

Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft

Unter Mitarbeit von

Prof. Dr. Ernst Belting-München, Prof. Dr. G. J. Ebers-Röln a. Rh., Dr. Alexander Elster-Berlin, Prof. Dr. Dr. Friedrich Endemann-Heidelberg, Prof. Dr. Hans Fehr-Bern, Prof. Dr. Heinrich Gerland-Jena, Prof. Dr. Julius v. Gierke-Göttingen, Prof. Dr. Justus Wilhelm Hedemann-Jena, Prof. Dr. Herbert Kraus-Göttingen, Prof. Dr. Heinrich Lehmann-Röln a. Rh., Prof. Dr. Claudius Freih. v. Schwerin-Freiburg i. B., Prof. Dr. Fritz Stier-Somlo-Röln a. Rh.

herausgegeben von den

Professoren Dr. Heinrich Gerland-Jena,
Dr. Justus Wilhelm Hedemann-Jena,
Dr. Heinrich Lehmann-Röln a. Rh.

Sechzehnter Band



Berlin und Leipzig 1932

Walter de Gruyter & Co.
vormals G. J. Göttsche'sche Verlagshandlung - J. Guttentag, Verlagshandlung - Georg Reimer - Karl J. Trübner - Beit & Comp.

Deutsches Reichsstrafrecht

Ein Lehrbuch

von

Dr. Heinrich B. Gerland
ordentl. Professor des Strafrechtes
an der Universität Jena

Dritte, völlig umgearbeitete Auflage



Berlin und Leipzig 1932

Walter de Gruyter & Co.
vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung - J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung - Georg Reimer - Carl J. Krüner - Beit & Comp.

Copyright by Walter de Gruyter & Co.
Berlin und Leipzig 1932

Archiv-Nr. 23 05 32

Druck von Nepper & Wittig in Leipzig

Wilhelm Schwister

dem hervorragenden Förderer
wissenschaftlicher Ausbildung
deutscher Juristen

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage.

Ein Grundriß soll ein kurzgefaßtes Lehrbuch sein. Er gewinnt seine Bedeutung durch die Konzentration des Stoffes, nicht dadurch, daß er sich dem Wissensstand derer anpaßt, die ihn benutzen sollen. Denn Aufgabe jeder Pädagogik ist es, den Lernenden zu einer höheren Betrachtungsweise zu zwingen, nicht aber, ihn auf seinem Standpunkt zu belassen und ihn von diesem aus zu unterrichten. Unter diesem Gesichtswinkel bedeutet der Grundriß kein leichteres, eher ein schwereres Hilfsmittel als das breit angelegte Lehrbuch. Denn er verlangt intensivste Mitarbeit dessen, der ihn benutzt.

Die Konzentration des Stoffes, auf die mithin im Grundriß alles ankommt, habe ich auf doppelte Art zu erreichen versucht. Einmal ist jede kritische Polemik vermieden. Damit ist der ganze Ballast literarischer Nachweise überflüssig geworden, mit dem andere Lehrbücher überreich versehen sind. Ich habe es mir genügen lassen, Hinweise in den Zitaten zu geben, aus denen sich der Leser über den Stand der Ansichten orientieren kann. Die Kontroverse als solche ist mithin gekennzeichnet. Aber ich sehe wirklich nicht die Aufgabe unserer Wissenschaft und unserer Ausbildung darin, Kontroversen aufzusuchen und zu erledigen. Immerhin ist die Möglichkeit gegeben, den einzelnen Fragen nachzugehen. Damit sind der selbständigen Arbeit des Anfängers Möglichkeiten eröffnet, die vom pädagogischen Standpunkt aus nicht unterschätzt werden sollten.

Ferner habe ich jede Rechtspolitik vermieden. Die Hinweise, die sich in anderen Lehrbüchern auf die Entwürfe finden, fehlen ganz. Ich halte sie aber auch für überflüssig, ja, sogar für schädlich. Ein Gesetz lernt man nicht durch einzelne Hinweise kennen, die aber, wenn sie sich auf Entwürfe beziehen, den Anfänger im Hinblick auf das eigentliche Gesetz nur verwirren können. Das, worauf es ankommt, ist, daß der Lernende eine gründliche, systematisch dogmatisch geschlossene Ausbildung erhält. Um die schwierige Aufgabe, bei Erlaß des neuen Gesetzes völlig umlernen zu müssen, kommt der Jurist doch nicht herum. Und auch hier kann die Vorstellung, aus gelegentlichen Brocken bereits Kenntnisse erworben zu haben, nur Schaden. Immerhin wird übrigens auch die gründliche Ausbildung

im Recht des Tages ein Doppeltes über den Wechsel der Gesetzgebung hinaus verleihen: Methode der Rechtsbenutzung und Kenntnis der Fülle jener grundlegenden Begriffe, die von der jeweiligen Gesetzgebung im wesentlichen nicht berührt werden.

Auf der anderen Seite bitte ich zwei positive Seiten meiner Arbeit nicht zu übersehen:

Zunächst habe ich dem besonderen Teil des Strafrechtes, in dem das eigentliche Leben dieser Rechtsmaterie pulsiert, besonderes Gewicht beigelegt. Die Überschätzung des allgemeinen Teiles, der wir uns zurzeit noch erfreuen, und die zum Teil historisch aus naturrechtlichen Reminiscenzen, zum Teil aber wohl auch aus anderen Gründen, bei denen die Bequemlichkeit nicht ganz übersehen werden kann, zu erklären ist, halte ich für Lehre und Praxis gleich verhängnisvoll. Vergleicht man die Judikatur unserer hohen und höchsten Gerichte auf dem Gebiet des Zivil- und Strafrechtes miteinander, der Vergleich fällt nicht zugunsten des Strafrechtes aus. Der Grund für diese beklagenswerte, aber nicht zu leugnende Tatsache liegt in der weiteren, ebenfalls nicht zu leugnenden Tatsache, daß unsere Juristen auf dem Gebiet des Strafrechtes längst nicht so gründlich vorgebildet werden wie auf dem des Zivilrechtes. Hier muß Abhilfe geschaffen werden. Und dies kann nur geschehen, daß wir unsere Studierenden ganz anders intensiv mit den besonderen Lehren befaßen als bisher.

Ferner fasse ich das Recht als angewandte Wissenschaft auf. Ich habe daher entscheidendes Gewicht auf das Beibringen eines umfangreichen Entscheidungsmaterials gelegt. Der Anfänger muß von allem Anfang an das Recht in seiner Anwendung kennenlernen, schon um die große Wahrheit zu begreifen, daß nicht die Theorie, sondern der Tatbestand des Lebens das Entscheidende ist. Wer daher diesen Grundriß benutzen will, der veräume nie, jede Entscheidung nachzuschlagen und sie so lange durchzulesen, bis er sie versteht. Nicht rezeptive, sondern produktive Arbeit verlange ich von meinen Lesern. Dabei weise ich darauf hin, daß ich diesen Grundriß nicht nur für den Studierenden und den Anfänger in der Praxis, sondern auch für den Praktiker selbst geschrieben habe. Ich wollte in einer gedrängten Übersicht letzterem die Möglichkeit geben, sich in allen wichtigeren Fragen rasch Bescheid holen und sich gleichzeitig zum mindesten über die Judikatur des Reichsgerichtes informieren zu können. Ob mir dies gelungen ist, untersteht nicht meiner Beurteilung.

Jena, 17. 3. 1922.

H. B. Gerland.

Vorwort zur 2. Auflage.

Ist eine 1. Auflage der Anlage und dem Inhalt nach immer ein Experiment, so stellt sich die 2. Auflage als Erfahrung dar. Es bereitet mir eine gewisse innere Genugtuung, daß die Erfahrung das bestätigt hat, was das Experiment anzustreben gewagt hat. Und so kann die 2. Auflage meines Lehrbuches der Anlage nach im wesentlichen unverändert in die Welt ihrer Bestimmung hinausgehen. Ich habe unverändert an der methodologischen Grundauffassung festgehalten, von der die 1. Auflage ausgegangen ist. Ich habe auf jede Gesetzeskritik verzichtet. Dieses Werk will ein rein dogmatisches, nicht ein kritisches Werk sein. Es soll der angewandten Rechtswissenschaft, nicht der Rechtspolitik dienen, bestimmt zur Benutzung und zum Studium für Juristen, nicht für Rechtspolitiker. Wenn ich diesmal auf wiederholt an mich gerichtete Bitten hin die Bestimmungen des Entwurfes zum Strafgesetzentwurf mit herangezogen habe, im allgemeinen Teil in äußerster Kürze, im speziellen Teil lediglich verweisend, so geschah dies nur, um denen, die mein Lehrbuch benutzen, den Übergang zur neuen Zeit (wird sie kommen?) zu erleichtern. Auch hier habe ich mich auf dogmatische Hinweise beschränkt, ohne kritisch zu den mehr oder weniger glücklichen Vorschlägen des Entwurfes Stellung zu nehmen.

Aus dem rein dogmatischen Charakter des Lehrbuches ergab sich für die Darstellung ein Mehrfaches: Ich habe wiederum auf die Judikatur entscheidendes Gewicht gelegt und die Entscheidungen des Reichsgerichtes in noch weiterem Umfang herangezogen als in der 1. Auflage. Ich habe die Kontroversen nur mehr angedeutet und mich dabei in Zitaten usw. äußerster Kürze begnügt. Ich freue mich, daß Eberhard Schmidt für künftige Auflagen des Viszt'schen Lehrbuches eine ähnliche Methode in Erwägung gezogen hat, denn es beweist mir die Übereinstimmung mit Schmidt die Richtigkeit der eigenen Auffassung. Ich habe ferner nach wie vor entscheidendes Gewicht auf den so oft zu Unrecht vernachlässigten Besonderen Teil gelegt. Ich hoffe, daß hierbei der Allgemeine Teil nicht zu kurz gekommen ist, in dessen erweitertem Ausbau ich das wesentlich Neue der 2. Auflage erblicke. Endlich habe ich mich von aller Scholastik fernzuhalten versucht. Ich glaube, daß manche Unter-

suchungen der neueren Zeit unter der Begriffsfreudigkeit ihrer Verfasser zu leiden haben, deren analytische, bis zum Äußersten gehende Untersuchungen sicher sehr geistreich sind, aber doch auf Wirkungen fürs Leben nicht rechnen können. Ein Werk, das aber nicht für das Leben bestimmt ist, das den Juristen nicht als den nimmt, der er ist, nämlich als Juristen, ist kein Werk der Rechtswissenschaft, welche Bedeutung es sonst auch immer haben mag. So habe ich mich auch von aller, heute so modernen philosophierenden Darstellung bewußt fernzuhalten versucht, da durch sie in der Tat keine Klärung der Auffassungen gebracht wird. Haben wir doch heute Arbeiten, die mit einer derart mythischen Terminologie arbeiten, daß sie für die gewöhnlichen Juristen, zu denen ich mich rechne, einfach unverständlich bleiben müssen. Man möchte hoffen, daß diese Modeströmung, die mit der Sache selbst nichts zu tun hat, möglichst bald aus unserer Wissenschaft wieder verschwinden wird.

Endlich noch ein Wort über den Stoff: Das Notverordnungsrecht unserer Zeit habe ich bis zum heutigen Tag mit verarbeitet. Der fortgesetzte Wechsel, dessen wir uns auf diesem Gebiet ja leider zu erfreuen haben, mag es mit sich gebracht haben, daß einzelne Unstimmigkeiten im Werk übriggeblieben sind. Es mag das mit einer leidigen Zeitererscheinung entschuldigt werden, an der wir Juristen, wenn es so fortgeht, Bankrott zu machen gezwungen sind. Da, wo man nicht weiß, ob es sich um Bestimmungen von Dauer handelt, ist dies immer zum Ausdruck gebracht. So habe ich z. B. beim *ReplSchG*. stets auf seine zeitliche Limitierung hingewiesen.

Daß der Umfang des Buches zugenommen hat, war nicht zu vermeiden. Ich habe daher auch leider von Kleindruck in erhöhtem Maße Gebrauch machen müssen, weise aber die Benutzer meiner Arbeit, namentlich den Anfänger darauf hin, daß kein Urteil über die Bedeutung von Ausführungen vorliegt, wenn diese in Kleindruck gesetzt sind.

Endlich danke ich von Herzen meinen lieben Schülern, auf der einen Seite Fräulein Dr. Brigitte Heilbron und Herrn Referendar Rudolf Lang in Berlin, die mich bei der Vorbereitung der 2. Auflage in unermüdlichem Eifer unterstützt haben, auf der anderen Seite Herrn Regierungsrat Dr. Krumbholz in Weimar, der die Register zu dem Lehrbuch in vorbildlicher Weise angefertigt hat.

Jena, 30. 7. 1932.

H. B. Gerland.

Inhaltsverzeichnis.

1. Buch.

Begriff, Geschichte und Anwendungsgebiet des Strafrechtes.

1. Abschnitt.

Der Gegenstand und die Aufgabe des Strafrechtes.

I. Der Begriff des Strafrechtes.	Seite
§ 1. 1. Verbrechen und Strafe	1
§ 2. 2. Der Begriff des Strafrechtes. Der Gegenstand des Lehrbuchs	4
§ 3. 3. Die systematische Stellung des Strafrechtes. Objektives und subjektives Strafrecht	7
II. Die Funktion des Strafrechtes.	
§ 4. 1. Die Funktion des Strafrechtes	10
§ 5. 2. Die verschiedenen Strafrechtstheorien	18
III. Die Strafrechtswissenschaft.	
§ 6. 1. Die Aufgaben der Strafrechtswissenschaft	26
§ 7. 2. Literaturübersicht.	31

2. Abschnitt.

Die Geschichte des Strafrechtes.

§ 8. I. Allgemeiner Überblick	32
II. Die einzelnen Phasen der Entwicklung.	
§ 9. 1. Das römische Strafrecht	38
§ 10. 2. Das deutsche Strafrecht im Mittelalter	40
§ 11. 3. Die Entwicklung bis zur Gesetzgebung Karls V. Die Carolina	43
§ 12. 4. Die Entwicklung bis zum Untergang des Deutschen Reiches	46
§ 13. 5. Die Entwicklung bis 1869.	50
§ 14. 6. Das Reichsstrafgesetzbuch. Seine Entstehung und Fortentwicklung	52
§ 15. 7. Die Reformbewegung der Gegenwart	55

3. Abschnitt.

Die Strafgesetze und ihr Anwendungsgebiet.

§ 16. I. Das Strafgesetz nach Inhalt und Art	61
§ 17. II. Die Entstehung und Auslegung der Strafgesetze	66

	Seite
§ 18. III. Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht	69
§ 19. IV. Das Verhältnis des Reichsstrafrechtes zu früherem Reichsstrafrecht	73
§ 20. V. Das zeitliche Geltungsgebiet der Strafgesetze	74
§ 21. VI. Das räumliche Geltungsgebiet der Strafgesetze	77
§ 22. VII. Das persönliche Geltungsgebiet der Strafgesetze	84
§ 23. VIII. Die Geltung der Strafgesetze in Kriegs- und Ausnahmezeiten	87

2. Buch.

Der allgemeine Teil.

1. Abschnitt.

Die Lehre vom Verbrechen.

§ 24. Vorbemerkung. Der Begriff des Verbrechens und seine Einteilungen	89
--	----

1. Kapitel.

Die Lehre vom Subjekt und Objekt des Verbrechens.

I. Das Subjekt des Verbrechens.

§ 25. 1. Das einzig mögliche Subjekt des Verbrechens	92
2. Die Zurechnungsfähigkeit.	
§ 26. a) Der Begriff der Zurechnungsfähigkeit	93
§ 27. b) Der Begriff und die Fälle der Unzurechnungsfähigkeit	97
§ 28. c) Die Bedeutung mangelnder Zurechnungsfähigkeit	103

II. Das Objekt des Verbrechens.

§ 29. 1. Das Verbrechensobjekt seinem Begriff nach	105
§ 30. 2. Die Konsequenzen des Begriffes	107

2. Kapitel.

Der Begriff des Verbrechens.

§ 31. Vorbemerkung	109
------------------------------	-----

1. Teil.

Das Handlungsverbrechen.

I. Das Verbrechen als Handlung.

§ 32. 1. Der Handlungsbegriff im allgemeinen	110
2. Die Lehre vom Kausalzusammenhang.	
§ 33. a) Der Kausalzusammenhang und die verschiedenen Kausalitätstheorien	112
§ 34. b) Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und die mittelbare Täterschaft	116
§ 35. 3. Zeit und Ort der begangenen Handlung	120

II. Das Verbrechen als schuldhafte Handlung.

§ 36. 1. Der Schuldbegriff	122
§ 37. 2. Das Gesetz und die Schuldvoraussetzung	127
3. Die verschiedenen Formen der Verschuldung.	
a) Der Vorsatz.	

§ 38.	a) Der Vorsatzbegriff und die verschiedenen Arten des Vorsatzes	128
§ 39.	β) Die Lehre vom Irrtum.	134
§ 40.	b) Die Fahrlässigkeit.	139
III. Das Verbrechen als rechtswidrige Handlung.		
§ 41.	1. Die Rechtswidrigkeit im allgemeinen.	144
	2. Die einzelnen Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit.	
§ 42.	a) Die Notwehr.	146
§ 43.	b) Der Notstand.	150
§ 44.	c) Die übrigen Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit	157
§ 45.	IV. Das Verbrechen als strafbare Handlung.	161

2. Teil.

Das Unterlassungsverbrechen.

§ 46.	I. Begriff und Arten des Unterlassungsverbrechens	164
§ 47.	II. Die Unterlassungsverbrechen im einzelnen	167

3. Kapitel.

Die verschiedenen Erscheinungsformen des Verbrechens.

I. Vollendung und Versuch.

§ 48.	1. Vollendung und Versuch im allgemeinen.	170
§ 49.	2. Der Versuch im einzelnen	172
§ 50.	3. Der untaugliche Versuch	178
	4. Die Strafbarkeit des Versuches.	
§ 51.	a) Die Strafbarkeit des Versuches im allgemeinen	180
§ 52.	b) Der Rücktritt vom Versuch.	181

II. Eintäterschaft und Mehrtäterschaft. Die Lehre von der Teilnahme.

§ 53.	1. Allgemeines	186
§ 54.	2. Eintäterschaft und Mehrtäterschaft	194
	3. Die verschiedenen Formen der Teilnahmen.	
§ 55.	a) Die Anstiftung	198
§ 56.	b) Die Beihilfe	201
§ 57.	c) Der Dachesneparagraph	204

III. Einheit und Mehrheit des Verbrechens.

§ 58.	1. Allgemeines	207
	2. Die Lehre von der Verbrechenskonkurrenz.	
§ 59.	a) Die Realkonkurrenz	212
§ 60.	b) Die Idealkonkurrenz.	213

2. Abschnitt.

Die Lehre von der Strafmöglichkeit des Staates.

1. Kapitel.

Die Strafmöglichkeit des Staates im allgemeinen.

§ 61.	I. Die verschiedenen Verbrechenfolgen und ihre Bedeutung	218
	II. Die Strafmöglichkeit des Staates.	

	Seite
§ 62. 1. Im allgemeinen	221
2. Prozessuale Bedingtheit der Ausübung der staatlichen Strafmöglichkeit.	
§ 63. a) Im allgemeinen	223
§ 64. b) Insbesondere der Antrag und die Ermächtigung des Verletzten	224

2. Kapitel.

Die Strafmittel des Staates und die Ausübung der staatlichen Strafmöglichkeit.

I. Das Strafsystem des Strafgesetzbuches.	
§ 65. Vorbemerkung	231
1. Die Hauptstrafen.	
a) Die verschiedenen Hauptstrafen	
§ 66. α) Die Todesstrafe	232
§ 67. β) Die Freiheitsstrafen	234
§ 68. γ) Die Geldstrafe	241
§ 69. b) Die Strafumwandlung von Geld- und Freiheitsstrafen	244
2. Die Nebenstrafen.	
§ 70. a) Die Nebenstrafen an der Ehre und der staatsbürgerlichen Stellung	246
§ 71. b) Die Nebenstrafen an der Freiheit und dem Vermögen	249
3. Sonstige Verbrechensfolgen, auf die neben der Strafe erkannt werden kann.	
§ 72. a) Die sichernden Maßnahmen.	251
§ 73. b) Die zivilrechtlichen Maßnahmen	263
II. Die Ausübung der staatlichen Strafmöglichkeit.	
1. Die Strafzumessung.	
§ 74. a) Im allgemeinen.	266
§ 75. b) Schranken der freien richterlichen Strafzumessung im Falle der Realkonkurrenz.	269
2. Die Strafänderung.	
§ 76. a) Vorbemerkung	272
§ 77. b) Die Strafschärfungsgründe, insbesondere der Rückfall	273
§ 78. c) Die Strafmilderung	277
§ 79. 3. Die Anrechnung auf die verwirkte Strafe	281

3. Kapitel.

Das Erlöschen der staatlichen Strafmöglichkeit.

§ 80. I. Im allgemeinen	283
II. Insbesondere die Verjährung, die Begnadigung und die Bewährungsentscheidung.	
§ 81. 1. Die Verjährung	285
2. Die Begnadigung.	
§ 82. a) Die unbedingte Begnadigung	291
§ 83. b) Die Bewährungsbegnadigung	295

3. Buch.

Der besondere Teil.

§ 84.	Systematische Vorbemerkung	Seite 300
-------	--------------------------------------	--------------

1. Abschnitt.

Die Staatsverbrechen.

§ 85.	Allgemeines	301
-------	-----------------------	-----

1. Kapitel.

Die Verbrechen gegen den Staat.

§ 86.	I. Strafbare Handlungen gegen die innere Existenz des Staates. Der Hochverrat	303
-------	---	-----

II. Strafbare Handlungen gegen die äußere Existenz des Staates.

§ 87.	1. Der Landesverrat	307
	2. Landesverratsähnliche Verbrechen.	
§ 88.	a) Der Verrat militärischer Geheimnisse und die Verletzung gerichtlicher Schweigepflicht	312
§ 89.	b) Angriffe gegen den Bestand des Staatsvolkes	314
§ 90.	c) Angriffe gegen die Wehrkraft des Staatsvolkes	315

III. Die Verbrechen gegen den staatlichen Frieden.

§ 91.	1. Angriffe gegen den äußeren Frieden des Staates. Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten.	316
	2. Angriffe gegen den inneren Frieden des Staates.	
§ 92.	a) Allgemeines.	319
§ 93.	b) Der Zweikampf	319
§ 94.	c) Der Kaufhandel.	324
§ 95.	d) Der Landfriedensbruch und die sonstigen Friedensverbrechen	327

2. Kapitel.

Die Verbrechen gegen die Staatsstätigkeit.

§ 96.	I. Die strafbaren Handlungen gegen die Staatsgesetzgebung	332
	II. Die strafbaren Handlungen gegen die Staatsverwaltung.	
	1. Angriffe gegen die Staatsverwaltung im allgemeinen.	
	a) Strafbare Handlungen gegen die Staatsgewalt.	
§ 97.	α) Der Widerstand gegen die Staatsgewalt.	336
§ 98.	β) Die Aufforderung zum Ungehorsam gegen die Staatsgewalt.	343
§ 99.	γ) Eingriffe in staatliche Verwahrungsrechte	346
§ 100.	δ) Die Mißachtung der Staatsgewalt	350

	Seite
	b) Strafbare Handlungen unter Mißbrauch der Staatsgewalt. Die Amtsverbrechen.
§ 101.	a) Im allgemeinen 353
§ 102.	β) Die einzelnen Amtsverbrechen 355
	2. Angriffe gegen die einzelnen Zweige der Staatsverwaltung.
	a) Strafbare Handlungen gegen die Rechtspflege.
§ 103.	a) Die Eidesverbrechen. 369
§ 104.	β) Die falsche Anschulldigung 376
§ 105.	γ) Die Begünstigung. 378
§ 106.	δ) Die sonstigen strafbaren Handlungen gegen die Rechtspflege 383
§ 107.	b) Strafbare Handlungen gegen das Finanzwesen . 386
§ 108.	c) Strafbare Handlungen gegen das Vereins- und Preßwesen 389
§ 109.	d) Strafbare Handlungen in bezug auf das Polizeiwesen 391

2. Abschnitt.

Die Verbrechen gegen die Gesamtheit.

1. Kapitel.

Strafbare Handlungen in bezug auf die Religion.

§ 110.	I. Die eigentlichen Religionsverbrechen 399
§ 111.	II. Leichenraub und Gräberbeschädigung 404

2. Kapitel.

Die Sittlichkeitsverbrechen.

§ 112.	I. Im allgemeinen 405
	II. Die einzelnen Sittlichkeitsverbrechen.
	1. Die unsittlichen Handlungen.
§ 113.	a) Der verbotene Geschlechtsverkehr 406
§ 114.	b) Die unzüchtigen Handlungen 413
	2. Die Förderung der Unsittlichkeit und die Gefährdung der Sittlichkeit.
§ 115.	a) Die Förderung der Unsittlichkeit. 415
§ 116.	b) Die Gefährdung der Sittlichkeit. 421

3. Kapitel.

Die Geldverbrechen.

§ 117.	I. Allgemeines 425
	II. Die einzelnen Geldverbrechen.
§ 118.	1. Die Geldfälschungsverbrechen 426
§ 119.	2. Die übrigen Geldverbrechen. 431

4. Kapitel.

Die Urkundenverbrechen.

		Seite
§ 120.	I. Allgemeines	432
	II. Die einzelnen Urkundenverbrechen.	
	1. Die Urkundenfälschung.	
§ 121.	a) Die unmittelbare Urkundenfälschung	435
§ 122.	b) Die mittelbare Falschbeurkundung oder intellektuelle Urkundenfälschung	442
§ 123.	2. Die Urkundenunterdrückung	443
§ 124.	III. Die unechten Urkundenverbrechen	445

5. Kapitel.

Die gemeingefährlichen Verbrechen.

§ 125.	I. Allgemeines	445
	II. Die einzelnen gemeingefährlichen Verbrechen.	
§ 126.	1. Brandstiftung und Sprengstoffverbrechen	446
§ 127.	2. Die Herbeiführung einer Überschwemmung	453
§ 128.	3. Die Eisenbahntransportgefährdung und die Gefährdung von Lufttransporten	455
§ 129.	4. Die Gefährdung des Telegraphenbetriebes	458
§ 130.	5. Die übrigen gemeingefährlichen Verbrechen	460

3. Abschnitt.

Die Verbrechen gegen den Einzelnen.

1. Kapitel.

Strafbare Handlungen gegen die Person des Einzelnen.

I. Verbrechen gegen Leib oder Leben.

1. Die Tötungsverbrechen.

a) Die Tötung des Menschen.

§ 131.	α) Allgemeines	469
	β) Die einzelnen Tötungsverbrechen.	
§ 132.	αα) Mord und Totschlag	470
§ 133.	ββ) Die privilegierten Fälle der Tötung	474
§ 134.	b) Die Tötung der Frucht (Abtreibung)	478

2. Die Körperverletzung.

§ 135.	a) Allgemeines	481
§ 136.	b) Die einzelnen Fälle der Körperverletzung	484
§ 137.	3. Die Aussetzung	489

II. Verbrechen gegen die Ehre.

§ 138.	1. Allgemeines	491
§ 139.	2. Die einzelnen Fälle der Beleidigung	498

III. Die Verbrechen gegen den Personenstand und die Familie.

§ 140.	1. Die Verbrechen gegen den Personenstand	504
§ 141.	2. Die Eheverbrechen	507

2. Kapitel.

Strafbare Handlungen gegen die Individualsphäre
des Einzelnen.

I. Die Freiheitsverbrechen.		Seite
§ 142.	1. Allgemeines	511
	2. Die einzelnen Freiheitsverbrechen.	
§ 143.	a) Die Nötigung	514
§ 144.	b) Die Freiheitsberaubung.	517
§ 145.	c) Der Menschenraub	521
§ 146.	d) Der Kinderraub	525
§ 147.	e) Die Entführung	527
II. Die Verbrechen gegen den persönlichen Frieden und die Geheim- sphäre des Einzelnen.		
1. Die Verbrechen gegen den persönlichen Frieden.		
§ 148.	a) Allgemeines. b) Die Bedrohung	531
§ 149.	c) Der Hausfriedensbruch	533
§ 150.	Die Verbrechen gegen die Geheimsphäre.	539
III Die Verbrechen gegen Urheberrechte; der unlautere Wettbewerb.		
§ 151.	1. Die Verbrechen gegen Urheberrechte	546
§ 152.	2. Der unlautere Wettbewerb	552

3. Kapitel.

Strafbare Handlungen gegen das Vermögen des Einzelnen.

§ 153.	Allgemeines	560
I Strafbare Handlungen in bezug auf fremdes Eigentum.		
§ 154.	1. Die Sachbeschädigung	562
	2. Der Diebstahl.	
§ 155.	a) Der gewöhnliche Diebstahl	568
§ 156.	b) Die besonderen Arten des Diebstahls	577
§ 157.	c) Die dem Diebstahl verwandten strafbaren Hand- lungen	590
§ 158.	3. Der Raub	600
§ 159.	4. Die Unterschlagung	604
II. Strafbare Handlungen in bezug auf Okkupations- und Forderungs- rechte.		
§ 160.	1. Jagd- und Fischereiverbrechen.	610
	2. Strafbare Handlungen in bezug auf Forde- rungsrechte.	
§ 161.	a) Der Vertragsbruch.	616
	b) Die Vollstreckungsvereitelung.	
§ 162.	α) Die Vereitelung der Spezialexecution	617
	β) Die Vereitelung der Generalexecution.	
§ 163.	αα) Allgemeines.	621
§ 164.	ββ) Der Bankrott.	623
§ 165.	γγ) Die übrigen Konkursverbrechen	627

III. Strafbare Handlungen in bezug auf das Vermögen (schlechthin).

	1. Der Betrug.	
§ 166.	a) Der Betrug im allgemeinen.	632
§ 167.	b) Die verschiedenen Arten des Betruges	641
§ 168.	2. Die Erpressung	644
§ 169.	3. Die Untreue	649
	4. Die strafbare Ausbeutung.	
§ 170.	a) Die Ausbeutung Minderjähriger	653
§ 171.	b) Die Verleitung zum Börsenspiel	656
§ 172.	c) Der Wucher.	656
	5. Die strafbare Gefährdung des Vermögens.	
§ 173.	a) Das Glückspiel	663
§ 174.	b) Die öffentliche Auspielung	668
§ 175.	c) Die Schiffsfährdung durch Konterbande	671
§ 176.	6. Die Sachhehlerei	673
Quellenregister		681
Wortregister		701
Druckfehler und Berichtigungen		732

Verzeichnis der Abkürzungen.

Allfeld	= Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 8. Auflage.
Binding Grundriß A	= Binding, Grundriß des deutschen Strafrechtes. Allgemeiner Teil. 8. Auflage.
Binding H.	= Binding, Handbuch des deutschen Strafrechtes Bd. I.
Binding Lehrbuch	= Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes. Besonderer Teil. 2. Auflage.
Binding Schuld	= Binding, Schuld im deutschen Strafrecht 1919.
Finger	= Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes Bd. I.
Franf	= Franf, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Auflage.
Gerland Grundfragen	= Gerland, Grundfragen des Strafrechtes. 2. Auflage.
Hälschner	= Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht.
Hippel	= v. Hippel, Deutsches Strafrecht Bd. I, II.
Röhler	= Röhler, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil.
Leipziger Kommentar	= Das Reichsstrafgesetzbuch, erläutert von Ebermayer, Eichelbaum, Lobe und Rosenberg. 4. Auflage.
Liszt-Schmidt A	= Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. Allgemeiner Teil. 26. Auflage.
Liszt-Schmidt	= Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 25. Auflage.
M. E. Mayer	= M. E. Mayer, Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechtes.
Mezger	= Mezger, Strafrecht. 1931.
Oßhausen	= Oßhausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Auflage.

Dppenhoff	= Dppenhoff-Delius, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 14. Auflage.
R. Schmidt	= R. Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts. 2. Auflage.
Stenglein	= Stenglein, Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs. 5. Auflage.
Wachensfeld	= Wachensfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
U.	= Entwurf zum Strafgesetzbuch in der Fassung des Antrags Kahl.
U. U.	= Entwurf eines Einföhrungsgesetzes zum StGB. (Reichstagsvorlage).
U. R.	= Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen.
U. R. Zivilsachen	= Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
U. RMG.	= Entscheidungen des Reichsmilitärgerichtes.
U. A.	= Goldammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht.
U. S.	= Gerichtssaal.
J. W.	= Juristische Wochenschrift.
OLG.	= Oberlandesgericht.
RG.	= Reichsgesetz.
RGBl.	= Reichsgesetzblatt.
R. R.	= Rechtsprechung des Reichsgerichtes in Strafsachen.
B.	= Verordnung.
Z.	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Die Reichsgesetze werden in den allgemein üblichen Abkürzungen zitiert (z. B. GenG. = Genossenschaftsgesetz). Paragraphen ohne Hinzufügung des Gesetzes sind immer Paragraphen des StGB. Das Einföhrungsgesetz zum StGB. wird einfach U. zitiert.

1. Buch.

Begriff, Geschichte und Anwendungsgebiet des Strafrechtes.

1. Abschnitt.

Der Gegenstand und die Aufgabe des Strafrechtes.**I. Der Begriff des Strafrechtes.****1. Verbrechen und Strafe.**

§ 1.

I. Das Strafrecht dient der Verbrechensbekämpfung schlechthin. Bestimmte menschliche Handlungen werden verboten, andere wieder geboten. Das Zuwiderhandeln gegen diese staatlichen Verbote und das Außerachtlassen der Gebote wird als Verbrechen von Amts wegen bekämpft, und zwar so, daß an einen vorliegenden Tatbestand, d. h. das in seinen Einzelheiten genau als Verbrechen bestimmte Verhalten eines Menschen, eine Reaktion des Staates als Rechtsfolge geknüpft wird. Wenn nun auch unser geltendes Strafrecht als derartige Reaktionen nicht nur die Strafe, sondern auch noch andere Mittel kennt (z. B. die Stellung des Verurteilten unter Polizeiaufsicht, die Einziehung eines Gegenstandes, der bei der Begehung eines Verbrechens benutzt ist, zugunsten des Staates), so ist doch das eigentliche, wesentliche Mittel der Verbrechensbekämpfung im Strafrecht die Strafe als Rechtsfolge des Verbrechens.

II. Die Strafe, wenn wir diesen Begriff ganz allgemein und ohne Beziehung auf den Staat feststellen, ist eine Handlung, die eine Person gegen eine andere Person wegen einer von dieser begangenen Handlung oder Unterlassung vornimmt. Sie ist ein Übel, welches einer anderen Person zugefügt wird, um von dieser als Übel empfunden zu werden. Und da sie als Gegenwirkung gegen ein vom

Strafenden mißbilligtes Verhalten des Gefraften, das also für den Strafenden auch als Übel erscheint, gemeint ist, so ist sie inhaltlich Vergeltung. Zu welchem Zweck sie verhängt wird, kann im einzelnen noch nicht ausgeführt werden. Es mag nur ganz allgemein hervorgehoben werden, daß sie im Hinblick auf die bestrafte Handlung eine Repression im weitesten Sinne ist. Die Strafe ist mithin ein Übel, das vom Strafgewaltigen über den Bestraften verhängt wird wegen einer vom Bestraften begangenen, vom Strafenden mißbilligten Handlung oder Unterlassung, ein Übel, das vom Bestraften als Übel empfunden werden soll. Daß sich die mißbilligte Handlung gegen den Strafgewaltigen gerichtet hat, ist nicht erforderlich; entscheidend aber ist, daß er sie mißbilligt hat.

III. 1. Die Bekämpfung menschlichen Mißverhaltens mit einer Strafe erfolgt ganz allgemein und nicht nur durch den Staat. Der Einzelne kann Strafen verhängen, so der Vater über sein Kind. Auch ein Verein kann im Rahmen des Vereinsrechtes Vereinsmitglieder strafen. Und was für den Verein gilt, gilt für jede organisierte Gemeinschaft, z. B. für die Kirche.

2. Es kann sich nun auch das Recht mit Privatstrafen oder Vereinsstrafen usw. befassen. Allein die einschlägigen Rechtsfälle bilden kein Strafrecht; sie gehören anderen Rechtsgebieten an und können für das Strafrecht höchstens nur indirekt in Betracht kommen. So sind z. B. die Sätze über das Züchtigungsrecht der Eltern, die an sich dem bürgerlichen Recht angehören, insoweit für das Strafrecht von Bedeutung, als sie die Widerrechtlichkeit bestimmter Handlungen und damit ihre Strafbarkeit auszuschließen vermögen. Strafrecht aber liegt immer nur dann vor, wenn es sich um staatliche Strafen handelt.

IV. 1. Ist so in dem im folgenden zu gebrauchenden Sinne unter Strafe nur die staatliche Strafe zu verstehen, so müssen wir diesen Begriff noch weiter einengen. Der Staat ist verschiedene Strafen zu verhängen berechtigt. Auf der einen Seite haben wir die Disziplinarstrafe, auf der anderen Seite die Ordnungsstrafe, die Zwangs- oder Exekutivstrafe, endlich aber die sogenannte peinliche Strafe. Die Disziplinarstrafe wird verhängt, um die Disziplin, d. h. die Zucht und Ordnung in einem nach irgendwelchen Rücksichten bestimmten Kreis aufrecht zu erhalten. Ihr Ausgang wie Endziel bleibt ein engerer Kreis innerhalb der staatlichen Gesamtheit (vgl. § 72 Reichsbeamtengefetz). Sie wird verhängt vom Staat nicht auf Grund seiner allgemeinen öffentlichen Staatsgewalt, sondern auf Grund des Gewaltverhältnisses der Dienstherrlichkeit, das zwischen

dem Staat als Dienstherrn und seinen Beamten besteht.¹ Die Ordnungsstrafe dient in erster Linie der Aufrechterhaltung der Ordnung in einem bestimmten Verfahren, ihr Zweck ist also ebenfalls beschränkt auf eine ganz bestimmte Wirkung (§ 178 GVG.). Die Zwangsstrafe will von einem anderen eine bestimmte Handlung oder ein bestimmtes Verhalten erzwingen (§ 888 ZPO.; § 68 StPO.).² Die peinliche Strafe findet ihren Zweck ohne jede Beschränkung auf primäre engere Zwecke lediglich in dem Gemeinschaftsleben der Gesamtheit. Ihre Verhängung setzt fast ausnahmslos nach geltendem Recht eine Feststellung der Begehung der strafbaren Handlung in einem gerichtlichen, gesetzlich geregelten Verfahren voraus. Allein begrifflich notwendig ist dies nicht. Entscheidend ist stets nur, daß die peinliche Strafe losgelöst von allen engeren primären Zwecken Grund und Ziel lediglich und schlechthin im Gemeinschaftsleben findet. Sie setzt mithin ein Dreifaches voraus: Der Strafgewaltige ist stets der Staat. Das Verbrechen wird lediglich wegen seiner Bedeutung für die Gesamtheit reprobirt. Die Strafe wird ebenfalls lediglich als Wirkung für die Gesamtheit verhängt. An wen dagegen die Strafe geleistet wird, ob z. B. die Strafe darin besteht, daß der Bestrafte eine bestimmte Geldsumme an eine Privatperson zu zahlen hat, ist ohne jede Bedeutung. Denn entscheidend ist nur, wer straft. Und auch in dem gewählten Beispiel straft ausschließlich der Staat, da ja die Strafe nicht in der Leistung des Gestraften, sondern in der Zufügung des Übels für den Gestraften besteht, hier also in dem Artermachen des Gestraften.³

2. Es ist nun selbstverständlich, daß auch die Disziplinarstrafe, die Ordnungsstrafe und die Zwangsstrafe wie die peinliche Strafe rechtlich geregelt sind. Sie sind Handlungen des Staates und setzen daher wie jede andere Staatstätigkeit rechtliche Normierung in irgendeiner Art voraus. Allein die Rechtsätze, die sich auf die Strafen, die keine peinlichen Strafen sind, beziehen, gehören nicht dem Strafrecht an. Das Strafrecht bezieht sich nur auf die peinliche Strafe in dem soeben festgestellten Sinne. Alle anderen öffentlichen Strafen interessieren daher im weiteren nicht mehr. Und der Begriff der Strafe, den wir im folgenden zugrunde legen werden, ist lediglich

¹ Laband, Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl., 1, 485.

² Allerdings redet § 58 nunmehr von einer Ordnungsstrafe im Gegensatz zu § 59 StPO. alte Fassung. Begrifflich ist aber die Zwangsstrafe etwas anderes als die Ordnungsstrafe im Sinne des Textes.

³ Vgl. E. R. 6, 180; 46, 423. Die in der letztgenannten Entscheidung erwähnten genossenschaftlichen Strafen sind reine Privatstrafen.

die peinliche Strafe oder Kriminalstrafe schlechthin. Ihre Voraussetzung nennen wir das Verbrechen. Alle Rechtsätze, die sich auf Verbrechen und Strafe beziehen und deren Verhältnis zueinander regeln, nennen wir in ihrer Gesamtheit das Strafrecht schlechthin.

§ 2. 2. Der Begriff des Strafrechtes. Der Gegenstand des Lehrbuchs.

I. 1. Haben wir im vorhergehenden den Begriff von Verbrechen und Strafe in formeller Hinsicht festgelegt, so ergibt sich uns der Begriff des Strafrechtes selbst. Das Strafrecht ist der Inbegriff derjenigen Rechtsätze, die die Bestrafung bestimmter, tatbestandsmäßig festgelegter menschlicher Handlungen oder Unterlassungen zum Gegenstand haben.

2. a) Dieser weite Begriff des Strafrechtes ist indessen nicht der Begriff, den wir im weiteren zu gebrauchen und zu entwickeln haben. Er zerfällt vielmehr in zwei scharf voneinander zu sondernde Unterbegriffe, das Strafrecht i. e. S. oder das materielle Strafrecht und das formelle Strafrecht oder das Strafprozeßrecht. Dabei verstehen wir unter dem materiellen Strafrecht den Inbegriff derjenigen Rechtsätze, durch welche die Verknüpfung eines Tatbestandes mit einer staatlichen Zwangsreaktion erfolgt; man kann mithin das Strafrecht im materiellen Sinn auch das Strafvoraussetzungsrecht nennen. Es wird von ihm das Verbrechen als Tatbestand in seinen Einzelheiten genau festgelegt, es werden die Voraussetzungen fixiert, unter denen die inhaltlich umgrenzte Strafe als Rechtsfolge an den Tatbestand geknüpft wird. Das materielle Strafrecht umfaßt also den ganzen Komplex von Rechtsätzen, der sich auf die Poenalisierung von menschlichen Handlungen oder Unterlassungen bezieht.

b) Wir sagten, daß die Strafe als Rechtsfolge an einen bestimmten Tatbestand durch das Gesetz geknüpft wird. Allein dieser Satz ist nicht so zu verstehen, daß durch die Begehung eines Verbrechens ipso jure die Strafe als Rechtsfolge eintritt. Vielmehr entsteht durch das Verbrechen auf Grund des Strafrechtes nur eine Strafmöglichkeit des Staates, der ja allein der Strafgewaltige ist. Durch das Verbrechen wird dem Staat gesetzmäßig eine bestimmt umgrenzte Möglichkeit gegeben, zu strafen, aber die Strafe selbst, die konkrete Handlung des Staates, ist nicht mit dieser Möglichkeit identisch. Das materielle Strafrecht legt also nur die abstrakte Strafmöglichkeit des Staates nach Inhalt und Grenzen fest. Wie nun aber der Staat diese abstrakte Möglichkeit in die konkrete Tat umzusetzen hat, das bestimmt nicht das materielle, sondern das formelle Strafrecht. Das Strafprozeßrecht

ist mithin der Inbegriff derjenigen Rechtsfälle, die die Ausübung der vom materiellen Strafrecht festgelegten Strafmöglichkeiten regeln und im einzelnen bestimmen. Hier kommen ebensowohl die Rechtsfälle in Betracht, die festlegen, welche Behörden im konkreten Fall berufen sind, zu strafen, als auch die, die das Verfahren normieren, in welchem eine Strafe festgelegt und demnächst vollstreckt wird. Namentlich regelt das Strafprozeßrecht auch die Frage, ob ein konkreter Tatbestand unter allen Umständen bestraft werden muß, oder ob die mit der Strafverfolgung betraute Behörde dann absehen kann, im Einzelfall von der dem Staat gegebenen Strafmöglichkeit Gebrauch zu machen (§§ 153, 154 StPD.). Ob mithin eine unbedingte Strafpflicht des Staates gegeben ist, was die Regel ist (§ 152 Abs. 2 StPD.), ob nur eine in das Ermessen der Strafverfolgungsbehörde gestellte Strafmöglichkeit vorliegt, was die Ausnahme ist, ist eine Frage des formellen Strafrechtes. Wenn wir im weiteren den Begriff Strafrecht verwenden, so wird darunter nur das materielle Strafrecht verstanden. Das Strafprozeßrecht ist nicht Gegenstand unserer Untersuchungen.

3. Die scharfe Trennung der Begriffe Strafrecht und Strafprozeßrecht ist nicht lediglich aus systematisch didaktischen Gründen notwendig, sondern auch aus rein praktischen Gründen. Denn die Rechtsfälle, die sich auf die Anwendbarkeit der einzelnen Rechtsmaterien beziehen, sind zum Teil verschieden, je nachdem es sich um Straf- oder Strafprozeßrecht handelt. So hat der deutsche Richter ausländisches Prozeßrecht niemals, wohl aber unter Umständen ausländisches Strafrecht anzuwenden (§ 4 Z. 3 Abs. 2). So sind die Bestimmungen über das zeitliche Anwendungsgebiet des materiellen Rechtes andere als die des Strafprozeßrechtes und anderes mehr (vgl. z. B. § 2 Abs. 2 StGB.; §§ 1, 6, 8 ff. GGStPD.; §§ 2 ff. GGStGB.; § 340 StPD.). Nun hat zwar das moderne Recht quellenmäßig differenziert und behandelt das materielle Recht in den Strafgesetzbüchern (Code pénal usw.), während das formelle Strafrecht in den Strafprozeßordnungen (Code d'instruction criminelle usw.) zur Darstellung gebracht wird.¹ Allein durch einen Hinweis auf die Quellen kann die uns beschäftigende Frage nicht erledigt werden. Denn auch im deutschen Reichsrecht finden wir sowohl in den materiellrechtlichen Gesetzen formale Bestimmungen, als auch umgekehrt in den formalen Gesetzen materielle Vorschriften (vgl. einerseits §§ 4 Abs. 1, 11, 12, 13, 61 ff., 93, 164 Abs. 2 usw. StGB., vgl. anderer-

¹ Im englischen Recht ist dies übrigens nicht der Fall.

seits §§ 51, 452 usw. StP.D.). Es muß daher zurückgegangen werden auf die Funktion des einzelnen Rechtsfases: bezieht er sich konstitutiv auf die Begründung und Begrenzung einer abstrakten Strafmöglichkeit, so ist er materiellrechtlicher Natur. Setzt er bei seiner Anwendung eine primär bereits vorhandene abstrakte Strafmöglichkeit des Staates voraus, dient er lediglich der rechtlichen Regelung der Konkretisierung einer abstrakten Strafmöglichkeit, so ist er prozessualer Natur. Und das gilt gleichmäßig für inländisches und ausländisches Recht.

II. 1. Die Vielheit der Staaten bedingt eine Vielheit der Rechte. Jeder einzelne Staat ist aber durchaus egozentrisch gedacht und organisiert. Sein Recht ist für ihn ausschließlich das Recht schlechthin. Und ausländisches Recht, ja, auch das Völkerrecht kommen für ihn nur insoweit in Betracht, als das eigene Recht die in Betracht kommenden Rechtsfälle durch Bezugnahme zu integrierenden Bestandteilen seiner selbst gemacht hat (vgl. z. B. Art. 4 R.V.). Dies gilt wie allgemein so auch für das Strafrecht. Das Strafrecht, von dem wir handeln, ist daher nur das deutsche Strafrecht, und das ausländische Strafrecht kommt für uns nur insoweit in Betracht, als wir die Grenzen des deutschen Strafrechtes gegenüber dem ausländischen Strafrecht festzustellen haben, Grenzen, die aber lediglich und ausschließlich durch das deutsche Strafrecht gezogen werden.

2. Ist nun Gegenstand unserer Betrachtung das deutsche Strafrecht als das Strafrecht schlechthin, so ist noch eine weitere Einschränkung zu machen: Die staatsrechtliche Organisation Deutschlands in Reich und Länder macht sich in ihren Konsequenzen auch auf dem Gebiet des Strafrechtes geltend. Wir haben sowohl ein Strafrecht des Reiches als auch eines der Länder, und wir haben somit zwischen Reichsstrafrecht und partikulärem Strafrecht zu unterscheiden. Das primäre Recht ist hierbei immer das Reichsrecht, und es existiert partikuläres Strafrecht nur noch so weit, als dies das Reichsrecht gestattet (Art. 7 §. 2 R.V.). Dieses Landesstrafrecht von Reichsgnaden in seiner bunten Vielgestaltigkeit darzustellen, ist nicht unsere Aufgabe. Wir werden uns vielmehr nur auf das Reichsrecht beschränken, werden aber hierbei natürlich auch die Frage, die ja reichsrechtlicher Natur ist, mitbehandeln, in welchen Grenzen heute noch Landesstrafrecht zulässig und anwendbar ist, sei es, daß es sich um aufrecht erhaltenes Landesrecht handelt, sei es, daß die einzelnen Länder noch die Möglichkeit haben, neues Landesrecht zu schaffen.

III. Betrachten wir nun aber das Reichsstrafrecht auf seinen Inhalt hin, so haben wir zwei Unterscheidungen zu machen, die uns zu einer doppelten Einschränkung unserer Aufgabe führen werden.

1. Einmal treffen wir Strafrechtsätze, die sich auf alle Gewaltunterworfenen des Deutschen Reiches schlechthin beziehen. Wir reden hier vom allgemeinen Strafrecht. Wir finden aber auch Sätze, die nicht, wie etwa die Bestimmungen über Mord, Diebstahl (§§ 211, 242) für alle zur Anwendung gelangen, sondern die nur bestimmten Personenklassen gegenüber von Bedeutung sind. Hier reden wir vom besonderen Strafrecht, das also nur für gewisse Gruppen von Gewaltunterworfenen, z. B. für Beamte, Soldaten usw. Anwendungsmöglichkeit besitzt (vgl. z. B. §§ 331ff.). Diese Unterscheidung wird nun namentlich in einer Hinsicht wichtig: Deutsche Militärpersonen unterstehen dem Reichsmilitärstrafgesetzbuch vom 20. 6. 1872¹ und insoweit nicht dem Reichsstrafgesetzbuch (vgl. § 10). So unterscheiden wir zwischen bürgerlichem und militärischem Strafrecht, wobei wir uns, abgesehen von gelegentlichen Hinweisen, mit dem letzteren nicht beschäftigen werden. Gegenstand des Grundrisses ist mithin nur das bürgerliche Strafrecht, und nur die Abgrenzung beider Gebiete voneinander muß festgelegt werden, da es sich hierbei natürlich auch um Sätze des bürgerlichen Strafrechtes handelt.²

2. Wir werden später sehen, daß das Reichsstrafrecht in seinen wesentlichsten Teilen im Reichsstrafgesetzbuch vom 15. 5. 1871 kodifiziert ist. Daneben treffen wir aber viele Sätze des Reichsstrafrechtes in den sogenannten strafrechtlichen Nebengesetzen. Im allgemeinen handelt es sich bei ihnen um Strafdrohungen, die für Spezialmaterien erlassen sind, und man kann so gemeines und spezielles Strafrecht voneinander unterscheiden. Die Aufgabe des Lehrbuches, eine gedrängte Übersicht der wesentlichsten Sätze des Reichsstrafrechtes zu geben, bringt es mit sich, daß wir uns im allgemeinen auf die Darstellung des gemeinen Rechtes des StGB. beschränken müssen, und daß wir von den Nebenstrafgesetzen nur die wichtigsten heranziehen können, wie etwa das Sprengstoffgesetz, das Preßgesetz, die Urheberrechtsgesetze u. a. m.

3. Die systematische Stellung des Strafrechtes. Objektives und § 3. subjektives Strafrecht.

I. 1. Wie wir bereits bemerkten, stellt das Strafrecht bestimmte menschliche Handlungen und Unterlassungen mit Rücksicht

¹ In der Fassung vom 26. 6. 1926 (vgl. RGBl. 1926, I, 275ff.).

² Vgl. zum Militärstrafrecht insbesondere M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht, 1907; Koppmann-Weigel, Kommentar zum MStGB., 3. Aufl. 1907; Dieß, Militärstrafrecht 1916. Eine allerdings sehr kurze Skizze findet sich bei Liszt-Schmidt, S. 907ff.

auf das Gesamtwohl unter Strafe. Es ist mithin ein Teil des öffentlichen Rechtes, denn es regelt Rechtsbeziehungen des Einzelnen zur Gesamtheit und geht stets vom Verhältnis des Staates zum Einzelnen aus.

2. Das Strafrecht dient der Verbrechensbelämpfung. Dieses Ziel verfolgt noch eine Fülle anderer Sätze des öffentlichen Rechtes. Verwaltungsrrechtliche Normen über die Sicherheitspolizei, Bestimmungen über die Handhabung der Fremdenpolizei und viele andere gesetzliche Bestimmungen können hier genannt werden. Man könnte alle diese Sätze systematisch zusammenfassen unter dem einheitlichen Gesichtspunkt der Verbrechensbelämpfung¹, und es würde dann das Strafrecht nur einen beschränkten Ausschnitt aus dieser Rechtsmaterie darstellen, beschränkt nach Voraussetzung (Verbrechen) und nach eintretender Rechtsfolge (Strafe). Allein das wäre nicht sehr praktisch, da die Zusammenhänge mit anderen Rechtsmaterien (Polizeirecht i. w. S.) bei den meisten nicht strafrechtlichen Bestimmungen eine auch funktionell so enge ist, daß sie systematisch nicht ohne Nachteil gelöst werden kann. So verzichten wir darauf, ein Verbrechensbelämpfungsrecht als in sich geschlossene, einheitliche Rechtsmaterie zur Darstellung zu bewegen, wenn wir uns auch stets bewußt bleiben, daß neben dem Strafrecht noch eine Reihe anderer Sätze des öffentlichen Rechtes, die viel größer ist, als man gemeinlich anzunehmen geneigt ist, der Verbrechensbelämpfung dienen.

II. 1. a) Man unterscheidet herkömmlicherweise zwischen Strafrecht im objektiven und subjektiven Sinn. Dabei versteht man unter Strafrecht im objektiven Sinn den Inbegriff der Rechtsätze strafrechtlichen Inhaltes, unter Strafrecht im subjektiven Sinn das Recht und die Befugnis des Strafgewaltigen, im Einzelfalle zu strafen. Man muß sich aber hüten, in unklarer Übertragung privatrechtlicher Auffassungen das subjektive Strafrecht des Staates als einen primären Begriff des Strafrechtes aufzufassen und von ihm als der grundlegenden Vorstellung die ganze Konstruktion der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse vorzunehmen. Im Privatrecht ist der Grundbegriff allerdings das subjektive Privatrecht. Im Strafrecht ist dagegen das subjektive Strafrecht ein durchaus sekundärer Begriff, dem nicht allzu große Bedeutung beizumessen ist. Der grundlegende Begriff ist vielmehr der der staatlichen Strafmöglichkeit. Diese letztere konzentriert sich entweder zur Strafpflicht,

¹ Vgl. A. Thomsen, Grundriß des deutschen Verbrechensbelämpfungsrechtes 1906, S. I ff.

oder sie schwächt sich ab zu einer bloßen Strafmöglichkeit. Das letztere ist der Fall, wenn die Strafverfolgungsbehörden nicht gezwungen sind, stets einzugreifen (§ 4 Abs. 1 StGB.; §§ 153—154a StPD.), wenn ihr Eingreifen von einer Willensentscheidung des Verletzten abhängig ist (z. B. §§ 194—196 StGB.; § 374 StPD.), wenn die Gerichte trotz Verurteilung aus besonderen Gründen von Strafen absehen können (§§ 199, 223), und endlich bei der Strafverfolgung von Jugendlichen, da hier das Gericht die Wahl hat, ob es zu Erziehungsmaßregeln oder zur Strafe greifen will (§ 6 J. G. G.). Wie nun aber auch die Strafmöglichkeit im einzelnen Fall uns gegenübertritt, stets erfolgt ihre Durchführung unter dem Gesichtspunkte der staatlichen Pflicht, mit der Verpflichtungen der Gewaltunterworfenen, sich strafen zu lassen, korrespondieren. So begründen die einzelnen Strafgesetze keine subjektiven staatlichen Rechte, sondern pflichtgemäße Möglichkeiten; denn auch in den Fällen, in denen eine unbedingte Strafpflicht nicht existiert, in denen es in das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden gestellt ist, ob eine an sich strafbare Handlung verfolgt werden soll oder nicht, ist die Entscheidung hierüber nicht in das freie, sondern in das pflichtgemäße Ermessen der zuständigen Behörden gestellt. Immer ist mithin der Pflichtgedanke maßgebend.¹ Wenn § 223 sagt: „Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“, so wird hierdurch vom Gesetz nicht ein Recht, sondern eine Pflicht und zwar nach doppelter Richtung begründet. Der Staat wird verpflichtet, nach Maßgabe des § 223 zu strafen und zwar durch Behörden und in Formen, die das Strafprozessrecht im einzelnen bestimmt. Der Einzelne wird verpflichtet, die über ihn zu verhängende staatliche Strafe zu dulden. Die Strafgesetze sind mithin verpflichtende, nicht aber berechtigende Rechtsätze; ihre Adressaten sind in erster Linie die Behörden des Staates, die nach dem Strafprozessrecht zuständig sind, und nur soweit die Duldungspflicht des Einzelnen gegenüber der staatlichen Strafe in Frage kommt, richtet sich das Strafrecht an alle Gewaltunterworfenen des Staates. Daß nun der, dem das Gesetz die Möglichkeit zu einer bestimmten Handlung gibt, auch ein Recht auf Vornahme eben dieser Handlung hat, liegt auf der Hand. Hat der Staat eine Strafmöglichkeit, so ergibt sich aus ihr für ihn ein Recht auf Vornahme der

¹ Daß das materielle und formelle Recht stark ineinandergreifen, ja, sich gegenseitig bedingen, darf nicht übersehen werden. Vgl. neuerdings zu dem Gedanken der Strafpflicht Ludwig, *GS.* 99, 130 ff.

Strafhandlung. Aber es ist ebenso klar, daß das subjektive Strafrecht als Reflex der Strafmöglichkeit dieser gegenüber durchaus sekundärer Natur ist.

b) Die Grundauffassung, von der hier ausgegangen wird, wird auch dadurch nicht beseitigt, daß dem Staat das Begnadigungsrecht zusteht, d. h. daß er die erkannte Strafe im Rechtswege erlassen oder aber anordnen kann, ein Strafverfahren wegen einer strafbaren Handlung nicht durchzuführen. Denn wir reden auch von einem Begnadigungsrecht nur deshalb, weil die letzte und ausschließliche Entscheidung über seine Anwendung oder Nichtanwendung in das pflichtgemäße Ermessen des zuständigen Staatsorganes gestellt ist. Ähnliche Beobachtungen können wir auch sonst im öffentlichen Recht machen, und doch ist auch in solchen Fällen der letzte ausschlaggebende Gesichtspunkt der der Pflicht.

2. Ist somit der Begriff des subjektiven Strafrechtes als Grundbegriff abzulehnen, so leuchtet ein, daß er als konstruktives Prinzip auf dem Gebiet des Strafrechtes nicht verwendet werden kann. Auffassungen, wonach das Verhältnis zwischen Staat und Verbrecher so konstruiert wird, daß dem Staat ein Strafanspruch gegen den Verbrecher zustehe, gehen von falscher Grundauffassung aus. Wir lehnen sie daher als unzutreffend ab und werden den Begriff des subjektiven Strafrechtes im folgenden nicht verwenden.

II. Die Funktion des Strafrechtes.

§ 4.

1. Die Funktion des Strafrechtes.¹

I. 1. Alle Rechtsätze enthalten letzten Endes Anweisungen, Regeln für das praktische Leben und finden daher ihre Erfüllung erst in der Anwendung. Man kann mithin einen Rechtsatz nicht aus seinem begrifflichen Inhalt, sondern nur aus seiner Funktion begreifen, aus der allein sich auch erst der wahre Inhalt in begrifflicher Hinsicht ergibt. Ist doch der Rechtsbegriff nichts anderes als die abstrakte Bezeichnung der Funktion des Rechtsatzes.

2. Ist so ein Rechtsatz ohne seine Funktion überhaupt nicht zu verstehen, so ist sein Zweck sein wichtigstes, ja, eigentlichstes Auslegungsprinzip, das mithin in allen Fällen einwandfrei festgestellt werden muß. Oft ist nun die funktionelle Erfassung des Rechtsatzes die einfachste Sache der Welt. Sein Zweck wird offen ausgesprochen oder ergibt sich ohne weiteres aus der ganzen Bestimmung.

¹ Vgl. hierzu Gerland, Grundfragen, S. 7—35.

Aber in anderen Fällen ist das anders: Hier wird der Zweck nicht besonders erwähnt, sondern vielmehr vorausgesetzt. Da ist es dann die schwierige Aufgabe der Auslegung, den Zweck aus den systematischen und sonstigen Zusammenhängen des Rechtsbuches festzustellen. Und dies trifft gerade für das Strafrecht zu. Denn wir finden in den Strafgesetzen zwar die Strafe als Mittel angewandt, aber die Frage, wozu das Gesetz strafe, wird mit keinem Wort erwähnt. Die Funktion des Strafgesetzes muß daher aus allgemeinen Erwägungen abgeleitet werden, wobei auch noch zu erwähnen ist, daß das Gesetz zwar den Begriff Strafe fortwährend verwendet, ihn aber niemals definiert. Es handelt sich daher bei ihm um einen Ausfüllungswert, dessen Inhalt aus den allgemeinen Lebensvorstellungen gewonnen werden muß.

3. Der Zweck der Strafe muß aber nach geltendem Strafrecht auch noch besonders deshalb festgestellt werden, weil unsere Strafbrohungen meist nicht absoluter, sondern relativer Natur sind. Das heißt: der Tatbestand Verbrechen wird nicht mit einer einzigen Strafe bedroht, sondern mit einer Reihe verschiedener Strafgrößen, aus denen der Richter die dem konkreten Einzelfall adäquate Strafe herauszuwählen hat. Dies kann er zweckentsprechend nur tun, wenn er sich eben über die Zwecke der Strafe völlig klar ist.¹

II. 1. Das Strafrecht ist ein Teil des Rechtes, setzt als solches den Rechtsbegriff voraus und kann daher zureichend nur begriffen werden, wenn wir den Rechtsbegriff klargelegt haben. Das Recht nun, als Ganzes genommen, regelt die Beziehungen und Verhältnisse mehrerer untereinander und sucht unter Ausschaltung von Einzelmacht und Einzelwillkür einen Dauerzustand feststehender Ordnung zu verwirklichen. Ein als isoliertes Wesen gedachter Mensch hat und kennt kein Recht; vielmehr ist letzteres stets eine Qualität eines Gesamtlebens, ohne welche dieses überhaupt nicht gedacht werden kann. Nach welchen regulativen Prinzipien das Recht das Gesamtleben regelt, interessiert hier nicht. Es hängt das von der Auffassung der Zeit ab, und da ist alles historische Entwicklung. Denn die Funktion des Rechtes ist absoluter, ihre Ausgestaltung dagegen stets relativer Natur. Für uns ist mithin nur von Bedeutung, daß das Recht die Summe der Bedingungen umfaßt, die das soziale Leben der vielen

¹ Außerdem redet an manchen Stellen das Gesetz selbst ausdrücklich vom Zweck der Strafe, ohne diesen irgendwie festzulegen. Vgl. z. B. § 27 b. Die Schwierigkeiten, die sich aus dem Schweigen des Gesetzes für die Praxis ergeben, treten in der Judikatur klar hervor. Vgl. z. B. C. R. 61, 417; J. B. 1917, 1749.

ermöglichen sollen. Die Ermöglichung des sozialen Lebens der Gesamtheit ist mithin die eigentliche Funktion des Rechtes, das wir als das Gesetz der Sozietät definieren können.

2. Es lassen sich nun unter den Rechtsfällen Beziehungen unterscheiden, in denen die einzelnen Rechtsfälle zueinander stehen. Der eine Rechtsfall setzt den anderen voraus, er ist zu dem vorausgesetzten primären Rechtsfall selbst nur sekundärer Natur und steht in einem begrifflichen Abhängigkeitsverhältnis zu jenem. Hier ist folgendes zu bemerken:

a) Das Recht als das Gesetz der Sozietät setzt sich zusammen aus der Summe derjenigen Normen, nach denen sich das staatliche Gemeinschaftsleben abzuspielen hat. Diese Normen in ihrer Gesamtheit bilden eine große Friedensordnung reiner Imperative, die sich, je nachdem sie sich auf die Beziehungen der Einzelnen zueinander oder zur Gesamtheit beziehen, als privates oder öffentliches Recht charakterisieren lassen. Eine Differenzierung in Zivil- und Strafrecht kann zwischen ihnen dagegen nicht gemacht werden.¹

b) a) Die ideellste Friedensordnung wird nun niemals das Unrecht als solches ausschließen. Einmal bleibt der Egoismus, die Willkür des Einzelnen immer vorhanden, und ferner wird es, je differenzierter und feiner eine Rechtsordnung ausgestaltet ist, für den Einzelnen desto schwieriger werden, im Einzelfalle immer das Richtige zu treffen. Endlich beginnt die soziale Entwicklung im Individuum stets von neuem, das sich erst in der Gesellschaft zu einem wirklich sozialen Gesellschaftswesen ausbildet.² Dem Recht tritt daher immer das Unrecht, das Zuwiderhandeln gegen die oben gekennzeichnete Friedensordnung entgegen, sei es, daß das Unrecht auf Willkür, sei es, daß es auf mehr oder weniger entschuldbarem Irrtum über das Richtige beruht.

β) Diesem Unrecht, dessen Bekämpfung sie dienen, treten nun andere Rechtsfälle entgegen, die mithin als Schutzbestimmungen den zu schützenden Normen gegenüber durchaus sekundäre Natur haben. Bei ihnen tritt uns die Differenzierung entgegen in Zivil- und in

¹ Daß diese Gebote an bestimmte Subjekte gerichtete Imperative darstellen, sollte nicht zweifelhaft sein. Der Versuch, adreßelose Normen aufzustellen, scheitert an der kritischen Tatsache, daß ein für Menschen bestimmtes „Es soll“ stets ein „Du sollst“ enthält. V. A. Rezzger, *GS.* 89, 244f., der die Normen als Bewertungsnormen auffaßt.

² Charakteristisch ist, daß der Höhepunkt der Kriminalität beim männlichen Geschlecht zwischen dem 21. und 25. Jahr liegt. Vgl. Hoegel, *Die Strafälligkeit der Jugendlichen*, 1902.

Strafrecht, die wir bereits erwähnten.¹ Beide, Zivilrecht wie Strafrecht setzen mithin den Begriff des Unrechtes voraus, das seinem Wesen nach durchaus einheitlicher Natur ist. Vergebliches Bemühen ist es, zwei verschiedene Arten des Unrechtes, das zivile und das kriminelle Unrecht unterscheiden zu wollen. Es gibt nur eine Art des Unrechtes, das Zuwiderhandeln gegen die staatlichen Normen der reinen Friedensordnung, das Sichandersverhalten, als jene Normen es wollen.²

c) α) Sind nun Zivil- und Strafrecht Reaktionserscheinungen des Rechtes gegen das Unrecht, so ist, um ihr Wesen völlig zu erkennen, zu beachten, daß das Unrecht im Rechtsinn kein Begriff, sondern wirkende Tat oder doch mindestens relevante Unterlassung ist. Es werden, wenn wir die Unterlassung einmal außer acht lassen (*mutatis mutandis* gelten die weiteren Ausführungen auch für sie!), durch das Unrecht dauernde oder vorübergehende Veränderungen in der Außenwelt hervorgerufen. Die Körperverletzung ruft unter Umständen nur ein Schmerzgefühl hervor, das aber sofort wieder verschwinden kann. Der Dieb nimmt die Uhr dem Bestohlenen weg. Der Zustand in den Vermögensbeziehungen bleibt dauernd gestört, bis der Eigentümer seine Uhr wieder bekommt.

β) Die Funktion des Zivilrechtes ist klar. Es stellt die dauernd gestörten Rechtsbeziehungen zwischen den Rechtssubjekten wieder her, es beseitigt eine dem rechtmäßigen Zustand drohende Gefährdung, es wandelt den materiell unrichtig gewordenen, nur noch formell rechtmäßigen Zustand in den Rechtsbeziehungen in einen auch materiell richtigen Zustand um.³ An Stelle des widerrechtlichen Zustandes, der ist, setzt es den den abstrakten Normen der Friedensordnung entsprechenden Zustand, der sein soll. Seine Funktion ist die Restitution entweder im Wege der natürlichen oder der ideellen Wiederherstellung, letzteres in den Formen des Schadensersatzes, dessen Rechtsnatur als Nichtstrafe sofort in die Augen fällt.

γ) Des weiteren ist nunmehr das Unrecht selbst, d. h. als Handlung ins Auge zu fassen. Hier ist zu bemerken, daß das Recht als solches

¹ A. A. Mezger, S. 174, der die sekundäre Natur des Strafrechtes leugnet.

² Man beachte, daß wir Zivilrecht und Privatrecht als verschiedene Begriffe gebrauchen, und zwar ist der Begriff Zivilrecht der engere. Er umfaßt die Rechtsfälle, die dem verletzten Privatrecht Schutz verleihen.

³ So treten uns beim Zivilprozeß die Möglichkeiten der Leistungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungslagen entgegen. Auch die letztere wirkt mithin restitutiv, da formales Recht aufgehoben wird, um materielles Unrecht zu beseitigen (z. B. §§ 1564, 1569 BGB.).

das Unrecht negiert. Das Recht ist, wie wir bereits hervorhoben, ein Befehl zu einem bestimmten Verhalten. Seine negative Fassung ist das Verbot der widerrechtlichen Handlung. Allein mit einem bloßen Verbot ist noch nichts getan. Es muß vielmehr auch dafür gesorgt werden, daß das Verbot innegehalten wird. Und hier setzt nun das Strafrecht ein. Denn die Aufgabe des Staates erschöpft sich nicht darin, bestehendes Unrecht zu beseitigen, sondern sie besteht auch in der Verhütung kommenden Unrechtes.

Zur Verhütung von Unrecht, zur Bekämpfung des Unrechtes, des Verbrechens in der Zukunft stehen dem Staat vielerlei Mittel zu. Das Polizei- und Verwaltungsrecht dient in seinen wichtigsten Teilen dieser Aufgabe. Das Strafrecht ist also nur eine durch ihr Mittel besonders gekennzeichnete Präventivmöglichkeit. Es verhindert zukünftiges Unrecht durch die Bestrafung vergangenen Unrechtes. Die Tat selbst wird durch die Strafe nicht berührt, sie ist als Vergangenheit ewig. Der durch das Unrecht eventuell gestörte Zustand in den Rechtsverhältnissen wird ebenfalls durch die Strafe nicht berührt. Dadurch, daß wir den Dieb in das Gefängnis einsperren, erhält der Bestohlene sein Eigentum nicht wieder. Da also der Zweck der Strafe weder in der Vergangenheit, noch in der Gegenwart zu finden ist, da aber die Strafe als Rechtshandlung eine Zweckhandlung ist und daher einen außer ihr selbst liegenden Zweck haben muß, so ergibt sich, daß dieser Zweck nur in der Zukunft liegen kann und, wie bereits betont, in der Verhütung kommenden Unrechtes besteht.

d) So ergibt sich uns: Das Recht garantiert die reinen Normen seiner Friedensordnung. Zivil- und Strafrecht sind seine beiden Garantiefunktionen. Das Zivilrecht ist die Restitutivfunktion, das Strafrecht die Präventivfunktion. Beide sind völlig unabhängig voneinander. Beide können gleichzeitig eintreten.

III. Haben wir so die Funktion des Strafrechtes dem Ziele nach kennengelernt, so haben wir, um sie auch dem Inhalt nach zu begreifen, uns nunmehr die Frage vorzulegen, wieso denn das Strafrecht durch die Strafe präventiv wirkt.

1. a) Die Strafe, wie wir sie als Allgemeinbegriff festgestellt haben, ist ihrem Inhalt nach Vergeltung. Übles wird mit Üblem vergolten. Ist das Verbrechen ein Übel für den Staat, so ist (oder soll doch wenigstens sein) die Strafe ein Übel für den Bestraften. Indem wir nun dem Verbrecher unsererseits ein Übel zufügen, versuchen wir, ihn zu determinieren: Wir schrecken ihn durch die Strafe ab, oder wir versuchen doch wenigstens, ihn abzuschrecken. Die Strafe

ist ein Versuch zur Determination zu rechtllichem Verhalten, indem sie Abschreckung vor widerrechtlichem Verhalten sein soll.¹

b) Die Wirkung, die durch die Strafe erzielt wird, ist eine doppelte. Sie bezieht sich einmal auf die begangene Tat schlechthin. Da diese aber rechtlich betrachtet den allgemeinen Charakter der staatlich verbotenen Handlung trägt, bezieht sich die Wirkung der Strafe auch auf die Verhütung verbotener Handlungen allgemein. Man kann so spezielle und generelle Wirkungen der Strafe unterscheiden. Beide sind ihr essentiell. Es sollen Unbotmäßigkeiten verhütet werden. Es soll die Botmäßigkeit des Gewaltunterworfenen erzielt werden.

c) Ist Abschreckung Zweck der Strafe wie im Einzelleben so auch im Staatsleben, so wird, da die Übelnatur der Strafe allgemein bekannt ist, schon die Strafdrohung abschreckend wirken. Allein diese Wirkung der Strafdrohung, die für den Staat natürlich nicht ohne Nutzen ist, hat trotzdem nur akzidentelle Bedeutung. Im Strafrecht ist funktionell nicht die Strafdrohung, sondern die Strafvollstreckung das entscheidende. Und die Vorstellung, die Strafvollstreckung sei nur dazu da, um die Strafdrohung wirksam zu machen, ist abwegig.

2. Wie die Strafdrohung bereits an sich abschreckend wirkt, so wirkt die Tatsache der Bestrafung eines Verbrechers auch auf die, die, ohne selbst bestraft zu werden, von der Tatsache der Bestrafung Kenntnis bekommen haben. So haben wir wiederum zweierlei Wirkungen der Strafe zu unterscheiden: die Spezialprävention, die auf den Bestraften beschränkt ist, die Generalprävention aller, die von der Bestrafung hören. Wenn nun auch die Wirkung der Generalprävention für den Staat erwünscht und im höchsten Grad nützlich ist, so ist sie doch eine akzidentelle Wirkung, und nur die Spezialprävention hat essentielle Bedeutung. Ein Beispiel aus dem Leben möge das beweisen: Ein Vater, der sein einziges Kind straft, straft es nicht, damit andere Kinder, sondern damit eben sein Kind erzogen wird und z. B. das Naschen läßt. Im Leben des Staates ist es aber nicht anders als im Leben der Familie. Würde man übrigens den Gedanken der Generalprävention in den Vordergrund stellen, so würde man funktionell zu unhaltbaren Konsequenzen kommen. Denn es würde das Strafmaß nicht mehr zu bestimmen sein nach dem Verbrecher, sondern nach dem am Verbrechen unbeteiligten Dritten. Und man könnte schließlich den Unschuldigen

¹ Ob der Strafgehaltige seinen Zweck, Determination, erreicht, ändert nichts daran, daß seine Handlung, die Strafe, Determination sein will.

strafen, nur damit die Abschreckung aller erreicht würde. Daß dies unmöglich ist, liegt auf der Hand.

3. Um nun aber zu determinieren, muß das Strafübel in einer gewissen Proportionalität zu dem Verbrechen stehen. Wäre das nicht der Fall, so würde eine zu milde Strafe keinerlei Wirkung ausüben; der Täter würde sie einfach mit in Kauf nehmen. Wäre die Strafe zu hart, so würden im Bestraften neben dem erzwungenen Gehorsam staatsfeindliche Gesinnungen mit erzielt werden; der Täter (und neben ihm der von der Bestrafung unterrichtete Dritte) würde die Strafe für ungerecht halten. Die Gerechtigkeit der Strafe aber liegt in ihrer Übereinstimmung mit den Wertmaßstäben, die als Kulturvorstellungen über die Bedeutung der einzelnen Rechtsgüter und ihrer Verletzungen im Volk existieren. Diese sozialen Gesamtvorstellungen, die wir in ihrer Totalität den strafrechtlichen Geist einer Zeit nennen können, und die gefühlsmäßig auch beim Verbrecher vorhanden sind, machen den Inhalt des Vergeltungsgedankens aus. Mit ihnen muß das Strafrecht in seiner Anwendung sei es als Gesetz, sei es als konkrete Strafe übereinstimmen, damit wir über es das Werturteil der Gerechtigkeit und damit der Zweckmäßigkeit fällen können. Die Bedeutung der Proportionalität *de lege lata* für die Strafzumessung, *de lege ferenda* für die Rechtsfindung ist grundlegend. Daß wir aber von diesen allgemeinen Vorstellungen ausgehen können, ergibt die Tatsache, daß das gefühlsmäßige Wesen der Menschen der überwiegenden Mehrzahl nach allgemeiner Natur ist. Da nun die Strafe ein staatliches Reaktionsmittel ist, das als Übel vermittelt des Gefühles auf den Gedanken einwirken soll, so ergibt sich, daß sie funktionell auf die Gefühlskomplexe im Menschen Bezug nehmen, ja, von ihnen ausgehen muß. So erscheint sie als generelle Vergeltung, d. h. als Vergeltung, die auf den generellen Wertmaßstäben, die wir so eben kennengelernt haben, aufbaut. Die Ausnahmen von der Regel, die infolge der Einzelveranlagung des Individuums vorkommen mögen, sind der Regel gegenüber ohne Bedeutung.¹ Denn jedes Gesetz arbeitet mit einer ihm immanenten Fehlergrenze, da es als typische Regel stets vom Prinzip der großen Zahl beherrscht wird.

4. a) Haben wir so das Wesen der Strafe bestimmt als Vergeltung zum Zwecke der Abschreckung, so ergibt sich, daß die Strafe funktionell von einer bestimmten Voraussetzung ausgehen muß:

¹ Hier findet das Strafrecht seine letzte Ergänzung in der Begnadigungsmöglichkeit.

Jede Abschreckung setzt begrifflich eine falsche Determination voraus, da sie Determination zum Richtigen sein will. Daraus ergibt sich, daß sich die Strafe an den unrichtig denkenden Menschen richtet. Liegt dieser Tatbestand nicht vor, so kann funktionell die Strafe nicht eingreifen, auch wenn rein äußerlich der Tatbestand eines Verbrechens gegeben zu sein scheint. Dies wird namentlich im Falle der Unzurechnungsfähigkeit und des Irrtums von entscheidender Wichtigkeit.

b) So betrachtet, erscheint die Strafe als Mittel zur sozialen Erziehung. Die Begriffe der Vergeltung und der Erziehung schließen sich mithin keineswegs grundsätzlich aus. Vielmehr will der Staat durch die Vergeltung erziehen und erzieht auch durch sie. Dies gilt für alle Strafen, auch für die Freiheitsstrafe; auch sie ist und bleibt dem Inhalt nach Vergeltung, demnach Abschreckung.¹

5. Das Ausgeführte trifft für die Regelfälle zu. Es verfaßt aber gegenüber Strafen, die wie die Todesstrafe und die lebenslängliche Freiheitsstrafe (beide treffen wir in unseren Strafgesetzen als die schwersten Strafarten) für den Bestraften keine Abschreckung mehr sein können, da sie für ihn inhaltlich soziale Vernichtung bedeuten. Hier liegt dann keine Spezialprävention in dem eben charakterisierten Sinne mehr vor. Maßgebender Gesichtspunkt ist in diesen Fällen zunächst Spezialprävention als Vernichtung, d. h. Ausscheidung des Bestraften aus dem Gesellschaftsleben, und dann in erhöhtem Maße Generalprävention: die Funktion dieser Strafgesetze, die wie auch sonst natürlich nur aus dem Gesetz festgestellt werden kann, ist nicht die Bestimmung des Einzelnen durch das Erlebnis der Strafe, sondern die Bestimmung aller durch die Erfahrung der Bestrafung eines anderen. Der konstitutive Gedanke dieser Strafen ist, daß die Gefährlichkeit des Verbrechens eine so große ist, daß seine Verhütung ohne jede Rücksicht auf den Verbrecher durchgeführt werden muß. Und

¹) Das wird heute von mancher Seite lebhaft bestritten. Man sagt, die Freiheitsstrafe sei lediglich Erziehung, niemals aber Vergeltung. Man versteht demnach unter Erziehung eine intellektuelle Einwirkung auf den Delinquenten, die sich abschreckender Mittel enthält. Daß während und neben der Freiheitsstrafe auch Erziehungsmaßnahmen nicht abschreckender Wirkung durchgeführt werden können und müssen, ist selbstverständlich. Diese Maßnahmen haben aber nur sekundäre Bedeutung. Daß das geltende Recht (übrigens auch der Entwurf) auf dem im Text vertretenen Standpunkt steht, beweist die Möglichkeit der kurzzeitigen Freiheitsstrafe, der Festungshaft und anderes mehr. Vgl. zum Ganzen meine Ausführungen, 46. Jahrb. d. Gefängnisgesellschaft f. Sachsen u. Anhalt S. 26 ff., insbesondere S. 32 ff. Der alte Satz *ὁ μὴ δαρείς ἀνδρῶνος οὐ παιδεύεται* wird eben seine Wahrheit niemals verlieren.

dies gilt um so mehr, je leichter sich das in Betracht kommende Rechtsgut wie z. B. das menschliche Leben verletzen und vernichten läßt, je mannigfacher die Anreize sind, die zu Angriffen auf es verlocken. Während also sonst die Strafe funktionell darauf abzielt, die Bestraften für das soziale Leben zu ertüchtigen¹, tritt dieser Gedanke hier völlig zurück, der Gedanke der sozialen Ausschließung des Täters und der Generalprävention ist maßgebend.

IV. Wir haben so festgestellt, was die Strafe ist. Sie ist, wenn wir von den letztgenannten Fällen absehen (sie bilden die Ausnahme), Abschreckung durch das Mittel der Vergeltung. Eine andere Frage, die von der Frage nach dem Wesen der Strafe scharf getrennt werden muß, ist die Frage, wann gestraft werden muß. Es ist dies die Frage nach der Strafwürdigkeit des einzelnen Tatbestandes. Sie kann uns im einzelnen nicht beschäftigen, da sie rechtspolitisch, nicht aber rechtsdogmatischer Natur ist. Wir bemerken nur so viel, daß, da die Strafe ein Übel ist und trotz ihrer rechtssozialen Wirkungen in bestimmtem Umfang auch für den Staat ein Übel bleibt, der Staat zu ihr nur dann greifen wird, wenn die heilsamen Wirkungen die Übelsnatur übersteigen. Wann das geschieht, ist Frage der Zweckmäßigkeit; aber die Rechtspolitik darf nie übersehen, daß sie nur dann strafen kann, wenn der zu bestrafende Tatbestand unter allen Umständen mit den Grundbedingungen sozialen Lebens unvereinbar ist und daher verhütet werden muß. Wer zu viel straft, entwürdigt die Strafe, die damit aufhört, funktionell wirksam zu sein. Die Strafe ist die ultima refugio des Staates, und es braucht keineswegs alles Unrecht mit Strafe bedroht zu werden.² In leichteren Fällen genügen schwächere Mittel zur Garantie der Rechtsordnung.

§ 5.

2. Die verschiedenen Strafrechtstheorien.

I. Die Frage nach der Funktion des Strafgesetzes, die uns im vorigen Paragraphen beschäftigt hat, ist in der verschiedenartigsten Weise von der Literatur beantwortet worden. Allein man hat mit ihr, die doch lediglich eine Frage des geltenden Rechts ist und zu seinem Verständnis gelöst werden muß,

¹ Aber immer nur durch Abschreckung!

² Die moderne, namentlich die allerneueste Zeit geht an der Wahrheit dieses Satzes leider achtlos vorüber und pönalisiert viel zu weitgehend alle möglichen Tatbestände. Wir kommen damit leider zu Zuständen zurück, die dem alten Polizeistaat eigentümlich waren. Daß sich übrigens hieraus ergibt, wie falsch es ist, im Verbrecher ein schlechthin antisozial eingestelltes Individuum sehen zu wollen, sollte der Anfänger den Schlagworten der Zeit gegenüber niemals übersehen. Eine große Anzahl von Delinquenten, die täglich bestraft werden und bestraft werden müssen, sind sozial betrachtet durchaus harmloser Natur.

leider in methodisch unklarer Weise die Frage nach dem Wesen, dem Grund des Strafrechtes verbunden, und man hat so Strafrechtstheorien aufgestellt, die, indem sie die Strafe nach Grund und Zweck zu erklären versuchten, allgemeine Erörterungen in den Vordergrund stellten, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik bunt miteinander vermengten und bei völliger Unklarheit der Problemstellung alles andere als Klarheit erreichten. Und doch muß an einem doppelten festgehalten werden: Der Zweck der Strafe, ihre Funktion ist eine positive Eigenschaft einer konkreten gesetzlichen Einrichtung und kann daher nur positiv rechtlich aus dem geltenden Recht verstanden werden. Der letzte Grund der Strafe als Rechts Einrichtung ist für die juristische Betrachtungsweise das Gesetz und nichts anderes. Und wenn man nun auch rechtsphilosophisch oder soziologisch den letzten Grund des geltenden Rechtes in der sozialen Notwendigkeit erblicken muß, so erübrigt sich eine derartige externe Untersuchung für die rechtliche Betrachtung, wie ja doch auch im Zivilrecht kein Mensch bisher daran gedacht hat, nach den letzten Gründen, nach der Berechtigung des Staates zum Erlaß der Zivilrechtsgesetze zu fragen.¹

II. Die verschiedenen Strafrechtstheorien, wie sie seit alters aufgestellt sind², werden herkömmlicherweise in 3 Kategorien eingeteilt, in die absoluten, die relativen und die synthetischen oder Bereinerungstheorien. Dieser Unterschied besteht in folgendem:

1. a) Die absoluten Theorien gehen von dem Grundgedanken aus, daß das Verbrechen nicht nur Voraussetzung, sondern alleiniger Grund der Strafe ist. Es wird im wesentlichen von mit der Strafe etwa verbundenen Nützlichkeitswirkungen abgesehen und gestraft, weil ein Verbrechen begangen ist, *quia peccatum est*. Die Strafe ist sich selbst Zweck. Sie soll ein geschehenes Unrecht durch ein dem Unwerte dieses Unrechtes entsprechendes Übel ausgleichen. Sie ist Vergeltung.

b) Die Schwierigkeit für diese Theorien liegt darin, die einfache Behauptung, die Strafe sei lediglich aus dem Verbrechen sich ergebende Vergeltung, zu beweisen. Diese notwendige Abhängigkeit der Strafe vom Unrecht hat man auf die verschiedenste Art klarzulegen versucht, allein alle Versuche, die reine Rechtsmetaphysik darzustellen, mußten schon an der einfachen Tatsache scheitern, daß wir nicht nur strafbares, sondern auch strafloses Unrecht kennen. Wollte man aber dieser Schwierigkeit dadurch entgegen, daß man zwei Arten des Unrechtes annahm, so verwickelte man sich hierbei in Widersprüche und neue Schwierigkeiten, die zu immer größeren Unklarheiten führen mußten. Als Repräsentanten dieser Theorien seien Kant, Stahl und Hegel genannt, und man beachte, daß die Hauptvertreter der absoluten Theorien zur Begründung ihrer Ansicht von der Philosophie ausgegangen sind, was den rechtsfremden Charakter der Auffassungen zum Teil erklären mag.

α) Kant³ geht davon aus, daß der Mensch keine Sache sei, die als Mittel zu irgendeinem Nützlichkeitszweck gebraucht werden dürfe. Daher werde nur gestraft, weil ein Unrecht begangen sei. Das Strafgesetz sei ein kategorischer Imperativ, ein Postulat der praktischen Vernunft, ganz ohne

¹ Vgl. die sehr lehrreichen Ausführungen von M. E. Mayer, S. 417ff.

² Die besten Übersichten über die verschiedenen Theorien geben Finger, S. 8ff. und namentlich Binding, Grundriß, A. S. 203ff; neuerdings v. Hippel, 1, 457ff. Vgl. auch Schaffstein, O. S. 101, 14ff.

³ Kant, Metaphysische Anfangsgründe des Rechtes, 1797.

Zusammenhang mit den Gesellschaftszwecken. Wenn die Gesellschaft sich auflösen im Begriffe stände, so müßte der letzte Mörder vorher hingerichtet werden. Die Strafe selbst faßt Kant als eine Wiedervergeltung auf, und zwar dem Inhalt nach. Das alte jus talionis wird mithin von ihm wieder zum herrschenden Prinzip erhoben.

Diese Theorie, für die sich also die Strafe mit vernünftiger Notwendigkeit aus dem Unrecht ergibt, und die man die Theorie der rechtlichen Vergeltung genannt hat, hat ihren bedeutungsvollen Kern in der starken Betonung der Notwendigkeit des Rechtes für den Menschen, in der Begründung des Rechtes im menschlichen Wesen. Denn in der Tat liegt der letzte Zwang zum Recht in der menschlichen Anlage, in der Tatsache der Gesellschaftlichkeit des Einzelwesens. Der entscheidende Fehler, der sich nur historisch aus der ganzen Zeitrichtung erklären läßt, ist, daß die Theorie ausschließlich individualistisch gedacht ist. Es ist richtig, daß es ohne Gerechtigkeit keinen Wert mehr hat, daß Menschen auf Erden leben. Aber wir müssen weitergehend sagen, daß dies ohne Gerechtigkeit, d. h. ohne Recht überhaupt unmöglich ist. Denn da als Gesellschaftswesen der Mensch nur auf sich gestellt nicht existieren kann, da aber ein Gemeinschaftsleben nur durch das Recht ermöglicht wird, so ergibt sich, daß ohne Recht ein dem Wesen des Menschen adäquates Leben nicht geführt werden kann. Geht man aber von der Tatsache des Gemeinschaftslebens aus, so leuchtet ohne weiteres ein, daß der Einzelne unter der Gesamtheit steht. Und es wird im Sozialleben der Einzelne fortwährend als Mittel für Gesamtzwecke gebraucht, nicht nur auf dem Gebiet des Strafrechtes. Man denke etwa an das Militärrecht oder gar an das Steuerrecht, dessen letzter und tiefster Gedanke doch der ist, daß ein Teil der Individualarbeit von vornherein für die Gesamtheit geleistet werden muß.

β) Nach Stahl¹ ergibt sich die Strafe mit religiöser Notwendigkeit aus dem Unrecht. Die Gerechtigkeit ist die Idee der sittlichen Welt als solcher. Sie ist belohnende und bestrafende Macht, um durch beides die ewige Herrschaft der ethischen Ordnung zu offenbaren. Da nun der Staat die äußere Ordnung Gottes auf Erden ist, erscheint das Verbrechen als Bruch der zehn Gebote, die der Staat als Empörung gegen Gott nicht ungestraft hinnehmen darf. Durch das Leiden des Übeltäters wird die Gerechtigkeit der Gottesordnung wiederhergestellt. Zu diesem Zweck hat der Staat sein Strafrecht von Gott empfangen. Und als Glied der Gottesgemeinschaft fordert der Täter, entleidet seiner egoistischen Instinkte, selbst die Bestrafung.

Beachtenswert ist an dieser Theorie, die man, um sie zu verstehen, völlig von ihrer religiösen Verbrämung entkleiden muß, daß sie von der Tatsache der generellen Grundanlage aller Menschen ausgeht, und daß sie das Entscheidende im Gesamtleben, im Generellen (Gottesgemeinschaft!), nicht im Individuellen sieht. Unrichtig ist vor allem ihre Vermengung der Begriffe rechtlich und ethisch. Beides muß scharf geschieden werden, da es sich um zwei differente Begriffe handelt. Das Rechtsgesetz regelt die Beziehung zwischen Menschen, ist also das Gesetz des äußeren Zusammenlebens. Das Sittengesetz ist zwar auch durchaus sozialer Natur, da auch die Sittlichkeit nur im Gemeinschaftsleben gedacht werden kann. Endziel des Sittengesetzes ist aber das Individuum, dessen Sozialisierung den Inhalt des ethischen Gesetzes ausmacht. Letzteres erscheint daher als das Gesetz des sozialen Individuums.

¹ Stahl, Philosophie des Rechtes, 4. Aufl., Bd. I, 1. Abschn., S. 160 ff., Bd. II, 2. Abschn., S. 681 ff.

Nicht zu erklären vermag die Stahl'sche Theorie ferner, wie denn durch die Strafe die Gerechtigkeit der göttlichen Weltordnung wiederhergestellt wird, und warum dies gerade in der Form der Wiedervergeltung geschehen muß. Daß übrigens hierin schon ein starkes Hinüberneigen zu Zweckvorstellungen (Reparationsgedanken) und damit zu den relativen Theorien liegt, sollte nicht übersehen werden.

γ) Hegel's Theorie ist die Theorie der dialektischen Notwendigkeit.¹ Er faßt das Recht auf als die äußere Existenz des vernünftigen Wesens, die Welt der Vernunft, aus ihr selbst hervorgebracht, das Reich der verwirklichten Freiheit. Das Unrecht ist demgegenüber etwas Unwirkliches, nur ein Schein, eine Scheinnegation des Rechtes. In dieser seiner Richtigkeit wird das Unrecht durch das Recht dargestellt. Die Strafe erscheint als die Negation der Negation des Rechtes: damit ist sie Position, Manifestierung der Unverbrüchlichkeit des Rechtes.

Richtig ist, daß das Unrecht das Recht nicht in seiner Unverbrüchlichkeit beeinträchtigen kann. Richtig ist ferner, daß jedes Strafurteil (übrigens auch jedes Zivilurteil, wie Hegel richtig erkennt) eine Manifestierung der Rechtsunverbrüchlichkeit ist. Aber wenn alles auf diese Manifestierung ankommt, so erhellt nicht, warum die Manifestation gerade und nur durch vergeltende Strafe erfolgen kann. Das aber ist der springende Punkt in der Hegel'schen Lehre. Ein Beweis hierfür wird nicht geführt; was übrig bleibt, ist die aprioristische Behauptung.

2. α) Nach den relativen Theorien findet die Strafe ihren letzten Rechtfertigungsgrund im Gesellschaftszweck, in der Tatsache mithin, daß die Sozialerwägung die Strafe im Gemeininteresse fordert. Es wird gestraft, ne peccetur. Es sollen also durch die Strafe in Zukunft Verbrechen verhindert werden. Über diesen Zweck besteht Einigkeit. Der Streit liegt bei der Frage des Wie? d. h. bei der Frage, als was für ein Mittel zur Erreichung des Zweckes die Strafe erscheint. Damit tritt die rechtspolitische Frage der Ausgestaltung der Strafe in den Vordergrund. Die Vertreter der relativen Ansichten sind die eigentlichen Träger der Weiterentwicklung des Strafrechtes.

b) Als Repräsentanten mögen folgende Theorien kurz skizziert werden:

α) In erster Linie ist zu nennen die Spezialpräventivtheorie von Grofman.² Durch das Verbrechen dokumentiert der Verbrecher eine Neigung zu Rechtswidrigkeiten, die als solche beseitigt werden muß. Eine Garantie für das Bestehen rechtlicher Verhältnisse besteht darin, daß jedem Widerspruch gegen die Forderung des rechtlichen Zustandes Zwang entgegengebracht wird. Dieser Zwang beseitigt die erwähnte Neigung durch Abschreckung.

Der Grundgedanke der Theorie ist richtig, daß die Begehung des Verbrechens die Neigung zum Verbrechen schlechthin, d. h. zum Ungehorsam gegen staatliche Befehle beweist. Im Einzelfall mag dies ausnahmsweise nicht zutreffen. Allein das Gesetz trifft seine Regelung für den typischen Fall. Dagegen fehlt es der Theorie an jeder psychologischen Vertiefung, sie findet mithin auch keinerlei Grenzen für die Strafe und vermag nicht zu erklären, warum die Strafe Vergeltung sein muß.

β) Die bedeutungsvollste relative Theorie ist die des psychologischen Zwanges von Feuerbach. Sie sieht den Zweck der Strafe in der General-

¹ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechtes 1883 (herausgegeben von Gans), S. 82ff.

² Über die Begründung des Strafrechtes 1799.

prävention durch die Strafdrohung.¹ Feuerbach geht davon aus, daß der Mensch determiniert und nicht frei ist. Alle Handlungen des Menschen sind daher notwendig; sie wurzeln in der sinnlichen Lust an der Begehung der Tat. Der sinnliche Trieb zur Handlung kann nur dadurch aufgehoben werden, daß der Mensch weiß, es werde seiner Handlung ein Übel folgen, welches größer ist, als die Unlust, die Tat nicht zu verüben. Diese Erkenntnis des Einzelnen wird durch die Strafdrohung bewirkt. Damit diese aber ihre determinierende Kraft nicht verliert, muß sie im konkreten Fall des Verbrechen auch wirklich vollstreckt werden.

Das Bedeutungsvolle an dieser Theorie liegt in der psychologisch tiefen und richtigen Erfassung der in Betracht kommenden Verhältnisse. Ihr grundlegender Irrtum ist, daß sie das Hauptgewicht auf die Strafdrohung legt. Man beachte ihre ganz unmögliche Voraussetzung, daß die Gewaltunterworfenen des Staates an sich alle Strafdrohungen kennen sollen, da sie ja entscheidend durch jene in ihren Handlungen bestimmt werden sollen. Die Theorie führt ferner zu der unerträglichen Forderung, daß die Verbrechen, die im täglichen Leben am häufigsten begangen zu werden pflegen, am schärfsten bestraft werden müssen. Die Schuld endlich am Verbrechen trifft letzten Endes den Gesetzgeber, der seine Strafdrohungen falsch berechnet hat. Diesen Fehlern gegenüber, die auch das Scheitern der Theorie in der Praxis begreiflich machen (Bayerns StGB. von 1813 beruht auf ihr), mag aber nochmals auf ihre bedeutungsvolle Erkenntnis hingewiesen werden, daß sie das Element des psychologischen Zwanges, der Determination richtig hervorgehoben hat. Daß Feuerbach diesen Zwang in der Strafdrohung, nicht aber in der Strafe selbst fand, was doch das Natürlichste gewesen wäre, war sein Verhängnis oder Irrtum.

γ) Endlich sei noch die Besserungstheorie erwähnt, die namentlich für die Entwicklung des Strafvollzuges von praktischer Bedeutung geworden ist, wie denn überhaupt manch erkenntnis-kritischer Irrtum als Tat für das Leben alles andere als ein Irrtum gewesen ist.² Sie wird namentlich von Stelzer und Röder vertreten.³ Beide gehen ähnlich wie Kant von der Würde der Persönlichkeit des Einzelmenschen aus, der nicht wie eine Sache zum Mittel der Abschreckung vom Staat benutzt werden dürfe. Die Strafe darf daher nicht Abschreckung sein, sie muß Besserung sein, wobei man dann das Hauptgewicht bald auf die juristische, bald auf die moralische, bald auf die intellektuelle Besserung legt.

Richtig ist, daß die Theorie den Gedanken der Spezialprävention in den Vordergrund schiebt, daß sie auf die Zweiseitigkeit der Strafe hinweist und die Tatsache betont, daß die übertriebene, grausame Strafe niemals sozial determinierend wirken kann. Der Fehler der Theorie liegt aber in der Übertreibung dieses an sich richtigen Gedankens, die dazu führt, die Übelnatur der Strafe zu leugnen. In Wahrheit wird damit das Strafrecht nicht begründet, sondern aufgegeben und in ein Zwangserziehungsrecht ohne Ab-

¹ Revision der Grundbegriffe des peinlichen Rechtes, Bd. I (1799) 39ff.; Lehrbuch des peinlichen Rechtes, 14. Aufl. (Rittermaier), S. 36ff.

² Die Besserungstheorien haben ganz offenbar für die Entwicklung des Strafrechts dadurch viel geleistet, daß auf Grund ihrer Erwägungen die Grenzen der Abschreckungsmöglichkeit schärfer betont und erkannt wurden.

³ Stelzer, Kritik über den Eggerschen Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches, 1811; Röder, Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe, 1846.

schreckung umgewandelt. Was soll aber diese rein intellektuelle Zwangserziehung bei den tausend kleinen Delikten des täglichen Lebens, wie etwa dem Fahren ohne Laterne bei Nachtzeit?

3. a) Die synthetistischen oder Vereinigungstheorien suchen die Grundauffassung der absoluten Theorien mit der der relativen Theorien zu vereinigen. Sie fassen das Verbrechen als notwendigen Grund der Strafe auf, suchen aber einen Zweck, der durch die sozialen Interessen der Gesellschaft bedingt wird, mit der Strafe zu verbinden. Eine synthetistische Theorie ist die von uns aufgestellte, denn, indem sie die Vergeltung als Mittel zum Zweck der Verhütung von Verbrechen auffaßt, geht sie von der Grundauffassung aus, daß sich die Vergeltung nur einem begangenen Verbrechen gegenüber als ein wirksames Mittel erweist.¹ Das Verbrechen ist mithin notwendige Voraussetzung der Strafe als Abschreckung. Wir strafen, si peccatum est, ne peccetur.

b) Als Repräsentanten der Vereinigungstheorien seien die folgenden genannt:

a) Zunächst ist die Reparationstheorie von Welder zu nennen.² Welder geht zwar davon aus, das Unrecht sei Sachgrund der Strafe. Aber er weist mit Recht darauf hin, daß wie überall so auch im Recht eine jede Handlung ihre Vernünftigkeit und Notwendigkeit bloß im Zweck findet. Nun wird durch das Unrecht eine doppelte Schädigung angerichtet, die durch das Recht beseitigt werden muß. Die materielle Schädigung wird durch das Zivilrecht ausgeglichen, die intellektuelle durch die Strafe. Da nun der Verbrecher durch seine Tat in 7facher Hinsicht Schaden anrichtet, hat die Strafe 7 gerechte Zwecke, und zwar bewirkt sie moralische und politische Besserung des Täters, Wiederherstellung des Vertrauens zu den Gesetzen und des Abscheus vor dem Verbrechen bei allen Bürgern, Wiederherstellung der Ehre und Achtung und der friedlichen Willensstimmung gegen das Gesetz beim Beleidigten, endlich Reinigung des Staates vom ganz verderblichen Mitglied.

Die Theorie nimmt zufällige Wirkungen der Strafe als wesentliche an. Namentlich aber ist ihr Ausgangspunkt unzutreffend, daß durch das Verbrechen eine zustandsmäßige, intellektuelle Schädigung eintreten soll.

β) Sehr nahe verwandt mit der Welderschen Theorie ist die Auffassung von Merkel.³ Ihm ist die Strafe Gegenbewegung gegen die sich im Unrecht manifestierenden rechtsfeindlichen Kräfte. Aus dem Unrecht resultiert eine Schwächung des Ansehens der Rechtsordnung und ihrer Normen und andererseits eine Stärkung der rechtsfeindlichen Faktoren. Diese Wirkungen zu beseitigen bzw. auszugleichen, ist der Zweck der Strafe, die mithin wie bei Welder als Ausgleichshandlung erscheint. Inhaltlich erscheint die Strafe als Vergeltung, ihr Umfang wird durch die im Volk herrschenden ethischen und damit sozialen Wertmaßstäbe bestimmt.

Richtig an der Merckelschen Auffassung ist die starke Betonung der sozialen Zweckmäßigkeit, ist der tiefsinnige Gedanke, daß die Strafe soziale

¹ Aus dem Unrecht folgt nicht mit Notwendigkeit die Strafe, wohl aber setzt die Strafe ihrem Wesen nach mit Notwendigkeit das Unrecht voraus. Es besteht mithin zwischen Strafe und Unrecht eine psychologisch bedingte Relation.

² Die letzten Gründe vom Recht, 1813, insbes. S. 249ff.

³ Kriminalistische Abhandlungen, I, 41ff., 104ff.; Verbrechen und Strafe (herausgegeben von Liepmann), S. 194ff.; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 188ff.

Machtäußerung im Dienste sozialer Selbstbehauptung ist. Richtig ist ferner die Gewinnung des Ausmaßes der Strafe aus den Wertvorstellungen der Zeit über die soziale Bedeutsamkeit der verletzten oder angegriffenen Rechtsgüter. Unzutreffend dagegen ist die Charakterisierung der Strafe als Ausgleichshandlung, und es erhellt nicht, warum denn die Strafe gerade Vergeltung sein muß, um den geforderten Ausgleich zu erzielen. Noch weniger aber wird klar, wieso die Vergeltung diesen Ausgleich erzielen soll.

III. 1. Neben der unter II durchgeführten Einteilung der Strafrechtstheorien treffen wir in neuerer Zeit noch eine weitere Differenzierung, über deren Bedeutung man sich lebhaft gestritten hat. Es stehen sich zwei Schulen gegenüber, die klassische und die moderne. Ihr Gegensatz ist nun nicht der, daß die klassische Schule die Strafe als Vergeltung und so nur als Selbstzweck auffaßt, während die soziologische Schule die Idee der Zweckstrafe vertritt. Denn auch die klassische Schule vertritt den Zweckgedanken. Der Gegensatz ist auch nicht der von General- und Spezialprävention, wenn auch die moderne Schule den Gedanken der Spezialprävention besonders scharf betont. Die letzte Grundverschiedenheit besteht in etwas anderem. Die klassische Schule vertritt einen typischen Standpunkt, die moderne Schule dagegen einen streng individualistischen. Das will besagen: die klassische Schule bestimmt das Ausmaß der Strafe nach der generellen Erfahrung, die moderne Schule sucht die Strafe nach dem konkreten Einzelfall aus der Natur des Täters heraus festzulegen. Die Konsequenzen beider Auffassungen sind namentlich rechtspolitisch von größter Bedeutung. Denn während die klassische Schule zur Vergeltung nach der Bedeutung der Tat und damit zur festen, typischen Gesetzesregel kommt, fordert die moderne Schule als letztes Postulat *de lege ferenda* das unbestimmte Strafgesetz; das Gesetz soll nur den Tatbestand des Verbrechens festlegen, es soll aber dem Richter völlig freistehen, die dem Einzelfall angepaßte Strafe zu finden. Und da der Richter die Persönlichkeit des Verbrechens im Strafprozeß unzweifelhaft zu erkennen kaum in der Lage ist, kommt man noch weitergehend zu der Forderung des unbestimmten Strafurteiles; der Richter soll nur zu Strafe verurteilen, der Inhalt der Strafe aber soll vom Strafvollzugsbeamten je nach dem Fall festgesetzt werden.¹ Wir stehen auf dem Boden einer generellen Auffassung und lehnen daher diese Auffassung ab.

2. An der Spitze der klassischen Richtung steht Binding, an der der modernen Richtung Liszt. Beide müssen als die hervorragendsten Vertreter des Strafrechtes unserer Zeit bezeichnet werden, Binding, der Mann des Gedankens in dogmatischer Hinsicht, Liszt, durchaus der Mann der Tat, mehr in rechtspolitischer Hinsicht bedeutungsvoll. Der Einfluß dieser Männer wird unsere Zeit überbauern, die Periode der heutigen deutschen Strafrechtsentwicklung wird nach ihnen genannt werden. Ihre Theorien sollen daher als Beispiele für die erwähnte Differenzierung der Auffassungen im folgenden kurz skizziert werden:

a) Nach Binding² ist die Strafe eine Einbuße von Rechten oder Rechtsgütern, welche der Staat einem Delinquenten von Rechts wegen

¹ Der Entwurf kennt weder das unbestimmte Strafgesetz, noch das unbestimmte Strafurteil. An letzteres kommt er allerdings mit den Bestimmungen über die Sicherungsverwahrung des gemeingefährlichen Gewohnheitsverbrechens nahe heran. Vgl. §§ 59, 60 Abs. 6 C.

² Grundriß, S. 226 ff.

aufgelegt, zur Genugtuung (der Verbrecher tut Genüge) für seinen irreparablen Rechtsbruch, um die Autorität des verletzten Gesetzes aufrechtzuerhalten. Es ist nun nicht notwendig, daß wir uns mit der Darlegung dieser Begriffsbestimmung weiter befassen. Sie leidet grundlegend an dem Fehler, daß sie die Frage nach den psychologischen Wirkungen und Möglichkeiten der Strafe überieht und daher nicht erklärt, warum durch die Genugtuung das erzielt wird, was Binding Rechtsmachtbewährung nennt. Klar ist jedenfalls, daß der Zweck der Strafe scharf betont wird und in der für die Rechtsordnung heilsamen Unterwerfung des Rebellen unter das Gesetz gefunden wird. Besonders bedeutungsvoll in dem an dieser Stelle maßgebenden Zusammenhang ist aber, daß Binding die Strafe als Vergeltung auffaßt. Sie entspricht inhaltlich den Wertvorstellungen, die die Gesamtheit von der Tat hat. Denn diese, nicht der Täter wird bestraft. Gleiche Tat, gleiche Strafe. Und wenn auch die Gleichheit für den Einzelfall immer nur annähernd erreicht wird, so wird doch das Strafmaß stets bestimmt durch die im Einzelfalle angewandte Intensität der Schulbennergie und die Schwere des Erfolges. Damit geht Binding von objektiven generellen Voraussetzungen bei der Strafbestimmung aus und zwar, wie wir gesehen haben, mit Recht, ohne sich indessen wohl über den letzten Grund seiner Auffassung, den Gedanken der Typizität im Recht, hinreichend klar geworden zu sein.

b) α) Auf durchaus anderem Standpunkt steht Liszt.¹ Er geht von dem Gedanken aus, daß nicht die Tat, sondern der Täter Objekt der Strafe, oder besser gesagt, Bestimmungsmaßstab der Strafe ist. Denn alles Recht ist um der Menschen willen da. Interessenschutz ist sein Inhalt, der im Kampf mit dem Verbrechen durch Zwang, durch Strafe verwirklicht wird, einmal im Wege der Generalprävention (Abschreckung aller durch Strafandrohung und Strafvollzug), dann aber vor allem durch Spezialprävention, d. h. durch den Einfluß des Strafvollzuges auf den Verbrecher. Hier setzt nun Liszts eigenste Auffassung ein, die von der individuellen Verschiedenheit der Verbrecher ausgeht. Letztere erscheint ihm so bedeutungsvoll, daß eine einheitliche Ausgestaltung der Strafe nach einem Zweck unmöglich ist. So muß die Strafe (und dieses ist die rechtspolitische Forderung) sich nach der Gesinnung, nach der Veranlagung des Täters richten, den sie treffen soll, und sie muß bald Besserung, bald Abschreckung, bald Unschädlichmachung sein. Damit wird der Gedanke der Proportionalität der Strafe und der über die Schwere der Tat existierenden Kulturvorstellungen außer acht gelassen. Die Individualität des Falles ist allein ausschlaggebend.

β) Wir haben bereits früher dargetan, daß wir auf einem anderen Standpunkt stehen.² Der Glaube an durchgreifende objektive Gerechtigkeit kann nur gewahrt werden bei generellen, gleichartigen Gesetzen, nicht aber dann, wenn es von der Beurteilung des Einzelnen (des Richters, des Vollstreckungsbeamten) abhängt, wie und in welchem Umfang gestraft werden soll. Die Erfahrung beweist des weiteren, daß die gefühlsmäßige Veranlagung des Menschen im allgemeinen eine typische ist, und auf das Gefühlsmäßige kommt es an, da die Strafe als Übel auf das Gefühl einwirkt. Wenn aber endlich die moderne Schule die Richtigkeit ihrer Ansicht aus der Unzulänglichkeit des noch nicht modernisierten geltenden Rechtes zu beweisen versucht und dabei namentlich weitgehende Schlüsse aus der Rückfälligkeit auf die

¹ Liszt-Schmidt, A. S. 3ff., insbesondere S. 8.

² Vgl. weiter oben S. 16f.

Wirkungslosigkeit der Strafe zieht, so überfieht sie vielerlei: Einmal übertreibt sie die Tatsache der Rückfälligkeit. Die Statistik lehrt uns, daß die Strafe eine starke Selektionswirkung ausübt. Denn die Anzahl der Zweitbestraften ist bedeutend geringer als die Zahl der Erstbestraften und so fort.¹ Ferner liegen die Gründe zur Rückfälligkeit sehr häufig nicht im Charakter des Rückfälligen, sondern in äußeren Tatsachen. Und endlich wird, wer menschlich mit Menschen umgeht, auch meist das Allgemein-Menschliche erfassen und unter Umständen erwecken können. Das weltgestaltende Prinzip der Liebe gilt auch für das Strafrecht und wird im Regelfall siegen.² Kommen Ausnahmen vor, so müssen sie nach anderen Grundsätzen behandelt werden (Verwaltungsrecht); in das Strafrecht gehören letztere nicht mehr. Daß aber solche Ausnahmen die Bedeutung des Strafrechtes einfach negieren, ist unrichtig. Seine Fehlgrenze hat jedes Gesetz.³

III. Die Strafrechtswissenschaft.

§ 6. 1. Die Aufgaben der Strafrechtswissenschaft.

I. Das eigentliche Wesen des Rechts ist seine Funktion. Die Rechtswissenschaft ist mithin Funktionenlehre oder angewandte Wissenschaft, nicht aber historische Wissenschaft, wie man in sonderbarer Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse früher angenommen hat. Da aber das geltende Recht nichts Unabänderliches ist, sondern je nach den Bedürfnissen der Zeit umgestaltet werden kann und auch tatsächlich umgestaltet wird, ergibt sich für die Rechtswissenschaft eine doppelte Fragestellung: sie kann den Inhalt des geltenden Rechts feststellen und de lege lata die Frage beantworten, was Recht ist. Hier ist sie Dogmatik. Sie kann aber auch kritisch vorgehen und das geltende Recht auf seine Anwendbarkeit prüfen. Hier stellt sie die Fehler der lex lata fest und beantwortet im Gesetzgebungs-

¹ Vgl. z. B. Hoegel, Straffälligkeit der Jugendlichen, 1903.

² Der Anfänger heherzige namentlich gegenüber dem modernen Schlagwort von dem asozialen Wesen des Verbrechers nets das schöne Wort von Augustin: „Es gibt keine Sünden, die nicht jeder beliebige andere Mensch ebenfalls begehen könnte, wenn ihn nicht die fürsorgende Hand seines Schöpfers daran hinderte.“

³ Bis zu den äußersten Konsequenzen wird das individualistische Prinzip namentlich von der kriminal-anthropologischen Schule Italiens verfolgt, als deren Vertreter Lombroso und Ferri zu nennen sind. Lombroso vertritt außerdem, wie hier noch bemerkt werden mag, bezüglich der Entstehungsgründe der Kriminalität eine ganz eigenartige Auffassung. Er legt das entscheidende Gewicht auf die individuelle somatische Beschaffenheit des Verbrechers. Der Verbrecher ist geboren, er hat gewisse typische Masseneigentümlichkeiten; das Verbrechen selbst stellt sich als atavistischer Rückfall in überwundene tierische Zeiten der Stammesgeschichte dar. Die Theorie scheidet an den Tatsachen des Lebens. Vgl. Lombrosos bekanntestes Werk *L'uomo delinquente*, 1876. Vgl. ferner zum Ganzen Finger, S. 27 ff.

vorschlag de lege ferenda die Frage, was Recht sein soll. So betrachtet, erscheint sie als Politik. Und da für die Strafrechtswissenschaft nichts anderes gilt als für die Rechtswissenschaft, so sind ihre beiden Hauptaufgaben Kriminaldogmatik und Kriminalpolitik. Beide Aufgaben müssen immer scharf auseinandergehalten werden, will man nicht in den grundlegenden Fehler des alten Naturrechtes verfallen, das Gewollte und Erwünschte mit dem Existenten zu vermengen, wo nicht gar zu verwechseln.

II. Beginnen wir mit der Kriminaldogmatik, die nach dem Ausgeführten also eine Wissenschaft der Tat ist. Als solche hat sie alle diejenigen Fragen zu behandeln, die für die Anwendung des Rechtes von Bedeutung sind.

1. a) Hier kommt zunächst in Frage die Bearbeitung des geltenden Strafrechtes. Das, was man Dogmatik i. e. S. nennen kann, leistet die Strafrechtswissenschaft durch Bereitstellung des abstrakten Rechtes zur Anwendung für den konkreten Fall. Alle wissenschaftlichen Rechtsprobleme der Dogmatik sind Anwendungsprobleme im weitesten Sinne. Das gilt auch für systematische Probleme; denn auch die ganze Systematik der Rechtswissenschaft findet ihren letzten Sinn in der Funktion des Rechtes. Jede Methode, die anders verfährt, gelangt entweder zu juristischer Metaphysik oder zum Scholastizismus, beides für dogmatische Arbeit gleich unfruchtbar.¹

b) α) Solange nun das Gesetz selbst erschöpfende Bestimmungen enthält, ist die Aufgabe der Wissenschaft auf das Gesetz beschränkt.

¹ Daß hiermit nicht einer Verflächung der Wissenschaft das Wort geredet wird, brauche ich das besonders zu betonen? Wer Ausbildung und Wissenschaft in dem Sammeln und Nachbeten von Präjudizien erblickt, hat von eigentlicher Dogmatik, die so überaus schwierig ist, weil sie auf das Strengste durch ihr Objekt begrenzt wird, keine Ahnung. Seine Ausbildung unterscheidet sich in nichts von der Abrichtung eines Papageien. Genau so geistlos wie jener wiederholt er, unfruchtbar bis zum Äußersten, das Längstgesagte. Wohl geht die Wissenschaft völlig in der Lehre von der Anwendung des Rechtes auf. Aber Präjudizien sind keine Gesetze. Und die Praxis, von der in der Tat die Wissenschaft ausgehen muß, ist bestimmend nur insoweit, als sie in ihren Tatbeständen die Möglichkeiten darlegt, denen das Gesetz gerecht werden muß. Es ist nun einmal schon so: Das Leben stellt uns Juristen die Probleme, und alle Rechtsprobleme sind und bleiben letzten Endes immer nur Lebensprobleme. Wie sonderbar mutet uns heute an, wenn Feuerbach in der Vorrede zur 1. Aufl. seines Strafrechtes 1801 schreibt: „Der Verfasser glaubt recht getan zu haben, daß er die Praxis (so sehr er auch dieses Polster literarischer Trägheit, diese Sähe blinder Willkür haßt) nicht ganz übergangen hat.“ Vgl. Lehrbuch, S. XIX. Daß aber auch heute noch in manchen Arbeiten der modernen Strafrechtswissenschaft oft ein recht lebensfremder Geist waltet, kann leider nicht übersehen werden.

Allein es kann sein, daß das Gesetz Begriffe verwertet, deren Bestimmung es anderen Disziplinen überläßt. Da nun, falls sich nicht einwandfrei nachweisen läßt, daß das Recht den verwandten Begriff in einem ganz bestimmten Sinn verwenden will, der Begriff selbst nur aus der anderen Disziplin festgestellt werden kann, erscheinen diese anderen Disziplinen als Hilfswissenschaften der Rechtswissenschaft.

β) Von dieser Möglichkeit, Ausfüllungswerte zu verwenden, hat das Strafrecht im weitesten Umfang Gebrauch gemacht. Ja, man kann sagen, daß es eine ganze Reihe seiner Grundbegriffe wie Zurechnungsfähigkeit, Kausalität, Vorsatz, Fahrlässigkeit und anderes mehr, der Bestimmung durch andere Disziplinen überlassen hat. Die letzteren erscheinen daher, sie mögen einen Inhalt haben, welchen sie wollen, als Hilfswissenschaften des Strafrechtes, so z. B. Philosophie, Medizin (Gerichtsmedizin), namentlich Psychiatrie u. a. m. Insbesondere rechnen hierher auch die übrigen Teile des Rechtes, sofern das Strafrecht ihre Sätze, was häufig geschieht, mitverwertet. Allein man muß sich darüber klar sein, daß die Heranziehung der Hilfswissenschaften nichts an dem dogmatischen Charakter der in Betracht kommenden wissenschaftlichen Arbeit ändert. Es handelt sich stets und zwar nur um eine Dogmatik des Strafrechtes, auch wenn etwa Erkenntnisätze der Psychiatrie verwertet werden, und es muß daher stets die Funktion des Strafrechtes im Auge behalten werden.

c) Und dies gilt auch noch in einer weiteren Hinsicht: Es kann vorkommen, daß der Inhalt eines Strafrechtssatzes sich nur aus seiner Entstehungsgeschichte oder anderen historischen Erwägungen heraus begreifen läßt. Ist dies der Fall, so erscheinen Geschichte und Rechtsgeschichte als Hilfswissenschaften. Aber man übersehe nicht, daß die notwendigen historischen Arbeiten letzten Endes auch nur dogmatischen Zwecken dienen und daher stets nur als Teile angewandter Wissenschaft zu begreifen sind. Der Jurist arbeitet, auch wenn er die historische Methode anwendet, stets nur dogmatisch. Rechtsgeschichte als Selbstzweck ist keine juristische Disziplin und gehört nicht hierher.

2. Bei der Anwendung des Strafrechtes entstehen nun aber Probleme, die von der Strafrechtswissenschaft selbst nicht gelöst werden können. Der Richter muß aus einer großen Anzahl von Strafgrößen, dem sogenannten Strafrahmen, die Strafe des Einzelfalles bestimmen, er muß sie zumessen oder ausmessen. Die Grundsätze, die er anzuwenden hat, findet er nicht im Strafrecht selbst. Hier greifen unterstützend die echten Hilfswissenschaften ein, deren folgende in Betracht kommen:

a) Soll eine Strafe zugemessen werden, so müssen vor allem zwei Größen dem Richter klar sein, das Objekt, auf das er einwirken will, der Mensch; das Mittel, mit dem er einwirken will, die Strafe. Daraus ergeben sich als unentbehrlich zwei Hilfswissenschaften: Kriminalpsychologie als besonderer Teil allgemeiner Psychologie und ferner Strafwissenschaft als Lehre vom Inhalt der einzelnen Strafen. Hier kommt dann namentlich in Betracht die Gefängnisfunde.

b) Allein um eine Tat in ihrer strafrechtlichen Tragweite werten zu können (und jedes Strafurteil ist nach dieser Richtung hin ein Werturteil), muß das Verbrechen in seiner sozialen Bedeutung sowohl der Entstehung als auch der Wirkung nach gewertet werden. Die Probleme, die hier entstehen, behandelt die Kriminologie und namentlich die Kriminalsoziologie, die wir im folgenden sofort näher bestimmen werden. So falsch es wäre, die Strafrechtswissenschaft als soziologische Wissenschaft aufzufassen, so unrichtig ist es doch auch, andererseits zu behaupten, die Kriminalsoziologie gehöre überhaupt nicht in die Wissenschaft *de lege lata*. Als angewandte Wissenschaft kann die Strafrechtswissenschaft soziologische Untersuchungen nicht entbehren, wie ja auch der Richter ohne soziologische Erwägungen über das Wie und das Was des Verbrechens bei der Anwendung des Strafrechtes nicht auskommt. Deshalb ist die Kriminologie auch eine Hilfswissenschaft der Lehre vom geltenden Recht; aber man beachte stets, daß sie nur eine Hilfswissenschaft ist.¹

III. Wenden wir uns der zweiten großen Aufgabe der Strafrechtswissenschaft zu, das Recht der Gegenwart zum Recht der Zukunft zu entwickeln, so tritt uns die Kriminalpolitik entgegen, die Lehre von dem Strafrecht, wie es sein soll. Auch diese Lehre bedarf einer Reihe von Hilfswissenschaften.

1. In erster Linie ist die Kriminaldogmatik zu nennen. Denn es ist unmöglich, ohne genaue Erfassung des geltenden Rechtes kritisch zu ihm Stellung nehmen zu können. Und der Anfänger beachte, daß nur der die Zukunft politisch zu gestalten vermag, der die Gegenwart auf das Gründlichste erkannt hat und versteht.

2. Neben die Dogmatik tritt die Geschichte und namentlich die Rechtsgeschichte, die hier eine ganz andere Bedeutung gewinnt als bei der dogmatischen Arbeit. Ohne Rechtsgeschichte ist in der Tat keine Kriminalpolitik denkbar, denn sie zeigt uns die Abhängigkeiten des Gesetzes von zeitlichen und räumlichen Bedingungen,

¹) Scharf hiergegen Sauer, Grundlagen des Strafrechtes, S. 60f.

damit seine Notwendigkeit oder auch seine Nichtnotwendigkeit. Da zu diesen Bedingungen auch solche wirtschaftlicher Art gehören, so leuchtet ein, daß auch die Volkswirtschaftslehre als Hilfswissenschaft nicht ohne Bedeutung ist. Die Philosophie, auch als Rechtsphilosophie kommt dagegen in diesem Zusammenhang nicht in Frage. Das Strafrecht de lege ferenda philosophisch begreifen und orientieren zu wollen, ist eine wissenschaftliche Verirrung. Dagegen bedarf die Kriminalpolitik Kenntnis von den Realien des Lebens, deren strafrechtliche Notwendigkeit sie gerade bestimmen will. Als überaus wichtige Hilfswissenschaft dient ihr in dieser Beziehung die Kriminalstatistik, die Lehre von dem Verbrechen als Massenerscheinung, bei deren Anwendung allerdings äußerste kritische Besonnenheit, namentlich dem Anfänger, nicht dringend genug angeraten werden kann.

3. Als wichtigste Hilfswissenschaft aber kommt für die Kriminalpolitik die bereits erwähnte Kriminologie in Betracht. Es ist dies die Lehre von den äußeren und inneren Ursachen des Verbrechens, die Lehre also von der Kriminalität als solcher. Sie zerfällt in die Kriminalsoziologie, d. h. die Lehre von den äußeren Bedingungen des Verbrechens, und in die Kriminalbiologie, d. h. die Lehre von den individuellen Bedingungen des Verbrechens. Die letztere zerfällt wieder in die Kriminalanthropologie, d. h. die Lehre von der Körperlichkeit des Verbrechers und den durch sie gegebenen Bedingungen des Verbrechens, und die Kriminalpsychologie, d. h. die Lehre von dem psychischen Apparat des Verbrechers und den sich hieraus ergebenden Verbrechenbedingungen, sowie die Lehre von der Wirkungsmöglichkeit der Strafe. Endlich greift auch die Gefängniswissenschaft als Hilfswissenschaft ein, namentlich, soweit sie uns mit den tatsächlichen Wirkungen und Erfolgen oder Nichterfolgen der Strafe bekannt macht. Man muß sich aber hüten, mit den Fehlern des Strafvollzuges das Strafrecht als solches zu belasten.

4. Wie der Einzelne aus Erfahrungen anderer lernt, so kann auch die Politik des einen Staates sich die Erfahrung anderer Staaten nutzbar machen. Die Kriminalpolitik tut dies im Wege der Strafrechtsvergleichung. Die Aufgabe, die ihr gestellt wird, fremde Rechte mit dem eigenen Recht kritisch unter dem Gesichtspunkt zu vergleichen, ob und welche Bestandteile des fremden Rechtes für uns nutzbar gemacht werden können, ist eine äußerst schwierige. Denn sie setzt umfassendes Wissen und Begreifen des fremden Rechtes in dogmatischer und soziologischer Hinsicht voraus. Ein einfaches

Nebeneinanderstellen verschiedener Rechte ist keine Vergleichung, da ja alles auf die Erkenntnis der konstitutiven, kausalen Faktoren der Rechtsbestimmung ankommt.

2. Literaturübersicht.

§ 7.

I. Eine auch nur einigermaßen erschöpfende Übersicht über die Literatur des Strafrechtes kann hier nicht gegeben werden. Das, worauf es ankommt, ist, daß die Mittel an die Hand gegeben werden, durch deren Benutzung man sich selbst ein Bild der Literatur verschaffen kann. Ferner erwähne ich einige Werke allgemeineren Inhalts, die jeder Jurist gelesen haben sollte. Es gibt eben auch auf dem rein juristischen Gebiet etwas, was man als allgemeine Bildung bezeichnen kann. Sie sich anzueignen, ist auch für das spätere Leben wichtiger, als das Aneignen gehäuftes Gedächtnisframes. Es kommt nicht darauf an, daß man die Einzelheiten der gesetzlichen Bestimmungen auswendig kann, sondern darauf, daß man sie anzuwenden versteht. Das lernt man nicht durch Einpaufen der Einzelheiten, das so häufig nur zu über Verstandnislosigkeit für die Anwendung und damit zum unselbständigen und flachen Präjudizientkult führt.

II. 1. Strafrechtswissenschaft.

a) Kommentare zum Strafgesetzbuch: Olshausen-Riedthammer, 2 Bde.; Oppenhoff-Delius; Leipziger Kommentar von Ebermayer, Lobe und Rosenberg; Frank; Schwarz; Kommentar zu den Nebengesetzen: Stenglein.

b) Handbücher: Binding (unvollendet, nur die erste Hälfte des allgemeinen Teils); Holzendorff, 4 Bde. (veraltet).

c) Lehrbücher: Allfeld; Liszt-Schmidt; Wachenfeld; Finger; Köhler; Max Ernst Mayer; Mezger (letzte 4 nur den allgemeinen Teil behandelnd); Merkel; Binding (2 Bde., nur den speziellen Teil behandelnd, die glänzendste dogmatische Darstellung der Einzeldelikte, die wir besitzen); v. Hippel (bisher 2 Bde., unvollendet). Kürzere Darstellungen: Beling, Richard Schmidt, Heimberger, van Calker.

d) Allgemeine Werke: Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 4 Bde.; Liepmann, Einleitung in das Strafrecht; v. Liszt, Aufsätze und Vorträge, 1905 gesammelt erschienen; A. Merkel, Lehre vom Verbrechen und Strafe, herausg. von Liepmann; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921; Gerland, Grundfragen des Strafrechts, 2. Aufl., 1922.

e) Zeitschriften: Gerichtssaal; Goldammer's Archiv für Strafrecht; Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (begründet von Liszt, enthält sehr wertvolle, systematisch geordnete Literaturberichte über die neuesten Erscheinungen); Monatschrift für Kriminalpsychologie; Archiv für Kriminalanthropologie.

f) Entscheidungssammlungen: Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (1888 eingegangen); Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen; Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts; Höchstrichterliche Rechtsprechung (ursprünglich als Beilage zur Liszt'schen Zeitschrift, jetzt selbständig).

g) Textausgaben: Kohlrusch (Guttentag'sche Sammlung); Allfeld (Strafgesetzgebung des Deutschen Reichs); Binding-Magler (Engelmann); Schmitt (Bedtsche Sammlung); Friedmann (Schwabacher); Schäfer-

Hartung (Stilles Rechtsbibliothek); Honig (Bensheimersche Sammlung); Alsborg (Sieben Stäbe Verlag); Schmitt, Sammlung von Reichsgesetzen strafrechtlichen Inhalts (Weßche Sammlung).

b) Lucas-Ebermayer, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, II. Teil.
2. Hilfswissenschaften.

a) Gerichtliche Medizin und Kriminalpsychologie: Siehe die umfassenden Angaben bei Liszt-Schmidt, A. S. 78, 9ff.

b) Kriminalstatistik: Statistik des Deutschen Reichs, herausg. vom Statistischen Amt, seit 1883 Kriminalstatistik. Die einzelnen Länder veröffentlichen ebenfalls statistisches Material. So Bayern in der Justizstatistik, Preußen in der Statistik der Straf- und Gefangenenanstalten.

c) Strafrechtsvergleichung: Vergleichende Darstellung des deutschen und außerdeutschen Strafrechts, herausg. auf Anregung des Reichsjustizamts von Birkmeyer usw., 16 Bde. (1905—1909).¹

2. Abschnitt.

Die Geschichte des Strafrechts.

§ 8.

I. Allgemeiner Überblick.²

I. 1. Verbrechen hat es gegeben, solange ein Gemeinschaftsleben existiert. Denn da ein solches immer eine gewisse Entfugung und Bescheidung des Eigenwillens voraussetzt, da aber die Sucht des Einzelnen, sich in Willkür und Egoismus auszuleben, immer vorhanden war, so tritt die große Antithese des menschlichen Wesens, der Individualismus und der Sozialismus von je in die Erscheinung in den Tatsachen des Gesamtlebens und der sich über die Grundzüge eben dieses Gesamtlebens hinwegsetzenden egoistischen Handlung des Individuums. Die Geschichte der Menschheit weist den Mord des Nebenmenschen von den Tagen ihrer Entstehung auf.

2. Allein ebenso uralt wie die Geschichte des Verbrechens, ist die Geschichte der Reaktion gegen dieses.³ Es ist begreiflich, daß niemand es schweigend hinnahm. Stand Willkür doch gegen Willkür, und der Selbsterhaltungstrieb forderte zur Reaktion gegen Handlungen auf, deren Sinnfälligkeit als Unrecht allen klar in die Augen sprang. Die Verletzung des Lebens, des Körpers, dessen, was der Mensch wie auch immer sein eigen nannte, hat sich der Einzelne niemals schweigend gefallen lassen. Und es mag bereits hier darauf hingewiesen werden, daß die Tatbestände der landläufigen gemeinen Verbrechen immer dieselben geblieben sind, mögen sich auch die Zeiten noch so sehr geändert haben. Unter den Verbrechen sind manche Tatbestände der Vorzeit abgestorben, aber, da sich die entscheidenden Tatbestände erhalten haben, möchte man die hier einsetzende geschichtliche Entwicklung mehr einen Vereinigungsprozeß, als einen Entwicklungsvorgang nennen. Natürlich ist nicht

¹ Eingehende Literaturübersichten bei Binding, Grundriß A., S. 50ff.; Allfeld, S. 91ff.; Liszt-Schmidt, A. S. 75ff.; Mezger, S. 35ff.

² Vgl. Merkel, Verbrechen und Strafe, S. 27ff. und 238ff. und meine Rektoratsrede, Die Entstehung der Strafe. Neuerdings Hentig, Die Strafe, der sonderbarerweise meine Ausführungen völlig ignoriert.

³ Post, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis; Th. Mommsen, Fragen zur Rechtsvergleichung.

zu übersehen, daß auch gewisse Tatbestände neu entstanden sind. Aber die zehn Gebote enthalten bereits einen Normenkatalog von überraschender Vollständigkeit, und man wird zugeben: die eigentliche Entwicklungsgeschichte des Strafrechtes ist mehr die Geschichte der Reaktionen als die der Verbrechenstatbestände.

II. 1. Steht so die Strafe im Mittelpunkt der geschichtlichen Entwicklung des Strafrechtes, ja, bildet sie deren eigentlichen Inhalt, so begreift sich, daß man die Frage aufgeworfen hat, wie denn die Strafe entstanden sei. Hier hat man verschiedene Auffassungen vertreten. Die einen führen die Strafe zurück auf die Rache, als eine Äußerung des Selbsterhaltungstriebes, andere auf die Zuchtgewalt der Familie und des Geschlechtes; wieder andere sehen in ihr von Anfang an eine Reaktion der Gesamtheit, die als soziale Selbstbehauptung gegen antisoziale Handlungen auftritt. Wichtig an diesen Ansichten ist nur, daß sich die Strafe nicht auf einen einzelnen Gedanken zurückführen läßt, ihre Entstehung ist vielmehr ein überaus komplexer historischer Vorgang. Aber aus der Zuchtgewalt der Familie kann sie nicht hervorgegangen sein, denn diese setzt die Strafe ja bereits voraus. Und was die Rache betrifft, so erklärt das Wort nichts, da sich in ihm das eigentliche Problem verbirgt, was denn die Rache ist. Endlich aber werden wir sehen, daß die Strafe der Urzeit keine soziale, sondern eine faktuale Reaktion ist.

2. Will man eine Rechts- und daher Kulturerscheinung wie die Strafe auf ihre letzte Entstehung hin ergründen, so kann man sich, da sich ihre Geschichte in die vorgeschichtliche Zeit verliert, nicht mit den Quellen aufgeschriebenen Rechtes begnügen. Man muß vielmehr auch auf Sagen und Mythen zurückgreifen und muß die beherrschenden Kulturvorstellungen und Gefühlskomplexe der Urzeit mit beachten. Wir finden in dieser Richtung überreiches Material bei den Naturvölkern, das wir mitwerten können. Denn die Entwicklungsgeschichte menschlicher Kultur weist überall überraschende Übereinstimmung auf. Überall finden wir den großen Wechsel von Intuition zur Reflexion, von Reaktivismus zum Rationalismus. Und es ist dabei von Anfang an zu beachten, daß die Verhältnisse der Urzeit sich niemals rationalistisch begreifen lassen. Das Gefühlsmäßig-Reaktive überwiegt vollständig.¹

3. a) α) Gehen wir von dem Gesagten aus, so liegt es nahe, den Ausgangspunkt der Strafe im Selbsterhaltungstrieb des Menschen zu suchen und die Rache oder besser gesagt, das Rachegefühl als eine seiner Äußerungen zu betrachten. Allein wir müssen, um Klarheit zu erlangen, das Wesen, den Inhalt des Rachegefühles selbst bestimmen. Und da leuchtet denn von vornherein ein, daß das Rachegefühl inhaltlich etwas prinzipiell anderes ist und sein will als der Selbsterhaltungstrieb. Denn indem dieser seine Befriedigung in dem Abschlagen, in der Überwindung des Angriffes findet und gefühlsmäßig daher rein defensiv orientiert ist, ist das Rachegefühl von allem Anfang an rein aggressiv beinhaltet. Es will mehr als die Verteidigung, es will den Gegner positiv treffen. Es will (wir brauchen den psychischen Vorgang nur bei uns selbst zu beobachten) Gleiches mit Gleichem vergelten. Und daß dieser Vergeltungsdrang bei dem unentwickelten, unter der Herrschaft der Gefühle

¹ Vgl. die grundlegenden Ausführungen über die verschiedenen Phasen der Menschheitsentwicklung bei Georg Gerland, Immanuel Kant, S. 165 ff.

stehenden Individuum sich besonders lebhaft äußern wird, liegt auf der Hand.¹ Ja, man kann sogar sagen, daß dies Rachegefühl nicht allzu selten mehr als Vergeltung des erlittenen Unrechtes will und insofern eine summierende Vergeltung anstrebt.

β) Das Rachegefühl entsteht nun psychisch im Menschen auf folgende Weise: Die an ihn herantretende Handlung des anderen negiert seine Persönlichkeit ihrer Existenz nach ganz oder teilweise. Abgesehen von dem rein körperlichen Schmerz, den die Handlung im Betroffenen hervorrufen kann, und der zwar Vorstellungen bestimmen kann, nicht aber mit ihnen identisch ist, tritt die Handlung als Vorstellung im Bewußtsein des Menschen in einen krassen Widerspruch zu den vorhandenen Vorstellungskomplexen vom eigenen Ich, woraus sich ergibt, daß die Handlung als unrichtige Handlung, als Mißhandlung im weitesten Sinne des Wortes vom Standpunkt des Täters aus beurteilt wird. Denn das Selbstgefühl, das den Menschen niemals verläßt, so daß die aus ihm entstehende Vorstellung des Ichs sich mit allen anderen Vorstellungen als durchgängig vorhandene Vorstellung stets assoziiert, wird negiert. Und zwar kann dies auf doppelte Weise geschehen: Einmal kann die Angriffsstat sich richten gegen Persönlichkeitszustände im weitesten Sinne, Leben, Gesundheit usw., und hier ist dann nichts weiter zu bemerken. Es kann sich aber auch die Handlung richten gegen Kulturverhältnisse, in denen der Angegriffene lebt. Auch sie sind in seinem Bewußtsein als eingewurzelte Vorstellungen vorhanden, die sich mit dem Selbstbewußtsein verbinden, ja, von ihm ergriffen werden. So erscheint der Einzelne als Kulturträger, und die entgegengesetzte Handlung negiert seine Kultur, damit seine Persönlichkeit, und der weiter oben angebeutete Widerspruch in den Vorstellungen wird derselbe sein und wird um so stärker empfunden werden, je stärker die Ichvorstellung die anderen Vorstellungen beherrscht.²

γ) Treten sich nun aber widerstreitende Vorstellungen im Bewußtsein des Menschen gegenüber, so entsteht durch die dem psychischen Apparat gestellte unmögliche Aufgabe, das Gegensätzliche in einem Denktakt zu begreifen, ein psychisches Spannungsverhältnis, das sich als Unlustgefühl äußert. Nun ist ein Grundgesetz alles psychischen Lebens und nicht nur des menschlichen Lebens allein, daß sich der psychische Apparat von diesen und anderen Spannungsverhältnissen dadurch befreit, daß er den erhaltenen Eindruck in möglichst sinnfälliger Weise in die Außenwelt projiziert. Dieser Projektionszwang des Menschen ist die wichtigste psychische Grundtatsache menschlichen Lebens. Wie er z. B. in der Kunst von ausschlaggebender Bedeutung ist, so ist er auch bei der Rache entscheidend. Denn die aus dem Rachegefühl entflammende Handlung ist Projektion und nichts anderes. Ist sie aber Projektion, so ergibt sich ihr Inhalt und ihre Richtung von selbst. Der Spannungs-

¹ Man beachte, daß das, was man gemeinlich Entwicklung beim Individuum nennt, doch letzten Endes nur darauf hinausläuft, daß das Individuum seine Gefühle durch den Verstand beherrschen lernt. Auch beim entwickeltesten Individuum sind daher dieselben Gefühlsvorgänge wie beim minder entwickelten Individuum vorhanden und können beobachtet werden.

² Man denke z. B. an die so überaus stark mit der Persönlichkeit verbundenen Glaubensvorstellungen und die aus ihnen resultierenden Religionskämpfe.

erzeugende Eindruck ist die Handlung des Dritten. Die Projektion richtet sich mithin gegen diesen und dies um so mehr, als ja selbstverständlich der Erhaltungstrieb assoziativ mit lebendig wird. Da nun aber die Projektion, namentlich auf der untersten Stufe der Entwicklung, durchaus sinnfällig durchgeführt wird, so erklärt sich ihr Inhalt als Vergeltung. Und der Vergeltungstrieb so betrachtet erklärt sich wiederum als reiner Projektionszwang. Treffen wir überall auf den niederen Stufen der Rechtsentwicklung das *jus talionis* in Durchführung des Gedankens: Auge um Auge, Zahn um Zahn, beweist sich auch auf den höheren Stufen der Entwicklung der Vergeltungsgedanken machtvoll und lebendig: so beruht die Vergeltung weder auf einer sittlichen Notwendigkeit, noch ist sie ein Postulat unserer praktischen Vernunft. Sie ist vielmehr aus dem Rachegefühl hervorgegangene Projektion und weiter nichts, und die ganze Vergeltungs Idee der Menschheit beruht letzten Endes auf der psychologischen Tatsache des Projektionszwanges im Menschen.

b) a) Damit ist die Entstehung der Strafe noch nicht hinreichend erklärt, wenn auch das Rachegefühl unzweifelhaft eine ihrer Komponenten ist. Ich betone, das Rachegefühl. Denn wenn man behauptet, die Strafe sei aus der Rache hervorgegangen, so ist mit Rache das Rachegefühl, nicht aber etwa die bereits durch Sitte oder gar Gewohnheitsrecht objektivierte und geregelte Blutrache gemeint. Die Blutrache ist unentwickeltes Strafrecht, setzt aber die Entstehung der Strafe bereits voraus.

β) Die zweite für die Entstehung der Strafe überaus wichtige Komponente ist das religiöse Gefühl, ist der Gottesbegriff, das alte Tabu in seiner sonderbaren Ausübung der Vorzeit. Die Tabuvorstellung ist der beherrschende Gedanke der Menschheit in ihren Kinderzeiten, der alles ergreift, alles durchdringt, alles bestimmt.¹ Das religiöse Gefühl begleitet, sich mit ihnen assoziativ verbindend, alle Vorstellungen. Und wie der Gedanke der Welt unter der Vorstellung Gottes begriffen wird, so der Gedanke des Volkes, so der Gedanke des Einzelnen. Alles hat sein Tabu, und es entsteht jene sonderbare Tabuordnung des höheren und des niederen Tabu, des größeren und des kleineren Gottes. Aber alles hat sein Tabu, das Volk sowohl wie die Familie wie der Einzelne. Und indem nun diese Vorstellung als durchgängig vorhandene Begleitvorstellung jeglichen Erlebens sich mit allen Einzelvorstellungen verbindet, so verbindet sie sich auch mit der unrechten Handlung, die nun über die Bedeutung für die Einzelpersonlichkeit gewertet wird als Unrecht gegen die Gottheit, und mit der Rachehandlung, die, so gesagt, als die Reaktion der Gottheit erscheint.

γ) Dieser Sakralcharakter, den sowohl das Unrecht als seine Reaktion besitzt, bewirkt aber ein Wichtiges: Hiermit wird sowohl Unrecht als auch Rachehandlung aus der Sphäre des Einzelerlebnisses in die Sphäre des Gesamterlebnisses gehoben. Und wenn hierbei Sympathiegefühle und daraus folgende Vorstellungen auch eine mitbestimmende Rolle spielen mögen, so ist und bleibt das Entscheidende primär das religiöse Moment, das die Sozialauffassung begründet und vorbereitet.

4. Das Rachegefühl und die religiösen Vorstellungen sind mithin die letzten Entstehungsgründe der Strafe im öffentlichen Sinn. Und nur, wenn

¹ Die schwierige Frage, wie die Tabuvorstellung, mit anderen Worten der Gottesbegriff in der Menschheit entstanden ist, kann natürlich hier nicht erörtert werden.

man die beiden Wurzeln, aus denen das Strafrecht entstanden ist, stets im Auge behält und konsequent verfolgt, kann man die Ausgestaltung des Strafrechtes der Urzeit, das rein sakraler Natur ist¹, wirklich begreifen. Dies gilt namentlich in folgender Hinsicht:

a) Das Unrecht erscheint als Tabuverletzung. Nun kennt, wie bereits bemerkt, die Tabuordnung ein höheres und ein niederes Tabu, einen höheren und einen niederen Gott. So begreift sich, daß die Verletzung des niederen Gottes den höheren nicht berührt. Und wir finden in dieser Vorstellung den letzten Grund für die überaus seltsame Tatsache, daß überall in den verschiedensten Rechten zwei Kategorien von Delikten unterschieden werden, die, die Allgemeinheit angehen, und die, die nur den Einzelnen oder seine Sippe betreffen. Einmal handelt es sich um Verletzung des machtvollen Volksgottes, das andere Mal um eine solche des Familiengottes.

b) a) Wie aber das Unrecht Tabuverletzung ist, so ist die Strafe ebenfalls nur als Sakralhandlung zu verstehen. Daß sie allgemein von Priestern vollzogen wird, begreift sich aus der Natur des Unrechtes als Tabuverletzung. Sie ist aber niemals ein Opfer, das etwa zur Entsühnung des Volkes gebracht wird. Vielmehr ist bei ihrer Ausgestaltung ein Gedanke maßgebend, den ich die Emanation des Göttlichen nennen möchte, und der sich seinerseits wieder mit der Vorstellung verbindet, die die Urzeit von der Gottheit hat. Letztere wird nicht etwa als Gott der Liebe gedacht, sondern als verzehrende, vernichtende Kraft, die alles, was in ihren Bereich kommt, an sich reißt und verzehrt. Es ist beachtenswert, daß Sie der Gottheit das Wasser, die Luft und das Feuer ist, alles Elemente, die eine vernichtende, verzehrende Kraft besitzen. Und so entsteht die Vorstellung, daß, wer mit der Gottheit in Berührung kommt, ihr von selbst anheimfällt und ihr gehört. Die Gottheit ergreift Besitz von dem Übeltäter, der nunmehr als ein Teil oder Besitz der Gottheit ebenso gefährlich ist als diese selbst. Die Strafe erscheint daher ursprünglich als Ausscheidung des von der Gottheit Ergriffenen, und seine Ausscheidung ist notwendig, weil ja seine Tabuverletzung ihn selbst Tabu gemacht hat, so daß er nun als Tabu für jeden anderen im höchsten Maße gefährlich geworden ist.

β) Ist dies die Bedeutung der ursprünglichen Strafe, so erklärt sich hieraus die Todesstrafe in ihrer mannigfaltigen Ausgestaltung als: Erhängen (Luft), Ertränken (Wasser) und Verbrennen (Feuer). Es ist aber, namentlich für die spätere Entwicklung, überaus wichtig, daß die Bestrafung selbst nicht als Ausübung eines Rechtes oder einer bloßen Möglichkeit erscheint, sondern vielmehr unter dem Druck einer zwingenden Vorstellung erfolgt. Die Vorstellung der Notwendigkeit ist auch in Hinblick auf die Selbsterhaltung von Anfang an gegeben, und indem sie sich nun mit der Vorstellung der beleidigten, übermächtigen, das eigene Leben vollständig bestimmenden Gottheit verbindet, entsteht der durchaus unpersönliche Pflichtgedanke, der die Strafreaktion beherrscht. Diese Grundauffassung der Strafe lassen alle Sagen der Vorzeit auf das Deutlichste erkennen.

γ) Endlich erklärt sich aus der vorstehenden Auffassung von der Entstehung der Strafe die Tatsache des schullosen Unrechtes, das wir auf der ersten Stufe der Rechtsentwicklung überall finden. Begreiflich genug, denn es kommt nicht darauf an, wie man in Berührung mit dem Göttlichen ge-

¹ Das, was hier in bezug auf das Strafrecht ausgeführt wird, gilt übrigens für das gesamte Recht.

kommen ist, sondern nur, daß man in Berührung gekommen ist. Ist dies geschehen, so ergreift uns das Göttliche kraft der ihm immanenten Gewalt. Und der, der arglos den heiligen Hain betreten hat, ist ebenso Tabu und daher gefährlich und daher auszuschneiden, als der, der sich aus böser Absicht in das Allerheiligste des Tempels gewagt hat.

III. 1. a) Die im vorstehenden geschilderte Entstehung der Strafe führte, wie ausgeführt, zum Sakralstrafrecht, das sich aber nur behaupten konnte, solange die alte Tabuvorstellung maßgebend war. Im Augenblick, da diese zurücktrat, trat mehr gestaltend die zweite Komponente der Strafe, das Rachegefühl in den Vordergrund, so daß nunmehr der Vergeltungsgebanke schärfer betont wurde. An die Stelle der Sakralvorstellung tritt des weiteren die Sozialauffassung. Volksdelikte und Familiendelikte treten sich gegenüber, bei beiden kommt es zur Reaktion auf Grund einer Pflichtvorstellung. Je stärker sich aber die Volksidee entwickelt, desto schwächer wird der Familiengebante. Die Vorstellung des Privatdeliktes wird maßgebend, bei dem der Gedanke des Rechtes an die Stelle der Pflicht tritt.

b) a) Wie der Weg im einzelnen gewesen ist, wie man das Familienstrafrecht zu überwinden versuchte, weil es doch schließlich zum Bürgerkrieg führte, wie sich das Sühneverfahren des Kompositionssystems entwickelte, kann im einzelnen nicht dargestellt werden. Es mag nur darauf hingewiesen werden, daß die Erledigung der Volksdelikte stets Sache der Allgemeinheit gewesen ist, und daß bei ihnen die Strafe stets öffentliche Strafe war. Daneben standen dann Privatdelikte, für die das Kompositionsprinzip gilt.

β) Nun zeichnet sich die Kulturgeschichte der Menschheit durch zwei äußerst nahe miteinander verbundene Entwicklungstendenzen aus, die man als Sozialisierung und Humanisierung der Menschheit bezeichnen kann. Diese beiden Tendenzen führen im Strafrecht dazu, die Strafe, soweit sie überhaupt zugelassen ist, zur reinen Staatssache zu machen, und die affektmäßig ausgestaltete Vergeltungsstrafe in immer steigendem Maße zu moderieren und in eine Zweckstrafe umzugestalten. Indem man sich hierbei auf die Zwecke der Strafe besinnt, tritt eine scharfe Trennung von Straf- und Zivilrecht ein, die namentlich im Kompositionssystem noch nicht erreicht war. Es wird ferner das Wesen des Unrechtes in seiner Bedeutung als schuldhaftes Handeln, die den Normen des Gesamtlebens zuwiderläuft, klarer erkannt, und es werden die Tatbestände dementsprechend entwickelt. Dabei ist zu beachten, daß die Entwicklung der Strafe zur öffentlichen Schutzmaßregel schon in sehr frühen Zeiten vollzogen wird, so daß die Geschichte des Strafrechtes in historischer Zeit in der Überwindung des Privatgebantens und in der Rationalisierung der Schutzstrafe besteht.

2. Aus gefühlsmäßiger Vergeltung über den Umweg des Sakralstrafrechtes hat sich das Strafrecht entwickelt. Die religiösen Vorstellungen sind verschwunden, wenn sie auch in den äußeren Gebräuchen noch lange, ja noch heute nachklingen. Allein der Inhalt der Strafe ist geblieben, was er war, Vergeltung. So bleibt bei klarer Erkenntnis des Ganges der Entwicklung das Rätsel ungelöst, woher es kommt, daß die reine Projektion sich von Anfang an in der Richtung des Nützlichen bewegt hat: die Reflexion brauchte insoweit nichts an der Strafe zu ändern, da diese den Schutz gewährte, den die Intuition verlangte. Allein diese Tatsache ist, wenn auch ungeklärt, so doch allgemein, wie viele Beispiele aus dem Tier- und Pflanzenleben beweisen.

II. Die einzelnen Phasen der Entwicklung.¹

§ 9.

1. Das römische Strafrecht.²

I. Die römische Strafrechtsgeschichte zerfällt in 3 Perioden, die Periode vor dem Quästionenprozeß, die des Quästionenprozesses und die der Kaiserzeit.

1. a) Selbst das älteste uns überlieferte römische Recht, d. h. die sogenannten Königs Gesetze, späterhin das Recht der 12 Tafeln, ist das Produkt eines bereits weit entwickelten Staatslebens, und man geht fehl, wenn man es als das Recht einer Kindheitsperiode der Menschheit auffaßt. Das altdeutsche Recht — wir dürfen das nie übersehen — kennen wir auf einer viel früheren Stufe der Entwicklung als ein Recht nomadischer Wanderstämme, während wir im römischen Recht immer das Recht einer festorganisierten Stadtgemeinde mit ausgebildetem Verfassungsleben treffen. So ist nicht weiter erstaunlich, daß die Entwicklung vom Sakral- zum Sozialrecht im wesentlichen im römischen Recht schon vollzogen ist, ehe wir es kennen. Und die 12 Tafeln enthalten ausschließlich Staats-, nicht aber Sakralrecht. Immerhin läßt sich aus rudimentären Erscheinungen erkennen, daß eine Phase des Sakralrechtes vorhanden gewesen ist.

b) Wir haben von Anbeginn an zu unterscheiden zwischen dem öffentlichen Strafrecht und dem Recht der Privatdelikte.

a) Das erstere wird durch den Staatsgedanken beherrscht. Zwar klingt die alte Sakralvorstellung noch nach in der Strafe der *sacratio capitis*, die wir in einigen Ausnahmefällen, so z. B. bei der Mißhandlung der Eltern durch ihre Kinder treffen. Es handelt sich bei ihr um eine Friedloslegung (vom Täter gilt der Satz *Sacer esto*, d. h. der Täter wird Tabu), die zur Tötung führt. Ihr Gegenstück ist die *expiatio*, die Entsühnung des Täters. Aber wie gesagt, das sind Ausnahmen. Im allgemeinen treffen wir ein rein staatlich orientiertes Recht. Neben die beiden Hauptdelikte *perduellio* (Landesverrat in weiter Ausgestaltung) und *parricidium* (Mord eines Volksgenossen) treten andere Verbrechen, wie Brandstiftung, falsches Zeugnis usw. Alle ziehen öffentliche, absolut bestimmte Strafen nach sich, und zwar meist Todesstrafe, die später durch Verbannung ersetzt wird. Voraussetzung der Bestrafung ist stets *dolus malus*, Schuld in der Form des Vorsatzes; ein schuldloses Verbrechen ist mithin unbekannt.

β) Neben diesen öffentlichen Delikten treffen wir in weitem Umfang die Zivildelikte. Auch bei ihnen klingen alte Anschauungen nach in den Überbleibseln des privaten Racherrechtes, wenn wir innerhalb der Familie eine bis zum *ius vitae ac necis* gehende Strafgewalt des Familienvaters antreffen, oder wenn die Tötung des durch den Ehemann in *flagranti* ertappten Ehebrechers erlaubt wird. Allein auch hier sind die Anklänge durchaus rudimentärer Natur. Im allgemeinen kann aus den Zivildelikten mit einer *actio poenalis* auf das Mehrfache des Schadens geklagt werden. Straf- und Zivilrecht sind also nicht scharf voneinander geschieden, Strafe und Schadensersatz treten vielmehr in enger Verquickung miteinander auf.

2. a) α) Die 12-Tafelgesetzgebung bestimmte für lange Zeit das römische Strafrecht, wenn auch die Praxis der Komitien, die als Kriminalgerichte fungierten, für die weitere Entwicklung nicht ohne Bedeutung geblieben ist.

¹ Eine eingehende Darstellung der Entwicklungsgeschichte gibt neuerdings v. Hippel, 1, 38ff.

² Mommsen, Römisches Strafrecht (1899).

Für das öffentliche Strafrecht beginnt aber 149 v. Chr. eine neue Periode. Eine *lex Calpurnia de repetundis* verweist Klagen der Provinzialen gegen ihre Statthalter an einen Senatsausschuß, eine sogenannte *quaestio perpetua*. Bald wird der *quaestio*, die zunächst den Charakter eines Staatsgerichtshofes hatte, auch die Bestrafung der Statthalter übertragen, und die Zuständigkeit erweitert sich rasch für andere politische Verbrechen. Die Gesetzgebung Sulla's, Cäsars und Augustus' (*leges Corneliae* und *leges Juliae*) machen die Quästionen zu den ordentlichen Gerichten über öffentliche Verbrechen (*crimina publica*).

β) Diese neue Gesetzgebung regelte in erster Linie das Prozeßrecht. Allein gleichzeitig hat sie materiellrechtliche Bedeutung, indem sie teils neue Tatbestände aufstellt, teils alte schärfer bestimmt. Auch jetzt wird nur der Vorsatz gestraft, Teilnahme und Versuch werden der Täterschaft und der Vollendung hinsichtlich der Bestrafung gleichgestellt. Da in den Gesetzen die größte Kasuistik herrscht, fehlen allgemeine Vorschriften und Gedanken fast vollständig. Die Strafen sind immer noch absoluter Natur. Die Verbannung ist die Hauptkapitalstrafe für Bürger, daneben treten Geldstrafen.

b) Trotz dieser lebhaften Entwicklung des öffentlichen Strafrechtes verschwinden indessen die *delicta privata* nicht, sie werden vielmehr durch das prätorische Edikt weiter entwickelt. Hierher gehören die Tatbestände des *furtum*, der *injuria* usw. Zu den öffentlichen Delikten gehören dagegen die schwereren Fälle der gemeinen Verbrechen.

c) Eine Mittelstellung zwischen öffentlicher Strafflage und Zivilklage nehmen die *actiones populares* ein, die wegen Polizeiwrechtes von *quivis ex populo* erhoben werden konnten, im weiteren Verlauf aber wie eine Zivilklage behandelt wurden.

3. a) α) In der Kaiserzeit überwiegt die öffentlichrechtliche Auffassung des Strafrechtes, und es werden infolgedessen die privatrechtlich behandelten Tatbestände immer mehr eingeengt. Neben die auf *leges* beruhenden *crimina publica* oder *ordinaria* treten die *crimina extraordinaria*, die auf Senatskonsulten, kaiserlichen Konstitutionen usw. beruhen. Es handelt sich hierbei um Tatbestände, die dem Kreis der Privatdelikte entnommen und zu öffentlichen Verbrechen gemacht werden, so z. B. die schwereren Diebstahl- und Injurienfälle. Außerdem werden noch eine Reihe neuer Deliktstatbestände geschaffen, so Hehlerei, Betrug, Erpressung, Abtreibung u. a. m.

Die *crimina extraordinaria* werden strafrechtlich anders behandelt als die *crimina ordinaria*. An Stelle der absoluten Strafandrohung tritt die relative, die Strafzumessung gewinnt damit erhöhte Bedeutung.

Das Strafenystem wird sehr entwickelt. Man unterscheidet Kapitalstrafen und Nichtkapitalstrafen. Neben die Todesstrafe treten differenzierte Freiheits- und Arbeitsstrafen, ferner Geldstrafen und endlich solche am Vermögen.

β) Die Privatdelikte bleiben in beschränktem Umfang erhalten. Die Entwicklung endet aber schließlich so, daß der Kläger stets die Wahl zwischen einer zivilen Bönnklage und einer öffentlichen Strafflage auf Grund eines *crimen extraordinarium* hatte.

b) Ihren Abschluß findet die Entwicklung schließlich in der Kodifikation Justinians, die die im vorstehenden entwickelten Grundgedanken der Kaiserzeit übernommen hat (vgl. die *libri terribiles*, I. 47 und 48 Dig.; ferner 9 Cod. und 4, 1—5, 18 Inst.).

II. Das römische Recht hat, wie wir zusammenfassend feststellen müssen, für das Strafrecht nicht die Bedeutung erlangt wie für das Zivilrecht. Es ist

in Kasuistik stehengeblieben, die allgemeinen Lehren sind nicht nennenswert entwickelt worden, da sich die klassischen römischen Juristen mit ihnen nicht eingehender befaßt haben. Beachtenswert und für die spätere Geschichte von Wichtigkeit sind aber doch 3 Momente: Einmal ist das römische Strafrecht durchaus subjektiv, es geht von der Schuldhaftung, nicht von der Erfolgshaftung aus. Ferner hat es den Staatsgedanken erkannt und durchgeführt unter schließlicher Überwindung privatrechtlicher Auffassungen. Beides verleiht ihm dem altdeutschen Recht gegenüber eine überragende Bedeutung und macht es fähig, in dieser Beziehung seinen Einfluß entscheidend auf jenes auszu dehnen. Und schließlich (und auch hier ist es für die deutsche Rechtsgeschichte einflussreich geworden) hat es in seiner Kasuistik Wertvolles geleistet durch scharfes Erfassen und Herausarbeiten derjenigen Tatbestände, die als dem sozialen Leben gefährlich mit öffentlicher Strafe bekämpft zu werden verdienen. Als systematisches Recht hat das römische Recht versagt, als praktisches Recht hat es sich bewährt. Denn man übersehe nicht, daß die eigentlich praktische Frage des Strafrechtes zum größten Teil im besonderen Teil gelöst wird.

§ 10. 2. Das deutsche Strafrecht im Mittelalter.¹

I. 1. Das deutsche Strafrecht tritt uns, wie bereits bemerkt, auf einer viel früheren Entwicklungsstufe entgegen als das römische. Seine Geschichte weist gleichfalls den Verlauf vom Sakral- zum Sozialstrafrecht auf, und namentlich läßt sich auch in ihr der Kampf der öffentlichrechtlichen Auffassung mit den Privatdelikten und den Privatstrafen deutlich verfolgen. Aber während die römische Entwicklung in einer ziemlich geraden Linie nach oben verläuft, ist die deutsche Geschichte abwechslungsreicher. Sie verläuft in Kurven, auf Fortschritte folgen Rückschritte, wie sich denn z. B. in der karolingischen Zeit der Offizialgedanke fast völlig durchgesetzt hatte, während später die Privatauffassung bei gewissen Verbrechen wieder die maßgebende wurde. Daß diese Entwicklung von der politischen Geschichte des Landes abhängig war, daß der Offizialgedanke mit der Staatsgewalt siegte und fiel, braucht nicht weiter betont zu werden.

2. Wir können aber 3 Perioden unterscheiden, die Urzeit bis zu den Volksrechten, die Zeit der fränkischen Könige, das spätere Mittelalter.

II. 1. Das älteste deutsche Strafrecht, soweit es uns aus spärlichen Überresten bekannt geworden ist, weist rein sakralen Charakter auf. Alle Verbrechen erscheinen als Friedensbrüche, d. h. Tabuverletzungen. Je nachdem das Volk oder die Familie reagiert, haben wir es mit schweren, ungeheueren oder schlichten, gemeinen Friedensbrüchen zu tun. Beide sind stets scharf voneinander zu sondern.

a) a) Zu den ungeheueren Friedensbrüchen gehören religiöse Delikte, Landesverrat, militärische Delikte, Brandstiftung, Mord, größerer Diebstahl u. a. m. Die Reaktion ist die Friedlosigkeit, die nicht infolge einer Verurteilung, sondern automatisch infolge der Tat eintritt. Ihre Wirkung besteht in der Ausscheidung aus dem Volksverband und der damit verbundenen völligen Rechtlosigkeit. Befindet sich der Täter in der Gewalt des Volkes, so wird er unter Wahrung sakraler Formen getötet. Ist er flüchtig, so ergeht die Friedloserklärung, auf Grund deren er in Acht verfällt. Er kann nunmehr

¹ Wilsa, Das Strafrecht der Germanen, 1842; Grimm, Rechtsaltertümer, 4. Aufl.; Hs, Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1920.

von jedem getötet werden; wer ihn hegt, wird selbst friedlos.¹ Die Vermögensrechte des Täters erlöschen, sein Haus wird vernichtet. So bleibt ihm nichts übrig, als in die Fremde zu fliehen als Waldgänger, als Wolfshaupt.² Seine Frau wird Witwe, die Kinder Waisen.

a) Voraussetzung des Eintrittes der Friedlosigkeit ist nun nicht etwa Schuld in der Form des Vorsatzes. Das altdeutsche Recht steht vielmehr im Gegensatz zum römischen Recht auf objektivem Standpunkt, und gerade hierin zeigt sich seine starke Beeinflussung durch sakrale Vorstellungen. Die Tat richtet den Mann, der Erfolg ist das Entscheidende. Zwischen böser Absicht und dem Ungefähr, d. h. also dem Zufall wird nicht unterschieden. Versuch und Teilnahme wird insolgedessen nicht bestraft, sofern nicht besondere Tatbestände, wie Speerzuden, unter Strafe gestellt werden. Allmählich bringt allerdings das Recht des Täters ein, sich durch Selbstanzeige und Berufung auf Ungefähr von der Strafe der Friedlosigkeit frei zu machen.

b) Die Erledigung der schlichten Friedensbrüche, zu denen offener Totschlag, offener Raub, Ehebruch, kleiner Diebstahl u. a. m. gehören, ist Familiensache. Auch hier ist die Rechtsfolge Friedlosigkeit, aber nur relativ der verletzten Sippe gegenüber. Es kommt mithin zur Rache in den Formen der Fehde, des Kampfes von Geschlecht gegen Geschlecht, die, falls es nicht zur Vernichtung des Gegners kommt, durch Sühnevertrag beendet wird. Es liegt auf der Hand, daß die erstarkende Staatsgewalt dem Sühnevertrag günstig, der Fehde abhold ist. So geht die Entwicklung dahin, an Stelle der Fehde den gerichtlichen Vertrag treten zu lassen, durch den der Täter bei Lötlungen zum Bergeld, sonst zur Buße, zur compositio verpflichtet wird. Unterlag deren Höhe ursprünglich der freien Vereinbarung, wurde sie später wohl vom Gericht im Urteil festgesetzt, so richtete sie sich noch später nach den Bußtarifen, die die Volkrechte in völliger Genauigkeit für die einzelnen Fälle aufstellten. Die compositio zerfällt in die eigentliche, an den Verletzten zu zahlende Buße und in das Friedensgeld (fredus), das an den Staat zu zahlen ist. Ursprünglich eine Gerichtsgebühr für die Friedensvermittlung, gewinnt letzteres allmählich den Charakter einer Geldstrafe.

c) Die Entwicklung begünstigt die compositio. So verwandelt sich allmählich das Recht auf Buße in eine Pflicht, Buße zu nehmen. Die Fehde wird nur noch subsidiär zugelassen, falls Buße nicht zu erlangen ist. Stellt sich der Täter der gerichtlichen Ladung nicht, so verfällt er, da er damit ein neues Delikt begeht, in Friedlosigkeit. So entwickelt sich das Kompositionssystem der Volkrechte, die reine Bußtarife sind. Daneben aber bleiben, wie sehr wohl zu beachten ist, die ungeheueren Friedensbrüche erhalten und ziehen die öffentliche Reaktion nach wie vor nach sich.

d) Schuld wird auch bei den schlichten Friedensbrüchen nicht vorausgesetzt. Doch ist bei Ungefährwerf später nur die Buße, nicht auch das Friedens-

¹ Gerade aus dieser Übertragung der Friedlosigkeit ergibt sich am klarsten ihr sakraler Charakter. Der Friedlose ist Tabu, und das Tabu ergreift jeden, der mit ihm in Berührung kommt. Daraus ergibt sich, daß zwar für den einzelnen Volksgenossen keine staatliche Lötlungspflicht, wohl aber eine sakrale Lötlungsnotwendigkeit bestand. Der Tabu- und Waldgänger war sakral ungemein gefährlich und mußte deshalb getötet werden.

² Die Bezeichnung caput lupi, Wolfshaupt, entspringt ebenfalls den Tabuvorstellungen. Die Annahme, man nenne den Täter Wolfshaupt, weil er wie ein Wolf erschlagen werden könne, ist rationalistisch konstruktiv und daher irrig.

geld zu zahlen. Die Vermischung zivilrechtlichen Schadenserfasses und wirklicher Strafe, die in der *compositio* liegt, tritt damit klar zutage.

2. Die Periode der Merowinger und Karolinger, namentlich der letzteren führt zu einer lebhaften Entwicklung des Strafrechtes infolge der Kapitularien-gesetzgebung der Könige. Der Staatsgedanke tritt herrschend in den Vordergrund, die privatrechtliche Auffassung des Verbrechen und der Verbrechenreaktion wird zurückgedrängt. Neben das alte Volkrecht tritt das neue Amtsrecht. Dies zeigt sich in folgendem:

a) Das Gebiet der öffentlichen Strafe wird erweitert. Die Friedlosigkeit wird Kapitalstrafe und hört auf, Sakralsolge zu sein. Sie bildet sich um in Todesstrafe, Verbannung und Acht. War schon früher zwischen unsühnbarer und sühnbarer Acht unterschieden worden, und hatte sich bei der letzteren der Täter in den Frieden durch Zahlung einer Buße wieder einkaufen können, so führte namentlich die Gegnerschaft der Kirche zu einem Zurückdrängen der Todesstrafe. Im Wege der Gnade durch den König oder des Richtens nach freundlichem Recht durch den Richter wurden Ersatzstrafen an Stelle der Todesstrafe zugelassen und zwar namentlich Geldstrafen. Auch verstümmelnde Leibesstrafen kommen auf, die dann wiederum mit Geldstrafen gelöst werden können.

b) Die Berufung auf Ungefähr wurde erleichtert. Die Tatbestände wurden des Weiteren schärfer formuliert, so daß sie den Zufall nicht mehr mitumfaßten.

c) Die Fehde endlich wurde tatbestandmäßig eingeengt und blieb nur bei einigen schlichten Friedensbrüchen, so bei Tötung, Entführung, Ehebruch zulässig. Sie war ferner dem Rechtsgang subsidiär, ohne jedoch schlechthin verboten zu sein. So bestand die Gefahr ihres Neuaufblühens bei verfallender Staatsgewalt, eine Gefahr, die sich nur zu bald in der nachkarolingischen Periode in die Wirklichkeit umsetzte.

3. a) Der Zerfall der fränkischen Monarchie führte zu einem Zurückdrängen des Staatsgedankens im Strafrecht. An Stelle des Gesetzes tritt das Gewohnheitsrecht, das am alten Kompositionssystem und der Fehde festhält. Allein diese rückläufige Bewegung ist nur vorübergehend. Zwar verhindert die politische Entwicklung die Entstehung eines deutschen Reichsstrafrechtes. Aber die Entwicklung der einzelnen Länder und der Städte führt zu einer immer umfassenderen Ausgestaltung des Strafrechtes als öffentlichen Strafrechtes. In den Landfriedensgesetzen, dem Land- und Stadtrecht und da, wo man nur das bestehende Gewohnheitsrecht aufzuzeichnen gedachte, in den Rechtsbüchern wird die private Auffassung der Strafe, an die nur noch prozessuale Anklänge erinnern, endgültig überwunden. Das Kompositionssystem verschwindet. Sachsen- und Schwabenspiegel kennen die Buße auch bei Tötung nur noch als Schadenserfaz.

b) Was die Verbrechen betrifft, so bedeuten die genannten Rechtsquellen tatbestandmäßig einen bedeutenden Fortschritt gegenüber der früheren Zeit. Dies gilt namentlich auch im Hinblick auf die Schuldfrage, deren Bedeutung immer mehr erkannt wird. So setzt der Sachsenpiegel stets Vorsatz voraus. Der Schwabenspiegel straft Vorsatz und Fahrlässigkeit gleich, schaltet aber doch den Zufall aus.

c) Zur Bestrafung stand ein überaus buntes, allerdings sehr hartes Strafsystem zur Verfügung. Man teilte die Verbrechen ein in Ungerichte oder Kapitalfachen, die an Leib und Leben gingen, und in alle anderen Verbrechen, die nur an Haut und Haaren bestraft wurden. Die ersteren wurden

im weitesten Umfang mit dem Tod oder mit verstümmelnden Leibesstrafen bestraft, die letzteren mit Ausstäupen, Brandmarken, Ohrensclügen und ähnlich schimpflichen Strafen. Ermöglicht wurde dies Strafenystem nur durch das Fortbestehen der Möglichkeit des Nichtens nach freundlichem Recht, das den Richter in die Lage setzte, Strafen im Gnadenweg umzuwandeln. Als Ersatzstrafen kamen Vermögensentziehung, Verbannung, Stadt- und Landverweisung, Geldstrafen vor, schließlich in den Städten auch Gefängnisstrafen.

d) Endlich erhielt sich auch noch die Fehde, aber nur in sehr beschränktem Umfang und nur subsidiär bei verweigerter Rechtshilfe.

3. Die Entwicklung bis zur Gesetzgebung Karls V.

§ 11.

Die Carolina.¹

I. Für die Weiterentwicklung des deutschen Rechtes sind das kanonische und auch das römisch-italienische Recht von entscheidender Bedeutung geworden. Auf beide muß daher kurz eingegangen werden.

1. a) Das kirchliche Strafrecht, auf dessen Entstehung hier nicht eingegangen werden kann, weist einen doppelten Charakter auf. Es bezieht sich einmal als Standesrecht auf die Geistlichen, die von der Staatsgerichtsbarkeit eximiert sind. Es ergreift aber auch die Laien, die in gewissem Umfang der geistlichen Gerichtsbarkeit unterstellt werden. Und zwar unterscheidet man 3 Kategorien von Verbrechen, die *delicta iure ecclesiastica*, mit ausschließlicher Gerichtsbarkeit der Kirche, die *delicta iure saecularia*, mit ausschließlicher Gerichtsbarkeit des Staates, die *delicta mixta*, mit konkurrierender Gerichtsbarkeit von Staat und Kirche.

b) Die Möglichkeit eigener Aburteilung von Verbrechen durch die Kirche führte dazu, daß die Kirche in einer Reihe von Fällen, in denen das weltliche Recht keine Strafbestimmungen kannte, ergänzend eingriff und neue Straffapungen aufstellte, so namentlich bei Zuwiderhandlungen gegen die Gebote der Religion und der Sittlichkeit. Dabei ging sie ganz allgemein von subjektiver Auffassung aus. Verbrechen wird als Sünde aufgefaßt, wurzelt also im bösen Willen, der durch die Strafe bekämpft werden muß. So ist die Schuld Voraussetzung jeder Strafe. Des weiteren wird der Offizialgedanke scharf durchgeführt. Die Kirche ist nicht berechtigt, sie ist verpflichtet, gegen die Sünde zu reagieren. So erscheint die Strafe von vornherein unter die Herrschaft bestimmter Zwecke gestellt. Des weiteren stellte die Kirche ein humaneres Strafenystem als der Staat auf und wollte namentlich nichts von den Todesstrafen und verstümmelnden Leibesstrafen wissen.²

c) Es unterscheidet sich mithin das kanonische vom weltlichen Strafrecht der damaligen Zeit durch Betonung der Schuldseite, durch bewußte und konsequente Durchführung des Offizialgedankens, durch Humanisierung und Rationalisierung des Strafenystems, Gedanken, die von den geistlichen

¹ Güterbod, Die Entstehungsgeschichte der Carolina 1876; Brunnenmeister, Die Quellen der *Bamborgensis*, 1879. Die Carolina mit ihren Quellen ist von Zoepfl veröffentlicht: *Reinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, 3. Aufl., 1883.

² Man unterschied *poenae medicinales*, die mehr disziplinarer Charakter hatten, und *poenae vindicativae*, die die eigentlichen Kriminalstrafen waren. Zu letzteren gehörten Gefängnis, körperliche Züchtigungen u. a. m.

Gerichten allmählich auch auf die weltlichen Gerichte übergehen und so das eigentliche Staatsstrafrecht mit beeinflussen.¹

2. a) Das römische Strafrecht war formell in Italien in Gültigkeit geblieben. Eine namentlich in Oberitalien lebhaft aufblühende Wissenschaft gestaltete es indessen fundamental um. Sie entnahm dem römischen Recht, was sie für gut hielt, die Schuldauffassung, den Staatsgedanken, die Bestrafung des Versuches u. a. m., erkannte aber auch die Statutarrechte als Rechtsquelle an, so daß auch von deutschem Recht wichtige Sätze übernommen wurden, so die Bestrafung der Fahrlässigkeit, das Strafsystem u. a. m. In Wahrheit also dogmatisierte die Jurisprudenz der damaligen Zeit² (zu nennen wären namentlich Albertus Gandinus † 1310, Bartolus † 1357, Angelus Aretinus † 1450) nicht das römische Recht, sie schuf vielmehr ein neues Recht durch Amalgamierung des römischen und des deutschen Strafrechtes. Dieses mittelalterlich italienische Recht ist demnächst in Deutschland rezipiert worden.

b) Die Gründe hierfür waren mannigfaltig. Eine Rechtswissenschaft gab es in Deutschland nicht. Infolgedessen studierten die angesehenen deutschen Juristen in Italien das italienische Recht, das als römisches Recht in Deutschland als Kaiserrecht für rechtsverbindlich erachtet wurde. Man wandte es in der Praxis nunmehr an und benutzte hierbei die italienische Literatur, die so ihren Eingang in Deutschland fand. Da man nun damals, um sicheres Recht zu bekommen, anfang, das Gewohnheitsrecht teils zu kodifizieren, teils in Rechtsbüchern niederzuschreiben, so begreift sich, daß sich alle diese Arbeiten dem italienischen Recht gegenüber mehr oder weniger rezeptiv verhielten, wenn sich auch der deutschrechtliche Einfluß bei dieser Neubearbeitung des italienischen Rechtes begreiflicherweise verstärkte. So beruhen die damaligen Strafgesetzbücher, die lediglich partikular galten, wie die Tiroler Malefizordnung von 1499, die Nürnberger Halsgerichtsordnung von 1481 und 1526, die Damberger Halsgerichtsordnung von 1507 auf italienischem Recht. Dasselbe gilt von den Rechtsbüchern, die in populärer Form den Stoff behandelten, dem Klagspiegel, entstanden in der 1. Hälfte des 15. Jahrh. in Nordschwaben, neu herausgegeben 1516 von Sebastian Brant, und dem Layenspiegel von Ulrich Tengler, erschienen um 1510.

II. 1. Der Zustand auf dem Gebiet des Strafrechtes war zu Ausgang des Mittelalters ein unerträglicher. Die erlahmende Staatsgewalt führte zur partikularen Gesetzgebung und völligen Rechtszersplitterung. Die durchaus unsystematische Rezeption des italienischen Rechtes brachte Verwirrung und Rechtsunsicherheit. Die unglückseligen politischen Verhältnisse waren dagegen dem Verbrechen überaus günstig, und man begreift, daß die Selbsthilfe wieder maßgebend wurde, die Fehde wieder auflebte. Außerdem hatte sich durch das Nichten nach Gnade eine derartige Richterwillkür ent-

¹ Kodifiziert ist das kanonische Strafrecht in dem jeweiligen 5. Buch der Dekretalensammlungen. Auch das heutige kanonische Recht kennt ein kanonisches Strafrecht, das indessen nur nach interne juristische Bedeutung hat. Es ist neu kodifiziert in dem Codex juris canonici von 1918.

² Vgl. namentlich Kantorowicz, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. Bd. I, 1907. Bd. II, 1926. In der italienischen Wissenschaft sind zwei Perioden zu unterscheiden, die der Glossatoren (1100—1200) und die der Postglossatoren (1250—1450). Beide sind für die Entwicklung des Strafrechtes von Bedeutung.

wickelt, daß der Ruf nach festen, einheitlichen Gesetzen nicht verstummen wollte. Er wurde um so lauter, je fortschreitender die Entwicklung auf kulturellem und wirtschaftlichem Gebiet war.

2. Man suchte zunächst dadurch Abhilfe zu verschaffen, daß man die Fehde ein für allemal verbot. Dies geschah 1495, man gebot den ewigen Landfrieden. Um ihn zu garantieren, richtete man ein oberstes Reichsgericht ein, das Reichskammergericht, das eingzugreifen hatte, wenn die Territorialgerichte versagten.

3. Allein auch hiermit war noch keine dauernde Abhilfe geschaffen. Und gerade das neugeschaffene Reichskammergericht war es, das sich zum Interpretieren der bei ihm von allen Seiten zusammenströmenden Klagen über die unhaltbaren Zustände machte. Der Reichstag zu Freiburg beschloß daher 1498 die Inangriffnahme der Strafrechtsreform von Reich wegen. Nach sehr langwierigen Arbeiten verabschiedete endlich der Reichstag von Regensburg 1532 des Kaiser Karls Feinliche Gerichtsordnung, die *Constitutio Criminalis Carolina* (zitiert C. C. C.), auch kurz *Carolina* genannt.

4. Seinen Arbeiten hatte der Reichstag die weiter oben erwähnte *Bambergensis* von 1507 und die zu diesem Gesetz ergangenen Nachtragsverordnungen, das sogenannte *Bamberger Correctorium* zugrunde gelegt. Ihr für die Geschichte des Strafrechtes hervorragende Bedeutung besitzender Verfasser, Johann v. Schwarzenberg (1463—1528)¹ übte als zeitweises Mitglied des Reichsregimentes auch auf das Zustandekommen der *Carolina* den eigentlich entscheidenden Einfluß aus.

III. 1. Die *Carolina* geht von der Rezeption des italienischen Rechtes aus, auf das sie zur Ausfüllung etwaiger Lücken verweist. Sie selbst gilt dank der salvatorischen Klausel der Vorrede² dem Partikularrecht gegenüber nur subsidiär. Inhaltlich enthält sie Strafprozeßrecht und materielles Recht, letzteres³ aber nicht erschöpfend, sondern nur die wesentlichsten Bestimmungen herausgreifend, neben denen das kaiserliche, d. h. italienische Recht gilt.⁴

2. Die Bedeutung der *Carolina*, die sich auch formell durch eine muster-gültige Darstellung auszeichnet, liegt in einem Dreifachen: Einmal hat sich der Staatsgedanke bis auf wenige Ausnahmen durchgesetzt. Ferner sind die allgemeinen Lehren, wenn auch nicht erschöpfend und noch nicht systematisch, in beachtenswerter Weise herausgearbeitet, wobei das Schuldmoment in seiner Bedeutung klar erfaßt wird. Endlich versucht das Gesetz die richterliche Willkür auszuschalten. So wird der Grundsatz aufgestellt, daß Todesstrafe oder verstümmelnde Leibesstrafen nur verhängt werden dürfen, wenn das Gesetz es zuläßt.⁵ So werden die einzelnen Tatbestände scharf bestimmt. Die Strafen sind sehr hart, teils absolut, teils relativ.⁶ Vereinzelt treffen wir auch relativ unbestimmte Strafandrohungen. Als Strafarten werden die verschiedenartigsten Todesstrafen, verstümmelnde Leibesstrafen, Ehren- und Geldstrafen, endlich auch die Landesverweisung und Verstridung, seltener die Gefängnisstrafe verwendet.

¹ Scheel, Johann Freiherr v. Schwarzenberg, 1905.

² „Doch wollen wir durch diese gnedige Erinnerung Churfürsten, Fürsten und Stenden, an iren alten volherbrachten rechtmessigen und löblichen gebreuchen, nichts benomen haben.“

³ Art. 104—180. Eine sehr eingehende Darstellung der strafrechtlichen Vorschriften der *Carolina* gibt v. Hippel 1, 174ff.

⁴ Erste gedruckte Ausgabe bei Schöffler in Mainz 1533.

⁵ Art. 104. Art. 105 läßt allerdings Analogie zu.

⁶ Das Richter nach Gnade ist fortgefallen.

§ 12. 4. Die Entwicklung bis zum Untergang des Deutschen Reiches.

I. 1. a) Die Carolina ist die umfassendste Behandlung einer großen, in sich geschlossenen Rechtsmaterie, die wir im alten Reichsrecht finden. Abgesehen von den Polizeiverordnungen von 1530, 1548 und 1577, durch die eine Reihe neuer Deliktstatbestände aufgestellt wurden (Bucher, Brandbruch u. a. m.) hat das Reich keinen Einfluß mehr auf die Ausgestaltung des Strafrechtes ausgeübt.

b) a) Die Carolina galt nur subsidiär. Es mochte nach dem Wortlaut des Gesetzes zweifelhaft sein, ob sich diese Subsidiarität auch auf zukünftiges Recht bezog. Jedenfalls hat die Praxis diese Frage bejaht, und die Landesgesetzgebung hat sehr bald eine lebhafteste Tätigkeit auf strafrechtlichem Gebiet entfaltet, namentlich im 16. und in der 1. Hälfte des 17. Jahrh. Die Tendenz dieser Gesetzgebung ist der Carolina nicht feindlich, im Gegenteil: im wesentlichen wird ihr geistiger Gehalt einfach übernommen und wiederholt, ohne daß es zu einer entscheidenden Fortentwicklung ihrer Gedanken gekommen wäre. Nur vereinzelt verhielten sich einige Länder selbständiger, so z. B. Sachsen, dessen Konstitutionen des Kurfürsten August von Sachsen von 1572 zwar auch auf der Carolina beruhten, aber doch eine Weiterbildung des alten Rechtszustandes bedeuteten.

β) Mit der Mitte des 17. Jahrh. erlahmte auch die Landesgesetzgebung. Der absolute Staat zeitigte nur Gelegenheitsgesetze, die unsystematische, willkürliche Strafbestimmungen enthielten, einzelne Verbrechenstatbestände neu bestimmten, sie aber mit für unsere Begriffe geradezu unbegreiflich harten Strafen bedrohten.¹

2. a) α) Eine Strafrechtswissenschaft hat es in Deutschland vor der Carolina nicht gegeben. Seit der Carolina existiert sie. Einmal wurde sie erleichtert durch die Erfindung der Buchdruckerkunst, namentlich aber kam in Betracht, daß man an der Carolina ein wirklich taugliches Objekt der Bearbeitung fand. Und da die Landesgesetzgebung im allgemeinen an der Carolina festhielt oder doch zum mindesten auf ihr beruhte, so erwies sich die Carolina insofern wenigstens als gemeines Recht, als sie die einheitliche deutsche Strafrechtswissenschaft ermöglichte, die trotz aller partikularistischer Entwicklungstendenzen den einheitlichen Gang der Strafrechtswissenschaft in Deutschland bestimmt hat.

β) Die Wissenschaft war zu Beginn nicht sehr bedeutend. Allein da die Carolina auf italienisch-römischem Recht beruhte, war die Möglichkeit der Verbindung mit der ausländischen Literatur, soweit sie ebenfalls vom italienischen Recht ausging, ohne weiteres gegeben.² Begreiflicherweise spielte die italienische Literatur eine entscheidende Rolle (Hoffius, † 1546, Julius Clarus, † 1575, Prosper Farinacius † 1618). Allein auch die holländische Literatur gewann bestimmenden Einfluß, namentlich durch Matthäus († 1654) und schon früher durch Damhoudet († 1581).

¹ So wird z. B. vereinzelt Wilddiebstahl mit lebenslänglicher Zwangsarbeit bedroht.

² Die internationale Gelehrtensprache des Lateins war von entscheidender Bedeutung. Die Sprachenverwirrung der späteren Zeit hat die kulturellen Verbindungen der Völker sehr gelodert und viel zu der Separation der Nationen beigetragen, die das charakteristische Gepräge unserer Zeit ist. Sie ist heute durch die Friedensbitate, namentlich durch die Zerstückelung der Habsburger Monarchie und die Gründung der sog. Randstaaten, ins Unerträgliche gesteigert.

γ) Allmählich erstarbte aber auch die deutsche Wissenschaft, und es waren die sächsischen Juristen, die zum ersten Male den Stoff der Carolina in wirklich systematischer Weise verarbeiteten. Zu nennen ist zunächst Verlich († 1638), dann aber vor allem Benedikt Carpzow (1595—1666), der, alle seine Zeitgenossen weit überragend, in seiner *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635) ein Werk schuf, das beinahe ein Jahrhundert hindurch Literatur und Praxis beherrschte.

b) Die neue Strafrechtswissenschaft übte starken Einfluß auf die Praxis aus. Es hing dies zum Teil mit dem Institut der Aktenversendung zusammen, wonach in allen zweifelhaften Fällen der Rat der Sachverständigen, d. h. der Fakultäten vom Gericht eingeholt werden sollte.¹ Entscheidend war aber auch die Tatsache des Versagens der Gesetzgebung, die der Wissenschaft Aufgaben auferlegte, die eigentlich nur der Gesetzgeber zu lösen hatte. So kam es, daß sich die Praxis mehr an die Werke der Wissenschaft hielt, als an die Gesetze. Und namentlich die Arbeiten Carpzows genossen unbestrittene Autorität.

II. 1. Hatte so die Wissenschaft bestimmenden Einfluß auf die Praxis gewonnen, so kann man doch nicht eben behaupten, daß diese selbst auf einer sehr hohen Stufe der Entwicklung stand.

a) Wir sahen, daß das Strafsystem der Carolina alles andere als human war. Der große Schritt, die Strafe zu rationalisieren, der im kanonischen Strafrecht versucht war, war noch nicht gemacht. Noch galten, von Ausnahmen in minder wichtigen Fällen abgesehen, als peinliche Strafen die Todes- und Verstümmelungsstrafen. Und dieses Strafsystem wandte die Praxis ohne Bedenken an, ja sie verschärfte es sogar noch nicht allzu selten. Ferner wurde, wie in der Gesetzgebung, so auch in der Praxis der Staatsgedanke in gewisser Hinsicht übertrieben. Die Staatsgebundenheit des Einzelnen wurde im absoluten Staat so weit geführt, daß der Einzelne in der Tat nichts galt. Man kam damit im Strafrecht zur Abschreckung in ihrer rohsten Form.

b) Aber verhängnisvoller als dies erwies sich folgendes: Wir haben bereits früher darauf hingewiesen, daß der Sakralgedanke im Strafrecht im wesentlichen überwunden war. Dieser Satz ist indessen nur insoweit richtig, als er die Strafe betrifft. Man betrachtete sie nicht mehr als Sakralhandlung, wie man auch das Verbrechen weltlich auffaßte. Allein in der Menschheit lebten die alten Vorstellungen, sich vom Glauben zum Aberglauben umbildend, weiter, wie ja denn überhaupt die eigentliche Kultur nur eine ganz dünne Humusschicht über dem Granit der gefühlsmäßig erwachsenen Vorstellungen der Urzeit ist, eine Schicht, die jeder Tag wieder wegschütten kann. Die von uns bereits früher erwähnten Tabuvorstellungen kamen nun insoweit im Strafrecht noch zum Ausdruck, als man zäh an dem Delikt der Hexerei festhielt, das in dem Teufelsbündnis und der Teufelsbuhlschaft bestand.² Diesen Tatbestand kannte, wenn auch eingeschränkt, die Carolina (art. 109), und die Praxis erweiterte, im blinden Aberglauben der Zeit befangen, die Vorschriften des Gesetzes um ein Wesentliches. So kam es zu den Hexenprozessen des 15., 16., 17., ja auch noch 18. Jahrh., die namentlich im 17. Jahrh. unter dem Einfluß von Carpzow einen entsetzlichen Umfang annahmen und

¹ Die Fakultäten veröffentlichten umfangreiche Spruchsammlungen.

² Man denke an den weiter oben entwickelten Gedanken der Emanation des Göttlichen. Vgl. S. 36.

zu den schwachvollsten Erscheinungen der deutschen Rechtsgeschichte gehören.¹ Obwohl immer Gegner gegen diesen Unsinn aufgetreten sind (so z. B. Molitor, der Jesuit v. Spee u. a. m.), ebhte die Bewegung nur sehr allmählich ab, so daß noch 1775 in Rempten, 1782 in Glarus Hexenhinrichtungen stattfanden.

2. a) α) Aus dem lehnsrechtlichen Staat mit seiner privatrechtlichen Auffassung aller öffentlichen Verhältnisse hatte sich der absolute Staat entwickelt, der bei völliger Unterdrückung der Untertanen zur privatrechtlichen Omnipotenz des Monarchen kam, und dessen letzte Idee mit der knappen Formel *L'état c'est moi* präzisiert werden kann. Dieser ungeheuere, auf dem Individuum lastende Druck erzeugte den Gegendruck. Die Menschheit begann sich auf sich selbst dem Staat gegenüber zu befinden und stellte mit immer steigender Bestimmtheit die kritische Frage nach der Berechtigung der staatlichen Gewalten. Da zu gleicher Zeit (die hier bestehenden Zusammenhänge können nicht weiter nachgewiesen werden) eine Renaissance des Geistes in großartigster Form entstand, so wandte man sich nicht nur gegen den politischen, sondern auch gegen den geistigen Zwang und stellte die kritische Frage nicht nur politisch, sondern auch sozial. So entwickelt sich die größte geistige Periode der neueren Geschichte, vielleicht der Geschichte überhaupt, die Aufklärungszeit; so entwickelt sich speziell auf rechtlichem Gebiet die Periode des Naturrechtes, dessen eminente Bedeutung gar nicht überschätzt werden kann. Nie, kann man sagen, hat es in der deutschen Rechtsgeschichte eine produktivere Periode gegeben als diese, und es war verrantem Dogmatismus späterer Zeit vorbehalten, eine Erscheinung zu verlästern, von deren Resultaten er doch ausschließlich lebte.

Die naturrechtliche Bewegung machte sich auf dem Gebiet des Strafrechtes in doppelter Hinsicht geltend. Einmal verlangte sie die Sicherstellung des Individuums vor richterlicher und administrativer Willkür. Der Ruf nach dem festen Gesetz wird laut, begreiflich genug, da auch das Gewohnheitsrecht noch immer, wenn auch beschränkt, seine Gültigkeit behauptet hatte.² Dann aber (und das ist das eigentlich Entscheidende) führte die Bewegung zur Rationalisierung des Strafrechtes, dem Tatbestand nach, indem man den Wahnsinn des Aberglaubens überwand, der Strafe nach, die nun erst wirklich zur Zweckstrafe wurde. Mit der Rationalisierung des Strafrechtes kam man aber auch zu seiner Humanisierung. Und man kann ohne Übertreibung sagen, daß die größte Epoche in der Geschichte des Strafrechtes eben die des Naturrechtes ist. In ihr scheiden sich Welten.

β) Was nun die Bewegung im einzelnen betrifft, so beginnt sie mehr theoretisch abstrakt, und es ist namentlich der Streit der Strafrechtstheorien, der in den Mittelpunkt des Interesses tritt. Aber allmählich bekommt sie eine ausgesprochen politische Färbung, und es werden die Forderungen *de lege ferenda* immer leidenschaftlicher erhoben. Da nun die Kulturverhältnisse Europas im wesentlichen gleichartige waren, begreift sich, daß die Bewegung eine gesamt europäische wird, und eine Nation die andere beeinflusst. Montes-

¹ Vgl. die wichtige Bulle *Summis desiderantes* von 1484 und den Hexenhammer von Institor und Sprenger, den sogenannten *Malleus maleficarum*. Man sollte aus der ganzen Erscheinung lernen, wie rasch Kultur durch Aberglauben verdrängt werden kann. Und es ist in der heutigen Zeit vielleicht nicht ganz überflüssig, hierauf mit Entschiedenheit aufmerksam zu machen.

² Vgl. z. B. Art. 104, 105 C. C. C.

queau, Voltaire, Rousseau, Beccaria¹, Filangieri, John Howard, Thomajus, Wieland, v. Soden, Sonnenfels u. a. m. führten den einen großen Kampf für die Befreiung der Menschheit von einem überlebten Strafrecht einer geistig bereits überwundenen Vergangenheit, dessen Ausgestaltung namentlich im Strafenystem dem Kulturempfinden der eigenen Zeit nicht mehr entsprach.

Hand in Hand mit dieser kritisch politischen Bewegung geht aber auch eine beachtenswerte Vertiefung der dogmatischen Wissenschaft. Anfang des 18. Jahrh. wird das Strafrecht Vorlesungsgegenstand an den Universitäten. Der systematische Unterricht verlangt die systematische Darstellung. Und es beginnen nun die Versuche, die Materie des Strafrechtes nicht mehr kasuistisch vom Einzelfall ausgehend, sondern vom Prinzip aus systematisch zu erfassen und gestaltend zu meistern. Beginnend mit dem Werk von Boehmer erscheinen bald eine Reihe von strafrechtlichen Systemen, die zunächst den bisher übermächtigen Einfluß Carpzows zum Erliegen bringen, demnächst aber auch für die weitere Ausgestaltung der Strafgesetze von entscheidender Bedeutung werden (Kemmerich, Engau, Meißner, Quistrop, Püttmann u. a. m.).²

b) Dem Drang der veränderten Verhältnisse konnte die Praxis des 17., späterhin des 18. Jahrh. nicht widerstehen. Wir haben schon darauf hingewiesen, wie sich bereits in früheren Zeiten die strafrechtliche Praxis nicht allzu streng an das Gesetz gehalten hatte, sondern mehr der Wissenschaft gefolgt war. Diese Erscheinung, einst im Anschluß an Carpzow rein dogmatisch, wiederholte sich, nunmehr nicht mehr dogmatisch, sondern rechtsgestaltend. Man versuchte das, was man von der Gesetzgebung nicht mehr erlangen konnte, durch die Gerichtspraxis selbst zu erreichen. So kam es namentlich zu einer weitgehenden Umgestaltung des Strafenystems. Indem die Gerichte sich auf das römische Recht stützten, griffen sie auf das Recht zurück, in den meisten Fällen eine poena extraordinaria als poena arbitraria verhängen zu können.³ Man vertritt damit den Satz, daß der Richter vom Gesetz nur an den Tatbestand des Verbrechen, nicht aber an die Strafdrohung gebunden sei. Indem man aber Analogie im weitesten Umfang zuließ, kam man auch zu weitgreifender Umgestaltung der Tatbestände selbst, da man einfach das straffte, was man für strafwürdig hielt.⁴ Immerhin vollzieht sich aber der bedeutendste Umschwung in bezug auf das Strafenystem. Hier ist nun von besonderer Bedeutung das Eindringen der Freiheitsstrafe. Man knüpfte an die von Holland übernommenen Einrichtungen der Zucht- und Spinnhäuser an. Dort hatte man die Zuchthäuser in den Zeiten ihrer Entstehung⁵ zur Bekämpfung des Gewohnheitsverbrecher- und Vagabundentums als rein verwaltungsmäßige Einrichtungen, oft selbst im Wege der Stiftung geschaffen. Nunmehr machte man allmählich diese Anstalten dem Strafvollzug dienstbar. Und so entsteht im Laufe der

¹ Entschiedenster Vorkämpfer für die Abschaffung der Todesstrafe. Vgl. seine berühmte Schrift *Dei delitti e delle pene*, 1764.

² Vgl. Haefschner, *Gemeines deutsches Strafrecht* II 1, 2ff.

³ Dies Recht der Gerichte erkennt bereits Carpzow an. Vgl. zum Ganzen Schaffstein, *U. S.* 101, 14ff.

⁴ v. Hippel, 1, 237f.

⁵ London 1555, Amsterdam 1595, 1597, Hansestädte nach 1600, Basel 1617. Vgl. Liszt-Schmidt, *S.* 363f. Daß derartige Internierungsanstalten schon früher in Sizilien bestanden haben, hat Bohne, *Freiheitsstrafen in den italienischen Stadtrechten* 1922—1924 nachgewiesen.

Entwicklung ein sehr differenziertes System von Freiheitsstrafen, das das alte Strafsystem mit seinen Lebens- und Leibesstrafen abzulösen berufen war.

III. Allein die freie richterliche Willkür führte auf die Dauer zu unhaltbaren Zuständen. Da sich die Richter außer bei den schwersten Verbrechen, den *delicta excepta* nicht an die gewöhnlichen strafrechtlichen Grundsätze für gebunden hielten, da die Urteile ferner sogar auf unbestimmte Strafen lauten konnten, deren Ausmaß der Verwaltungsbehörde überlassen wurde, da endlich auch die Kabinettsjustiz im Administrativ-Strafverfahren weitgehende Möglichkeiten besaß, eine wirkliche Unabhängigkeit der Gerichte der absoluten Staatsgewalt gegenüber aber kaum bestand, so begreift man, daß der Ruf nach fester, umfassender, aber auch ausschließlicher Strafgesetzgebung dringlich erhoben wurde. Von der Mitte des 18. Jahrh. an versucht die Landesgesetzgebung ihm nachzukommen. Noch ganz auf dem Boden der alten Zeit stehen der *Codex juris bavarici criminalis* von 1751 und die *Constitutio criminalis Theresiana* von 1768. Beide kennen noch das Delikt der Zauberei, wenn sich auch die *Theresiana* äußerst skeptisch verhält. Auf dem Standpunkt der neuen Zeit stehen dagegen das StGB. Josephs II. von 1787 und das preussische Landrecht von 1794 (Teil II, Titel 20). Beide haben mit dem alten Strafsystem gebrochen, ja, das erste hat sogar die Todesstrafe beseitigt, die indessen durch das neue österreichische StGB. von 1803 wieder eingeführt wurde.

§ 13.

5. Die Entwicklung bis 1869.¹

I. 1. a) α) Mit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches 1806 war die Möglichkeit gemeinen Strafrechtes verlorengegangen. Die eigentliche Entwicklung war daher nunmehr eine rein partikularistische, und das 19. Jahrh. hat eine bunte Fülle verschiedenartiger Landesstrafgesetzbücher entstehen sehen, die zu einer weitgehenden Rechtszersplitterung führten. Allerdings wurden alle mehr oder weniger durch das eine Bestreben zusammengehalten, die Gedanken des Naturrechtes in feste Formen zu gießen, von der richterlichen Willkür mithin zu dem festen, erschöpfenden, lückenlosen Gesetz zu kommen und damit an die Stelle des Strafrechtes des alten Polizei- und Verwaltungsstaates das des Rechtsstaates zu setzen. In ihm wird das Strafgesetz, die Strafgewalt des Staates beschränkend und festlegend, zur *magna charta* des Verbrechens, der nun nicht mehr der Willkür, sei es der Gerichte, sei es der Verwaltungsbeamten ausgesetzt ist. Durch den grundlegenden Satz *Nulla poena sine lege* wird das Gewohnheitsrecht, die Möglichkeit zur Analogie und endlich das Recht der Gerichte, nach arbiträrem Ermessen den Strafinhalt zu bestimmen, beseitigt.² Dabei wird ein rationelles Strafsystem durchgeführt, in dem die eigentlich maßgebliche peinliche Strafe die Freiheitsstrafe wird.

β) Alle die so im 19. Jahrh. entstandenen Gesetze sind mehr oder weniger stark durch die den Abschluß und das Ergebnis der Revolution darstellende Gesetzgebung Napoleons beeinflusst worden. Und es ist ein sonderbarer historischer Gegensatz: Just in dem Moment, da mit dem Zusammenbruch der Universalmonarchie Napoleons die Restauration durch die heilige Allianz in Europa herrschte, da das Prinzip der Legitimität alles, was der Revolution entstammte, verfehmt, just da beginnt der Siegeslauf des französischen Rechtes

¹ Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 1857.

² Vgl. meine Ausführungen bei Ripperdey, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1, 379ff.

durch Europa, durch Deutschland. Die neue Zeit war da, legitim durch ihr Ereignis. Und mochte man auch die Bourbonen restaurieren, Kant, Schiller, Lessing, die große Kulturbewegung des 18. Jahrh. war nicht rückgängig zu machen. So ist die deutsche Rechtsgeschichte der 1. Hälfte des 19. Jahrh. in der Tat im wesentlichen die gesetzgeberische Ausmünzung der Ideen des Naturrechtes, die Rezeption des französischen Rechtes, die sicher ein eben solch bedeutungsvoller Vorgang war wie früher die Rezeption des römischen Rechtes.

b) In Frankreich hatte man in der Revolution mehrere Strafgesetzbücher bekommen, so 1791, so 1795. Den Abschluß fand die Reformbewegung in dem napoleonischen Code des delits et des peines, auch Code pénal genannt, mit Gesetzeskraft vom 1. 1. 1811, der heute noch gilt, wenn auch in Einzelheiten natürlich vielfach umgestaltet.

2. a) Von den Partikularstrafgesetzbüchern ist zuerst das bayerische von 1813 zu nennen. Verfaßt von Feuerbach, bringt es dessen Theorie vom psychologischen Zwang konsequent zur Durchführung. Auch vom Code pénal ist es stark beeinflusst. Noch mehr gilt letzteres aber von dem preußischen StGB., das 1851 nach sehr langwierigen Vorarbeiten publiziert wurde; es steht vollständig im Banne der französischen Gesetzgebung.¹ Bayern schloß sich ihm 1861 mit einem neuen Strafgesetz an. Von den übrigen Staaten seien noch genannt Württemberg 1839, Baden 1845, Sachsen 1838, umgestaltet 1856 und 1868. Bemerkenswert mag werden, daß alle diese StGB. nur die Hauptmaterien des Rechtes regelten und ihre Ergänzungen in einer Reihe sogenannter Nebenstrafgesetze fanden.

b) Schließlich galt in einigen Gebieten auch das alte gemeine Recht noch fort, und zwar in Mecklenburg, Schaumburg-Lippe und Bremen.

II. 1. a) Dieser steigenden Rechtszersplitterung gegenüber befand sich die Wissenschaft in einer bösen Lage. Sie hielt an der Einheit des Rechtes in der Idee fest, und damit an ihrem zu behandelnden Objekt, der Carolina, und es mutet heute seltsam an, wenn man die Fülle der scheinbar so weltfremden Arbeiten und Systeme übersieht, die damals in reicher Anzahl auf dem Gebiet des gemeinen Rechtes entstanden sind. Und doch dürfen sie nicht bloß dogmatisch, sie müssen vielmehr auch politisch gewertet werden. Denn indem die Theorie und damit die Ausbildung der deutschen Kriminalisten eine einheitliche blieb, blieben die Zusammenhänge im Strafrecht auch trotz seiner partikularen Ausgestaltung zwischen den einzelnen Ländern gewahrt. Daß die Zersplitterung nicht noch viel größer geworden ist, daß sich späterhin das deutsche Reichsrecht so ohne besondere Schwierigkeit aus dem bunten Spiel der Landesgesetzgebungen bilden konnte, das ist das dauernde historische Verdienst einer Wissenschaft, von deren Glauben an die Zukunft des Vaterlandes die heutige Zeit sehr viel lernen könnte.

b) Im einzelnen betrachtet, kann man 3 Richtungen in der damaligen Wissenschaft unterscheiden, eine dogmatische, eine historische und dann eine philosophische. In letzterer spukte das Naturrecht noch nach, und eine leidige Folge früherer Entwicklungszustände und jenes starren Festhaltens am gemeinen Recht sind die Versuche, Sätze des Strafrechtes in rationalistisch-aprioristischer Weise als allgemeingültig nachweisen zu wollen, Versuche, die auch heute in unserer Literatur nicht ganz verschwunden sind.²

¹ A. U. v. Hippel, 1, 324 ff.

² Vgl. hierzu den geistvollen, aber einseitigen Aufsatz R. Loening's in B. 3, 262 ff.

Von Gelehrten dieser Zeit ist in erster Linie Anselm von Feuerbach zu nennen (1775—1831). Neben ihn treten Mittermaier, Senke, Klein, Röstlin, Geib, Hälschner, Wächter und viele andere.

2. a) Auf die Dauer ließ sich aber dieser Zustand nicht mehr halten. Theorie und Praxis hatten sich nichts mehr zu sagen, und es entstand jene bestrebende Trennung beider, die auf der einen Seite zur Auffassung der Jurisprudenz als rein historischer Wissenschaft, auf der anderen Seite zur völligen Verachtung der weltfremden Theorien durch die rein positivistisch eingestellten Praktiker führte. Und da die Rechtswissenschaft in der Tat aufgehört hatte, eine Wissenschaft der Tat und des Lebens zu sein, so ist es nicht weiter erstaunlich, daß aus den Kreisen der Praktiker heraus ein neuer Aufschwung der Kriminalwissenschaft kam, die aber ihr Objekt nunmehr nicht mehr im gemeinen Recht, sondern in den Partikularrechten suchte. Zu nennen sind für preußisches Recht namentlich Holtzhammer und Oppenhoff. Dieser Entwicklung konnte sich auch die Theorie auf die Dauer nicht mehr verschließen. Auch sie wendet sich in der 2. Hälfte des Jahrh. mit steigender Energie dem Landesrecht zu. So veröffentlicht Berner ein System des preußischen, Wächter ein System des sächsischen Rechtes.

b) Dies war der gefährlichste Moment in der deutschen Strafrechtsentwicklung. Ging diese Entwicklung weiter, so war die Einheit im Recht verloren. Allein in diesem Moment größter Gefahr trat der weltgeschichtliche Umschwung ein, Bismarck trat auf. Der Norddeutsche Bund, das Deutsche Reich entstanden.

§ 14. 6. Das Reichsstrafgesetzbuch. Seine Entstehung und Fortentwicklung.

I. 1. Die Wissenschaft des gemeinen Rechtes hatte, wie wir bereits hervorhoben, in der Idee an der Einheit des deutschen Strafrechtes festgehalten. Allein der Zug der Zeit ging weiter. Man wollte die Rechtseinheit wie die Reichseinheit neu aufleben lassen, und so sind eine Reihe von Privatentwürfen zu einem einheitlichen StGB. in der 1. Hälfte des 19. Jahrh. veröffentlicht (Zachariae 1826, Krug 1857 u. a. m.). Sie hatten ebenjowenig Erfolg wie die gesetzgeberischen Versuche 1849¹ und ein entsprechender Antrag Bayerns beim Bundestage 1859. Ja, selbst der Entwurf der Verfassung des Norddeutschen Bundes übergang in seinem Art. 4 §. 13 das Strafrecht, und es bedurfte erst eines Antrags Lasfers, um die Gesetzgebungskompetenz des neuen Staates auf das Strafrecht auszudehnen.

2. Auf Grund des Art. 4 §. 13 der Verfassung forderte am 18. 4. 1868 der Reichstag des Norddeutschen Bundes die Regierung auf, einen Entwurf eines gemeinsamen StGB. sobald wie möglich vorzulegen. Bismarck beauftragte daraufhin den preußischen Justizminister Leonhardt mit der Ausarbeitung eines Entwurfes.

a) Die Arbeit wurde sofort in Angriff genommen. Friedberg, unter Mitwirkung von Kubo und Rüdorff, stellte einen Entwurf im engsten Anschluß an das preußische StGB. von 1851 auf (C. I), der einer vom Bundesrat gewählten Kommission von Praktikern unterbreitet wurde. Diese, unterstützt durch Gutachten der bedeutendsten zeitgenössischen Gelehrten, arbeitete ihn im einzelnen um, ohne an seine eigentlichen Grundlagen zu rühren. Ihre

¹ Vgl. Art. 64 der Reichsverfassung von 1849.

Arbeit (E. II) ging an den Bundesrat, der einige Einzelheiten abänderte und den Entwurf als Vorlage (E. III) am 14. 2. 1870 an den Reichstag brachte.

b) Der Reichstag beriet die Vorlage, nur zum Teil im Plenum, sehr rasch. Die einzige Schwierigkeit entstand über die Todesstrafe, die in der 2. Lesung abgeschafft, in 3. Lesung mit ganz geringfügiger Majorität (127 gegen 119 Stimmen) wiederhergestellt wurde. Das Gesetz wurde am 25. 5. 1870 verabschiedet und erhielt noch am gleichen Tage die Sanktion durch den Bundesrat. Am 8. 6. 1870 erfolgte die Publikation. Als Tag des Inkrafttretens war der 1. 1. 1871 bestimmt.

c) Die Ereignisse 1870/71 führten zur Gründung des Deutschen Reiches. Die zu diesem Zwecke abgeschlossenen Verfassungsverträge des Norddeutschen Bundes mit den süddeutschen Staaten erhoben das StGB. zum Gesetz des deutschen Bundes, § 2 des Gesetzes vom 16. 4. 1871 erklärte es zum Reichsgesetz. In Kraft getreten ist das StGB. in Süddeutschland teils am 1. 1. 1871, teils am 1. 1. 1872. In Elsaß-Lothringen wurde es bereits am 1. 10. 1871 eingeführt.

d) Eine weitere Ausdehnung erfuhr das räumliche Anwendungsgebiet des StGB. durch die Einverleibung Helgolands in das Deutsche Reich (1. 4. 1891). Seit 1886 ist das StGB. auch in den deutschen Kolonien eingeführt worden.

3. Überieht man das RStGB. als Ganzes, so stellt es sich als eine verbesserte Neuauflage des preußischen StGB. von 1851 dar. Historisch betrachtet, hat es daher für Deutschland das zum Abschluß gebracht, was Preußen 1851 begonnen, Bayern 1861 fortgesetzt hatte, die Rezeption des französischen Rechtes, damit die Einführung des Strafrechtes des Rechtsstaates.

II. 1. Das StGB. ist seit seinem Bestehen in Einzelheiten wiederholt abgeändert und ergänzt worden, so durch die Reichskontursordnung, die Buchergesetzgebung und andere Gesetze mehr. Zu erwähnen ist ferner die Novelle vom 26. 2. 1876, die zu einer neuen Publikation des StGB. geführt hat, und die für die Gesamtentwicklung nicht ohne Bedeutung ist. Man hatte nämlich 1870 die Rücksicht auf den Verletzten stark betont und hatte deshalb von dem Antragsersfordernis in sehr weitem Umfang Gebrauch gemacht. Die Novelle stellte sich auf einen anderen Standpunkt und unter stärkerer Betonung des Staatsgedankens wurde das Antragsrecht in einer Reihe von Fällen wieder beseitigt.

2. Von weiteren Novellen sei die sog. Lex Heinze vom 25. 6. 1900 erwähnt, durch welche die Bestimmungen betreffend Sittlichkeitsverbrechen teils verschärft, teils ergänzt wurden, und die Novelle vom 19. 6. 1912, die namentlich auf dem Gebiet der Eigentumsverbrechen (§§ 370 Z. 5, 248a, 264a StGB.) wichtige Änderungen vorgenommen hat.

3. Die revolutionären Ereignisse des November 1918 haben ebenfalls das StGB. weitgehend beeinflusst, da durch die Abänderung der Staatsverfassung die die Monarchie betreffenden Bestimmungen des Gesetzes obsolet geworden sind. Auch das Friedensdiktat von Versailles ist nicht ohne Bedeutung, teils wegen der gewaltsamen Abtrennung deutscher Landesteile wie Elsaß-Lothringen vom Reich und des Raubes unserer Kolonien, teils wegen Bestimmungen wie Art. 228, betreffend die Auslieferung Deutscher an die Ententestaaten. Endlich ist auch noch die neue Reichsverfassung zu erwähnen, die in ihren Artikeln 7 Z. 2, 30, 36, 48, 116 Bestimmungen enthält, die das Gebiet des StGB. berühren.¹

¹ Vgl. die Abänderungen bis 1927 bei Liszt-Schmidt, A. S. 69ff.

4. Die Nachkriegszeit hat, obwohl, wie wir erst später im einzelnen auszuführen haben, eine grundlegende Reform des gesamten Strafrechtes in Vorbereitung ist, eine Reihe einschneidender Abänderungen am StGB. vorgenommen, die zum großen Teil prinzipielle Bedeutung besitzen.

a) In erster Linie ist hier das JGG. vom 16. 2. 1923 zu nennen, das eine vollständig neue Regelung des Jugendstrafrechtes gebracht hat. Der Gedanke der Erziehung wird in den Vordergrund geschoben, die Strafmündigkeit an das vollendete 14. Lebensjahr (bisher 12. Lebensjahr) geknüpft, und die Strafmöglichkeit den Erziehungsmaßregeln gegenüber für subsidiär erklärt.

b) Ebenfalls von grundlegender Bedeutung sind die Änderungen, die hinsichtlich der Geldstrafe vorgenommen sind. Das Gebiet der Freiheitsstrafen ist wesentlich beschränkt, das Gebiet der Geldstrafe erweitert (RG. vom 21. 12. 1921 und vom 27. 4. 1923). Hier setzt eine beachtenswerte Bewegung gegen die Überspannung der Möglichkeit der Freiheitsstrafe ein, die ein Beginn, nicht ein Abschluß einer Entwicklung ist.

c) Endlich sind noch zu erwähnen Abänderungen der Bestimmungen über das Glücksspiel, die Abtreibung und den Zweikampf (RG. vom 23. 12. 1919, 30. 4. 1926 und 18. 5. 1926). Lediglich aus den politischen Verhältnissen heraus ist das Gesetz zum Schutz der Republik zu begreifen, das gleichfalls Abänderungen des StGB. gebracht hat (ursprünglich RG. vom 21. 7. 1922, jetzt vom 25. 3. 1930). Es ist befristet bis zum 31. 12. 1932 (§ 15 RG. vom 25. 3. 1930).

III. 1. Neben dem StGB. treffen wir eine Fülle von Reichsgesetzen, die strafrechtliche Bestimmungen enthalten, und die mit dem StGB. zusammen das bilden, was wir das einheitliche deutsche Reichsstrafrecht nennen: Wir nennen diese Gesetze die strafrechtlichen Nebengesetze.^{1 2} Sie sind, wie gesagt, in großer Zahl ergangen. Ich erwähne die Gewerbeordnung, das Postgesetz, die Konkursordnung, das Handelsgesetzbuch, das Nahrungsmittelgesetz, das Sprengstoffgesetz, das Gesetz über den Verrat militärischer Geheimnisse, das Sklavenraubgesetz, das Börsengesetz, das Urheberrechtsgesetz, das Vereinsgesetz und viele andere mehr, namentlich auch die völkerrechtlichen Verträge.

2. a) Endlich hat der Krieg eine Hochflut strafrechtlicher Verordnungen des Bundesrates auf Grund des § 3 Abs. 1 des Ermächtigungsgesetzes vom 4. 8. 1914 gebracht, die zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen bestimmt sind. Die unübersehbare Menge der ergangenen Einzelbestimmungen kann hier nicht auch noch so flüchtig skizziert werden. Es mag nur die Bundesratsverordnung vom 18. 1. 1917 erwähnt werden, die eine äußerst wichtige Frage des allgemeinen Teiles, die Frage des Rechtsirrtumes im Hinblick auf diese Verordnungen, behandelt. Der allmähliche Abbau der Kriegseinrichtungen hat im Wesentlichen zu einer Beseitigung dieser Verordnungen geführt.

¹ Vgl. Allfeld, Die Strafgesetzgebung des Deutschen Reichs, 1900; Stenglein, Kommentar zu dem strafrechtlichen Nebengesetze, 5. Aufl., 1. Bb. 1928, 2. Bb. 1931. Vgl. eine Übersicht der Nebengesetze bei Lijst-Schmidt, N. S. 74 ff. Eine gute Handausgabe der wichtigsten Nebengesetze ist Friedmann, StGB., StPD. und strafrechtliche Nebengesetze, Schwabachersehe Verlagsbuchhandlung.

² Das MilitärStGB. vom 20. 6. 1872 kann, da es als Sonderstrafrecht nur für eine bestimmte Gruppe von Personen gilt und das StGB. ausschließt (§ 10 StGB.), nicht als strafrechtliches Nebengesetz bezeichnet werden.

b) Neuerdings finden sich auch in den Notverordnungen der Gegenwart überaus zahlreiche strafrechtliche Bestimmungen, die jetzt zumeist in der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 14. 6. 1932 und die Notverordnung vom 28. 6. 1932 zusammengefaßt sind.

7. Die Reformbewegung der Gegenwart.

§ 15.

II. 1. Das neue StGB. veranlaßte einen raschen und glänzenden Aufschwung der deutschen Strafrechtswissenschaft, die lange genug ihre besten Kräfte an Objekten der Vergangenheit verbraucht hatte und sich nun frohbewußt wieder als Wissenschaft der Tat fühlte. Es entstanden eine Reihe systematischer Werke und Lehrbücher, die alle darauf ausgingen, dogmatisch die Fülle der Einzelbestimmungen zu bearbeiten und zur Einheit des Systems zusammenzufassen. Es entstanden ferner, mehr den unmittelbaren Zwecken der Praxis dienend, die kasuistisch abgefaßten großen Kommentare.¹ Daneben erschien eine Flut von Einzelarbeiten historischen, dogmatischen, auch rechtsphilosophischen Inhaltes, die zum Teil bleibenden Wert besitzen. Aus der Menge der Namen, die genannt werden müßten, hebe ich nur hervor die der Theoretiker A. Merkel, Binding, Liszt, die der Praktiker v. Buri, Dönhäusen, Oppenhoff.

2. Die Praxis verarbeitete ebenfalls den neuen Gesetzesstoff in hervorragender Weise. Namentlich muß die Judikatur des Reichsgerichtes hervorgehoben werden, die seit 1879 für die Entwicklung der im StGB. liegenden Rechtsgedanken von entscheidender Bedeutung geworden ist. Allein es kann nicht geleugnet werden, daß die im vorigen Paragraphen geschilderte Spaltung von Theorie und Praxis nur allmählich überwunden ist. Nur so läßt es sich erklären, daß die Theorie nicht immer den Einfluß auf die Praxis gewonnen hat, den sie verdiente. Und manche offensibaren Abirrungen der Praxis, so z. B. ihre unbegreifliche Irrtumslehre, mögen hier ihren letzten Grund finden. Da aber auch im Strafrecht die Entwicklung der Gegenwart klar dahin geht, die Strafrechtswissenschaft konsequent und entschlossen zu einer angewandten Wissenschaft umzugestalten, die keinen inneren Unterschied zwischen Theorie und Praxis kennt, so ist zu hoffen, daß der Gegensatz in Zukunft völlig überwunden wird. Diese notwendige Entwicklung würde auf das entscheidendste dadurch gefördert werden, daß man die Fachvertreter der Fakultäten in irgendeiner Form an der Ausübung der Rechtswissenschaft beteiligen würde. Denn eine Wissenschaft ohne ständige Fühlung mit der Praxis läuft ebenso Gefahr, zu erstarren, wie eine Praxis ohne genügende Fühlung mit der Wissenschaft kaum je der Gefahr entgehen wird, in Technik und Schablone zu verflachen.

¹ Daß diese Kommentare allmählich immer mehr in den Vordergrund treten und anfangen, die systematischen Arbeiten zurückzudrängen, ist eine Tatsache, die nicht übersehen werden kann. Obwohl in den Kommentaren zum Teil versucht wird, Systematik und Kasuistik zu vereinigen, so kommen wir doch durch sie immer mehr in die bloße Kasuistik zurück. Es ist kein Zufall, sondern eine Begleiterscheinung, wenn heute von mancher Seite auch gegen den systematischen Rechtsunterricht zugunsten einer sogenannten Fallehre Sturm gelaufen wird. Die großen Bedenken einer derartigen Entwicklung, sollten sie sich nicht zur Genüge aus der Rechtsgeschichte ergeben?

II. 1. Das StGB. hatte die Rezeption des französischen Rechtes formell im Reichsrecht zum Abschluß gebracht. Damit war das Strafrecht des Rechtsstaates zur Durchführung gelangt, und von dem Strafrecht des alten Polizei- und Verwaltungsstaates war nichts mehr übriggeblieben. An der Spitze des Gesetzes steht als fundamentaler Grundgedanke der Satz *Nulla poena sine lege*. Der Schutz des Individuums vor dem Staat wird des weiteren dadurch sicher gestellt, daß die einzelnen unter Strafe gestellten Tatbestände genau festgelegt, ihre Straffolgen mit typischen Strafrahmen festgelegt und nach unten und nach oben genau begrenzt werden. Die Rechtssicherheit des Individuums wird durch Beschränkung der die Gefahr der Willkür in sich schließenden richterlichen Ermessensfreiheit auf tunlichst enge Grenzen garantiert. Eingreifen der Verwaltungs- und Polizeibehörden wird bis auf Ausnahmefälle nicht gestattet (§§ 39, 361, 362) und nur insoweit wird der Staatsgedanke anerkannt, als bis auf Ausnahmen (§§ 185, 223 u. a. m.) die Strafverfolgung lediglich von der Entscheidung von Staatsorganen abhängig gemacht wird. Der Rechtsschutz selbst wird von unabhängigen, nur an das Gesetz gebundenen Gerichten geleistet (§ 1 StGB.). Das Strafrecht ist inhaltlich durchaus subjektiv ausgefaltet. Schuld ist, einige Ausnahmen abgesehen¹, stets Voraussetzung der Strafbarkeit und zwar in den zwei Formen, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Das Strafsystem kennt als eigentliche Hauptstrafe die Freiheitsstrafe in buntester Ausgestaltung, von der kurzfristigen Eintagsstrafe bis zur lebenslänglichen Freiheitsentziehung. Daneben treffen wir in seltenen Ausnahmefällen die Todesstrafe, in weitem Umfang dagegen die Geldstrafe.

2. a) Das StGB. verlorperzte, wie wir bereits bemerkt haben, den Rechtsstaatsgedanken, und entspricht somit der Grundeinstellung der Aufklärungszeit, die sich staatspolitisch in dem Liberalismus des 19. Jahrh. mehr oder weniger ausgesprochen durchsetzte.² Nun ist es eine gewisse Tragik, daß das StGB. eine Entwicklung für das Strafrecht zum Abschluß brachte in einer Zeit, in der der Pendel in der staatspolitischen Entwicklung wieder einmal nach der entgegengesetzten Seite ausschlug. Die naturrechtliche Auffassung war individualistisch, ging von der Würde der Person aus und fand ihren Höhepunkt in der Aufstellung der unveräußerlichen Menschenrechte. Schutz des Individuums vor dem Staat — das war die Parole. Allein mit dem Erstarken des Rechtsstaatsgedankens trat der Umschwung ein. Nun sah man, daß mit dem bloßen Recht des Individuums nicht durchzukommen war; man erkannte, daß das Primäre die Pflicht des Einzelnen gegenüber der Gesamtheit war, und es entstand so jene soziale Staatsauffassung unserer Tage, deren Parole für das Strafrecht der Satz wurde: Schutz der Gesellschaft vor dem Individuum. Charakteristisch für diese Umwertung aller Werte ist, daß diese Bewegung keineswegs nur auf Deutschland beschränkt geblieben ist. Wir treffen sie vielmehr auch in Österreich, der Schweiz, in Frankreich, in Italien³ und anderen Ländern. Und man kann wohl ohne Übertreibung sagen,

¹ Ich verweise auf die wichtigen Ausnahmen der durch den Erfolg qualifizierten Verbrechen. Vgl. weiter unten S. 115 und 127.

² Vgl. zum Folgenden meine eingehenden Ausführungen, Schweizerische Monatshefte für Politik 8, 506ff.

³ Italien hat neuerdings ein neues StGB. eingeführt, das aus der faschistischen Gedankenwelt heraus begriffen werden muß. Immerhin beruht es zum Teil auf dem sehr radikalen Entwurf Ferris von 1921. Durchaus radikal ist das russische StGB. von 1927.

daß, wenn die kontinental-europäische Rechtsgeschichte des 19. Jahrh. im allgemeinen in der Rezeption und der weiteren Ausgestaltung der auf dem Naturrecht beruhenden französischen Gesetzgebung bestand, die Geschichte des 20. Jahrh. in der Ablehnung vom Rechtsstaatsgedanken, in der Durchführung des Sozialstaatsgedankens besteht und bestehen wird. Damit war, und zwar wiederum überall, auch die Reform des Strafrechtes zur Erörterung gestellt, da das gegenwärtige Strafrecht als sekundäre Rechtserscheinung zu innig mit dem Gedanken des Rechtsstaates verbunden ist, um ohne ihn eine Eigenexistenz fortführen zu können.

b) α) Wenn nun auch freilich der Gesetzgeber dem Wandel der Zeit gegenüber sich zunächst für das Gebiet des Strafrechtes prinzipiell völlig passiv verhielt, so entstand doch schon frühzeitig eine sehr lebhafte literarische Reformbewegung, deren geistiger Führer von Anfang an Franz v. Liszt war. Liszt, dessen Grundauffassung wir bereits kennengelernt haben,¹ setzt mit seinem Kampf gegen das geltende Recht am entscheidenden Punkt ein. Er leugnet, daß das StGB. den Schutz gewähre, den die Gesellschaft zu fordern berechtigt sei. Der Grund hierzu liegt in einem doppelten: Einmal soll der Vergeltungs-gedanke des StGB. den Richter hindern, dem Einzelfall gerecht zu werden. Liszt wendet sich mithin gegen die Typizität des geltenden Rechtes und verlangt unbeschränkte Freiheit des Richters in der Aburteilung des Einzelfalles (unbestimmtes Strafgesetz, unbestimmtes Strafurteil). Dann aber weist er mit Nachdruck darauf hin, daß es gemeingefährliche Personen der verschiedensten Art gebe, auf die kraft ihrer psychischen Veranlagung die Strafe keinerlei motivierenden Einfluß ausüben könne (gemeingefährliche Geisteskranke, Alkoholisten, Kolonisten, Gewohnheitsverbrecher² u. a. m.). Diesen für das Gesellschaftsleben unter Umständen besonders gefährlichen Persönlichkeiten gegenüber verlangt Liszt Schutz durch andere Mittel als Strafe, d. h. durch die sogenannten sichernden Maßnahmen (Überweisung in Heilanstalten, Sicherungsverwahrung usw.). Diese Maßnahmen sollen keinen Strafcharakter tragen, sie erscheinen als Verwaltungsmaßnahmen. Und es soll so das Strafrecht durch ein Sicherungsrecht ergänzt werden, das, wenn auch im letzten Ziel des Gesellschaftsschutzes mit dem Strafrecht übereinstimmend, im Wesen doch vom letzteren durchaus verschieden ist.

β) Liszt hat mit seinen Forderungen sehr bald eine begeisterte Anhänger-schaft gefunden, die sich als die von uns bereits erwähnte³ moderne oder soziologische Schule in der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung zusammengesunden hat.⁴ Allein selbstverständlich sind den radikalen For-derungen der Modernen auch Gegner entstanden, die unter der Führung von Binding und Birkmeyer die ebenfalls bereits erwähnte klassische Schule bildeten.⁵ Wochten diese auch zunächst den Reformgedanken vielleicht zu schroff ablehnten, gar bald erkannte man auch hier die innerlich begründete Notwendigkeit einer grundlegenden Umgestaltung des geltenden Rechtes.

¹ Vgl. weiter oben S. 24f.

² Auf die Schwierigkeit, den Begriff des Gewohnheitsverbrechters tatbestandsmäßig festzulegen, mag schon hier hingewiesen werden.

³ Vgl. weiter oben S. 24.

⁴ Vgl. die Mitteilung dieser Vereinigung, in denen wertvolles Material für die Reform veröffentlicht ist.

⁵ Heute zusammengesetzt in der Deutschen Strafrechtsgesellschaft, deren Organ der GS. ist.

Und so haben auch die Anhänger der klassischen Schule (ich nenne nur Finger, Belling, Dettler, R. Schmidt) das ihre getan, um durch wertvolle Vorarbeiten die Reform zu fördern.¹ So kämpfte man eigentlich mehr nur noch um das Ausmaß der Reform, nicht mehr um ihre Notwendigkeit. Namentlich in der Frage der sichernden Maßnahme kam man zu stark sich nähernder Auffassung.² In der Frage dagegen der Typizität der Strafgesetze und der richterlichen Ermessensfreiheit stehen sich die Gegensätze nach wie vor unvermittelt einander gegenüber. Ebenso ist unausgeglichen der Gegensatz über die Durchführung der Freiheitsstrafe, die die soziologische Schule als reine Erziehungsmaßregel unter Ablehnung jeder Abschreckung durchführen will (so namentlich Diepmann). Die klassische Schule hält dagegen an dem Vergeltungscharakter auch der Freiheitsstrafe fest und lehnt infolgedessen die Abschaffung der kurzfristigen Freiheitsstrafe, die die Soziologen fordern, eben wegen ihrer abschreckenden Wirkung ab.³ Anschließend darf ich bemerken, daß ich im wesentlichen selbst auf dem Boden der klassischen Schule stehe. Ich halte allerdings die Einführung sichernder Maßnahmen für dringend geboten, namentlich auch dem Gewohnheitsverbrecher gegenüber. Ich halte aber an dem Vergeltungscharakter der Strafe fest, da mit ihm das ganze Strafrecht steht und fällt. Endlich scheint mir die Typizität der Strafgesetze allein die Autorität des Richters zu verbürgen. Das 18. Jahrh. kannte die richterliche Willkür und versuchte, sie im jahrhundertlangen Kampfe zu überwinden. Es erscheint mir kein Fortschritt, sondern ein Rückschritt, wenn wir wieder da ankommen, wo wir ausgingen. Und es möge der Anfänger sich namentlich in unserer politisch so zerrissenen und unruhigen Zeit den kritischen Sinn auch Schlagworten gegenüber bewahren und sich immer wieder die alte Wahrheit vor Augen halten, daß der Glaube an Gerechtigkeit — er ist das fundamentum regnorum — letzten Endes auf dem Vertrauen begründet wird, daß ausnahmslos der Satz Anwendung findet: Gleiches Recht für alle.⁴

III. 1. Die Regierung hat sich dem Verlangen nach einer umfassenden Reform des StGB. nicht ablehnend gegenüber verhalten. Sie bereitet eine solche vielmehr seit Jahren auf breiter Basis vor. 1906 trat im Reichsjustizamt eine Kommission zusammen. Als Ergebnis ihrer Arbeiten wurde 1909 ein Entwurf, der sog. Borentwurf⁵ veröffentlicht, der im wesentlichen einen Ausgleich beider Richtungen zu geben versuchte, aber doch mehr auf dem Boden der klassischen Schule stand. Er hielt an der kurzzeitigen Freiheitsstrafe fest, führte aber die bedingte Verurteilung und eine Reihe sog.

¹ Vgl. namentlich „Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform“, herausgegeben von Virkmeyer und Nagler.

² Die Frage, über die man sich gelegentlich noch streitet, ob die sichernden Maßnahmen in einem besonderen Gesetz oder im StGB. geregelt werden sollen, ist eine Frage durchaus sekundärer Natur.

³ Daß damit der Generalpräventionsgedanke entscheidende Bedeutung über den Spezialpräventionsgedanken erlangt, wird von vielen Vertretern der klassischen Schule behauptet. Vgl. z. B. R. Schmidt, S. 44ff., insbesondere S. 46. Notwendig ist dies aber nicht, wie unsere Ausführungen über die Straffunktion weiter oben (S. 10ff.) beweisen.

⁴ Vgl. hierzu auch R. Schmidt, S. 48ff.

⁵ Borentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizamtes. 1909.

vorbeugender Maßnahmen, wie z. B. die Detention geisteskranker Verbrecher ein. Namentlich enthielt er eine besondere Regelung des Jugendstrafrechts unter Herauffekung des Strafmündigkeitsalters vom 12. auf das 14. Lebensjahr.

2. Der Borentwurf führte zu lebhaften Äußerungen in der Literatur.¹ Vertreter der beiden Richtungen Rahl, Biszt, Lilienthal und Goldschmidt stellten ihm einen Gegenentwurf 1911 entgegen, der eine Reihe weitgehender Abänderungen enthielt und sich mehr den Anschauungen der soziologischen Schule anpaßte².

3. 1911 trat eine neue Kommission unter Leitung von Lucas, später von Rahl im Reichsjustizamt zur Aufstellung eines zweiten Entwurfes zusammen. Der Kommissionsentwurf 1913 ist erst 1920 veröffentlicht, zusammen mit dem weiteren auf Anregung des Reichsjustizamtes von Joel, Ebermeyer, Korman und Bumke ausgearbeiteten Entwurf 1920. Beide Entwürfe tragen keinerlei amtlichen Charakter, sie sind vielmehr bei ihrer Veröffentlichung ausdrücklich als Privatarbeiten bezeichnet.³ Der Entwurf 1919 steht unter dem Einfluß der Bisztschen Gedanken. Auf der einen Seite wird das freie richterliche Ermessen bei der Strafbemessung stark erweitert. Auf der anderen Seite wird den bessernden und sichernden Maßnahmen neben der Strafe ein weitgehender Einfluß eingeräumt, um den obersten Gedanken, Sicherung der Gesellschaft, durchzuführen.

4. Auch an dem Entwurf 1919 ist in der Literatur eingehend Kritik geübt⁴. Es beginnt ferner nunmehr eine auf Rechtsangleichung zwischen dem Reich und Österreich abzielende Zusammenarbeit zwischen den Justizministerien beider Länder. Zunächst veröffentlicht das österreichische Justizministerium den allgemeinen Teil eines Gegenentwurfes. Demnächst werden österreichische Juristen (Kadefka u. a.) an den Arbeiten im Reichsministerium beteiligt.

5. Auf die nicht offiziellen Entwürfe folgt der von dem damaligen Reichsjustizminister Radbruch ausgearbeitete sog. Radbruchsche Entwurf. Als erster offizieller Entwurf wird er 1922 dem Reichskabinett vorgelegt, aber nicht veröffentlicht. Seine sehr radikale Einstellung (die Todesstrafe wird abgeschafft, die Zuchthausstrafe durch strenge Gefängnisstrafe ersetzt; Sicherheitsmaßnahmen werden unter tunlichster Verwischung der Grenzen zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen in weitem Umfang eingeführt; der sogenannte Überzeugungsverbrecher wird unter besondere Bestimmungen gestellt u. a. m.) führt 1924 bei den jetzt erst einsetzenden Kabinettsberatungen zu weitgehenden Änderungen⁵. Demnächst wird 1925 der amtliche Entwurf eines allgemeinen, d. h. auch für Österreich mitbestimmten deutschen StGB. veröffentlicht und dem Reichsrat zugeleitet (Reichsratsvorlage). Auch dieser

¹ Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Borentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt im Reichsjustizamt 1911.

² Gegenentwurf zum Borentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches. Aufgestellt von Rahl usw. 1911. Daß Rahl sich allmählich in fast allen Grundfragen von den Ideen der klassischen Schule gelöst hat, mag hervorgehoben werden.

³ Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums 1920.

⁴ Vgl. hierzu auch meine Ausführungen, Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzes 1919.

⁵ Vgl. hierzu Radbruch, Z., 45, 417ff.

Entwurf ist noch reichlich radikal, wiewgleich er Todes- und Zuchthausstrafe wieder einführt. Namentlich überspannt er den Gedanken der richterlichen Ermessensfreiheit.¹ Der Entwurf wird, nachdem die Länderregierungen zu ihm Stellung genommen haben, im Reichsrat wesentlich abgeändert. Man greift im wesentlichen auf den Entwurf 1919 zurück. So wird der Entwurf am 14. 5. 1927 dem Reichstag vorgelegt (Reichstagsvorlage).²

6. Im Reichstag wird der Entwurf im 32. Ausschuß (den Vorsitz führt Raßl) in vielen Punkten abgeändert. Da gleichzeitig bei den Arbeiten im österreichischen Parlament weitgehende Abänderungen beschlossen werden, wird eine interparlamentarische deutsch-österreichische Kommission gebildet, der es gelungen ist, in vielen, nicht in allen Differenzpunkten im Wege des Kompromisses die widerstreitenden Ansichten beider Parlamente zu vereinigen. Da der Reichstag 1924—1927 die Reformarbeit nicht zum Abschluß bringt, wird sie im folgenden Reichstag fortgesetzt (21. Ausschuß; Vorsitzender wiederum Raßl). Die Reichstagsauflösung 1930 führt zu einer abermaligen Unterbrechung der Arbeit, die um so bedenklicher ist, als diesmal nicht wie 1928 ein Überbrückungsgesetz erlassen ist.³ Der Initiative Raßls ist es indessen zu verdanken, daß die Reformaktion nicht ins Stocken gekommen ist. Raßl unterbreitet sofort nach Zusammentritt des Reichstags diesem einen Entwurf zu einem StGB. (Raßlscher Entwurf), der im wesentlichen den Ergebnissen der 1. Lesung des 21. Ausschusses und den Arbeiten der interparlamentarischen Kommission entspricht.⁴ Dieser Entwurf bildet den Gegenstand der Arbeiten des 18. Ausschusses des Reichstages 1930. Da er der zeitlich letzte maßgebende Entwurf ist, werden wir im folgenden, wenn wir uns mit der Strafrechtsreform zu befassen haben, an ihn anknüpfen. Die Auflösung des Reichstages 1932 hat alle Arbeiten unterbrochen, wie auch schon vorher große Parteien sich an den Ausschüßarbeiten nicht mehr mit beteiligt hatten. Ein Urteil über die Aussichten der Reform läßt sich zur Zeit nicht fällen.⁵

7. a) Daß eine umfassende Reform des Strafrechtes zu weitgehender Änderung anderer Reichsgesetze führen muß, ist bei dem engen Zusammenhang, in dem die einzelnen Reichsgesetze als Teile eines großen Rechtssystems zueinander stehen, ohne weiteres einleuchtend. Selbstverständlich müssen die durch die Reform somit bedingten Abänderungen des jetzigen Rechtes gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des neuen StGB. durchgeführt werden. Die Reichsregierung hat daher dem Reichsrat den sehr umfangreichen Entwurf eines Einführungsgesetzes zum StGB. unterbreitet (Reichsratsvorlage).⁶ Der

¹ Vgl. hierzu Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechtes; Gerland, Der Entwurf 1925, Allgemeiner Teil; R. Schmidt, S. 56f.

² Reichstag, Wahlperiode 1924—1927, Drucksache Nr. 3390. Es mag hervorgehoben werden, daß auch dieser Entwurf die Nebengesetze nicht mit verarbeitet hat.

³ RG. vom 31. 3. 1928.

⁴ Reichstag, V. Wahlperiode, Drucksache Nr. 395.

⁵ Am besten würde es sein, die dringlichsten Reformfragen in Form einer Novellengesetzgebung zum StGB. zu erledigen und die umfassende Reform auf ruhigere Zeiten zu verschieben.

⁶ Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches einschl. Begründung. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. 1925.

Entwurf ist mit starken Abänderungen am 9. 9. 1927 dem Reichstag vorgelegt (Reichstagsvorlage).¹ Dem Reichstag 1930 ist der Entwurf nicht erneut vorgelegt, wie sich auch der Antrag Kahl nicht auf ihn bezieht.

b) Endlich hat sich die Reichsregierung der seit geraumer Zeit erhobenen Forderung nach einem einheitlichen Reichsstrafvollzugsgesetz nicht länger verschließen können. Nachdem sich die einzelnen Länder bereits 1923 über eine eingehende Reform des Strafvollzugsgesetzes geeint hatten², hat die Reichsregierung 1927 dem Reichstag den Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes unterbreitet (Reichstagsvorlage). Der Entwurf ist mit gewissen Abänderungen am 9. 9. 1927 dem Reichstag unterbreitet (Reichstagsvorlage).³ Auch dieser Entwurf lag dem Reichstag 1930 nicht vor. Ohne eine gleichzeitige Verabschiedung des Einführungsgesetzes und des Reichsstrafvollzugsgesetzes ist aber eine Verabschiedung des Strafgesetzentwurfes nicht denkbar.

3. Abschnitt.

Die Strafgesetze und ihr Anwendungsgebiet.

I. Das Strafgesetz nach Inhalt und Art. § 16.

I. 1. Unter Strafgesetz haben wir jeden Rechtsatz zu verstehen, der sich auf die Pönalisierung einer menschlichen Handlung oder Unterlassung bezieht. Betrachten wir die Summe dieser Rechtsätze, so können wir unter ihnen zwei Kategorien unterscheiden. Die einen bestimmen die konkreten Tatbestände und die an sie geknüpften Strafen (z. B. § 211); wir nennen sie spezielle oder besondere Strafrechtsätze. Die anderen abstrahieren vom konkreten Tatbestand und stellen Regeln auf, die für alle Verbrechen oder doch für eine größere Anzahl Gültigkeit haben. Sie haben für sich allein betrachtet keine Bedeutung, sie müssen vielmehr, um angewandt werden zu können, auf einen konkreten Fall bezogen werden. Dies sind die allgemeinen Strafrechtsätze (z. B. § 43). Man kann sie auch unselbständige oder bezogene Strafrechtsätze nennen. Dementsprechend zerfällt das StGB. in einen allgemeinen (§§ 1—79) und einen besonderen Teil (§§ 80—370).^{4 5}

¹ Reichstag, IV. Wahlperiode, Drucksache Nr. 2070.

² Grundsätze über den Vollzug von Freiheitsstrafen vom 7. 6. 1923, abgedruckt im RMBl. 1923, II, S. 263ff.

³ Reichstag, III. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3628.

⁴ Die einleitenden Bestimmungen der §§ 1—12, die das StGB. formell vom allgemeinen Teil trennt, gehören inhaltlich zu diesem.

⁵ Der E. baut etwas anderes auf. Sein 1. Buch handelt von Verbrechen und Vergehen, das 2. Buch von Übertretungen. Innerhalb der beiden Bücher treffen wir dann die Einteilung in einen allgemeinen und besonderen Teil wieder.