oder nach unten nachweisen lassen, so enthält diese Wertung eine richtige Ausgleichung, die namentlich auch der Gleichbehandlung derjenigen Täter entspricht, welche in nahe bei-

¹⁾ Vgl. z. B. Aschaffenburg, das Verbrechen 2. Aufl. S. 218, Kraepelin, Abschaffung des Strafmaßes (1880) S. 18, v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 393, H. Seuffert, Ein neues Strafgesetzb. S. 6.

²⁾ Vgl. hier nur Merkel, Vergeltungsidee S. 15, 16.

einanderliegenden Zeiträumen sich gegen das Gesetz vergangen haben. Auch in dem lebhaften Widerspruch, den manche Postulate der Gesinnungsstraftheorie gefunden haben, zeigt sich m. E., wie wenig richtig es ist, daß Werturteile im Sinne des Vergeltungsgedankens über die Bedeutung der verschiedenen Unrechtsformen nicht existierten, oder daß solche Werturteile nicht überall da hervortreten könnten, wo etwas ihnen absichtlich Widersprechendes einzutreten droht.

Die Vergeltungsstrafe kann es, wie ebenfalls bereits bemerkt, auch zulassen, daß bei Überhandnehmen gewisser Delikte (z. B. von Landfriedensbrüchen, Messerstechereien, Fahrraddiebstählen) an gewissen Orten oder zu gewissen Zeiten die Strafen hierfür etwas höher ausgemessen werden als an anderen Orten und zu anderen Zeiten. Sie braucht dabei keinerlei Anleihe bei fremden Theorien zu machen, denn auch das Ausgleichungsbedürfnis für eine vergangene Tat wächst, wenn ceteris paribus ein verstärktes Schutzbedürfnis für irgendein Angriffsobjekt vorhanden war, insbesondere dann, wenn der Täter es erkannte oder erkennen mußte. Jedoch wächst das Vergeltungsbedürfnis nicht in gleicher Progression wie das Schutzbedürfnis gestiegen war, sondern nur unter gleichzeitiger Rücksichtnahme auf andere die Schuld beeinflussende Faktoren; auch kommt nur das nach dem Augenblick der Tat zu bemessende Schutzbedürfnis in Betracht, nicht etwa dasjenige Schutzbedürfnis für das Rechtsgut, welches sich vielleicht erst nachher entwickelt hat. Wer z. B. erst zwei Jahre nach einem begangenen Diebstahl zur Aburteilung kommt, dem darf man es nicht anrechnen, wenn gerade in dem Monat seiner Aburteilung die Unsicherheit des Eigentums gegenüber Diebstählen stark zuge-

nommen hat. Die Spezialpräventionstheorie würde, soweit lokale oder temporäre Strafschärfungen nach dem Gesagten angemessen erscheinen, zu einer Verschärfung der Strafe kaum gelangen können, denn die Gesinnung eines Täters als Augenblicks- oder Zustandsverbrechers wird nicht dadurch berührt, daß ein größeres Schutzbedürfnis oder Abschreckungsbedürfnis entstanden ist.

Wendet man sich zu der Frage, inwieweit das Maß der Gesinnungsstrafe ein bestimmtes ist, so beobachtet man zwar, daß auch sie nur strafen will, soweit die Strafe notwendig ist. Die Gesinnungsstraftheorie erachtet aber, soweit sie sich von der Vergeltungsstrafe prinzipiell unterscheidet, diese Notwendigkeit bei strafwürdigen Taten für gegeben bis zur Erreichung eines der spezialpräventiven Zwecke: Abschreckung, Besserung und Unschädlichmachung. Gesetzt, der Standpunkt wäre richtig, so läßt sich doch unschwer erkennen, wie unsicher die Feststellung sein muß, ob der eine oder der andere Zweck gegeben und ob er auch erreicht ist¹⁾.

¹⁾ Man vergleiche aber die verschiedenen gegnerischen Urteile über die Besserungsfähigkeit der Verbrecher, welche Birkmeyer, Was läßt v. Liszt usw., S. 28f. zusammengestellt hat. Man wende außerdem etwa auf die Gesinnungsstraftheorie analog den Ausspruch an, den Kraepelin, Asch. Mon. Bd. 3 S. 267 in bezug auf die Vergeltungstheorie getan hat: „Nie und nimmer werden wir imstande sein, das Getriebe des menschlichen Herzens derart zu durchschauen, daß wir uns vermessen könnten, die Summe der Verschuldung“ (statt dessen wäre hier zu lesen: Die Fortdauer einer bestimmten Gesinnung) „gerecht abzuschätzen“. Man wird dann wohl finden, daß die Bestrafung nach einer gegebenen, vergangenen Größe immer noch leichter ist als die Bestrafung nach dem vorherrschenden Gesichtspunkte einer künftigen Wahrscheinlichkeit.

Kann die Vergeltungstheorie für nützliche Zwecke nur insoweit eintreten, als sie bei Bewertung der subjektiven Seite einer vergangenen Tat eine Rolle spielen oder sich im Strafvollzug ohne bemerkbare Veränderung der Übelsnatur verfolgen lassen, so erscheint es unzulässig, das Strafübel, welches nach der Gesamtbewertung des Unrechts herauskommt, irgendwie im Interesse jener präventiven Zwecke mit einem verlängernden Zusatz zu versehen, der sich nicht nach der vergangenen Tat richtet. Auch mit Rücksicht auf die Gleichbehandlung in gleicher Schuld Befindlicher kommt man dann zu dem Ergebnis, daß das Vergeltungsbedürfnis immer in fester Höhe begrenzt werden muß. Denn andernfalls dürften ja bei einer Mehrheit gleichschuldiger Personen die einen drei Monate, die anderen etwa sechs Monate Gefängnis bekommen, weil beide Strafgrößen im gleichen Maße eine Ausgleichung darstellen würden. Weil dies nicht möglich ist, muß man vom Vergeltungsstandpunkte aus verlangen, daß der Richter sich über ein bestimmtes Maß schlüssig mache, worin er nach seiner Beurteilung das Vergeltungsbedürfnis (d. h. seine Berechnung über die zur Ausgleichung erforderliche Strafe) am besten in Ordnung gebracht findet. Würde er kein festes Maß aussprechen, so würde er damit implicite verschieden große Strafübel (z. B. drei und sechs Monate Gefängnis), die der Verurteilte auch verschieden schwer empfindet, als etwas Gleiches behandeln¹⁾.

¹⁾ Darin liegt der Abweg, in den die Vergeltungstheorien von Berner, Lehrb. S. 8 und von v. Hippel, Strafrechtsreform und Strafzwecke, S. 11 geraten sind. Über weitere Gründe für die bestimmten Strafurteile vgl. die nächste Ziffer.

Mögen nun die Vertreter der Gesinnungsstrafe gelegentlich bemerken, daß sie neben ihren spezialpräventiven Zielen auch andere nicht völlig außer Acht lassen, mögen sie ferner (z. B. durch die Forderung nur relativ unbestimmter Strafurteile) einzelne Konzessionen an den Ideenkreis des Vergeltungsgedankens machen, aus ihren Anforderungen an die Ausgestaltung der Strafe läßt sich mit besonderer Deutlichkeit erkennen, daß sie an dem positiven Vorherrschen der Besserung und Unschädlichmachung des einzelnen Täters festhalten und die Ideen einer ausgleichenden Bewertung, je nach der Bedeutung der Übeltat für die Interessen der Rechtsordnung, beiseite lassen¹⁾.

7. In der Richtlinie der Gesinnungsstrafe hat man auch den Gedanken der unbestimmten Strafurteile zu suchen²⁾. Bei Zugrundelegung der Gesinnungsbekämpfung hinsichtlich der Bestrafung kann man ja nicht schon von vornherein im Augenblick des Urteils mit Bestimmtheit sagen, wann diese Gesinnung beseitigt sein wird. Und auf die Bewertung dessen, was die vergangene Tat in den Augen der Gesellschaft be-

¹⁾ Kurze Zusammenstellungen der Konsequenzen, zu welchen die Gesinnungsstrafe, bezw. „Schutzstrafe“ in dem hier verstandenen Sinne führt, finden sich bei Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 414, 415 und bei Merkel, Vergeltungsidee S. 34f., insbes. S. 38—40.

²⁾ Vgl. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 332f., M. E. Mayer, Verh. d. 28. Juristent. Bd. 1 S. 189f., Rosenfeld, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 149, sowie insbes. Freudenthal, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 245f., welcher a. a. O. S. 320 ausführt: „Die unbestimmte Verurteilung ist nur ein Glied, freilich das bedeutsamste, eines gewaltigen, neuen Systems, das jenseits des Ozeans seit mehr als drei Jahrzehnten Verwirklichung findet und sich erfolgreich zum ersten Ziele setzt, aus Verbrechern nützliche Menschen zu machen.“

deutet, kommt es bei ihr höchstens in zweiter Linie, jedenfalls in entschieden untergeordnetem Grade an. Nur bei Unverbesserlichen muß die Gesinnungsstrafe, soweit sie solche annimmt, zur dauernden Unschädlichmachung, also zu einer absolut bestimmten Strafe gelangen. Es ist hier eine Inkonsequenz, wenn sie in weiterem Umfange Unverbesserlichkeit für vorliegend erachtet, aber doch für die Personen dieser Kategorie keine dauernde Unschädlichmachung vorsieht. Sie gibt damit indirekt zu, daß jedenfalls für unseren unvollkommenen Menschenverstand in der Praxis nur mit einer Gruppe besonders schwer zu Bessernder zu rechnen ist¹⁾.

Konform der bezeichneten Grundanschauung in bezug auf Bekämpfung der Gesinnung ist zum Zwecke des Schutzes der Gesellschaft (vor den ihr von einem Exzedenten weiter drohenden strafbaren Handlungen leichter oder schwerer Art) eine Freiheitsentziehung anzustreben, welche genau so lange, aber auch nur so lange zu dauern hat, als von der Gesinnung des betreffenden Individuums noch irgend welche Gefahren für Rechtsgüter zu erwarten sind. „Selbstverständlich vermag über diesen Punkt im allgemeinen nicht der Richter zu entscheiden“²⁾. Wenn man zur Empfehlung der unbestimmten Straf-

¹⁾ Darauf ist auch in der Int. Krim. Ver. schon hingewiesen worden; s. die Nachweise bei Kitzinger, die Int. Krim. Ver. S. 80.

²⁾ So Kraepelin, Abschaffung des Strafmaßes (1880) S. 29. Ähnlich v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 70: „Die Verfolgung des Zweckgedankens in der Strafe fordert nach meiner Meinung aber weiter, daß die richterliche Zumessung der Strafe, wenigstens in gewissen Fällen, keine endgültige sei, daß vielmehr die Wirkung des Strafvollzugs, also die Erreichung oder Nichterreichung des im Einzelfalle verfolgten Strafzweckes, die Dauer der Strafe bestimme.“ Die obige Einschränkung v. Liszts, „wenigstens in gewissen Fällen“, kann die Vergeltungsstrafe

urteile auf Bettler verweist, welche ja heutzutage auf Grund Richterspruchs einer vom Gericht zeitlich nicht genau begrenzten Nachhaft unterstellt werden können¹⁾, so wird man hinter nur als eine sachliche, wenn auch unbeabsichtigte Konzession an ihre Ideen ansehen, welche durch die Rücksicht auf die krassesten Fälle veranlaßt ist, in denen die Anwendung des unbestimmten Strafurteils unmittelbar unerträglich wirken würde. Vom Standpunkte der Gesinnungsstrafe erscheinen zwar die Jugendlichen als besonders taugliche Objekte, aber kaum die Unverbesserlichen oder die Gewohnheitsverbrecher, welche man anscheinend ebenfalls als besonders geeignete Objekte dieser Maßregel zuführen will. Vgl. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 400f., M. E. Mayer, Verh. d. 28. Juristent. Bd. 1 S. 195. — Vgl. des weiteren v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 532, Bd. 2 S. 91f. und über E. F. Klein als Vorläufer in dem Postulate: v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 148f. Ein anderer Vorläufer in dem Wunsche, daß nachträglich eine genauere Bestimmung der Strafdauer durch Anstaltsbeamte eintrete, ist K. Roeder d. Ä., Besserungsstrafe und Besserungsanstalten, (1864), S. 24, ebenso ders. die herrschenden Grundlagen von Verbrechen und Strafe, (1867), S. 103f.; Roeder nimmt S. 106 sogar Untrüglichkeit für seine Besserungsstrafe in Anspruch. Sehr weitgehend lauten die Ausführungen v. Klee DJZ. Bd. 12 S. 271: „Wo ein zuständlicher, verbrecherischer Hang, mit dem dem strafenden Staat zur Verfügung stehenden Erziehungsmitteln erreichbar ist, da ist die Methode des unbestimmten Strafurteils am Platz und zwar das einzig richtige.“ Klee bemerkt dazu a. a. O. S. 272: „hierher gehören insbesondere die gewohnheits-(gewerbs-)mäßigen Eigentumsdelinquenten, die schon jetzt u. a. der erzieherischen Nachhaft (§ 362 RStrGB.) anheimfallenden Bettler, Arbeitsscheuen, Dirnen, Zuhälter.“ Daß Klee gerade diese Gruppen für besonders treffende Typen der Besserungsfähigkeit ansieht, ist angesichts der gemachten Erfahrungen — vgl. dar. v. Hippel, Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu (1895) S. 204f., 266. — zum mindesten teilweise auffallend.

¹⁾ Vgl. z. B. Freudenthal, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 287. — v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 18f. spielt zwar das Bestehen des Arbeitshauses im geltenden Recht gegen die klassische Schule aus, berührt aber an diesem Orte die unbestimmte Dauer von Einsperrungen nur nebenbei.

dieses Argument vom Standpunkte der Vergeltung eine Reihe von Fragezeichen machen. Man kann dabei, obwohl dies nicht nur von Anhängern der Vergeltungsidee bestritten wird, zugeben, daß es sich hier wohl um eine wirkliche Nebenstrafe also um ein bestimmungsmäßiges Übel handelt, welches als solches auch gemeinhin angesehen wird. Man kann aber zunächst sehr bezweifeln, ob diese Maßregel nennenswerte Besserungserfolge bei der Mehrzahl der davon betroffenen Individuen aufgezeigt hat, ob also ein besonders gutes, praktisches Ergebnis hier über prinzipielle Bedenken hinüberzuhelfen vermag. Man kann ferner vom Vergeltungsstandpunkte aus fordern, daß die Nachhaft, falls man sie mit richterlich nicht bestimmter Dauer beibehalten will, entschieden mehr wie bisher zur reinen sichernden Maßnahme ausgestaltet werde, daß ihr die Härte genommen werde, auf Grund deren mancher Bettler sie heute mehr fürchtet als Zuchthaus¹⁾. Und man kann außerdem von diesem Standpunkte aus wünschen, daß, falls die Nachhaft in gegenwärtiger Gestalt, also mit der intensiven Übelwirkung einer Strafe beibehalten wird, künftig eine feste Begrenzung derselben durch den Richter eintrete. Man darf nicht einwenden, die Unbestimmtheit habe keine schädlichen Folgen gezeigt. Obwohl es sich im geltenden Rechte nur um eine relative Unbestimmtheit und zwar nur bis zur Höchstdauer von zwei Jahren Freiheitsentziehung handelt, ist auch in diesem Falle die Unbestimmtheit zu verwerfen, wengleich die Verwerflichkeit in geringerem Maße offenkundig wird. Wer kümmert sich viel um die Gefühle eines Bettlers oder Landstreichers oder einer Dirne, mag diesen die Nachhaft auch noch

¹⁾ Vgl. dar. v. Liszt selbst, Aufs. Bd. 2 S. 19.

so gräßlich dünken? Es sei ganz abgesehen davon, ob die Nachhaft viel oder wenig Personen zur Umkehr bewogen hat, jedenfalls ist das Interesse der Gesellschaft gegenüber Bettlern, Landstreichern usw. viel weniger für die Beobachtung der Tatsache geweckt, daß es sich auch hier um Mitmenschen handelt, die in bezug auf die Strafe gleich zu behandeln sind, wie andere Strauchelnde. Nur so konnte es m. E. kommen, daß die Maßregel der korrekzionellen Nachhaft u. a. zulässig ist gegenüber Bettlern der verschiedensten Kategorien. Daß die Praxis von der rechtlichen Zulässigkeit der relativ unbestimmten Maßregel bei manchen Kategorien seltener Gebrauch macht, kann nicht entgegengehalten werden, denn einen Rechtsschutz, eine Rechtsgarantie gegen diese Nachhaft haben alle Kategorien nicht. Tatsächlich sind z. B. nicht entfernt auch nur die Hälfte der Bettler gemeingefährlich, so nicht die meisten weiblichen Bettler, die meisten bettelnden Kinder, die meisten gebrechlichen Bettler. Es ist bei ihnen der Bettel auch durchaus nicht etwa durchschnittlich eine Vorstufe zu schwereren Delikten. Daraus würde sich vom Vergeltungsstandpunkte aus zunächst ergeben, daß eine korrekzionelle Nachhaft, sei es als Sicherungsmaßregel, sei es als Strafe bei zahlreichen Kategorien von Personen, wo sie heute zulässig ist, nicht mehr zulässig sein sollte. Es würde sich aber ferner ergeben, daß sie mit demjenigen Übelscharakter, den sie heute hat, nur gegenüber Personen am Platze ist, bei welchen die Begehungsart des Delikts auf eine besondere Gemeingefährlichkeit sicher schließen läßt¹⁾. Hier mag dann die richterlich

¹⁾ Vgl. über z. T. abweichende Vorschläge v. Hippel, Vergl. Darst. (Bes. Teil) Bd. 2 S. 224 f., 230 f.

fest zu begrenzen primäre Strafe des Arbeitshauses eine Dauer erreichen, daß auch der Sicherungsgedanke sich für befriedigt erklären kann. Der Hinweis auf die korrekzionelle Nachhaft als einen bereits bestehenden Fall unbestimmter Haftdauer dürfte also im Hinblick auf die offensichtlichen Mängel dieser Maßregel wenig dienlich erscheinen, die generelle Einführung unbestimmter Strafübel besonders zu empfehlen. Allerdings erscheint es erwägenswert, gegenüber den lästigeren unter den nicht besonders gemeingefährlichen Gewohnheitsbettlern (die Kategorien wären näher zu bezeichnen), z. B. gegenüber Bettlern mit besonders vielen oder mit schwereren Vorstrafen, sichernde Maßnahmen zu ergreifen, welche aber den Übelscharakter auch bei etwaiger Anleitung zur Arbeitsamkeit tunlichst abstreifen sollten. Kurzum, vom Vergeltungsstandpunkte kann die Erziehungsbedürftigkeit und die Sicherungsbedürftigkeit genauer zu bezeichnender Gruppen allerdings angenommen werden. Dagegen kann nicht zugegeben werden, daß die betreffenden Menschen nach anderen Bewertungsgrundsätzen zu bestrafen seien wie die übrigen Täter strafbarer Handlungen, und noch weniger, daß aus mangelhaften Einrichtungen des geltenden Rechts, deren Mängel vielleicht noch nicht einmal nach jeder Richtung empfunden sind, der Schluß gezogen werden dürfte, diese Einrichtungen seien auch auf die bisher nicht unter sie fallenden Verbrecher übertragbar.

Zur Unterstützung der unbestimmten Strafurteile verweist man auch gelegentlich auf die angeblich guten Erfahrungen, die man in Amerika damit gemacht hat¹⁾. Es sei gestattet,

¹⁾ Vgl. z. B. Freudenthal, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 287, 293, Herr, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 4 S. 490.

diesem Hinweise zunächst eine allgemeine Bemerkung gegenüberzustellen, die Hoegel¹⁾ gemacht hat²⁾. Gesetzt ferner, der Beweis der vollen Bewährung in Amerika, wie auch die Übertragbarkeit auf deutsch-politische Verhältnisse (insbes. auf die deutsche Verwaltung, die vorwiegend Militäranwärter als Gefangenaufseher verwendet und nicht selten polizeistaatmäßig zu verfahren geneigt ist) wäre geliefert, ist damit für die bessere Eigenschaft der unbestimmten Strafurteile gegenüber den bestimmten der Beweis erbracht? Oder kann man nicht sagen: In Deutschland ist man auf strafrechtlichem Gebiet schon vorgeschrittener³⁾ und hat ein feineres Empfinden für Gerechtig-

1) Teilref. a. d. Gebiete d. österr. Strafr. S. IX.

2) „Es scheint mir fast selbstverständlich zu sein, daß vor Annahme einer fremdländischen Einrichtung die Frage aufgeworfen werden müsse, ob sie sich im Ursprungslande bewährt habe, und ob die Verhältnisse dort genau so liegen wie bei uns. In dieser Beziehung scheinen mir aber gerade die Vereinigten Staaten von Nordamerika nicht die richtigste Bezugsquelle für Rechtseinrichtungen zu sein, denn abgesehen davon, daß dort gegen 50 Rechtsgebiete bestehen, ist das anglo-amerikanische Strafrecht so ziemlich das rückständigste, die Strafrechtspflege in Amerika ist gerade keine mustergültige, das Gefängniswesen auch nicht einwandfrei und die Kriminalität — wenn auch genaue statistische Daten fehlen — der unsrigen gegenüber eine erschreckend hohe (ich verweise nur darauf, daß dort 30—40% Rückfälle bei den Jugendlichen als günstiges Ergebnis angesehen werden). Insoweit die Höhe der Straffälligkeit und Rückfälligkeit auf die Wirksamkeit der Strafrechtspflege zurückgeführt werden kann, dürfen wir uns die Gesetzgebungen der einzelnen Vereinigten Staaten jedenfalls nicht als Vorbild nehmen . . . Ich gehe von dem Standpunkte aus, daß wir zunächst auf Grund unserer eigenen Erfahrungen zu reformieren haben, und ich denke, daß wir uns damit eine genügend große Aufgabe stellen . . .“

3) Charakteristisch hierfür ist ein wohl unbeabsichtigtes Zugeständnis Freudenthals a. a. O. S. 276: „Was in Amerika als

keit, so daß es deutscher Art widerstrebt, Jemandes Strafübel deswegen zu verlängern, weil die nach der Tat bewiesene Gesinnung nicht befriedigt? Könnte man nicht auch sagen: In Deutschland besteht ein Bedürfnis, daß der Verteidiger auch hinsichtlich der Strafdauer vollwirksam verteidigen kann? Man wende gegen letzteren Gesichtspunkt nicht ein, die heutigen Verteidiger redeten ohnehin nicht viel zum Strafausmaß, sondern plädierten meistens auf Freisprechung. In diesem plus liegt für die Verteidigung, wo sie nicht aus taktischen Gründen va banque spielt, zugleich das minus, und eine gewissenhafte Verteidigung erstreckt sich jedenfalls da, wo die Schuldfrage außer Zweifel steht und zur Straffrage noch etwas vorzubringen ist, auch auf Strafart und Strafmaß. Der Verteidiger kann aber dem Klienten nicht wirksam zur Seite stehen, wenn es sich um die Beurteilung des Verhaltens in der Anstalt handelt. Selbst wenn man ihn bei nachträglichen Beschlüssen über Strafverlängerung oder Entlassung zulassen sollte, in einem wesentlichen Punkte hat sein Einfluß zugunsten des Angeklagten aufgehört, wenn er in der Hauptverhandlung erster Instanz und der künftig etwa anzurufenden Berufungsinstanz zur Straffrage seinen Klienten schutzlos lassen muß, soweit die Unbestimmtheit der Strafurteile reicht.

Die Vergeltungstheorie kann die unbestimmten Strafurteile nicht gutheißen¹⁾. Richtig ist zwar, daß es von dem Standpunkte Besserungsstrafe über den Täter verhängt wird, das hält man im Volke zugleich für gerechte Vergeltung.“ Wenn das richtig ist, so geht dem amerikanischen Volke vorläufig das Empfinden dafür ab, daß, wie auch Freudenthal selbst annimmt, beides grundverschiedene Dinge sind.

1) Dies ist schon mehrfach ausgeführt worden, vgl. z. B. Binding,

aus, der nur die vergangenen Taten bewerten will, in abstracto gutgeheißen werden könnte, wenn die richterliche Strafzumessung keine endgültige ist, weil vielleicht im Augenblick der Hauptverhandlung noch nicht alles aufgedeckt war, was hinsichtlich der Würdigung des betreffenden Deliktsfalles in Frage kommt¹⁾. Allein überwiegende Bedenken müssen die Vergeltungstheorie dazu drängen, diesen Standpunkt zu verlassen²⁾, denn die Hauptverhandlung des modernen reformierten Strafprozesses ist gerade dafür da, alles das, was bisher sorgfältig über den Beschuldigten zusammengetragen wurde, in Gegenwart der Parteien zu verhandeln. Nötigenfalls ist sie auszusetzen. Es ist daher der Gedanke abzuweisen, daß sich der Richter der Hauptverhandlung kein genügendes Bild von den Bewertungsfaktoren für die subjektive oder die objektive Seite des Delikts machen könne³⁾. Die Hauptverhandlung ist die beste Gewähr,

Grdr. 7. Aufl. S. 237, Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 414, Finger, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 2 S. 65f., Kahl, DJZ. Bd. 11 S. 897, Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 37, Oetker, ZStW. Bd. 17 S. 577f.

¹⁾ Von diesem Gesichtspunkte aus ist es begreiflich, daß Merkel in v. Holtz. Handb. (1871) Bd. 2 S. 556 vorübergehend empfehlen konnte, die richterliche Strafzumessung solle keine endgültige sein. Vgl. aber dagegen Merkel, Vergeltungsidee (1892) S. 40f.

²⁾ A. M.: Freudenthal, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 277. Vgl. auch Tesaf, Die symptomat. Bedeutung S. 259f., v. Lilienthal, ZStW. Bd. 14 S. 699.

³⁾ Dies gilt sogar für die Gesinnung als einen speziellen Bewertungsfaktor. Treffend sagt daher v. Liszt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 60: „Völlig haltlos ist weiter die oft aufgestellte Behauptung, daß der erkennende Richter gar nicht in der Lage sei, auf Grund der Hauptverhandlung allein die Eigenart des Täters und der von ihm begangenen Tat richtig zu beurteilen; daß dazu Nach-

daß nichts hereingezogen wird, was sich nicht auf die zu bewertende Tat bezieht. Es besteht auch ein Bedürfnis, daß die Prozesse nicht fortwährend revidiert werden durch generell dafür aufgestellte Beamte oder Vollzugsämter, um so weniger, da ihnen die Erforschung des Delikts nicht mit den Beweismitteln des Prozeßrechts möglich ist. Ein dem Grundsatz der Rechtskraft widersprechendes, fortwährendes Weiterspüren nach einem genaueren Strafmaß ist auch nicht etwa eine moralische Pflicht der Gesellschaft gegenüber dem Verbrecher, der den Inhalt des mit Gewissenhaftigkeit gefundenen und nicht mehr durch Rechtsmittel anfechtbaren Urteils hinzunehmen hat. Die

forschungen nötig seien, die erst nach der Urteilsfällung möglich sind. Dabei ist übersehen, daß diese Nachforschungen ebensogut vor wie nach der Verhandlung angestellt werden können, daß die erforderliche Beweisaufnahme bisher nirgends unüberwindliche Schwierigkeiten gezeitigt hat, daß der deutsche Richter schließlich doch ebensoviel Urteilskraft besitzt wie sein Kollege in den übrigen Kulturstaaten; und daß er ja in allen Fällen, auch wenn er die Strafe nicht aussetzt, zu einem Urteil über die Eigenart der Tat und des Täters gelangen muß, soll er innerhalb eines Strafrahmens die Strafe bemessen.“ Freilich betont dies v. Liszt nicht etwa zur Kritik des unbestimmten Strafurteils, sondern bei der Propaganda für die richterliche bedingte Verurteilung. Wohl gemerkt: bei Erörterung der Frage des unbestimmten Strafurteils lauten seine Worte in wesentlichen Punkten anders, vgl. v. Liszt, Aufs., Bd. 1 S. 333: „Die Ehrfurcht vor dem Richterspruch darf uns nicht abhalten, hier die kritische Sonde anzulegen. Es wird nicht geleugnet werden können, daß in weitaus den meisten Fällen der Richter gar nicht in der Lage ist, die ihm vom Gesetzgeber gestellte Aufgabe zu lösen, die Strafe in einer ihrem Zwecke (man mag diesen bezeichnen, wie man will) entsprechenden Weise zu bemessen. Er kennt den Verbrecher gar nicht, den er bestrafen soll; und auf den Menschen, nicht auf die, doch nicht von ihm loszulösende Tat kommt es uns an“.

Forderung der Gleichbehandlung wird durch Richter, welche die konkrete Tat zu würdigen haben, nach dem Vergeltungsbedürfnis, wie es zur Zeit der Aburteilung besteht, in viel höherem Maße gewährleistet, als bei Festsetzung des Strafmaßes durch Anstaltsbeamte, die ihre Beobachtungen über die Schuld ohne die Rechtsgarantien des Strafprozesses machen, vielfach auch gerade durch ihre fortwährende Berührung mit dem Verurteilten die Objektivität in höherem Maße verlieren. Soweit nämlich die formell etwa zur Entscheidung berufenen Strafvollzugsämter sich auf das den Gefangenen qualifizierende Urteil (bzw. den Bericht) subalternen Untergebener stützen müssen, weil sie ja die Ausführung der Beobachtung und Behandlung im einzelnen nicht erledigen können, wird hinsichtlich der Strafdauer von entscheidendem Einfluß das sachverständige Urteil von Personen, die schon ihrem Bildungsgange nach nicht die gleichen Garantien bieten können wie die höheren Anstaltsbeamten, welche noch eher geeignet sind, die richterliche Funktion der unparteilichen Gerechtigkeit zu ersetzen.

Die Vergeltungstheorie findet ferner bei den unbestimmten Strafurteilen ihr Interesse an der Beschränkung auf die Bedeutung der vergangenen Tat nicht gewahrt. Daß das Vergeltungsbedürfnis schwinden kann, wird von ihr nicht verkannt, vgl. z. B. die Anerkennung des Instituts der Verjährung. Wenn anders sie aber festhalten will an der Verhütung einer Bestrafung für nachträgliches Verhalten, welches als solches nun einmal keine strafbare Handlung bildet, sofern sie ferner festhalten will an dem Grundsatz der Gleichbehandlung in gleicher Schuld Befindlicher, muß sie dafür sorgen, daß das Urteil über die Bedeutung der vergangenen Tat in subjektiver und objek-

tiver Hinsicht einmal genau in einer Wertgröße festgestellt und daß diese dann hernach nicht vermehrt werde mit Rücksicht auf späteres schlechtes Verhalten in der Strafanstalt. Eine nachträgliche Verminderung ist anders zu beurteilen, soweit sie sich in bescheidenen Grenzen hält, z. B. in denjenigen der vorläufigen Entlassung nach § 23 f. StGB. Bei letzterer machen sich die mangelnden Rechtsgarantien für objektiv gleichmäßige Würdigung weniger fühlbar. Der Hauptteil der Strafe ist durch seine vorgeschriebene Verbüßung der Disposition der Verwaltungsbehörden ohnehin entzogen. Außerdem geht die vorläufige Entlassung viel mehr als Ausnahme von einer bestimmten Strafgröße vor sich als die unbestimmte Verurteilung, die in jedem Falle erst der näheren Feststellung der Strafdauer durch Anstaltsbehörden oder sog. Vollzugsämter bedarf. Es ist auch nicht zu übersehen, daß nachträglichem Wohlverhalten ein beschränkter Einfluß allerdings eingeräumt werden kann, während das Gleiche für schlechtes Verhalten hieraus keineswegs ohne weiteres ableitbar ist¹⁾. Würde aber ein erheblicherer Einfluß, wie er in der unbestimmten Verurteilung, auch der relativ unbestimmten, liegt, eingeräumt,

¹⁾ Es ist deshalb verfehlt, daß gelegentlich auszuführen versucht wurde — so Freudenthal a. a. O. S. 277 —, wenn man das Rechtsinstitut der vorläufigen Entlassung mit dem Wesen der Strafe in Einklang bringen könne, so könne man sich auch nicht mehr gegen die unbestimmte Verurteilung erklären. Hierauf nur das Eine: Wenn man irgend einer Maßnahme eine gewisse beschränkte Anerkennung zuteil werden läßt, so braucht man sie doch deswegen nicht auch der quantitativ verstärkten Maßregel zu teil werden zu lassen, insbesondere aber dann nicht, wenn mit der vorgeschlagenen Verstärkung zugleich qualitative Veränderungen der Maßregel verbunden werden.

so würden sich zunächst die Garantien gleichmäßiger Beurteilung der Besserung vermindern, welche sich ja überhaupt scharfer Feststellung meist entzieht und daher nur eng begrenzte Berücksichtigung verdient. Es würde außerdem vielfach, namentlich bei gewandten und schmiegsamen Menschen, die sich ihrer Eigenschaften bewußt sind, eine Hemmungsvorstellung ausgeschaltet, welche in der Erwartung liegt, im Falle des Erwischtwerdens wegen bestimmter Tat das dafür verdiente Übel auch wirklich verbüßen zu müssen. Bei drohender Verurteilung, z. B. zu 2—6jähriger Strafe, kann der Täter sich leicht sagen, daß er mehr als $\frac{2}{3}$ (6 Jahre Freiheitsstrafe sind mehr als dreimal so schwer wie 2 Jahre Freiheitsstrafe) der Strafe durch späteres Wohlverhalten erspart. Die Gefahr einer 6jährigen Freiheitsstrafe schreckt ihn dann nicht so sehr, wenn er sich jenes Wohlverhalten zutraut für den Fall, daß ihn überhaupt eine Strafe ereilt. Ferner würde bei unbestimmten Strafurteilen nicht nur in der Auffassung der Schuldigen, sondern auch in der Auffassung der Anstaltsbeamten und des Volkes die Vorstellung Platz greifen müssen, daß die Höchststrafe des unbestimmten Strafurteils nur für schlechtes Verhalten bestimmt sei. Daraus würde aber weiter folgen, daß das nachträgliche schlechte Verhalten, wenngleich es keine strafbare Handlung darstellt, eben doch eine Schärfung der sonst eintretenden Strafe bewirkt¹⁾. Die richterliche feste Strafzumes-

¹⁾ Wird nach dem Gesagten der generalpräventive Nutzen der Strafe bei den unbestimmten Strafurteilen in manchen Fällen abgeschwächt, so ist doch damit nicht in Abrede gestellt, daß für spezialpräventive Zwecke die unbestimmten Strafurteile allerdings manches leisten können. Der Anreiz zu einem äußerlich die Bedingung der

sung nach dem Maßstabe einer begangenen strafbaren Handlung enthält eine Bewertung, für welche durch den Gesetzgeber und die Praxis ungleich unzweideutigere Merkmale angegeben werden können, als sie für die Strafverlängerung oder -verkürzung wegen schlechten oder guten Anstaltsverhaltens existieren, da für die Bewertung dieses Verhaltens objektive Beurteilungsmaßstäbe vielfach fehlen und in Ermangelung derselben individuelles Empfinden und damit Ungleichheit und Willkür Einzug halten muß. Der eine Direktor oder Unterbeamte beurteilt verbotenes Schwätzen, oder Nichterledigung des Pensums, oder Unreinlichkeit, oder Gleichgültigkeit in religiösen Dingen, bzw. umgekehrt großen Eifer in religiösen Dingen, große manuelle Gewandtheit, große Unterwürfigkeit, Angebereien, Durchstechereien sehr verschieden von einem Anderen und kann aus diesem und jenem Merkmal pädagogisch sehr verschiedene Schlüsse ziehen im Vergleich zu einem Anderen.

Gesetzt aber, die besprochenen Bedenken wären hinfällig, es bestünde u. a. also kein beachtliches Bedürfnis nach den Garantien der öffentlichen, mündlichen Hauptverhandlung, nach

Freiheitserlangung erfüllenden Verhalten wird ein außerordentlich hoher. Vgl. dar. Herr, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 4 S. 487. Je weitgehender die Machtfülle der zuständigen Aufsichtsbehörden ist, das weitere Lebensschicksal eines Menschen zu entscheiden, je länger m. a. W. die unbestimmte Verurteilung forterstreckt werden darf, desto größer ist durchschnittlich der Anreiz zu anstaltsfrommem Verhalten. Desto mehr aber entfernt sich andererseits die Einrichtung auch von den Schutzmitteln des ordentlichen Strafprozesses gegen falsche Beurteilung, desto mehr entfernt sie sich auch von einer Bestrafung des betätigten Unrechts, desto einschneidender werden die Wirkungen für jemanden, der tatsächlich von den Aufsichtsbeamten falsch beurteilt ist.

Gleichbehandlung und deswegen nach einem richterlichen Verfahren mit einem bestimmten Urteil als Abschluß, es bestünde kein hinreichender prinzipieller Grund, das Strafwürdige ausschließlich aus dem zu entnehmen, was in der konkreten, strafbaren Handlung liegt, es sei vielmehr an sich ein Bedürfnis der Gesamtheit, immer die Gesinnung als solche unschädlich zu machen unter Hintansetzung der Frage, ob die Gesinnungen als solche straffrei bleiben und nur bestimmte Betätigungen derselben je nach ihrer Art (d. h. je nach dem deliktischen Handeln) strafrechtlich zu würdigen sind, gesetzt also, daß dies Alles so wäre, dann müßte die Vergeltungslehre immer noch behaupten, daß in Ermanglung anderer hinreichender Anhaltspunkte für Stärke und Fortdauer der Gesinnung die Beschränkung auf den Wert der mit einer bestimmten Tat bekundeten Gesinnung praktisch den Vorzug verdiene, d. h. daß die Durchführung ihrer Ziele praktisch weit eher zu erreichen ist. Denn es läßt sich relativ viel leichter ermessen, was es für die Gesamtinteressen der Gesellschaft bedeutet, wenn jemand z. B. wiederholt Warenhausdiebstähle oder Majestätsbeleidigungen verübt hat. Man kann dabei sehr wohl auch fragen: Ist die Begehung in der oder jener Ausführungsart derartig, daß mit Rücksicht auf Wiederholungsgefahr höhere Strafe angemessen ist? Ist das angegriffene Rechtsgut von solcher Bedeutung, daß man den betreffenden Menschen trotz Wiederholungsgefahr 10 Jahre oder gar auf Lebenszeit unschädlich machen muß? Demgegenüber ist es ungleich schwerer festzustellen: Wann ist die bei diesem Diebstahl oder dieser Beleidigung zutage getretene Gesinnung dauernd unschädlich gemacht (durch Abschreckungs-, Besserungs- oder Sicherungs-

maßregeln)? Denn die äußeren Symptome einer Charakteränderung sind trüglich¹⁾ und eine vorübergehende Abkehr kann natürlich nicht genügen. Woran kann man aber eine dauernde Abkehr auch nur einigermaßen erkennen? Wie kann man bei Erwachsenen etwa die Heuchelei erkennen? Wird nicht dadurch Gesinnungsheuchelei geradezu großgezogen²⁾?

1) Vgl. darüber u. a. Ebermayer, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 1 S. 276.

2) Hierauf macht u. a. Binding Grdr. S. 237, Finger, Verhandl. d. 29. Juristent. Bd. 2 S. 70 aufmerksam. — E. Wulffen, Psychologie des Verbrechers Bd. 2 S. 524, ein warmer Vertreter des unbestimmten Strafurteils, räumt ein: „Die Erfahrung lehrt, daß zuweilen gerade die gefährlichsten Verbrecher in der Strafanstalt, die durch ihre Ordnung und Arbeitsgelegenheit den schwachen Willen jener zeitweise kräftigt, sich so gut geführt haben, daß sie vor Ablauf der Zeit entlassen wurden.“ Er meint aber: „Solche Irrtümer könnten nur einmal vorkommen. Würde ein solcher Mensch rückfällig, so wäre er erkannt.“ Es ist indessen bedenklich genug, wenn solche Irrtümer überhaupt durch eine bestimmte Maßregel in weitergehendem Maße begünstigt werden, und das werden sie durch die unbestimmte Verurteilung ganz zweifellos, weil diese ja gerade auf der Beurteilung fortbestehender Gesinnung in jedem einzelnen Strafvollzugsfall beruht. Übrigens wäre es eine recht fragwürdige Erkennungsmethode, wenn man bei eingeführter unbestimmter Verurteilung den Rückfall zum unwiderrufflichen Kennzeichen künftig andauernder Nichtbesserung nehmen würde. Sollten wir keine besseren Kriterien haben, dann ist das so bedenkliche Institut jedenfalls auch formell zur Durchführung nicht reif. — Nicht stichhaltig ist es auch, wenn Freudenthal a. a. O. S. 291 gegen den Einwand der Heuchelei vorbringt, nach dem Systeme, dessen Teil das unbestimmte Strafurteil ist (!), müsse der Gefangene außer guter Führung auch seiner Veranlagung entsprechende Leistungen in beruflichem und Schulunterricht aufzuweisen haben, um entlassen zu werden. Macht Freudenthal mit seinen Worten „der Veranlagung entsprechende Leistungen“ Ernst, so beweist er damit gar nichts gegen die Heucheleimöglichkeit. Denn der Fleiß

Und wenn vielleicht ein gewiegter Pädagog oder Arzt in der Lage sein sollte, auf Grund genauer Einzelbeobachtung an den Symptomen mit Bestimmtheit die Tatsache der nachhaltigen Besserung oder aber der bloßen Simulation einer solchen zu erkennen, wäre es möglich, das erforderliche Heer von durchgebildeten Pädagogen und Ärzten zu bekommen, um die für jene Erkenntnis notwendige gründliche Detailbeobachtung vorzunehmen? Disziplinarvergehen, Nichterledigung des Arbeitspensums, Gebrauch gewöhnlicher Ausdrücke u. dgl. sind viel zu unsichere Kriterien; die letzteren beruhen z. B. vielfach auf der früheren Umgebung und können bei dem beschränkten Umgang im Gefängnis nur schwer abgelegt werden. Es fragt sich weiter: Ist dem Untersonal (ganz abgesehen von der früher bereits berührten Schwierigkeit, objektiv zu bleiben) das gleiche Vertrauen in bezug auf psychologisch richtige Erkenntnis zu schenken, daß ihm ein sachlich weitgehender Einfluß

kann sehr wohl vorübergehend bis zur Entlassung aus der Anstalt ohne Absicht der späteren Fortsetzung betätigt werden. Sollte es ferner nicht arbeitsame Verbrecher geben, die Umkehr in ihrer verbrecherischen Gesinnung gleichwohl nur heucheln? Meint Freudenthal mit seinen Worten aber etwa objektiv gute Fortschritte, so würde in bedenklichster Weise jede Fortsetzung des Strafübels wegen nicht genügender Leistungen im Schulunterricht zu einer Bestrafung mangelnder Intelligenz. — Auch der Richter der Hauptverhandlung (namentlich der unerfahrene Einzelrichter) unterliegt zuweilen der Gesinnungsheuchelei des Angeklagten. Aber namentlich bei größeren Strafsachen kann diese sich neben der Verhandlung und Feststellung der einzelnen über den Angeklagten zusammengetragenen Tatsachen ungleich weniger breit machen, da das Gebahren des Angeklagten neben seiner Aussage nur eines der Beweismittel bildet, während in der Anstalt nur das Anstaltsverhalten Prüfungsgegenstand wäre.

auf die zu treffende Entscheidung über die Erstreckung des Strafübels eingeräumt werden könnte? Erzieht man überhaupt Charaktere in der Gefangenschaft, wo doch die Betroffenen wissen, daß sie nur durch Hervorkehrung einer bestimmten Gesinnung die Strafzeit abkürzen können? Wo finden sie in der Gefangenschaft Gelegenheit, ihre Gesinnung zu erproben, daß sie z. B. Sittlichkeitsdelikte nicht wiederholen werden¹⁾? Soll man sie etwa durch gestellte Fallen auf ihren neuen Charakter prüfen? Ist nicht unter Umständen gerade die Unbestimmtheit eines Strafurteils ein besonderes Erschwerungsmittel für die Erzielung nachhaltiger Umkehr? Wird nicht bei sehr vielen Sträflingscharakteren das Dichten und Trachten auf die Herbeiführung der rein äußerlich wahrnehmbaren Bedingungen gehen, da doch nur nach den äußeren Merkmalen die Besserung festgestellt werden kann? Selbst wenn man sich dazu entschließt, behufs Erprobung der Anzeichen eingetretener Besserung den Sträflings versuchsweise in die Freiheit zu lassen, um dann etwa nach sechs Monaten definitiven Beschluß zu erlassen, so bildet diese Möglichkeit nur ein Argument dafür, daß sichernde Nachhaft erträglich ausgestaltet werden kann. Dagegen für die praktische Brauchbarkeit der Einrichtung, wonach die Gefangenschaft selbst in ihrer Dauer von der Erkenntnis eingetretener Besserung abhängig sein soll, beweist dies nichts. Glaubt man trotz allem, bei Einführung unbestimmter Strafurteile hinreichende Mittel zu besitzen, um mit Sicherheit über Besserung oder Nichtbesserung der Jugendlichen wie der Erwachsenen entscheiden zu können, so wären dazu Strafübel von einer Größe

¹⁾ Dies Beispiel hat schon Finger, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 2 S. 74 gebracht.

erforderlich, die dem Grundsatz der staatlichen Strafenökonomie und dem praktischen Bedürfnis des Volkes kaum entsprechen. Dazu gehört zuvörderst die Zulässigkeit einer sehr weitgehenden Erstreckungsmöglichkeit der Freiheitsentziehung. Bei Einführung nur relativ bestimmter Strafurteile müßte man, um jene Erfolge auch nur einigermaßen sicher erreichen zu können, den Strafvollzugsbehörden (Strafvollzugsämtern) einen Spielraum von mindestens fünf Jahren gewähren. Gerade bei leichteren Delikten, z. B. bei Fahrlässigkeitsdelikten, ist es besonders schwer, mit Zuverlässigkeit zu sagen, wann der Hang zur Unachtsamkeit nachhaltig ausgerottet ist. Die Strafübel müßten, um die Gesinnungsänderung mit der nötigen Gewißheit in vielen Fällen herbeizuführen, m. E. auch inhaltlich mit so schweren Zuchtmitteln ausgestattet sein, daß sie, namentlich für Erwachsene, in unsere Zeit nicht mehr passen¹⁾. Die schreienden Konsequenzen der unbe-

1) Vgl. z. B. Lamm asch, Grdr. d. (österr.) Strafr. 2. Aufl. S. 3: „Es wird dem Staat mit seinen verhältnismäßig plumpen Mitteln nicht möglich sein, auf einen bereits ausgebildeten Charakter innerlich umgestaltend zu wirken, da man seinen Organen auch kaum jene vollkommene Macht und diskretionäre Gewalt über Einzelne einräumen kann, welche zu jenem Zwecke notwendig wäre.“ Man berufe sich demgegenüber nicht auf den mildernden Einfluß deterministischer Anschauungen. Mag der Determinismus zu einer mildernden Beurteilung mancher Menschen führen, zu einer mildernden Behandlung kann er bei Annahme der Gesinnungsstrafe nicht führen. Wenn also Traeger, Wille, Determinismus, Strafe S. 190 bemerkt, gerade der Determinist werde, indem er das egoistische Verlangen nach Genugtuung zurückdrängt, zu immer mildernden Strafen gelangen, soweit sie noch hinreichen, die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten, so ist das richtig für die Zurückdrängung des primären Genugtuungstriebes, der nicht, gleich der Vergeltung, auf Reflexion über die Größe des ent-

stimmten Strafurteile haben dazu beigetragen, daß die Vertreter der Gesinnungsstrafe heute im wesentlichen nur relativ unbestimmte Strafurteile fordern, zum Teil unter Beschränkung auf Jugendliche oder auf Gewohnheitsverbrecher¹⁾. Freilich wird hierdurch der oberste Maßstab durchbrochen, wonach in erster Linie die Beseitigung der Gesinnung für die Strafbemessung maßgebend sein soll. Durch die vorgeschlagenen Beschränkungen der unbestimmten Verurteilung wird die Verschlechterung der Justiz quantitativ gemindert und auf die Fälle beschränkt, wo die unbestimmten Strafurteile noch zugelassen werden sollen, aber beseitigt werden die Gegengründe nicht im mindesten. Wenn also z. B.²⁾ generell in minimo

standenen Ausgleichsbedürfnisses beruht. Abgesehen von dieser einen Richtung paßt aber jener Satz nur unter Vorbehalten auf die Vergeltungsstrafe, so weit sie mit deterministischen Grundlagen operiert, (vgl. z. B. Hoegel, Teilreformen, S. X) und gar nicht auf die Gesinnungsstrafe im allgemeinen wie auf ihre unbestimmten Strafurteile im besonderen. Daher sagt denn auch Freudenthal, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 289: „Es ist eben in Wahrheit nicht mildere Behandlung des Verbrechers, also Humanität, sondern stärkerer Schutz der Gesellschaft gegenüber dem Verbrecher das Leitmotiv des unbestimmten Strafurteils.“ (Ganz in gleichem Sinne, aber ohne Spezialanwendung auf die unbest. Strafurteile v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 523.) Dieser stärkere Schutz erfordert aber zum mindesten die Möglichkeit einer Verlängerung des Übels der Freiheitsentziehung, welche demzufolge über das Maß des durch die vergangene Tat verdienten Übels hinausgehen und auf noch nicht garantierte Gesinnungsänderung Rücksicht nehmen kann, obwohl doch die Fortdauer einer bloßen Gesinnung keine strafbare Handlung darstellt.

1) Vgl. z. B. Rosenfeld a. a. O. S. 148f., Freudenthal a. a. O. S. 279, 318, v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 332, B. 2 S. 92f., M. E. Mayer, Verh. d. 28. Juristent. Bd. 1 S. 190.

2) So der Vorschlag Freudenthals a. a. O. S. 319; die Vorschläge Köhler, Vergeltungsgedanke.

ein Jahr und in maximo 8—10 Jahre Strafzeit dem Ermessen der Strafvollzugsbehörden bzw. Strafvollzugsämter anheimgestellt werden sollen nach der richterlichen Bejahung der Schuldfrage, so bedeutet das für den Vergeltungsgedanken nur, daß für die Unbilligkeiten und Irrtümer eine Fehlergrenze von 7—9 Jahren Freiheitsstrafe zu viel (bzw. von 7—9 Jahren Freiheitsstrafe zu wenig) aufgestellt ist.

Auch für die Jugendlichen sind, soweit man sie überhaupt kriminell straft, nur richterlich fest zu begrenzende Strafen am Platz¹⁾. Auch bei ihnen ist Gesinnungsheuchelei leicht zu wecken, sogar eher noch leichter als bei Erwachsenen. Die Straferziehung in Gemeinschaft mit anderen verbrecherischen Jugendlichen wirkt sehr in dieser Richtung. Mit nicht verbrecherischen Jugendlichen könnte man sie der Ansteckungsgefahr wegen nicht gut zusammenstecken. Die Strafen für Jugendliche seien für die Regel kurz, aber eindrucksvoll (Dunkelarrest von einigen Tagen, hartes Lager, Wasser und Brot, Einzelhaft deuten bereits manche Mittel an). Es ist nicht zu übersehen, daß viele Verfehlungen Jugendlicher zunächst sehr bedrohlich erscheinen, während die Gesinnung sich glücklicherweise in der Mehrzahl der Fälle auch ohne lange Gefangenhaltung zu Erziehungszwecken von selbst mit zunehmender Reife modifiziert oder doch gesetzlichere Betätigungsformen annimmt. Die im Einzelfall betätigte Gesinnung kann dabei

der verschiedenen Anhänger relativ unbestimmter Strafurteile variieren hier sehr.

1) Nach viel weitergehenden Rechtfertigungsversuchen empfiehlt Freudenthal die unbestimmten Strafurteile a. a. O. S. 318 doch nur für die Jugendlichen.

eine sehr „antisoziale“ gewesen sein, so daß, wenn hierwegen unbestimmte Verurteilung eintreten würde, oft noch nach langen Jahren nicht zu erkennen ist, ob die Gesinnung nicht wiederkehrt. Die Unbestimmtheit der Verurteilung erweist sich auch hier nicht als besserer Schutz. Wohl können zwar auch gegen Jugendliche bei wirklich schweren Verbrechen langzeitige Strafen notwendig sein. Aber wozu es da unbestimmter Strafurteile bedarf, ist nicht einzusehen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe in Jugendabteilungen läßt sich doch wahrhaftig so ausgestalten, daß die Jugendlichen gleichzeitig erzogen werden. Die Möglichkeit, den verbrecherischen Jugendlichen etwa bereits nach einem Jahre wegen gebesserter Gesinnung zu entlassen, wie sie bei unbestimmten Strafurteilen bestünde, braucht nicht gewährt zu werden. Nach Ablauf der Strafzeit kann, wo es noch nötig erscheint, die Überweisung der Jugendlichen in eine Fürsorgeerziehungsanstalt erfolgen, etwa in eine solche, die speziell für sittlich Verwahrloste bestimmt ist. Doch hätte hier jeder weitere Strafzusatz bei der Gefangenhaltung zurückzutreten. Daß man aber vorher der Erziehung in Strafanstalten für Jugendliche einen gewissen Strafzusatz geben kann und daß dieser aus generalpräventiven Rücksichten bei schweren Verbrechen empfehlenswert ist, läßt sich schwerlich widerlegen. Wo nun die Frage entsteht, was für eine Strafe ein Jugendlicher für ein von ihm begangenes Delikt verdient hat, da ist auch ihm ein Anspruch darauf zuzugestehen, daß hierüber in einem größere Rechtsgarantien für Objektivität gewährenden richterlichen Urteil befunden wird. Auch für Jugendliche kann sich die Strafe vom Vergeltungsstandpunkte aus nur richten nach dem, was die vergangene Tat an Bewertungsmomenten

abgibt, nicht nach dem, was zur strafbaren Handlung nicht mehr gehört, aber etwa sichernde Maßnahmen erheischt, z. B. schlechtes Anstaltsverhalten. Auch bei Jugendlichen ist jede Verlängerung der Strafzeit wegen schlechten Verhaltens über die außerdem eintretende Strafdauer hinaus — also das, was unbestimmte Strafurteile ermöglichen sollen — nichts anderes als eine Strafe ohne Schuld.

8. Wenn es sich darum handelt, eine bestehende Gesinnung und nicht etwa eine begangene Tat zum maßgebenden Faktor bei einer Bestrafung zu machen, so braucht man streng genommen die Begehung eines Delikts gar nicht abzuwarten, um eine Bestrafung eintreten lassen zu können. Denn das Bestehen einer Gesinnung kann auch durch mancherlei Zufälligkeiten offenbar werden, welche auch nach einer den Versuch ziemlich früh beginnen lassenden Theorie als strafbare Ausführungshandlungen nicht anzusehen sind¹⁾. Wollen die Anhänger der

¹⁾ Vgl. u. a. Birkmeyer, ZStW. Bd. 16 S. 117, Stenglein, Ger. S. Bd. 49 S. 152. — v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 59f. will aus dem Gesinnungsstrafgedanken den von ihm selbst angeführten Satz: „Jeder gemeingefährliche Mensch ist im Interesse der Gesamtheit unschädlich zu machen“, welcher implicite die Überflüssigkeit der vorherigen Begehung von strafbaren Handlungen, wie überhaupt des ganzen Strafgesetzbuchs ausdrücken soll, aus dem einzigen Grunde nicht folgern, weil, wie er sagt, „das Strafrecht die rechtlich begrenzte Strafgewalt des Staates ist“. Das will m. E. nicht viel anderes bedeuten als eine gewisse Rücksichtnahme auf die verschiedenen sonstigen Bewertungsfaktoren (außer der Gesinnung) bei der Frage, ob und welche Reaktion eintreten soll. Und ein bestehendes Vergeltungsbedürfnis ist ja nichts anderes als die Resultante aus den verschiedenen Bewertungsfaktoren. In recht mißglückter Form führt v. Liszt a. a. O., S. 60 seinen Gedanken weiter durch, indem er sagt: Das StGB. sei eine

Gesinnungsstrafe von jener Konsequenz nichts wissen, so haben sie insoweit die Vorherrschaft des Gesinnungsstrafgedankens zugunsten der Vergeltungsidee modifiziert, welche aus mancherlei Rücksichten zur Bestrafung eine Betätigung rechtswidriger Gesinnung durch eine mit Strafe bedrohte Handlung verlangt. Ob die Vertreter der Gesinnungsstrafe dies freilich als eine Konzession an das, was die Vergeltungstheorie im Gegensatz zum Gesinnungsgedanken immer festgehalten hat, auch wirklich ansehen, ist eine andere Frage.

Will man die Gesinnungsstrafe wenigstens nur bei vorgängiger strafbarer Handlung eintreten lassen, so bleibt doch als Unterschied von der Vergeltungsstrafe (immer unter der Voraussetzung, daß die Gesinnungsstrafe ein prinzipiell neues Maß geben will) stets noch der, daß die Gesinnung als solche Gegenstand der Bestrafung wird, wobei die Frage nach der Bedeutung ihrer Betätigung an einem leichteren oder schwereren Delikte zurücktritt und höchstens noch etwa auf die Verschiedenwertigkeit der Angriffsobjekte mäßige Rücksicht genommen wird, welchen die Gesinnung künftig gefährlich ist. Bei dieser Sachlage kann man es gut begreifen, daß die Gesinnungsstraftheorie wenig Interesse hat an der Unterscheidung der einzelnen Tatbestände nach objektiven Merkmalen und nach subjektiven Merkmalen, sofern sie keine Verschiedenheiten der Gesinnung

Magna Charta des Verbrechers. Auf diese von mehreren, leider auch von Kahl, Verh. des 28. Juristent. Bd. 3 S. 385 aufgenommenen Wendung hat Binding, Grdr. 7. Aufl. S. 236 bereits die einzig mögliche Antwort gegeben: es sei dies eine Rechtsblasphemie! Denn ein Staat, der den Verbrechern eine Magna Charta verleihe, könne nur ein Verbrecherstaat sein.

selbst (also abgesehen von den konkreten Schuldrichtungen) dartun¹⁾. Für die Vergeltungstheorie liegt in der Zusammen-

¹⁾ Vgl. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 394, Bd. 2 S. 62, der hier für die Vereinfachung von Tatbeständen, speziell für die Beseitigung jedes Unterschieds zwischen Diebstahl und Unterschlagung eintritt (Gegen diese Auffassung allerdings Harburger, Vergl. Darst., Bes. Tl., Bd. 6 S. 365). In Vergl. Darst., Bes. Tl., Bd. 5 S. 63 spricht sich v. Liszt für das Aufgeben der Unterscheidung Mord und Totschlag aus. Er bemerkt a. a. O.: „Ist es richtig, daß in der überlegten Tötung die antisoziale Gesinnung des Täters und damit seine größere Gemeingefährlichkeit besonders deutlich zutage tritt? Diese Frage ist mit aller Bestimmtheit zu verneinen.“ Der Vergeltungsstandpunkt steht natürlich nicht etwa entgegen, daß man die Unterscheidungen des geltenden Rechts verbessert (z. B. diejenige zwischen Mord und Totschlag) und wirklich überflüssige Tatbestände wie Tatbestandsmerkmale aufgibt. Aber der ausgesprochenen Tendenz, für diese Frage die Gleichheit der „antisozialen Gesinnung“ maßgebend sein zu lassen, kann die Vergeltungstheorie durchaus nicht beipflichten, was nicht ausschließt, daß in bezug auf manche §§ die Ergebnisse der Untersuchung mit den Forderungen der Gesinnungsstrafe übereinstimmen. Gelegentlich (z. B. bei dem weitgefaßten Betrugsdelikte) werden der Vergeltungstheorie auch größere Differenzierungen im Vergleich zum geltenden Rechte wünschenswert erscheinen können. In den beiden von v. Liszt angeführten Beispielen wird die Möglichkeit sachlicher Unterscheidung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Schuld (und bei der einen Deliktsgruppe auch der Angriffsformen) nicht zu verneinen sein. Der v. Lisztsche Standpunkt kommt an anderer Stelle zu noch umfassenderem Ausdruck. In Aufs. Bd. 2 S. 87 (= Mitt. der IKV. Bd. 4 S. 137) wird gesagt: „Die Verbrechensbegriffe können vereinfacht werden. So ist die im deutschen StGB. wie in vielen anderen Gesetzbüchern durchgeführte Unterscheidung von Diebstahl und Unterschlagung vom kriminal-politischen Standpunkte aus wertlos ... Die meisten Qualifikationen der einzelnen Verbrechen können fallen, wenn die Strafraumen geändert bzw. erweitert werden ... Ein gutes Viertel aller Paragraphen unserer Strafgesetzbücher könnte,

schmelzung von nicht wesentlich Gleichartigem eine Verstärkung der Möglichkeit, daß wichtige Bewertungsfaktoren unklar bleiben oder übersehen werden, daß der Richter zu weite Spielräume bekommt und daß überhaupt der Gesetzgeber zu viele Direktiven, die er geben kann, aus der Hand gibt. „Verwickelte Lehren“ können insbesondere dadurch entstehen, daß ein Gesetzgeber zu wenig Merkmale aufgestellt hat. Dies gilt z. B. gerade von der Teilnahmelehre und hier namentlich vom Begriff des Gehilfen. Infolge des Aufgebens von sachlichen Unterschieden muß die Praxis dazu gelangen, manches als gleich zu behandeln, was verschiedenwertig ist. Bestehen schon zwischen Diebstahl und Diebstahl verschiedene Unterschiede (worauf hier nicht näher eingegangen werden soll), so besteht durchschnittlich wenigstens unter sonst gleichen Umständen auch ein praktischer Unterschied zwischen dieblichem Nehmen und dieblichem Behalten. Auch die Gleichheit der Strafraumen rechtfertigt keineswegs eine Konfundierung verwandter Tatbestände, da diese deswegen doch in bezug auf die Voraussetzung der Strafbarkeit, den Umfang der Strafwürdigkeit und die Deliktsfolgen ihre Besonderheiten verdienen können. Es ist endlich eine bekannte Tatsache, daß zu allgemein gefaßte Tatbestände, weil sie unbeabsichtigt manches nicht Strafwürdige hereinziehen, (man vergleiche z. B. die bestrittene Frage der Körperverletzung Einwilligender) mindestens ebenso schädlich sind, wie zu detaillierte Tatbestände, welche durch zu kasuisti-

aus dieser Erwägung heraus, gestrichen werden. Aber auch der allgemeine Teil unserer Strafgesetzbücher läßt weitgehende Vereinfachung zu. Ich erinnere an die verwickelte Lehre von der Teilnahme.“

sche Fassung Lücken lassen¹⁾. Die Gesinnungsstrafe bleibt aber nicht etwa beim besonderen Teil des Strafrechts stehen, sondern wendet sich konsequent auch zu den Unterscheidungen des allgemeinen Teils²⁾. Man wünscht zwischen Versuch und Vollendung in bezug auf das Strafmaß nicht mehr geschieden zu sehen und ist geneigt, mit Rücksicht auf die anzunehmende Gleichheit der Gesinnungsbetätigung die Grenzen des Versuchs möglichst weit abzustecken, um dann schon von diesem frühen Zeitpunkte an die Gesinnungsstrafe in vollem Maße zur Anwendung bringen zu können³⁾. Bis zum Grade

1) Als Meister auf dem Gebiete des so wichtigen, sorgfältigen Aufbaues der Tatbestände darf wohl unbestritten Binding bezeichnet werden.

2) Vgl. v. Liszt, a. a. O. Bd. 2, S. 87.

3) Vgl. etwa H. Seuffert, Mitt. d. IKV. Bd. 10 S. 480 „Versuch ist anzunehmen, wenn jemand den Entschluß, ein Verbrechen zu verüben, ernsthaft, aber ohne den zu dem Verbrechen gehörenden Erfolg betätigt hat.“ Gewiß gibt es ähnlich weite Absteckungen des Versuchsgebietes auch bei Anhängern der Vergeltungsstrafe, z. B. bei Hälschner, Gem. dtsch. Strafr. Bd. 1 S. 342f. Aber die Gründe liegen dann auf ganz anderem Felde als diejenigen der konsequenten Gesinnungsstraftheorie. Auf die Gefährlichkeit eines so weiten Versuchsgebietes, wie es sich aus der Seuffertschen These ergibt, braucht hier nicht hingewiesen zu werden. — Vgl. ferner H. Seuffert, Mitt. d. IKV. Bd. 10 S. 475: „Den Zwecken, die das heutige Strafrecht anstrebt, entspricht es nicht, das versuchte Verbrechen milder zu strafen, als das vollendete.“ Etwas anders, aber in gleicher Richtung gelegen, der Beschluß der IKV., vgl. Mitt. d. IKV. Bd. 10 S. 508. Vgl. auch etwa Aschaffenburg, das Verbrechen, 2. Aufl. S. 218, ferner von Freunden der Vergeltungsstrafe, Hoegel, Verh. d. 28. Juristent. Bd. 1 S. 15, freilich aus Gründen, die mit den Tendenzen des Gesinnungsstrafrechts nichts zu tun haben. v. Liszt zieht hier die Konsequenzen des Gesinnungsstrafrechts nicht, vgl. Aufs. Bd. 2 S. 112:

der Vollendung lassen sich ungezählt viele Stufen der Ausführung denken, die Gründe, weshalb das Vollendungsstadium nicht erreicht wurde, lassen sich ebenfalls sehr vielseitig analysieren; daher kann der Versuchsstrafrahmen als solcher auch für die Vergeltungslehre nicht weit abliegen vom Strafrahmen für das vollendete Delikt. Die praktische Tragweite der prinzipiellen Meinungsverschiedenheit ist also gering. Es fragt sich, ob es empfehlenswert ist, prinzipiell dem Richter die Anweisung zu geben, daß er das Fehlen des Vollendungserfolges beim Strafrahmen, wenn auch nur mindestens durch eine Strafgröße, zu berücksichtigen habe, in bezug auf welche das Strafmaximum für Versuch hinter dem Strafmaximum für Vollendung zurückbleiben müsse. Würde man lediglich die Frage der Gesinnung zu erwägen haben, so würde in Betracht kommen, daß die Gesinnung des Versuchenden zwar häufig, aber durchaus nicht immer, als eine so gefährliche erwiesen ist wie die des Vollenders. Man weiß manchmal nicht unbedingt sicher, ob er nicht die Handlung im letzten Augenblick noch aufgegeben hätte. Auch ist zuweilen das Nichtvollenden auf einen nicht besonders intensiven Angriffswillen zurückzuführen. Diese Gründe für sich allein dürften die prinzipiell mildere Bestrafung des Versuchs wohl noch kaum völlig rechtfertigen, auch nicht vom Standpunkte der Gesinnungsstrafe, wenngleich diese sich bei ihren unbestimmten Strafurteilen oft mit bescheideneren Wahrscheinlichkeiten be-

„Ich würde vorschlagen zu sagen: Das versuchte Verbrechen wird milder gestraft; das fehlgeschlagene kann milder gestraft werden.“ — Gegen die Gleichstellung wendet sich in neuerer Zeit insbesondere v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd. 2 S. 569 f.

gnügen müßte. Dagegen können solche Gründe unterstützend bei der Vergeltungsstrafe mit ins Gewicht fallen, welche noch andere Gesichtspunkte heranzuziehen hat. Für die Vergeltungsidee bemißt sich die Strafe nicht nur nach der Gesinnung, sondern vielmehr nach der Bedeutung des Delikts. Der Schädigungserfolg ist nicht nur ein sehr bedeutsames Symptom für die Größe der gewollten Rechtsverletzung, er ist auch geeignet, in der Außenwelt bei sonst gleichen Umständen ein größeres Aufsehen zu erregen und das Vertrauen in die Aufrechterhaltung des Rechtswillens erheblicher zu erschüttern. Wegen dieses geringeren Interesses der Rechtsordnung, welches sich auch in einem geringeren Reaktionsbedürfnis der Allgemeinheit äußert, dem zur Milderung der Strafe Rechnung getragen werden darf, rechtfertigt sich die Aufstellung eines mildereren Strafrahmens für Versuch, der ja auch bereits nach geltendem Recht in der oberen Grenze nur um ein bis zwei Strafgrößen hinter dem Strafrahmen des vollendeten Verbrechens zurücksteht. So könnte es ohne Schaden bleiben.

Ebenso steht es mit den verschiedenen Formen der Teilnahme. Die Vergeltungstheorie wird zwar z. B. schwerlich erhebliche generelle Unterschiede hinsichtlich der Gesinnung zwischen Tätern und Gehilfen herausfinden können. Aber sie vermag von anderen Gesichtspunkten aus eine Verschiedenheit zwischen ihnen festzustellen, sei es, daß sie die gewollte Beitragsgröße (also ein objektives Kriterium), sei es, daß sie die Unterordnung des Ausführungswillens unter den Willen des Unterstützten (also ein subjektives Kriterium), sei es endlich, daß sie beides verwertet, um, entsprechend weitverbreiteter

Auffassung, dem Richter die Anweisung zu geben, bei Feststellung bloßer Beihilfe dieses Minus gegenüber der Täterschaft durch mindestens ein bis zwei Strafgrößen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Die Folge einer Beibehaltung der Unterscheidung ist dann die, daß der gewissenhafte Richter den Tatbestand bloßer Beihilfe nicht etwa um deswillen bei der Strafzumessung ignorieren darf, weil er, vielleicht abweichend vom Willen der Allgemeinheit, Gehilfen und Täter für generell gleichwertige Beteiligte ansieht. Diese Bindung des gewissenhaften Richters äußert ihre Wirkung auch da, wo seine konkreten Strafen nicht an der oberen oder unteren Grenze des Strafrahmens liegen. — Ob die antisoziale Gesinnung in den Fällen, wo nur Beihilfe geleistet worden ist, geringer war, läßt sich generell überhaupt nicht beantworten, aber das, was der Gehilfe getan hat, ist durchschnittlich geringerwertig, mag auch bei besonderen Fällen der Täter viel geringer zu strafen sein wie der Gehilfe. Solche Fälle sollen ja durch die Herabsetzung des Strafrahmens auch gar nicht getroffen werden. — Entsprechend der Schwierigkeit, eine verschiedene antisoziale Gesinnung (eine verschiedene Gefährlichkeit) herauszufinden, läßt die Gesinnungsstrafe den Unterschied zwischen Tätern und Gehilfen fallen¹⁾.

¹⁾ Vgl. z. B. H. Seuffert, Ein neues Strafgesetzb. S. 54; ferner Harburger, Mitt. d. IKV. Bd. 11 S. 512f., auch v. Liszt bei Besprechung des Stoßchen Vorentwurfs, Aufs. Bd. 2 S. 113: „Bedenklich ist mir dagegen die bindend vorgeschriebene Strafmilderung für den Gehilfen; damit ist die Notwendigkeit, Täterschaft und Beihilfe zu unterscheiden und mit ihr die ganze Summe der auf diese Unterscheidung bezüglichen Streitfragen auch in das künftige eidgenössische Strafrecht hinübergeworfen. Durch eine kleine Änderung könnte

9. Als ungeeignetes Strafmittel für ein auf der Gesinnungsstrafidee aufgebautes Strafrecht stellt sich die kurzzeitige Freiheitsstrafe dar¹⁾. Da nur verhältnismäßig selten in wenigen Tagen oder Wochen ein Verurteilter bei leidlich humanem Strafvollzug nachhaltig durch Erziehungsmittel gebessert werden kann, ertönt der Ruf: Fort mit der kurzzeitigen Freiheitsstrafe²⁾! Es ist unschwer zu erkennen, wie extrem hier-

dem abgeholfen werden. Man brauchte nur zu sagen: „Der Gehilfe kann milder bestraft werden“. Wenn die v. Lisztsche Formulierung aufgenommen würde, wäre dann wohl die von ihm bezweckte Aufgabe jener Unterscheidung wirklich erreicht? Die Notwendigkeit zu wissen, ob man einen Gehilfen vor sich hat, wenn man mildere Strafe verhängen will, existierte dann doch ebenfalls, von der strafprozessualen Feststellung der Beihilfe ganz zu schweigen. Vgl. außerdem v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 62. Sollte aber die positive Unmöglichkeit einer durchführbaren Unterscheidung behauptet werden, so ließe sich darauf manches entgegenen. Für die Aufrechterhaltung der Unterscheidung sind unter den Gegnern der Gesinnungsstrafe z. B. Birkmeyer, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 2 S. 135, Binding, Grdr. 7. Aufl. S. 149, v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 613 f.

¹⁾ Nach v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 283, Bd. 1 S. 515 gehören dazu alle Freiheitsstrafen bis zu sechs Wochen. Die vorgeschlagenen Surrogate sind z. T. auf ein noch höheres Minimum der übrigbleibenden Freiheitsstrafe gemünzt, vgl. dazu die unten besprochenen Einrichtungen im einzelnen.

²⁾ Vgl. dazu etwa v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 347 (= ZStW. Bd. 9 S. 743): „Die kurzzeitige Freiheitsstrafe ist nicht nur nutzlos: sie schädigt die Rechtsordnung schwerer, als die völlige Straflosigkeit der Verbrecher es zu tun imstande wäre.“ Kraepelin, Asch. Mon. Bd. 3 S. 276 spricht von einem „himmelschreienden Unfug der kurzzeitigen Freiheitsstrafen, die, ohne jede Möglichkeit erziehlicher Einwirkung, meist in blödem Nichtstun einfach abgesessen werden.“ Soweit sich Kraepelin nur gegen den heutigen Strafvollzug wendet, muß ihm zum großen Teil recht gegeben werden. Einen besseren, wirkungsvolleren

mit teilweise die Forderung nach Erziehung der Gesinnung oder ihrer Unschädlichmachung auf Kosten anderer Interessen der

Strafvollzug wünschen alle Theorien ohne Unterschied der Richtung. Kraepelin scheint freilich a. a. O. die heutigen Mängel dem Vergeltungsgedanken zurechnen zu wollen. Die Gegner der kurzzeitigen Freiheitsstrafe beschränken sich aber nicht etwa auf die bloße Rüge von Vollzugsmängeln, vgl. v. Liszt, Bd. 1 S. 524: „Wir sagen: 1) Die Mängel der kurzzeitigen Freiheitsstrafe sind Mängel nicht der Vollzugsart, sondern des Strafmittels selbst. 2) Daher ist die kurzzeitige Freiheitsstrafe tunlichst zu beseitigen. 3) Die so entstehende Lücke ist zunächst durch andere Strafmittel auszufüllen. Als solche empfehlen wir die erweiterte Anwendung der umzugestaltenden Geldstrafe, den Arbeitszwang ohne Einsperrung, die Friedensbürgschaft usw. 4) Daneben empfehlen wir besonders die Aussetzung der Strafvollstreckung wegen der ihr eigentümlichen, von der Begehung neuer Verbrechen abhaltenden Kraft“. Vgl. außerdem v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 346 f.: „Unsere gesamte heutige Strafrechtspflege beruht fast ausschließlich auf der kurzzeitigen Freiheitsstrafe. Daraus ergibt sich unmittelbar der weitere Schluß: wenn die kurzzeitige Freiheitsstrafe nichts taugt, ist unsere ganze heutige Strafrechtspflege nichts wert.“ Im ersten Satz liegt eine Übertreibung, denn bei aller Verbesserungsbedürftigkeit nützt die kurzzeitige Freiheitsstrafe doch bereits heute in tausenden von Fällen. Die Strafrechtspflege beruht auch nicht fast ausschließlich auf ihr, weil es eine offensichtlich unrichtige Methode ist, aus dem Zahlenverhältnis der kleinen Freiheitsstrafen zu den großen (so v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 343) schließen zu wollen, daß in dem gleichen Verhältnis die gesamte Strafrechtspflege auf kleinen Strafen beruht. Denn letzterer Satz hat nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn er die Bedeutung der Strafrechtspflege für die Interessen der Rechtsordnung charakterisieren will. Diese Bedeutung ist aber bei der Abstrafung von schweren Verbrechen durch schwere Strafen eine unverhältnismäßig höhere. Wenn ferner v. Liszt die gesamte, heutige Strafrechtspflege „fast“ ausschließlich auf der kurzzeitigen Freiheitsstrafe beruhen läßt, so ergibt sich daraus m. E. nur, daß unsere ganze heutige Strafrechtspflege fast nichts wert ist. Das

Rechtsordnung vertreten wird. Denn die kurzzeitige Freiheitsstrafe hat eine Reihe von Vorzügen. Sie verhütet manche Störungen, welche für die Familie und für das Erwerbsleben des Verurteilten, bzw. für seinen Zusammenhang mit der Außenwelt bei längeren Freiheitsstrafen eintreten. Es fehlen ihr auch einige Nachteile empfindlicher Geldstrafen. Bei energischer Ausgestaltung kann ihre Eindrucksfähigkeit auf die Allgemeinheit wie auf den einzelnen Betroffenen so gehoben werden, daß sie darin alle Ersatzmittel übertrifft¹⁾. Sie nimmt

„fast“ fehlt aber bei der v. Lisztschen Schlußfolgerung, und dadurch wird die Übertreibung nicht vermindert.

¹⁾ Die Möglichkeit einer wirksameren Ausgestaltung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe wird von Wach, die Reform der Freiheitsstrafe S. 19 sehr einleuchtend illustriert. v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 518 meint, das Wertverhältnis der Straftaten untereinander könnte dadurch auf den Kopf gestellt werden. Diese Behauptung ist nicht stichhaltig, denn es ist die Möglichkeit gegeben, die Übelsqualität der verschiedenen Strafarten auch im Verhältnis der kurzzeitigen Freiheitsstrafen zu längerfristigen einigermaßen abzustufen, und v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 399 wünscht doch z. B. selbst die Wiederbelebung von Unterschieden zwischen längeren Freiheitsstrafen. Weshalb sollte dies denn bei kurzen nicht möglich sein? Hat v. Liszt vom Standpunkte seiner Gesinnungsstraftheorie aus überhaupt Anlaß, die etwaige Sorge des Vergeltungsgedankens, daß die Übelsgröße sich im richtigen Wertverhältnis hält, zum Gegenstand von Bedenken zu machen? Unzutreffend ist es auch, daß v. Liszt a. a. O. S. 520 mit Bezug auf die Darlegungen Wachs über die Verschärfungsmöglichkeiten der kurzzeitigen Freiheitsstrafe die Behauptung aufstellt, die Gegner seien den Nachweis schuldig, daß die Mängel der kurzzeitigen Freiheitsstrafen nicht notwendig Mängel der Strafart sind. M. E. hat Wach den Nachweis geliefert. Ob es geboten war in seiner Schrift ein vollständiges System des Freiheitsstrafvollzugs zu entwickeln, ist mehr als zweifelhaft. Der Nachweis einer Reformfähigkeit läßt sich auch

Rücksicht darauf, daß die Bedeutung des Unrechts zu geringfügig bleibt, auch bei wiederholten Rückfällen, um statt zu kleiner Strafe zu langer Erziehung zu greifen (sei diese nun Strafe oder nicht). Sie verhütet andererseits Beeinträchtigungen der Rechtssicherheit und des Verkehrs, welche eintreten, wenn trotz Faßbarkeit des Täters Übeltaten in größerem Umfang ungeahndet bleiben; man denke nur an die Wirkungen zu reichlichen bedingten Straferlasses.

Mit der erklärten Feindschaft gegen die kurzzeitige Freiheitsstrafe, mit welcher ein bestimmter einzelner Strafzweck nur schwerer zu erreichen ist, hängen weitere Postulate innerlich zusammen.

Dahin gehört der empfohlene Satz: *Minima non curat*

ohne dergleichen erbringen. Zum mindesten hat Wach sehr viel für seine Behauptung vorgebracht. Und im eigenen Lager v. Liszts ist hernach das Gleiche vertreten worden: Vgl. Mitt. d. IKV. Beil. zu Bd. 2 S. 22f, 35f. Ganz abgesehen von der Frage des erbrachten Nachweises ist aber die völlige Abschaffung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe doch eine viel weitergehende und viel mehr Umwälzungen hervorrufende Maßregel als die bloße Reform. Wer da die Reform für unmöglich hält, den trifft m. E. unbedingt die Beweisspflicht dafür, daß die weitergehende Abschaffung nötig ist. — Unter denen, die sich zum Vergeltungsgedanken bekennen, gibt es teils Freunde der kurzzeitigen Freiheitsstrafe, so Hoegel, Verh. d. 28. Juristent. Bd. 3 S. 397, teils solche, die sie für unentbehrlich halten, so z. B. Kahl, DJZ. Bd. 13 S. 901, R. Schmidt, Aufg. d. Strafrpf. S. 120. Der Unterschied zwischen beiden letzteren Anschauungen ist kleiner, wie er scheint. Derjenige, welcher Freund der kurzzeitigen Freiheitsstrafe ist, will dies naturgemäß auch nur auf dem Gebiet sein, wo er sie für notwendig und für besser hält, als die vorgeschlagenen Ersatzmittel. Es handelt sich, wie überall bei Straffreundschaften, um Freundschaft aus Utilität.

praetor¹⁾. Derselbe soll nicht etwa bloß bedeuten, daß der Gesetzgeber schuldhaftes Unrecht von minimaler Bedeutung ohne Strafsatzung belassen kann, weil bestimmte Formen des Ersatzes, z. B. zivile Schadenersatzpflicht, hinreichenden Schutz für die Rechtsordnung gewähren. Sondern er bedeutet, daß u. a. der Richter bei geringfügigen Verletzungen von einer Strafe absehen soll. Wenn der Gesetzgeber einen Fall für strafbedürftig erklärt, so entspricht es dem Vergeltungsgedanken, daß der Richter durch genauere Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale auch feste Anweisungen erhält, wann er die Strafe verhängen soll. Der Kautschukbegriff „Minima“ führt zu Ungleichmäßigkeiten in der Praxis. Handelt es sich um eine Schadensgrenze, so kann sie der Gesetzgeber im Tatbestand festsetzen. Handelt es sich um andere Gesichtspunkte, so wird der Begriff mehr oder weniger willkürlich.

Ferner gehören hierher die Bestrebungen nach Ausscheidung des Polizeiunrechts, um dessen Absonderung vom Kriminalunrecht man sich viele Mühe gegeben hat, teilweise unter der Behauptung, daß es qualitativ nicht wesensgleich mit dem Kriminalunrecht sei²⁾. Die Vergeltungstheorie hat kein prinzipielles Bedürfnis nach solcher Ausscheidung. Von ihrem Standpunkte aus gibt aber die Eigenschaft leichter Delikte einen Anlaß, den allgemeinen Teil des Strafrechts ihrer geringeren Bedeutung und dem Bedürfnis nach einer gewissen Zeitersparnis im Verfahren anzupassen. Dagegen teilen die

1) Vgl. z. B. v. Liszt, Lehrb. 16./17. Aufl. S. 74.

2) Vgl. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 409, Goldschmidt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 4 S. 338, d. s. Gold. Arch. Bd. 49 S. 71 f., d. s. das Verwaltungsstrafrecht 1902.

Polizeiübertretungen mit dem übrigen Unrecht jedenfalls die Eigenschaft, daß sie ein bestimmungsmäßiges Übel für Unrecht nach sich ziehen und daß sie auf Verschulden beruhen. Diese wesentlichen Gesichtspunkte dürfen nicht vernachlässigt werden¹⁾.

Die Friedensbürgschaft für leichtere Delikte, welche sich gegen einen privaten Verletzten richten²⁾, kann in beschränkten Grenzen wie eine Strafe wirken und sich dann vielleicht wirksamer erweisen wie die Strafe des bloßen Verweises. Dem Versuche ihrer Einführung als Strafe (sei es auch als Nebenstrafe) bei einzelnen Delikten, z. B. bei formalen Beleidigungen, würden vom Vergeltungsstandpunkte aus m. E. nicht gleiche prinzipielle Bedenken entgegenzusetzen sein, wie der bedingten Verurteilung³⁾.

1) Vgl. dazu Köhler, Reformfragen S. 18.

2) Vgl. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 524.

3) Goldschmidt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 4 S. 430 hält sie im Falle ihrer Anwendung als Hauptstrafe nur für eine Verkleidung der bedingten Verurteilung. Allein zunächst ist ihr Anwendungskreis ein viel engerer; sodann müßte es sich um eine eindrucksfähigere Sicherheitsleistung bei der Ausgestaltung dieses Instituts handeln; des weiteren ist die Bewährung hier ungleich leichter zu kontrollieren, weil es ja darauf ankommt, ob der Täter gegen den bisher Angegriffenen neuerdings mit Bedrohungen, Körperverletzungen, Beleidigungen usw. vorgeht. Auch wäre sie nie als die einzige Hauptstrafe eines Strafrahmens zu empfehlen. Sofern die Sicherheitsleistung tatsächlich bereits als Übel empfunden wird, kann sich der Vergeltungsstandpunkt mit jener Friedensbürgschaft einverstanden erklären, unter dem Vorbehalt, daß das Institut ähnlich wie der Verweis nur bei Individuen, die dafür empfänglich sind, verwertet wird und außer Anwendung bleibt, wo es dem Generalpräventionsbedürfnis nennenswerten Eintrag tun würde. — Vgl. über die Friedensbürgschaft auch Ebermayer, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 1 S. 282. Weitere Literatur bei v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 380.

Die Einrichtung des Abverdienens der Strafe ist gleichfalls als Strafsurrogat für geringfügigere Delikte empfohlen worden¹⁾. Beachtlich erscheint, daß hierbei implicite eine Einteilung der Delikte ihrer Schwere nach als oberster Grundsatz für die Art der zu treffenden Maßregeln zugrunde gelegt wird. Man kann doch nicht sagen, daß alle Delikte der sog. Augenblicksverbrecher, im Gegensatz zu denen der Zustandsverbrecher, leichte seien. Als Surrogat für die Strafe, welche für den der Rechtsordnung zugefügten Rechtsbruch einen ausgleichenden Ersatz bieten soll, ist nach dem Vergeltungsstandpunkt dieses Abverdienen wenig geeignet. Wie will man außerdem die Höchstpersönlichkeit der Leistung kontrollieren²⁾?

1) Vgl. z. B. E. Ferri, die positive kriminalistische Schule in Italien 1902/1903 S. 53: „In den meisten Fällen, wenn das Verbrechen an sich nicht schwer ist und die Person, welche es begeht, zu der zahlreicheren, doch minder gefährlichen Klasse der Gelegenheitsverbrecher oder der Verbrecher aus Leidenschaft gehört, wird die einzige humane Form von Repression die Vergütung des Schadens an den Geschädigten sein.“ Ferner a. a. O.: „Der zivilrechtliche Schadenersatz sollte nur durch die Arbeit des Verurteilten erfolgen, in dem Verhältnis, welches der Familie des Geschädigten genügt.“ Über verwandte Vorschläge finden sich Nachweise bei Goldschmidt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 4 S. 427. Vgl. auch Kraepelin, Asch. Mon. Bd. 3 S. 271, 272: „Wer seinen Mitmenschen geschädigt hat, sollte durch die Staatsgewalt gezwungen werden, die Früchte seiner Arbeit so lange dem Geschädigten zuzuwenden, bis der Schaden voll ausgeglichen ist, soweit das überhaupt möglich erscheint. Daß nicht nur wirtschaftliche, sondern auch körperliche und seelische Schädigungen bis zu einem gewissen Grade in die Ersatzpflicht einbezogen werden sollten, versteht sich von selbst.“

2) Vgl. auch die weiteren praktischen Bedenken bei v. Bar, Reform der Freiheitsstrafe S. 11.

Dagegen wäre es allerdings empfehlenswert, die Möglichkeit zu erweitern, wie man Ersatz für deliktische Vermögensschädigung auf zivilprozessualen Wege erhalten kann. Man könnte vielleicht die Unpfändbarkeit von Objekten für diesen Fall etwas beschränken, etwa unter gleichzeitiger Schaffung eines Arbeitszwangs zugunsten des Verletzten, falls der Täter nur Gegenstände des Notbedarfs besitzt. Da es sich dann nur um Zivilersatz neben der etwaigen Strafe handelt, nicht um ein Strafsurrogat, stört es hier nicht, wenn diese zivile Ersatzleistung vom Täter auf Familienangehörige abgewälzt werden sollte. Es entstehen aber auch hier alsbald Schwierigkeiten, an welche die Anreger jenes Abverdienungsgedankens wohl nicht gedacht haben. Wer (z. B. durch Fahrlässigkeit) einen größeren Vermögensschaden angerichtet hat, würde bis zum Abverdienen desselben sein halbes übriges Leben arbeiten müssen. Das Abverdienen kann also jedenfalls nur bis zu einer der Arbeitsdauer und der Summe nach beschränkten Höhe auferlegt werden¹⁾.

1) Nicht zu verwechseln mit Vorstehendem ist der Vorschlag von v. Liszt, Aufs. Bd. 1 S. 387, Strafarbeit ohne Einsperrung einzuführen, deren Ertrag als Ersatzmittel für die uneinbringliche Geldstrafe öffentlichen Kassen zufließen. Erstreckt man diese Strafarbeit ohne Einsperrung auch nur auf Arbeiter und Gewerbetreibende und läßt man nicht nur Arbeiten zu, die im Tagelohn ausgeführt zu werden pflegen, so ist die Maßregel unpraktisch. Soll sich der Staat vom Bäcker Brot backen lassen? Das möchte gut ausfallen. v. Liszt meint a. a. O. S. 388, wenn das „Nicht—bezahlen—können“ ernst genommen werde, so dürfte der Fall wohl ausgeschlossen sein, daß bei anderen Personen als bei Handarbeitern die Geldstrafe als uneinbringlich erscheine. Mir erscheint das unrichtig: Die Offenbarungseidstermine sprechen eine beredte Sprache, daß es zahllose nicht exequierbare Schuldner

Auch bei der bedingten Verurteilung wie bei der bedingten Begnadigung, die ja vorwiegend wenigstens als Ersatz für geringfügige Freiheitsstrafen in Frage stehen, kann sich der Gegensatz der beiden Richtungen bemerklich machen. Es wäre irrig, wollte man glauben, daß der Vergeltungsgedanke einen Straferlaß unter keinen Umständen akzeptieren könne. Denn das Strafen bildet ja für den Staat eine Last, und es ist nützlich, wenn er diese ohne Schädigung vorgehender Bedürfnisse sich sparen kann, zumal wenn er durch die Drohung des Vollzugs verdienter Strafe für den Fall schlechten Verhaltens während einer Bewährungsfrist sich Garantien für künftiges Wohlverhalten zu schaffen vermag. Der Vergeltungsgedanke steht zwar in scharfem Widerspruch zu dem Gedanken der Vernichtung einer betätigten Gesinnung als vorherrschendem Grundsatz im Strafrechte. Er kann sich also nicht unterordnen dem neuen Strafmaß, wonach über der Wertgleichung zwischen der Bedeutung des Unrechts und der dafür als ausreichend anzusehenden Strafe der Grundsatz der Vernichtung einer antisozialen Gesinnung stehen soll. Aber

auch in anderen Berufen gibt, selbst wenn man die Unpfändbarkeit künftig beschneidet. Angenommen aber, v. Liszt hat Recht, so besteht noch das weitere Bedenken, ob die Höchstpersönlichkeit dieser Strafarbeit garantiert ist. Wenn der Handarbeiter, statt für sich und für die Familie zu arbeiten, zur Strafe für die Gemeinde gearbeitet hat, so lebt er eben während jener Strafarbeit in der Regel auf Kosten seiner Familie oder der Armenpflege. Ihn trifft dann vielfach überhaupt kein Übel, denn Tag für Tag zu arbeiten, ist er ohnehin gewohnt. Es müßte denn sein, daß die öffentliche Strafarbeit in kleinen Orten wie ein Andenprangerstellen wirkt. Man wird daher dazu kommen, den § 6 II des E. G. z. StGB. mehr als ein Residuum denn als etwas Fortschrittliches zu erachten.

der Vergeltungsgedanke kann sich, auch wo dem Gesetzgeber ein Unrecht als strafwürdig erscheint, wie bereits früher gezeigt, anderen Staatszwecken unterordnen, die in seine Wertberechnung nicht bereits aufgenommen sind und die er für den betreffenden Fall als wichtiger anerkennen muß¹⁾. Von diesen Gesichtspunkten ausgehend kann die Vergeltungsidee dem Satze: „Nur dann ist die Maßnahme der bedingten Strafaussetzung am Platze, wenn man erwarten darf, daß die in der Verurteilung liegende Warnung und die Hoffnung auf Straferlaß den Verurteilten zu einem rechtschaffenen Leben veranlassen werde“²⁾, unter dem Vorbehalte beitreten, daß nicht andere Interessen des Staates vordringlicher sind, welche für eine Bestrafung sprechen³⁾. Zunächst ist aber zu bezweifeln,

1) Dies haben schon andere erkannt: Vgl. z. B. Merkel, Vergeltungsidee S. 27, welcher ausführt, daß die Vergeltung auch gelegentliche Rücksicht auf Nachsicht, Reue, freiwillige Genugtuung und Aussicht auf Besserung verträgt.

2) So unter Bezugnahme auf den Richter als die dafür maßgebende Person v. Liszt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 65. Die Festhaltung an diesem Satz würde m. E. dazu führen, daß in vielen Fällen es zu jenem Aufschub nicht kommt, wo er heute eintritt.

3) Dieser Vorbehalt wird insbesondere praktisch gegenüber der weitgehenden Ausdehnung, in der v. Liszt die bedingte Verurteilung in Geltung sehen möchte. Er will die bedingte Verurteilung nur ausschließen bei auszusprechender Todesstrafe, Zuchthausstrafe und 5 Jahre übersteigender Festungshaft (S. 68) und außerdem dann, wenn der Verurteilte bereits Gefängnisstrafe oder eine schwere Freiheitsstrafe auf Grund eines inländischen Urteils ganz oder teilweise verbüßt hat (S. 72). Damit würde m. E. das Vergeltungsbedürfnis, wie es gegenwärtig tatsächlich besteht, nicht genügend beachtet. Denn das Risiko, welches die Gesellschaft durch solchen Strafaufschub läuft, die Notwendigkeit, bei quantitativ bedeutenden Verletzungen grund-

ob die Bedingungen jenes Satzes häufig zutreffen werden. Woher soll man in der Mehrzahl der Fälle eine sichere Grundlage für die „Erwartung“ jenes Verhaltens hernehmen? Es gibt auch noch andere Momente, welche dafür sprechen, daß die Maßregel nur eine ausnahmsweise bleibe. Insbesondere gehört hierher die Gefahr, welche aus der tatsächlichen Geltung des Sprichwortes: „Einmal ist keinmal“ erwächst. Hierdurch wird notwendig eine größere Schutzlosigkeit der Rechtsgüter gegen Erstlingsverletzungen hervorgerufen¹⁾. Wird die Strafaussetzung bei allen nicht besonders stark Vorbestraften in den leichteren Deliktsfällen zur Regel, so ergibt sich eine ganz unnötige Arbeitslast der Gerichte niederer Ordnung und der Staatsanwaltschaften, die dann recht nutzlos eine Masse von Strafprozessen durchführen müssen. Wenn man dem gegenüber etwa einwenden will, daß dafür auf der anderen Seite durch die auferlegte Bewährungsfrist ein Wohlverhalten zustande gebracht werde, daß also das Damoklesschwert des Strafvollzugs für den Fall der Nichtbewährung sich nützlich erweise, so wird man durch die sehr beweglichen Klagen eines bayerischen Praktikers²⁾ über die Nachteile der zahlreichen sätzlich die Autorität der Gesetze zu bewahren und die Rücksicht auf den Verletzten treten einer so weiten Erstreckung der richterlichen Befugnis, die Wirkung der Strafsanktionen auszusetzen, entgegen.

1) Vgl. auch Ebermayer, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 1 S. 284: „Bei ausgedehnter Anwendung der bedingten Verurteilung — und nur eine solche kann als nennenswertes Ersatzmittel kurzzeitiger Freiheitsstrafe in Betracht kommen — liegt die Gefahr nahe, daß die Scheu vor erstmaliger Verurteilung schwindet und daß dann das Gegenteil von dem erreicht wird, was man erreichen will, statt Abnahme Zunahme der Kriminalität.“

2) Vgl. Nr. 327 u. 329 der Augsb. Abendztg. v. 27. u. 29. Nov. 1907.

Strafaussetzungen belehrt. Hier wird u. a. auch eine Statistik über die wohltätigen Wirkungen der Einrichtung kritisch beleuchtet und es wird an drastischen Beispielen gezeigt, wie wenig Bedeutung die des Strafaufschubs Teilhaftigen der Bewährungsfrist oft beilegen. Die zahlreich veröffentlichten Statistiken über die Erfolge oder Mißerfolge der bedingten Begnadigung oder — Verurteilung geben über die Brauchbarkeit der beiden Schwesterinstitute keinen sicheren Aufschluß¹⁾. Man kann nicht annähernd genau angeben, wie viele Personen auch ohne die Bewährungsfrist sich gut geführt hätten. Berücksichtigt man, wie viele begangene Delikte nicht zu einer Verurteilung kommen, teils weil sie unentdeckt bleiben, teils weil der Beweis nicht zu erbringen ist, so kann man bei der völlig unzureichenden Kontrolle über jene gute Führung in einem Lande der Freizügigkeit auch keine genaueren Angaben machen, ob auch nur in der Mehrzahl der Fälle die Schenkung der Strafe wirklich verdient war. Bei den Zahlen über das Wachsen und Sinken der Kriminalität fällt aber weiter ins Gewicht, daß für dieses Schwanken noch eine Anzahl fremder Momente in Betracht kommen kann. Versuche, einen kausalen Parallelismus zwischen den Strafaussetzungen und der Kriminalität zu erweisen, waren bisher vergeblich. Man kann auch keine Statistik darüber führen, wie viele verfolgte und unverfolgte

1) Vgl. z. B. Hoegel, Ger. S. Bd. 62 S. 425 f., dagegen aber v. Liszt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 22 f. insbes. S. 30, ferner die Protokolle der Komm. f. d. Reform des Strafpr. Bd. 2 S. 308 f., Nagel, DJZ Bd. 10 S. 477 f., v. Liszt, ZStW Bd. 25 S. 236, Kohlrausch, ZStW Bd. 25 S. 792 f., vgl. ferner über eine fehlerhafte Methode der Statistik die allerdings nicht unwidersprochen gebliebenen Ausführungen von Kitzinger, die Int. Krim. Ver. S. 100 f.

strafbare Handlungen mit Rücksicht auf die Chance der Strafaussetzung begangen werden, oder darüber, wieviel Unzufriedenheit bei den Verletzten erwächst, wenn sie sehen, daß das Recht sich gelegentlich absichtlich mit Füßen treten läßt. Je häufiger die Strafaussetzungen über ein bescheidenes Maß hinaus eintreten, desto weniger günstig erscheinen ihre Wirkungen, mögen die maßgebenden Kreise sie auch nicht alsbald bereits fühlen. Da die Statistik, wie bemerkt, zu viele Lücken läßt, wird man sich auch über die Erfolge der gegenwärtigen Strafaussetzung nicht apodiktisch äußern können. Nach dem Eindruck des Verfassers hat bisher in Deutschland die bedingte Begnadigung aus hernach zu berührenden Ursachen nicht mehr geschadet wie genützt. Die ungünstigen Nebenwirkungen werden aber nicht nur mit einer weiteren Vermehrung der Anwendung sondern auch mit dem weiteren Bekanntwerden der Aussetzungschance im Volke steigen. Die nützliche Wirkung, daß nicht unnötig gestraft wird, könnte in annähernd gleichem Grade auch auf anderem Wege, aber ohne die unerfreulichen Begleiterscheinungen des bedingten Straferlasses, erzielt werden. Soweit man durch die Bewährungsfrist eine andere Gesinnung zu züchten wünscht, erschiene dem Verfasser die wirksamer ausgestaltete kurze Freiheitsstrafe immer noch zuverlässiger. Soweit man aber Strafe für überflüssig hält, könnte man durch Verminderung oder Veränderung der gesetzlichen Tatbestände viele Bestrafungen in Wegfall bringen¹⁾.

Frägt man aber, welche von den verschiedenen Formen der bedingten Straffloslassung am ehesten geeignet ist, überwiegende

¹⁾ Hierauf ist unten S. 253 zurückzukommen.

Vorteile zu bringen, so dürfte das Institut der in Deutschland seit 1895 eingeführten bedingten Begnadigung sich am meisten zum Ausbau (aber nicht im Sinne einer weiteren Vermehrung der Aussetzungsfälle) eignen. Wenn sie dem Ideal der Begnadigung genähert wird, bleibt sie eine ausnahmsweise Maßregel, auf die auch der Unbestrafte nicht ohne besonders triftige Gründe rechnen kann. Die Gründe, welche überhaupt für Beibehaltung der Begnadigung sprechen, können dann zugunsten des Instituts ins Feld geführt werden. Die Trennung der Gewalten: Unparteiliche Rechtspflege in der Verfolgung, Aburteilung und Vollstreckung einerseits und korrigierende Gnadeninstanz auf der anderen Seite wirkt m. E. günstiger auf das Ansehen der Justiz als die Vereinigung von Urteil und Gnade in einer Person¹⁾. Als am wenigsten geeignet für deutsche Verhältnisse muß die amerikanisch-englische Einrichtung der suspension of sentence bezeichnet werden. Hiernach wird die Verurteilung gar nicht ausgesprochen, sondern (für den Fall der Nichtbewährung innerhalb bestimmter Frist) vorbehalten. Für diese Form kam der Ausdruck „bedingte Verurteilung“ auf²⁾.

¹⁾ Vgl. dazu Binding, Grdr. 7. Aufl. S. 318, Allfeld, der bedingte Straferlaß (zitiert nach der Festschr. z. 80. Geburtst. d. Prinzr. Luitpold) S. 195.

²⁾ Nach v. Liszt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 87 ist die Bezeichnung „bedingte Verurteilung“ älter als die einschlägige belgisch-französische Gesetzgebung. M. a. W.: der Ausdruck Bedingte Verurteilung bezeichnet seinem Ursprung nach eine Einrichtung, die wirklich eine bedingte Verurteilung ist. Das was das belgisch-französische Recht einführt, ist sachlich bloß eine bedingte Strafaussetzung durch das erkennende Gericht selbst. Etwas abweichend ist die Terminologie bei v. Liszt Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 88.

Zwischen den beiden für Deutschland hauptsächlich in Frage kommenden Formen der bedingten Straflässigung „Bedingte Begnadigung“ und „Bedingte Verurteilung“ in ihrer typischsten Ausprägung lassen sich verschiedene vermittelnde Formen schaffen. Es ist dann zum guten Teil Gefühlssache, ob man dem einen oder dem anderen Merkmal der Zwischenform größeres Gewicht beilegt und demgemäß die Zurechnung zur einen oder zur anderen Hauptform empfiehlt. Wo die größere Verwandtschaft mit dem einen Institut zweifellos ist, da ist natürlich auch die Angliederung an den Namen desselben der gegenteiligen Angliederung vorzuziehen¹⁾. Bedingte Verurteilung nennt man neuerdings auch den Fall, wo das erkennende Gericht zuerst die Verurteilung und hernach die Aussetzung der Strafe ausspricht²⁾. Man kann diese Übung anerkennen. Aber man wird doch den Fall wohl richtiger der bedingten Begnadigung angliedern, wo das erkennende Gericht selbst nur zu verurteilen hat, aber einem anderen Gericht (etwa dem nächst oberen Gericht) die Aufgabe zufällt, — am

¹⁾ Es ist demgemäß der Behauptung v. Liszts Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 58 zuzustimmen, daß mit dem Wesen der bedingten Begnadigung auch die Übertragung der Entscheidung über die Aussetzung an die Gerichte verträglich sei. Letzteres ist der Vorschlag von Wach, DJZ. Bd. 7 S. 160.

²⁾ Wie Ebermayer, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 1 S. 283 bemerkt, handelt es sich hier nicht sowohl um bedingte Verurteilung als vielmehr um Verurteilung mit bedingter Vollstreckung. Das Wesentliche ist m. E., daß die Tat hier nicht nur abgeurteilt, sondern verurteilt wird, und diese Tatsache bleibt selbst dann bestehen, wenn man zu der bedenkl. weitgehenden Fiktion greifen sollte, für den Fall des unterbliebenen Widerrufs der Strafaussetzung das Strafurteil für nicht geschehen zu erklären, d. h. von selbst als weggefallen zu betrachten.

besten nach abgewarteter Rechtskraft — über die Strafaussetzung und über den Erlaß der Strafe nach pflichtmäßigem Ermessen, vielleicht auch an der Hand bestimmter Instruktionen, zu entscheiden. Alsdann ist eben die Gnadengewalt an das aussetzende und erlassende Gericht übergegangen, aber beides ist gleichwohl ein Akt der Gnade¹⁾. Eine solche Einrichtung verbände den Vorteil, daß nicht etwa Erwägungen abhängiger Verwaltungsbehörden, die sich auch nach politischen Parteirücksichten gelegentlich richten müssen, sondern das Ermessen von Richtern entscheidet, in deren Hand überhaupt der ganze Strafvollzug am besten gelegt würde, mit dem anderen Vorteil, daß dem erkennenden Gericht unnötiger Ballast im eigentlichen Strafverfahren, insbesondere in der Hauptverhandlung, abgenommen würde. Denn die Schuldfrage ist nicht identisch mit der Frage, wie sich der Angeklagte künftig wohl ohne Strafvollzug bewähren wird, wie man ihn kontrollieren kann usw. Es sind dafür andere Beweisaufnahmen in vielen Fällen erforderlich, und es brauchen dafür auch die Beweisregeln der Hauptverhandlung nicht zu bestehen. Es ist ferner ungerecht, wegen des Problems künftiger Führung eine etwaige Untersuchungshaft auszudehnen, d. h. die Hauptver-

¹⁾ v. Liszt a. a. O. S. 58 meint allerdings, die Gnade höre auf, dies zu sein, wenn sie durch Gesetz unter gewissen Voraussetzungen den Gerichten übertragen werde. Aber m. E. kann der Souverain das Recht, Gnaden zu erteilen, sowohl durch Verordnung wie durch Gesetz auch bestimmten Staatsbehörden zugestehen, zumal da er ja damit auf die Möglichkeit, selbst noch vorher begnadigend einzugreifen, gar nicht verzichtet. Bedingte Verurteilung wird aber das im Text befürwortete Institut nicht. Denn über Aussetzung und Erlaß entscheidet hier ein anderes Organ als die erkennende Behörde.

handlung deswegen hinauszuschieben. Aus diesen Erwägungen wie auch aus dem oben S. 249 Gesagten ergibt sich, daß sich die Vergeltungstheorie für die sog. bedingte Verurteilung in der Form, wonach das erkennende Gericht selbst die Entscheidung über Aufschub und Erlaß hat, nicht erklären kann¹⁾.

¹⁾ A. M. v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 60 zu Nr. 129a, welcher wie bemerkt, der Vergeltungstheorie nahe steht. Vielleicht soll aber durch die kurze Bemerkung v. Bars nur ausgedrückt sein, daß eine Strafaussetzung in größerem Umfang nicht mehr Sache von Verwaltungsmaßregeln sein soll und daß dieselbe gesetzlich näher begrenzt werden soll. — Unbedingt unrichtig ist es aber, wenn v. Liszt, der die bedingte Verurteilung schon Aufs. Bd. 1 S. 389 empfiehlt, glaubt, — so Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 55 — wer Gegner der bedingten Verurteilung sei, müsse auch die bedingte Begnadigung mit aller Schärfe bekämpfen. v. Liszt bemerkt a. a. O. S. 55 allerdings, daß die bedingte Begnadigung eine „Vorstufe“ zur bedingten Verurteilung sei. Allein wer eine Vorstufe verträgt, braucht deswegen nicht auch eine höhere Stufe zu vertragen. Und was ist hier überhaupt das steigernde Moment für das Wort Vorstufe? Etwa die intensivere Wirkung der nachträglichen Tilgung der Verurteilung? Oder die größere Verfügungsgewalt des erkennenden Gerichts? Oder eine erhoffte weitere Steigerung der Strafaussetzungen? Oder eine vermehrte Belastung der Verhandlung mit Dingen, die mit der vergangenen Tat nicht zusammenzuwerfen sind? Für was die bedingte Verurteilung auch eine Steigerung sein mag, jedenfalls machen sich bei dieser Steigerung für die Vergeltungsstrafe prinzipielle Bedenken fühlbar, die bei der bedingten Begnadigung unter Umständen nicht vorhanden zu sein brauchen. Für diejenigen, welche die bedingte Begnadigung in reiner Form als Gnadenakt der obersten Staatsgewalt erhalten wissen wollen, (wozu sich der Verf. nicht rechnet) ergibt sich noch ein weiterer Unterschied von der bedingten Verurteilung dadurch, daß hier die Anwendung nach einheitlichen Grundsätzen durch die große Zahl der ihr Ermessen anwendenden Gerichte nicht so verbürgt ist. In einem Bundesstaat wie Deutschland könnte wenigstens für jeden Gliedstaat die bedingte Begnadigung gleichheitlich durchgeführt werden.

Günstigere Wirkungen als die bedingte Begnadigung und die bedingte Verurteilung versprechen andere Strafersatzmittel. Bei Prüfung unserer kleinen Übertretungstatbestände, namentlich der landesrechtlichen, könnten manche über Bord geworfen werden. Die Menge des strafbaren Unrechts schwindet hierdurch allein noch nicht erheblich. Denn die große Mehrheit der bestehenden Delikte kann man nicht straflos lassen. Dagegen kann man die Fälle, wo künftig Strafe wegfiel, dadurch sehr erheblich vermehren, daß man bei ganzen Gruppen kleinerer Delikte die Bestrafung nur eintreten ließe bei vergeblicher vorgängiger Verwarnung durch die zuständige Behörde oder die zuständigen Beamten und bei Zuwiderhandlungen wider besseres Wissen. Dies gilt namentlich auch für die verkehrspolizeilichen und für die gewerbepolizeilichen Übertretungen. Endlich bedeutete es für Manchen die Vermeidung eines Strafverfahrens, wenn er im Falle persönlichen Interesses eine vor dem Strafrichter als dem kompetentesten Gericht auszutragende Feststellungsklage erheben könnte, ob er zu diesem oder jenem Tun oder Lassen bei Vermeidung von Übertretungsstrafe verpflichtet ist¹⁾. Die weitaus wirksamste von den drei vorgeschlagenen Maßregeln zur Verminderung unnötiger Bestrafungen ist die zweite, wonach das Gesetz selbst es in die Hand nimmt zu erklären, in welchen Fällen eines Ungehorsams gegen die Norm ihm Strafe unnötig erscheint. Wenn über diese Frage die Verfolgungsbehörden (etwa bei Einschränkung des Legalitätsprin-

¹⁾ Daß diese Feststellungsklage mit manchen juristisch technischen Schwierigkeiten zu kämpfen hätte, ist zugegeben. Undurchführbar erscheint sie nicht.

zips) oder die Gerichte (etwa in der Form der bedingten Verurteilung) nach ihrem Ermessen entscheiden, so wird oft nach ganz anderen und viel weniger empfehlenswerten Gesichtspunkten entschieden.

10. Auch die Frage der Behandlung von Jugendlichen hat zur Erkenntnis von Gegensätzen zwischen der Vergeltungsstrafe und der Gesinnungsstrafe geführt. Das Problem der Jugendlichen ist hier nur so weit zu erörtern, als es zur Entwicklung grundsätzlicher Gegensätze erforderlich erscheint. Technische Fragen und Details scheiden hier aus¹⁾. Bei der Frage der Altersgrenze für die Strafmündigkeit ist nach der Vergeltungstheorie zunächst die Zurechnungsfähigkeit zu prüfen. Es gilt hier die Nutzenanwendung von dem zu ziehen, was oben über die Zurechnungsfähigkeit im allgemeinen gesprochen wurde. Bei indeterministischem Standpunkt hat man nach den Symptomen zu suchen, aus welchen auf Willensfreiheit (also etwa eine gewisse Einsicht, Überlegungsfähigkeit, Selbstbestimmungsfähigkeit) des Jugendlichen geschlossen werden kann. Diese Symptome sind aber bis auf den Namen die gleichen wie die Merkmale der deterministischen Zurechnungsfähigkeit, sofern man sich von der einseitigen Auffassung losgelöst hat, daß nur die Motivierbarkeit allein in Frage komme, nicht auch die

¹⁾ Über den Stand der Meinungen vgl. insbes. die Verhandl. des 27. Juristent. Bd. 4 S. 329 f., ferner über die verschiedenen Verhandl. der Int. Krim. Ver. die Übersicht bei Kitzinger, Die Int. Krim. Ver. S. 54 f.; vgl. außerdem Birkmeyer, Was läßt v. Liszt usw. S. 68 f., v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 56 f., Köhne bei Aschrott, Reform des Strafprozesses S. 624 f., Köhne in Mitt. d. IKV. Bd. 14 S. 481 f., Lenz, Das Jugendstrafrecht 1907, Lenz, ZStW. Bd. 27 S. 835 f., v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 331 f., 397 f.

Intelligenz des Jugendlichen und sofern man sich insbesondere von der Vorstellung befreit hat, daß die Motivierbarkeit durch Strafdrohung oder Strafvollzug hierbei irgendwie ausschlaggebend wäre. Von letzterem Gedanken muß uns schon die Erkenntnis abhalten, daß, je unbeliebter die herrschende Gewalt in einem Lande ist, je unvernünftiger die Gesetzgebung erscheint, desto weniger ihre Strafen auf zahlreiche Charaktere einwirken. Aber auch von dem Grade der allgemeinen sonstigen Determinierbarkeit hängt die Normalität eines Menschen nicht ab. Es kommt vielmehr auf die Ursache derselben an. Man darf nicht die seltenere Motivierbarkeit für sich allein einer pathologischen Motivierbarkeit immer gleichsetzen. Sonst wären auch nach dem weiteren Begriffe der Determinierbarkeit die sehr selbständigen und gefestigten Charaktere ein Zeichen von fehlender Normalität. Normalität ist aber überhaupt als solche nicht faßbar, es bleiben also somit auch hier nur die äußeren Symptome (also etwa ein gewisses Mindestmaß von Vorstellungen, Überlegungsfähigkeit und Entscheidungsfähigkeit). Berücksichtigt man nun, welche Grade von Frühreife sich manchmal schon bei 10- und 11jährigen Kindern finden, so wird man die Möglichkeit nicht abweisen können, daß bei 12jährigen Jugendlichen (bei den Mädchen eher etwas früher) schon diejenige psychische Aufgewecktheit, Klarheit und Entschlußfähigkeit vorkommen kann, welche man bei manchen Erwachsenen (z. B. Schwachbegabten, Angetrunkenen, Neurasthenikern) nicht findet, die man aber unbedenklich für verantwortlich erklärt¹⁾.

¹⁾ v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd. 2 S. 63 bemerkt m. E. völlig zutreffend, daß gegenwärtig — abgesehen von den Sittlichkeitsdelikten —

Daraus ergibt sich zwar nicht, daß man Zwölfjährige für unbedingt zurechnungsfähig zu erklären hat, wohl aber, daß man dem Richter die Möglichkeit gewähren kann, den psychischen Zustand eines mindestens Zwölfjährigen zu prüfen, ob derselbe für das eine oder das andere Delikt jene Zurechnungsfähigkeit erreicht hat oder nicht, und bejahenden Falles wenigstens eine mildere Schuld anzunehmen und zu bestrafen.

Ob man diesen Weg des geltenden Rechts auch künftig beschreiten soll, hängt davon ab, ob es für die Interessen der Gesamtheit vorteilhafter erscheint, die jeweilige Schuld zu ignorieren und nur mit Maßregeln vorzugehen, wie man sie für schuldunmündige oder geistig schwerer defekte Personen hat.

Läßt sich feststellen, daß das, was wir bei gesunden Erwachsenen Schuld nennen, wenigstens in schwächerem Grade (und vielleicht in anderer Konstellation der Schuld-elemente) bereits bei Jugendlichen von 12 Jahren an vorkommen kann, so regt sich auch das Bedürfnis nach einer Bewährung des Rechtswillens. Wenn Erwachsene bei ungefähr gleichem Schuldgrad gestraft werden, sei es auch nur nach einem künftig milderen Strafraumen, so ist nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb den Jugendlichen diese Strafe ganz geschenkt wird. Auch die verletzten Privaten, denen persönliche Selbsthilfe versagt ist, empfinden Schutzlosigkeit, und deren Reaktionsbedürfnis ist im Interesse der Generalprävention unter der Voraussetzung mitzuberücksichtigen, daß die Jugendlichen soviel Motivierbarkeit besitzen, als zur Zurechnungsfähigkeit in minimo erforderlich ist. Da die eben bezeichneten Voraussetzungen im dem Eintritt der Geschlechtsreife allzuviel Bedeutung als Kriterium beigelegt wird.

Hinblick auf die oben erörterte Frühreife bereits bei Zwölfjährigen vorliegen können, entsteht meines Erachtens bei Bubenstücken solcher Jugendlicher ein Bedürfnis nach staatlicher Vergeltung.

Es ließe sich aber noch denken, daß irgendwelche Ersatzmittel dem Staate höhere Vorteile böten als die Strafen.

Für „ungefährliche Missetäter“ kommen als empfohlene Ersatzmittel in Betracht häusliche Zucht und Schulzucht¹⁾.

Man kann indessen beobachten, daß gerade bei 12- und 13-jährigen die häusliche Zucht sich häufig schon erheblich lockert. Namentlich die Mutter wird ihrer Kinder nicht mehr völlig Herr. Schwache oder schlechte Eltern blasen ohnehin gern in das Horn ihrer Kinder. Umgekehrt ist die häusliche Zucht, der man die jugendliche Person gern überweisen möchte, auch gelegentlich zu drakonisch. Ungleichheit ist das Mindeste, was eintritt, wenn der Staat diese Hilfe besonders in Anspruch nimmt.

Mit der Schule steht es nicht viel besser. Schulzucht und häusliche Zucht konkurrieren außerdem durchaus nicht immer wahlweise, sondern sie treten bald kumulativ ein, bald versagen sie beide. So die Schulzucht gegenüber 13jährigen da, wo die Schulpflicht mit dem vollendeten 13. Lebensjahre aufhört. Auch wenn man sich etwa entschließt, wegen dieser strafrechtlich gar nicht kardinalen Frage die Reichsverfassung abzuändern und die Schulpflicht zur Reichssache zu erklären, bleibt noch der Mißstand übrig, daß die Schulzucht keinen befriedigenden Ersatz darstellt. Der Lehrer von heute, namentlich der Mittel-

¹⁾ So z. B. Klein, Verh. d. 27. Juristent. Bd. 1 S. 103.

schullehrer, hat den Unterricht als Hauptamt, die Erziehung nur als Nebenamt. Da er die Überwachung des Lebens außerhalb der Schule nur unvollkommen besorgen kann, ist er nicht in der Lage, den bereits komplizierteren Charakter der reiferen Schüler in der Regel genauer würdigen zu können. Häufig mit vielen Schülern belastet, steht er außerdem mehr wie andere Personen in Gefahr, Lieblingsschüler zu gut, andere Schüler, die sich in den Unterricht schlecht einfügen, von diesem Beurteilungsstandpunkte aus zu schlecht zu behandeln. Weil der Lehrer während des ganzen Schüljahres ohnehin eine große Macht in der Schule entwickelt, ist er mehr Objekt der Scheu als des Vertrauens, und die Erkenntnis der Motive, welche zu einem bestimmten deliktischen Verhalten geführt haben, ist ihm in höherem Maße erschwert als einem Verteidiger, dem sich der Jugendliche viel eher anvertraut. Kurz gesagt: der Lehrer ist nur in selteneren Fällen geeignet, bei Delikten Jugendlicher die gleichen wünschenswerten Garantien eines sachgemäßen Verfahrens zu bieten wie ein richterliches Strafverfahren. In Sachen der Schuldisziplin muß man ihm die Bestrafung natürlich trotzdem überlassen, weil es für diese Fälle keinen anderen Ersatz gibt. Aber wo es sich um kriminell strafbares Unrecht handelt, erscheint es empfehlenswerter, wenn der Staat die Reaktion unmittelbar in die Hand nimmt.

Als weiteres Ersatzmittel käme die Zwangserziehung in Betracht¹⁾. Die Zwangserziehung wirkt durchschnittlich als

¹⁾ Vgl. z. B. Lenz, ZStW. Bd. 27 S. 868: „Der Ersatz der Strafe bei geringfügigen Delikten durch Fürsorgeerziehung ist auf dem Wege einer Änderung des materiellen Strafrechts in die deutsche

Übel¹⁾, schon wegen ihrer meist mehrjährigen Dauer, auch wenn sie von weiterem Übelszusatz freigehalten wird. Dieses Übel kann wegen Verwahrlosung auch bei nicht Straffälligen erforderlich werden. Aber ein geringfügiges oder ein mittleres Delikt beweist jene Verwahrlosung für sich allein noch nicht und gibt auch außerdem noch keinen genügenden Anlaß zu solcher Maßregel. Auch dem Jugendlichen ist ein Billigkeitsanspruch darauf zuzugestehen, daß die Rechtsordnung auf seine strafbare Handlung nur in einer der Bedeutung des Delikts entsprechenden Weise reagiere. Bei der Zwangserziehung hat der Richter es nicht in der Hand, von vornherein die Dauer des verwirkten Übels zu bestimmen. Er kennt also gar nicht die Schwere der Maßregel, die wegen der strafbaren Handlung von ihm verhängt wird. Was zugunsten der Scheidung von Strafen und sichernden Maßnahmen angeführt wurde, gilt auch hier. Ohne den Namen der Strafe und ohne die Rechtsgarantien derselben in bezug auf deren Dauer, wird hier der Jugendliche bestraft (bald zu hart, bald zu leicht) und mit ihm seine oft nicht mitschuldigen Eltern.

Strafrechtspflege einzuführen“. Dagegen aber mit Recht Hoegel in der Festschr. der Allgem. Österr. Ger.-Ztg. f. d. 27. Juristent. S. 113: „Eine der wichtigsten Fragen ist die Behandlung der Jugendlichen im Falle des Freispruchs mangels Reife und im Falle der Verurteilung. In beiden Richtungen ist man nur zu geneigt, über das Ziel zu schießen. Es hat sich in den letzten Jahren ein wahrer Fürsorgeparoxismus entwickelt, bei dessen Umarmung der Fürgesorgte zu ersticken droht . . . Die überwiegende Mehrzahl der straffällig gewordenen Jugendlichen bedarf durchaus keiner staatlichen Nacherziehung“.

¹⁾ Der Euphemismus „Fürsorgeerziehung“ kann für gegenwärtige Untersuchung wegbleiben, da es sich hier hauptsächlich darum handelt, die Wirkung der Maßregel darzustellen.

Will der Staat andererseits auf eine Reaktion gegen Normenungehorsam nicht ganz verzichten, so treiben ihn bereits die kleineren und mittleren Delikte dazu, bei Jugendlichen schon von vollendetem 12. Lebensjahr ab, für den Fall bejahter Schuldfähigkeit zu einer echten Strafe zu greifen¹⁾.

Glaubt man indessen, ohne die Bestrafung Jugendlicher von 12—13 Jahren gut auszukommen und dabei nicht zugleich andere Staatsinteressen zu schädigen, so möge man wenigstens

¹⁾ Es kann daher vom Standpunkte der Vergeltung denen nicht beigestimmt werden, die, wie z. B. K a h l, Das neue Strafgesetzbuch S. 21, Hoegel a. a. O. S. 112 mit Anhängern der Gesinnungsstrafe eine Hinaufrückung der absoluten Strafunmündigkeit bis zum vollendeten 14. Lebensjahre befürworten. Für die Gesinnungsstrafe allerdings ist diese Hinaufrückung nur symptomatisch. Bei Wegfall von Strafen wird für Erziehungsmaßregeln, also vornehmlich für die staatliche Zwangserziehung, ein breiterer Raum geschaffen. Man fühlt sich nicht eingeengt durch Rücksichten auf die Forderung der Vergeltung und kann die Zwangserziehung, welche aus Anlaß des Unrechts eintritt, unbekümmert darum betreiben, ob das damit auferlegte Übel hinter den Werturteilen über die Bedeutung der Tat weit zurückbleibt oder dieselben weit übersteigt. In dem Eifer für bessernde Erziehung läßt man sich wenig beeinträchtigen durch die Unsicherheit des Erfolges in vielen Fällen. Große Klarheit über die Erfolge hat die Statistik bisher nicht gebracht. Vgl. etwa Rosenstock, ZStW. Bd. 28 S. 195. Über beschlossene Vorschläge zu ihrer Verbesserung vgl. Ger. S. Bd. 72 S. 396. Exakte Aufschlüsse über die gleichzeitigen ungünstigen Nebenwirkungen einer Zwangserziehung kann die Statistik überhaupt nicht bringen. In dem Streben nach staatlicher Zwangserziehung wird m. E. auch nicht beachtet, daß wir in puncto Behandlung verbrecherischer Jugendlicher eigentlich noch keine Erziehungswissenschaft als etwas Normgebendes haben. Hierauf macht Erziehungsdirektor Trüper, Zur Frage der Behandlung unserer jugendl. Missetäter (1906), aufmerksam.

nicht wegen dieser Straffloslassung reichlicher zur Zwangserziehung greifen. Der Eintritt dieser hat sich vielmehr ausschließlich nach anderen Gesichtspunkten (erhebliche Gefährdung der Gesellschaft oder des Jugendlichen) zu bemessen als der Eintritt einer Strafe. Sie ist auch nicht etwa an eine schwere Tat des Jugendlichen zu knüpfen, wenn für die Zukunft auf andere Weise die Gefahr von Wiederholungen in den Hintergrund getreten ist. Namentlich bei mittleren und leichteren Fällen aber würde man den strafunfähigen Jugendlichen durch jene Zwangserziehung schwerer treffen, als wenn man ihn wirklich strafen wollte. Nur wären ihm dann die Garantien einer vergeltenden Strafe zum Teile verweigert.

Sehen wir aber jetzt von der Frage der unteren Altersgrenze ab und betrachten die Behandlung derjenigen relativ Strafmündigen, deren Zurechnungsfähigkeit anerkannt wird. Der Vergeltungsstandpunkt wird hier dahin gehen, für die Regel kurze aber eindrucksvolle Strafen einzuführen, die der objektiven und subjektiven Bedeutung der Tat angepaßt sind. Trotz größerer Milde im Gesamtergebnis, wozu die geringere Schuld führt, kann die im Vergleich zu den Strafen Erwachsener viel kürzere Strafe einen Abschreckungszusatz (z. B. Dunkelzelle, Einzelhaft, hartes Lager usw.) erhalten, so daß man die etwaige Gefahr des nachherigen Prahlers mit den Erlebnissen im Gefängnis¹⁾ nicht mehr zu befürchten braucht. Bei schweren Delikten, bei welchen längere Strafen auch nach der Vergeltungsidee notwendig sind, ist ein Progressivsystem zu befolgen,

¹⁾ Dies Argument hat man speziell zur Empfehlung der Hinaufsetzung des Mindestalters auf 14 Jahre verwendet, vgl. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 2 S. 347.

beginnend etwa mit Einzelhaft, sich fortsetzend mit Erziehungsversuchen in besonderen zentralisierten Jugendabteilungen. Wo nach erledigter Strafe Sicherungsnachhaft noch erforderlich ist, mag diese unter den nötigen Rechtsgarantien (z. B. Verteidigung, richterliches Verfahren) verhängt werden. Je nach den Chancen des Falles können die Erziehungsversuche in der Sicherungsnachhaft fortgesetzt oder eingestellt werden. — Ein Bedürfnis, dem bestrafenden Richter eine erheblich größere Auswahl in den Reaktionsmöglichkeiten bei Jugendlichen zu gewähren, vermag nicht anerkannt zu werden. Die Gleichmäßigkeit der Behandlung müßte darunter leiden.

Zwangserziehung ist nach dem Vergeltungsgedanken auch bei den zurechnungsfähigen Jugendlichen als Strafersatz auszuscheiden¹⁾. Die Zwangserziehung verbrecherischer Ju-

¹⁾ A. M. z. B. v. Liszt, Aufs. Bd. 3 S. 249, der dem Richter Strafe oder Zwangserziehung zur Wahl stellen will. Ähnlich v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 93, 94. Noch bedenklicher Köhne, Mitt. d. IKV. Bd. 14 S. 481: „Ein Jugendlicher, welcher nach Vollendung seines 14. Lebensjahres eine strafbare Handlung begangen hat, ist zu bestrafen, sofern nach der Art der Tat und dem Charakter und Vorleben des Täters anzunehmen ist, daß durch Erziehungsmaßnahmen seine Besserung nicht erreicht werden kann“. Auch gegenüber den über 14jährigen Jugendlichen bleibt bei letzterem Vorschlag die Strafe noch sehr im Hintergrunde. Sie ist dann eine subsidiäre Maßregel für Unverbesserliche. Die von Köhne angegebenen Strafbarkeitsbedingungen werden in den meisten Fällen zur Zeit der Hauptverhandlung noch nicht erkannt werden können. Man ist auf ziemlich freie Vermutungen angewiesen, ob der Jugendliche unverbesserlich ist. Praktisch wird der Jugendliche bei solchem Vorschlage auch nach dem 14. Lebensjahre nicht unter die Garantien der Vergeltungsstrafe fallen und es wird, da Schule und Haus hier meistens versagen, überwiegend zur staatlichen Zwangserziehung kommen, ohne

gendlicher könnte ohnehin nur in besonderen Anstalten für solche Kriminelle vor sich gehen. Eine derartige Zwangserziehung vermag aber auch während einer echten Strafe durchgeführt zu werden. Zur Kennzeichnung des Strafcharakters lassen sich mancherlei Unterschiede von der Fürsorgeerziehung bei nicht kriminellen Jugendlichen schaffen (z. B. progressiver Strafvollzug). Wenn man auch bei den einzelnen Jugendlichen über die erforderlichen Spezialbeobachtungen selten im Voraus verfügt, um sagen zu können, ob sie sich bessern werden, sind doch die durchschnittlichen Chancen nachhaltiger Besserung gering, während die Gefahr der gegenseitigen weiteren Verderbung unter Zöglingen ziemlich groß zu sein scheint¹⁾. Man legt mit der Zwangserziehung dem verbrecherischen Jugendlichen ein nach dem unsicheren Maßstab der Hartnäckigkeit

Rücksicht auf die Schwere der Tat. Der Jugendliche aber hat dann ein Interesse daran, für unverbesserlich erklärt zu werden, um der echten aber teilweise leichteren Strafen teilhaftig zu werden, unter welchen Köhne, S. 485 auch bereits einen Verweis, verbunden mit Erziehungsaufsicht, genügen läßt. Auch werden sich die Fälle mehren, die schon jetzt nicht gar zu selten zu beklagen sind, daß Erziehungszöglinge, um nur der harten Zwangserziehung zu entgehen, lieber ein Verbrechen verüben, welches sie ins Gefängnis führt.

¹⁾ Vgl. Hoegel, Blätter f. Gefgskde. Bd. 40 S. 348: „Nur die unverdorbenen Elemente eignen sich für eine erzieherische Behandlung . . . Sobald eine derartige Auslese nicht getroffen werden kann, und man gezwungen ist, auch bedenkliche Elemente in die Gemeinschaft zu nehmen, ist die Gemeinschaftshaft bei Jugendlichen begreiflicherweise noch weitaus gefährlicher als bei Erwachsenen, da die Jugendlichen für schlechte Einflüsse zugänglicher sind. Ursprünglich warmer Anhänger von selbständigen Jugendabteilungen und Besserungsanstalten, bin ich im Laufe der Jahre den Ergebnissen derselben gegenüber skeptisch geworden“.

seiner Gesinnung sich bestimmendes Übel auf, das vielfach wie eine Strafe wirkt, bald als eine zu milde, bald als eine zu strenge im Vergleich zur Bedeutung der Tat. Ungünstig gestalten sich dementsprechend die generalprävenierenden Wirkungen der Zwangserziehung, namentlich wenn bei schweren Delikten nur Zwangserziehung eintritt und der Jugendliche nach einem Jahre schon gebessert ist. Die Schande aber, in der Zwangserziehungsanstalt gewesen zu sein, wird für den Jugendlichen ziemlich gleich bleiben wie die Schande eines Gefängnisses. Man erzielt außerdem durch die Zwangserziehung an Stelle der Strafe nicht die Vorteile, welche eine echte Strafe in bezug auf Gleichbehandlung Gleichschuldiger sowie in bezug auf Verhütung von Willkürlichkeiten bietet. Wohl aber tauscht man für unsichere Erfolge schwere Schädigungen des Familienlebens ein, sofern man Jugendliche auch wegen mittlerer oder leichterer Delikte auf längere oder unbestimmte Zeit ihren Eltern entzieht¹⁾. Für schwere Delikte aber braucht man diesen Strafersatz nicht, weil während der längeren Strafe, die solchenfalls nach der Vergeltungsidee eintritt, in zentralisierten Jugendabteilungen Erziehung mit gleichen Chancen versucht werden

¹⁾ Vgl. Kitzinger, Die Int. Krim. Ver. S. 65, der diesen Eingriff in die natürlichen Elternrechte als eine außerordentlich schwerwiegende und in vielen Beziehungen bedenkliche Maßregel bezeichnet, die nur da als berechtigt anerkannt werden kann, wo sie notwendig ist. „Da, wo mit gelinderen Mitteln dasselbe erreicht werden kann, ist sie geradezu verwerflich, namentlich in den Fällen, in denen die Eltern des Kindes an der drohenden oder bereits eingetretenen Verwahrlosung unschuldig sind“. Kitzinger verweist a. a. O. auch auf Präventivmittel gegen drohende Verwahrlosung.

kann, und eine nachträgliche Sicherungshaft ohne Strafzusatz keineswegs ausgeschlossen ist.

Für das Strafverfahren gegen Jugendliche können nach dem Vergeltungsstandpunkt nur die Normen des Strafprozesses in Betracht kommen, weil sie am besten auf die Erforschung der materiellen Wahrheit zugeschnitten sind¹⁾. Hinsichtlich des Wunsches, das Strafverfahren gegen Jugendliche einfacher zu gestalten und die Öffentlichkeit hier einzuschränken, stimmen beide Richtungen überein.

11. Die Gegensätze zwischen Vergeltungs- und Gesinnungsstrafe greifen auch über auf den Strafprozeß.

Die Gesinnungsstrafe führt naturgemäß auf dem Gebiete der unbestimmten Strafurteile zur Beseitigung der Trennung von Justiz und Verwaltung. Man hat zwar zur Befürwortung jener Beseitigung vorgebracht, daß die Verwaltung von heute ganz anders ist wie die Verwaltung der Zeit, wo man für die Gewaltenteilung gekämpft hat²⁾. Allein der Gesichtspunkt der Gewaltenteilung ist hier von untergeordneter Bedeutung, denn nicht etwa wegen des gegenwärtigen Ressorts der Justiz oder des Ressorts der Verwaltung ist die Trennung aufrechtzuhalten.

¹⁾ Also keine Berufung vom Vormundschafts-Jugendgericht an die Zivilkammern, wie Köhne, Mitt. d. IKV. Bd. 14 S. 485 will. Richtig dagegen v. Liszt nach einer bei Köhne a. a. O. entnommenen Notiz. Für den Gesinnungsstrafgedanken an sich ist es naheliegend, diejenige Person als Richter zu suchen, welche die gesamten Lebensverhältnisse des Jugendlichen am besten kennt, also in erster Instanz den Vormundschaftsrichter. Prinzipielle Bedenken hiergegen sind vom Vergeltungsstandpunkte aus nicht zu erheben.

²⁾ Dieses Argument verwendet Freudenthal, Vergl. Darst. (Allg. Teil) Bd. 3 S. 295.

Es handelt sich m. a. W. nicht darum, daß der eine Teil ein Gebiet abgenommen bekommt, das er bisher gepflegt hat. Die Trennung ist vielmehr aufrechtzuerhalten mit Rücksicht auf die begriffliche Abhängigkeit der Verwaltung und die immerhin noch etwas stärkere richterliche Unabhängigkeit. Mag die Verwaltung trefflich organisiert sein, es läßt sich nicht vermeiden, daß sie in Abhängigkeit von oben und mehr noch in Abhängigkeit von irgend einer politischen Parteirichtung gerät. Das gegenwärtig bestehende Vertrauen in die Verwaltung kann dadurch auch sicherlich nicht gestärkt werden, daß sie auf diesem Gebiete richterliche Funktionen erhält (nämlich Einfluß auf die Dauer der Straferstreckung), ohne doch richterliche Unabhängigkeit zu besitzen¹⁾.

Völlig beseitigt wird der Strafprozeß als ein gesetzlich geregeltes Verfahren, soweit etwa die Schuld disziplin an die Stelle der gerichtlichen Untersuchung von Delikten Jugendlicher treten soll. — Außerdem muß der Strafprozeß andere Bestimmungen bekommen, soweit das Gericht künftig andere Probleme zu lösen hat, soweit es insbesondere die Gefährlichkeit des Täters für die Zukunft (speziell die Wiederholungsgefahr) als obersten Leitsatz der Bestrafung feststellen soll. — Veränderungen veranlaßt auch die Einführung der sog. bedingten Verurteilung, wonach in verschiedener Weise²⁾ Beschlüsse des Gerichts über

¹⁾ Verfehlt ist es daher, wenn Liepmann — obwohl in manchen Stücken Anhänger des Vergeltungsgedankens — Verh. d. 28. Juristent. Bd. 3 S. 411 einwendet, daß die Trennung ja bereits heute nicht mehr strikt bestehe, da die Justiz ja schon gegenwärtig viele Verwaltungsgeschäfte besorge.

²⁾ Vgl. z. B. v. Liszt, Vergl. Darst. (Allg. Tl.) Bd. 3 S. 68.

die Strafaussetzung und je nachdem vielleicht auch über den Straferlaß zu normieren sind.

Der Wunsch nach Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe legt es nahe, daß man Prozesse hintanzuhalten strebt, die zu solchen führen können. Daraus würde sich ergeben eine Erweiterung des Gebietes der Privatklage, welche durch die zahlreichen Erschwerungen, Belästigungen und Präklusionen für den Privatkläger es manchen Leuten, namentlich des mittleren Bürgerstandes, erschwert, darauf zu dringen, daß dem Rechte Genüge getan und damit ihre Güter wertentsprechend geschätzt werden¹⁾. Hält man daran fest, daß der Ankläger stets die Geschäfte des Staates, nämlich dessen Strafansprüche, wahrnimmt²⁾, so wird man es nicht begreifen können, wenn in vielen Fällen Bestrafung nur eintritt, weil der Privatkläger sich nicht scheut, bis zum Äußersten vorzugehen, bloß um in einer Bagatellsache sich an dem Gegner zu rächen, während andererseits in vielen Fällen strafwürdiger Angriffe der Verletzte nicht den Mut hat, oder nicht die Mittel dransetzen will, um eine Privatklage zu riskieren. Schutzwürdig sind doch auch Witwen und sonstige schwache Frauen, schutzwürdig sind auch ältere Leute, sowie verschämte Arme, die das Geld für den Rechtsanwalt nicht haben, aber auch das Armenrecht nicht gut in Anspruch nehmen

¹⁾ Allerdings hat v. Liszt, der Hauptvertreter der Gesinnungsstrafe, diese Konsequenz in seiner Schrift: Über die Reform des Strafverfahrens (1906) nirgends gezogen. Aber das hindert nicht, hier (wie schon im bisherigen) darzulegen, welche Vorschläge, die überhaupt schon gemacht worden sind, eher im Bereich der Gesinnungsstrafe als in dem der Vergeltungsstrafe liegen.

²⁾ Vgl. dazu Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht S. 300 f.

können, andererseits sich aber nicht den Aufregungen einer Privatklage aussetzen wollen¹⁾. Durch jede Ausdehnung der Privatklage wird arroganten und streitlustigen Leuten ein großer

¹⁾ Es ist ja zu verstehen, wenn Staatsanwälte gern für die Erweiterung der Privatklage und für Aufhebung oder doch für wesentliche Einschränkung des Legalitätsprinzips eintreten. Ihre Arbeitsüberlastung mag dabei mitsprechen. Aber deswegen ist es doch nicht richtig, wenn z. B. E. Wulffen, *Psychologie des Verbrechers*, Bd. 2 S. 525 ausführt: „Wenn der Verletzte in Bagatellsachen selber die Anklage zu betreiben hat, wird sich bald zeigen, wie gering er seinen Schaden und die — Verletzung der Rechtsordnung einschätzt“. Die Gründe, weshalb mancher heute nicht zur Privatklage schreitet, liegen doch viel tiefer. Und ebensowenig ist es ein stichhaltiges Gegenargument, wenn Schmidt-Ernsthausen in *Aschrotts Reform des Strafpr.* S. 169f. erörtert, daß ja die Staatsanwaltschaft immer noch selbst Anklage erheben könne, wenn dies im öffentlichen Interesse liege. Allein die Erfahrungen, die gerade auf dem Gebiete der heutigen Privatklage, namentlich bei Beleidigungen vorliegen, zeigen, daß bei der Unbestimmtheit des Begriffs „öffentliches Interesse“ fast nie wegen Beleidigung eines Privaten öffentliche Klage erhoben wird. Auf Schutz durch die Staatsanwaltschaft kann man nur bei Beamtenbeleidigungen rechnen. Ein weiterer Einwand Schmidt-Ernsthausens, a. a. O. S. 170, welcher allerdings mit der Spitze gegen das Legalitätsprinzip erhoben wird, aber hierher ebenso paßt, geht dahin, daß die Staatsanwaltschaft bei Anklagepflicht häufig zum Werkzeug von fremder Gehässigkeit werde. Er beweist schon um deswillen nichts, weil er zu viel beweist. Auch bei Delikten, bei welchen man an Privatklage und Opportunitätsprinzip Gott Lob noch gar nicht ernstlich denkt, kann persönliche Gehässigkeit der Anlaß sein, daß das Delikt angezeigt wird. Man müßte also doch auch hier die Anklagepflicht aufheben. Und woran kann der Staatsanwalt von vornherein die Gehässigkeit als Triebfeder erkennen? Ist überhaupt die Gehässigkeit Dritter, z. B. sei es auch des Verletzten, schon ein Grund dafür, daß das betreffende Delikt nun nicht mehr strafwürdig erscheint? Bildet bloße Gehässigkeit, die doch auf mancherlei Ursachen beruhen kann, etwa einen Retorsionsgrund zum Nachteil staatlicher Strafansprüche?

Dienst geleistet; sie können unbesorgter bei Personen, die von Natur schüchtern oder ängstlich veranlagt sind, sich manche weitere Übergriffe leisten. Zur Privatklage entschließen sich solche Verletzte nur schwer. Die generalprävenierende Wirkung von Strafdrohungen gegen gefährliche Körperverletzung, worunter doch bereits sehr bedenkliche Fälle gehören, schwächt sich erheblich ab, wenn auch dies Delikt zur Privatklage gezogen wird, was nach dem neuen Entwurf zur StPO. § 377 Abs. 1 Ziff. 3 der Fall ist. Man wird zwar aus überwiegenden Gründen das Strafantragsrecht des Strafgesetzbuchs nicht bei allen Delikten beseitigen können und man wird notgedrungen die Privatklage so lange bei Bestande lassen müssen, als man nicht durch materiel Strafrechtliche Reformen die strafwürdigen Fälle der Beleidigung aus dem weiteren Begriff der heutigen Injuria ausgesondert hat. Aber man sollte die Privatklage wenigstens nicht erweitern. Wenn man mit gutem Grunde nicht alle heute strafbaren Fälle für strafwürdig hält, so hat die Reform beim besonderen Teil des materiellen Strafrechts einzusetzen. Man beklagt sich mit Recht über unnötige Inanspruchnahme der Gerichte durch Schimpfreien, für deren Austragung die Zeit der staatlichen Gerichte zu kostbar erscheint. Die Einrichtung des Privatklagewegs schafft nicht die beste Aussonderung der strafwürdigen Fälle aus den nicht verfolgten Beleidigungen. Sollte es aber auf die Dauer unmöglich sein, die Zahl der strafbaren Beleidigungen auf einem klareren oder ersprißlicheren Wege einzuschränken, sei es durch die Wiedereinfügung der Formalbeleidigungen unter die Übertretungen, sei es durch engere Umgrenzung dessen, was man künftig noch als Beleidigung strafen will, sei es durch Be-

seitigung von Mängeln des Erfordernisses der Erweislichkeit, sei es endlich durch besondere Strafbarkeitsvoraussetzungen und Milderungsgründe¹⁾? Die Gesinnungsstrafe wird der Erweiterung von Privatklagedelikten viel eher zustimmen, denn das Vergeltungsbedürfnis und mit ihm der Gedanke der Generalprävention tritt für die Gesinnungsstrafe hinter der Spezialprävention zurück. Die Delikte der Privatklage sind andererseits nicht diejenigen, bei welchen die Gesinnungsstrafe mit allen Konsequenzen des Gesinnungsstrafgedankens im Gegensatz zu dem Vergeltungsstrafgedanken Ernst machen will, wenngleich durch diese Ausscheidung eigentlich eine Klassifizierung der Delikte ihrem Werte nach vorgenommen wird.

Das Streben nach Verhütung überflüssiger Strafen, welches in dem Streben nach Beseitigung der kurzzeitigen Freiheitsstrafen eine starke Stütze findet, führt auch zur Einschränkung des Legalitätsprinzips im Vergleich zu seinem gegenwärtigen Geltungsgebiet. Da der Umfang des Legalitätsprinzips bestritten ist, sei in Anlehnung an den § 346 d. StGB. festgestellt, in welchem Umfange es hier gedacht wird. Darnach bedeutet das Legalitätsprinzip die Verpflichtung aller zur Mitwirkung bei Ausübung der Strafgewalt berufenen Personen (also auch der Justizaufsichtsbehörden), innerhalb ihres Geschäftskreises die Verfolgung sämtlicher gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen zu befördern, sofern ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Nach dem neuen Entwurf zur StPO. soll das Legalitätsprinzip gegenüber

¹⁾ Vgl. über letztere Frage auch Liepmann, Vergl. Darst. (Bes. Teil) Bd. 4 S. 370.

dem geltenden Recht in folgenden Hauptfällen (vgl. darüber § 154, 365, 377 des Entwurfs) eingeschränkt werden: a) In den Fällen, die neu zur Privatklage hinzukommen sollen, z. B. § 123, 223a, 241 des StGB. Daß da, wo primäre Privatklage gegeben ist, die Staatsanwaltschaft nicht von Amtswegen zu verfolgen braucht, ist naturgemäß. Die Bedenken richten sich nur gegen die vorgeschlagenen Erweiterungen der Privatklage, hierüber vgl. das bereits oben Gesagte. b) In den Fällen der Übertretungen und gewisser kleiner Vergehen. c) Bei den Delikten der Jugendlichen¹⁾. Die Vertreter der in verschiedenem Umfang vorgeschlagenen Einschränkungen bzw. der Aufhebung haben sich allerdings nicht sämtlich als Anhänger der Gesinnungsstrafe bekannt²⁾. Aber vom Vergeltungsstandpunkte aus lassen sich die Einschränkungen des Entwurfs kaum rechtfertigen. Anders vom Standpunkte der Gesinnungsstrafe, welche bei den kleineren Delikten die vollen Konsequenzen des Gesinnungsstrafgedankens nicht ziehen will und daher zu dem Ausweg greifen kann, hier die Frage der Bestrafung vom Er-

¹⁾ An Literatur über das Legalitätsprinzip vgl. bes. Mitt. d. IKV. Bd. 14 S. 229 f., insbes. S. 329 f., ferner Aschrott, Reform d. Strafpr. S. 75* f. (Aschrott); S. 148 f. (Mittermaier); S. 162 f. (Schmidt-Ernsthäuser); S. 202 f. (Thiersch). Birkmeyer, Ger. S. Bd. 67 S. 406 u. 421 N. 11, Dietz, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 3 S. 51 f.; Frank, Mitt. d. IKV. Bd. 12 S. 207 f., Kitzinger, Die Int. Krim. Ver. S. 85, Radbruch, Aschaff. Mon. Bd. 5 S. 5, v. Ullmann, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 1 S. 63 f.

²⁾ Doch hat Mittermaier a. a. O. S. 149 richtig erkannt, der „orthodoxe Vergeltungsmann“ müsse am Legalitätsprinzip unbedingt festhalten. Ganz folgerichtig erwähnt umgekehrt v. Liszt, Lehrb. 16./17. Aufl. S. 74 in seinem Programm generell die „Durchbrechung des Legalitätsprinzips“.

messen der Staatsanwaltschaft abhängig zu machen. Wenn man die Beseitigung des Legalitätsprinzips nur für Jugendliche befürwortet, so unterliegt diese Durchbrechung relativ den geringsten Einwendungen, weil der dadurch entstandene Nachteil für die Interessen der Gesamtheit, z. B. die Ungleichheit der Behandlung, hier am wenigsten empfunden werden wird¹⁾. Aber die Bedenken gegen die Einschränkung dürften auch hier überwiegen, wenn wir uns die Hauptvorteile des Legalitätsprinzips vergegenwärtigen.

Das Legalitätsprinzip (bzw. die Bestimmung des § 346 des StGB.) verhindert, daß die Verwaltung, welche je nach der politischen Lage eines Bundesstaates in Abhängigkeit geraten kann von einer politischen Partei, zur Klassenjustiz neige, indem etwa das Mitglied der herrschenden Partei und seine An-

¹⁾ Für die Delikte Jugendlicher empfiehlt sie unter den Vertretern des Vergeltungsgedankens v. Ullmann a. a. O. S. 79. Dagegen macht v. Ullmann a. a. O. S. 77 hinsichtlich der Aufhebung des Legalitätsprinzips für alle Übertretungen den sehr beachtlichen Vorbehalt: „Wenn die Kommission für Übertretungen die Opportunität gelten läßt, ohne eine Privat- oder Popularklage zuzulassen, so sind wichtige Interessen der Rechtsordnung praktisch gefährdet. Die Bedeutung der Übertretungsstrafen für die Gesamt- und Individualinteressen darf trotz des erheblichen materiellen Unterschieds zwischen dem Polizei- und Kriminalunrecht nicht unterschätzt werden. Die Sicherheit unserer Interessen fordert gerade im Bereich des heutigen Kulturstaats nicht bloß Schutz gegen die grössten Angriffe“. v. Ullmann verlangt daher hier als Ersatz für die Einschränkung des Legalitätsprinzips mindestens die subsidiäre Privatanklage bzw. die subsidiäre Popularklage. Verf. glaubt aus den oben bei der primären Privatklage entwickelten Gründen, daß dieser Ersatz auch bei Übertretungen kein ausreichender sei.

gehörigen, wo es angeht, besser behandelt werden wie das Mitglied anderer Parteien und dessen Kinder.

Das Legalitätsprinzip verhindert ferner, daß der Staatsanwalt oder der Amtsanwalt (ferner die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes), welche doch auch mit allen Schwächen der Menschen behaftet sein können, im Einzelfalle persönliche Rücksichten walten lassen; z. B. der Amtsanwalt könnte ohne Legalitätsprinzip in einem Falle leichter ein Auge zudrücken, weil er mit dem Vater des jugendlichen Missetäters befreundet ist, im anderen dagegen verfolgen, etwa weil er mit dem Täter in seinem sonstigen Berufe schon wiederholt Konflikte hatte und dieser da wenig gefügig war. Dazu kommt, daß zu Amtsanwälten nicht überall Juristen genommen werden. Mag die Gefahr der Beeinflussung durch persönliche Rücksichten an kleinen Orten erheblicher sein wie an großen, das andere Bedenken, nämlich das der Abhängigkeit, existiert auch für die größeren Orte. Man wende nicht ein, daß dergleichen Mißstände ja bereits heute gelegentlich vorkommen¹⁾. Denn das

¹⁾ Nicht entscheidend ist auch die Erwägung von Mittermaier bei Aschrott, Reform des Strafpr. S. 153, daß der Staatsanwalt ohnehin manche Mittel habe, um eine ihm nicht passende Anklage zu unterlassen. Wer schreibe ihm vor, welches Maß von Energie, welche Art der Nachforschung zur Erlangung von Beweismitteln und zur Förderung des Prozesses anzuwenden ist? Mittermaier führt diese Erwägung allerdings für die Einschränkung des Legalitätsprinzips nicht direkt ins Treffen, aber wir dürfen ihr deshalb nicht aus dem Wege gehen. Einzuräumen ist, daß Schwierigkeiten entstehen können, dem Verfolgebemten eine Pflichtwidrigkeit nachzuweisen, aber der Beamte ist verpflichtet, die Untersuchung eines angezeigten oder sonst zur amtlichen Kenntnis gelangten Falles innerhalb seiner Zuständigkeit nicht eher einzustellen, als bis er zu der Überzeugung kommt

ist heute zweifellos nefas, und es wäre doch ein recht bedenklicher Zustand, wenn der Gesetzgeber seinen Willen einfach deswegen zurückzunehmen hätte, weil derselbe bereits heute gelegentlich übertreten wird. Es läßt sich die Behauptung vertreten, daß das kaum glücklich eingeschlummerte Mißtrauen in die Unparteilichkeit der Staatsanwälte bei den vorgeschlagenen Einschränkungen des Legalitätsprinzips in weiten Kreisen wieder erwachen würde. Was heute Mißbrauch und strafbares Amtsdelikt ist, würde dann viel leichter getrieben werden können. M. a. W.: Wie würde es erst dann werden, wenn z. B. die Verfolgung aller Übertretungen Ermessensfrage wäre? Könnten nicht unzählige kleine Nadelstiche einem persönlichen oder politischen Gegner (sei es auch auf dem Umwege der Verfolgung von Angehörigen) versetzt werden, wobei der verfolgende Beamte sich gegebenenfalls immer auf das sehr dehnbare öffentliche Interesse an der Bestrafung des betreffenden Falls aus diesem oder jenem Grunde hinauszureden vermöchte.

Das Legalitätsprinzip verhindert auch eine objektive Ungleich-

daß aus materiell strafrechtlichen Gründen ein Strafanspruch nicht erwachsen oder aus prozeßrechtlichen Gründen die Bestrafung nicht zu erreichen ist. Und wenn Zweifel über diesen Umfang der Verpflichtung bestehen, kann man dies ausdrücklich vorschreiben. Der Beamte ist außerdem verpflichtet, so lange er an die praktische Möglichkeit glaubt, daß man durch ein Strafverfahren zur Verurteilung des Schuldigen wegen einer strafbaren Handlung kommen werde, innerhalb seiner Zuständigkeit den Lauf der Justiz zu befördern. Der Umfang der Pflicht läßt sich somit beim Legalitätsprinzip allerdings feststellen. Überdies würde jene Erwägung, wenn sie entscheidend wäre, dazu führen müssen, das Legalitätsprinzip nicht nur bei einzelnen, sondern bei fast allen Deliktsarten zu beseitigen, denn die Möglichkeit unsachlicher Einstellung kommt nahezu bei allen vor.

heit in der Behandlung. Bei der Unbestimmtheit des „öffentlichen Interesses“ an einer Officialverfolgung kann es nicht ausbleiben, daß der eine Verfolgungsbeamte andere Anschauungen über das Vorhandensein eines solchen Interesses hat wie ein anderer, und selbst generelle Verwaltungsinstruktionen können sich auch nur in allgemeinen Ausdrücken bewegen. Auch die Bequemlichkeit des einen Beamten kann in sehr vielen Fällen die Ursache sein, daß zahlreiche unter den ihm zur Bearbeitung obliegenden Fällen nicht verfolgt werden, während vielleicht ein fleißiger Beamter eifrig verfolgt¹⁾.

Das Legalitätsprinzip verhindert endlich, daß der Schutz der Gesellschaft vor den vielen kleinen Übeltaten vermindert wird. Wenn generell im Gesetz erklärt wird: es liegt in der Hand der Staatsanwaltschaft, ob eine Übertretung verfolgt wird, so kann mancher denken: mich werden sie aus diesen oder jenen persönlichen Gründen verschonen, wenn ich dies oder jenes tue, wenn ich etwa über den fremden Acker gehe, Äpfel stehle oder es mit der Feiertagsruhe nicht genau nehme. Der Respekt

¹⁾ Vgl. dazu auch v. Ullmann, Verh. d. 29. Juristent. Bd. 1 S. 72: „Die pflichtmäßige Ausübung des Strafverfolgungsrechtes schließt keineswegs Modifikationen dieser Pflicht aus. Allein die Verwirklichung dieses Gedankens in der Gesetzgebung begegnet sofort mancherlei Schwierigkeiten, denn die allgemeine Freigebung von Erwägungen der Zweckmäßigkeit birgt die Gefahr des Mißbrauchs oder wenigstens einer von der Rechtsordnung nicht erwünschten Laxheit in der Erfüllung der Strafverfolgungspflicht oder eine die Stabilität und Gleichmäßigkeit der Gesetzesanwendung gefährdende Mannigfaltigkeit in der Beantwortung der Frage, ob verfolgt werden soll oder nicht, in sich, womit selbst wieder Gefahren für das Ansehen der Gesetze und der Rechtspflege und das Vertrauen in die Objektivität der Rechtspflege gegeben sind“.

vor dem Gesetz wächst nicht, wenn dasselbe zu viele Gelegenheiten schafft, wie man der angedrohten Strafe doch noch ent-schlüpfen kann.

Diese verschiedenen Gründe erscheinen vom Vergeltungsstandpunkte aus maßgebend, um die volle Aufrechterhaltung des Legalitätsprinzips in seinem gegenwärtigen Stande zu befürworten¹⁾. Zur Abschaffung unnötiger Bestrafungen geben auch hier Reformen des materiellen Rechts den gesünderen Weg an. Insbesondere sind zahlreiche Tatbestände strafbaren Unrechts enger zu begrenzen, zum Teil sind auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen zu vermehren. Wer weiß, ob nicht z. B. der Paragraph über die einfache Kuppelei schon längst eine sachgemäßere Einschränkung gefunden hätte, wenn die Staatsanwaltschaft sich immer strikt an das Legalitätsprinzip gebunden haben würde? Bis zu einer Gesetzesänderung hätte man dann den schuldig gesprochenen Wohnungsvermietern immer noch im Begnadigungswege helfen können. Überhaupt erscheint es ersprießlicher, daß da, wo ausnahmsweise Gnade zu üben ist, die Entscheidung nicht bei der verfolgenden Anklagebehörde liegt, sondern bei dem Organ für die bedingte Begnadigung oder im Falle unbedingter Begnadigung ausschließlich beim Staatsoberhaupt. In den bezeichneten Fällen der Gnade ist das betreffende Delikt vorher richterlich ge-

1) Für die bereits gegenwärtig vorhandenen Ausnahmen — vgl. z. B. § 4 f. d. StGB., und je nach dem Begriff „Legalitätsprinzip“ auch § 208 d. StPO. — bestehen besondere, zum Teil politische, zum Teil technische Erwägungen. Die Frage, ob und inwieweit bei ihnen eine Einschränkung des Legalitätsprinzips notwendig ist, kann hier unerörtert bleiben.

würdigt worden, während die Staatsanwaltschaft bei ihrer Einstellung häufig noch nicht das ganze Beweismaterial besitzt um die Strafwürdigkeit des Falles vorab entscheiden zu können. Einer etwaigen Überlastung der Staatsanwaltschaft ist auf anderem Wege abzuhelpen, als dadurch, daß man ihr die Niederschlagung von Prozessen überträgt, die man dem Souverain nach vielen Verfassungen verweigert¹⁾. —

Sieht man von denjenigen unter den ausgeführten Rechtseinrichtungen ab, welche zwar mehr im Bannkreise der Gesinnungsstrafe als im Bannkreise der Vergeltungsstrafe zu liegen scheinen, aber in ihrer Eigenschaft als Konsequenzen der Gesinnungsstrafe bisher nur wenig erkannt worden sind, so bleiben immerhin noch zahlreiche Veränderungen gegenüber dem bisherigen Rechte übrig, deren Tendenz darauf gerichtet ist, die Rechtsgarantien gegen etwaige Willkürlichkeiten des Verwaltungsermessens zu vermindern und die geläuterten Werturteile über die Bedeutung des Unrechts hintanzusetzen²⁾. Man

1) In den Händen des Richters wäre ein solches Niederschlagungsrecht eher erträglich, vgl. darüber Mendelssohn-Bartholdy, Ger. S. Bd. 71 S. 374. Aber es spricht gegen dasselbe immerhin alles das, was oben gegen die bedingte Verurteilung geltend gemacht wurde.

2) Richtiges neben Unrichtigem enthalten die Ausführungen von Radbruch, Asch. Mon., Bd. 5 S. 5: „Der Liberalismus war der Träger der vorigen großen Strafrechtsreform, die im XVIII. Jahrhundert einsetzte. Ihr unverlierbarer Ertrag ist das Legalitätsprinzip in seiner positiven und negativen Gestalt (§ 152 Abs. 2 StPO., § 2 Abs. 1 StGB.). Der Sinn dieses Prinzips wie der ganzen Reform war: Den Staatsbürger vor der Willkür der Strafrechtspflege zu schützen, den Verbrecher gegen den Staat zu sichern“. Das Letztere ist verfehlt. Nicht die Sicherung des Verbrechers war das Prinzip — das hätte zur Straflosigkeit desselben, jedenfalls aber zur Beseitigung lebenslänglicher

hat erklärt¹⁾: „Die bevorstehende Reform bezweckt umgekehrt erhöhte Sicherung des Staates gegen den Verbrecher, und viele ihrer Vorschläge würden zu einer Erweiterung des richterlichen Ermessens, also schlimmenfalls auch der richterlichen Willkür, führen“. Zu bezweifeln ist hierbei, ob die Gesinnungsstrafe im Endeffekt eine „erhöhte Sicherung“ des Staates herbeiführt und ob dieselbe nicht zu teuer erkaufte ist durch die Gefahr der „Willkür“ und durch die anderen Nachteile, welche die Anlegung des Maßstabes der Gesinnung d. h. der Spezialprävention nach sich zieht. Zudem liegt ein Irrtum vor, wenn man glaubt, daß mit der bezweckten Reform bloß die „richterliche Willkür“ in höherem Maße ermöglicht würde. Man braucht nur an die Beschränkung des Legalitätsprinzips, an die unbestimmten Strafurteile, an die gewünschte Abhängigkeit des nicht näher bezeichneten Begriffs der Zurechnungsfähigkeit und des so schwer abzugrenzenden Begriffs der verminderten Zurechnungsfähigkeit von pädagogischer oder psychiatrischer Begutachtung, endlich an die ausgedehnte Verwendung der Straferziehung als Strafersatz zu erinnern, um der Erkenntnis Bahn zu verschaffen, daß bei Aufnahme der Gesinnungsstrafe die Gefahr der Willkür auch bezüglich anderer Organe als der Richter nahegelegt ist. Es kann ferner auch

Zuchthausstrafe wie der Todesstrafe führen müssen, welche beide dem Verbrecher keine Sicherung gewähren — sondern die Befriedigung des gesellschaftlichen Bedürfnisses nach Herbeiführung einer Ausgleichung zwischen dem schuldhaften Unrecht und seinem Gegenwert für die Rechtsordnung. Nicht im Dienste des Verbrechers, also nicht etwa im Dienste der Auflehnung gegen das Gesetz, sondern im Dienste der gesellschaftlichen Interessen stand die Strafe auch damals.

¹⁾ So Radbruch a. a. O.

dem nicht zugestimmt werden, was anscheinend zur Rechtfertigung dieses angeblich nur auf Richter sich beziehenden „weiteren Ermessens“ angeführt worden ist. Darnach¹⁾ hat nämlich diese Erweiterung ihren Grund in der Tendenz nach stärkerer Betonung der materiellen Gerechtigkeit neben der bisher auf ihre Kosten einseitig erstrebten Rechtssicherheit. „Zeuge dafür“, heißt es, „ist das BGB., das in zahlreichen Fällen die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überläßt; die freirechtliche Bewegung, welche die Rolle, die das richterliche Ermessen, auch ohne ausdrückliche Legalisierung (aber selbstverständlich im Rahmen des Gesetzes) in der Rechtsprechung stets gespielt hat, ins Bewußtsein erhebt; die Justizreformbewegung, welche starke Richterpersönlichkeiten und ihre Befreiung aus der Enge der Kollegialgerichte und dem Druck des Instanzenzuges erstrebt“. Diesen Ausführungen wäre entgegenzuhalten, daß die Vergeltungsstrafe in mindestens gleichem Maße nach „materieller Gerechtigkeit“ strebt wie die Gesinnungsstrafe, daß der Strafrichter des heutigen Rechts mit seinen relativ bestimmten Strafrahmen im allgemeinen bereits eine viel größere Möglichkeit des freien Spielraums besitzt wie der Zivilrichter, und daß das Bürgerliche Gesetzbuch trotz seiner zahlreichen Verweisungen auf die *aequitas* weit entfernt ist, die Folgen der Rechtshandlungen so unbestimmt zu lassen wie das Strafrecht. Die Heranziehung der so ganz anders gelagerten Aufgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist außerdem von sehr unsicherem Beweiswerte. Es wäre weiter zu erwidern, daß wohl die Mehrzahl der Vertreter des Gesinnungsstrafgedankens kaum geneigt

¹⁾ Vgl. zum Folgenden Radbruch a. a. O.

sein wird, sich für die Richtigkeit ihrer Ideen auf die freirechtliche Bewegung zu berufen, deren Postulate für einen hochbegabten, ausgereiften und ungewöhnlich erfahrenen Richter ein schönes Ideal bilden mögen, aber bei unseren verwickelten Rechtsverhältnissen nun und nimmer für andere Richter, sei es auch des besseren Durchschnitts, passen würden. Auch die Frage der Beseitigung der „Kollegialgerichte“ dürfte mit der Gesinnungsstrafe kaum andere Verwandtschaft aufweisen als die, daß sie die Garantien einer möglichst gleichheitlichen, alle Beurteilungsfaktoren berücksichtigenden Rechtsprechung m. E. ebenfalls vermindert. Sollte das nicht zutreffen, so würde das Einzelrichtertum in den Rahmen des Vergeltungsstrafrechts ebensogut passen. — Würde auch nur die Hälfte der Forderungen erfüllt, welche die Vertreter der Gesinnungsstrafe aufgestellt haben, so würde ein Zustand der Ungleichmäßigkeit in der Behandlung objektiv gleichgelagerter Fälle und der Schutzlosigkeit gegen Willkür und Übergriffe eintreten, daß es die Freunde konstitutioneller Garantien im Gebiete der Strafrechtspflege erschauern machen müßte. Dies gilt selbst dann, wenn die Unabhängigkeit der Behörden, die zur Strafrechtspflege berufen sind, garantiert würde und sie bei ihren Maßnahmen nie vorsätzlich von dem abwichen, was das Gesetz ihnen vorschreibt¹⁾.

¹⁾ Es klingt daher mehr, als ob der Wunsch der Vater des Gedankens wäre, wenn Radbruch, *Asch. Mon. Bd. 5 S. 7* ausführt: „Für den Liberalismus ist das Programm aus seiner Grundanschauung ableitbar, für den Konservativismus mit seiner Grundanschauung vereinbar, für das Zentrum zum Teil aus seiner Grundanschauung ableitbar, zum Teil mit ihr vereinbar, für die Sozialdemokratie zum Teil aus ihrer Grundanschauung ableitbar, zum anderen Teile aber nicht einmal mit ihr vereinbar“. Wie die Parteien sich tatsächlich stellen

Die volle Durchführung der letzten Postulate des Gesinnungsstrafgedankens erscheint zurzeit nicht möglich. Soll man nun etwa dem Gesetzgeber den Weg des Kompromisses empfehlen¹⁾?

Eine abstrakte Doktrin, die sich als ein denkbare Prinzip darstellt, muß sich allerdings oft manche Kompromisse mit anderen Doktrinen gefallen lassen, wenn sie in einem komplizierten Staatswesen zur Anerkennung gelangen soll. Eine im Dienste der (gleichviel wie näher präzisierten) Staatswohlfahrt stehende praktische Behandlungsmethode dagegen, welche auf einem leitenden Grundgedanken beruht und sich als geschlossenes System darstellt, kann den Anspruch erheben, ohne Kompromisse zur Geltung zu gelangen. Ähnlich wie ein einheitliches Steuersystem unter Umständen durch jede Durchbrechung des Grundgedankens an Wirksamkeit und Nützlichkeit erheblich einbüßt, verhält es sich auch bei einem geschlossenen System der strafrechtlichen Behandlung. Dabei kann es allerdings eintreten, daß man sich in Detailfragen nicht immer klar ist, ob durch diese oder jene Behandlung der leitende Grundgedanke richtiger und zweckmäßiger zum Ausdruck

werden, darüber soll hier jede Prognose unterbleiben. Auf die Frage, wie die Parteien sich verhalten sollten, kann unseres Erachtens die Antwort nur die sein, daß die Gesinnungsstrafe bloß mit einem absolutistischen Polizeistaat vereinbar ist, der wohlmeinend etwas zu erreichen wünscht, was auch er mit den dafür vorgeschlagenen Mitteln schwerlich erreichen kann.

¹⁾ So z. B. v. Liszt, *Aufs. Bd. 2 S. 71, 330, 367, 381*, *DJZ. Bd. 7 S. 303*, *Kahl, DJZ. Bd. 7 S. 301 f.* Dagegen aber z. B. *Birkmeyer, Was läßt v. Liszt usw. S. 41 f.*, *Wach, Die kriminalistischen Schulen S. 4*, *Gerland, Mitt. d. IKV. Bd. 13 S. 521*, v. *Sichart, Asch. Mon. Bd. 4 S. 239*.

kommt. Aber jede erkannte Abweichung von einem solchen Prinzip beeinträchtigt die von der einheitlichen Durchführung des Grundgedankens erhofften Erfolge.

Eine praktische Behandlungsmethode der bezeichneten Art kann vom Gesetzgeber ohne irgend welche Kompromisse akzeptiert werden. Es ist daher verfehlt, wenn die Anhänger des einen Systems wünschen, daß die beiden Richtungen sich zusammenfinden, um dem Gesetzgeber einen Mittelweg vorzuschlagen. Die Anhänger der verschiedenen Richtungen können gemeinschaftlich beim technischen Aufbau zusammenarbeiten, bei der Zusammentragung des Materials, bei der Auslegung und Systematisierung. Sie können ferner die Punkte, in denen sie übereinstimmen, und diejenigen, in welchen sie voneinander abweichen, klar legen; aber sie können bei getrennten Prinzipien ohne Nachteil für das Ganze die auseinandergehenden Einzelvorschläge nicht zusammenschweißen. Auch ist der Gesetzgeber gegenüber den verschiedenen strafrechtlichen Systemen und deren Anhängern nicht etwa in der gleichen politischen Lage, wie wenn er Gegensätze zweier großer Rassen oder Konfessionen oder Parteien auszugleichen hätte. Daß ein paar hundert Anhänger des einen oder des anderen Systems gänzlich unbefriedigt sind, kann er im Vergleich zu dem Nachteile, welcher aus der bloß halben Aufnahme des einen Systems etwa erwachsen würde, ruhig in Kauf nehmen.

Das Gesagte schließt nicht aus, daß die Anhänger eines geschlossenen Systems sich auch schon mit der Aufnahme einzelner Bestandteile desselben in das Gesetz einigermaßen befriedigt erklären können, sofern sie bereits hierin einen größeren Nutzen erblicken als in der geschlossenen Durchführung

des anderen Systems. Dies ist zumal dann der Fall, wenn sie zweifeln, ob ihr System bereits für den gegenwärtigen Zeitpunkt wirklich die praktischste Methode darstellt. Ebenso dann, wenn ihr leitender Grundgedanke ihnen überhaupt nicht ohne erhebliche Modifikationen zugunsten eines anderen Systems durchführbar erscheint¹⁾. Nur folgt aus dergleichen Konzessionen nicht, daß nun auch die Anhänger einer anderen Methode irgendwie durch Annahme von Kompromißvorschlägen entgegenzukommen hätten, wenn sie bereits in der Gegenwart von der vollen Durchführung ihres Systems den größtmöglichen Nutzen für die Gesamtheit erhoffen.

Aus diesen Gründen wird die Vergeltungstheorie dazu gelangen müssen, alle angeregten Kompromisse als Halbheiten dem Gesetzgeber zu widerraten. Denn jede Berücksichtigung des Gesinnungsstrafgedankens über den Rahmen der vergeltenden Strafe hinaus bedeutet für sie bereits eine Schädigung der Interessen des konstitutionellen Staates, wie er nach dem heutigen Kulturideal bestehen soll.

¹⁾ Letzterenfalls bedürfte freilich der leitende Grundgedanke selbst einer anderen Präzisierung.

Sachregister.

- Abbüßungsvertrag S. 43.
 Abnorme Fälle und ihre Bedeutung 44.
 Abschaffung der Strafe 92.
 Abschwächung des neuen Maßes 200, 206, 207 N. 2.
 Absolute Theorien 7, 8 N. 5.
 Abverdienen der Strafe 242.
 Abwartung eines Delikts 228.
 Altersgrenze der Strafunmündigkeit 256.
 Amerikanische Erfahrungen über unbestimmte Strafurteile 211 f.
 Antisoziale Gesinnung 188, 191.
 Arbeitshaus 150.
 Arbeitshausstrafe, alleinige primäre 211.
 Argumente zur Bekämpfung der Vergeltung 25, 27, 126 f.
 Augenblicksverbrecher 192.
 Ausgestaltungen der Freiheitsstrafe 178.
 Ausgleichung 34 N. 3, 35 f., 44, 123 N. 1, 133 N. 1.
 — absolute 24, 38, 133 N. 1.
 — abstrakte 48.
 — formelle 41.
 Ausgleichungsmaßstab 37, 44, 133 f.
 Äußerer Erfolg 184.
 Autonomie des Gesetzgebers 41.
 Bedingte Begnadigung 244 f., 250 f., 276.
 Bedingte Verurteilung 244.
 Begrenzung des richterlichen Ermessens 60.
 Begründung der Vergeltung 90 N. 1, 93, 115, 135 N. 1.
 Bekämpfungsmethoden gegen die Vergeltungstheorie 16 N. 2, 27 N. 1, 127 N. 1, 131.
 Bekämpfungstheorie 13 N. 1.
 Bestimmbarkeit normale 152 f.
 — des Strafmaßes für die Vergeltungsstrafe 34 N. 3, 41, 44, 133 N. 1, 202, 205.
 — Unzurechnungsfähiger 159.
 Bettler 208 f.
 Bewertungsfaktoren 19 f., 52, 60, 66, 196 f.
 Deskriptive Bedeutung des Vergeltungsbegriffs 17.
 Determinierbarkeit normale 152.
 Deterministische Begründung der Vergeltung 115.
 — Weltanschauung 4.
 Drews 22.
 Einmal ist keinmal 246.
 Einschränkungen der Konsequenzen des Gesinnungsstrafgedankens 200, 206, 228 N. 1.
 Enthüllte Gesinnung 190, 196.
 Entlassung, vorläufige 217.
 Erfolg äußerer 184.
 Erkrankung des Zentralorgans 160 N. 1.
 Ersatzmittel der kurzen Freiheitsstrafe 253 f.
 Erziehungswissenschaft, deren Mangel 260 N. 1.
 Fähigkeiten 177.
 Fehler des positiven Rechts 127.
 Freiheitsstrafe, ihre Gestaltungsfähigkeit 178.
 — kurzzeitige 236 f.
 — Nutzen der kurzzeitigen 238.
 Freirechtliche Bewegung 279.
 Friedensbürgschaft 241.
 Fürsorgeerziehung 259, 261.
 Gefährlichkeit, ihre Mitberücksichtigung 68.
 Gegensätze bei der Strafhöhe 58, 62 f., 87, 197 f., 206 N. 1, 207.
 — der herrschenden Hauptströmungen 1 f.
 Gegenwerte für das Unrecht 40, 45 f., 57 f.
 Geistige Krankheit und Gesundheit 154.
 — Minderwertigkeit 177.
 Gemeingefährlichkeit 149 N. 3, 179 N. 1.
 Generalprävention 137.
 Genugtuungsbedürfnis 22, 24, 136, 141.
 Gerechtigkeit 73 f.
 Gesetzgeber, seine Werturteile 41 f., 57 f.
 Gesinnung, antisoziale, verbrecherische 188, 190.
 —, nach der Tat vorhandene 56 f., 85.
 Gesinnungsstrafe 11.
 —, Folgesätze 144, 151, 188 f., 206, 228, 277 f.
 Gewohnheitsmäßigkeit 61 N. 1, 111 f.
 Gewohnheitstrinker 149 N. 3.
 Heuchelei bei unbestimmten Strafurteilen 221.
 Hippel, v., Vergeltungstheorie 20, 205 N. 1.
 Indeterministische Begründung der Strafe 93.
 Individualisierungsmomente 49 f., 53, 72, 180.
 Internationale Krim. Vereinigung 5 f.
 Irrtum über die Strafbarkeit, seine Bedeutung 67.
 Jugendliche 197, 225, 254 f.
 — und Legalitätsprinzip 271 f.
 — und unbestimmte Strafurteile 226 f.
 — und Zurechnungsfähigkeit 254 f.
 Jungdeutsche Schule 2.
 Justiz und Verwaltung, ihre Trennung 265.
 Kausalgesetz und Willensfreiheit 108.
 Kerler, D. H. 37 N. 2.
 Klassische Schule 2.
 Kollegialgerichte 134, 279.
 Kompromisse 281 f.
 Konsequenzen der Gesinnungsstrafe 144, 151, 188 f., 206, 228, 235, 277.

- Konzessionen der Gesinnungstheorie 200, 206, 207 N. 2, 228 N. 1.
Kuppelei 276.
Kurze Freiheitsstrafe, Einwände dagegen 236 f.
—, Ersatzmittel 239 f., 253 f.
- Legalitätsprinzip, Begriff 270.
— Nutzen 272 f.
— vorgeschlagene Abschwächungen 271.
Liberalismus 277 N. 2, 280 N. 1.
Lindenberg 171 N. 1.
Lohnidee 96.
- Magna Charta 228 N. 1.
Maß, neues der Strafzumessung 189.
Maßprinzip 34, 134.
Maßstab der antisozialen Gesinnung 188.
— des Gesetzgebers 41 f., 52.
Minderwertigkeit, geistige 177.
Minima non curat praetor 240.
- Nachhaft, korrektionelle 208 f.
—, sichernde 151 N. 1.
Ne peccetur 63 N. 2.
Neues Maß der Gesinnungsstrafe 189 f.
Niederschlagungsrecht des Staatsanwalts 277.
Normale Bestimmbarkeit 152 f.
— — Bedenken hiegegen 157 f.
Normative Bedeutung des Vergeltungsbegriffs 17.
Notwendigkeit der Strafe nach der Vergeltungstheorie 90 N. 1, 70 N. 1, 130 N. 1.
Nützlichkeit der Vergeltung 117 f., 124, 144.
- Öffentliches Interesse, Kautschukartigkeit 275.
Öffentlichkeit bei Jugendlichen 265.
- Parallele Ergebnisse der Haupttheorien 68, 175, 180, 193.
Politische Parteien, ihre Stellungnahme 280 N. 1.
Polizeidelikte 199, 240.
Popularanklage 272 N. 1.
Positive Schule 2.
Prävention und Repression als Gegensätze 58, 62, 65 f., 88.
Präventive Wirkung der Vergeltungsstrafe 51, 124.
Privatklage, Erweiterung derselben 267.
Proportionalität nach der Gesinnungsstrafe 134, 204.
Prozessuale Divergenzen 265 f.
Psychiatrisches Ermessen 166, 171 N. 1, 182, N. 1.
- Quia peccatum est 63 N. 2.
- Rache 20, 32 f., 141.
Rechtsgarantien 277 f.
Rechtsgrund der Strafe 93, 115, 135 N. 1.
Reichsgericht, Mitberücksichtigung der Prävention 67 N. 2.
Relative Theorien 7, 117.
Religion und Willensfreiheit 105 f.
Richterliche Aufgabe 66.
Richterliches Ermessen 54, 60, 134, 200 N. 2, 278.
Rückfall 61 N. 1, 111 f.
—, übermäßige Strafschärfungen hiebei 191, 196.

- Schule 3.
Sichernde Maßnahmen 88, 144, 149, 151 N. 1, 179, 211.
— — mit Übelszusatz 144, 145 f., 147 f.
Sicherungsbedürfnis und Vergeltung 68.
Sicherungsstrafe 11.
Soziologische Schule 2.
Spezialprävention beim Strafvollzug 55.
— ihre Berücksichtigung bei den Werturteilen 52 f., 62 f., 67 N. 1.
Strafarbeit ohne Einsperrung 243 N. 1.
Strafe, Begriff 27, 30 f., 119 f.
— als Ersatz 39, 94.
— als Gegenwert 40.
— als Selbstzweck 81.
— als Vergeltung 132 N. 1.
— präventive Wirkung derselben 51, 144.
Strafminima, ihre Abschaffung 52.
Strafmündigkeit, relative 261.
Strafprozessuale Gegensätze 265 f.
Strafunmündigkeit 256.
Strafurteile unbestimmte 206 f.
Strafzumessung nach der künftigen Gefährlichkeit 190 f.
Suspension of sentence 249.
- Talion 20, 46.
Tatbestände, ihre Unterscheidung 229.
Teilnahme 234.
Tesar 58 N. 2, 163 N. 3, 214 N. 2.
Thomsen A. 13.
Trennung von Justiz und Verwaltung 265.
- Übelscharakter der Vergeltungsstrafe 31, 95 N. 1, 143.
Übereinstimmung des Vergeltungs- und Schutzbedürfnisses 68.
Überlegungsfähigkeit 169 f., 254 f., Unbestimmte Strafurteile 206 f.
— —, Bedenken hiegegen 213 f.
— —, Einschränkungen derselben 207 N. 2, 225,
— —, Stellung der Verteidigung hiebei 213.
Ungehorsam in natura nicht ersetzbar 38.
Unmöglichkeit eines Strafmaßes 34 N. 3, 133 N. 1, 202, 221 f.
Unverbesserliche 164, 172.
- Verbrechensbekämpfungsrecht 13.
Vereinfachung von Tatbeständen 229 f.
Vergangenes Delikt als Wertungsobjekt 56 f., 62, 85 f.
Vergeltung, absolute 24.
—, Begriff 14 f., 26, 28, 35 N. 6.
—, Einfluß ders. auf die Straftat 51.
—, irrige Auffassungen derselben 26, 90.
—, sittliche 24, 36, 38.
—, subjektive und objektive 28.
— und Rache 20, 22, 32 f.
— und Spezialprävention, teilweise vereinbar 68 f.
— Zwischenzweck, nicht Endzweck 11, 80, 85 f., 87.
Vergeltungsbedürfnis 23, 66 N. 1, 70 N. 1, 85 f., 139, 228 N. 1.
Vergeltungsidee 28 N. 1.
Vergeltungsstrafe, ihre präventive Wirkung 123 f.

- Verminderte Zurechnungsfähigkeit 176 f.
- — Bedenken gegen einen allgemeinen Begriff derselben 181.
 - Versuch 232.
 - Verteidigung bei unbestimmten Strafurteilen 213.
 - Verteidiger bei verminderter Zurechnungsfähigkeit 181.
 - Verwaltung, deren relativ größere Abhängigkeit 266.
 - Vorläufige Entlassung, Unterschied von unbestimmten Strafurteilen 217.
- Weltanschauung 4.
- Werturteile, Berücksichtigung der Gesinnung 53 N. 1, 57.
- des Gesetzgebers 41.
 - , einzelne 52 f., 60, 196 f.
 - , geläuterte des Volkes 48 f., 202.
 - , ihre Auffindung 29, 41 f., 44, 85, 133 N. 1, 202.
 - , ihre zeitlich räumliche Verschiedenheit 48 N. 1, 67, 203.
 - in bezug auf das vergangene Delikt 56, 196 N. 1.
- Willensfreiheit als Hypothese 100, 103.
- , Argumente dafür 107.
 - , ihre praktische Bedeutung 99 f., 168.
 - und Religion 105 f.
 - Willkür und ihre Fernhaltung 278, 280.
 - Wirkung der Vergeltungsstrafe 51, 124.
- Zeitanschauungen, ihr Einfluß auf das Vergeltungsmaß 45, 48.
- Zentralorgan, seine Erkrankung 160 N. 1.
- Zucker, A. 21, 137 N. 1.
- Zurechnungsfähigkeit 152 f., 160, 169, 254 f.
- , juristische Aufgabe ihrer Umgrenzung 165, 167.
 - nach freiem psychiatrischem Ermessen 166.
 - , verminderte 176 f.
 - , —, Bedenken gegen deren unbeschränkte Anerkennung 181.
- Zustandsverbrecher 192.
- Zwangserziehung 258 f., 262 f.
- Zweckstrafe 10.

Berichtigung:

- S. 35 Zeile 10 v. o. lies (statt „der Verbrechen“): „des Verbrechens“.
- S. 35 Note 4 lies (statt „Bd. 34 S. 24“): „Bd. 34 S. 34“.

Druck von ~~Brettkopf~~ & Härtel in Leipzig.

PROF. DR. FRANTIŠKA STORCHA,
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ.