

54  
0.4.

Die

z u

p h

# Berechnungsfähigkeit

als Frage der Gesetzgebung.

Mit besonderer Rücksicht auf den

Schweizerischen Strafgesetzentwurf.

Eine Replik

von

Dr. F. Gretener,

Professor des Strafrechts in Bern.



Stuttgart.

Verlag von Ferdinand Enke.

1899.

## V o r w o r t.

---

In der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht 1898 S. 51 ff. hat Herr Professor Bürcher eine Entgegnung auf meine Schrift: „Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, Berlin 1897“, veröffentlicht, in welcher er gegen den polemischen Theil dieser Schrift im Namen des Positivismus und des Schweizerischen Vorentwurfs Stellung nimmt. Die Bedeutung, welche dem Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Allgemeinen und der Frage nach der gesetzgeberischen Behandlung der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit im Besonderen zukömmt, scheint mir eine Replik zur Pflicht zu machen. Wenn hierbei der geehrte Gegner es in seiner Entgegnung mehrfach versucht hat, der Logik des „Klassikers“ nachzuhelfen, so wird er diesem ohne Zweifel gestatten, die Ausführungen des „Positivisten“ nach der thatsächlichen Seite hin zu ergänzen. Dann steht vielleicht zu hoffen, daß die Sache des Schweizerischen Strafrechts selber aus diesem Rollenwechsel einigen Nutzen ziehen werde.

Bern, im November 1898.

Gretener.

## Inhaltsübersicht.

---

	Seite
§ 1. Die neuen Horizonte im Strafrecht und der überlieferte Rechtszustand . . . . .	7
§ 2. Zürcher's Theorie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit . . . . .	25
§ 3. Die Behandlung der Zurechnungsunfähigkeit im Schweizerischen Entwurfe . . . . .	34
§ 4. Die Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher . . . . .	58

---

Das erste Erforderniß einer Kriminalgesetzgebung, sowie eines jeden Werkes der Vernunft oder Wissenschaft, ist, daß sie ein Prinzip habe, daß ihr Ein Hauptgedanke zu Grunde liege, den sie planmäßig in dem ganzen Umfange aller einzelnen Bestimmungen verfolgt.

Feuerbach.

## § 1.

### Die neuen Horizonte im Strafrecht und der überlieferte Rechtszustand.

Professor Zürcher hat sich in den „Grundlagen eines einheitlichen Strafrechts“, sowie in seinen „Neuen Horizonten“ als überzeugten Anhänger der Italienischen positiven Schule des Strafrechts bekannt, andererseits in seiner Besprechung von Alimena, I limiti e i modificatori dell' imputabilità (Zeitschrift für Schweizer Strafrecht 1896, S. 94 f.) der sogenannten dritten Schule als einer neuen vermittelnden Richtung keine allzu günstige Prognose gestellt. Ich habe meinerseits in schärfster Weise betont, daß die Zurechnungsfähigkeit als gesetzgeberisches Problem für alle diejenigen ihre Bedeutung eingebüßt habe, welche mit der Italienischen Schule die persönliche Verantwortlichkeit des Menschen leugnen, jeden Verbrecher als anormales Subjekt behandeln, demnach keinen oder dann jeden Uebertreter staatlicher Strafgesetze für zurechnungsfähig erklären müssen. Um so aufrichtiger ist meine Bewunderung für den frischen Wagemuth, womit der Schweizerische Vertreter der Neuen Horizonte im Strafrecht, statt sich eines Urtheils über den Werth oder Unwerth dieser oder jener Behandlung einer legislativen Frage, die von seinem Standpunkte aus überhaupt nicht gestellt werden darf, zu enthalten, als warmer Vertheidiger der vom Schweizerischen Entwurfe befolgten Methode auf den Plan tritt, und

dazu in einem Momente, wo selbst frühere Verfechter dieser Methode dieselbe offen verwerfen. Zürcher setzte sich damit augenscheinlich der Gefahr aus, entweder mit seinen eigenen strafrechtlichen Grundsätzen in offenen Widerspruch zu treten, oder aber Raisonnements zu bieten, welche sich mit den Grundlagen des von ihm vertheidigten Entwurfs in keiner Weise in Einklang bringen lassen.

Mein Gegner hat sich indeß nicht darauf beschränkt, die Vorchriften des Schweizerischen Strafgesetzentwurfs über die Zurechnungsfähigkeit in seiner Art in Schutz zu nehmen; seine „Entgegnung“ gilt gleichzeitig meiner Darlegung der prinzipiellen Gegensätze, welche sich in dem Kampfe der Gegenwart um die Gestaltung der Strafjustiz der Zukunft um die Herrschaft streiten. Der Charakteristik dieser äußersten Gegensätze — und nur dieser — sind in der That die ersten Sätze meiner Schrift gewidmet, und gegenüber dem offenkundigen Bestreben meines Gegners, diese unzweifelhaft vorhandenen Gegensätze künstlich zu verwischen und damit den Schein eines Zusammenhanges seiner strafrechtlichen Anschauungen mit dem überlieferten Rechtszustande zu erwecken, halte ich es für nützlich, den wirklichen Sachverhalt unmittelbar aus den Schriften der Italienischen Positivisten selber festzustellen. Nur um den Italienischen Positivismus, wie er insbesondere von Lombroso, Ferri und Garofalo repräsentirt wird, kann es sich hier handeln, wo die äußersten Gegensätze: grundsätzliche Anerkennung oder grundsätzliche Leugnung der Grundbegriffe des überlieferten Strafrechts, zur Erörterung stehen. Die durchaus verschiedene Frage, ob es zulässig sei, die sämtlichen kriminalistischen Lehren der Gegenwart in die zwei Kategorien des Klassizismus und des Positivismus zu scheiden, ist meines Erachtens schon darum zu verneinen, weil es zahlreiche effektive Theorien giebt. Wenn aber der Schweizerische Popularisator der Italienischen Schule selbst den Unterschied zwischen Klassizismus und Positivismus dahin formulirt, daß jener eine zwecklose Strafe, dieser die Zweckstrafe bedeute — so liegt darin nicht nur eine Verschiebung des Problems, sondern auch eine schiefe Charakteristik der Gerechtigkeitstheorie, in die das Moment der absoluten Zwecklosigkeit gelegt wird.

Im Geiste der Italienischen Schule ist der physio-psycho-

logische Prozeß der menschlichen Handlung lediglich ein Fall des allgemeinen Gesetzes von der Umbildung der Kräfte: l'homme est une machine de transformation des forces. Auch das Verbrechen erscheint demnach als ein natürliches Phänomen, das sich wie Geburt und Tod nach unabänderlichen Naturgesetzen vollzieht. Aus dieser Grundanschauung zieht E. Ferri, das Haupt der Italienischen Schule, mit unerbittlicher Konsequenz und anerkanntem Freimuth die Schlussfolgerungen nicht nur für die Lehre von der strafrechtlichen Zurechnung, sondern auch für die Frage nach Wesen und Zweck der staatlichen Repression.

Man wird ohne Uebertreibung die Italienische Schule als die folgerichtigste Durchführung des absoluten Determinismus und Utilitarismus im Strafrecht bezeichnen dürfen; in jedem Falle zeichnet sie sich vorthellhaft aus vor jenen relativen Theorien, welche die Strafe zu einer Maßregel der Spezialprävention, die in keinem Kausalverhältnis zu der Schuld des Verbrechens steht, degradiren, während sie in der Lehre vom Verbrechen die Willensfreiheit des Menschen zum Ausgangspunkt nehmen und Zurechnung und Zurechnungsfähigkeit im Lichte der überlieferten Anschauungen betrachten. Es darf weiterhin gesagt werden, daß eine größere Beachtung der neuen Richtung und ihres Einflusses auf die internationale Reformbewegung die Diskussion mancher zeitgenössischer Streitfragen des Strafrechts in erprießlicher Weise gefördert haben würde. Für die Klarstellung der Gegensätze aber kommen wesentlich folgende Thesen Ferri's in Betracht, welche der italienische Positivist auch am Genfer Kongreß für Kriminalanthropologie (1896) mit Energie verfochten hat.

Der Verbrecher ist sozial verantwortlich für seine antisozialen Akte, weil er in Gesellschaft lebt: la raison de la responsabilité pénale est toute dans le fait objectif de son existence en société. Die Schuld ist ein der individuellen wie der sozialen Reaktion fremdes Element; nur im uneigentlichen Sinne darf man daher die soziale Vertheidigung als droit de punir bezeichnen. Für die Art der sozialen Reaktion ist die wahrscheinliche Gefahr maßgebend, welche seitens des konkreten verbrecherischen Individuums der Gesellschaft droht, die sogenannte témibilité in Verbindung mit der adaptabilité du criminel au milieu. Der einzelne verbrecherische

Akt kommt nur in Betracht als ein Mittel zur Bestimmung der Anomalie des Verbrechers. Die einzelnen Maßregeln der sozialen Verteidigung sind den verschiedenen Verbrecherklassen anzupassen, und zwar setzt Ferri an die Stelle des *vieux type unique et algébrique du criminel* eine Fünfstheilung aller verbrecherischen Individuen mit Einbeziehung der geisteskranken; sind die Repressionsmaßregeln gegen gefährliche Geistesranke und Idioten anders geartet wie gegen Gesunde, so handelt es sich doch nur um einen Klassen-, nicht um einen Wesensunterschied. Wie im modernen Bewußtsein die Verachtung der Geisteskranken dem Mitleid gewichen ist, so wird sich mit dem Fortschritt der wissenschaftlichen Erkenntnis ein ähnlicher Prozeß in Bezug auf die Verbrecher vollziehen: *il faut dépouiller le mot de crime et de criminel de tout sentiment de haine et de mépris* (Congrès de Genève, Compte-rendu p. 88). Mit den kriminal-anthropologischen Errungenschaften tritt man in die letzte Phase der Entwicklung, der absolute Gegensatz von Verbrechen und Geisteskrankheit schwindet: *fous et criminels rentrent dans la grande famille douloureuse des anormaux, des malades, des dégénérés, des antisociaux.*

Die Aufgabe des Strafrichters der Zukunft wird diesen Anschauungen gemäß nicht mehr in der Feststellung des konkreten Schuldgrades und in der Ausmessung der gerechten Strafe bestehen, sondern in der Erforschung der anthropologischen Kategorie, welcher der Verbrecher angehört, und des Grades der Antisozialität und Wiederanpassungsfähigkeit (Ferri, *Sociologie criminelle*, Paris 1893 p. 433). Comment! prétendez vous qu'il ne faut pas punir différemment celui qui a volé pour mille francs, de celui qui a volé pour vingt centimes? Je réponds que je ne sais pas: ce qu'il importe à la société de savoir c'est lequel de ces deux voleurs est le plus dangereux? Il se pourra bien que le premier soit déclaré plus dangereux que le deuxième; mais, le contraire pourrait arriver également (Garofalo, *Criminologie*, Paris 1888, p. 306). Die Freisprechung Geisteskranker wird ausdrücklich als „absurd und gefährlich“ abgelehnt: *pour nous tous les criminels sont responsables devant la société, qu'ils soient aliénés, passionnés ou criminels nés* (Congrès de Genève, Compte-rendu p. 309).

Aus diesen Sätzen wird jeder vorurtheilsfreie Leser un schwer

entnehmen, inwiefern meine Charakteristik der neuen Richtung den Thatfachen entspricht. Wer wird im Ernste noch vom Standpunkte der „Neuen Horizonte“ das Verbrechen als einen vom öffentlichen Gewissen mißbilligten, schuldhaften Rechtsbruch bezeichnen? Erscheint nicht der einzelne verbrecherische Akt lediglich als ein Symptom antisozialer Neigungen des Individuums? Handelt es sich nicht um die Organisation eines geschlossenen Systems von Maßregeln der sozialen Abwehr gegen gemeingefährliche Individuen jeder Art? Und mit welchem Rechte würde man die Begriffe von Schuld und Zurechnungsfähigkeit in einem Systeme weiter führen, das geistesranke und gesunde Verbrecher gleichmäßig als Glieder der Einen großen Familie der Antisozialen behandelt?

Dem gegenüber erachtet Zürcher das Moment als „entscheidend“, daß die Italienische Schule auch für die Zukunft Gesetze verlange, welche „die neuen Repressivmaßregeln von begangenen bestimmten Handlungen, soweit sie symptomatisch sind, abhängig machen, nicht etwa von symptomatischen Körperbildungen“. Die Beseitigung der Strafgesetzbücher durch den Satz: „Jeder gemeingefährliche Mensch ist im Interesse der Gesamtheit unschädlich zu machen,“ gehöre daher nicht zu den Postulaten der neuen Richtung. Nun ist es zutreffend, daß speziell bei Garofalo, auf den sich Zürcher beruft, der Gesichtspunkt der objektiven Schwere des Verbrechens nach einzelnen Richtungen mehr hervortritt; allein es ist längst und eingehend dargelegt worden, daß sich gerade bei diesem Schriftsteller der Gedanke der Strafgerechtigkeit unwillkürlich Bahn bricht (Geyer, *Grundriß I* S. 20 und insbesondere H. Wulfert, *Die Positive Schule*, Moskau 1887 S. 470 f.). Was E. Ferri betrifft, so zieht er aus dem Grundgedanken der *temibilità del delinquente* folgenden Schluß: *le crime ne sera que la condition pour qu'on puisse procéder et un symptôme, parmi les autres, de la perversité et ré-adaptabilité du criminel, qui, lui, sera vraiment le sujet vivant du jugement. L'acte délictueux ne doit entrer en ligne de compte que comme un des moyens de détermination de l'anomalie du délinquant* (*Sociologie criminelle* p. 410 et 450). Sollte nicht nach dem ursprünglichen Gedanken die Lehre vom Verbrechertypus die Diagnose der Verbrechernaturen in vivo ermöglichen? Mahnt nicht Lombroso

selber, mit der Unschädlichmachung nicht zuzuwarten, bis das Unglück geschehen, d. h. ein Verbrechen begangen ist? Und wie verhält es sich mit den gefährlichen Geisteskranken, die „vor dem Gesetze verantwortlich“ sind? Und so erscheint im Geiste der neuen Richtung, was man auch dagegen einwenden mag, als das primäre Objekt der Untersuchung die verbrecherische Person, der defekte Mensch oder der potentielle Verbrecher, das einzelne Verbrechen aber bietet nur den Anlaß, um die Hand auf den Verbrecher zu legen und ihn, wenn er anpassungsunfähig ist, aus der Gesellschaft auszuschneiden, wenn er aber heilbar ist, ihn zu heilen; kennt doch die Homöopathie nach Lombroso direkte Heilmittel für die verbrecherischen Neigungen, wie z. B. pulsatilla und sulfur gegen den penchant au vol, belladonna, mercurium und nux vomica gegen den penchant homicide! Diese von Brusa, Wulfert und Anderen ausgesprochene Auffassung findet ihre Bestätigung in der Stellungnahme der Italienischen Schule zu den einzelnen strafrechtlichen Lehren (Vorbereitung, Versuch, Anstiftung). Mit Recht betont denn auch Merkel, daß die Gefährlichkeit eines Menschen für die gesellschaftliche Ordnung durch mancherlei Umstände beglaubigt werden könne, welche keinen unserer heutigen Deliktsgedanken anwendbar erscheinen lassen (Vergeltungsidee und Zweckgedanke S. 36 f.).

Aber, wirft Zürcher ein, auch die Besserungstheorie stimmt mit den „Simplizisten“ durchaus überein, daß die einzelne Verbrechensthat auf eine Schwäche oder Verdorbenheit des Charakters zurückzuführen sei; der Gegensatz werde demnach von mir nicht richtig charakterisirt! Zunächst wird es wohl jeden Kundigen befremden, daß mein Gegner die „eminente humane“ Besserungstheorie mit der Italienischen Schule in Wahlverwandtschaft zu bringen versucht, nachdem bekanntlich diese Schule mit ihrer Lehre vom angeborenem Verbrechertum die Milde der überlieferten Strafgesetze für die Zunahme der Verbrechen verantwortlich macht, nachdem Ferri und Garofalo die Besserungstheorie als der Erfahrung offenkundig widersprechend bezeichnen und Zürcher selber sich mit der Hoffnung schmeichelt, daß der rauhe Ernst, der durch die neue Richtung gehe, das Schweizer Volk recht bald auf ihre Seite bringen werde. Wesentlich erscheint aber, daß die her-

vorragendsten Vertreter der Besserungstheorie es sich keineswegs beifallen lassen, das Prinzip der Schuld und der persönlichen Verantwortlichkeit aus dem Strafrecht zu beseitigen, demnach auch das Verbrechen weder als bloßen antisozialen Akt, noch als bloßes Symptom der Besserungsbedürftigkeit des Verbrechers zu behandeln, wie denn Ferri selber den relativen Strafrechtstheorien gegenüber mit Recht auf diesen Mangel eines Zusammenhanges zwischen der Lehre von der Strafe und derjenigen vom Verbrechen aufmerksam gemacht hat (Sociologie criminelle p. 306). Vgl. z. B. aus neuester Zeit J. G. Schaffroth, Geschichte des Bernischen Gefängniswesens, Bern 1898, einerseits S. 6 und andererseits S. 347.

Mein Gegner läßt es sich indeß angelegen sein, die nahe Verwandtschaft, welche zwischen der Gefährlichkeit des Thäters und seiner Schuld bestehe, zu betonen; er bestreitet dem Klassizismus das Recht, die Unterscheidung von Schuld und Nichtschuld „als seine höchste Tugend zu preisen“. Auch der Positivismus kenne die feine Untersuchung der äußeren Verknüpfung eines Erfolges mit dem Thun eines Menschen und das Zurückführen dieses Thuns auf des Thäters selbsteigenes Ich, seine innerste Natur. Ja, diese Untersuchung müsse um so sorgfältiger sein, wo die äußere That nur unter dem Gesichtspunkte eines Charaktersymptoms zur Bestrafung gelange; sie werde um so wichtiger, wenn von ihr Art und Maß der Repression abhängen. Der Klassizismus hinwiederum huldige noch vielfach der Erfolgshaftung und die Vertreter derselben sträuben sich, dem „inneren Schuldmoment“ die ihm gebührende Stelle einzuräumen!

Ich könnte dieser Hereinziehung des Schuldbegriffs gegenüber zunächst auf v. Liszt's bekannte Worte verweisen: wer das Dafürkönnen streicht, der spielt mit Worten, wenn er dennoch von der Schuld des Schlechten spricht, oder mich auf das Urtheil Merkel's beziehen: auf Willensfreiheit, Verantwortlichkeit, Schuld wird es in diesem Strafrecht der Zukunft nicht ankommen, der ganze ethische Unterbau, den das heutige Strafrecht besitzt, wird abgetragen werden! Doch lassen wir auch hier das Haupt der Italienischen Schule zu Worte kommen. La différence fondamentale entre ces théories classiques et celle de l'école positiviste c'est que les Beccaria, Bentham, Romagnosi etc. renferment toujours

dans leurs systèmes, comme critérium et condition supérieure à l'utilité ou nécessité sociale, cette idée de la responsabilité ou culpabilité morale de l'homme, que nous au contraire excluons tout à fait de la fonction défensive sociale. Was soll man dazu sagen, wenn Ferri zur Verdeutlichung des von ihm vertretenen Verursachungsprinzips im Gegensatz zum überlieferten Schuldprinzip sich auf die modernen Haftpflichtgesetze beruft? Hätte die Kluft, welche die neue Richtung vom überlieferten Strafrechte trennt, schärfer beleuchtet werden können?

