Die Umbildung des Strafbegriffs im modernen Kriminalrecht *).

Von Privatdozent Dr. Ernst Delaquis in Berlin.

Die neueste Entwicklung des Kriminalrechts hat zwei Probleme in den Vordergrund des Interesses geschoben: das Schuldproblem und die Frage nach Wesen und Abgrenzung von Strafe und sichernder Maßnahme. Gestützt auf die neueste Literatur¹⁾

*) Wir legen Wert darauf, zu betonen, daß die folgenden Ausführungen speziell die deutsche Entwicklung in Betracht ziehen. Anderenfalls hätten wir es für unsere Pflicht gehalten, die italienische Literatur eingehender zu berücksichtigen, als es geschieht. Gerade uns wird man aber nicht vorwerfen können, daß wir die der deutschen Entwicklung parallel laufende Entwicklung der Italiener übersehen. Es genüge daher die Erklärung, daß wir uns bewußt sind, im folgenden Fragen aufzuwerfen, welche die italienische Strafrechtswissenschaft vielfach beschäftigt haben, daß wir uns bewußt sind, Forderungen zu vertreten, welche die positive Schule Italiens in gleicher Richtung öfters schon fixiert hat. Die umfassende vergleichende Betrachtung der Entwicklung der modernen Kriminalrechtswissenschaft in Deutschland und Italien wäre eine dankbare, bisher noch ungelöste Aufgabe. Ihre Lösung ist heute um so mehr erleichtert, als der Kampf der verschiedenen Richtungen und die Fortbildung des Kriminalrechts in Italien in Silvio Longhi's Werk „Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale“ (1071 Seiten) breiten Ausdruck gefunden hat. Leider erschien das Buch (Milano 1911) zu spät, um in unserer Arbeit noch eingehende Würdigung finden zu können.

¹⁾ Jedoch ohne detaillierte Verarbeitung in einem Meer von Anmerkungen. Jeder Eingeweihte wird auch ohne besonderes Zitat wissen, inwieweit wir uns auf schon geäußerte Ansichten anderer Autoren stützen, inwieweit solche implicite zurückgewiesen werden. Es genüge daher der Hinweis darauf, daß über „Strafe und sichernde Maßnahmen“ folgende Kriminalisten geschrieben haben: Haster, in der Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht Bd. 17; Stooß, ebenda Bd. 18 S. 1 ff. u. 167 ff.; Wüst, Die sichernden Maßnahmen im Entwurf zu einem Schweiz. StGB, Zürich 1905; Birkmeyer, Rektoratsrede, München 1906; Wüst, in der Schweiz. Z. Bd. 21; v. Redwitz, Die polizeilichen Maßregeln des Reichsstrafgesetzbuchs und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen, Breslau 1909; Amshel, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 3 S. 439 ff.; Kriegsmann, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Bd. 6 S. 547 ff.; v. Liszt, in Österr. Z. f. Strafrecht Bd. 1 S. 3 ff.; Stooß, ebenda S. 25 ff.; v. Liszt,

und Gesetzgebung²⁾, will die folgende Abhandlung nur das zweite der genannten Probleme einer näheren Erörterung unterziehen, und zwar ausgehend von einem Exkurs über das Verhältnis der Begnadigung zu den sichernden Maßnahmen. Konkreter: Verfasser ist es im Verlaufe seiner Arbeiten über Strafe und sichernde Maßnahmen einerseits³⁾, über Begnadigung andererseits⁴⁾ zweifelhaft geworden, ob v. Liszts Ansicht richtig ist, daß „Verwaltungsmaßregeln, wie die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt, von der Begnadigung nicht berührt werden“⁵⁾.

Zunächst eine kleine Interpretation des zitierten Lisztschen Satzes. Es ergibt sich aus dem Zusammenhange, daß v. Liszt hier mit „Verwaltungsmaßregeln“ offenbar die sog. sichernden Maßnahmen bezeichnen will. Folglich: Bezieht sich die Begnadigung in seinem Sinne nur auf die Strafe in der alten (klassischen) Auffassung, auf die reine Vergeltungsstrafe? Oder berührt sie auch jene „sichernde Maßnahme“, die, an Begehung einer strafbaren Handlung geknüpft, das Wesen der Strafe in sich aufgenommen hat, um etwa nur die reine sichernde Maßnahme unbeeinflusst zu lassen?⁶⁾

Bedarf es aber hier nicht, tiefergreifend, — wie Stooß⁷⁾ mit Recht schon vor Jahren hervorhob — der Untersuchung der Kernfrage: „Erleidet diese (sichernde) Maßregel, die eigentlich dem Verwaltungsrecht entnommen ist, durch ihre Übertragung in das Strafrecht eine grundlegende rechtliche Veränderung?“

Oder mit Longhi⁸⁾: „Le nuove norme di prevenzione immediata contro la delinquenza sono davvero norme di di-

im Archiv f. Rechtsphil. Bd. 3 S. 610 ff.; Delaquis, ebenda S. 620 ff.; Detler, Strafen und sichernde Maßnahmen nach dem Vorentwurf zu einem deutschen StGB., Stuttgart 1910; Delaquis, in Mitteilungen der ZfV. Bd. 17 S. 113 ff.; Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen im Vorentwurf, 2. Heft der Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs usw., Leipzig 1910. Über Naglers neueste Schrift vgl. Anm. 118.

²⁾ In einem weiteren Sinne. Es sind besonders die Strafgesetzbuchentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz (1908) ins Auge zu fassen (abgekürzt zitiert: DBE.; ÖBE.; SchwBE.).

³⁾ Vgl. oben Anm. 1.

⁴⁾ Vgl. den Artikel „Begnadigung und Rehabilitation“ im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts von v. Stengel-Fleischmann, Bd. 1, 2. Aufl. 1910/1911.

⁵⁾ v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1910/11 S. 292.

⁶⁾ Vgl. dazu v. Liszt, Lehrbuch S. 253.

⁷⁾ Schweiz. J. Bd. 18 S. 167.

⁸⁾ Repressione e prevenzione . . . , S. 744.

ritto penale? e, prima di tutto, deve ritenersi giurisdizionale la funzione diretta all'attuazione delle medesime?"

Diese Grundfragen müssen entschieden sein, bevor wir die Antwort in Einzelpunkten erteilen können. Und auch nur um den Nachweis der Notwendigkeit dieser Problemstellung, nicht um Aufbau und Beantwortung von Einzelheiten, ist es der vorliegenden Arbeit zu tun. Ihre Disposition sei kurz vorausgeschickt: Teil I geht aus von dem Mangel der Problemstellung in der klassischen Schule. Verfasser will, rein deduktiv, fußend auf der Bestimmung von Strafe und sichernder Maßnahme im Sinne der klassischen Schule, auf die Stellung der Begnadigung im Verhältnis zu jenen Maßnahmen hinweisen. Die Konsequenzen, welche sich insbesondere bei Betrachtung der Bestimmungen der neuen Vorentwürfe ergeben, werden die Grundlage, von welcher die klassische Schule ausgeht, als praktisch unzulänglich erweisen. — Teil II erörtert das Wesen von Strafe und sichernder Maßnahme nach Ansicht des Verfassers, und zwar auf induktivem Wege. Die Frage nach der verwaltungsrechtlichen Natur der sichernden Maßnahmen soll etwas genauer untersucht werden. — Den Beschluß bildet die Anwendung der festgestellten Sätze auf das Institut der Begnadigung.

I.

Ohne bisher eine zwingende Begründung und Rechtfertigung ihrer Auffassung zu geben, haben die Schriftsteller der klassischen Schule, voran v. Birkmeyer⁹⁾, die Ansicht vertreten, daß Strafe und sichernde Maßnahmen — diese werden allgemein im weitesten Umfange aufgefaßt — in ihrem Wesen verschieden seien, daß die Strafe Repression, die sichernde Maßnahme Prävention enthalte und daß die rechtsrechtliche Regelung dieser Prävention „mehr polizeilichen Charakters“, einen tiefen Eingriff in das Verwaltungsrecht der einzelnen Bundesstaaten¹⁰⁾ involviere.

Grundlage unserer weiteren Deduktionen seien also die Feststellungen: Die Strafe ist Vergeltung, Retribution¹¹⁾, Repression; die sichernde Maßnahme ist Vorbeugung, Prävention, und zwar

⁹⁾ Vgl. die oben Anm. 1 zit. Schriften.

¹⁰⁾ Vgl. Birkmeyer, Beiträge, Heft 2 S. 4.

¹¹⁾ Dieser von Kantorowicz, *MSchrKrimPsh.* Bd. 7 S. 260 Anm. 1 vorgeschlagene Ausdruck, der auch uns zweckmäßig erscheint, ist in der italien. Literatur heimisch. Vgl. Bonghi, l. c. passim.

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtsw. XXXII.

in dem Sinne, daß selbst die an die Begehung einer strafbaren Handlung geknüpfte, speziell präventive Maßregel¹²⁾ als sichernde Maßnahme und somit verwaltungsrechtlicher Charakter erscheint. Und ziehen wir von dieser Basis aus die einzig möglichen Folgerungen für unsere Spezialfrage: Bedeutet Begnadigung — kurz gesagt — Verzicht auf den Strafanspruch des Staates von seiten des Inhabers der Staatsgewalt, so bleibt von der Begnadigung unberührt „insbesondere auch die Befugnis zur Anwendung von im Urteil ausgesprochenen sichernden Maßnahmen“¹³⁾ 14).

Hier schon läuft offenbar eine Ungenauigkeit mit unter. Die neuen Borentwürfe unterscheiden zwei Fälle. In dem einen hat der Strafrichter selbst ohne weiteres auf Vollzug der sichernden Maßnahmen zu erkennen (vgl. z. B. § 69 a. E. DBE., Art. 31 ff. SchWB.), in dem anderen handelt es sich, wie v. Redwitz sagt, um das Erkenntnis auf die „Befugnis zur Anwendung von im Urteil ausgesprochenen sichernden Maßnahmen“ (vgl. § 39 DBE.). — Liegen die beiden Fälle verschieden? Ist ihr Wesen das gleiche? Ist die Rechtsfolge bei beiden verwaltungsrechtlicher Natur? Und endlich: Worin liegt denn eigentlich das Kriterium für die Entscheidung über den „mehr polizeilichen“ Charakter der einen oder andern Maßnahme?

Auf alle diese Fragen fehlt uns die genaue Antwort. Sie soll hier auch noch nicht versucht werden. Zunächst soll vielmehr eine kurze Skizze der Konsequenzen der oben dargelegten An-

¹²⁾ Diese allein soll in den folgenden Ausführungen eingehender Untersuchung teilhaftig werden.

¹³⁾ v. Redwitz, a. a. O. S. 191. Vgl. auch Schoetenfack, Deutsche Literaturzeitung 1910 Sp. 3256.

¹⁴⁾ Natürlich übersehen wir nicht, daß im Verwaltungswege, sei es von der übergeordneten Instanz, sei es von seiten des Staatsoberhauptes, auf die Durchführung der sichernden Maßnahme verzichtet werden könnte. Es wird aber die Verschiedenheit dieses Verzichtes von der Begnadigung niemand verborgen bleiben. Und nachdem für mancherlei sichernde Maßnahmen die Borentwürfe eine Vollstreckungspflicht und keine, oder nur eine beschränkte Entlassungsmöglichkeit seitens der Verwaltungsbehörde statuiert haben (dazu die Ausführungen zu I weiter unten), wird nur der Rückgriff auf die Begnadigung offenstehen. (Arg. aus den Ausführungen der Begründung zum DBE. S. 157 am Anfang.) Und man bedenke, daß auch die Ansicht vertreten wird, „daß der Verzicht auf eine sichernde Maßnahme von der Behörde, die ihn ausgesprochen, oder von einer vorgesetzten, im Zweifel stets widerrufen werden kann“. (v. Redwitz, a. a. O. S. 194 Anm. 2.)

schauung im Hinblick auf einzelne Tatbestände der Vorentwürfe lediglich illustrieren, daß die Zusammenhänge von Gnade und sichernden Maßnahmen keineswegs geklärt sind. —

Es besteht wohl kein Zweifel darüber, daß die Einweisung in ein Arbeitshaus gemäß § 42 des DBG. als eine „sichernde“, eine bessernde¹⁵⁾, eine erziehende¹⁶⁾ Maßnahme aufzufassen ist. „Ist eine strafbare Handlung auf Viederlichkeit oder Arbeitscheu zurückzuführen und ist für sie eine mindestens vierwöchige Gefängnis- oder Haftstrafe verwirkt, so kann in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen¹⁷⁾ das Gericht neben der Strafe oder, wenn die Strafe drei Monate nicht übersteigt, an ihrer Stelle auf Unterbringung des arbeitsfähigen Verurteilten in ein Arbeitshaus . . . erkennen, falls . . .“ (§ 42 Abs. 1 DBG.).

Es ist unbestreitbar, daß von einem intransigenten Vergeltungsstandpunkte aus die Bestimmung des § 42 Zurückweisung finden muß. Sie verwischt die „scharfe“ Grenze zwischen Strafe und sichernder Maßnahme dadurch, daß sie das Vikariieren der beiden Rechtsfolgen erlaubt, und wenn auch ein gewisses Entgegenkommen dem Vergeltungsstandpunkte dadurch prästiert wird, daß besonders schwere Delikte stets ihre verdiente Strafe finden werden¹⁸⁾, so muß doch auch darauf hingewiesen werden — der Fall ist allerdings wenig praktisch — daß gerade die schwereren Delinquenten Begnadigung erhalten können, während jene armen Teufel, deren Schuld (im klassischen Sinne) gerade infolge der Verwahrlosung ganz gering ist, von jeder Begnadigungsmöglichkeit ausgeschlossen bleiben. Für sie tritt an die Stelle der Strafe die sichernde Maßnahme, und diese kann ja durch die Begnadigung nicht berührt werden und eine Einwirkung der Verwaltungsinstanzen ist nach der Begründung hier ausdrücklich ausgeschlossen¹⁹⁾. Höchstens die Abolition könnte hier eventuell helfen!

Nochmals zugegeben, daß sich gegenüber Arbeitscheuen und Viederlichen wenig Anlaß zu Gnadenenerweisen finden wird, solange die Begnadigung auch aus Gründen politischer Natur er-

¹⁵⁾ Nach Stooßscher Terminologie; Stooß, Lehrbuch des Österr. Strafrechts S. 229.

¹⁶⁾ v. Liszt, Lehrbuch S. 252.

¹⁷⁾ Aufgezählt in Begründung S. 150.

¹⁸⁾ Die im Einzelfall „erlegte“ erkannte Strafe darf 3 Monate nicht übersteigen.

¹⁹⁾ Vgl. dazu die Anm. 14.

gehen kann²⁰⁾, so lange wird die Betrachtung der obigen Konsequenzen nicht ganz wertlos sein. Man male sich doch nur politisch bewegte Zeiten aus. Unter Umständen könnte der Mangel des „Sicherheitsventils des Rechts“ schwer bereut werden müssen.

Was aber hier gesagt worden ist, gilt mit mehr Gewicht für die gemäß § 310 Abs. 2, § 42 DVE. zu Arbeitshaus Verurteilten. Man wende nicht ein, daß der Richter nach § 310 Abs. 1 gerade in den Fällen der §§ 305 ff. unter Umständen sogar von Strafe absehen könne. Zur Anwendung von § 310 Abs. 2 müssen die Voraussetzungen des § 42 gegeben sein: Liederlichkeit oder Arbeitscheu! Die Annahme „besonders leichter Fälle“ ist dadurch wohl ausgeschlossen. Ist also Gnade angebracht? — Selbstverständlich nur in Ausnahmefällen, solche können aber doch gegeben sein. Man denke an eine aus Not Gefallene, die später aus nach und nach erworbener Liederlichkeit ihr uneheliches Kind zum Betteln anhält. Sie wird vor Gericht gestellt, es wird auf 2 Jahre Arbeitshaus erkannt. Die Verwaltungsbehörde ist zum Vollzug verpflichtet (§ 42 Abs. 2 DVE.). Die Möglichkeit der Entlassung ist gesetzlich beschränkt (§ 42 Abs. 4 DVE.). Nunmehr erbietet sich jemand, der Mutter und dem Kinde Unterhalt und Fürsorge zu gewähren. Soll die Verurteilte nicht auf dem Gnadenwege vor Ablauf von einem Jahre Arbeitshaus entlassen werden können? Und ist die Möglichkeit eines solchen Falles absolut zu verneinen, nachdem wir die „Röpenidiade“ miterlebt haben?

Soll ein Jugendlicher, der bestraft worden ist, begnadigt werden können, dagegen jener nicht, für welchen das Gericht die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt vorgeschrieben hat (§ 69 Abs. 2 DVE.); auch wenn ein ganz Zuverlässiger sich erbietet, den Jugendlichen in häusliche Zucht zu nehmen?

Lassen wir Einziehung und Unbrauchbarmachung beiseite²¹⁾.

Wie steht es aber mit der Aufenthaltsbeschränkung (§ 53 DVE.)? Das Gericht erkennt hier nur auf die Zulässigkeit zu dieser Maßnahme. Die Verwaltungsbehörde kann also davon absehen. Genau wie bisher bei der Polizeiaufsicht. Und doch: ist hier die Begnadigung völlig überflüssig und unmöglich? Man vergleiche doch die württembergischen Vollzugsvorschriften zu den

²⁰⁾ Delaquis, Art. „Begnadigung . . .“, I. c. S. 375.

²¹⁾ Über die Begnadigung im Verhältnis zu diesen Maßnahmen vgl. v. Redwitz' Ansicht, I. c. S. 196, 197.

§§ 38 und 39 RStGB., welche die Ministerialverfügung vom 16. Jan. 1872 enthält²²⁾. § 19: „Gesuche um Aufhebung der Polizeiaufsicht sind, wenn durch sie die Aufhebung der Zulässigkeit der Polizeiaufsicht, wie sie durch das richterliche Erkenntnis festgestellt ist, bezweckt wird, bei dem Justizministerium anzubringen.“

Zur Erledigung solcher Gesuche im Gnadenwege ist vermöge Höchster Entschließung Seiner Königl. Majestät . . . das Justizministerium ermächtigt, . . .

Gesuche, welche auf die auf Grund des gerichtlichen Erkenntnisses von der Zulässigkeit der Polizeiaufsicht erfolgte Verfügung der Polizeiaufsicht durch die Kreisregierungen sich beziehen, sind dagegen an die betreffende Kreisregierung und in höherer Instanz an das Ministerium des Innern zu richten.“

Hier stellen wir eine gewisse „Teilung der Gewalten“ fest, die der überlieferten Anschauung entspricht, daß die Polizeiaufsicht eine von der Strafe verschiedene sichernde Maßnahme sei. Aber auch hier hat die Begnadigung ihren Platz gefunden.

Weiter: Kann die Sicherheit des Art. 46 SchwGB. („Friedensbürgschaft“), die als vorsorgliche Maßnahme erscheint, nicht im Gnadenwege demjenigen, der sich 1½ Jahre (vgl. Art. 46 Abs. 3) gut geführt und nunmehr das Geld, z. B. wegen Vermögensverfall, dringend nötig hat, herausgegeben werden?

Ist die Begnadigung gegenüber der „Schußstrafe“ des § 89 DBG. — wenn auch sehr unwahrscheinlich — theoretisch möglich, gegen die Verwahrung vielfach Rückfälliger aber — man vergleiche dazu Art. 31 SchwGB. — ausgeschlossen?

Ist die Aberkennung von Gewerbe- und Ehrenrechten im Gnadenwege behebbar, wenn sie als Strafe erscheint, nicht aber wenn sie — wofür wir uns allerdings aussprechen²³⁾ — als sichernde Maßnahme aufgefaßt werden müßte?

U. s. f.

Und allgemein: Kann sich der Richter nicht ebenso gut irren bei dem Erkenntnis auf Vollzug sichernder Maßnahmen, wie bei der Verurteilung zu Strafe?

²²⁾ Aus Bohn, Die Württembergische Justizverwaltung, 1906 S. 839.

²³⁾ Vgl. in ähnlichem Sinne: Stoß, Schweiz. J. Bd. 18 S. 8 u. 9; Thyrén, Prinzipien einer Strafgesetzsreform, I, 1910 S. 57; Schootenjad, Deutsche LitBtg. 1910 Sp. 3256.

Auch hier ist die „Vorsicht die Mutter der Weisheit“. Und Stooß dürfte also auch heute noch Recht haben: „Ob und inwieweit Verjährung und Begnadigung bei sichernden Maßnahmen möglich ist, bedarf näherer Untersuchung“²⁴⁾. Daß er die Einwirkung der Gnade auch in solchem Falle nicht einfach ausschließen zu können glaubt, beweist sein Ausspruch: „Grundsätzlich würde ich es für richtig halten, die Ehrenfolgen und die Landesverweisung als sichernde Maßnahmen zu erklären und die Begnadigungsbehörde zu ermächtigen, die Maßnahme mit der Strafe aufzuheben“²⁵⁾.

Die nähere Untersuchung aber wird nicht übersehen dürfen, daß man bisher mit dem Ausdruck „sichernde Maßnahmen“ verschiedene Bildungen ganz disparaten Charakters bezeichnet hat. Richtig ist schon der Hinweis darauf, daß wir bessernde und vorbeugende²⁶⁾, erziehende und schützende²⁷⁾, sichernde und vorsorgliche²⁸⁾ Maßnahmen voneinander unterscheiden müssen²⁹⁾³⁰⁾, weit schärfer aber scheiden sich die einzelnen Arten sichernder Maßnahmen, wenn man ihre Voraussetzungen im einzelnen betrachtet. Darüber mehr weiter unten!

II.

A. Vor kurzem hat Birkmeyer³¹⁾ erneut hervorgehoben³²⁾, daß die „vollkommene Ratlosigkeit, mit welcher die Modernen

²⁴⁾ Schweiz. J. Bd. 18 S. 3.

²⁵⁾ Schweiz. J. Bd. 18 S. 9.

²⁶⁾ Stooß, Lehrbuch S. 229 ff.

²⁷⁾ Liszt, Lehrbuch S. 252. Vgl. auch Österr. J. Bd. 1 S. 19 (rettend und sichernd) und Archiv f. Rechtspphil. Bd. 3 S. 614, 615.

²⁸⁾ So der Schweiz. Entwurf 1908 Art. 31 ff., Art. 46 ff.

²⁹⁾ In der italienischen Literatur finden sich noch weitergehende Differenzierungen.

³⁰⁾ Im folgenden besteht nicht die Notwendigkeit, stets diese Scheidungen in der Terminologie streng durchzuführen, da unsere Darlegungen speziell eine Art der sichernden Maßnahmen (im Hinblick auf ihre Voraussetzungen) in Rücksicht ziehen. Dem Leser sei es überlassen, die leichte Frage zu lösen, wann der Begriff im engen, wann jener im weiteren Sinn unseren Ausführungen zugrunde liegt.

³¹⁾ Wenn im folgenden regelmäßig die Ansichten von Birkmeyer als Grundlage der Erörterungen dienen, so beruht dies nicht nur darauf, daß seine Schrift „Strafe und sichernde Maßnahmen im Vorentwurf“ die neueste ist, die dieses Problem eingehend behandelt — (über Naglers neueste Abhandlung vgl. Anm. 118) — sondern auch auf dem Umstand, daß

dem Problem (scil. „Strafe und sichernde Maßnahmen“) gegenüberstehen, sich am deutlichsten und abschreckendsten in den Schriften von v. Liszt widerspiegelt“. Vielleicht gelingt es uns im folgenden, diesen Schrecken etwas zu bannen. Allerdings, so einfach wie die Frage von Birkmeyer aufgefäht wird, stellt sie sich uns nicht dar.

Kriegsmann hat zweifellos recht: die Bedeutung eines Strafgesetzbuches für den Streit der Strafrechtsschulen bestimmt sich „gerade durch die Art, wie es die Sicherungsmaßregeln ausgestaltet und sie zur Anwendung bringt“³³). Die Sicherungsmaßregeln! Welche Gebilde bezeichnen wir heute mit diesem Worte?

Ausgehend davon, daß die Strafe erscheint als „die zum Zwecke der Vergeltung erfolgende Repression eines Verbrechens, welche dadurch geschieht, daß dem Verbrecher ein seiner Tat und der in ihr verkörperten Schuld proportionales Übel auf Grund strafrichterlichen Urteils zugesügt wird“³⁴), folgert Birkmeyer, daß alle jene Maßnahmen, welche im Gegensatz hierzu die Prävention bezwecken, als sichernde Maßregeln aufzufassen seien. Wörtlich: Sichernde Maßnahmen sind „die Maßregeln gegenüber dem gemeingefährlichen Täter eines Verbrechens, wodurch der Staat den aus diesem Zustand weiter drohenden Verletzungen der Rechtsordnung auf dem Wege individueller Behandlung des Individuums und seines Zustandes zu prävenieren sucht“³⁵).

Somit ergeben sich als wesentliche Merkmale der Strafe: Durch den **Strafrichter** zugesügte **Repression** mit **Vergeltungszweck** und **Übelnatur**, basiert auf der in der Einzeltat zum Ausdruck kommenden **Schuld**. Die **sichernde Maßnahme** dagegen ist **Prävention** [durch wen verhängt?] mit dem **Zweck individueller Behandlung**, basiert auf dem **gemeingefährlichen Zustand** eines Verbrechers.

Wir glauben hiermit die wesentlichen Merkmale jeweils zusammengefaßt zu haben. Auf Grund dieser Formeln ist nach Birkmeyer zu entscheiden, wann Strafe, wann sichernde Maß-

darin klar und scharf die Konsequenzen der alten klassischen Schule gezogen sind. — Soweit Birkmeyer zitiert wird, bezieht sich die Seitenzahl auf diese Monographie.

³³) Birkmeyer S. 53.

³⁴) *MöschKrimPsych.* Bd. 6 S. 550.

³⁵) Birkmeyer S. 18.

³⁶) Birkmeyer S. 21, 22.

nahmen gegeben sind. Und weiterhin fordert er: „Wer bis jetzt über das Verhältnis von Strafe und sichernder Maßnahme anderer Ansicht war, der wird seine Begriffe nach diesem prinzipiellen Standpunkt (des Entwurfs!) umbilden müssen“³⁶⁾. —

Schon zu verschiedenen Malen haben wir zu dem Problem „Strafe und sichernde Maßnahmen“ das Wort ergriffen³⁷⁾, mit Überlegung zaghaft und vorsichtig, halten wir doch gerade diese Frage für eine der fast völlig ungeklärten. Auch wir haben an der Abgrenzung des Strafbegriffs von dem Begriffe der Sicherungsmaßregeln gearbeitet und gerungen³⁸⁾, wir glauben aber auch heute nicht mehr als einen geringen Beitrag zur Diskussion zu geben; die Lösung liegt auch jetzt noch im Schoße der Zukunft³⁹⁾.

Man gestatte uns, als Ausgangspunkt unsere Äußerung in den Mitteilungen der ZRZ. Bd. 17 S. 114 ff. zu nehmen⁴⁰⁾. Birkmehrs Scheidung in Repression und Prävention wurde dort als in ihrem Grundgedanken richtig akzeptiert. Wir betonten jedoch, daß es nicht angängig sei, sie als Lösung des Problems aufzufassen. Zwischen Repression und Prävention — letztere nur umfassend die Maßregeln, die nicht an ein Delikt, sondern rein an den gefährlichen Zustand anknüpfen — liege ein Gebiet der Mischformen: halb Strafcharakter, halb sichernder Tendenz. Diese Mischformen seien aber gerade Bildungen, die wir heute regelmäßig — mit Recht oder mit Unrecht ist hier gleichgültig — sichernde Maßnahmen nennen. Der Begriff erscheint also nicht als eindeutig. Somit kann erst die klare Einsicht in die Komplexität dieses Begriffes einen Fortschritt ermöglichen.

Was fällt nun heute nach der gebräuchlichen Terminologie unter den Begriff „sichernde Maßnahme“?

Einmal jene Maßregeln, die, an das Vorliegen des subjektiven und objektiven Tatbestandes eines Deliktes anknüpfend, —

³⁶⁾ Birkmeyer S. 22.

³⁷⁾ Vgl. oben Anm. 1.

³⁸⁾ So v. Liszt, Z. Bd. 27 S. 219. Vgl. dazu Birkmeyer, S. 55 a. Anfang. Arbeitet und ringt denn nur derjenige, der seine Gedanken auch je-weils gedruckt vorlegt?

³⁹⁾ Dazu v. Liszt, Zur Vorbereitung des Strafgesetzentwurfs, in Aufsätze II 422.

⁴⁰⁾ Vgl. auch Archiv f. Rechtsphilos. Bd. 3 S. 620 ff.

wir halten uns hier noch an die Terminologie der klassischen Schule — Prävention bezwecken⁴¹⁾ 42).

Dann jene Maßregeln, die, den gleichen Zweck verfolgend, an das bloße Vorliegen des objektiven Tatbestandes anknüpfen⁴³⁾.

Endlich jene Maßnahmen, für deren Eintreten einzig und allein das Gegebensein einer Gefahr, ja die künftige Möglichkeit einer solchen genügt⁴⁴⁾.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei hier ausdrücklich betont, daß unsere Ausführungen speziell die erste der drei hervorgehobenen Arten berücksichtigen, kurz gesagt: die typische „sichernde Maßnahme“ der Vorentwürfe, während heute nur nebenbei auf die andern eingegangen werden soll.

Ist es nun richtig, daß diese sichernden Maßnahmen als präventive der Strafe als Repression gegenüberstehen? Wir selbst haben in den weiter oben genannten Veröffentlichungen⁴⁵⁾ betont, „daß die Strafe im bisherigen Sinne niemals geeignet sein werde, den Anforderungen der Sicherung zu genügen“⁴⁶⁾. Wir selbst haben hervorgehoben, daß in einzelnen Fällen auch heute noch die Strafe als reine Vergeltungsstrafe aufgefaßt werden könne⁴⁷⁾. Man möge darin Symptome dafür sehen, wie schwer es ist, sich von überlieferten Anschauungen zu trennen. Gerade aber an Hand der neuen Vorentwürfe und besonders des deutschen Strafgesetzentwurfs und seiner Begründung haben wir unsere bisherige Auffassung revidieren müssen.

Und — um es gleich vorweg zu bemerken — Birkmeyer hat zwar völlig recht mit der Behauptung, daß die Stellung des DStG. in unserer Frage keine klare und eindeutige sei. Das kann sie aber gar nicht sein, wenn der Entwurf von dem überlebten Begriff der Vergeltungsstrafe (Vergeltungszweck!) ausgehen will. Nur dann hätte Klarheit geschaffen werden können, wenn der DStG. einfach die Auffassung des Modernismus akzeptiert hätte, denn jene Fälle, in denen Birkmeyer dem Entwurf

⁴¹⁾ Vgl. S. 678 u. Anm. 26 bis 30.

⁴²⁾ Vgl. beispielsweise die §§ 42, 43, 53, 65, 69, 310 DStG.; Art. 31, 32 SchStG.

⁴³⁾ Beispiele: DStG. § 65; StStG. § 36.

⁴⁴⁾ SchStG. Art. 46.

⁴⁵⁾ Vgl. S. 630 u. Anm. 40.

⁴⁶⁾ Archiv f. Rechtsphilos. Bd. 3 S. 622.

⁴⁷⁾ Ebenda, S. 623 u. Mitt. JRB. Bd. 17 S. 115.

„Verleugnung seines prinzipiellen Standpunktes“⁴⁸⁾ vorwirft, gerade diese Fälle erscheinen uns als richtige Ansätze zu zweckgemäßer Weiterbildung. Strafgesetze werden — wie Gesetze überhaupt — nicht gemacht um bestimmter Theorien willen, sondern zur Regelung praktischer Lebensverhältnisse. Und wenn es auch zweifellos notwendig ist, einem Strafgesetz ein einheitliches Prinzip zugrunde zu legen, so kann dies doch nur ein solches sein, das sich aufbaut auf den realen Tatsachen und nicht auf bloßen Abstraktionen. Als eine solche erscheint uns aber der Ausgangspunkt der ganzen Birkmeyerschen Auffassung: sein Strafbegriff. Würde hiergegen eingewendet, daß gerade der DBE. die Vergeltungsstrafe prinzipiell aufrecht erhalten will, so ist dies allerdings zweifellos richtig, ebenso zweifellos aber liefert gerade er den Beweis dafür, daß mit dieser Vergeltungsstrafe ein Auskommen nicht mehr zu finden ist.

Daß Strafe Vergeltung ist, das ist von Anhängern der modernen Richtung, Liszt an ihrer Spitze, zur Genüge betont worden⁴⁹⁾. Daß ihr Zweck nicht Vergeltung ist, das ist u. E. richtig und oft genug hervorgehoben worden⁵⁰⁾. Strafe und sichernde Maßnahme haben ein und denselben Hauptzweck: Schutz der Rechtsordnung⁵¹⁾, und ein und denselben Inhalt: durch Zufügung eines Übels⁵²⁾ die Gesamtheit und den Verbrecher von der Begehung (weiterer) strafbarer Handlungen abzuhalten. Es gibt heute keine Strafe, die nicht neben der Generalprävention auch spezialprävenierende Wirkung ausübt und ausüben wollte und die sichernden Maßnahmen in der hier zur Erörterung stehenden Form enthalten alle neben der Prävention auch Repression⁵³⁾.

Man übersehe in der wissenschaftlichen Diskussion doch auch nicht die Symptome, welche darauf hinweisen, daß solche Gedanken sich Bahn brechen. Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, sie wurde bisher aufgefaßt als Nebenstrafe an der

⁴⁸⁾ Vgl. Birkmeyer S. 25 u. Abschnitt V.

⁴⁹⁾ v. Liszt, Lehrbuch S. 91 Anm. 2.

⁵⁰⁾ v. Liszt, ebenda; Stoop, Lehrbuch S. 178.

⁵¹⁾ Dazu vgl. Stoop, Lehrbuch S. 179.

⁵²⁾ Dazu Thyrén in seiner neuesten Schrift S. 41.

⁵³⁾ So bestreiten wir ganz entschieden, daß die Befugnis zur Beschränkung des Aufenthalt nach § 39 Ziff. 1 u. 2 RStGB. „eine polizeiliche Sicherungsmaßregel besonderer Art“ sei, „der jeder Strafcharakter fehle“. (So Begründg. z. DBE. S. 180.)

Ehre. Berechtigte Zweifel sind rege geworden, ob sich diese Auffassung halten lasse⁵⁴⁾. Und die Überkennung der Fähigkeit, als Zeuge oder Experte eidlich vernommen zu werden (§ 161 RStGB.)? Neuerdings betont mit Recht ein Schriftsteller, über dessen Stellung im Schulenstreit kein Zweifel walten kann⁵⁵⁾, daß er darin Präventivmaßregeln sehe. Und der deutsche Vorentwurf? Es sei gestattet, sich an dieser Stelle auf einiges wenige aus der Begründung zum Allg. Teil zu beschränken.

§. 149 wird betont, daß das Arbeitshaus entbehrlich erscheine, „wo wie bei der Zuchthausstrafe durch die Dauer und den Inhalt der wegen der strafbaren Handlung zu verhängenden Strafe selbst schon die Erreichung des mit ihr verfolgten Präventivzweckes erwartet werden darf“. Das Zuchthaus erscheint also hier — kurz und ungenau ausgedrückt — als sichernde Maßnahme. Oder genauer: als eine Maßregel, die Repression und Prävention in sich vereinigt.

Und §. 148 heißt es: „Der Präventivcharakter der Maßregel wird nicht dadurch beseitigt, daß der verfolgte Zweck nur durch Mittel erreicht werden kann, die auch als Strafmittel Verwendung finden . . .“ Gut! Zugegeben! Aber daraus geht doch wieder hervor, daß eine solche Maßregel neben der „sichernden“ auch Strafwirkung hat.

Und §. 150 ist zu lesen, daß den Präventivzwecken „durch die Wahl der Strafart und die Bestimmung der Strafdauer Rechnung zu tragen“ sei.

§. 155 wird erneut darauf hingewiesen, daß das Arbeitshaus „ausreichende Elemente enthält“, um es als „Straferfassungsmittel“ zu verwenden.

Weiter sieht der Entwurf auch in der Unterbringung in eine Trinkerheilanstalt „ein der Strafe ähnliches Übel“ (§. 160). Aber die Heilung des Trunksüchtigen kann „bei längere Zeit dauernden Strafen schon durch deren Vollzug erwartet werden . . .“ (§. 160). Also hier erscheint die Strafe als Heilmaßnahme! „Diese Erwägung hat dazu geführt, die Unterbringung in eine Trinkerheilanstalt neben der Zuchthausstrafe auszuschließen.“ Mit anderen Worten: Das Zuchthaus ist hier zugleich rettende Maßnahme! — In der Trinkerheilanstalt sieht der Entwurf aber andererseits — wie schon angedeutet — Ver-

⁵⁴⁾ Vgl. oben Anm. 23.

⁵⁵⁾ Schoetenfack, in Deutsche LitBtg. 1910 Sp. 3256.

geltungsstrafe. Wie könnte sonst die Begründung sagen: „Wenn das Gesetz gleichwohl die Höchstdauer auf zwei Jahre bestimmt, so geschieht dies in der Erwägung, daß eine so tief in die persönliche Freiheit eingreifende Maßnahme aus Anlaß einer strafbaren Handlung neben einer regelmäßig nicht langdauernden Freiheitsstrafe in mäßigen Grenzen gehalten werden muß.“

Und verlangen denn heute nicht Alle individualisierende Strafbrohung, individualisierende Strafzumessung, individualisierenden Strafvollzug? Heißt das nicht kurz: Behandlung durch die Strafe? Wo liegt also die Grenze gegenüber der sichernden Maßnahme?

„In Basis und Zweck“, war unsere eigene Antwort⁵⁶⁾. Wir können sie heute nicht mehr aufrecht erhalten.

Wir bestreiten keineswegs, daß gewisse Maßnahmen in erster Linie zum Zwecke der Prävention, andere vor allem zum Zwecke der Repression angewendet werden. Das berechtigt aber nicht, die Maßnahmen als in ihrem Wesen verschieden zu behandeln und sie so auseinander zu reißen, wie es z. B. Birkmeyer tut.

Denn der ganze Unterschied ist kein qualitativer, sondern ein quantitativer. Das betonen wir erneut unter Hinweis auf unsere kurzen Ausführungen in den Mitteilungen der ZfV. Bd. 17 S. 113 ff. Und wir betonen ausdrücklich, daß auch die Vergeltung gegenüber dem Augenblicksverbrecher (in unserem Sinne) insofern etwas anderes ist als die Vergeltung im Sinne Birkmeyers, als wir uns bewußt sind, daß selbst darin „sichernde“ Momente enthalten sind und auch enthalten sein sollen. Wir möchten nicht mehr behaupten, daß es Delinquenten gibt, deren verbrecherische Disposition mit der einen Tat schlechthin, ein für allemal, entfällt. Die These ließe sich vielleicht halten bei ausschließlicher Betrachtung des Zeitpunktes unmittelbar nach der Tat. Man muß sich bei richtiger Würdigung der Lebensverhältnisse aber doch sagen, daß wir niemals sicher sein können, daß X unter analogen Verhältnissen, wie sie bei seiner ersten Tat vorlagen — und wer wollte deren Eintrittsmöglichkeit ein für allemal negieren — nicht auch analog handeln werde, wie er es bei dem ersten Delikte schon getan. Mit Rücksicht auf die allgemeinen Werturteile sowohl wie mit Rücksicht auf seinen Zustand verhängen wir daher gegen ihn

⁵⁶⁾ Archiv f. Rechtsphilos. Bd. 3 S. 622.

die Strafe. Aber auch in dieser Strafe liegen Repression und Prävention nebeneinander gelagert.

Die Behauptung also, daß Strafe Repression, sichernde Maßnahme Prävention sei, läßt sich nicht aufrecht erhalten. Und wir glauben heute klar aussprechen zu müssen, daß der überkommene und bis heute von der klassischen Schule mit aller Schärfe festgehaltene Strafbegriff abgewirtschaftet hat⁵⁷⁾. Man mißverstehe uns jedoch nicht. Unsere Auffassung findet in dem vorliegenden Strafgesetzentwurf keine Durchführung, in der Begründung sogar direkte Zurückweisung. Und doch sehen wir die ersten Anzeichen der notwendig folgenden Entwicklung gerade in diesem Entwurf, einer Entwicklung, der die Zukunft gehört. Nicht als wollten wir den „lieben alten“ Strafbegriff par force beiseite schieben — solche Kräfte muten wir niemand zu — die tatsächliche Umwandlung hat ihn vielmehr schon beiseite geschoben. Dem alten Strafbegriff fehlt heute jede soziologische Grundlage; er hat sich überlebt und „wo steht es denn geschrieben, daß die klassische Schule den Strafbegriff souverän bestimmen kann?“⁵⁸⁾.

Der Zweck aber steht außerhalb des Wesens eines Dinges. Wäre es selbst richtig, daß wir die Strafe allein zum Zwecke der Repression, die sichernde Maßnahme allein zum Zwecke der Prävention anwenden wollten, es wäre damit noch keineswegs bewiesen, daß das Wesen der zwei Institutionen nicht das gleiche ist.

Ist etwa der Gaul A nicht ebenso ein Pferd wie der Gaul B, wenn der Zweck von A der ist, zum Reiten zu dienen, der von B aber, eine Kutsche zu ziehen? Sind Reitpferd und Zugpferd nicht beides Pferde? Und wenn nun gar diese beiden Pferde jedes sowohl als Reit- wie als Kutschpferd benutzt werden, das eine aber hauptsächlich als Reit-, das andere speziell als Kutschpferd, weil sich jedes zu dem speziellen Dienste besser eignet, wie unterscheiden sie sich dann in ihrem Wesen? Sind nicht beide sowohl Reit- wie Kutschpferd? Liegt unser Fall nicht analog?

Es ist also ungerechtfertigt, in den Ausdrücken „Besserungsstrafe“ und „Schußstrafe“ etwa contradictiones in adjecto sehen zu wollen, und die Scheu davor wird abgestreift werden müssen. Liegt in jeder Strafe auch Prävention, ist die Strafe nicht Selbstzweck, dann wird man eben jene Formen, in denen die Prävention

⁵⁷⁾ Vgl. dazu unsere Äußerung im Archiv f. Rechtsphilos. Bd. 3 S. 622.

⁵⁸⁾ Tesar, in Groß' Archiv Bd. 26 S. 56.

überwiegt: Besserungsstrafe und Schutzstrafe, die Formen, in denen die Repression überwiegt, anlehnend an den bisherigen Sprachgebrauch, schlechthin Strafe, vielleicht auch Vergeltungsstrafe, nennen.

Und die Basis der beiden hier in Betracht kommenden Maßregeln? Sie ist genau die gleiche: die strafbare Handlung. Das kann niemand übersehen. Jedoch wird uns erklärt, daß bei der Strafe das Delikt der Grund, bei der sichernden Maßnahme die Veranlassung der Rechtsfolge sei⁵⁹⁾. Verstehen wir Birkmeyer richtig, so will er damit sagen, daß die Strafe als Wirkung zurückgeht auf die Handlung, oder besser: auf die aus der einzelnen strafbaren Handlung ersichtliche Schuld als Ursache. Die sichernde Maßnahme fuße aber nicht auf dieser in der strafbaren Handlung gegebenen Schuld, sondern die Handlung erscheine bei ihr nur als Symptom eines gewissen der Behandlung benötigten Zustandes.

Auch das erscheint uns nicht haltbar. Über die in der einzelnen strafbaren Handlung liegende Schuld geht schon heute die Strafzumessung längst hinaus⁶⁰⁾. Man beachtet neben der Handlung die Gefinnung und will man zu brauchbaren Ergebnissen kommen, so wird man es nicht anders können, als dadurch, daß man die Schuld als den psychischen Zustand des Täters in seinem Verhältnis zur Außenwelt auffassend, von diesem Zustand ausgehend, die Handlung als dessen Symptom, die Strafe als die dieser psychischen Struktur des Täters entsprechende Reaktion auffaßt⁶¹⁾. Dieses Ziel deutet schon der deutsche Vorentwurf an.

Der Vorentwurf begnügt sich ja aber auch zur Verhängung sichernder Maßnahmen (in der hier interessierenden Form) nicht mit dem gefährlichen Zustand schlechthin, sondern er verlangt einen in Handlungen von bestimmter Schwere konkretisierten Zustand⁶²⁾, also ein gewisses Maß von Schuld. — Das muß wohl auch Birkmeyer zugeben. — Und so wird auch die Zumessung der sichernden Maßnahme auf dem Prinzip der Gerechtigkeit basieren. Weiterhin wird man sich aber nicht mehr darüber den Kopf zerbrechen, ob Strafe und sichernde Maßnahme (i. e. S.)

⁵⁹⁾ Birkmeyer S. 21, 37.

⁶⁰⁾ Dazu v. Hippel, Z. Bb. 30 S. 910 ff.; DBE. Begr. S. 91.

⁶¹⁾ Vgl. dazu den Beitrag Tesars zu dieser Festschrift.

⁶²⁾ Vgl. z. B. DBE. §§ 42, 43.

miteinander variieren können⁶³). Innerlich wesensgleich und nur in der quantitativen Struktur der einzelnen Elemente verschieden, können sie natürlich beide im einzelnen Fall in Betracht kommen. Endlich aber wird man auch die Anwendbarkeit der bisher für die Strafe geltenden allgemeinen Vorschriften auf die sichernden Maßnahmen nicht so absolut bestreiten dürfen. Nicht als ob wir nun sagen möchten, daß die Fälle in allem und jedem gleichgestellt werden müßten. Nein! Aber die Differenzen sind einmal bedeutend geringer, als sie gewöhnlich vermutet werden und, soweit solche Verschiedenheiten zu statuieren sind, gehen sie nicht aus einer Wesensverschiedenheit der beiden Maßnahmen hervor, sondern aus dem Vorherrschen einer der Wirkungsmöglichkeiten, eines der Zwecke.

Es steht doch wohl fest und ist heute Allgemeingut, daß nur ein individualisierender Strafvollzug dem heutigen Kulturzustand entspricht. Wir verlangen also bei jeder Freiheitsstrafe individualisierenden Arbeitszwang und nichts ist verkehrter als die Bestimmung, bei Zuchthaussträflingen nur tunlichste Rücksicht auf die Individualität des Verurteilten zu nehmen (Begr. z. DVE. S. 66). Aber selbst unter diesen Umständen muß also angenommen werden, daß die Zuchthausstrafe präventiv wirken kann⁶⁴). — Wie steht es nun aber mit den sog. sichernden Maßnahmen? Verlangen sie eine wesentlich vom bisherigen Strafvollzug abweichende Vollzugsregelung? Wir glauben: nein! Und der Entwurf, der vor allem „besondere Bestimmungen über die Anwendung der Sicherungsmittel“ gibt⁶⁵), scheint unsere Auffassung zu unterstützen. Man lese in der Beilage zu dem österr. Entwurf eines Gesetzes, womit die Strafprozeßordnung abgeändert wird, im XXIX. Hauptstück, II. Von dem Vollzuge der Verwahrung wegen Gemeingefährlichkeit, z. B. § 589 nach:

„Gemeingefährliche Trunksüchtige, die wegen Begehung einer strafbaren Handlung im Zustande der Trunkenheit verurteilt wurden, sind in einer besonderen Abteilung der Anstalt (scil. für verbrecherische Irre) anzuhalten.

Sie werden bei Tag in Gemeinschaft, bei Nacht abgesondert voneinander verwahrt.

Sie können zu einer ihrem Gesundheitszustande und ihren Fähigkeiten entsprechenden und ihrem Fortkommen in der Freiheit dienlichen Arbeit angehalten werden;

⁶³) Meine in der Z. Bd. 25 S. 248 dargelegte Auffassung ist hiermit aufgegeben.

⁶⁴) Darüber oben S. 683.

⁶⁵) Vgl. Österr. Entw. eines Gesetzes, womit die Strafprozeßordnung abgeändert wird, Beilage, XXVIII. Hauptstück.

Als Zuchtmittel dienen die beim Vollzuge von Kerkerstrafen und Gefängnisstrafen zulässigen (§ 575)."

Man beachte § 590: „Die Anstalten für geistig Minderwertige dienen dazu, zu verwahren.

Die Verwahrten sind einer Behandlung zu unterziehen, um ihren krankhaften Zustand zu beheben oder zu bessern.

Die

§ 591. Die Verwahrten sind zu einer ihrem Gesundheitszustande und ihren Fähigkeiten entsprechenden und ihrem Fortkommen dienlichen Arbeit anzuhalten, bei der auf die Eigenart des einzelnen Rücksicht zu nehmen ist;

Als Zuchtmittel dienen die bei dem Vollzuge von Kerkerstrafen und Gefängnisstrafen zulässigen (§ 575), soweit sie mit dem Zustande des Verwahrten vereinbar sind."

Man vergleiche die §§ 597 ff. bis § 603 mit den auf den „Vollzug der Freiheitsstrafen“ bezüglichen §§ 567 Abs. 1, 569 Abs. 1, 570, 572 ff., 575. —

Und was ist der Kern des Vollzuges von Zuchthaus, Gefängnis, Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern und der Erziehung Viederlicher und Arbeitscheuer im schweizerischen Entwurf (Art. 30, 31, 32)? Fassen wir zusammen:

„Der Verurteilte wird zur Arbeit angehalten (resp. erzogen). Er soll womöglich (wird) mit Arbeiten beschäftigt werden, die seinen Fähigkeiten entsprechen und die ihn in den Stand setzen, in der Freiheit seinen Unterhalt zu erwerben.“ (Art. 30 Ziff. 2; 31 Abs. 1 a. E.; 32 Abs. 3 a. A.). —

Auf die Frage des unbestimmten oder relativ bestimmten Strafmaßes möchten wir nicht ex professo eingehen. Nur haben wir keinen Grund, nicht klipp und klar unsere Ansicht dahin auszusprechen, daß in dieser Beziehung genau das gleiche Prinzip für Strafe und sichernde Maßnahme Geltung beansprucht. Theoretisch konsequent — wenn man will — das unbestimmte Strafmaß⁶⁶). Wenn wir dies aber nicht in einem Gesetz aufnehmen wollen, dann ebensowenig für die Strafe wie für die sichernde Maßnahme. Und darin liegt keineswegs etwa ein Kompromiß. Das Gesetz ist in gewissem Sinne das Spiegelbild des Lebens. Wie das Leben erscheint als Resultante von verschiedenen aufeinanderwirkenden Kräften, so muß auch die Regelung des Gesetzes notwendigerweise die Resultante der ver-

⁶⁶) Vgl. v. Buz, Archiv f. Rechtsphilos. Bd. 3 S. 615, wo er bei Erziehungsmaßnahmen die Möglichkeit zeitlicher Begrenzung zugibt. Im Ergebnis käme v. Buz jedoch notwendig auf das unbestimmte Strafmaß. Denn zweckentsprechend könnte es doch nur sein, den nach einer gewissen Zeit nicht Gebesserten nunmehr einfach zu verwahren.

schiedenen aufeinander wirkenden Prinzipien sein. Zugegeben also, daß von unserem Standpunkt aus die unbestimmte Verurteilung notwendige theoretische Konsequenz des einen Prinzips ist (Schutz der Rechtsordnung, Prävention), gesetzliche Durchführung kann man ihr verwehren mit Rücksicht auf ein ebenso wichtiges zweites Prinzip (Schutz des individuellen Freiheitsinteresses). Die Resultante dieser beiden Prinzipien konkretisiert sich dann im Gesetz, je nach der Notwendigkeit und Möglichkeit des Überwiegens des einen oder des andern Prinzips im einzelnen Fall, in der Zulassung relativ unbestimmter Strafurteile, oder gar in der Vorschrift fest bestimmter Strafausmessung. Beide Fälle sehen wir im neuen Vorentwurf⁶⁷⁾. Ein neues Beispiel für unsere Auffassung von der Wesensgleichheit von Strafe und sichernder Maßnahme (i. e. S.). —

Ist es aber richtig, wenn gesagt wird, die Verjährung finde auf die sichernden Maßnahmen keine Anwendung? Wir glauben auch hier verneinen zu müssen⁶⁸⁾. Entzieht sich jemand der Vollstreckung einer sichernden Maßnahme, geht aber z. B. im Auslande in eine private Pflegeanstalt und kommt später geheilt zurück, soll dann noch die sichernde Maßnahme vollzogen werden? Doch: nein! Unseres Erachtens würde man aber in solchem Falle vielleicht doch darauf Rücksicht nehmen müssen, ob bei dem Delinquenten der sozialwidrige Zustand behoben ist oder nicht. Es fragt sich also, ob nicht vielleicht hier die Verjährung in der früher vom Strafrecht anerkannten Form Aufnahme finden müßte, bei der ihre Wirkung abhängig war von erfolgter „Besserung“⁶⁹⁾.

Wir würden aber auch die Anrechnung der Untersuchungshaft bei sichernden Maßnahmen nicht für ausgeschlossen halten, wenn etwa der Zustand des Delinquenten während dieser Haft — sie dauert ja oft lange Monate — sich gebessert haben sollte⁷⁰⁾.

Und die vorläufige Entlassung? Sie ist natürlich bei sichernden Maßnahmen möglich und von allen Entwürfen akzeptiert. So weit hier Änderungen gegenüber ihrer Stellung im

⁶⁷⁾ Vgl. DBE., einerseits §§ 43, 65 Abs. 1, andererseits § 42.

⁶⁸⁾ Die Verjährung sichernder Maßnahmen kennen z. B. der DBE. in §§ 97 Abs. 2, 99; der SchwBE. in Art. 31 I. Abs., 32 I. Abs., 33 I. Abs.

⁶⁹⁾ Über die Vorentwürfe vgl. die in Anm. 68 zit. Paragraphen.

⁷⁰⁾ A. A. Begründung z. DBE. S. 330 u. Anm. 4 dazu.

„Straf“vollzug nötig sein sollten, liegen sie wieder nicht im Wesen der sichernden Maßregeln begründet⁷¹⁾.

Und endlich: Bei Konkurrenz wird man die unbegrenzte Kumulierung — wenigstens der gleichen sichernden Maßnahme — doch zweifellos verwerfen. Auch glauben wir nicht, daß es völlig sinnlos wäre⁷²⁾, unter Umständen den einen Zweck durch einen andern, z. B. teilweise, verdrängen zu lassen⁷³⁾.

Die Schlußfolgerung, auf die wir allen Wert legen, dürfte auch nach diesen notgedrungen kurzen Andeutungen zu ziehen möglich sein; nämlich, daß es bei Beurteilung der verschiedenen in Rücksicht gezogenen Maßregeln auf den Namen nicht ankommen kann. Ob man von Strafe oder von sichernder Maßnahme spricht, kann uns ganz gleichgültig sein und nur um an Hergebrachtes anzuschließen, möchten wir den Begriff Strafe in einem nun erweiterten Umfang aufrecht erhalten. An den Begriffen einer Besserungs-, Sicherungs-, Vergeltungs- oder Abschreckungsstrafe finden wir aber nichts auszusetzen. Alle diese Maßnahmen möchten wir wiederum zusammenfassen unter den Begriff der Repression, denn bei allen handelt es sich, wie nachgewiesen wurde, stets um eine Reaktion auf eine strafbare Handlung. Der Strafbegriff in diesem Sinne ergibt sich, mit Anlehnung an Birkmeyers Formulierung, als „die zum Zwecke des Schutzes der Rechtsordnung erfolgende Repression [Vergeltung plus Vorbeugung im oben skizzierten Sinn umfassend], welche dadurch geschieht, daß dem Verbrecher ein seiner Schuld (psych. Zustand) entsprechendes Übel (eine seiner Schuld entsprechende Behandlung) auf Grund strafrichterlichen Urteils zugefügt wird“.

Denn, nochmals kurz resapituliert, ebensowenig wie die Strafe im alten klassischen Sinne lediglich im Hinblick auf Präventivzwecke bestimmt werden kann⁷⁴⁾, ebensowenig kann dies die sichernde Maßnahme. Wir halten auch heute noch in dem früher angedeuteten Sinne an dem Sage fest, daß die Spezialprävention ihre Grenze finde an der Generalpräven-

⁷¹⁾ DBE. § 42 Abs. 4; SchwBE. Art. 31 Abs. 2 ff., 32 Abs. 6 f.; DE., wo mit die StPD. abgeändert wird, Beilage, §§ 517 ff., § 529, §§ 534, 535.

⁷²⁾ So Birkmeyer S. 35.

⁷³⁾ Wir denken an Arbeitshaus u. Trinkerheilanstalt. „Das Trinken“ wird doch schon im Arbeitshaus unterbunden werden.

⁷⁴⁾ Begr. z. DBE. S. 91/92.

tion⁷⁵⁾. Wer aber bis jetzt über das Verhältnis von Strafe und sichernder Maßnahme anderer Ansicht war, der wird durch die nicht mehr hemmbare Entwicklung des Kriminalrechts gezwungen sein, seine Begriffe umzubilden.

Jene Formen sichernder Maßnahmen, welche aber anknüpfen an das Vorliegen des bloßen objektiven Tatbestandes⁷⁶⁾, jene gar, die lediglich an die Gefahr oder die zukünftige Gefahr einer Rechtsverletzung durch einen bestimmten Täter sich anlehnen⁷⁷⁾, werden wir für heute zusammenfassen als Prävention; als reine sichernde Maßnahme. Sie stehen hier nicht zur detaillierten Erörterung. Daß besonders die letzte Art den Rahmen des Strafrechts im überlieferten Sinne sprengt, ist richtig und hat uns veranlaßt, auch in den Vorlesungen über „die Reform der Strafgesetzgebung“ den Ausdruck Strafrecht durch Kriminalrecht zu ersetzen⁷⁸⁾. Ob aber nicht die reine Prävention⁷⁹⁾ sogar bloß auf die letztgenannte Form beschränkt werden muß, ob also nicht die „sichernde Maßnahme“, welche an das Vorliegen des bloßen objektiven Tatbestandes sich anschließt, noch Repression ist, das bleibt zukünftiger Erörterung vorbehalten. Hier genüge der Hinweis darauf, daß der italienische Positivismus in einem seiner radikalen Vertreter, Filippo Grispiigni, auf diesem Standpunkt steht⁸⁰⁾. Uns erscheint nicht angängig, in solchem Falle von einem Delikt zu sprechen.

B. Ein Vorwurf, der nicht selten gegen die moderne Kriminalistenschule und insbesondere gegen ihre Führer erhoben wird, geht dahin, daß sie den Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung verwischen helfen, und mitteilidig weist man vielleicht noch darauf hin, daß diese Trennung eine Errungenschaft neuerer Entwicklung sei und allem Anschein nach nicht in heutiger Schärfe aufgestellt war, als die Führer der modernen Schule die Kollegbänke drückten. Die Gegner halten also hier die Palme des Fort-

⁷⁵⁾ Archiv f. Rechtsphilos. Bd. 3 S. 622; Mitt. JBB. Bd. 17 S. 116; Thyrén, a. a. D. S. 45; Longhi, a. a. D. S. 795.

⁷⁶⁾ Oben S. 681 u. Anm. 43.

⁷⁷⁾ Oben S. 681 u. Anm. 44.

⁷⁸⁾ Analog Grispiigni, La odierna scienza criminale in Italia. Milano 1909, S. 41; Longhi, a. a. D. S. 722.

⁷⁹⁾ Diesen Ausdruck hat auch v. Liszt aufgenommen, Lehrbuch S. 253. Richtig betont er: „Die reine Vergeltungsstrafe und die reine sichernde Maßnahme stehen zueinander im Gegensatz.“

⁸⁰⁾ Grispiigni, a. a. D. S. 41.

schritts in Händen; sie haben das offene Auge und das aufmerksame Ohr; im Gegensatz zu ihrer sonstigen konservativen Grundstimmung sind sie hier die treibenden Kräfte und nicht nur die Führer der modernen Schule, die ja zu entschuldigen sind, da sie es nicht besser gelernt haben, sind eigentümlicherweise stationär geblieben, nein, alle jüngeren Anhänger ihrer Ideen sind geradezu rückschrittlich, denn sie konnten es ja besser wissen!

Nun, auf die Entwicklung der Trennung von Justiz und Verwaltung, auf die Gewaltenteilung und ihre Durchbildung in der politischen Entwicklung einzugehen, ist hier nicht der Ort. Nur so viel: Ist denn der Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung wirklich so klar, so eindeutig, so scharf festgestellt? Das mag der Zivilist, das mag vielleicht der Kriminalist vermuten, wir glauben nicht, daß der Publizist eine solche Behauptung aufstellen würde. Und genügt es, wenn man einfach erklärt, daß die sichernden Maßnahmen mehr polizeilichen Zwecken⁸¹⁾ zu dienen haben, Aufgaben erfüllen, die der allgemeinen Verwaltung⁸²⁾ zufallen; daß sie, da sie zu prävenieren suchen, „systematisch nicht sowohl ins Strafrecht, sondern vielmehr ins Verwaltungsrecht gehören“?⁸³⁾ Warum präzisiert man das nirgends näher? Warum untersucht man nirgends jene Frage, die Stoos schon längst gestellt hat und die wir weiter oben angeführt haben?⁸⁴⁾

Wir betonen ausdrücklich, daß die Beweislast den Gegner trifft und wir nicht in der Lage sind, auf beschränktem Raum eingehend die in Betracht fallenden Momente zu diskutieren. Wir begnügen uns damit, bisher angeführte Argumente etwas näher ins Auge zu fassen.

Hinsichtlich der formellen⁸⁵⁾, subjektiven⁸⁶⁾, organisatorischen⁸⁷⁾ Scheidung von Justiz und Verwaltung ist alles gesagt mit Anführung der Worte Fellenz⁸⁸⁾: „Die neuere Ent-

⁸¹⁾ Begr. z. DBE. S. 843.

⁸²⁾ Ebenba.

⁸³⁾ Birkmeyer S. 22.

⁸⁴⁾ Vgl. oben S. 672. — Auch die ital. Doktrin beschäftigt sich mit diesem Problem; vgl. darüber Longhi, a. a. O. S. 744 ff.; Manzini, Trattato di diritto penale italiano I, S. 79 ff.; Florian, in Riv. di diritto e proced. pen. Bd. 1 S. 737 ff. Eingehende Berücksichtigung ihrer Auffassung müssen wir uns leider verlagen.

⁸⁵⁾ Meher-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Teil II, Buch III, Abschn. III: Die Verwaltung.

⁸⁶⁾ Laband, Staatsrecht, 4. Aufl., Bd. 2 S. 159 ff.

⁸⁷⁾ Ulbrich, Lehrbuch des österr. Staatsrechts, 1904 S. 7.

⁸⁸⁾ Das Recht des modernen Staates Bd. 1, 2. Aufl., S. 585.

wicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie die tiefere theoretische Untersuchung des Wesens der Rechtsprechung und Verwaltung lassen Justiz und Verwaltung im herkömmlichen Sinne immer mehr als rein formale, an die äußere Erscheinung der sie versehenen Behörden anknüpfende Kategorien erscheinen, welche die Verschiedenheiten der in ihnen zum Ausdruck gelangenden staatlichen Funktionen nicht zu erklären vermögen.“ „Daher sich auch heute noch alle Theoretiker mit dem Sage begnügen, daß dieser Gegensatz sich historisch herausgebildet habe und der Justiz das zuzuweisen sei, was auf Grund der geschichtlichen Entwicklung als Justizsache gelte.“⁸⁹⁾

Daran also, daß auch die Verhängung sichernder Maßnahmen im Kriminalrecht — kurz gesagt — „Justizsache“ sei, dürfte wohl niemand zweifeln. Worauf es unseres Erachtens aber bei diesem Problem ankommt, das ist der materielle Gegensatz zwischen Verwaltung und Rechtsprechung. M. a. W.: Erscheint der Richter bei der Verhängung sichernder Maßnahmen als „delegierter Verwaltungsbeamter“? Wobei die Wahl gerade des Strafrichters zu solcher Aufgabe sich leicht erklären ließe, einmal mit dem Hinweis auf die durch dessen Unabhängigkeit und das Verfahren gewährten größeren Garantien gerade hinsichtlich der individuellen Freiheitsphäre, dann mit einer gewissen notwendigen Oekonomie in der Behördenorganisation.

Also — kurz gesagt — spricht der Richter in solchem Falle Recht oder verwaltet er?

„Die rechtliche Entscheidung besteht in der Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter das geltende Recht, sie ist wie jeder logische Schluß vom Willen unabhängig; es besteht keine Freiheit der Entschließung, ob die Folgerung eintreten soll oder nicht; sie ergibt sich — wie man sagt — von selbst, mit innerer

⁸⁹⁾ Vgl. dazu auch Ulbrich, a. a. O. S. 21. — Vgl. weiterhin über „Justiz u. Verwaltung“: v. Stengel, Staatsrecht des Königreichs Preußen, aus Handbuch des öffentl. Rechts II 3, 1894 S. 177/178 u. die das. in der Anm. zit. Schriften; Laband, („Kleines“) Staatsrecht des Deutsch. Reiches, aus Hdb. des öffentl. R. II 1, 1902 S. 105 ff.; Anschütz, in: Die Kultur der Gegenwart, I. II Bd. 8: Systematische Rechtswissenschaft S. 336 ff.; Loening, Lehrb. des Verw. Rechts, 1884 S. 2/3, 8; Hue de Grais, Hdb. der Verf. u. Verw., 20. Aufl. 1910 S. 272 ff.; Sarwey, Allg. Verwaltungsrecht, aus: Hdb. d. öffentl. R. I 2 S. 11 ff., vgl. auch S. 43 ff., 54 ff.; Jellinek, Gesetz u. Verordnung, 1887 S. 213 ff.; Bornhauf, Allg. Staatslehre S. 139 ff., bes. S. 203 ff. Auf die monographische Literatur, die obiges Problem berührt, kann nicht im einzelnen verwiesen werden. Unsere Ausführungen stützen sich im übrigen vor allem auf Laband, Meyer-Anschütz, Ulbrich, Jellinek (s. oben Anm. 85, 86, 87, 88).

Notwendigkeit. Dem zur Abgabe der Entscheidung Berufenen mag es obliegen, den Tatbestand zu ermitteln, und es kann ihm bei der Feststellung desselben ein weiter Spielraum des Ermessens gelassen sein; aber immerhin hängt die Gestaltung desselben nicht von seinem Willen ab, sondern er hat ihn so zu Grunde zu legen, wie er sich ihm darstellt, wie er sich in seinem Geiste als vorhanden widerspiegelt. Ebenso kann das objektive Recht (der logische Obersatz) dem Richter eine weitreichende diskretionäre Gewalt einräumen, ihm die Berücksichtigung der Billigkeit vorschreiben, ihm einen arbiträren Spruch übertragen. Trotzdem hat der Richter nicht seinen Willen, sondern denjenigen des objektiven Rechts zur Geltung zu bringen; er ist die *viva vox legis*; er schafft sich nicht den Obersatz, sondern er nimmt ihn hin als von einer über ihm stehenden Macht gegeben. Der Richter kann sich irren hinsichtlich der Feststellung des Tatbestandes, hinsichtlich des Rechtsatzes, hinsichtlich der daraus sich ergebenden Folgerung, und es können daher verschiedene Richter denselben Fall in verschiedener Weise entscheiden; aber ein Richter kann nicht, wenn er pflichtgemäß verfährt, denselben Fall nach seinem Belieben verschieden entscheiden, d. h. an die Stelle einer logischen Operation, die durch einen gegebenen Obersatz und Untersatz und die allgemeinen in der menschlichen Natur begründeten Denkgesetze beherrscht wird, seinen freien Willen setzen. Dies gilt ganz gleichmäßig, mag ein „Gericht“ oder eine „Verwaltungsbehörde“ zur Entscheidung berufen sein.

Im Gegensatz hierzu ist der Verwaltungsakt die Herbeiführung eines gewollten Erfolges. Rechtsätze können hierbei nicht bloß die Schranken der Handlungsfreiheit, sondern auch positiv die Veranlassung des Handelns bilden; der Verwaltungsakt kann darauf gerichtet sein, eine gesetzliche Anordnung zu realisieren; aber er verhält sich auch in diesem Falle nicht wie ein Schluß zu seinen Prämissen, sondern wie eine Handlung zu ihren Motiven. Jeder vom Staate zu verfolgende Zweck kann als Motiv der Verwaltungshandlungen wirken, also unter Umständen auch die Durchführung des vom Staate angeordneten Rechtsatzes; die Motive können aber auch völlig außerhalb der Rechtsordnung liegen. Die Art und Weise, wie der angestrebte Erfolg zu verwirklichen ist, steht innerhalb der rechtlichen Schranken und tatsächlichen Machtmittel im freien Willen der Verwaltung. Es kann sein, daß das Ziel nur auf einem bestimmt vorgezeichneten Wege erreicht werden kann, die Freiheit der Behörde in der Auswahl der vorzunehmenden Hand-

lungen also eine sehr beschränkte oder ganz ausgeschlossen ist; dies ist aber nur eine zufällige, keine begriffliche Schranke. Die Gebundenheit liegt im Wesen der Entscheidung, die rechtliche Freiheit der Entschliebung im Wesen des Verwaltungsaktes⁹⁰⁾. Auch bei einem Verwaltungsakt kann es sich um die Anwendung eines Rechtsfalles handeln; aber nicht wie bei der Entscheidung in dem logischen Sinne, daß ein Rechtsfall als Obersatz auf einen Tatbestand als Untersatz angewendet wird, sondern in dem Sinne, daß die durch den Rechtsfall gewährte Befugnis als Machtmittel zur Erreichung eines bestimmten Erfolges verwendet wird⁹¹⁾.

„Die Gebundenheit liegt im Wesen der Entscheidung, die rechtliche Freiheit im Wesen des Verwaltungsaktes.“ Das dürfte der Kernpunkt sein. Ist er aber nicht oft in der konkreten Durchführung verwischt? Finden wir im Einzelfall nicht oft die Umkehrung: freies Ermessen bei den Gerichten, Gebundenheit bei der Verwaltung?⁹²⁾ Man blättere doch im Strafgesetzbuch. „Neben der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden“ (§ 32 RStGB.), „die Beleidigung wird mit Geldstrafe bis zu 600 Mark oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft“ (§ 185 RStGB.). Die richterliche Strafzumessung erscheint geradezu als „typisches Beispiel“⁹³⁾ für solches freies richterliches Ermessen.

Wo liegt also der Unterschied im Einzelfalle? „Ist das Ermessen des Verwaltungsbeamten mit jenem des Richters gleichartig, so ist die früher erwähnte Unterscheidung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung undurchführbar. Denn wenn auch bei der Rechtsprechung „Ermessen“ obwaltet, so kann dieses kein besonderes Kennzeichen der Verwaltung sein“⁹⁴⁾.

Und so betont denn auch v. Laun, daß Born und Bernagik die richterliche Strafzumessung ausdrücklich verwaltungs-technischen Erwägungen gleichstellen^{94a)}. Ist dann aber nicht die Grenze zwischen Strafe und sichernder Maßnahme auch in dieser Hinsicht aufgehoben? Denn dieses richterliche Ermessen, ist es

⁹⁰⁾ Vgl. auch Jhering, Zweck im Recht I S. 388.

⁹¹⁾ Laband, a. a. O. S. 165, 166.

⁹²⁾ Darauf weist schon Laband, a. a. O. hin. Vgl. auch noch v. Laun, Das freie Ermessen u. seine Grenzen, Wien 1910.

⁹³⁾ v. Laun, a. a. O. S. 24.

⁹⁴⁾ v. Laun, a. a. O. S. 25. Der Sperrdruck stammt von uns.

^{94a)} S. 28.

etwas anderes als Zweckmäßigkeit? Und selbst wenn man etwa darauf hinweisen wollte, daß es nach Prinzipien der Gerechtigkeit entscheide: diese menschliche Gerechtigkeit, ist sie nicht mit v. Thering richtig als die „Gleichmäßigkeit in der Anwendung der einmal aufgestellten Norm auf alle Fälle“⁹⁵⁾ aufzufassen? Was ist das aber, auf die Strafzumessung bezogen, anderes, als die Zweckmäßigkeit?

Nun ist allerdings weiterhin versucht worden, das Ermessen selbst dahin näher zu untersuchen, ob es etwa bei den verschiedenen Organen staatlicher Tätigkeit verschiedene Struktur besitze. Und v. Laun — auf dessen zit. Schrift wir hinsichtlich der Detailausführungen verweisen — untersucht sorgfältig die Formen des gebundenen Ermessens, der strikten Gebundenheit und des freien Ermessens. Aber auch hierin zeigt sich nicht eine brauchbare Grenzlinie zwischen Verwaltung und Justiz, wohl aber zeigt sich, daß das richterliche Ermessen zumeist als in das Gebiet der gesetzlichen Gebundenheit gehörend erscheint. „Der Richter oder Verwaltungsbeamte hat . . . lediglich das zu vollziehen, was nach seinem bestem Wissen und Gewissen der Gesetzgeber angeordnet hätte, wenn er den konkreten Fall, statt durch eine abstrakte Norm, durch ein Individualgesetz geregelt hätte.“ „Theoretisch ist die gefundene Lösung die allein richtige.“ (Vgl. Laband weiter oben). „Nicht anders steht es im allgemeinen mit dem sogenannten freien Ermessen des Richters bei der Strafzumessung. Auch hier haben stets ganz bestimmte Zwecke die Richtschnur zu geben, so daß jede andere als die eine richtige Lösung als gesetzwidrig betrachtet werden muß. Wenn der Richter z. B. innerhalb eines gesetzlichen Strafausmaßes von 1—5 Jahren Kerker 2 Jahre verhängt, so kann er nicht behaupten, daß 3 oder 4 Jahre ebenso gerecht⁹⁶⁾ seien, ebenso dem Gesetze entsprechen würden. Sein Urteil muß als die einzig richtige Entscheidung gelten“⁹⁷⁾.

Ist das aber anders bei der Zumessung einer sichernden Maßnahme? Hier allerdings sind ja verschiedene Fälle auseinander zu halten. Entschieden wird zwar stets vom Richter, während er aber bei der Zumessung der Strafe im alten Sinne ein bestimmtes Strafmaß ausspricht, welches dem Strafvollzug zugrunde liegt, kann er bei der Verhängung sichernder Maßnahmen

⁹⁵⁾ Vgl. v. Thering, Zweck I S. 327.

⁹⁶⁾ Das heißt doch nichts anderes als den gesetzlichen Zwecken, also der Zweckmäßigkeit entsprechend.

⁹⁷⁾ v. Laun, a. a. O. S. 258, 259.

— immer in dem hier zugrunde gelegten Sinne — je nach der gesetzlichen Vorschrift

a) Eine bestimmte Dauer der „Sicherung“ aussprechen, so daß der vollziehenden Verwaltungsbehörde nicht die Möglichkeit einer früheren Entlassung offen steht⁹⁸⁾.

b) Das Gericht entscheidet. Die Dauer der „Sicherung“ ist jedoch nach gesetzlicher Vorschrift eine relativ bestimmte. Aber auch in solchem Falle steht der vollziehenden Verwaltungsbehörde nicht die Möglichkeit selbständiger Entlassung des Verurteilten zur Seite; die Entlassung wird durch das Gericht bestimmt⁹⁹⁾.

c) Unterscheidet sich von dem Falle unter b) nur dadurch, daß die Entscheidung über die Entlassung der Verwaltungsbehörde überlassen ist¹⁰⁰⁾.

d) Das Gericht entscheidet lediglich über die Zulässigkeit des Vollzuges einer sichernden Maßnahme durch die Verwaltungsbehörde. Diese kann vollziehen; diese bestimmt die Dauer; diese fixiert deren Ende¹⁰¹⁾.

Ist das Ermessen hier stets ein gebundenes? Liegen alle diese Fälle gleich? Ist ihre Struktur übereinstimmend mit jener der Fälle eigentlicher „Strafzumessung“? Oder worin liegt das Argument für eine Scheidung von jenen?

Man argumentiere bei der Beantwortung nicht etwa mit dem Zweck der Maßnahmen. Schon weiter oben haben wir nachzuweisen gesucht, daß die Zwecke der Strafe und der sichernden Maßnahmen die gleichen sind¹⁰²⁾. Hier berufen wir uns auf die Ausführungen von v. Laun lediglich zur Zurückweisung der Auffassung, daß das „administrative Ermessen“ sich vom richterlichen durch seinen Zweck unterscheide. „Denn es verfolge nicht die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, sondern das öffentliche Interesse. Allein diese Unterscheidung ist nicht gerechtfertigt. Denn in sehr vielen Fällen des sogenannten Ermessens ist der Verwaltungsbehörde der Zweck ihres Vorgehens ebenso genau vorgezeichnet, wie bei ähnlichen Angelegenheiten dem Richter.“ „Beide Organe bezwecken die Aufrechterhaltung der

⁹⁸⁾ Natürlich kann im Gesetz besonders Bestimmung getroffen sein über die vorläufige Entlassung. Vgl. § 42 DBE. u. Begründg. dazu S. 157.

⁹⁹⁾ Vgl. DBE. § 38 u. Öst. Entw. e. Ges., womit die StPD. abgeändert wird, Beilage, § 534.

¹⁰⁰⁾ Vgl. z. B. § 43 DBE. — Eine weitere kleine Variante („Bestimmung der Dauer durch die Verwaltungsbehörde“) in § 65 erscheint nur terminologischer Natur.

¹⁰¹⁾ Vgl. DBE. § 53.

¹⁰²⁾ Vgl. oben S. 682.

Rechtsordnung, beide handeln im öffentlichen Interesse.“ „Der Zweck kann also wohl nicht jenes Merkmal sein, welches alle Fälle des richterlichen, von allen Fällen des administrativen Ermessens unterscheidet“¹⁰³), — ebenso wenig aber Verwaltung und Justiz trennt! —

Oder man mag sagen: „Die Verwaltung umfaßt alle juristischen und tatsächlichen Geschäftshandlungen, welche sich als fortlaufende Fürsorge für die aus dem Bestande und den Kulturaufgaben des Staates entspringenden Gemeininteressen darstellen, während die Rechtspflege die aus der Rechtsidee des Staates entspringenden Tätigkeiten begreift, welche auf individuelle und konkrete Bewährung der Rechtsordnung um ihrer selbst willen durch Streitentscheidung und Bemessung der Unrechtsfolgen gerichtet sind“¹⁰⁴). Ist auf Grund dieser Ausführungen die sichernde Maßnahme Verwaltung oder Justiz? Uns ist es nicht klar, abgesehen von manchen Punkten, gegen die wir Einwendungen zu machen hätten¹⁰⁵). Und Ulbrich selbst schwächt seine obigen Sätze ab, wenn er fortfährt: Die Pflege der öffentlichen Rechtsordnung, „welche unter Ausschluß der relativen Gesichtspunkte der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit auf Rechtsordnungsschutz mittels eines besonderen Verfahrens gerichtet ist, aber zu der Verwaltung deshalb in nahe Beziehungen tritt, weil die öffentliche Rechtsordnung zum Schutze der Staats- und Volksinteressen bestimmt ist, die öffentliche Rechtspflege daher mittelbar diesen Interessen dient, zerfällt in die Strafrechtspflege und die Verwaltungsrechtspflege“¹⁰⁶).

Hier nähert sich Ulbrich der von uns oben angedeuteten Auffassung. Worin liegt aber der speziell verwaltungsrechtliche Charakter der sichernden Maßnahmen? —

Ist der Verwaltungsakt darauf gerichtet, eine gesetzliche Anordnung zu realisieren, so verhält er sich immerhin nicht wie ein Schluß zu seinen Prämissen, sondern wie eine Handlung zu ihren Motiven¹⁰⁷). Mit anderen Worten: „Auch bei einem Verwaltungsakt kann es sich um die Anwendung eines Rechtsfalles handeln; aber nicht wie bei der Entscheidung in dem logischen

¹⁰³) Zu allem vgl. v. Laun, a. a. O. S. 25,

¹⁰⁴) Ulbrich, a. a. O. S. 20.

¹⁰⁵) Aufgabe der Rechtspflege erscheint uns nicht Bewährung der Rechtsordnung um ihrer selbst willen . . . Auch die Verwaltung hat es mit individuellen Interessen zu tun. (v. Laun, a. a. O. S. 25.)

¹⁰⁶) a. a. O. S. 20. Von uns zum Teil gesperrt gedruckt.

¹⁰⁷) Laband, a. a. O. S. 165/166. Vgl. auch oben S. 694.

Sinne, daß ein Rechtsatz als Obersatz auf einen Tatbestand als Untersatz angewendet wird, sondern in dem Sinne, daß die durch den Rechtsatz gewährte Befugnis als Machtmittel zur Erreichung eines bestimmten Erfolges verwendet wird¹⁰⁸). Man könnte diesen Gedanken populär vielleicht auch dahin fassen: der Richter muß sich nach außen stets auf einen Rechtsatz berufen, der Verwaltungsbeamte braucht das nicht. Es wäre das für die Rechtspflege der Grundsatz, den Jhering als „prozessualischen Legalismus“ bezeichnet und den er „für das Kriminalrecht als Garantie der Rechtssicherheit begehrenswert“ hält, der aber schon „für das Zivilrecht einen entschiedenen Übelstand in sich schließt“¹⁰⁹). Somit enthält der oben angeführte Grundsatz eine Emanation rechtspolitischer Erwägungen, aber kein der Justiz im Gegensatz zur Verwaltung inhärentes Unterscheidungskriterium. Dieses Prinzip dürfte daher wieder nicht geeignet sein, die sichernden Maßnahmen von der Strafe zu trennen. Daß die Scheidung im obigen Sinne auf Grund der neuen Vorentwürfe nicht durchführbar ist, ergibt schon die oberflächliche Betrachtung.

Wenn Jhering zusammenfassend erklärt¹¹⁰), daß: „Parteien, Richter, Prozeß . . . die drei eigentümlichen Kriterien der Rechtspflege“ bilden, so dürfte auf Grund der Vorentwürfe kein Zweifel übrig bleiben, daß wir es bei den sichernden Maßnahmen mit Justizakten zu tun haben. Man beachte doch die spezialisierten Vorschriften des österreichischen Vorentwurfs eines „Gesetzes, womit die Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873 . . . abgeändert wird“ in seinem XXVIII. und XXIX. Hauptstück (II). Die Entscheidung liegt beim Richter:

§ 511. „Das erkennende Gericht entscheidet [über die Verwahrung Trunkstüchtiger] in wieder eröffneter Verhandlung durch Beschluß; im Verfahren vor den Geschworenengerichten entscheidet der Schwurgerichtshof.

Gelangt das Gericht zur Überzeugung, daß der Verurteilte wegen seines Hanges zur Trunksucht und mit Rücksicht auf seinen Lebenswandel und die Eigenart seiner Tat gemeingefährlich ist, so spricht es aus, daß er nach Vollzug der Strafe in einer staatlichen Anstalt für verbrecherische Irre zu verwahren sei.

Das Gericht weist den Verwahrungsantrag ab, wenn es die Gemeingefährlichkeit nicht für gegeben erachtet.

„
§ 512 Abs. 1. „Der Beschluß über den Verwahrungsantrag kann mittels Beschwerde angefochten werden“¹¹¹).“

¹⁰⁸) Laband, a. a. O. S. 166. Vgl. oben S. 695.

¹⁰⁹) v. Jhering, Zweck I S. 393 u. 394.

¹¹⁰) Zweck I S. 309.

¹¹¹) Über die Rechtsmittel vgl. die angeführten Hauptstücke passim.

§ 513 Abs. 1. „Die Beschwerde steht dem Staatsanwalt und demjenigen zu, auf dessen Verwahrung erkannt wurde.“

§ 514 Abs. 1 Anfang. „Über die Beschwerde entscheidet der Gerichtshof zweiter Instanz u. s. f. . . .“

§ 517. Die Entlassung aus der Anstalt für verbrecherische Irre erfolgt, sobald nach einer ausreichend langen Beobachtung die Annahme begründet ist, daß der Verwahrte nicht mehr gemeingefährlich sei.

Die Entlassung findet nur auf Grund eines gerichtlichen Beschlusses statt.

Den Antrag auf Entlassung können der Staatsanwalt am Orte des Gerichtshofes, in dessen Sprengel die Anhaltung stattfindet, der Verwahrte und sein gesetzlicher Vertreter stellen.“

§ 519 Abs. 1. „Der Gerichtshof,, entscheidet über den Antrag nach Anhörung des Staatsanwalts.“

Abs. 2. „Er läßt den Verwahrten vernehmen“

§ 520. „Der Beschluß ist dem Staatsanwalt und dem Verwahrten zuzustellen.“

Diesen Personen steht die Beschwerde an den Gerichtshof zweiter Instanz zu.

Einem geisteskranken Verwahrten ist zur Ausführung der Beschwerde ein Verteidiger von Amtes wegen zu bestellen,

Der Gerichtshof zweiter Instanz entscheidet nach Anhörung des Staatsanwalts.“

§ 521 Abs. 2. „Ist die Entlassung nur bedingt erfolgt, so beantragt der Staatsanwalt den Widerruf, wenn“

Abs. 3 a. E. „Der Beschluß kann mittels Beschwerde angefochten werden“

Ist die Parteistellung gewahrt? Ist das ein Prozeß? Ist das Rechtspflege?

Wie konnte nun der Satz, daß wir mit den sichernden Maßnahmen „Aufgaben der allgemeinen Verwaltung“ in das Strafrecht aufnehmen, bis heute unbeschränkt herrschen? Die Antwort hat uns Wüß¹¹²⁾ leicht gemacht durch den Nachweis, daß die allgemeine Verwaltung analoge Maßregeln schon gekannt hat. Alles konzentriert sich also auf die mehrfach berührte Frage von Stoop¹¹³⁾: „Erleidet eine solche Maßregel, die eigentlich dem Verwaltungsrechte entnommen ist, durch ihre Übertragung in das Strafrecht eine grundlegende rechtliche Änderung?“

So sicher u. E. die Frage verneint werden müßte, ob eine Strafe dadurch Verwaltungsmaßregel werde, daß sie durch eine Verwaltungsbehörde vollzogen wird, ebenso einwandfrei erscheint uns nunmehr die bejahende Antwort der Stoop'schen Frage.

Dadurch, daß in einem rechtlich geordneten Verfahren durch den Strafrichter auf Grundlage des psychischen Zustandes des

¹¹²⁾ Wüß in der oben Anm. 1 zit. Monographie.

¹¹³⁾ oben S. 672 u. S. 692.

Täters und dieser psychischen Struktur entsprechend eine sichernde Maßnahme erkannt wird, dadurch ist diese Maßregel, die einstens der Verwaltung zugewiesen war, auch materiell als Justizakt gekennzeichnet. Damit aber scheint uns die Unterscheidung zwischen Strafe und sichernder Maßnahme im bisherigen Sinne (und nochmals: vorläufig unter Beschränkung auf die bestimmte Art sichernder Maßnahmen) unmöglich. Dadurch scheint aber auch die sogenannte „vollkommene Ratlosigkeit, mit welcher die Modernen dem Problem gegenüberstehen“ und „die sich am deutlichsten und abschreckendsten in den Schriften von v. Liszt widerspiegelt¹¹⁴⁾, gekennzeichnet als das richtige Empfinden von der teilweisen Übereinstimmung des Wesens von Strafe und sichernder Maßnahme (diese im weiten bisher gebräuchlichen Sinn genommen), unter Beachtung des Umstandes, daß die reine sichernde Maßnahme in einem Gegensatz zur Strafe steht¹¹⁵⁾. So dürfte sich auch nachweisen lassen, daß Liszt bei den sich scheinbar widersprechenden Ausprüchen, die Birkmeyer S. 53 ff. zitiert, vielfach auch wesentlich Verschiedenes im Auge hat. Seine Schuld ist es sicherlich nicht, wenn wir dem Begriff „sichernde Maßnahme“ ganz Verschiedenes untergeworfen haben^{116a)}.

Warum aber hält die klassische Schule Birkmeyerscher Richtung so hartnäckig daran fest, daß in den sichernden Maßnahmen schlechthin Verwaltungsmaßregeln zu sehen seien?¹¹⁶⁾. Auch

¹¹⁴⁾ Birkmeyer S. 53.

¹¹⁵⁾ v. Liszt, Lehrbuch S. 253.

^{116a)} Übrigens handelt es sich in den von Birkmeyer angeführten Äußerungen v. Liszts zumeist um als solche kenntlich gemachte Vorschläge zu gesetzgeberischen Kompromissen, oder um Erörterungen, die lediglich die Problemstellung berühren, ohne direkte Antwort darauf zu geben. — Die neueste Auflage des Lehrbuchs zeigt gerade in § 58 wesentliche Änderungen gegen früher, verbunden mit schärferer Durchführung des prinzipiellen Standpunktes. (Vgl. z. B. § 58 II 2.)

¹¹⁶⁾ Für Italien vgl. Longhi, a. a. O. S. 12: „La „scuola classica“ nulla fa per mettersi in rapporto col nuovo diritto e per dimostrare il proprio gradimento. Più che approvare, essa mostra di subire i recenti prodotti, che l'opera legislativa gitta alacramente sul mercato internazionale; peggio ancora, con diplomatico accorgimento, finge volentieri di ignorarli, come se la loro esistenza non la riguardasse. — Si tratta di norme di diritto amministrativo! esclama distrattamente; e ciò detto, ritorna alle sue leggi repressive e alla imperturbabile riproduzione delle regole consuete, senza ricordare che dopo un secolo qualsiasi sistema mostra la corda e che gli austeri principi ond'esso è tessuto possono assumere un mortificante aspetto di fissazioni.“ Vgl. auch die Fortsetzung hierzu.

hier macht die Antwort keine Schwierigkeiten: Weil sonst die Grundlage ihrer Auffassung als irrig erwiesen ist. Ist aber die Scheidung, wie wir nachzuweisen versuchten, tatsächlich 'ungerechtfertigt, dann müssen die Sätze des allgemeinen Teiles auf beide bisher so scharf geschiedenen Maßregeln Anwendung finden, soweit nicht aus dem vorwiegenden Zwecke Abweichungen von einander sich als nötig ergeben. Auf einer Wesensverschiedenheit würden sie nicht beruhen. Und so müßte denn auch die Begnadigung gegenüber den sichernden Maßnahmen Anwendung finden oder durch einen ausdrücklichen Satz im Gesetz ausgeschlossen werden, wie es der zitierte österr. Entwurf über die Abänderung der StPD. auch tatsächlich in § 517 zu tun scheint: „Die Entlassung findet nur auf Grund eines gerichtlichen Beschlusses statt.“

v. Liszt's Satz aber, daß „Verwaltungsmaßregeln, wie die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt, von der Begnadigung nicht berührt werden“¹¹⁷⁾, verlangt dringend nach einer Präzisierung. Er ist zum mindesten mißverständlich!

Kohlrausch's Ansicht, daß es ein Wahn sei, anzunehmen, eine der wichtigeren Fragen könnte losgelöst von der strafrechtlichen Gesamtauffassung beantwortet werden, stimmen wir voll bei. Und zugegeben, daß man nach einem langen Kampfe sich zuzeiten nach Ruhe sehnt, der Ansicht, daß der Schulenstreit sich überlebt habe, können wir nicht beistimmen. Das Erscheinen eines Entwurfs, der, wie der deutsche, zwei Parteien gerecht zu werden versucht, keine direkt verletzt, aber auch keine voll befriedigt, fassen auch wir auf als Zeichen zu einem Waffenstillstand, als Mahnung zu einem Gottesfrieden auf; man kann mit v. Liszt vielleicht auch darin sehen: den Anbruch einer Zeit positiver Arbeit, schöpferischen Aufbaues¹¹⁸⁾. Der politische Gedanke, daß

¹¹⁷⁾ Lehrbuch S. 292.

¹¹⁸⁾ v. Liszt, Münch. Neuest. Nachr. v. 16. Nov. 1909 No. 536. Sgl. auch v. Hippel, Z. Bd. 30 S. 904 ff. A. A. Birkmeyer, Das Absehen von Strafe nach dem Borentwurf. Leipzig 1910. Auch seien die „Kritischen Beiträge zur Strafrechtsreform“, herausgegeben von Birkmeyer und Nagler, ihr Erscheinen fort. Wir bedauern lebhaft, die neuesten Hefte (13 und 14) dieser Sammlung: „v. Rohland, Die soziologische Strafrechtslehre“ und „Nagler, Verbrechensprophylaxe und Strafrecht“ (beide: Leipzig 1911) erst nach Beendigung der Korrektur dieses Aufsatzes erhalten zu haben, so daß uns eine Berücksichtigung der Ansichten dieser Autoren nicht mehr möglich war. — Nagler's Abhandlung ist so umfangreich, die Momente, denen gegenüber eine Stellungnahme unsererseits uns als wünschenswert oder notwendig erscheint, sind so zahlreich, daß wir auch auf die Absicht verzichten

das Bessere nur zu oft der Feind des Guten ist, kann den einen dazu veranlassen, mit dem zufrieden zu sein, was er erreicht, den anderen vor weiterem Streit abschrecken, um nicht mehr zu verlieren, als er schon verloren. Aber auch das Bewußtsein, daß „die Wahrheit auf dem Marsche“ ist, daß den vertretenen Gedanken die Zukunft gehört, daß sie sich selbst durchsetzen werden und müssen, kann manchen trotz seiner wissenschaftlichen Überzeugung zu ruhigerem Zusehen veranlassen, als jenen, der etwa sein Gebäude versinken sieht.

Das ist politisch gedacht, nicht wissenschaftlich. Der Satz, „daß die Wahrheit mit sich nicht handeln läßt, die Wissenschaft keine Kompromisse kennt“, ist aber ebenso richtig wie jener: „Anders liegt es auf dem Gebiet der praktischen Betätigung, auf dem Gebiet der Gesetzgebung insbesondere. Hier sind Kompromisse nicht nur möglich, sie sind die notwendige Voraussetzung für jeden Fortschritt, sie können nicht umgangen werden, soll nicht das politische Leben in trostloser Stagnation versumpfen oder in brutale Majorisierung ausarten“¹¹⁹⁾. So kann man den Wunsch verstehen, das Zustandekommen des Gesetzeswerkes, das vorliegt, nicht durch weiteren Streit womöglich zu verhindern. In diesem Sinne mag davon gesprochen werden, daß der Schulenstreit tot ist. Nicht aber darf darüber Unklarheit herrschen, daß diesem einen Satze ein zweiter unmittelbar folgen muß:

„Der Schulenstreit ist tot.“

„Es lebe der Schulenstreit.“

mußten, in einem kurzen „Schlußwort“ unsere Stellung zu Naglers Ansichten zu präzisieren. Die detaillierte Würdigung der Naglerschen Arbeit müssen wir uns für eine spätere Gelegenheit aufsparen. In unserem druckreifen Zeitalter muß man der Freude entsagen lernen, auch nur für kurze Zeit in einer wichtigeren Frage das „letzte Wort“ gesprochen zu haben.

¹¹⁹⁾ v. Liszt, Z. Bd. 21 S. 140.