Wenn nun Zürcher die Untersuchung der sozialen Gefährlichkeit des Individuums als „ebenso fein und schwierig“ bezeichnet, wie die Untersuchung der Schuldfrage, so ist schon mehrfach auf den Mangel an irgendwie zuverlässigen Kriterien für die Existenz, das Maß und die Dauer jener Gefährlichkeit, aber auch auf den gänzlichen Mangel jener Schranken hingewiesen worden, welche für den Bestand der bürgerlichen Freiheit entscheidend sind. Faßt man aber die Frage nach dem Maße der Reaktion ins Auge, so wird zwar von Zürcher wiederholt die Behauptung ausgesprochen, die Abstufung der Strafe nach dem Werthe des angegriffenen Rechtsgutes erfülle in der Regel auch das Erforderniß der Berücksichtigung der verbrecherischen Potenz. Allein das Irrthümliche einer Behauptung wird durch deren Wiederholung nicht beseitigt und daß jene Annahme nicht zutrifft, ist von zahlreichen Kriminalisten auch deterministischer Richtung längst und überzeugend nachgewiesen worden. Es genüge ein Hinweis auf Merkel: „Es ist leicht einzusehen, daß die Abgrenzung und Unterscheidung der Deliktsarten in unseren Gesetzen in der Hauptsache nicht nach diesem Gesichtspunkt gemacht sind und an diesem gemessen nur einen geringen Werth in Anspruch nehmen können. So hat es z. B. diesem gegenüber wenig oder gar keine Bedeutung, ob die Handlung eines Delinquenten die Merkmale eines Diebstahls oder diejenigen einer Unterschlagung an sich trägt. Vor allem aber würden die gesetzlichen Strafmaße anzufechten sein. Denn diese sind ein Ausdruck für Schuldgrößen im Sinne der überlieferten Rechtsanschauungen und lassen zumeist nur einen geringen oder auch gar keinen Zusammenhang mit der Frage erkennen, durch welche Mittel aus einem sozial gefährlichen Menschen ein ungefährlicher

gemacht werden könne. Der symptomatische Werth bestimmter Deliktsarten läßt sich in der Weise unserer gesetzlichen Maßbestimmungen überhaupt nicht zum Ausdruck bringen.“ (Vergeltungs-idee S. 41; drastische Beispiele bei Tagantzeff, Vorlesungen, St. Petersburg 1890, S. 1204.) In Wahrheit führt die von der Italienischen Schule geforderte höchstpersönliche Behandlung des Individuums nach dem Maße seiner Antisozialibilität zur Preisgabe jedes Ebenmaßes zwischen der Schwere des begangenen Verbrechens und der zu verhängenden Strafe; ein Gesetz aber, welches diesen Grundsatz offenkundig verlegt, wird stets als ungerecht empfunden werden und gerade darum nicht nur zwecklos, sondern sogar schädlich sein. Es giebt keine glänzendere Bestätigung der Wahrheit dieses Satzes wie die Thatsache, daß der größte Kriminalist aus dem Anfang dieses Jahrhunderts, A. v. Feuerbach, demselben die Konsequenz seiner Grundgedanken zum Opfer gebracht hat. Vgl. auch Feuerbach's Kritik des Kleinschrobisch'schen Entwurfs 1804 S. 79 und S. 141. Vgl. ferner schon Thibaut, Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie 1802 S. 76 f.: „Die Impulse zum Verbrechen liegen nicht in der Schädlichkeit der Handlung, sondern sie sind die Neigung zu derselben. Nun kann jedes noch so geringe Verbrechen durch die stärksten Impulse veranlaßt, es kann also nothwendig werden, den, dessen Neigung darauf gerichtet ist, durch die stärksten Drohungen zurückzuschrecken. Wer Lust hat, mir ein Haar auszuzupfen, kann sich in einem Gemüthszustande befinden, daß nur die Androhung der Todesstrafe ihn zu schrecken vermag.“

Anders denken die Vertreter der Italienischen Schule, die in der Ueberwindung der hergebrachten Gerechtigkeitsidee die eigenthümliche Größe ihrer Richtung erblicken. Zu ihren obersten Postulaten zählt die Abschaffung des Strafmaßes, der überlebten dosimétrie und die Einführung der *sentence indéterminée* — nach Wach der grundsätzliche Umsturz der bisherigen Strafrechtspflege, nach Gautier das Ideal derselben: *ne pas maintenir en captivité celui qui paraît amendé, ne pas laisser sortir celui, qui paraît encore dangereux, c'est la solution idéale du problème de la pénalité* —; die von den geltenden Gesetzen aufgestellten Milderungsgründe verwandeln sich im Geiste der neuen



Schule zum Theil geradezu in circonstances aggravantes; denn je abnormer das Individuum, desto gefährlicher ist es. La responsabilité, tadelte E. Ferri am geltenden Rechte, diminue ou disparaît justement dans les cas où elle est plus nécessaire, c'est-à-dire dans les cas d'intelligence anormale et partant plus dangereuse! In demselben Geiste hat Zürcher anlässlich der Berathungen des Schweizerischen Entwurfs bemerkt, der geistig mangelhaft Entwickelte oder derjenige, dessen Bewußtsein beeinträchtigt war, sei oft ebenso gefährlich, wie derjenige, welcher im Zustande der Geistesgesundheit und des vollen Bewußtseins gehandelt habe; er beantragte demgemäß die Streichung der Strafmilderung wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit (Protokoll I S. 73). In seiner „Entgegnung“ gleitet er denn auch rasch über das Kapitel der verminderten Zurechnungsfähigkeit und den krassen Widerspruch hinweg, in dem deren Behandlung im Schweizerischen Entwurf zu seinen Grundanschauungen steht. Der Beweis aber ist damit erbracht, daß die Hereinziehung positivistischer Gesichtspunkte in die Fragen des überlieferten Rechts nur Verwirrung und Unsicherheit zur Folge haben könnte.

Gewiß ist Zürcher zunächst beizustimmen, wenn er für die Frage nach der Wahl des Mittels der sozialen Vertheidigung gegen gefährliche Individuen die Frage nach dem Andershandelnkönnen als bedeutungslos erklärt; dagegen bedarf seine Berufung auf den Verfasser des Schweizerischen Entwurfs einer näheren Prüfung. „Die Wahl des Vertheidigungsmittels ist, wie Stooß bezüglich der Behandlung mehrfach Rückfälliger sagt, keine Frage der Handlungsfähigkeit, sondern der Straffähigkeit, auch hier kommt das begangene Verbrechen nur als Symptom in Betracht. Das Symptom führt uns zur Erkenntniß der Krankheit, die Diagnose aber bildet die Grundlage der Prognose.“ Zunächst ist daran zu erinnern, daß der Verfasser des Schweizerischen Entwurfs in der Strafe eine Maßregel der vergeltenden Gerechtigkeit erblickt. „Der Mensch empfindet es als gerecht, daß derjenige, der eine schlechte That begangen, ein Uebel erleide, das im Verhältniß steht zu seinem Verschulden; das Strafrecht will den Schuldigen und nur den Schuldigen bestrafen und zwar im Verhältniß zu seiner Schuld und zu seiner Theilnahme“ (Grundzüge S. 211). Er scheidet

feinerseits mit der gemeinen Meinung Strafe und Sicherungsmaßregel und hält an der Zurechnungsfähigkeit als nothwendiger Voraussetzung der strafrechtlichen Schuld fest. Lassen wir die Frage beiseite, ob Stooß mit dieser Grundanschauung nicht nach gewissen Richtungen in unlösbaren Widerspruch trete: so viel ist unbestreitbar, daß sich der Verfasser des Schweizerischen Entwurfs mit jenen Sätzen als kriminalistischen Antipoden Zürcher's charakterisirt. Aber auch der Schweizerische Entwurf erblickt im Verbrecher nicht bloß ein gefährliches Individuum, im Verbrechen nicht bloß einen antisozialen Akt, in der Strafe nicht bloß soziale Vertheidigung, wie er denn ausdrücklich die Geisteskranken — im Gegensatz zur Italienischen Schule — für schuld- und strafunfähig erklärt und in Art. 38 die Strafzumessung nach dem Maße der Schuld vorschreibt. Was nun speziell die vielfach Rückfälligen betrifft, so hat in der That Stooß dieselben in seinem „Geiste der modernen Strafgesetzgebung“ (Wien 1896) im Hinblick auf ihre Unempfänglichkeit für die Wirkung des Strafvollzuges für strafunfähig erklärt, während er die These Liszt's von der Zurechnungsunfähigkeit der Gewohnheitsverbrecher als einen Angriff auf die Grundlagen des Strafrechts auf's Lebhafteste bekämpft (Schweizerische Zeitschr. f. Strafrecht 1896 S. 417 f.). Der wiederholte (Entwurf vom Jahre 1893), der zehnfache (Entwurf vom Jahre 1894) oder der vielfache Rückfall (Entwurf vom Jahre 1896 Art. 44) entrückt nach Stooß zurechnungsfähige Personen der strafenden Thätigkeit des Staates! Verweilen wir nicht bei der Frage, ob es vom Standpunkt einer rationellen Strafrechtstheorie zulässig sei, von der Vergeltungsidee plöblich zur einseitigsten Spezialprävention überzuspringen; lassen wir hier die Frage unerörtert, ob nicht die von Liszt vertretene These gerade für die Stooß'sche Definition der Zurechnungsfähigkeit — besaß der Thäter zur Zeit der That das Maß der Einsicht und sittlichen Widerstandskraft, das einem erwachsenen Menschen gewöhnlich eigen ist, so war er zurechnungsfähig — zutrefte; der Prüfung bedarf hier nur der von Zürcher ange-rufene Begriff der Strafunfähigkeit. Indem der Verfasser des Schweizerischen Entwurfs die vielfach Rückfälligen als strafunfähig erklärt, lehnt er die Begründung ab, welche Einzelne der Ein-

weisung in die Verwahranstalt zu geben versuchten; darnach würde diese Maßnahme wesentlich Strafe sein oder sich sogar der lebenslänglichen Freiheitsstrafe anreihen und ihrem rechtlichen Charakter nach eine verschärfte Zuchthausstrafe sein. Bei dieser Auffassung wäre freilich schwer verständlich, warum die Verwahrung, selbst bei Verbrechen gegen Leib und Leben — nur auf zehn bis zwanzig Jahre erkannt und die bedingte Entlassung unter bestimmten Voraussetzungen schon nach fünf Jahren eintreten kann (Art. 24 Abs. 3). Aber noch mehr weist die Auffassung des Verfassers auf die Unklarheit des gesetzgeberischen Gedankens hin.

Das Wesen der Strafe besteht nach Stooß in ihrer psychischen Einwirkung auf den Schuldigen, der sie als vergeltende und gerechte Reaktion empfindet; die Fähigkeit, die psychische Wirkung der Strafe zu empfinden, ist nothwendige Voraussetzung der Strafbarkeit. Sie fehlt neben den Jugendlichen insbesondere den vielfach Rückfälligen und daher ist diesen Klassen gegenüber nicht Strafe, sondern Sicherung geboten. Schon v. Liszt hat darauf aufmerksam gemacht, daß nach dieser Begleitung der Schweizerische Richter fanatische Anarchisten, die Helden der Propaganda der That, laufen lassen muß; er kann sie nicht strafen, weil sie der psychischen Wirkung der Strafe nicht zugänglich sind, er kann sie auch nicht verwahren, wenn sie nicht zehnmal oder vielfach rückfällig sind! Wird einerseits übersehen, daß auch Nichtrückfällige für die psychische Wirkung der Strafe unempfindlich sein können, so wird andererseits auch die Besserungsunfähigkeit vielfach Rückfälliger nicht ernst genommen. Nachdem Stooß die Verwahranstalt mit dem Auswurfe der ordentlichen Strafanstalten bevölkert, wird die Erwartung ausgesprochen, daß in zehn bis zwanzig Jahren, in günstigen Fällen schon nach fünf Jahren, ein neues Geschlecht herangewachsen sein werde und „sie selbst in angestrebter Arbeit andere Menschen geworden seien“. So verwandelt sich die Verwahranstalt für die Unschädlichmachung Unverbesserlicher unter den Händen dieser Kriminalpolitik in eine Besserungsanstalt κατ' εὐχην! Die Verwirrung findet, wie v. Liszt (Deutsche Literaturzeitung 1898 S. 720) mit Recht bemerkt, ihren greifbaren Ausdruck in dem zusammenfassenden Satze: „Diese Reformen ersetzen die Strafe durch Maßnahmen, denen gewiß

Strafcharakter zukommt und die von den Fehlbaren als Strafe empfunden werden, die aber ihrem Wesen nach vorwiegend dem Gebiete der Prävention . . . angehören.“ Also diese Maßnahmen stehen einmal im begrifflichen Gegensatz zur Strafe, zweitens haben sie gewiß Strafcharakter und drittens sind sie ihrem Wesen nach vorwiegend doch nicht Strafe, sondern Prävention. Die vielfach Rückfälligen — Stooß behandelt übrigens als sichernde Maßnahmen auch die Einweisung in ein Arbeitshaus, das Trinkerheim und die bedingte Verurtheilung — empfinden nach diesem Gedankengang die sichernden Maßnahmen, die wegen ihrer Strafunsfähigkeit statt der Strafe gegen sie verhängt werden, als Strafe, d. h. als vergeltende und gerechte Reaktion. Die Verwirrung weiter zu treiben, würde in der That schwer sein und auch Zürcher hat leider zur Entwirrung nichts beigetragen.

Wenn v. Liszt seinerseits dem Gesetzgeber vorschlägt, die scharfe Entgegenstellung von Strafe und Sicherungsmaßregeln aufzugeben und im Einzelfalle dem Richter zu überlassen, zwischen beiden zu wählen, so begreifen wir zwar den Widerspruch, den Lammasch in seinem Offenen Briefe an Professor v. Liszt erhebt (Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 92): „wenn Sie auch nur dem Richter für jeden einzelnen Fall die freie Wahl zwischen Strafe und Sicherungsmaßregel anheimstellen, so zerstören Sie damit meiner Ueberzeugung nach die ethischen Fundamente des Strafrechts“; aber dies ändert nichts an der Berechtigung v. Liszt's, welcher die Grundgedanken des Stooß'schen Entwurfs ausdrücklich für die Internationale kriminalistische Union in Anspruch nimmt, sich zur Stütze seiner Ansicht gerade auf jenen Entwurf zu berufen, welcher z. B. vielfach rückfällige Verbrecher für schuldig erklärt, sie aber nur sichernden Maßnahmen unterwirft, der in Art. 9 Satz 2 des Entwurfs vom Jahre 1893 den Satz aufstellte: „die Strafe fällt weg, wenn der Thäter verwahrt oder versorgt wird“, der in Art. 26 dem Richter gestattet, den Schuldigen statt dem Gefängniß der Arbeitsanstalt zu überweisen. So muß der Verfasser des Schweizerischen Entwurfs es sich gefallen lassen, daß sein eigenes Werk zum Zeugen gegen seinen Urheber angerufen wird.

Wenn nun Zürcher im weiteren Verlaufe dem geltenden Rechte mit seiner Voranstellung des äußeren Thatbestandes den Spiegel

seiner eigenen Versündigungen am Schuldbegriff vorhalten will, so ist es in der That zur Genüge bekannt, daß hervorragende Wortführer der modernen Reformbewegung die ungeheuerliche Behauptung in Kurs gesetzt haben, das geltende Recht strafe nur den objektiven Erfolg, während zur Empfehlung der neuen Richtung dienen müsse, daß sie die Gesinnung des Thäters als Objekt der strafrechtlichen Reaktion behandle! An Wahrheitsgehalt steht diese Behauptung auf einer Stufe mit der anderen, ebenso häufig wiederholten These: das überlieferte Recht strafe das Verbrechen statt des Verbrechers! In Wirklichkeit gehört das sogenannte objektive Unrecht in den geltenden Strafgesetzbüchern zu den seltenen Ausnahmefällen, und die hervorragendsten Vertreter der überlieferten Strafrechtswissenschaft sprechen dem fiskalischen und polizeilichen Strafrecht, soweit es vom Erforderniß einer Willensschuld absteht, geradezu den Namen des Strafrechtes ab. Das heutige Recht — und darin scheidet es sich wesentlich von der Moral und der Polizei — straft die äußere That, aber nur sofern sich in ihr der böse oder lässige Wille einer Person ganz oder theilweise verkörpert hat. Vgl. auch S. 16 Note 20 meiner Schrift und dazu R. Saleilles, L'individualisation de la peine. Paris 1898 p. 79: L'école néo-classique est une école subjective et hardiment subjective, s'attachant à la considération de l'individu, tenant compte de la volonté, qui a présidé au crime, appréciant le plus ou moins de culpabilité individuelle de l'agent. Was speziell die von Zürcher angerufene Erfolgshaftung bei Körperverletzungen betrifft, so ist dieselbe nach § 224 des Deutschen Strafgesetzbuches keineswegs unbestritten und es fehlt nicht an Kriminalisten, welche de lata, um so mehr de lege ferenda nur den voraussehbaren Erfolg zu rechnen, so daß die Feststellung des Kausalzusammenhanges zur Zurechnung des schweren Erfolges nicht genügt. Wenn Zürcher dem Schweizerischen Entwurfe nachrühmt, daß er hier das innere Schuldmoment an die ihm gebührende Stelle gesetzt habe, so darf daran erinnert werden, daß die bezüglichen Vorschriften mit der Dreitheilung der Körperverletzungen, ebenso wie die Bestimmungen über Mord und Todtschlag, dem Russischen Entwurf nachgebildet sind, wie dies sich zwar nicht aus den Motiven, dagegen aus der Textvergleichung und außerdem aus der bezüglichen Diskussion im

Schoofe der Kommission ergiebt; dabei hatte aber der Russische Entwurf — nicht der Schweizerische — schon im Allgemeinen Theil Art. 39 die Zurechnung des Zufalls gänzlich ausgeschlossen. Es verdient bemerkt zu werden, daß Wahlberg in seiner Kritik des Russischen Entwurfs zwar das Prinzip des Art. 39 billigt, aber gerade bei der vorsächlichen Körperverletzung mit einem unvorhersehbaren schweren Erfolge eine Ausnahme statuirt wissen will: „bei gewissen, ihrer Natur nach gefährlichen Handlungen müssen selbst nicht voraussehbare Erfolge, die von dem Wissen und Willen des Thäters unabhängig sind, in den Kauf genommen werden — hier wirken Schuld und Zufall zusammen.“ Die Verantwortlichkeit gründet sich auf die Thatsache der schuldhaft geschaffenen Möglichkeit des sich aus der leichten Körperverletzung entwickelnden schweren Erfolges. Vgl. v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht S. 60. Die gegen die Regelung des Schweizerischen Entwurfs geäußerten Bedenken von Meyer von Schauensee (Protokoll I S. 349) rechtfertigen also in keiner Weise den allgemeinen Vorwurf Zürcher's gegenüber dem sogenannten klassischen oder nach Saleilles neuklassischen Rechte. Wenn aber Zürcher's Standpunkt so sehr zur Betonung des „inneren Schuldmomentes“ drängt, so muß es in hohem Grade auffallen, daß er den in der Kommission gestellten Antrag, es möchte die Frage des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als Erforderniß der vorsächlichen Schuld gesetzlich geregelt werden, nicht wirksam unterstützte und damit die Gelegenheit veräußerte, dem Begriff der vorsächlichen Schuld zu seinem Rechte zu verhelfen. Kaum ernst zu nehmen ist vollends die Behauptung Zürcher's, „das Gefühl für das innere Moment, das die Klassiker Schuld nennen“, sei bei Lombroso und Anderen so stark entwickelt, daß sie die fahrlässigen Verbrechen zur Pseudokriminalität rechnen. Läßt sich die Sprache schwerer mißbrauchen, als indem man den Begründer der kriminalanthropologischen Schule, der im Verbrechen nur ein Naturphänomen erblickt, zum Vertreter der Schuldidee im Strafrecht stempelt? Zürcher erklärt seinerseits die Annahme Lombroso's für eine unrichtige Folgerung, ohne uns aber zu verrathen, worin er selber das Schuldmoment der Culpa erblicke; das Dazufürkönnen, ohne welches eine fahrlässige Schuld schlechterdings unbegreiflich wird, erscheint doch wohl

mit der Kriminalpsychologie Fürcher's, der jeden Verbrecher „zur Ehre der Menschheit unter einem bösen Zwange“ handeln läßt, als nicht vereinbar. G. Ferri, welcher übrigens jede Schuld auch dem Namen nach verwirft, gründet die Repression der fahrlässigen Delikte stets und ausschließlich auf die Nothwendigkeit der sozialen Vertheidigung, während ein Willensfehler zu verneinen und nur ein défaut d'intelligence anzunehmen sei.

Legen wir uns nunmehr die Frage vor, ob das schuldlose Strafrecht der Italienischen Schule eine Versöhnung mit dem überlieferten Rechtszustande zulasse, so kann nach dem bisher Dargelegten die Antwort nicht zweifelhaft sein, und insbesondere hat G. Ferri in seiner Sociologie criminelle Gewicht darauf gelegt, jeden Schein einer solchen Möglichkeit zu zerstören. Er will eine neue Wissenschaft, die Kriminalsoziologie, begründen, mit einer radikalen Reform der Methode und des wissenschaftlichen Organismus. Die landläufige Auffassung der Kriminalsoziologie als einer Hilfswissenschaft der Strafrechtswissenschaft geißelt er als larvirten Spiritualismus. Ihre letzte Begründung aber findet die neue Wissenschaft in der naturalistischen Philosophie, welche den Menschen als atome infinitesimal dans l'océan de la vie universelle betrachtet (Sociologie p. 590). Aber auch die Geschichte der Kriminalanthropologen-Kongresse beweist, daß es in der Auffassung von Verbrechen und Strafe irreduktible Gegensätze giebt, die jeder Vermittelung spotten, geht doch die entente collective sur le terrain des faits sofort in die Brüche, sobald es sich um die Deutung dieser Thatfachen und ihre letzte Begründung handelt. Bemerkenswerth ist die Befürchtung, welcher der belgische Justizminister Le Jeune am Genfer Kongreß Ausdruck gab, es möchte die Diskussion der Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit das Ansehen dieser Kongresse schädigen, obwohl Ferri ausdrücklich betonte, diese Frage bilde die Grundfrage der bezüglichen Studien (qui est cependant la question fondamentale de nos études. Comptes-rendus p. 330 et p. 336). Auch die wohlmeinenden Vermittelungsvorschläge von M. Dallemagne — M. M. Lombroso et Naecke ne voudront point sortir d'ici sans avoir à leur tour sacrifié sur l'autel de la réconciliation — sind ohne nachhaltige Wirkung geblieben, wie

die abfällige Beurtheilung des Kongresses durch Naecke zur Genüge beweist (Zeitschr. f. d. ges. Str.R.W. 1897).

Im Schooße der Internationalen Kriminalistischen Union haben die latenten Gegensätze neuestens zu offenem Abfall geführt, und wir sind gegenwärtig Zeugen des Schauspiels, daß in schärfster Weise zur gemeinsamen Abwehr der Liszt'schen Angriffe auf die „Existenz des Strafrechts“ aufgefordert wird von Kriminalisten, die gegenüber seinen schon im Jahre 1893 (Zeitschr. XIII) ausgesprochenen, im Kerne durchaus übereinstimmenden Anschauungen kein Wort des Widerspruchs laut werden ließen. Und doch mußte sich jeder denkende Jurist sagen, daß die Auffassung des Verbrechens als eines „unverschuldeten Unglücks“ mit den heutigen Strafeinrichtungen unvereinbar sei. Was aber den Schweizerischen Vertreter der Italienischen Schule betrifft, so sieht er zwar bereits am Horizonte die Umrisse des Strafrechts der Zukunft emporsteigen, eines Strafrechts, das den „Nutzen der Art“ auf seine Fahne schreibt, das ohne Haß, aber auch ohne Mitleid die schlechten, anpassungsunfähigen Elemente aus der Gesellschaft austößt. Allein noch ist diese neue Aera, die mit der historischen Entwicklung der Schweizerischen Freiheitsrechte seltsam kontrastiren würde, nicht angebrochen, und so entschließt er sich für die „vorläufige“ Beibehaltung der bisherigen Grundlagen des Strafrechts. Verhandlungen d. Schweiz. J.B. 1892. Welch' fälschliche Annahmen hierbei mit unterlaufen, ist bereits dargelegt worden.

Wie sehr im Uebrigen die grundsätzlichen Angriffe auf die heutige Strafrechtspflege der Objektivität ermangeln, geht aus der Thatfache hervor, daß dieselben sich in gänzlich entgegengesetzten Richtungen bewegen. So gründet G. Ferri die Existenzberechtigung seiner Schule auf die Behauptung, daß die klassische Schule seit den Zeiten Beccaria's zu einer stetig fortschreitenden Milde rung der strafrechtlichen Repression und damit zur Ohnmacht der Strafjustiz geführt habe, während Barga in seiner „Abschaffung der Strafknechtschaft“ (1896) die heutige Strafe als Marterstrafe brandmarkt und in scharfem Gegensatz zur Italienischen Schule die Strafrechtsreform durch die „Unterstellung unter das staatliche Schutz-, Hilfs-, Aufsichts- und Bevormundungsrecht“ sich verwirklichen läßt. So wird im Namen derselben „exakten Methode“

einerseits die Brutalität im Strafrecht und andererseits die Sentimentalität gepredigt! Wer würde nicht angefaßt dieser Zerfahrenheit der Meinungen die Resignation begreifen, welche sich in Fragen der Strafgesetzgebung selbst solcher Geister bemächtigt, welche ihren theoretischen Grundanschauungen nach nicht mehr auf dem Boden des überlieferten Strafrechts stehen? „Es gährt und gährt, ob diese Gährung aber in absehbarer Zeit zur Klärung führen wird, das dürfte mindestens sehr zweifelhaft sein. Die Bewegung ist im allzurachen Vorwärtseilen an einem Punkte angelangt, bei dem es zur Entscheidung kommen mußte, ob die Reformbewegung im Stande ist, schon jetzt eine neue Strafgesetzgebung auf ganz neuen Grundlagen zu schaffen, eine Strafgesetzgebung, die mit der gegenwärtigen wenig mehr als nur den Namen gemeinsam haben würde, oder ob sie, in Erkenntniß ihrer Unfähigkeit zu positivem Schaffen in der gegenwärtigen Zeit, auf lange hinaus wieder zurück-sinken muß in die Arme der alten, sogenannten klassischen Strafrechtswissenschaft. Wie die Entscheidung jetzt fallen wird, kann wohl nicht zweifelhaft sein für diejenigen, die mit klarem Blick die Angelegenheit auf Schritt und Tritt verfolgt haben. Im Augenblick der Entscheidung — das hat wohl Mancher vorausgesehen, der, anfangs geblendet von der strahlenden Perspektive, sich hatte mit fortreißen lassen und zunächst lustig eine Zeit lang mitgeschwommen war in dem großen Strom, dann aber zur rechten Zeit umgekehrt ist, als er sah, wie die urtheilslose Menge blind ihren Führern ins Uferlose hinaus folgte —, im Augenblick der Entscheidung fehlt es für das Gebäude zur Zeit an dem festen Grund und Boden, auf dem es errichtet werden könnte, und die Führer suchen durch inhaltslose Worte, mit denen sie heute das verneinen, was sie gestern behaupteten und umgekehrt, oder durch Vorschläge, die im Ergebniß zum Theil den von ihnen selbst aufgestellten Leitsätzen widersprechen, ihre Gefolgschaft über die Thatsache hinwegzutäuschen, daß die gesammte Bewegung in ihren gegenwärtigen letzten Zielen mindestens verfrüht gewesen ist.“ Appellius, Krit. W. J. 1897 S. 573.

## § 2.

## Zürcher's Theorie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.

Die persönliche Verantwortlichkeit des Menschen für seine schuldvollen Thaten ist eine jener Grundthatfachen des ethischen und des Rechtslebens, welche zeitweise verdunkelt, oder als Frage zweiter Ordnung bei Seite geschoben, nie aber aus dem Gemeinbewußtsein der Menschheit verdrängt werden können. Eine rationelle Begründung jener Verantwortlichkeit wird daher stets zu den tiefsten Bedürfnissen des denkenden Geistes zählen. Hierbei muß der Ausspruch Berner's (1843): „An die Vernunft und an die Freiheit muß das Strafgesetz gerichtet sein; auf Vernunft und Freiheit muß auch die Imputationslehre erbaut werden“ — auch heute noch, richtig verstanden, als zutreffend bezeichnet werden, und die zahlreichen Versuche deutscher, französischer, italienischer und russischer Kriminologen aus neuester Zeit, diese Lehre auf andere Grundlagen zu stellen, können uns in diesem Urtheile nicht irre machen. Dieselben laufen entweder auf die Leugnung der Realität des Schuldbegriffs hinaus, oder sie halten die Probe auf ihre praktische Anwendbarkeit nicht aus, oder sie geben endlich einen Begriff der Zurechnungsfähigkeit, der die ausgangsweise gelegnete Willensfreiheit zur nothwendigen Voraussetzung hat. Nicht die psychologischen Elemente des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit sind dem Wandel unterworfen, wohl aber ist unsere Einsicht in die Zustände des gestörten Seelenlebens und der dadurch bedingten psychischen Unfreiheit der Erweiterung und Vertiefung fähig und daher erscheint auch die Lehre von der Zurechnungsunfähigkeit dem Fortschritt zugänglich.

Von Interesse ist, daß Sergejewsky (Russisches Strafrecht S. 221) für die russische Doktrin das Verdienst in Anspruch nimmt, die Abhängigkeit des Begriffes der Zurechnungsfähigkeit vom Strafbegriffe zuerst erkannt zu haben. Die Besserungstheorie müßte darnach — bei konsequenter Durchführung — alle Besserungsunfähigen für zurechnungsunfähig, die Theorie der Unschädlichmachung müßte alle Menschen, ohne Rücksicht auf ihren psychischen Zustand, für zurechnungsfähig erklären. Nun ist es

in der That zutreffend, daß gewisse Strafrechtstheorien des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit logischerweise entzogen können, wie denn der Gedanke der *difesa sociale* die italienischen Positivisten zur gänzlichen Eliminirung desselben geführt und auch v. Liszt, welcher die scharfe Entgegenstellung von Strafe und Sicherungsmaßregel neuestens — im Gegensatz zu seiner früher (Zeitschr. 1893 S. 342) ausgesprochenen Ansicht: „den Geisteskranken behandeln wir medizinisch und nicht pädagogisch. Damit ist die scharfe Unterscheidung des Gefängnisses von der Irrenanstalt gerechtfertigt.“ Vgl. dagegen S. 103 f. meiner Schrift und dazu Ferri, *Sociologie criminelle* p. 375 — preisgiebt, diesen Begriff für überflüssig erklärt. Andererseits kann nicht zugegeben werden, daß der Begriff der Zurechnungsfähigkeit in demjenigen der Straffähigkeit aufgehe, auch spricht sich jede Strafrechtstheorie, welche die nothwendige Rückbeziehung der Strafe auf ein begangenes Verbrechen und damit auf die Schuldfähigkeit des Thäters verleugnet, selber das Urtheil.

Was speziell die deutsche Strafrechtswissenschaft betrifft, so ist es bekannt, daß v. Liszt neuestens dazu gelangt ist, den Begriff der Zurechnungsfähigkeit ohne Bedenken über Bord zu werfen. Lebhafter Widerspruch blieb nicht aus und die Diskussion ist damit an dem Punkte angelangt, wo sie logischerweise von dem Momente an hätte einsetzen müssen, wo dieser Gelehrte das Verbrechen als ein „unverschuldetes Unglück“ und den Verbrecher als „ein Opfer der Verhältnisse“ erklärt hatte. Wenn erst der Münchener Vortrag (Zeitschr. 1897) den bisherigen Kampfgenossen v. Liszt's den Abgrund beleuchtete, an dessen Rand sie ihr Heerführer geleitet, so ist dies nicht gerade ein glänzendes Zeugniß für ihren Weitblick. In Wahrheit hat v. Liszt in dem genannten Vortrage nur die Schlussfolgerungen aus seinen schon früher ausgesprochenen Prämissen gezogen und insbesondere in seiner Antwort an seine Gegner (Zeitschr. 1898) nach mehr als einer Richtung Aussprüche so weitgehender Art gethan, daß sie geeignet erscheinen, den Eintritt der Krisis in dem Streite um die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit zu beschleunigen und damit die Umkehr zu gesunderen Anschauungen anzubahnen. Wenn er im Einzelnen bemerkt, daß das Kriterium der „normalen Bestimmbarkeit durch

Motive“ zur Zurechnungsunfähigkeit der Gewohnheitsverbrecher führe, so anerkennt er nunmehr die Berechtigung der Kritik, welche unter Anderen Janka (*Grundlagen der Strafschuld* S. 58) schon vor mehr als zehn Jahren an der Liszt'schen Formel geübt hat — während noch neuestens Detker, *Zeitschr.* XVII S. 553, auffallenderweise in jener Formel des Räthfels Lösung erblickt. Vgl. auch S. 103 meiner Schrift. Leichter hat sich E. Ferri die Widerlegung gemacht, wenn er bemerkt: *Tout criminel est toujours un anormal, soit transitoirement, soit constamment!*

Die modernen Angriffe auf die Willensfreiheit als Grundlage der Schuld richten übrigens vielfach ihre Spitze so augenscheinlich gegen die Annahme eines realen Willens, führen so nothwendig zur Nullifizirung der menschlichen Persönlichkeit, daß die Reaktion auch von deterministischer Seite nicht ausbleiben konnte. Behauptungen wie diejenige einer Reihe von Kriminalisten, daß alle menschlichen Handlungen unter Einflüssen von „zwingender Gewalt“ stehen, daß der Verbrecher unter einem „bösen Zwange“ handle, daß das Verbrechen „nothwendige Folge der durch Veränderungen in der Außenwelt im Gehirn ausgelösten Nerven-  
erregungen sei“, vermögen glücklicherweise nicht lange ihr Werk der Verwirrung der Geister auszuüben. Aber auch die landläufige *Produkten- oder Resultantentheorie* — auf ihrem Boden steht E. Ferri, wenn er das Verbrechen weder als ausschließliches Erzeugniß des Organismus, noch des sozialen Milieus, sondern als die nothwendige Resultante der Gesamtwirkung dieser Faktoren, als natürliche Wirkung natürlicher Ursachen bezeichnet, und auch v. Liszt (*Zeitschr.* 1898 S. 259) ist über diesen Standpunkt nicht hinausgekommen — verkennt so sehr das Wesen des *Motivs* einerseits und den Antheil der schöpferischen Persönlichkeit an der Bildung des menschlichen Charakters andererseits, daß es als ein Verdienst A. Horn's bezeichnet werden muß, die Wiedereinfügung des Willens in seine Rechte mit Energie verfochten zu haben. Es ist diesem Schriftsteller auch zum deutlichen Bewußtsein gekommen, daß der rationale Begriff der Zurechnungsfähigkeit neben dem rechtlichen Unterscheidungsvermögen auch die Selbstbestimmungsfähigkeit des Individuums erfordert und daß letztere fehlen kann, wo ersteres noch vorhanden ist (*Gerichtssaal*, Bd. LIII

S. 79 f.). Dagegen ist es nicht verständlich, wenn N. Sergejewsky (Russisches Strafrecht III. Aufl. 1896 S. 222 u. Note 132 m. Schr.) sich des tiefgreifenden Unterschiedes nicht bewußt wird, der seinen Begriff der Zurechnungsfähigkeit — neben der Möglichkeit, die Beschaffenheit und die Bedeutung der That zu erkennen, fordert er die Fähigkeit, sich durch das Erkannte, d. h. die Vorstellung der Pflicht, leiten zu lassen — von der Auffassung Glaser's trennt, welcher letzterer Schriftsteller eben das von Sergejewsky behauptete Können bestreitet, den Grund des Verbrechens in einem Defizit an Gewissenkraft erblickt, für das Verbrechen ausschließlich Veranlagung, Erziehung und Erfahrung verantwortlich macht und durchaus logisch die heutige Strafe als ein Unrecht gegenüber dem Einzelindividuum erklärt. Indem Glaser jeden Verbrecher für unfähig erklärt, rechtmäßig zu handeln, leugnet er eben jenen Begriff der Zurechnungsfähigkeit, den Sergejewsky verteidigt.

Doch es ist Zeit, uns der Zürcher'schen Theorie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zuzuwenden, wie er sie zunächst in seinen „Grundlagen eines einheitlichen Rechts“ (1892) vertreten hat. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit stammen nach Zürcher aus einer Zeit, wo die Psychologie und Psychopathologie noch auf einer unentwickelten Stufe standen; der Fortschritt jener Wissenschaften und die Bedürfnisse der Strafrechtspflege fordern eine Umgestaltung der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. Im Anschluß an G. Tarde (*Criminalité comparée*, Paris 1886 p. 144 und *Philosophie pénale*, II. Ed. Paris 1891 p. 83 ff.) will Zürcher den Thäter für sein eigenstes Sein, für sein eigentliches Ich verantwortlich machen; unverantwortlich sei er, wenn eine Geisteskrankheit sein Wesen verändert: „das ist wohl der richtige Ausweg, der bestialisch geborene Mensch ist dann eben strafrechtlich verantwortlich für sein bestialisches Wesen; er kann es ja vielleicht (!) bekämpfen, wenn auch nicht mehr dann, wenn die Versuchung des Verbrechens an ihn herantritt.“

Ich fürchte sehr, daß weder die Fortschritte der Psychopathologie noch die Bedürfnisse der Strafrechtspflege diesen „Ausweg“ rechtfertigen; es will mir sogar scheinen, mein Gegner hätte besser

gethan, auch hier der Fahne der Italienischen Schule treu zu bleiben, statt in den Schatten der französischen Strafrechtsphilosophie zu flüchten. Aber freilich, das Wagniß schien ihm zu kühn, und wohl auch mit dem Volksgewissen, das er mit ebenso viel Emphase wie wenig Verechtigung gegen die herrschende Strafrechtswissenschaft anruft, zu wenig vereinbar, um mit der Italienischen Schule den Begriff der imputabilità gänzlich fallen zu lassen und die Unabhängigkeit der difesa sociale von den condizioni di mente zu proklamiren. Statt dessen will Zürcher an Hergebrachtes anknüpfen; der Thäter soll strafrechtlich nur für sein „eigentliches Ich“ haften, er soll nicht verantwortlich sein, wenn „sein Ich nicht gehandelt hat“. Der Mensch hat — anders ausgedrückt — für seine angeborene Eigenart, das Ausleben seiner Natur einzustehen. Allein Herz und Kopf werden sich stets dagegen auflehnen, den Menschen für Dinge verantwortlich zu machen und zu strafen, für die er nichts kann; man kann v. Liszt (*Zeitschr.* 1898 S. 261) nur zustimmen, wenn er den analogen Versuch deutscher Kriminalisten, die Begriffe von Schuld und Vergeltung auf die Fähigkeit des Individuums, seiner Eigenart gemäß zu handeln, zu gründen, als verfehlt und ein Strafgesetz, das den Grundsatz proklamiren wollte: „jedem Lebewesen ist beschieden, die Vortheile zu genießen und die Nachtheile zu erdulden, die sich unter vorhandenen Verhältnissen aus seiner konkreten Eigenart ergeben“ (van Calfer, *Strafrecht und Ethik*, 1897 S. 22) — als Rückfall in die roheste und thörichteste Barbarei bezeichnet.

Aber Zürcher ist es offenbar weit weniger um die philosophische Begründung der Begriffs der Verantwortlichkeit zu thun, wie um den Versuch einer plausiblen Erklärung der Thatsache, daß die Gesetzbücher aller zivilisirten Staaten zwischen zurechnungsfähigen und zurechnungsunfähigen Personen unterscheiden und den Geisteskranken der letzteren Kategorie einreihen. In dieser Beziehung aber trifft die scharfe Kritik, welche Ferri (*Sociologie criminelle* p. 381 f.) an Tarde geübt, gegenüber Zürcher in erhöhtem Maße zu. In der That reicht der Mangel der identité personnelle zwar aus, um die Zurechnungsunfähigkeit bei gewissen, nicht allen Formen der erworbenen Geisteskrankheit zu erklären, während dieses Kriterium auf angeborenen Blödsinn in keiner

Weise zutrifft, da Blödsinnige von Geburt durchaus ihrer angeborenen Eigenart gemäß handeln. Mit demselben Recht, mit dem Zürcher den geborenen Verbrecher für strafrechtlich verantwortlich erklärt, könnte er den Idioten dem Strafgesetz unterwerfen. Es ist klar, daß eine andere Lösung nur gewonnen werden kann, wenn zugleich die weitere Frage gestellt wird: worin besteht denn die Eigenart, das eigentliche Wesen des zurechnungsfähigen Menschen? Wer dieses in die Vernunft und Selbstbestimmungsfähigkeit setzt, für den wird über die strafrechtliche Behandlung der genannten Fälle kein Zweifel aufkommen.

Dazu tritt aber noch ein Zweites. Tarde gehört zu denjenigen Strafrechtsphilosophen deterministischer Richtung, welche am Begriff der moralischen und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit festhalten. Als Bedingung derselben bezeichnet er neben der identité personnelle auch die similitude sociale. Das letztere Kriterium aber führt unvermeidlich zu demjenigen Ergebnis, welches Zürcher perhorresziert und für welches er die überlieferte Zurechnungslehre verantwortlich macht — zu der strafrechtlichen Unverantwortlichkeit des „bestialisch geborenen Menschen“, sobald man nur mit der Italienischen Schule erwägt, daß la tendance congénitale au crime constitue la dissemblance la plus profonde et radicale dans ce qui a la plus grande valeur sociale parmi les hommes, c'est-à-dire le sens moral. Wenn Tarde, um dieser Konsequenz auszuweichen, behauptet: on ne peut admettre chez le criminel né une dissemblance radicale avec les autres hommes, so hat schon Ferri einen solchen Ausweg als zu willkürlich bezeichnet, um demselben wissenschaftlichen Werth beizumessen. Zürcher aber — und darauf kommt es hier an — steht in der Beurtheilung der geborenen Verbrecher, dieser „uns wenig verwandten Kreaturen“, auf dem Boden der Italienischen Schule. Die Zurechnungsunfähigkeit der genannten Verbrecherklasse behauptet übrigens trotz seines fortgeschrittenen Standpunktes auch Foiniksy (Lehre von der Strafe. St. Petersburg 1889 S. 42 f.). Indem dieser Gelehrte die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit mit demjenigen von den Faktoren des Verbrechens in Beziehung setzt, sucht er jenen seltsamen Dualismus zu überwinden, welcher zwar das Verbrechen als Produkt unpersönlicher Faktoren, die Strafe

aber als eine höchst persönliche Reaktion auffaßt; der genannte Kriminalist scheidet demnach persönliche und unpersönliche Faktoren des Verbrechens und bezeichnet jene Personen, deren Thätigkeit sich aus unpersönlichen Faktoren erklärt, für zurechnungsunfähig. Personen von defekter, sei es angeborener, sei es erworbener Organisation, stehen nach seiner Darlegung außerhalb des Strafrechts.

Endlich sei die Frage aufgeworfen, ob Zürcher den reinigen Verbrecher mit Tarde als strafrechtlich nicht verantwortlich behandeln will, weil er „anderer Mensch“ geworden, oder etwa mit Ferri freisprechen will, weil die soziale Vertheidigung cessiren muß, wo die Gefahr nicht mehr besteht? Wer aber sieht bei alledem nicht die Widersprüche und Unklarheiten, in die man geräth, wenn man die überlieferten Begriffe von „Zurechnungsfähigkeit“ und „Verantwortlichkeit“ mit den Italienischen Grundanschauungen in einen äußeren, mechanischen Zusammenhang zu bringen sucht, statt dieselben als unwissenschaftlich aus dem Strafgesetzbuch der Zukunft zu verbannen und mit der Italienischen Schule offen zu erklären: l'ancienne notion de la responsabilité est bien morte: la tâche du sociologue ce n'est pas de la galvaniser, mais de chercher ce qui prendra sa place dans la conscience vive de l'humanité!

Diesem Rathschlage zuwider hat Zürcher in der genannten „Grundlagen eines einheitlichen Rechtes“ dem Gesetzgeber eine Formel der Zurechnungsunfähigkeit zur Verfügung gestellt, welche sich „möglichst an Bestehendes“ anlehnt, sich aber in keiner Weise aus dem an die Spitze seiner Erörterung gestellten allgemeinen Prinzipie ableiten läßt. Neben Geisteskranken werden auch Blödsinnige, die „besonderer Pflege und Fürsorge bedürfen“, für zurechnungsunfähig erklärt, ferner Personen, die sich im Momente der That in einem „Zustande aufgehobener oder gestörter Sinnes-thätigkeit“ befanden, sofern die Sinnes-thätigkeit nicht erst durch den Gedanken an die That aufgehoben oder gestört worden ist. Sehen wir davon ab, daß Zürcher neuestens nur Zustände, die eine „gewisse Dauer“ haben, als Gründe der Zurechnungsunfähigkeit behandelt, so ist so viel klar, daß diese Formel in ihrem ersten Theil zu eng und in ihrem zweiten Theil zu weit und unbestimmt ist; denn auch Schwachsinnige, Taubstumme können je nach der Natur der Handlung zurechnungsunfähig sein und andererseits



kann nicht jede Störung der Sinnesthätigkeit an sich schon die Zurechnungsfähigkeit aufheben.

In den „Neuen Horizonten“ sagt sich nun Zürcher von der hergebrachten Unterscheidung von Zurechnungsfähigen und Zurechnungsunfähigen los und in seiner „Entgegnung“ räumt er ein, daß der Positivismus mit den Begriffen der Zurechnungsfähigkeit und Zurechnungsunfähigkeit nichts anzufangen weiß. „Für die Lösung der Frage, ob sich die Gesellschaft des Thäters zu erwehren habe oder nicht, genügt die Feststellung, daß die That aus dem Mangel oder aus der Schwäche der nothwendigen altruistischen Gefühle erwachsen sei; nur dann halten wir den Thäter für gefährlich.“ Wenn er trotzdem mit den Anordnungen des Schweizerischen Entwurfs einverstanden ist, so erklärt sich dies aus folgenden Gründen. Zunächst beruhigt Zürcher sein positivistisches Gewissen durch den Hinweis, daß hier als Zustände der Zurechnungsunfähigkeit nur solche angesehen werden, die in der That eine andere Repression als Gefängnißhaft und Geldstrafen erfordern. Ich fürchte sehr, daß eine solche Betrachtungsweise eher gegen, wie für die Nichtigkeit der Regelung der Frage der Zurechnungsfähigkeit im Schweizerischen Entwurf spricht; ergibt eine speziellere Untersuchung, daß nach dem Schweizerischen Entwurf zurechnungsunfähige Personen als zurechnungsfähig zu behandeln sind, so heißt dies, daß Schuldunfähige, unter Verletzung der Grundregeln der Gerechtigkeit, der staatlichen Strafe zu unterwerfen sind. Der Trost aber, den uns der Positivist zu bieten vermag: die Hauptsache sei der Schutz der Gesellschaft vor gefährlichen Individuen, vermag uns so lange nicht über diese Ungerechtigkeit hinwegzuhelfen, als wir auf dem Gebiete des Rechtslebens an dem Sage festhalten, daß der Zweck nicht das Mittel heiligt. Jedenfalls ist klarzustellen, daß Geistesgesunde nach dem Schweizerischen Entwurf nicht bloß einer anderen Repression unterworfen werden, wie Geistesranke, sondern einer spezifisch verschiedenen Maßregel, der staatlichen Strafe, welche vom Verfasser des Entwurfs als ein Akt der vergeltenden Gerechtigkeit gefaßt wird. An der Wesensverschiedenheit der Strafen und der sichernden Maßnahmen vermag auch die Thatsache nichts zu ändern, daß die „Anordnung der anderweitigen Repressionsmaßregeln in

die Hand des Richters gelegt wird“. Diese richterliche Anordnung der sichernden Maßnahmen gegen gemeingefährliche Geistesranke ist für Zürcher ein weiterer Grund für die Billigung des Entwurfs, sie kann indeß nur denjenigen als gänzlich neu erscheinen, denen die Bestimmungen des Niederländ. Str.G.B. Art. 37 Abf. 2, des Russ. Str.G.B. Art. 95, des Russ. Entwurfs Art. 36, 2 (1895 Art. 33, 2) — vgl. ferner Bern. Str.G.B. Art. 47 und Eidgen. Militär-Str.G.D. Art. 162, endlich Art. 46, 2 des Ital. Str.G.B. — unbekannt geblieben sind. Auch bleibt die Thatsache bestehen, daß die bezügliche Bestimmung des Russischen Entwurfs seiner Zeit von v. Liszt hart angefochten worden ist (S. 25 meiner Schrift) und daß andererseits die Neuerung des Schweizerischen Entwurfs, wonach neben Gründen der öffentlichen Sicherheit auch „Gründe des Wohls“ die Behandlung und Versorgung in einer Heil- oder Pflegeanstalt selbst gegen den Willen des Versorgten rechtfertigen sollen, durchaus nicht einwandfrei ist. Vgl. Meyer v. Schauensee, Zur Geschichte und Kritik des Stoof'schen Entwurfs S. 45.

Ueber den tiefen Zwiespalt, der in der Behandlung der verminderten Zurechnungsfähigkeit zwischen den Vorschriften des Schweizerischen Entwurfs und seinen positivistischen Anschauungen besteht, kann sich auch Zürcher so wenig hinwegtäuschen, daß er es als nicht „in seiner Aufgabe liegend“ bezeichnet, den Entwurf in dieser Richtung zu vertheidigen. Aus „Kriminalpolitischen Gesichtspunkten“ aber billigt er im Ganzen die Anordnungen des Entwurfs. Wunderbare Kraft der Kriminalpolitik! Sie hat schon früher meinem Gegner treffliche Dienste geleistet und scheint auch jetzt wieder berufen, gegenüber den Angriffen der Formaljurisprudenz siegreich in die Bresche zu treten! Sie darf der „Logik der Begriffe“ entzogen und sich an derjenigen der Thatsachen ein Genüge leisten. Fragen wir aber nach dem Inhalt der Zürcher'schen Kriminalpolitik, so erfahren wir von ihm bei anderem Anlasse, daß es sich um die Wissenschaft von den Ursachen und Wirkungen des Verbrechens und von den Methoden seiner Bekämpfung handelt. Dies ist, bei Lichte betrachtet, nichts mehr und nichts weniger als die von Ferri als Kriminalsoziologie bezeichnete Wissenschaft, welche nach Ansicht der Italiener die heutige Straf-

rechtswissenschaft ersehen soll. Wer erinnert sich dabei nicht der Kritik, welche Ferri an der Identifizierung der Kriminalpolitik mit der Kriminalsoziologie in Liszt's *Traité scolastique de droit pénal* geübt hat? Vom Standpunkt der Italienischen Schule ist nur die theoretische und die angewandte Kriminalsoziologie zu unterscheiden, in dem Sinne, daß die letztere die praktische Kunst bezeichnet, die allgemeinen Ergebnisse der Kriminalsoziologie den speziellen Bedürfnissen des Landes und der gegebenen Zeitperode anzupassen. Diese Anpassung aber darf vernünftigerweise nie zur Preisgabe der obersten Grundsätze führen.

§ 3.

Die Behandlung der Zurechnungsunfähigkeit im Schweizerischen Entwurfe.

Ich habe die Bestimmungen des Schweizerischen Entwurfs über die Zurechnungsfähigkeit unter dem doppelten Gesichtspunkte angefochten, daß sie einerseits zur Bestrafung zurechnungsunfähiger Personen führen müsse, daß sie andererseits dem ärztlichen Experten eine Stellung zuweisen, welche ihm nicht zukommt. Beides wird von Zürcher rundweg bestritten und der Behandlung dieses Problems im Schweizerischen Entwurf vor derjenigen im Russischen und Norwegischen Entwurfe unbedingt der Vorzug gegeben.

Zunächst fällt auf, daß Zürcher die vom Verfasser des Schweizerischen Entwurfs und der Mehrheit der Expertenkommission ins Feld geführten Argumente mit keiner Silbe erwähnt. Danach wird einmal der Vorgang der romanischen Gesetze angerufen, aber, wie S. 23 meiner Schrift nachgewiesen worden, völlig zu Unrecht. Es wird weiterhin geltend gemacht, daß die Irrenärzte mit einer allgemeinen Definition der Zurechnungsfähigkeit nichts anzufangen wissen; diese Erwägung fielen nur ins Gewicht unter der Voraussetzung, daß sich in dieser Gesetzgebungsfrage einzig die sogenannte biologische Methode, Aufzählung der Zustände der Zurechnungsunfähigkeit und die Bestimmung des Begriffes der Zurechnungsunfähigkeit durch psychologische Merkmale gegenüber-

des Russischen und Norwegischen Entwurfs in Frage kommt, oder endlich auch die Methode des Niederländischen Str.G.B. Art. 37 Abf. 1. (Vgl. S. 17 und S. 34 f. meiner Schrift.) Die Berufung auf die Vorschläge der Schweizerischen Irrenärzte erweist sich bei näherem Zusehen so wenig als durchschlagend, daß der zweite Satz des betreffenden Vorschlages in seiner unverkürzten Gestalt auch die Fälle deckt, in denen Zurechnungsunfähigkeit gegeben sein kann, ohne daß Geisteskrankheit, Blödsinn oder Bewußtlosigkeit vorhanden wäre. Vgl. S. 62 f. meiner Schrift. Die Irrenärzte selber sprechen dem Richter die endgültige Entscheidung zu und stellen die Forderung, daß der ärztliche Experte die von ihm konstatierten Thatsachen auch für Nichtspezialisten verständlich machen soll, während die Deutung dieser Thatsachen zur richterlichen Kompetenz gehören soll. Vgl. S. 37 meiner Schrift. Sie setzen damit augenscheinlich einen Begriff der Zurechnungsunfähigkeit mit bestimmten Merkmalen voraus, während der Schweizerische Entwurf solche Merkmale nicht kennt, sondern die Frage ein- für allemal gesetzlich dahin entschieden hat, daß Zurechnungsunfähigkeit stets und nur in den Fällen von Geisteskrankheit, Blödsinn und Bewußtlosigkeit angenommen werden dürfe.

Doch hören wir unseren Gegner in dieser Kardinalfrage! „Es fehlt an irgend welchen tatsächlichen Nachweisen, daß es außer den aufgezählten Zuständen noch andere gebe, bei denen es wünschbar wäre, die Zurechnung zur Schuld abzuschneiden. Der einzige Hinweis, den wir finden, nämlich auf hypnotische Zustände, ist nicht überzeugend.“ Dieser Zürcher'schen Darstellung gegenüber ist aber festzustellen, daß ich S. 51 f. meiner Schrift in erster Linie auf Fälle von krankhafter Störung der Geistesthätigkeit, die nicht als „eigentliche“ Geisteskrankheit erscheinen, auf Schwachfönn, Taubstummheit, Bewußtfeinstrübungen, wie z. B. Schlastrunkenheit, hingewiesen, in denen je nach dem Grade des betreffenden Geisteszustandes und der Natur der begangenen Handlung die Zurechnungsfähigkeit des Individuums entfallen kann. Nur in zweiter Linie habe ich auf die forensisch weniger wichtigen Fälle des isolirten, von jeder Berührung mit der Außenwelt abgeschlossenen Aufwachsens, der Wildheit und endlich auf die Fälle der hypnotischen Suggestion aufmerksam gemacht. Im Uebrigen

kann es nicht auf die bloße „Wünschbarkeit“ ankommen, diese Fälle möglicher Zurechnungsunfähigkeit im Gesetze hervorzuheben oder eine Formel zu wählen, welche dieselben deckt, sondern zu prüfen ist die Frage, ob der vom Schweizerischen Entwurf ausdrücklich erhobene Anspruch auf eine genaue und erschöpfende Aufzählung der Zustände der Zurechnungsunfähigkeit begründet sei oder nicht. Aber freilich setzt diese Prüfung ihrerseits eine Verständigung über den Begriff der Zurechnungsfähigkeit selber voraus, und eine solche Verständigung ist selbstverständlich mit einem Gegner ausgeschlossen, der mit diesem überlieferten Begriffe „nichts anzufangen weiß“, welcher die „Losfrage von der hergebrachten Unterscheidung von Zurechnungsfähigen und Zurechnungsunfähigen“ proklamirt und demgemäß auch keine Bedenken trägt, in seiner „Entgegnung“ an die Stelle der „Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage“ die „Zurechnung als Gesetzgebungsfrage“ zu setzen, als ob das Urtheil, das in jeder Zurechnung einer Handlung steckt, mit dem Geisteszustande, der die Schuldfähigkeit begründet, indentifiziert werden könnte.

Glücklicherweise kann es aber auch hier nicht darauf ankommen, mit meinem Gegner einen wissenschaftlichen Streit auszufechten, für den es an einem gemeinsamen Boden fehlt. Jedes Gesetzgebungswerk ist in seinen Einzelbestimmungen zugleich aus dem Geiste des Ganzen heraus zu beurtheilen, und so kann die entscheidende Frage nur dahin lauten: steht der Schweizerische Entwurf grundsätzlich auf dem Boden des überlieferten Rechts, und wenn ja, ist dessen Aufzählung der Gründe der Zurechnungsunfähigkeit nach Maßgabe des heutigen Standes der Wissenschaft der zweifelhaften Geisteszustände als erschöpfend oder als lückenhaft zu bezeichnen? Bedenkt man nun, daß der Verfasser des Schweizerischen Entwurfs das Wesen der Strafe in die Vergeltung setzt, daß Geistesranke als zurechnungs- und strafunfähig bloßen Sicherungsmaßregeln unterworfen sind, so wird man die erste Frage unbedingt bejahen müssen, wie denn auch die Stellung des Art. 11 und das Marginale „Zurechnungsunfähigkeit“ direkt darauf hinweist, daß die Zurechnungsfähigkeit als Voraussetzung der Schuld zu fassen ist; die vom Entwurf gewählte Behandlung bedeutet demgemäß keine grundstürzende Neuerung, sondern eine bestimmte Methode legislativer

Regelung des Problems der Zurechnungsfähigkeit, für welche das Vorbild im Code pénal gegeben war. Sollte hierüber noch ein Zweifel bestehen bleiben, so hat der Verfasser des Entwurfs dafür Sorge getragen, denselben zu zerstreuen, indem er die bezügliche Bestimmung ausdrücklich dahin erläutert: „War die Einsicht oder die sittliche Widerstandskraft — durch Geisteskrankheit, Blödsinn oder Bewußtlosigkeit — aufgehoben, so war der Thäter unzurechnungsfähig“ (Schweizerische Zeitschr. f. Strafrecht 1896, S. 429). Sehen wir davon ab, daß dieser Begriff an die Stelle der Fähigkeit zur Einsicht die Einsicht setzt — auch eine fahrlässige Schuld setzt Zurechnungsfähigkeit voraus —, daß ferner in keiner Weise angedeutet ist, worauf sich die Einsicht beziehen müsse, so ist doch so viel unzweifelhaft, daß hier psychologische Merkmale der Zurechnungsfähigkeit aufgestellt werden, der Begriff somit anerkannt wird.

Was aber die zweite Frage betrifft, so habe ich nicht die Absicht, das auf S. 54 f. meiner Schrift Gesagte hier zu wiederholen, und betone nur, daß die hervorragendsten Psychiater der Gegenwart nicht eindringlich genug vor der Ueberschätzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Schwachsinniger warnen können. Selbst beim mäßig Schwachsinnigen kann ein starker Affekt zur völligen Geistesverwirrung führen. Vgl. Dr. A. Leppmann, Die Sachverständigen-Thätigkeit bei Seelenstörungen. Berlin 1890, S. 85. „Die Richter haben durchgehends von dem Geisteszustande schwachsinniger Personen nur eine ganz unbestimmte Vorstellung. Daß solche Personen sehr beschränkt seien, bezweifeln sie natürlich nicht, sträuben sich aber meistens gegen das Zugeständniß, daß die Beschränktheit groß genug sei, um die Zurechnungsfähigkeit auszuschließen. Der Mangel an übersinnlichen Vorstellungen, namentlich an solchen, welche das Pflichtgefühl bedingen, muß die Zurechnungsfähigkeit aufheben“ (Reifen). In Bezug auf die Bewußtseinsstörungen verweise ich auf die treffliche Schrift von Dr. D. Schwarzer, Die Bewußtlosigkeitszustände als Strafausschließungsgründe. Tübingen 1878. Unter Bewußtlosigkeit, führt dieser Psychiater aus, versteht man im gemeinen Leben sowohl als in der Wissenschaft ein gänzlich, obwohl stets nur vorübergehendes Pauzieren aller seelischen Thätigkeit. Eine solche Bewußtlosigkeit findet erfahrungsgemäß ausnahmslos nur im tiefsten, traumlosen

Schlaf, in der Ohnmacht, bei einigen schweren Körperkrankheiten und im Vollrausche statt. Eine Handlung in Bewußtlosigkeit ist schon wegen der mangelnden Aktionsfähigkeit nach außen unmöglich; nicht nur die Willensfreiheit, sondern der Wille selbst ist aufgehoben. Es ist daher seit dem Bestande des Menschengeschlechts noch niemals eine Handlung in bewußtlosem Zustand verübt worden. Der Ausdruck Bewußtlosigkeit ist daher ganz unpassend gewählt, und es kann damit nur eine Bewußtseinsstörung verstanden sein, welche so erheblich ist, daß durch sie die Willensfreiheit des Thäters in Bezug auf die fragliche That ausgeschlossen erscheint. Als mögliche Gründe der Zurechnungsunfähigkeit erscheinen im Einzelnen Sinnestäuschungen, Illusionen, Visionen, bei Körperkrankheiten auftretende Delirien, Berausungszustände, Traum-Halluzinationen, Schlaftrunkenheit, Somnambulismus, hochgradige Affekte und Sinnesverwirrung.

Aber, meint Zürcher, nunmehr unter stillschweigendem Zugeständniß möglicher Lücken, sind denn nicht die Sätze über Vorsatz und Fahrlässigkeit da? verlangt nicht der Entwurf im Falle der Bejahung der Zurechnungsfähigkeitsfrage noch eine Untersuchung der Schuldfrage? Darauf ist zweierlei zu antworten. Zunächst handelt es sich um die in der Praxis ebenso häufigen wie schwierigen Fälle, wo die Aktionsfreiheit scheinbar unbehindert ist, der Thäter mit Ueberlegung der ihm zu Gebote stehenden Mittel gehandelt und die Handlung anscheinend eine vorsätzliche war; nicht die richterliche Feststellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern die mit Hilfe Sachverständiger gepflogene Untersuchung des Geisteszustandes des Thäters zur Zeit der That und die Entscheidung der Frage, ob derselbe mit Unterscheidungsvermögen und freier Selbstbestimmung gehandelt habe, vermag hier dem Falle gerecht zu werden. „Wir würden uns nicht verwundern dürfen, wenn manche Richter, sich selbst überlassen, die Bedeutung der psychischen Abnormitäten weit unterschätzten, wenn z. B. Einzelne sogar, wie dies ja früher wirklich geschehen ist, Jeden für zurechnungsfähig erklärten, der die Zahl vorgehaltener Finger richtig anzugeben vermochte“ (Jessen). Freilich hat uns Zürcher über seine Haltung gegenüber den Italienschen Reformvorschlägen, betreffend die Befähigung zum Strafrichteramt, nicht aufgeklärt; wir wissen nicht, ob

er mit der Italienschen Schule die Scheidung der Laufbahn des Strafrichters von derjenigen des Zivilrichters, spezielle Studien über Anthropologie, Statistik und Soziologie, Einrichtung von Kriminalkliniken an den Hochschulen behufs wissenschaftlicher Untersuchung und methodischer Beobachtung der Verbrecher verlangt! Im bejahenden Falle würde nichts entgegenstehen, auch die Psychiatrie in den Kreis jener Spezialstudien einzufügen, wie denn zweifellos schon dem heutigen Strafrichter eine gewisse Kenntniß der gerichtlichen Psychopathologie dringend Noth thut. Die größere Lebenserfahrung allein, welche den Schweizerischen Richter nach Stoob (Gerichtssaal 55, S. 222) auszeichnet, wird zur Lösung der hier in Betracht fallenden Aufgaben nicht genügen; auch steht die gegenwärtig vielfach betonte Nothwendigkeit, ein populär geschriebenes Strafgesetzbuch mit spezieller Berücksichtigung der reichen Schätze des kantonalen Rechts und der Schweizerischen Eigenart zu schaffen, in etwelchem Gegensatz zu der jenen Reformplänen zu Grunde liegenden Auffassung der strafrichterlichen Aufgabe.

Sodann übersieht aber Zürcher gänzlich, daß der Entwurf in seinen Vorschriften über die verminderte Zurechnungsfähigkeit sämtliche Fälle bloßer Beeinträchtigung der geistigen Gesundheit, oder des Bewußtseins, ebenso wie die Zustände mangelhafter geistiger Entwicklung als Gründe der Strafmilderung behandelt, demnach die Frage der Zurechnungsunfähigkeit ein- für allemal verneint. Für den Richter ist demnach ohne Verletzung der formellen Vorschriften des Gesetzes jede Möglichkeit ausgeschlossen, in solchen Fällen unter Umständen wegen Zurechnungsunfähigkeit freizusprechen.

Mit der letzteren Bemerkung ist auch bereits der Einwand Zürcher's in das richtige Licht gesetzt: es handle sich um Uebergangerscheinungen, „etwas freies Ermessen des Richters ist dabei überall notwendig“. Es ist freilich eine Binsenwahrheit, daß die Geisteszustände, welche die Zurechnungsfähigkeit ausschließen können, unzählige, unmerklich in einander übergehende Zwischenzustände aufweisen. Dies zieht aus dieser unleugbaren Thatsache der Psychiatrie den Schluß, daß es allgemein gültige Merkmale der Zurechnungsfähigkeit nicht geben könne; sein Schluß wäre berechtigt, wenn die Begriffe der Zurechnungsunfähigkeit und der Geistes-

führung identisch wären, während eine solche Identifizierung mit Sergejewky als ein für den Kriminalisten und den Gerichtsarzt der Gegenwart unverzeihlicher Irrthum bezeichnet werden müßte. In Wahrheit folgt aus dem Umstande, daß die in Frage stehenden Umstände fließende Uebergänge aufweisen, nur die Nothwendigkeit einer konkreten Prüfung des Einflusses jener Geisteszustände auf die Zurechnungsfähigkeit des Thäters an der Hand psychologisch-juristischer Kriterien, damit aber zugleich die Unhaltbarkeit der vom Schweizerischen Entwurf befolgten Methode. Wenn nun aber der Verfasser des Entwurfs denselben dahin erläutert, Geisteskrankheit bedeute „ernste Erkrankung der Psyche“, die „höhere Stufe der Geisteskrankheit“, die „eigentliche Geisteskrankheit“, während die verminderte Zurechnungsfähigkeit auf „Geisteskrankheiten geringeren Grades“ sich beziehe — so anerkennt auch Appellius (a. a. D. S. 579), daß dieß doch kaum mehr als Worte sein dürften; wenn Stooß weiterhin selber die Unmöglichkeit zugiebt, Geisteskrankheit vom Zustande beeinträchtigter Gesundheit scharf abzugrenzen, aber glaubt, daß der Arzt die Grenze finden werde, wenn er sich die Frage vorlege, ob der Zustand des Thäters eine Bestrafung zulasse oder nicht —, so „liegt darin ein Widerspruch. Außerdem hat G. vollkommen Recht, wenn er von seinem Standpunkt aus hierzu bemerkt, daß es sich bei der Frage nach der Zurechnungsfähigkeit in erster Linie nicht sowohl darum handle, ob der Angeklagte in eine Strafanstalt oder in ein Irrenhaus gehöre, sondern daß die Prüfung zunächst doch den Zweck verfolge, die Schuldfähigkeit des Thäters zur Zeit der That festzustellen.“

Der Natur der in Frage stehenden Zustände gemäß sind zwei Gruppen von einander zu unterscheiden: die eine Gruppe von Zuständen — wie Kindheit, Geisteskrankheit im eigentlichen Sinne des Wortes, Blödsinn und Bewußtlosigkeit — schließen die Zurechnungsfähigkeit schlechtweg und in allen Fällen aus, die andere Gruppe erfordert eine Untersuchung ihres Grades und auch der Natur der begangenen Handlung. Ich habe bereits S. 51 meiner Schrift betont, daß moderne Entwürfe, wie der Aargauische, § 114, und der Norwegische, § 44, es nicht einmal für nothwendig erachteten, die unzweifelhaften Fälle des Blödsinns, der Bewußtlosigkeit und der eigentlichen Geisteskrankheit hervorzuheben, während

sie der zweiten Gruppe eine eingehende Behandlung angedeihen lassen; der Schweizerische Entwurf nennt dagegen nur jene und behandelt die letzteren durchgehends als Gründe der verminderten Zurechnungsfähigkeit. So führt der Entwurf genau zu dem umgekehrten Resultate wie die moderne Erforschung der zweifelhaften Geisteszustände: während diese uns die Einsicht in Zustände geistiger Unfreiheit vermittelt, die früher als solche nicht erkannt waren, so verengert der Entwurf den Kreis der möglichen Gründe der Zurechnungsunfähigkeit selbst gegenüber der Großzahl der geltenden Strafgesetzbücher. Die Lücken des Entwurfs dadurch ergänzen zu wollen, daß man die Ausdrücke Geisteskrankheit, Bewußtlosigkeit und Blödsinn in einem weiteren, uneigentlichen Sinne interpretiren würde, ohne zugleich behufs Bezeichnung der Grenzen der möglichen Ausdehnung die Kriterien der Zurechnungsunfähigkeit gesetzlich zu fixiren, hieße der Willkür auf diesem wichtigen Gebiete Thür und Thor öffnen; denn so viel steht andererseits fest, daß nicht jede Geistesstörung im weiteren Sinne, nicht jeder Schwachsinn, jede Bewußtseinsstörung, jede Taubstummheit die Zurechnungsfähigkeit ausschließen kann. Wenn es nicht an ärztlichen Stimmen fehlt, welche jedes Verbrechen auf Geistesstörung zurückführen; wenn man Raisonnements hört wie folgendes: die Verbrecher bilden stets nur einen Bruchtheil der Bevölkerung, ein Theil derselben ist nachweislich geisteskrank, also ist es auch der Rest derselben — so begreift man die gesetzgeberische Nothwendigkeit, dafür zu sorgen, daß der Strafrechtspflege des Staates nicht der Boden unter den Füßen weggezogen werde.

Ein Punkt bedarf noch der Erörterung. Einzelne Psychiater und Kriminalisten haben zwar für die Zustände der Bewußtseinsstörung und der Unzulänglichkeit der Verstandeskräfte die Nothwendigkeit eines psychologischen Kriteriums unumwunden anerkannt, dagegen die Befürchtung ausgesprochen, es möchte die Methode des Russischen Entwurfs zur Annahme der sogenannten partiellen Zurechnungsfähigkeit führen, während Geistesranke stets als zurechnungsfähig zu erklären seien, weil „kein Irrenarzt im Stande ist, mit Sicherheit zu sagen, ob der Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit für die Begehung der That ohne Einfluß oder von welchem Einfluß er darauf gewesen ist“ (Appellius a. a. D. S. 577).

Nun habe ich bereits S. 40 meiner Schrift mich gegen die Annahme einer partiellen Zurechnungsfähigkeit von Geisteskranken im eigentlichen Sinne des Wortes ausgesprochen, wie auch v. Krafft-Ebing, Lehrbuch S. 11, dieselbe ablehnt. Allein diese Ablehnung hindert den genannten Psychiater nicht, andererseits zu betonen, daß es hier nicht stets ein aut — aut giebt (Lehrbuch S. 22) und daß nicht jede krankhafte Störung der Geistesthätigkeit oder Geisteskrankheit im weiteren Sinne die Zurechnungsfähigkeit aufhebe, und andere Irrenärzte haben sich in demselben Sinne ausgesprochen. „Mit dem Urtheil, ob der Explorat geisteskrank sei oder nicht, könnte sich der Richter in allen solchen Kriminalfällen begnügen, wo es sich um eine unzweifelhafte Geisteskrankheit handelt. Allein noch ist man nicht darüber eingekommen, welche Geistesstörungen vor Gericht etwa ausschließlich als Geisteskrankheiten bezeichnet werden dürften. Wenn man nicht etwa voraussetzen dürfte, daß der Sachverständige nur diejenigen Geistesstörungen als Geisteskrankheiten bezeichnen würde, welche die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, so würde der Ausdruck „Geisteskrankheit“ kein Maß für den Grad der geistigen Störung an die Hand geben. Eine krankhafte Störung der Geistesthätigkeit kann ja so unbedeutend sein, daß sie die freie Willensbestimmung kaum zu beeinträchtigen, geschweige denn aufzuheben geeignet wäre. Wenn der Richter weiter nichts erführe, als daß irgendwelche Geistesstörung existirte, nicht auch über ihre Beschaffenheit und ihren Grad unterrichtet würde, so würde ihm gar nicht die Möglichkeit gewährt, einen Schluß auf die Zurechnungsfähigkeit zu machen. Eine solche Erklärung sagt so gut wie gar nichts, wenn gleich die entgegengesetzte, nämlich daß keine Geistesstörung vorhanden sei, sehr viel sagt (Jessen, Die gerichtsarztliche Aufgabe bei Feststellung der Zurechnungsfähigkeit S. 246; vgl. auch C. Liman, Zweifelhafte Geisteszustände S. 7).

Die Bedeutung eines psychologischen Kriteriums der Zurechnungsfähigkeit kann demzufolge in Bezug auf die genannten Geisteszustände nur darin liegen, dem Sachverständigen und dem Richter in zweifelhaften Fällen eine leitende Norm an die Hand zu geben (vgl. auch Kandinsky, Nagosin und Skrzezka S. 38 und S. 52 meiner Schrift), während bei erwiesener eigentlicher Geisteskrankheit zur Zeit der That nicht noch ein besonderer

Nachweis der Unfreiheit in Bezug auf die spezielle That erfordert, vielmehr der Schluß auf Zurechnungsunfähigkeit ein selbstverständlicher ist. Gerade um dieser Ansicht im Gesetze zum Ausdruck zu verhelfen, hat der Text des Russischen Entwurfs bei dem Willensmoment ähnlich wie das Deutsche Str.G.B. eine Beziehung zur konkreten Handlung nicht gefordert (Verba „ihre Handlungen — postupkami — nicht beherrschen konnte“). Diese Formulierung ist ihrerseits allerdings nicht einwandfrei und ich habe deshalb dem Ausdruck „Fähigkeit der Selbstbestimmung“ oder „Fähigkeit der Selbstbeherrschung“ den Vorzug gegeben. Die Formel des Russischen Entwurfs könnte in der That — abgesehen von den S. 136 meiner Schrift geäußerten Bedenken — den Schluß nahe legen, daß der Beweis der mangelnden Freiheit wenigstens in Bezug auf die spezielle That zur Zurechnungsunfähigkeit nicht genüge, welche Annahme vom Entwurf II des Deutschen Str.G.B.'s mit Recht zurückgewiesen wurde. Vgl. Note 160 meiner Schrift und Schwarzer, a. a. O. S. 15: „Bemerken wollen wir noch, daß es zur Ausschließung der Zurechnung nicht erfordert wird, daß der Wille nach allen Richtungen ein unfreier sei, daß es genüge, wenn nur im konkreten Fall die That mit Willensunfreiheit begangen wurde.“

Wir kommen zu der Frage nach der Aufgabe der Sachverständigen. Die bezüglichlichen Ausführungen meines Gegners ignoriren zum Theil die vom Verfasser des Entwurfs und von Zürcher selber in der Kommission gethanen Äußerungen — darnach ist die Frage der Zurechnungsfähigkeit im Grunde eine medizinische und es ist „die ganze Sache den Medizinern zu überlassen, während die Anträge Scherb und Gretener den Juristen etwas retten wollen“ —, zum Theil legen sie mir Ansichten bei, die mir nachweislich gänzlich ferne lagen; in der Hauptsache aber verkennen sie das Verhältniß der Abhängigkeit, in welchem der Umfang der Aufgabe der Sachverständigen und die Stellung derselben zur strafgesetzlichen Regelung der Zurechnungsfähigkeit selber steht. „Auch wenn die Voraussetzungen der Zurechnungsunfähigkeit der Mangel an der zur Erkenntniß der Strafbarkeit nöthigen Einsicht oder der Mangel an der Fähigkeit freier Selbstbestimmung wären, so wären das Alles noch keine juristischen Begriffe, sondern Thatfachen, zu deren Bezeichnung durchaus psychologische Begriffe verwendet werden

und zu deren Feststellung der Richter in den meisten Fällen mindestens ebenso sehr der Sachverständigen bedürfte, als zur Feststellung, daß er in dem Angeklagten einen Narren vor sich habe.“ Als ob ich nicht, S. 28 f. meiner Schrift, den Begriff der Zurechnungsfähigkeit als einen psychologisch-juristischen Begriff bezeichnet hätte, dessen Elemente bestimmte psychische Fähigkeiten bilden und als ob ich nicht weiterhin, S. 29 und S. 192 meiner Schrift, ausdrücklich hervorgehoben hätte, daß die gerichtsarztliche Aufgabe weiter reiche wie die rein irrenärztliche, daß der gerichtliche Experte auch den Einfluß der krankhaften Störung auf die psychischen Fähigkeiten des Thäters so klarzulegen habe, daß die richterliche Frage nach der vorhandenen oder fehlenden Zurechnungsfähigkeit unschwer beantwortet werden kann. Damit ist die Auffassung unzweideutig abgelehnt, wonach zwischen Arzt und Richter eine Theilung der Arbeit in dem Sinne stattzufinden habe, daß der erstere nur das Vorhandensein irgend welcher Störung oder von Blödsinn oder Schwachsinne festzustellen habe. Auch Jessen, welcher das Urtheil des ärztlichen Sachverständigen über die Selbstbestimmungsfähigkeit des Geistesgestörten nicht bloß als Ausdruck einer rein persönlichen Ansicht, sondern als Urtheil eines Sachverständigen behandelt wissen will, anerkennt andererseits, daß dadurch das Recht und die Pflicht des Richters, über die Richtigkeit des Urtheils zu entscheiden und zwar nach eigenen Schlußfolgerungen, nicht aufgehoben wird. *Le médecin doit démontrer que cet état mental est anormal, de nature pathologique, et capable d'annuler le libre arbitre. Le juge appréciera* (Lacassagne). Gerade darum war die in der Kommission gefallene Aeußerung: die Zurechnungsfähigkeit sei eine medizinische Frage, zurückzuweisen, da sie den Arzt an die Stelle des Richters setzt, außerdem aber den Irrthum nahelegt — dem noch neuestens Saleilles a. a. D. S. 75 und S. 129 zum Opfer gefallen ist — als ob sämtliche Gründe der Zurechnungsunfähigkeit pathologischer Natur seien.

In der Hauptsache nun ist in Uebereinstimmung mit Lauterburg (Zeitschr. des Bern. J. B. 1897 S. 164 f.) festzustellen, daß die Vertheilung der Funktionen zwischen Richter und Arzt im einzelnen Strafprozeß wesentlich durch die gesetzgeberische Behandlung des Problems bedingt ist. Nach dem von der Schweizerischen

Expertenkommission gebilligten System präsumirt der Gesetzgeber den Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit in unwiderleglicher Weise, sobald bestimmte Zustände gegeben sind; sobald und nur wenn Geisteskrankheit, Blödsinn und Bewußtlosigkeit festgestellt ist, ist Strafflosigkeit gegeben. Hinter diesen Zuständen steht weder für den Sachverständigen noch für den Richter ein psychologisch-juristischer Begriff der Zurechnungsfähigkeit, somit hat weder dieser noch jener sich mit dessen Elementen oder auch mit der Natur der begangenen Handlung zu befassen. Sobald der Arzt „Geisteskrankheit“ feststellt, muß der Richter unweigerlich auf Freisprechung erkennen, auch dann, wenn er sich aus dem Gutachten von der Zurechnungsunfähigkeit des Angeklagten nicht überzeugen kann; denn es handelt sich um einen spezifisch medizinischen Begriff und an die technisch-medizinischen Ausführungen des Gutachtens ist der Richter, von offenbaren Widersprüchen abgesehen, gebunden. *La preuve à fournir porte donc sur des questions de diagnostic pathologique. Donc, rien de plus simple. Le médecin légiste n'aura qu'à se prononcer sur l'existence ou non de la folie. C'est un fait de sa compétence* (Saleilles, a. a. D. S. 74). Wie sehr sichts diese Behandlungsweise von der Auffassung erfahrener Gerichtsärzte ab, welche die bloße Feststellung einer Geistesstörung oder einer Geisteskrankheit im weiteren Sinne des Wortes für die Zwecke des Richters als werthlos bezeichnen, wenn das Gutachten nicht zugleich die nöthigen Anhaltspunkte für die Beurtheilung der Selbstbestimmungsfähigkeit des Geistesgestörten enthalte; wie wenig trifft andererseits die Ansicht einzelner Kriminalisten, wie Mittermaier's (Deutsche Literaturzeitung 1897 S. 1149) zu, welche beide Methoden der Behandlung der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit als wesentlich gleichwerthig bezeichnen! Wollte man jedoch gesetzliche Garantien schaffen, um die Aufgabe der ärztlichen Experten auf die Feststellung eigentlicher Geisteskrankheit oder von Blödsinn und Bewußtlosigkeit im strengen Wortsinne zu beschränken, würde die richterliche Fragestellung in diesem Sinne begrenzt, so wäre zwar der Gefahr einer willkürlichen Ausdehnung vorgebeugt, andererseits aber würde die nothwendige Folge die Bejahung der Zurechnungsfähigkeit in Fällen sein, wo dieselbe der Natur der Sache nach ohne Zweifel zu verneinen wäre. Es sind mir denn auch Fälle bekannt, wo der Arzt

seiner gerechten Verwunderung darüber Ausdruck gab, daß ihm ausschließlich die Frage betreffend Blödsinn vorgelegt wurde, während diese Frage unzweifelhaft negativ zu beantworten, trotzdem aber wegen vorhandenen Schwachsinns etwa in Verbindung mit einem konkurrierenden Affekt die Zurechnungsfähigkeit zu verneinen war.

\* \* \*

In der Bekämpfung der Methode des Schweizerischen Entwurfs wittert Zürcher vor Allem das Bestreben, das Erforderniß der Willensfreiheit, und wäre es auch nur einer begrenzten und bedingten, in die Schuldlehre hineinzubringen und „um dieses Grundes willen“ erklärt er uns den Krieg. Während eine Reihe von Kriminalisten deterministischer Richtung noch in jüngster Zeit ausdrücklich dagegen Verwahrung einlegten, daß das „willensfreie“ Strafrecht von den Indeterministen als ausschließliches Eigenthum in Anspruch genommen werde, so wünscht Zürcher gänzliche Ausrottung der ebenso unsichern wie schädlichen Lehre von der menschlichen Willensfreiheit. Er gehört nicht zu der Klasse jener Gelehrten, die sich in der Illusion gefallen, die Leugnung der Willensfreiheit sei ohne alle praktische Bedeutung und darin hat er zweifellos Recht. Ob er aber das Rechtsbewußtsein des Schweizervolkes auf seiner Seite hat, wenn er die Fahne des Fatalismus im Strafrecht entfaltet — darauf läuft der Zürcher'sche Determinismus hinaus — ist eine andere Frage. Bemerkenswerth bleibt in dieser Beziehung der Ausspruch des für die Sache der Schweizerischen Rechtseinheit zu früh verstorbenen Nationalraths Häberlin am Juristentag zu Frauenfeld: das Schweizervolk werde nie ein Strafgesetzbuch ohne Willensfreiheit annehmen, und noch bestimmter hat sich neuestens Professor C. Gilty (Polit. Jahrbuch 1898 „Vergeltung“ und Ansprache in der Museumsversammlung vom 9. November 1898) in diesem Sinne ausgesprochen. Ganz unzweifelhaft scheint mir das Eine, daß von dem Momente an, wo Zürcher's Annahme, jeder Verbrecher handle unter einem „bösen Zwange“, zum Glaubensbekenntniß des Schweizervolkes geworden, der Gerechtigkeitsfönn des Schweizerischen Strafrichters sich dagegen auflehnen wird, fernerhin überhaupt eine Verurtheilung zu entehrender Kriminalstrafe auszusprechen. Oder glaubt Jemand im Ernste, daß

im Zeitalter der sozialen Gesetzgebung jene Strafrechtsphilosophie zur Herrschaft gelangen könnte, wonach der Staat ohne Schuld strafen soll, weil die Gerechtigkeit nicht von dieser Welt und die Natur nur das Recht des Stärkern kennt? Ist es nicht viel wahrscheinlicher, daß der gesunde Sinn des Schweizerischen Volksrichters dem Beispiele L. Proal's folgen würde, welcher auf Grund einer langjährigen richterlichen Thätigkeit erklärt: „Cette croyance au libre arbitre des accusés me parait si bien le fondement de la pénalité, qu'il me serait impossible de prononcer une condamnation et par suite de conserver mes fonctions, si je cessais de croire à la responsabilité morale des criminels (Le crime et la peine. Paris 1892 p. 402). Es erscheint daher vollkommen begreiflich, wenn der Zentralpräsident des Schweizerischen Grütlivereins am Zentralfest von Neuenburg (1893) seine strafrechtlichen Postulate in folgende Sätze zusammenfaßte: Da die Gesellschaft allein schuld ist, wenn eines ihrer Glieder sich am Eigenthum vergreift, so geht auch dem Staate das Recht zur Strafe im eigentlichen Sinne ab. Da der Verbrecher unter Einflüssen handelt, die von seinem Willen unabhängig sind, so muß das Verbrechen als anormaler Zustand der Person, der Rückfällige als unheilbar behandelt werden. Die Gesellschaft hat ihre Schutzmaßregeln gegen das Verbrechertum zu treffen, aber nichts in den Gefängnissen darf an ein System der Strafen erinnern; die unglücklichen Gefangenen sollen mit all' dem Komfort umgeben sein, den man Kranken zu Theil werden läßt.

Zürcher gibt seiner Verwunderung Ausdruck, daß „der Mann, der mit der Wucht seiner Logik die Thatsachen zu meistern gewohnt ist, hier den Thatsachen eine halbe Konzession macht“, weil ich mich gegen die Identifizierung der Willensfreiheit mit dem absoluten Indifferentismus ausspreche. Ich will nicht untersuchen, ob gerade ein Vertreter der kriminalanthropologischen Schule berufen sei, auf die „Logik der Thatsachen“ zu pochen, nachdem die Geschichte der Lombroso'schen Entdeckungen sich wie eine heißende Satyre auf die exakte Methode liest, derart, daß das kritische Werk A. Baer's: Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung (Leipzig 1893), als eine große „Abräumarbeit“ bezeichnet werden konnte (Kieger). Es genüge in dieser Beziehung der Hinweis,



daß ein so besonnener Forscher wie Kirn (Bibliothek der gesammten medizinischen Wissenschaften 1898 S. 511 f.) die Ergebnisse seiner kritischen Studien in folgende Negationen Lombroso'scher Entdeckungen zusammenfaßt: 1. Das Verbrechertum beruht nicht auf Atavismus; 2. Ein charakteristischer Verbrechertypus existirt nicht; 3. Wir können auch nicht von einem geborenen Verbrecher reden; 4. Das Verbrechertum als solches ist nicht vererbbar; 5. Der habituelle psychische Zustand des Verbrechers entspricht durchaus nicht dem Krankheitsbilde der Moral-Insanity; 6. Degenerationszeichen haben nur, wenn mehrfach vorhanden, eine gewisse Bedeutung, sie beweisen aber auch dann nicht mehr, als eine gewisse Minderwerthigkeit höhern oder geringern Grades; 7. Die angeborenen Abweichungen im Bau von Schädel und Gehirn der Verbrecher entsprechen vollkommen denjenigen, welche bei ehrbaren Menschen aus psychopathischen Familien und bei Idioten beobachtet werden. Die Logik der Thatfachen rechtfertigt jedenfalls in keiner Weise die These Zürcher's, daß jeder Verbrecher ein anormales Subjekt sei und unter einem bösen Zwange handle; noch unhaltbarer wäre die Annahme, als ob die italienische Kriminalanthropologie das Freiheitsproblem im Sinne dieser rohen Zwangslehre aufgeklärt habe. Den Beweis hat diese Schule dagegen neuerdings erbracht, daß eine bloße Thatfahenhäufung nicht ohne Weiteres eine Vertiefung der wissenschaftlichen Einsicht bedeutet.

In der Frage nach der philosophischen Begründung der Schuld-idee wird man den Thatfachen nicht weniger wie der Logik Rechnung tragen, wenn man nicht alle Formen des Indeterminismus einerseits und des Determinismus andererseits rückfichtlich ihrer Leistungsfähigkeit für die ethischen und strafrechtlichen Bedürfnisse auf eine und dieselbe Stufe stellt und das Freiheitsproblem nicht einfach mit Zürcher in die Frage kleidet: Willfür oder Zwang? Unvereinbar mit den Begriffen Verdienst und Schuld erscheint neben dem mechanisch-physischen und dem mechanisch-psychischen Determinismus die weitverbreitete Produktentheorie, wie denn diese neuerdings selbst von zahlreichen Vertretern des Determinismus entschieden abgelehnt wird. Andererseits kann nicht geleugnet werden, daß der absolute Indifferentismus jene Gefahren für die Möglichkeit der Zurechnung in sich birgt, welche von vielen Deter-

ministern auf Rechnung der Willensfreiheit überhaupt gesetzt werden; auch fehlt die von den Gesetzen anerkannte Periode der relativen Zurechnungsfähigkeit die Möglichkeit der Entwicklung, die Anerkennung von Gründen der Zurechnungsfähigkeit die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Willensfreiheit nothwendig voraus. So verbleibt denn noch der Standpunkt der bedingten Willensfreiheit, wie dieselbe von dem relativen Determinismus und dem relativen Indeterminismus vertreten wird (S. 85 und S. 90 meiner Schrift). Wenn aber behauptet wird, die Freiheit, welche der Strafgesetzgeber beim Verbrecher voraussetze, sei nicht die indeterministische, so wird der Kriminalist der Gegenwart nicht außer Acht lassen, daß für seine Zwecke in erster Linie Alles darauf ankommt, daß der Schuldbegriff anerkannt wird, während der philosophische Streit, wie derselbe zu rechtfertigen sei, ihn erst in zweiter Linie berührt. Zieht er sodann in Betracht, daß zahlreiche Vertreter des Determinismus unter Betonung des schöpferischen Elementes im Seelenleben am „Dafürkönnen“ oder auch am „Andersseinkönnen“ festhalten und erklären, daß „die Bedingungen für eine teleologische Betrachtung in Bezug auf die Willenshandlungen völlig zu Recht bestehen, auch der psycho-physische Organismus niemals einfacher Durchgangspunkt für kausale Zusammenhänge sei“ (D. Külpe, Einleitung in die Philosophie. Leipzig 1898 S. 173), so erhellt für ihn jedenfalls zur Genüge, daß damit nicht weniger wie die Auffassung der Freiheit als Willfür auch jene Anschauung abgelehnt ist, wonach „die Umstände den Verbrecher zur That zwingen“ und das Verbrechen ein „unverschuldetes Unglück“ ist. Wenn sich weiterhin dem Kriminalisten die Nothwendigkeit eines rationalen Begriffes der Zurechnungsfähigkeit aufdrängt, so zeigt sich auch hier, daß von angesehenen Deterministen wie Volkmann, in wesentlichem Einklang mit Binding (Normen II S. 69) und in scharfem Gegensatz zu Zürcher, als wesentliche Elemente derselben anerkannt werden: einerseits die Fähigkeit, die rechtlichen Vorschriften als bindende Normen des Handelns zu erkennen und andererseits die Fähigkeit, sein Wollen nach den erkannten oder erkennbaren Normen zu bestimmen, anders ausgedrückt, das rechtliche Unterscheidungsvermögen und die Selbstbestimmungsfähigkeit.

13-62  
oh?

Noch mehr als die Unsicherheit der Lehre von der Willensfreiheit ist es aber die Unwahrheit ihrer Anwendung, was Zürcher veranlaßt, der Forderung eines psychologisch-juristischen Begriffs der Zurechnungsfähigkeit entgegenzutreten. „Es ist eine grobe Selbsttäuschung und eine Täuschung Anderer, wenn behauptet wird, der Richter vermöge festzustellen, ob im einzelnen Falle der Thäter die Fähigkeit hatte, sein Thun zu beherrschen. Es muß einmal gesagt werden: es ist lauter Humbug, diese richterliche Feststellung der Wahlfreiheit des Angeklagten im Einzelfall.“ Während ich S. 68 meiner Schrift ausdrücklich zugestanden habe, daß die Willensfreiheit im positiven Sinne mit logischer Nöthigung nicht nachgewiesen werden könne, so schreibt mir Zürcher die Ansicht zu, daß der Strafrichter im Einzelfall befähigt sei, diese Aufgabe zu lösen! Auch Saleilles a. a. D. p. 80 geht augenscheinlich von der Annahme aus, es handle sich im einzelnen Strafprozeß um die Feststellung der Willensfreiheit im metaphysischen Sinne und wirft hiergegen ein: la liberté, en soi, n'est même pas susceptible de démonstration et de preuves scientifiques; elle échappe à tout moyen d'investigation scientifique. Meines Erachtens hätte eine ernstere Auffassung der Pflichten eines Berichterstatters es nahelegen sollen, dem Leser auch die bezüglichen Ausführungen S. 69 und S. 135 f. meiner Schrift vorzulegen; das Mißverständnis, welches jener von Zürcher an die Adresse der heutigen Strafrechtspflege gerichteten Anklage zu Grunde liegt, würde dann dem Leser der „Entgegnung“ erspart geblieben sein. Der Strafgesetzgeber darf zwar die Willensfreiheit im positiven Sinne voraussetzen, nicht aber erscheint sie als möglicher Gegenstand direkter richterlicher Untersuchung; Objekt der Feststellung im einzelnen Strafprozeß ist neben dem Mangel des rechtlichen Unterscheidungsvermögens nur der Zustand der fehlenden Selbstbestimmungsfähigkeit, d. h. der durch krankhafte Zustände bedingte unüberwindliche innere Zwang und die durch bestimmte Geisteszustände erzeugte Ohnmacht oder Unfähigkeit, sein Wollen und Handeln nach rechtlichen Normen einzurichten. Vgl. C. Liman, Zweifelhafte Geisteszustände S. 19. Hier aber stehen wir auf dem Boden einer science des causes et des effets. Diesem Gedanken wollen augenscheinlich auch der Norwegische und der Russische Ent-

wurf Ausdruck geben, wenn sie es ablehnen, den „bestrittenen metaphysischen Begriff der Willensfreiheit oder der freien Willensbestimmung“ in den Gesetzestext einzuführen, vielmehr die Formeln wählen: „wenn der Thäter seiner selbst nicht mächtig war“ oder „wenn dem Thäter die Fähigkeit fehlt, seine Handlungen zu beherrschen“, wie denn der Verfasser des Russischen Entwurfs grundsätzlich auf dem Boden des Determinismus steht und die Norwegischen Motive den Einwand zurückweisen, als ob die gewählte Methode eine Stellungnahme zur Lehre des Determinismus involvire. Wir können uns aber auch auf die Autorität kompetenter Gerichtsärzte berufen, welche weit entfernt von der weder wissenschaftlich zulässigen, noch praktisch durchführbaren Zwangslehre Zürcher's, die logischerweise Niemanden oder Jedermann für zurechnungsfähig erklären muß, das Wesen der Zurechnungsfähigkeit in die libertas judicii und in die libertas consilii legen. Selbst Bleuler (Der geborene Verbrecher S. 80) gesteht, daß die Gerichtsärzte wohl wissen, was die Gesetze unter einem freien und unter einem gebundenen Willen verstehen. Nach al' dem erweist sich der Gedankengang, welcher für den Verfasser des Schweizerischen Entwurfs sowie für Zürcher, v. Silenthal und Lammasch (S. 64 f. meiner Schrift) und neuestens für Saleilles (a. a. D. p. 75 und p. 80) ausschlaggebend war, als unstichhaltig. Das System einer einfachen Aufzählung von Zuständen der Zurechnungsunfähigkeit kann nicht deshalb als alleinberechtigt anerkannt werden, weil jede andere Behandlung der wissenschaftlichen Ueberzeugung des Richters Gewalt anthun würde. Zunächst haben eine Reihe von Gesetzbüchern und Entwürfen sich diejenige Methode angeeignet, welche den Begriff der Zurechnungsfähigkeit in dem Intelligenzmoment sich erschöpfen läßt, andererseits kann auch der Richter und Gerichtsarzt, welcher die Willensfreiheit im metaphysischen Sinne ablehnt, nicht umhin, die Freiheit von organisch bedingter Nöthigung anzuerkennen. Dies anerkennt Appellius (a. a. D. S. 579): „Mit Recht bekämpft Grotener die Ansicht, daß die Methode des Schweizerischen Entwurfs deshalb empfehlenswerth sei, weil sie damit jede Stellungnahme zu dem Streite um die Freiheit oder Unfreiheit vermieden habe.“ Wenn nun aber Zürcher seinerseits erwidert, daß er die Unterscheidung von metaphysischer

und empirischer Freiheit nicht anerkenne, vielmehr „zur Ehre der Menschheit annehme, daß jeder Verbrecher unter einem bösen Zwange handle“, so darf dies den Strafgesetzgeber so lange nicht anfechten, als er nicht gesonnen ist, die Grundlagen des heutigen Strafrechts um deswillen preiszugeben, weil die Begriffe von Schuld und Strafe von Einzelnen gänzlich verworfen werden; der Schweizerische Gesetzgeber wird sich erinnern, daß Zürcher in seinen Neuen Horizonten auch dem deterministischen Lehrgebäude den Krieg erklärt und damit auf jeden Zusammenhang mit den überlieferten Rechtsanschauungen Verzicht geleistet hat.

Mein Gegner bekämpft „die Wiedereinführung der Untersuchung der Willensfreiheit im einzelnen Fall“ weiterhin wegen ihrer Schädlichkeit für die Strafrechtspflege. „Das Gefährliche an der ganzen Lehre ist die Annahme unwiderstehlicher Motive und Triebe, die, indem sie den Menschen mitgerissen, ihn willensunfrei erscheinen lassen, die Strafmilderung für die entsetzlichen und gefährlichsten Verbrecher. Mächtige, fast (!) zwingend einwirkende Motive sind sehr zu berücksichtigen und wenn es keine schlechten Motive sind, so verringern sie in hohem Maße die Befürchtung, der Thäter sei ein gefährlicher Mensch. Aber umgekehrt ist es ein Zeichen besonderer Gefährlichkeit, wenn schlechte Motive so sehr die Oberhand über einen Menschen gewinnen können, daß sie zwingend auf ihn einwirken. Hier die Lehre von der Willensfreiheit in Wirksamkeit treten zu lassen, wäre nichts anderes, als die Strafrechtspflege zum Spielzeug dogmatischer Düsteler zu machen.“ Ähnlich räsonnirt Saleilles (a. a. O. p. 86): Faute de pouvoir découvrir la liberté, on risque de ne la trouver nulle part et de ne voir partout des irresponsables!

So erscheint denn im Lichte der Neuen Horizonte die Annahme der Willensfreiheit als eine gemeingefährliche Lehre, die Zwangstheorie Zürcher's als eine rettende That! Wir wollen unsererseits die Frage nicht aufwerfen, ob die angepriesene Lehre, die schlechteste Form des Determinismus, einmal in das Gemeinbewußtsein der Menschheit übergegangen, Nutzen oder Schaden zu stiften geeignet sei, ob sie einerseits verbrecherische Neigungen stärken oder schwächen und andererseits die Arbeit an der eigenen Selbstvervollkommnung (l'effort moral) fördern oder hemmen werde;

so viel aber ist unzweifelhaft, daß die Vortheile dieses Strafrechts der Zukunft durch dessen Nachtheile überwogen werden, indem das Kriterium der temibilità in seiner konsequenten Durchführung das Grab der bürgerlichen Freiheit bedeuten würde. In der Sache selber ist zu betonen, daß ich bereits S. 34 und S. 112 meiner Schrift auf die Gefahren einer zu weitgehenden Interpretation abstrakt gefaßter psychologischer Kriterien, beziehungsweise einer ausschließlichen Hervorhebung der freien Willensbestimmung hingewiesen und gerade deshalb der gemischten Methode den Vorzug gegeben, welche im Gesetze selber die äußersten Grenzen bezeichnet, innerhalb welcher die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit überhaupt aufgeworfen werden darf, während damit anderen Zuständen wie Leidenschaft, verbrecherischen Neigungen oder der Gewohnheit die gleiche Bedeutung abgesprochen ist. Wo dagegen dem Thäter in Folge krankhafter Störung der Geistesthätigkeit die Selbstbestimmungsfähigkeit fehlt, kann von Zurechnungsfähigkeit keine Rede sein. Weiterhin habe ich S. 181 f. meiner Schrift bereits darauf hingewiesen, daß die Regelung der sogenannten verminderten Zurechnungsfähigkeit in Art. 11, 2 des Schweizerischen Entwurfs, wonach jede Beeinträchtigung des Bewußtseins u. s. w. zur Annahme derselben genügt, in der That zu einer ungerechtfertigten Strafmilderung führen könnte, daß demnach jene praktischen Bedenken hier gerechtfertigt seien, welche v. John, Berner und v. Bar in dieser Frage geltend gemacht haben.

Die Wandlungen der Psychiatrie in der Lehre von den Monomanien sind bekannt und die Motive zum Russischen Entwurf betonen mit Recht die Nothwendigkeit, eine Formel der Zurechnungsfähigkeit zu finden, welche die ärztlichen Experten in Stand setzt, die Anschauungen der fortschreitenden psychiatrischen Forschung mit den Forderungen des Strafgesetzes in Einklang zu setzen. Was speziell die vielumstrittenen Zustände des moralischen Irreseins betrifft, so wissen wir einerseits, daß Lombroso die Identität des angeborenen Verbrechertums mit der moral insanity — aber auch mit der Epilepsie! — proklamirt und daß G. Ferri sowohl geistesranke wie geborene Verbrecher strafrechtlich verantwortlich — responsables devant la loi — erklärt hat. In demselben Geiste räsonnirt Zürcher gegen das willensfreie Strafrecht:

„Gerade die allergefährlichsten und abscheulichsten Verbrecher, die weitab von allen menschlichen Motiven in dem Wiederauflackern bestialischer Triebe gehandelt, werden theoretisch dem Strafrichter und dem Zuchthaus entzogen und der mitleidsvollen Fürsorge humaner Krankenpflege empfohlen. Unseres Erachtens sollten jene Zustände mangelnder moralischer Urtheile und Gefühle nicht mehr erimirt sein.“

Man begreift vollkommen, daß die Degradation der Strafe zu einer Maßregel der reinen Unschädlichmachung gemeingefährlicher Individuen und die Ausmerzung des von der Idee der Strafe selber unzertrennlichen Gedankens der Gerechtigkeit zu solchen Raisonnements verleiten kann; während die Klagen der Irrenärzte über die häufige Verkennung der Zustände der Zurechnungsunfähigkeit seitens des Strafrichters noch an unser Ohr tönen, sind wir gegenwärtig Zeuge der Erscheinung, daß sogar in der Tagespresse die Freisprechung wegen Geisteskrankheit als den staatlichen Interessen, wie dem Bewußtsein der breiten Volksmassen zuwiderlaufend bezeichnet und der Geistesranke, der mit den Strafgesetzen in Konflikt geräth, als Quasi-verbrecher behandelt wird. Als ob ein erhöhter Schutz der Gesellschaft gegen gemeingefährliche Geistesranke — wie andererseits gegen das Gewohnheits-Verbrechertum — nicht mit den Grundsätzen des überlieferten Rechts völlig vereinbar wäre! Vgl. auch E. Hubert, Revue générale 1895 p. 67. Gegenüber jener rückläufigen Strömung zeugt es von dem gesunden Urtheile einer Reihe von Kriminalisten deterministischer Richtung, wie Horn, Tagantzeff, Joinitzky, wenn sie den geborenen Verbrecher Lombroso's — in Wahrheit keine wirkliche Erscheinung des Lebens, sondern eine aprioristische Schöpfung! — als widerstandslose Opfer ihrer Organisation für zurechnungsunfähig erklären und zur Unschädlichmachung besonderen Anstalten zuweisen. Aber auch Kirn (Geistesstörung und Verbrechen S. 24) erklärt offen: sollte die Zukunft die Hypothese vom geborenen Verbrecher bestätigen, so hat das Gericht seine Verhandlungen einzustellen, alle diese Unglücklichen sind von Ärzten geleiteten Asylen zu übergeben! Aber dieser Forscher beeilt sich, beizufügen: So steht es heute nicht! Eine wirklich wissenschaftliche Anthropologie kann gegenwärtig unmöglich solche Schlüsse ziehen! In der That

haben die kritischen Arbeiten eines Kirn, Naecke, Baer und Koch über die Hypothese Lombroso's rücksichtslos den Stab gebrochen. Der wahre Kern der Lehre vom geborenen Verbrecher liegt in der Thatfache, daß sich unter den Gewohnheitsverbrechern eine Anzahl unentwickelter oder durch Krankheiten geistig herabgekommener Individuen befinden. Während die Italienische Schule die Zahl der geborenen Verbrecher auf ca. 40 Prozent aller Verbrecher schätzt, zeigt unter den Insassen unserer Strafanstalten nur eine kleine Zahl die Erscheinungen des moralischen Schwachsinns oder Blödsinns und dieser Zustand ist nach heutiger psychiatrischer Auffassung keine selbständige Erkrankung, pflegt vielmehr unter sehr verschiedenen Umständen als Begleiter mannigfaltiger Störungen aufzutreten, kann auch erst in späteren Lebensjahren erworben sein (Kirn). Le groupe des fous moraux proprement dits est si petit qu'en pratique on peut le laisser de côté. On trouvera, lorsqu'on fera une analyse approfondie de ces cas, que l'intelligence est rarement vraiment bonne. Le nom même est un non-sens. M. Lombroso, qui ne peut pas admettre que la moral insanity soit caractérisée par l'affaiblissement mental, n'est pas connu comme psychiatre et ses ouvrages contiennent de très nombreuses erreurs psychiatriques. Le fou moral proprement dit, qui est tellement rare, ne peut pas être responsable (Naecke). Gerade mit Rücksicht auf die Thatfache, daß die Psychiater noch nicht dazu gelangt sind, irgendwie einheitliche klinische Merkmale für den Gattungscharakter des moralischen und impulsiven Irreseins aufzustellen, erachten einzelne Irrenärzte die Aufstellung einer bestimmten Formel der Zurechnungsunfähigkeit für unerlässlich (S. 53 meiner Schrift). —

Bei dem engen Zusammenhang der civilistischen Handlungsfähigkeit und der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit darf schließlich nicht unerwähnt bleiben, daß E. Huber, der Verfasser des Vorentwurfs eines Schweizerischen Civilgesetzbuchs, Personenrecht § 5, sich nicht der Behandlungsweise des Schweizerischen Strafgesetzentwurfs angeschlossen hat, vielmehr auf dem Boden der sogenannten gemischten Methode steht.

Es erübrigt eine kurze Darlegung, wie die wissenschaftliche Kritik sich über die von der Mehrheit der Schweizerischen Expertenkommission gebilligte Methode der Behandlung der Zurechnungsfähigkeit ausgesprochen habe. Unbedingt zustimmend lauten die Urtheile von v. Liszt, welcher die bezügliche Vorschrift als „kurz und erschöpfend“ bezeichnet, ferner v. Lilienthal's und Lammasch's, welcher letzterer die Bestimmung „unendlich klarer“ findet wie die bezügliche Vorschrift des Oesterreichischen Entwurfs (S. 24 f. meiner Schrift). An die Seite der genannten Autoren tritt neuestens R. Saleilles a. a. D. S. 73 und S. 129, indem er sich für das système français d'un critérium purement pathologique d'irresponsabilité ausspricht: ce n'est pas une question d'appréciation psychologique, mais d'expertise médicale: il s'agit de faire la preuve d'un état d'inconscience pathologique ou d'un état d'aliénation nettement caractérisée, c'est une preuve médicale. Mit diesem Urtheile tritt Saleilles nicht nur in auffälligen Gegensatz zur Beurtheilung des französischen Systems seitens hervorragender französischer und russischer Schriftsteller, er übersieht auch, daß der Schweizerische Entwurf nicht ausschließlich pathologische Zustände der Zurechnungsunfähigkeit kennt. Ob sich das neueste, von seiner früheren Ansicht bedeutend abweichende Gesamturtheil v. Liszt's (Zeitschr. 1898 S. 266): „Heute schon ist der Schweizer Entwurf überholt. Klarer, bestimmter, furchtloser als Stoop hat Weg uns den Weg des Fortschritts gewiesen“, auch auf die Behandlung der Zurechnungsfähigkeit erstreckt, steht dahin. Gegen die Methode des Schweizerischen Entwurfs sprechen sich neben R. Tagantzeff und R. Emmert (S. 26 meiner Schrift) namentlich folgende Autoren aus: Appellius a. a. D. S. 573 f.: „Ganz abgesehen davon, daß es mit einer derartigen nackten Aufzählung im Schweizerischen Entwurf überhaupt ein mißliches Ding ist, weil ihre Vollständigkeit, oder, wenn man diese behauptet und damit alle Fälle der Zurechnungsunfähigkeit getroffen haben will, auch die Korrektheit der gewählten Ausdrücke begründeten Zweifeln unterliegt, fehlt es dieser Aufzählung an einem juristisch brauchbaren Begriff der Zurechnungsfähigkeit oder Zurechnungsunfähigkeit für den Richter, den er nicht entbehren kann. Die Fassung des Russischen Ent-

wurfs hat außerdem — gegenüber dem Deutschen Strafgesetzbuch — den Vorzug, daß sie den Begriff der freien Willensbestimmung nicht direkt enthält. Der Richter hat die Frage der Zurechnungsfähigkeit zu entscheiden und nur da, wo es erforderlich, des Sachverständigen als seiner Auskunftsperson, als seines Gehilfen sich zu bedienen. Der Schweizerische Entwurf hat abweichend Alles in die Hände des Arztes gelegt;“ van Calker, Deutsche Juristenzeitung 1897 S. 25 f.: „Ich habe hiergegen schwere Bedenken. Bei welchem Grade geistiger Erkrankung soll strafrechtliche Unverantwortlichkeit gegeben sein? Soll der Gesetzgeber dem Psychiater überlassen, im einzelnen Falle festzustellen, ob die Wissenschaft hier von Geisteskrankheit zu sprechen gewohnt sei? Wird nicht auch in diesem Falle der Psychiater sich für die Entscheidung der Frage an bestimmte allgemeine Gesichtspunkte halten müssen? Wird er nicht eben dann die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschließende Geisteskrankheit als gegeben annehmen, wenn dem Thäter ein gewisses Mindestmaß geistiger Fähigkeiten zu fehlen scheint? Ist dies aber der Fall, dann dürfte es sich doch wohl empfehlen, daß der Gesetzgeber dem zur schließlichen Entscheidung der Frage berufenen Richter in der Weise Anhaltspunkte für die Entscheidung der Frage an die Hand giebt, daß er jenes Maß geistiger Fähigkeiten möglichst genau bezeichnet.“ Der hier vertretenen Auffassung haben ferner im Wesentlichen zugestimmt: C. Schulze, Jurist. Literaturblatt 1897 S. 66; Zucker, Grünhut's Zeitschr. 1897 S. 725 f.; Lauterburg a. a. D. S. 166 und P. Dertmann, Archiv f. Bürgerliches Recht 1897 S. 147. Vgl. noch Reichmann, Bibliographie S. 27.

Ich bin weiterhin in der Lage, mich in dieser Frage auf die Meinungsäußerung des hervorragenden Psychiaters Kirn zu berufen, welcher mir unter dem 3. August 1898 schreibt: „Ich pflichte Ihrer Ansicht vollkommen bei, daß, wenn man die einzelnen Zustände, welche möglicherweise Zurechnungsunfähigkeit bedingen, erschöpfend aufzählen will, die Formel des Schweizerischen Entwurfs nicht ausreicht. Es unterliegt nicht dem mindesten Zweifel, daß Schwachsinnige, Taubstumme und Menschen, welche in getrübttem Bewußtsein sich gegen das Strafgesetz verfehlen, unter Umständen vollkommen zurechnungsunfähig sein können.“ Endlich

ist aber an dieser Stelle auch Lammasch, Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 93, zu nennen, welcher in seinem Offenen Briefe an Professor v. Liszt in schroffem Gegensatz zu seiner früher ausgesprochenen Ansicht nunmehr mit dem Norwegischen Entwurf eine Definition der Zurechnungsfähigkeit für „legislativ nothwendig und für wissenschaftlich möglich“ hält, auch gegen die Abhängigkeit der Rechtspflege von den „wechselnden Anschauungen der Irren- und Nervenärzte“ Stellung nimmt. Wenn indeß Lammasch weiterhin hervorhebt, jeder Satz der Norwegischen Motive lese sich wie eine Polemik gegen die Thesen v. Liszt's, so muß diese Bemerkung dahin ergänzt werden, daß die Norwegische Kommission sich ausdrücklich gegen die Regelung dieser Frage im Stoßschen Entwurf wendet. (Vgl. S. 45, S. 54 und S. 187 meiner Schrift.) Der Schweizerische Jurist aber, dem das Recht seines Volkes am Herzen liegt, wird aus dem jähen Meinungswechsel des Wiener Gelehrten mindestens den Schluß ziehen, daß er sich in Gesetzgebungsfragen einer selbständigen Prüfung nicht ent schlagen darf, will er anders sich nicht der Gefahr schwerer Enttäuschungen aussetzen.

## § 4.

## Die Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher.

Mit besonderem Eifer vertheidigt Zürcher den Schweizerischen Vorentwurf in Bezug auf die Jugendlichen. Seine Argumentation gipfelt in der Forderung: Erziehung und nicht Gefängnißhaft! Dabei wird der Geist des ehrwürdigen A. v. Drelli beschworen, um Zeugniß abzulegen gegen die Anhänger der „Erfolgshaftung“ des klassischen Strafrechts bei einer „rein erzieherisch gedachten“ Maßregel. So will denn, ruft Zürcher zum Schlusse seiner Ausführungen aus, der Vorentwurf einen weiteren, entschiedenen Fortschritt verwirklichen: wir wollen und dürfen den Fortschritt nicht an den Russischen Rückschritt tauschen!

Hier humane Erziehung, dort brutale Kriminalstrafe! Hier Schweizerischer Fortschritt, dort Russischer Rückschritt! Wem dürste

die Wahl schwer fallen? Aber diese bestechende Antithese leidet an dem schweren Gebrechen, daß sie nicht nur den in Frage stehenden Entwürfen nicht gerecht wird, sondern den entscheidenden Punkt überhaupt nicht trifft: hat der Richter nach dem Schweizerischen Entwurf die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen von 14 bis zu 18 Jahren zu prüfen; wenn ja, ist das aufgestellte Kriterium der Zurechnungsfähigkeit ein taugliches?

Zunächst darf man sich billig wundern, daß ein Autor, welcher seine Grundanschauungen vorwiegend aus Italienischen Quellen schöpft, nichts von dem Skeptizismus, um nicht zu sagen von der Geringschätzung verräth, welche die Anthropologische Schule gegenüber der Besserungstheorie überhaupt und den staatlichen Besserungsanstalten für Jugendliche im Speziellen zur Schau trägt, daß er vielmehr der edlen Devise Randall's zu folgen scheint: Rettet die Kinder und ihr habt keine Verbrecher mehr! Wer wird von den Vertretern des angeborenen Verbrecherthums jene Werthschätzung der Erziehung erwarten, welche in der Vernachlässigung derselben die Hauptquelle des Verbrechens, in der Lösung der Fragen der Erziehung zugleich die Lösung der Verbrecherfrage erblickt?

Doch ziehen wir die Quellen zu Rathe. Nach C. Lombroso (Der Verbrecher. Deutsche Bearbeitung 1887 I S. 135) sind die sogenannten Besserungsanstalten in Wahrheit Verderbnißanstalten; zweckmäßiger als diese würden Asyle für lebenslängliche Bewahrung solcher Minderjährigen sein, die mit hartnäckigen bösen Neigungen oder mit moral insanity behaftet sind. Das einzige Mittel aber, um zu verhindern, daß so unglückliche Geschöpfe, wie es die Verbrecher sind, auf die Welt kommen, wäre, daß man die Ehen der Alkoholisten und Verbrecher verhinderte. R. Garofalo, La Criminologie, Paris 1888, p. 120 f. sagt: „L'influence héréditaire sur les instincts moraux est démontrée, pendant que celle de l'éducation est douteuse, mais probable, pourvu qu'elle soit prise dans le sens des exemples et des habitudes et qu'on lui attribue simplement une action capable de modifier le caractère c'est-à-dire pouvant diminuer, mais non point extirper les instincts pervers qui resteraient toujours latents dans l'organisme psychique. Si l'influence de l'éducation pour ce qui regarde le sens moral est douteuse même pendant l'enfance

qu'en sera-t-il au sortir de cette période? L'amendement ne serait qu'apparent, si même il n'était pas simulé. L'idée que pour chaque école, qu'on ouvre on refermera une prison, n'est plus qu'une absurdité!" Was endlich E. Ferri betrifft, so ist er zwar den Bestrebungen, welche auf die Erziehung der verwahrlosten Jugend abzielen, günstiger gesinnt, indem er, ähnlich wie in Bezug auf die Todesstrafe, die Konsequenz seiner Grundgedanken der Humanität zum Opfer bringt; andererseits geißelt er die hergebrachte Scheidung von Präventiv- und Strafmaßregeln und urtheilt über die Aufstellung einer Periode der absoluten Strafmündigkeit ganz im Geiste Lombroso's: „Il est évident, au contraire, que le crime (surtout de sang) commis avant les quatorze ans, ou en général par un enfant, n'est qu'un symptôme très grave qu'il s'agisse d'un criminel né sauf les cas d'enfants poussés à la mendicité et au vol par leurs parents, surtout dans les villes.“ Im Ferneren warnt Ferri vor jedem Casernement und jeder Agglomération des jeunes gens, schlägt Abschaffung der maisons de corrections und isolirte Unterbringung in ehrbaren Bauernfamilien und Ackerbaukolonien vor. Sociologie criminelle p. 247 und p. 557 f.

Es ist an sich erfreulich, daß Zürcher sich in dieser Frage nicht von der Idee des angeborenen Verbrechertums beeinflussen läßt; immerhin wäre zu erwarten gewesen, daß er von dem scharfen Tadel Kenntniß genommen, den E. Ferri gegenüber der Behandlung dieser Frage an der Berner Jahresversammlung der Internationalen Kriminalistenvereinigung (1890) ausgesprochen hat; der Schluß hätte ihm dann vielleicht näher gelegen, daß vom Boden des Schweizerischen Entwurfs aus die Betonung der Nothwendigkeit der Erziehung jugendlicher Verbrecher das zur Erörterung stehende Problem in keiner Weise erschöpft.

In der That läuft das ganze Raisonnement Zürcher's kurzweg darauf hinaus, daß jugendliche Verbrecher zu erziehen, nicht staatlicher Strafe zu unterwerfen seien. Nun hat die große Mehrzahl der modernen Gesetze und Entwürfe eine Periode der absoluten Strafunmündigkeit aufgestellt und ich habe mich in meiner Schrift, entgegen den Bedenken Garraud's, in unzweideutiger Weise für die Beibehaltung derselben ausgesprochen, dabei die

Altersgrenze des Russischen Entwurfs als zu tief gegriffen bezeichnet (S. 143) und auch das vollendete vierzehnte Lebensjahr als Endtermin der absoluten Zurechnungsunfähigkeit weder in der Kommission noch in meiner Schrift — wie Zürcher zugiebt, Appellus a. a. O. S. 581 ohne allen Grund bestreitet — angefochten. Protokoll I S. 51: „Ich bin mit diesem Artikel im Prinzip einverstanden; es hat dieser Standpunkt in kriminalistischen Kreisen seit Jahren immer mehr Anerkennung gefunden.“ Die Objektivität der Berichterstattung erforderte dabei allerdings, die Gründe hervorzuheben, welche es erklärlich machen, daß Kriminalisten vom Range eines Garraud sich noch in jüngster Zeit gegen jede gesetzliche Fixirung einer Periode der absoluten Zurechnungsunfähigkeit ausgesprochen haben, warum andererseits Tagantzeff, Berner und Cornaz vor einer zu weiten Ausdehnung dieser Periode warnen.

Die Differenzpunkte betreffen die zweite Altersperiode vom 14. bis 18. Lebensjahre. Ich hatte mir, in Beschränkung auf das Thema der Schrift, zunächst die Frage vorgelegt, ob das Problem der Zurechnungsfähigkeit für diese Periode von Bedeutung sei oder ob es gänzlich entfalle. Um diese Aufgabe zu lösen, stellte ich die Vorfrage: ob die nach dem Entwurfe über Adoleszenten eventuell zu verhängenden Maßregeln Strafcharakter besitzen, oder ob sie denselben ermangeln und folglich mit den gegen Kinder unter 14 Jahren eintretenden Erziehungs- und Besserungsmaßnahmen ihrem Wesen nach identisch seien.

Nun ist zwar sicher, daß der Verfasser des Entwurfs sich in den „Grundzügen“ S. 189 in unzweideutiger Weise zu Gunsten derjenigen Auffassung ausgesprochen, welche die Frage nach der vorhandenen oder fehlenden Zurechnungsfähigkeit durch die Frage ersetzt, ob der Jugendliche einer Zwangserziehung bedarf oder nicht, und Zürcher läßt den Leser glauben, als ob dem auch nach dem Entwurfe so sei. Der Schweizerische Entwurf würde demnach noch weiter gehen wie das bezügliche Postulat des St. Petersburger Gefängnißkongresses vom Jahre 1890, wonach die Frage nach der Schuld nur bis zum vollendeten sechzehnten Lebensjahre zu beseitigen wäre; ein siebzehnjähriger Mörder und Brandstifter würde in allen Fällen nur „rein erzieherisch gedachten“ Maßregeln

unterworfen. Am konsequentesten hat J. Joinitzky diesen Gedanken durchgeführt, indem er dem Richter die einzige Frage vorgelegt wissen will, ob der Jugendliche der öffentlichen Vormundschaft in der Form der Zwangserziehung überwiesen werden soll oder nicht; der Unterschied von Korrekptions- und Erziehungsanstalten rechtfertigt sich nur insoweit, als er in die Verschiedenheit oberer und unterer Klassen einer und derselben Schule hinausläuft. S. 155 meiner Schrift. Läßt sich aber der Text des Schweizerischen Entwurfs, lassen sich die Motive und die Kommissionsverhandlungen mit dieser Auffassung irgendwie in Einklang bringen? Nach der Zürcher'schen Darstellung müßte die Antwort bejahend ausfallen und es haben auch V. Tagantzeff, R. Schmidt in Uebereinstimmung mit Thurneysen in den bezüglichen Vorschriften des Entwurfs die Einwirkung jener Auffassung gefunden, welche die ganze Frage auf die Feststellung der zweckmäßigen Art der Erziehung reduziert. S. 158 meiner Schrift. Der Nachweis ist aber unschwer zu erbringen, daß der Entwurf, wenn er auch hier wie anderwärts von Unsicherheit und Unklarheit der Durchführung eines an sich richtigen Gedankens nicht freizusprechen ist, auf einem anderen Boden steht.

Zunächst scheidet der Entwurf von der Periode der absoluten Strafunmündigkeit diejenige der relativen Strafmündigkeit, indem er Kinder bis zu 14 Jahren und Strafunmündige bis zu 18 Jahren lediglich Erziehungsmaßregeln, Strafmündige von 14 bis 18 Jahren aber Strafmaßregeln unterwirft. Nicht nur der Text des Art. 9 und Art. 10, sondern auch die Motive sprechen dies mit voller Klarheit aus: „Hat die jugendliche Person die sittliche und geistige Reife eines Kindes von 14 Jahren erreicht, so unterliegt sie einer staatlichen Bestrafung.“ Der Entwurf bleibt also durchaus dans la vieille séparation entre les mesures préventives et répressives et dans la division chinoise des périodes de l'âge stecken — und da fragt sich doch wohl jeder Denkende mit Recht, wozu ein Gesetz eine Periode der bedingten Strafmündigkeit überhaupt aufstellen sollte, wenn die zu verhängenden Maßregeln in allen Fällen reine Erziehungsmaßregeln darstellen!

Als Arten der „staatlichen Bestrafung“ nennt der Entwurf Verweis, Einzelhaft, Besserungsanstalt und in Ermangelung einer

Bewahranstalt die gesetzliche Strafe für Erwachsene, die jedoch gemildert wird.

Dem richterlichen Verweis und der Einzelhaft wird der Strafcharakter nicht bestritten werden; aber auch die Besserungsanstalt des Schweizerischen Entwurfs ist keineswegs eine „rein erzieherische“ Maßregel, wie denn Merkel (Zeitschr. f. Schweiz. Strafr. 1894 S. 5) den Entwurf in dieser Richtung gegen Thurneysen gerade damit in Schutz nimmt, daß er ihren Strafcharakter behauptet. „Die Meinung des Herrn Thurneysen ist wohl auch nur diese: es solle die Beziehung der Strafe zu dem begangenen Unrecht als zu ihrem Grunde festgehalten werden, oder, was darin liegt, es soll ihr der Charakter einer wirklichen Strafe gewahrt bleiben. Hierin befinde ich mich in vollkommenem Einklang mit ihm und in gleichem Gegensatz zur neuen Schule. Die geforderte Sühne liegt hier in der Unterwerfung unter ein die Freiheit in weitgehender Weise beschränkendes Erziehungssystem; es ist wohl nicht anzunehmen, daß sie von den in Frage kommenden Individuen nicht als Uebel empfunden und als solches gefürchtet werde.“ Die richtige Motivierung findet sich schon in dem Einladungs schreiben des Schweizerischen Bundesrathes vom 24. November 1863 an die Kantone behufs Errichtung einer interkantonalen Besserungsanstalt: „Obgleich in diesem Alter die Zurechnungsfähigkeit noch nicht zur vollen Reife gelangt und dasselbe noch bildsam ist, so müssen die Verurtheilten ihre Strafzeit gewöhnlich in Zuchthäusern und Arbeitshäusern gemeinsam mit älteren und abgehärteten Verbrechern bestehen, weil es an besonderen Anstalten für sie fehlt. Auf diese Weise ist ein beträchtlicher Theil der Jugend fortwährend dem Verderben des Umgangs mit dem Auswurf der menschlichen Gesellschaft oder einer abstumpfenden Einzelhaft ausgesetzt, während eine familienartige Absonderung, zweckmäßigere Einrichtung und sittliche Hebung der für sie bestimmten Strafanstalten alle Bürgschaften einer Besserung gewähren.“ Aber freilich fehlt meinem Gegner als einem Vertreter der neuen Schule jedes Verständniß für die von Merkel als wichtigste Seite des strafrechtlichen Problems bezeichnete Beziehung der Strafe auf die Schuld und so ist es vollkommen begreiflich, wenn er von der Besserungsanstalt gerade das erwartet, was Thurneysen perhorrescirt: eine reine



Erziehungsanstalt! Der Name „Besserungsanstalt“ deutet allerdings darauf hin, daß das erzieherische Moment in der Behandlung der jugendlichen Verbrecher in den Vordergrund tritt, aber andererseits würde bei der Auffassung, welche diese Anstalt auf eine Stufe mit den Rettungsanstalten setzt — Schaffroth a. a. D. S. 321 hat letztere mit Recht dem Schul- und Erziehungswesen, nicht dem Gefängnißwesen zugewiesen —, einer Verbindung der Besserungsanstalten für Strafmündige mit den Erziehungsanstalten für Strafunmündige nichts im Wege stehen, es würde damit der rechtliche Charakter der ersteren gänzlich verwischt und jene Folge eintreten, auf welche Krohne, Lehrbuch der Gefängnißkunde S. 100, aufmerksam macht: an die Stelle des Straferntes würde eine ungerechtfertigte Milde treten, die den Respekt vor der Strafe benimmt und oft den Weg zu neuen Verbrechen bahnt. Vgl. ferner Berner, Lehrbuch XVIII. Aufl. S. 282.

Den Strafcharakter der gegen jugendliche, für strafmündig erklärten Verbrecher verhängten Einweisung in eine Besserungsanstalt wird nur derjenige leugnen, welcher zugleich behauptet, daß es neben den Kriminalstrafen gegen Erwachsene Strafen anderer Art nicht gebe. Nun erklären aber auch die Motive zum Schweizerischen Entwurf: „Diese Bestrafung soll dem jugendlichen Alter des Schuldigen angepaßt und anderer Art sein als die Strafe für Erwachsene“, und die Motive zum Russischen Entwurf vom Jahre 1882 und 1895 stehen durchaus auf demselben Boden: „Bei der Unterbringung Jugendlicher in den allgemeinen Strafanstalten, wenn auch auf kürzere Zeit, kann selbst bei sorgfältigster Absonderung von den Erwachsenen ein richtiges Regime nicht beachtet werden, da für sie der Unterricht und die Erziehung im Vordergrund stehen muß. Außerdem erfordern erfahrungsgemäß die physischen Eigenschaften solcher Verbrecher, ihre körperliche Unentwickeltheit und Kränklichkeit andere Bedingungen der Haft, Beschäftigung in frischer Luft, andere Nahrung; deßhalb muß für Jugendliche die einzig normale Strafe in der Einweisung in eine Besserungsanstalt bestehen.“

Außer den genannten Maßregeln kann endlich für jugendliche Verbrecher auch die „gesetzliche Strafe“ eintreten, nach dem Entwurfe von 1896 allerdings nur, „wenn eine Verwahrungsanstalt

für jugendliche Verbrecher fehlt.“ Um nun die ganze Kühnheit der Behauptung, ich verlange Strafe, der Entwurf dagegen Erziehung Jugendlicher, darzulegen, genügt ein Hinweis auf die Thatsache, daß der Entwurf eine solche Verwahrungsanstalt für jugendliche Verbrecher mit dem Hauptzwecke der „Unschädlichmachung“ geschaffen hat und daß mein Antrag, nach Vorgang neuerer Gesetze und Entwürfe für Jugendliche bis zu 18 Jahren die Zuchthausstrafe in jedem Falle auszuschließen und statt dessen auf Gefängniß zu erkennen, von der Kommission abgelehnt wurde!

So steht denn Eines fest: Jugendliche im Alter von 14 bis zu 18 Jahren werden im Falle der Bejahung ihrer Strafmündigkeit Maßregeln unterworfen, die ihren Grund und ihre Rechtfertigung im begangenen Delikte suchen und durch Urtheil des Strafrichters auferlegt werden, es findet eine Zurechnung zur Schuld, wenn auch zu verminderter Schuld, statt und daher muß als rechtliche Voraussetzung die Schuldfähigkeit des Thäters gegeben sein. Zum Ueberflusse anerkennt dies ausdrücklich der Verfasser des Entwurfs: „Ich bin durch die Diskussion bedeutend aufgeklärt worden. Was die Untersuchung der Jugendlichen betrifft, so hat Gretener richtig bemerkt, es sei eine Frage der Zurechnungsfähigkeit.“

Es entsteht demnach die Frage, wie das Kriterium der Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher zu formuliren sei. Die Motive zum Schweizerischen Entwurf, so dürftig sie nach vielen Richtungen sind, lassen über den Gedanken des Gesetzgebers hier nicht den mindesten Zweifel. „Es fehlt dem noch nicht zur Reife gelangten Jugendlichen in der Regel nicht sowohl die Einsicht, daß sein Verhalten rechtswidrig und strafbar ist, als vielmehr das Vermögen, dieser Einsicht zu folgen und dem Antrieb zum Schlechten Widerstand zu leisten und sich zu beherrschen, mit einem Worte, die Reife des Charakters.“ Um diesem Gedanken im Gesetze Ausdruck zu verschaffen, wäre das intellektuelle Moment der heutigen Gesetzbücher durch das Willensmoment zu ergänzen. Diese Ergänzung des Unterscheidungsvermögens durch die Fähigkeit der Selbstbestimmung, schon von Krafft-Ebing (Lehrbuch S. 56) und Anderen gefordert, ist endlich im revidirten Russischen Entwurf vom Jahre 1895 durchgeführt worden, dessen Formulirung von Mittermaier a. a. D. S. 1150 als „sehr gut und klar“

bezeichnet wird. Ohne hier auf die schwierige Frage der psychologischen Zulässigkeit und der praktischen Durchführbarkeit einer solchen Regelung einzugehen — Geyer, Grundriß I S. 101 ist kaum zu den Befürwortern dieser Methode zu rechnen, da er bloß die allgemeinen Gründe der Zurechnungsunfähigkeit aus § 51 des D.Str.G.B. auch für Jugendliche und Taubstumme in Anspruch nimmt —, muß ich doch gegenüber Zürcher und Appelius a. a. O. S. 581 f. feststellen, daß ich in der Kommission (Protokoll I S. 52) wie S. 157 und S. 161 und Note 213 und 218 meiner Schrift, aber schon viel früher S. 135 der Uebersetzung des Russischen Entwurfs vom Jahre 1882, mich so unzweideutig gegen die einseitige Hervorhebung des intellektuellen Momentes ausgesprochen habe, daß nur eine oberflächliche Art der Berichterstattung dem Leser das Gegentheil versichern kann. Wenn ich S. 167 meiner Schrift der Hervorhebung des Unterscheidungsvermögens in dem Antrage von Dr. Weber gegenüber der Fassung des Entwurfs den Vorzug gab, so ließ ich doch den Leser so wenig im Zweifel darüber, daß diese Bevorzugung nur eine relative sei, daß ich unmittelbar fortfuhr: „aber ebenso sicher würde durch die einseitige Betonung des Unterscheidungsvermögens jener Fortschritt wieder preisgegeben, den der Schweizerische Entwurf realisiren wollte und den der revidirte Russische Entwurf wirklich realisirt hat.“ Ich habe demnach behauptet, daß kein Vernünftiger die Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher bezagen werde, wo nicht einmal das rechtliche Unterscheidungsvermögen vorhanden sei — die Ansicht Gautier's: le discernement est, en droit pénal, une conception erronée, ist mit einem rationellen Begriff der Zurechnungsfähigkeit schlechthin unvereinbar —, aber ich habe zugleich betont, daß ein zweites Moment hinzutreten müsse. In diesem Sinne schreibt mir Professor Kirn: „Auch darin stimme ich Ihnen vollkommen bei, daß bei den Jugendlichen die Feststellung des Unterscheidungsvermögens zu einem positiven Urtheil über die Zurechnungsfähigkeit keineswegs ausreicht, dieselbe vielmehr nur dann angenommen werden kann, wenn auch zugleich Selbstbestimmungsfähigkeit vorhanden ist.“

Wenn die Motive zum Schweizerischen Entwurf über den gesetzgeberischen Gedanken keinen Zweifel aufkommen lassen, wenn

dieser Gedanke sich mit dem des Russischen Entwurfs deckt, so kann nun aber der Ausdruck dieses Gedankens im Schweizerischen Entwurf nicht unangefochten bleiben, wie dies auch v. Lilienthal, Zeitschr. XV S. 107, und Zucker, Gerichtsjaal LIV S. 418, anerkannt haben. Und damit sind wir an dem Punkte angelangt, wo der kritische Scharfsinn meines Gegners seinen Höhepunkt erreicht: Zürcher bezeichnet weder diesen status controversiae, noch geht er auf meine in dieser Richtung vorgebrachten Gründe mit einer Silbe ein!

Der Schweizerische Entwurf schreibt für Jugendliche von 14 bis zu 18 Jahren zunächst eine Feststellung der geistigen und sittlichen Reife vor, genauer des Reifegrades, und dem ist beizustimmen; das Ergebnis dieser Feststellung wird sodann an der Entwicklungsstufe eines Kindes von 14 Jahren gemessen: der Jugendliche gilt als strafunmündig, wenn er auf der Stufe eines Kindes unter 14 Jahren zurückgeblieben ist; hat er den Reifegrad eines Kindes von 14 Jahren erreicht, so unterliegt er der staatlichen Bestrafung. Motive S. 19. Daraus ergibt sich in unwiderleglicher Weise und die Motive S. 14 anerkennen dies ausdrücklich, daß der Entwurf das Alter der Strafmündigkeit auf das vollendete 14. Altersjahr setzt. Damit ist aber genau das Gegentheil von dem erreicht, was der Gesetzgeber beabsichtigt: nach den Motiven sollte die Möglichkeit einer ungehörigen Verurtheilung jugendlicher Personen gegenüber denjenigen Gesetzbüchern, die nur das Intelligenzmoment hervorheben, eingeschränkt werden, in Wahrheit aber wird sie ausgedehnt: während z. B. nach dem Deutschen Str.G.B. § 56 die widerlegliche Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit d. h. der Anfang der Strafmündigkeit erst mit dem vollendeten 18. Lebensjahre Platz greift, dagegen für den Zeitraum vom vollendeten 12. bis zum vollendeten 18. Jahre die Vermuthung für Zurechnungsunfähigkeit und Strafunmündigkeit streitet (Berner, Lehrbuch XVIII. Aufl. S. 81), so tritt nach dem Schweizerischen Entwurf die Vermuthung der Strafmündigkeit mit dem vollendeten 14. Jahre ein und eine jugendliche Person im Alter von 15 Jahren kann ohne Rücksicht auf den Charakter der konkreten That nur dann für strafunmündig erklärt werden, wenn sie auf der Stufe eines Kindes unter 14 Jahren

„zurückgeblieben“ ist. Dem gegenüber bemerkt Kirn: „Wenn auch das 14. Lebensjahr in unseren Breitegegenden als durchschnittliche Grenze für die absolute Zurechnungsunfähigkeit betrachtet werden kann, so giebt es doch zweifelhafte Fälle genug, wo sich diese Grenze verschiebt.“

Ein zweites Bedenken tritt hinzu. Der Verfasser des Entwurfes geht von der Voraussetzung aus, daß die Entwicklungsstufe eines Kindes von 14 Jahren eine bekannte und fixe Größe sei, während es sich um einen variablen Faktor handelt, welcher in keiner Weise als Maßstab für die Beurtheilung der Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher von 14 bis zu 18 Jahren verwendet werden kann. Gewiß bildet jene Altersgrenze eine wichtige soziale Grenze, weil der Volksschulzwang regelmäßig bis zum vollendeten 14. Lebensjahr reicht; „vor dem vollendeten 14. Lebensjahr ist der junge Mensch Kind, welches der Familie und der Schule und diesen allein angehören soll, das Kind soll erzogen werden, das Kind gehört nicht ins Gefängniß“ (Appelius), aber dies alles fällt nur in Betracht für die Frage, bis zu welcher Altersgrenze jede strafrechtliche Verfolgung ausgeschlossen sein solle; dagegen ist damit in keiner Weise dargethan, daß die Entwicklungsstufe eines 14jährigen Kindes ein brauchbares Kriterium für die Beurtheilung der Zustände der zweifelhaften Zurechnungsfähigkeit von Jugendlichen von 14 bis zu 18 Jahren bilde. Es erhellt aber zugleich aus jener Bemerkung, daß Appelius im schroffen Gegensatz zu Zürcher die über Jugendliche im Alter von über 14 Jahren im Falle der Bejahung ihrer Zurechnungsfähigkeit zu verhängenden Maßregeln nicht als „rein erzieherische“ betrachtet.

Endlich fällt in Betracht, daß nach dem Schweizerischen Entwurf bei der Beurtheilung der Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher die Würdigung des Charakters der einzelnen Verbrechenshandlung gänzlich beiseite gesetzt wird. Zürcher sieht hierin einen Vorzug des vorliegenden Entwurfs, wobei er sich auf den Hinweis versteift, daß die Erziehungs- und Besserungsmaßregeln allein dem Charakter des Kindes anzupassen seien, daß der Schweizerische Entwurf sich nicht die Ungereimtheit zu schulden kommen lasse, zum jugendlichen Bösewicht zu sagen: Dafür, daß du etwas Böses gethan, wirst du nun 2 oder 3 Jahre lang er-

zogen! Zunächst könnte ich fragen, ob dieses Raisonnement auch gegenüber der eventuell eintretenden Zuchthausstrafe Platz greife? Doch sehen wir davon ab, so verquickt Zürcher augenscheinlich zwei von einander wohl zu scheidende Fragen: soll für die Art und das Maß der strafrechtlichen Reaktion und insbesondere für die Dauer der Einweisung in eine Besserungsanstalt Art und Schwere der begangenen That allein maßgebend sein? Diese Frage ist nach dem Schweizerischen Entwurf zu verneinen, doch behauptet der Verfasser selber, daß die Schwere der Schuld auf die Dauer der Einweisung mit einwirken werde; was den Russischen Entwurf betrifft, so tritt für Jugendliche von 14 bis zu 17 Jahren bei den schwersten Verbrechen statt Todesstrafe und Zwangsarbeitsstrafe Gefängnißstrafe bis zu 10 Jahren ein, über die Besserungsanstalten aber soll ein besonderes Gesetz das Nähere bestimmen, insbesondere die Höchstdauer der Einweisung festsetzen, doch warnen die Motive vor kurzzeitiger Einweisung. Die zweite Frage aber geht dahin: soll für die Bejahung oder Verneinung der Zurechnungsfähigkeit der Charakter der Handlung berücksichtigt werden oder nicht? Nach den Motiven zum Schweizerischen Entwurf, welche die Einsicht des Jugendlichen verlangen, daß sein Verhalten rechtswidrig und strafbar sei, und das Vermögen, dieser Einsicht zu folgen, wäre diese Frage unbedingt zu bejahen; sie verneinen kann nur, wer die juristische Wesensgleichheit der gegen Strafmündige und Strafunmündige gerichteten Maßregeln behauptet, damit aber zugleich dem Begriffe der zweifelhaften Zurechnungsfähigkeit und der Periode der bedingten Strafmündigkeit — wie sie der Schweizerische Entwurf nun einmal aufstellt — jede Existenzberechtigung abspriecht. Wenn die Frage nach dem Texte des Entwurfes zu verneinen ist, so ist dies ein neuer Beweis für die Unhaltbarkeit der gewählten Formel.

In diesem Urtheile vermögen uns die neuesten Ausführungen des Verfassers des Entwurfs (Gerichtssaal LV S. 215 f.) um so weniger zu erschüttern, als dieselben zum Theil in schneidendem Gegensatz zu der Zürcher'schen Deutung des Entwurfs stehen. Wenn der Entwurf die „Besserungshaft“ durch das Gericht zum voraus bestimmen läßt, so wird hierfür, neben der Zersplitterung und der Eigenart des kantonalen Verwaltungsrechts, geltend gemacht, daß „es dem Rechtsbewußtsein und dem öffent-

lichen Interesse entsprechen dürfte, daß das Verschulden des jugendlichen Thäters bei der Bemessung der Besserungshaft mit berücksichtigt wird; diese Freiheitsentziehung ist zum Theil Strafe, zum Theil fürsorgliche Maßregel“. Weiterhin schließt der Verfasser (S. 224) „solche jugendliche Verbrecher im strengen Sinne des Wortes“, wie Mörder, Brandstifter, ferner die Urheber von Raub und Nothzucht von der Einweisung in eine Besserungsanstalt aus; er deutet den Entwurf demnach in der Weise aus, daß derselbe im Ergebnisse mit dem von Zürcher befehleten Russischen Entwurfe darin übereinstimmt, daß Verbrecher schwerster Art der Besserungsanstalt nicht überwiesen werden. Dabei bleibt aber die Thatsache bestehen, daß der Text des Entwurfs diesen Gedanken nicht zum deutlichen Ausdruck bringt, auch ein bezüglicher Antrag von der Kommission unter Zustimmung des Verfassers in II. Lesung abgelehnt wurde und Stooß selber a. a. O. S. 223 jugendliche Mörder und Brandstifter „regelmäßig“ der Besserungsanstalt zuweist! Vgl. auch S. 147 und S. 159 meiner Schrift. Anzuerkennen ist, daß die vom ursprünglichen Entwurfe zugelassene Möglichkeit, einen Mörder von 17½ Jahren mit Besserungshaft auf höchstens 2½ Jahre — Art. 7 Abf. 3 des Entwurfs vom Jahre 1893 setzte die zeitliche Grenze in das Alter der Mehrjährigkeit — zu belegen, beseitigt worden. Was aber die „Entwicklungsstufe eines Kindes von 14 Jahren“ betrifft, so hält Stooß an seiner Ueberzeugung fest, daß es sich für einen verständigen und erfahrenen Richter, der „nicht nur mit Begriffen, sondern mit Thatsachen rechnet“, um eine bekannte Größe handle. „Gerade für die Entscheidung solcher Fragen sind die schweizerischen Strafrichter, welche in der Regel weniger juristisches Wissen als Lebenserfahrung besitzen, durchaus geeignet.“ Gewiß wird der schweizerische Richter ein Kind von 15 Jahren als auf der Stufe eines Kindes unter 14 Jahren zurückgeblieben erklären, wenn dessen Entwicklung in Folge abnormer Verhältnisse eine augenscheinlich retardirte war; aber was folgt daraus für die Beurtheilung eines normal entwickelten Kindes von 15 Jahren, das eine Fundunterschlagung oder einen Incest begangen hat? Jeder Unbefangene wird Zucker (Gerichtssaal LIV S. 418) bestimmen, wenn er bemerkt: „der richterlichen Willkür ist Thür und Thor

geöffnet, ja, der Richter wird zu dieser Willkür förmlich genöthigt, weil ihm das Gesetz jeden Anhaltspunkt, bei dieser Prüfung nach bestimmten Grundsätzen vorzugehen, einfach versagt.“ Wenn sich demgegenüber der Verfasser des Entwurfs auf Berner, Vorrede zur XVII. Auflage seines Lehrbuches, beruft, so habe ich bereits S. 162 meiner Schrift bemerkt, daß dieser am bezeichneten Orte nur das nicht im Streite liegende Alinea 1 § 1 Art. 10 ins Auge gefaßt, dagegen das hier maßgebende Alinea 2 nicht in Betracht gezogen hat; auch verlangt nunmehr Berner, XVIII. Aufl. (1898) S. 77 und S. 78, zur Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher ausdrücklich zwei Elemente, das Pflichtbewußtsein und die Fähigkeit zur freien Selbstbestimmung. Die Berufung auf Berner ist um so weniger durchschlagend, als Niemand schärfer wie dieser Kriminalist die Berücksichtigung der konkreten Handlung bei der Beurtheilung der Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher fordert: „die Zurechnungsfähigkeit ist relativ aufzufassen, sie kann bei derselben Person für einige Verbrechen schon vorhanden sein, während sie für andere Verbrechen noch fehlt“ (Lehrbuch XVIII. Aufl. S. 78). Wenn Berner in der Einleitung zur XVII. Ausgabe seines Lehrbuches betont, der Schluß von der einzelnen Handlung auf die Person sei trügerisch, so ist dies zwar zutreffend, gilt aber für die Prüfung der Frage der Zurechnungsfähigkeit überhaupt; auch unterläßt Berner nicht, beizufügen, daß immerhin die einzelne Handlung mit ihrem besonderen moralischen und strafrechtlichen Charakter und ihrem psychologischen Hintergrunde für die Beurtheilung eines Jugendlichen nothwendig sei. Außerdem ist zu bemerken, daß dieser Gelehrte sich ausdrücklich gegen die Altersgrenze von 14 Jahren als Endtermin der absoluten Strafunmündigkeit ausgesprochen hat, daß er im Gegensatz zu Zürcher die gegen Jugendliche bis zu 18 Jahren im Falle der Bejahung ihrer Zurechnungsfähigkeit zu verhängenden Maßregeln als Strafmaßregeln behandelt, die freilich in höherem Maße wie bei Personen reiferen Alters auf den Besserungszweck gerichtet sind; der Adoleszent ist, trotz seiner milderer Behandlung, für Berner ein Beurtheilter, der bei späteren Verbrechen als rückfällig zu betrachten ist. Diese Auffassung bestände auch dann zu Recht, wenn nach dem beachtenswerthen Vorschlag der Howard-Assoziation

für Jugendliche ein besonderes Strafverfahren vor besonderen Gerichten eingeführt würde.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so besteht der von Zürcher gefeierte Fortschritt des Schweizerischen Entwurfs gegenüber dem Russischen Entwurf, soweit es sich um die Frage nach den Kriterien der Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher handelt, wesentlich darin, daß ein und derselbe gesetzgeberische Gedanke — Ergänzung des Intelligenzmomentes durch ein zweites Moment — im letzteren Entwurf einen adäquaten Ausdruck gefunden hat, im ersteren dagegen in völlig ungenügender Weise formuliert worden ist.

ODKAZ  
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA,  
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ.