36.

Strafe und Sicherung im deutschen Vorentwurf.

Von Dr. Edwin Baumgarten, Tübingen.

I. Der deutsche Vorentwurf zum Strafgesetzbuch hat vielfachen Beifall gefunden. Nicht jenen Beifall, der aus vollem Herzen kommt — den konnte er nicht finden. Dazu hätte es der Hingabe an das, was uns groß erscheint, bedurft. Die Wogen und die Sterne, von denen man sagt, daß sie uns unwiderstehlich anziehen, brausen und leuchten auch dem Gesetzgeber. Ihm kann das Leben, das er meistern soll, als das Meer erscheinen, das immer neue Wellen heraufschickt, das immer neue Kraft fordert, einen immer neuen Kampfplatz bietet. Ihm wird dann eine feste Planke notwendig erscheinen, vor allem aber ein kraftvoller, zu stets neuer Arbeit freier Lenker. Dieser Gesetzgeber wird seinem Richter nur ein Geringes an festen Grundprinzipien auf den Weg geben — er wird seine Hand stärken, ihn frei machen, und ihm vertrauen. Ein anderer Gesetzgeber glaubt zu festen unabänderlichen Prinzipien hinaufzublicken, deren Kunde ihm das Stete im Wechsel, das Unveränderliche im Veränderlichen zeigt und ihm die Beherrschung der Zukunft ermöglicht. —

Wir kennen Gesetzgeber dieser und jener Art. Die Verfasser des Vorentwurfs haben weder die eine noch die andere Bahn eingeschlagen. Sie gehen davon aus, daß es nicht möglich ist, das Strafgesetzbuch auf einem es wirklich beherrschenden Grundgedanken aufzubauen, wenn auch die vergeltende Gerechtigkeit im Mittelpunkte stehen müsse. Sie gehen davon aus, daß das neue Strafrecht auch sichernde Maßnahmen einführen müsse, drängen diese Maßnahmen aber dann doch wieder auf möglichst kleinen Raum zusammen. Sie gehen davon aus, daß die festen Strafmaße, wie sie das geltende Recht in weitem Umfange kennt, nicht den Bedürfnissen des Lebens entsprechen (wobei allerdings ihre Bedeutung im Sinne der Generalprävention völlig beiseite gelassen wird)¹⁾ und geben dem Richter eine in mancher Be-

¹⁾ Auf die Wirkung bestimmter Strafandrohungen im Sinne der Generalprävention ist freilich bei unserer heutigen Anschauung nicht allzuviel Gewicht zu legen. Neben die ordentliche Strafe müssen doch die mildernden Umstände treten, und der durch sie bedingte, niedrige Strafrahmen wird dann doch im Volksbewußtsein als die eigentlich auf die Tat gesetzte Strafe erscheinen.

ziehung recht weitgehende Anpassungsbefugnis. Und doch hält man es dann wieder für nötig, die Richterrechte in überaus schematischer Weise zu beschränken, eine Beschränkung, die allerdings zum Teil lediglich die harmlose Wirkung haben wird, feststehende Urteilsphrasen zu schaffen, zum Teil aber doch hemmen und schädigen kann ²⁾).

Wir brauchen in der Beweisführung dafür, daß der Vorentwurf auf die Kraft einheitlichen Grundprinzips verzichtet, nicht weiter zu gehen. Der Vorentwurf selbst hebt die vermittelnde Tendenz, die er verkörpert, generell und im Einzelfalle mit Nachdruck hervor ³⁾ und die Anerkennung, die er gefunden hat, wird mit einer auf diese Tendenz gestützten Begründung gezollt. Es haben sich in der Tat die Vertreter der verschiedensten Richtungen nach der Mehrheit der bisher laut gewordenen Äußerungen dahin geeinigt, daß es dem Vorentwurf gelungen sei, die prinzipiellen Streitfragen insoweit wenigstens durch die Wahl einer goldenen Mitte zu lösen, daß der Entwurf annehmbar erscheint ⁴⁾. Bei dieser teilweisen Zufriedenheit mit der Neuregelung ist freilich zu berücksichtigen, daß dem Entwurf, ohne daß er es seiner Arbeit zurechnen dürfte, zugute kommt, daß er manche Verbesserungen bringt, die infolge der Fortentwicklung des Rechts selbstverständlich sind.

Es sind aber auch ernste Löne gegen den Entwurf erklingen. Die Kritik, die von Liszt ⁵⁾ der Schullehre des Entwurfs widmet, ermangelt nicht ungewöhnlicher Schärfe. Und wenn man, wie es der Verfasser tut, solchen Tadel als vollauf berechtigt ansieht, so ist das nicht nur Anlaß genug in der Anerkennung des in einem Hauptstück so mangelhaft ausgestalteten Werks als eines Meisterstücks zurückhaltend zu sein. Wir sind gezwungen, an der Meisterhand zu zweifeln und mit volstem Verantwortlichkeitsgefühl den Vorentwurf einer allseitigen Kritik zu unterziehen.

Die vorliegende Arbeit soll dieser Pflicht insoweit nachkommen, als sie eine allgemeine Betrachtung der Strafe und der sichernden Maßnahmen des Vorentwurfs geben will. Zu dieser allgemeinen Betrachtung wird naturgemäß ein Eingehen auf mehr technische

²⁾ Man vgl. die §§ 81, 88, 89, 38 des Vorentwurfs.

³⁾ S. besonders die viel zitierte Stelle Begründung S. IX u. X.

⁴⁾ Vgl. dazu v. Hippel, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Ab. 30, S. 872.

⁵⁾ v. Liszt, J. Ab. 30, S. 250 ff.

Einzelfragen da treten, wo diese dem Verfasser als verbesserungsbedürftig erschienen sind. —

Das Strafrecht hat eine spezifische soziale Zweckbestimmung, gegeben durch die Zwecke oder den Zweck, der mit der Durchführung gewisser sozialer Maßnahmen, die wir Strafe nennen, verbunden wird. Wir werden — durch diesen Hinweis soll der Einwand einer *petitio principii* ausgeschlossen werden — im folgenden feststellen, daß eine solche besonders geartete Maßnahme, die Übelzufügung mit diesem Selbstzweck, uns als notwendig erscheint, daß sie von einem sie nach unserer Anschauung rechtfertigenden Prinzip ausgeht, und, durch diesen Zweck und Rechtsgrund begrenzt, durchgeführt werden muß. Der Gegenstand dieser Reaktion, der jedenfalls auch sozial-schädliche Handlung ist, wird uns zu der Erkenntnis führen, daß wir bei der Handhabung des Strafrechts dazu gelangen, verschiedenartigste Gefährdung der sozialen Ordnung durch sozial-schädliche Individuen aufzudecken. Diese Tatsache wird dazu hinüberleiten, zu erwägen, inwieweit es das Staatswohl erfordert und inwieweit es unsere Grundanschauungen von der Freiheit der Persönlichkeit und der Staatsgewalt ermöglichen, anderweitige Maßnahmen zu treffen und insbesondere inwieweit sich diese im Rahmen der Strafe und im Anschluß an das Strafrecht vornehmen lassen.

In Durchführung unserer konkreten Aufgabe werden wir zu prüfen haben, inwieweit der Vorentwurf den sich auf dieser Grundlage ergebenden Pflichten nachgekommen ist. Wir werden zunächst zu prüfen haben, inwieweit sich seine Strafe mit dem zugrunde zu legenden Begriff der Strafe deckt, und inwieweit er in dieser Beziehung seinen eigenen Prinzipien treu bleibt. Und weiterhin werden wir zu prüfen haben, inwieweit sich die „sichernden Maßnahmen“ des Entwurfs als solche halten lassen, inwieweit Sicherungsmaßregeln in zulässiger Weise — bewußt oder unbewußt — mit der Strafe kombiniert sind und ob nicht der Sicherungsgedanke in noch anderer Weise als es der Entwurf tut, zum Leben zu bringen ist.

Wir werden bei unseren Ausführungen nicht immer eine Anknüpfung in den Darlegungen der Verfasser des Vorentwurfs finden. Das soll uns nicht stören. Es ist lange her, daß der deutsche Kriminalist Gedanken über die Grundlage unseres Rechtslebens aus der Fachliteratur entnehmen konnte; erst die jüngste Zeit hat hier Wandel geschaffen. Und wir sind gewöhnt, solche Erwägungen „fern von Madrid“ zu sehen.

II. Wir wollen von der Frage „Strafrechtsprinzipien und der Vorentwurf“ in erster Linie handeln. Absichtlich wählen wir für die Besprechung dieser Frage eine Bezeichnung, die uns von vornherein über den Verdacht erhebt, als wollten wir die *Schulzugehörigkeit* des Vorentwurfs prüfen, sei es nach seinem eigenen Pronunciamiento, sei es in quantitativer Abwägung der einzelnen Bestandteile, die auf die von der modernen oder der klassischen Schule vertretene Richtung zurückzuführen sind. Wir wollen auch dahingestellt sein lassen, ob eine „dritte Schule“⁶⁾ sich rühmen kann, die Wege gegangen zu sein, die der Vorentwurf jetzt eingeschlagen hat.

Im gegenwärtigen Zeitpunkt muß unsere Arbeit auf ein praktisches Ziel gerichtet sein. Und ein solches Ziel ergibt die Kompromißarbeit allerdings.

Ich habe an anderem Orte⁷⁾ im Hinblick auf die weitgehende Kompromißbereitschaft aller Parteien, diesen allgemeinen Willen, sich majorisieren zu lassen, an das Wort von Rousseau über das Majoritätsprinzip erinnert: *cette loi est elle même un établissement de la convention et suppose, au moins une fois, l'unanimité*. Und dieser Wille, uns zu einen, kann nicht lediglich einen formalen Gehalt haben, er muß einen materiellen Inhalt haben. Er muß die Gesamtheit unserer materiellen Zugeständnisse in wohl überlegter Gesamtheit und mit wohl überlegter Begrenzung enthalten. Wie wir über diese materielle Grundlage unserer Kompromißbereitschaft einig sein müssen, so muß jede Partei das Ergebnis der Kompromißarbeit ernstlich darauf prüfen, ob es dieser materiellen Grundlage entspricht. Durch allgemeine Kompromißbereitschaft und durch das Zauberwort von ihrer Nützlichkeit und Notwendigkeit darf man sich nicht zu Verzichten hinreißen lassen, die man nicht vertreten kann.

Die Stellung des Vorentwurfs zu dem „Schulstreit und den Strafzwecken“ hat v. Hippel in einer mehrfach angeführten Abhandlung geprüft⁸⁾. Wir könnten mit der mittleren Richtung der Wissenschaft, die er vertritt, und die nach ihm der Entwurf vertreten soll, uns einverstanden erklären, wenn die von ihm angenommene

⁶⁾ Vgl. v. Hippel, a. a. O., S. 876.

⁷⁾ Feuerbach, 1907, Einleitung S. 3.

⁸⁾ Z. Bb. 30, S. 872 ff.

Mischung der klassischen und der modernen Richtung wirklich in der Harmonie erfolgt wäre, die er ihr vindiziert ⁹⁾ ¹⁰⁾.

Seine Grundanschauung von der Strafe ist die vergeltungsweise Zufügung verdienten Übels, wobei die Vergeltung als Äußerung des zur Selbsterhaltung notwendigen Vergeltungsbedürfnisses gefaßt und weiterhin angenommen wird, daß diese Vergeltung kein so festes Maß in sich enthält, daß nicht bei ihrer Ausübung den Bedürfnissen der Generalprävention und der Spezialprävention Rechnung getragen werden könne.

Von dieser Ansicht möchten wir die Rückbeziehung des Vergeltungsbedürfnisses auf den Selbsterhaltungstrieb ausschneiden, da dieser Verbindung, nachdem sich der Vergeltungstrieb in unserer menschlichen Natur als selbständiger konstituiert hat, für unsere Auffassung eine Bedeutung nicht zukommt ¹¹⁾. Dann ist diese Theorie

⁹⁾ Wir sehen hier von den Ausführungen auf S. 877, 878 ff. ab, die, wie wir sie auffassen, dahingehen, von der Maßnahme der Strafe auszugehen, deren Wirkungen zur Klarheit zu bringen und diese Wirkungen dann, soweit sie günstige sind, bewußt in möglichster Vollkommenheit anzustreben. Diese Erwägung würde zunächst eine *petitio principii* insofern enthalten, als sie mit einem feststehenden Inhalt der Strafe rechnet. Diese Ansicht würde praktisch insofern von unerwünschten Konsequenzen begleitet sein, als sie uns daran hindert, sichernde Maßnahmen, die sich an die wesensverschiedene Strafe angegliedert haben können, in ihrer Selbständigkeit zu erkennen und fortzuentwickeln. Eine weitere *petitio principii* würde darin liegen, daß für seine lediglich objektiv gefaßte „Strafe“ ohne weiteres ein Rechtsgrund als vorhanden angenommen wird. Diese Strafe würde sich wohl kaum auf den Satz stützen können, daß „die Strafrechtsschulen darin übereinstimmen, daß sie den Rechtsgrund der Strafe in ihrer Notwendigkeit erblicken“ (S. 877). In der kausalen Beziehung, die alle übrigen Theorien ihrer Strafe geben, liegt erst die Möglichkeit, sich auf den Rechtsgrund zu berufen. Die im Vorstehenden dargelegte Anschauung erscheint allerdings nicht geeignet, ein irgendwie klares Verhältnis der übelvergeltenden Funktion der Strafe und ihre sonstigen Wirkungsmöglichkeiten zu gewähren (vgl. die auf S. 899 angeführte Polemik D e t k e r s). Für uns erlebte sich diese Darlegung damit, daß v. H i p p e l dieses Verhältnis dann weiterhin in der im Text ausgesprochenen Weise zum Ausdruck bringt.

¹⁰⁾ Die Begründung spricht sich gelegentlich viel weitgehender aus, cf. S. 748, wo die Generalprävention doch wohl neben, und nicht unter die Vergeltung gestellt wird.

¹¹⁾ Vgl. H e r b e r, Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit, Band I, S. 268; Band III, S. 426, ich zitiere die Ausgabe von 1790, Karlsruhe bei Christian Gottlieb Schmid.

dieselbe, wie sie Grotius in seinem Werke *De iure belli ac pacis* aufgestellt hat und bei der er den Inhalt der Strafe in die Worte zusammenfaßt: *intra debiti vero modum magis aut minus pro utilitate*. Diese Erkenntnis vom Wesen des Strafrechts ist auch mir stets als das Beste und Letzte erschienen, was gesagt werden kann¹²⁾.

¹²⁾ In meiner Arbeit („Feuerbach usw.“, Tübingen 1907) habe ich die Lehre des Grotius eingehend zur Darstellung gebracht (a. a. O. S. 7 bis 26) und dabei auf den sich mit dem Endergebnis der Ansicht des Grotius bedenden Aufsatz von Werner im Neuen Archiv N. F. 1845, S. 144, hingewiesen.

Der in neuerer Zeit vielfach verwandte Vergeltungsbegriff ist allerdings viel komplizierter. So z. B. der Vergeltungsbegriff oder vielmehr der Begriff der rechtlichen Vergeltung, wie er als solcher für die staatliche Vergeltung bei Veling zugrunde gelegt wird. Der Begriff der (moralischen) Vergeltung wird von Veling, Vergeltungsibee, S. 9 ff., anschaulich wiedergegeben und begründet. Damit aber, daß unter Verneinung des dem Vergeltungstrieb von Kant vindizierten kategorischen Imperativs das Eintreten des Staates in die Rolle des Vergeltenden damit erklärt wird, daß das Interesse des Staats an der staatlichen Autorität ein solches Eintreten fordere, weil der Nichteintritt staatsstörende Maßnahmen der Bevölkerung zur Folge haben würde und weil weiterhin der Eintritt Gelegenheit zu Anerkennung findender Autoritätsentfaltung bieten werde, ändert sich bei ihm der Vergeltungsgedanke völlig. Nunmehr ist der zum Eintritt bewegende Zweck maßgeblich und die vergeltende Maßnahme darf nur unter dem Gesichtspunkte geprüft werden, ob sie der Autoritätswahrung genügt.

Diese Umgestaltung ist nicht anzuerkennen. Der Staat tritt ein: einmal, weil sonst Friedensbruch durch Selbsthilfe — wie auch Veling mit Merkel annimmt — die Folge sein würde. Der Staat muß dann auch im Sinne der Gefühle handeln, deren Unbefriedigtsein sein Eintritt verhüten wollte, sonst würde er seinen Zweck sehr unvollkommen erreichen. Der Staat tritt aber auch deshalb ein, weil es seine Aufgabe ist, das durchzuführen, was die Allgemeinheit als richtig empfindet, soweit die Verwirklichung solchen Empfindens auf dem Boden des Staatslebens möglich ist und sich füglichweise nur unter der Leitung des Staates entfalten kann. Deshalb braucht man noch nicht einen kategorischen Imperativ des Vergeltungsgedankens anzuerkennen — wie uns dies übrigens Veling in der von ihm mit Merkel geteilten Begründung für den Eintritt des Staates eben doch insoweit zu tun scheint, als er die Vergeltung durch Selbsthilfe der Bürger als selbstverständlich annimmt. Bei dem zweiten von uns angeführten Grunde für den Eintritt des Staates ergibt sich noch klarer aus bei dem erstangeführten, daß auch dem vergeltenden Staat Vergeltung das sein muß, was sie dem Volksempfinden ist. Daß der Staat als souveräner Wille mobilisieren kann und mobilisieren wird, ist offensichtlich, aber es kann als Klarheit bringende Auffassung nicht angesehen werden, wenn man solche Gegensätze der moralischen und der rechtlichen Vergeltung

Diese um des verübten Übels willen mit Übelzufügung vergeltende Gerechtigkeit hat in erster Linie die gewollte Wirkung, leiden zu lassen.

Die Androhung und die Vollziehung des Übels wirkt nun aber, auch wenn sie im Sinne der Vergeltung geschieht, zweifellos zugleich im Sinne der Generalprävention, und es ist zuzugeben, daß sich die Vergeltungsstrafe um dieser notwendigen sozialen Maßnahme willen eine gewisse Dehnung wird gefallen lassen müssen, ebenso wie sie infolge der Unbestimmtheit des Leidensäquivalents für das *malum actionis* einer Anpassung an die Spezialprävention durchaus zugänglich ist. Das alles aber nur dann, wenn die sich ergebende Strafe uns immer noch als ein nicht übermäßiges Leidensäquivalent erscheint, und für diesen Gefühlswert gibt es zwar eine ungewisse, aber doch auch eine sehr gewisse Grenze.

Das ist es, was die Vergeltungsstrafe für die Forderungen der Anhänger relativer Strafrechtstheorien tun kann. Wir haben den allgemeinen Satz kurz gefaßt, seine Anwendung für den Einzelfall läßt sich nur dem Einzelfall gegenüber geben. Wir wollen aber — mit manchen anderen — noch weiter gehen¹³⁾. Man hat im früheren Streite über die Begründung des Strafrechts viel von einem „Verteidigungsrechte“ des Staats, von einer „Entschuldigung der Notwehr“ gesprochen¹⁴⁾. Man suchte damit das Strafrecht des Staates zu

schafft, wie es die neuere Lehre tut. (Vgl. übrigens über die Schwierigkeiten, in die man gerät, Belling, a. a. O., S. 52.)

Zu dem Verhältnis der Kompatibilität von Vergeltung und relativistisch gedachter Strafe vgl. Belling, a. a. O., S. 118, Note 1, S. 119, 122, 123. Belling erkennt hier wohl die Möglichkeit an, daß Vergeltung im Sinne relativer Theorien wirken könne, nimmt aber anscheinend eine Dehnbarkeit des Vergeltungsmaßes als unter diesem Gesichtspunkte erheblich nicht an. S. 126 rät er endlich von jeder Verquickung der Maßnahmen ab. Dieser Standpunkt hängt mit seinem Begriffe des dem Strafrecht gegenüber gestellten Präventionsrechtes zusammen, auf das wir noch im Laufe dieser Arbeit zu sprechen kommen werden.

Eine Übersicht über die dem Gedanken der rechtlichen Vergeltung gewidmeten Literatur bietet in kritischer Kürze A. Baumgarten, *Idealkonkurrenz*, Breslau 1909, S. 33 ff.

¹³⁾ Auf die Zulässigkeit sichernder Maßnahmen nach unserer Zeitanschauung werden wir am Schlusse dieser Arbeit zu sprechen kommen.

¹⁴⁾ Vgl. meine Arbeit „Feuerbach usw.“ S. 65, daselbst auch die Darstellung der im folgenden erwähnten Kontroverse.

stützen, als die auf das Konsensprinzip¹⁵⁾ gegründete Strafe nicht ausreichend erschien. Diese Gegensätze sind heute nicht mehr lebendig. Und doch tritt mit dem Vorentwurf ein neuer Gedanke, der die Erinnerung an sie wachruft, in das Strafrecht ein. Wir kennen nun im Strafrecht wiederum einen Gegensatz zwischen Strafe und Sicherungsmaßnahmen. Der Begriff der beiden Supplemente der Strafe ist in negativer Richtung der gleiche: Sicherungsmöglichkeit, wo die Strafmöglichkeit versagt. In positiver Beziehung muß er sich nach der Verschiedenheit der Begrenzung der Strafe richten. Früher gab er die Möglichkeit der Übelzufügung über diejenigen Übel hinaus, bezüglich derer man die Einwilligung des Betroffenen durch den Gesellschaftsvertrag fingierte. Und heute bedeutet er — wenn wir berücksichtigen, daß mit der Vergeltungsstrafe nach Ansicht des Entwurfs die Möglichkeit Übel um des Übels willen zuzufügen, erschöpft ist, — daß wir in bestimmten Fällen gegen denjenigen, der Gefahr droht, eine lediglich sichernde, d. h. lediglich auf Abwendung des von ihm drohenden Schadens gerichtete Maßnahme ergreifen dürfen.

Wir begrüßen diese Neuerung. Sie gibt uns die Möglichkeit, das Strafrecht, das Gebiet des Waltens der vergeltenden Gerechtigkeit, mehr als bisher rein zu halten. Sie gibt dem Strafrichter, als dem Vertreter des Staates auf dem Posten, da der Kampf des sozialen Körpers mit sozialschädlichen Elementen am heftigsten ist, die Macht, offensichtliche Gefahrquellen auch da abzustellen, wo es sich nicht um vergeltende Strafe handeln kann. Die neue Bestimmung wird nicht nur manchen Schaden verhüten. Sie wird den Strafrichter sein um so vieles kraftvoller und wohlthätiger gewordenen Amt leichter tragen lassen. Sie wird im Volke das Vertrauen zu der Straft unserer Rechtspflege stärken, und erheblich dazu beitragen, daß wir nach und nach zu dem Ziele gelangen, daß unsere Richter allseitig als die zu lebensvoller Wirksamkeit berufenen Hüter der sozialen Ordnung angesehen werden.

Damit aber all das eintreten kann, müssen wir eine doppelte Forderung aufstellen. Es muß von den Sicherungsmaßnahmen ein kraftvoller Gebrauch gemacht werden und es muß Gebietstrennung innegehalten werden. Der Gedanke an die Möglichkeit von Siche-

¹⁵⁾ Es ist dies diejenige Theorie über die Begründung des Strafrechts, welche die Strafberechtigung durch im Sozialkontrakt erteilte Einwilligung des Strafunterworfenen entstehen läßt.

rungsmaßnahmen darf nicht dazu führen, daß man vergeltende Strafe in seltsamer Irrung an die Stelle setzt, an die Sicherungsmaßnahmen zu treten haben. Diese Forderungen klingen selbstverständlich. Und doch müssen wir dem Entwurf den Vorwurf machen, daß er im wichtigsten Punkte von Sicherungsmaßnahmen abgesehen hat und geglaubt hat, dies dadurch gutmachen zu können, daß er vergeltende Freiheitsstrafen von einer nur durch den Gesichtspunkt der Sicherung zu rechtfertigenden Dauer aufgestellt hat ¹⁶⁾.

Der Vorentwurf hat mit seiner Neueinführung — soweit wir lediglich die Aufstellung einer neuen Kategorie der staatlichen Reaktionsmaßnahmen ins Auge fassen, — einen energischen und glücklichen Schritt zu der Aufgabe hin getan, deren Lösung für die Vertreter der Vergeltungstheorie im Vordergrund steht. Diese Theorie befindet sich einer überaus schwierigen Aufgabe in einer Zeit gegenüber, in der die Maßnahmen gegen sozialschädliche Elemente in ihrer Energie wesentlich gesteigert werden müssen, und in der gleichzeitig ein lebhaftes Mitgefühl für menschliches Leiden und eine Abneigung dagegen, die menschliche Verantwortlichkeit hervorzuheben, herrscht. Hätte der Entwurf lediglich die Strafe — und sie aufgefaßt als Vergeltungsstrafe — gekannt, so hätte sich eine weite Dehnung dieser Strafe im Sinne staaterhaltender Maßnahmen nicht vermeiden lassen. Eine Ausdehnung auf Fälle, in denen die Vergeltungsstrafe ohne offensichtliche Ungerechtigkeit nicht verwendet werden kann, hätten die Vertreter der Vergeltungstheorie, Klarheit fordernd, nicht anerkennen können. Um so mehr gilt das jetzt, da uns der Entwurf eine Kategorie der Sicherungsmaßnahmen der Strafe gegenüberstellt. Wenn der Entwurf nicht imstande ist, hier durchzugreifen, so kann von einer wirklichen Reform unserer Strafgerichtsbarkeit nicht geredet werden. Man mag ausbessernde Flidarbeit anerkennen, aber man muß in positiver Richtung ganze Arbeit fordern. Man muß mit vollem Nachdruck fordern, daß der Sicherungsgedanke nicht allzu schwächlich angewendet und vor allem, daß nicht infolge dieses einen großen Fehlers ein zweiter noch größerer begangen wird und die Strafe, die in dieser Überspannung nicht mehr als gerecht empfunden werden kann, der Achtung in weiten Kreisen des Volks beraubt und damit im ganzen Gebiete ihrer Anwendung kraftlos wird. Uns scheint es,

¹⁶⁾ Diese Strafen sind aber, wie wir im Folgenden zeigen werden, dann doch wieder nicht von einer für den Sicherungszweck genügenden Dauer.

daß das geschehen würde, wenn der Entwurf in den einschlägigen Bestimmungen Gesetz würde und bei dem Stande der heutigen Anschauung gibt es, da ein anderer Weg diejenigen Tendenzen, die zur Überspannung der Vergeltungsstrafe hätten führen können, zum Leben gelangen läßt, keine Entschuldigung mehr für den Mißbrauch der vergeltenden Gerechtigkeit.

III. Wir stellen bei unserer Beurteilung der gerechten Verteilung des Machtbereichs der Strafe und der sichernden Maßnahmen nicht so sehr darauf ab, ob die Verteilung der §§ 42 ff., 63 ff. des Vorentwurfs in jedem Einzelfalle eine glückliche zu nennen ist.

Wir empfinden auch eine weitere Einschränkung des Vorentwurfs als gerechtfertigt, daß er die Sicherungsmaßregeln nur dann eingreifen lassen will, wenn im Falle des § 42 auf eine nicht ganz unerhebliche Strafe (vierwöchentliche Gefängnis- oder Haftstrafe) erkannt ist. Wir müssen uns dabei freilich des Gegensatzes zu der Regelung in § 65 des Vorentwurfs bewußt werden, nach welcher letztgenannter Bestimmung die Straffrage nicht in Betracht kommt — kann doch die Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt auch im Stadium der Außerverfolgungsehung eintreten. Wenn es auch weiterhin nach der Begründung des Vorentwurfs¹⁷⁾ nicht fraglich erscheint, daß das Arbeitshaus eine Sicherungsmaßnahme im öffentlichen Interesse ist — im Falle der selbstverschuldeten Trunkenheit geht das Gesetz ja soweit, Anstalts-einweisung auch auf Grund des Interesses des Täters zuzulassen¹⁸⁾ — und somit die Begründung der Einweisung eine generell gleiche ist, so scheinen uns doch die Voraussetzungen des § 65 des Vorentwurfs eine so viel intensivere Gefährdung zu verkörpern, daß verschiedene Behandlung sich rechtfertigt. Und an sich bietet die Forderung der Begehung nicht ganz geringfügigen Delikts ein gewisses Palliativ für den Gedanken, daß man den Täter mit einer erheblichen Übelzufügung belegt, die als Vergeltung nicht gefaßt werden kann und soll. Es ist nicht unflug, diesem Empfinden Rechnung zu tragen, wenn auch die Begriffe etwas verwirrt werden¹⁹⁾.

¹⁷⁾ S. 143 ff., besonders S. 149.

¹⁸⁾ Begründung S. 240, wo die Maßnahmen nach § 43 in Gegensatz zu der im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegenden Maßregel nach § 65 gestellt wird. Über die Ausführungen der Begründung S. 362 wird späterhin zu sprechen sein.

¹⁹⁾ Die Begründung drückt sich zu diesem Punkt mit einer ihr so oft eigenen würdevollen Unbestimmtheit aus (S. 155) — zu schädlicher Vermischung des Sicherungs- und des Strafgedankens wird diese Maßnahme wohl nicht führen.

Die Klärung der Begriffe könnte nur dazu führen, noch härter zu sein, ohne daß dies notwendig ist, denn dem arbeitshausbedürftigen Vagabunden usw. wird die gesetzliche Strafvoraussetzung nicht so leicht fehlen. Die Ausführungen des § 42 über die weiteren Voraussetzungen der Einweisung wird man nicht ohne Reminiszenzen lesen. Ist es dem Entwurf durch die Aufstellung besonderer Prämissen gelungen, zu beweisen, daß den Maßnahmen des § 42 wirklich nur der eine Gefahrquelle darstellende Delinquent unterworfen wird? Wir denken daran, daß einst, als G r o l m a n das Strafrecht des Staates auf die Präventivwirkung gründen wollte, F e u e r b a c h ihm zurief, daß er die Unrichtigkeit der damit dem Delikt gegebenen Bedeutung nachweisen wolle „so streng wie einen Lehrsatz des Euclid“ — und daß er das getan hat. Aber eine gewisse Art von Delikten wird für eine von praktischen Gesichtspunkten ausgehende Zeit als für eine Sicherung ausreichender Beweis künftiger Gefährlichkeit genügen. Die Niederlichkeit und Arbeits scheu, die nach § 42 für das Delikt kausal gewesen sein müssen (vgl. Begründung S. 150) sind der Zustand der „Verwahrlosung“, aus dem gewisse Delikte hervorzugehen pflegen (S. 147), die sich ihrer Art nach in der Regel schon als Produkte eines „durch Niederlichkeit und Arbeits scheu geschaffenen Zustandes der Verwahrlosung“ darstellen (S. 150 der Begründung). Es ist dann allerdings besonders kühn, den Betrug in diesen Katalog der angeblich aus dem Erbübel entspringenden Übel aufzunehmen und auch andere Nummern sind unter diesem Gesichtspunkt nicht gerade glücklich gewählt. Da es aber u. E. nichts geschadet hätte, wenn der ganz generell lautende Art. 31 des Schweizer Entwurfs auch in dieser Hinsicht akzeptiert worden wäre, so gilt es nur die Niederlichkeit und Arbeits scheu in ihrer Beziehung auf die Gefährdung möglichst sorgfältig festzulegen und nicht zu glauben, daß uns das vom Gesetz gewählte Enumerationsprinzip dieser Feststellung auch nur einigermaßen entheben könnte. Der § 42 des Vorentwurfs fordert — man vgl. Begründung S. 151 — daß die Niederlichkeit und Arbeits scheu für die Tat kausal gewesen sein muß und daß der Zustand der Niederlichkeit und Arbeits scheu als nach Strafverbüßung fortdauernd anzusehen ist. Die letztere Voraussetzung drückt der Text des Vorentwurfs damit aus, daß er verlangt, die Unterbringung in ein Arbeitshaus müsse erforderlich erscheinen, um den Verurteilten wieder an ein gesetzmäßiges und arbeitsames Leben zu gewöhnen. Die — etwas pompöse — Formulierung erscheint insofern nicht ganz glücklich, als nach ihr der Richter

eigentlich die Erfolgshoffnung im konkreten Falle prüfen müßte. Sie erscheint auch insofern nicht ganz glücklich, als doch für die „Erforderlichkeit“ der Maßnahme das voraussichtliche Beharren in Liederlichkeit und Müßiggang stets als Begründung figurieren wird. Die Bestimmung würde deshalb besser gefaßt werden:

Entspringt eine strafbare Handlung der Liederlichkeit und Arbeitscheu des Täters, und ist anzunehmen, daß der Täter auch nach Strafverbüßung in diesem Zustande verharren würde, so kann das Gericht bei Verurteilung einer mindestens vierwöchentlichen Gefängnis- oder Haftstrafe in den vom Gesetz besonders bestimmten Fällen neben oder an Stelle der Strafe die Verbringung des arbeitsfähigen Verurteilten in das Arbeitshaus anordnen (würden die weiteren Bestimmungen folgen) ²⁰).

Zu diesen weiteren Bestimmungen soll hier insoweit Stellung genommen werden, als bezüglich der Maximalgrenze von drei Monaten für das richterliche Wahlrecht angeführt werden soll, daß sie haltbar erscheint ²¹), weil eine Trennung für Straf- und Sicherungsmaßnahmen im Volksbewußtsein wünschenswert ist, damit nicht die harten Sicherungsmaßnahmen, zu denen wir unzweifelhaft werden greifen müssen, mit der Strafe indentifiziert werden ²²) und allzu hart und von ihrem Rechtsgrunde nicht getragen erscheinen. Daß die Gerichte nunmehr über die Unterbringung und über die Unterbringungsdauer zu entscheiden haben, könnte als eine sehr zweifelhafte Verbesserung erscheinen. Hier steht indes der Entwurf auf dem — ihm anscheinend nur allzu wenig zur Verfügung stehenden — Boden der Selbsterfahrung, und man kann, da die alte Regelung versagt, das Ergebnis der auf den Richter gesetzten Hoffnungen abwarten, soweit man nicht etwa die Sicherungsmaßregeln in so weitem Umfange durchführen will, daß die bestmögliche Regelung ein Problem wird, dessen Lösung man auf solch vagen Hoffnungen nicht aufbauen kann, — worauf

²⁰) Die Beschränkung auf bestimmte Delikte könnte wegfallen, s. Text Seite 567.

²¹) Die Begründung des Entwurfs S. 155 versagt. Objektiv würde die Einweisung dem Vergeltungsgebanten genügen und ebenso die „besondere Wirkung“ des Strafvollzugs ersetzen. Von diesen Gesichtspunkten aus würde die generelle Wahlbefugnis des Richters völlig genügen.

²²) Dieser Grund dürfte auch das vom Gesetz für alle Fälle geforderte Auswerfen einer Strafe (Begründung S. 155) rechtfertigen.

wir noch zu sprechen kommen werden ²³⁾. Durch die — gegenüber den Regelbestimmungen erweiterte — Entlassungsbefugnis der Landespolizeibehörde wird dieser auch ein erheblicher Einfluß gesichert. Es ist übrigens mit einem gewissen Recht hervorgehoben worden, daß der Charakter des Arbeitshauses infolge der Ausdehnung des Kreises der zur Einweisung führenden Delikte sich insofern ändern werde, als die Einweisung bei diesen Delikten „als Zuchthaus unter anderem Namen angesehen werden werde“ ²⁴⁾. Daß die Maßregel manchen der jetzt von ihr Betroffenen härter treffen wird als die früher einzig von ihr betroffenen Kreise, ist richtig, wenn auch die Begrenzung der Voraussetzungen in § 42 zu berücksichtigen ist. Weiterhin ist zu bedenken, daß die ganze Einrichtung des Arbeitshauses damit zu rechnen haben wird, daß jetzt eine viel größere Anzahl gefährlicher Elemente zu meistern sind. Und wenn auch die Beschäftigung im Arbeitshaus sich vom Zuchthausvollzug wesentlich unterscheiden soll und unterscheiden muß, so wird doch anderseits in erheblichem Maße Vorsorge dafür getroffen sein müssen, daß schwer zu beaufsichtigende und zu leitende Persönlichkeiten in Zucht gehalten und zur Arbeit angehalten werden. Durch diese schon nach den Bestimmungen des Vorentwurfs vorhandene Notwendigkeit wird die von uns im folgenden vorgeschlagene weitergehende Verwendung des Arbeitshauses wesentlich gestützt erscheinen.

Bevor wir zu diesem Punkte übergehen, sind aber die weiteren sichernden Maßnahmen um des Zusammenhangs willen einer kurzen Übersicht zu unterziehen, wobei hervorgehoben werden soll, daß diese nicht als umfassende gedacht werden kann. Es kann sich nur darum handeln, unter den uns leitenden Gesichtspunkten einen Überblick über die Gesamtheit der sichernden Maßnahmen zu gewinnen, wobei sich der Neuregelung gegenüber eine Zahl von Einzelbemerkungen einstellt.

Die Unterbringung in eine Trinkerheilanstalt läßt sich, wenn mit den nötigen Kautelen umgeben, als eine vom Entwurf nicht auszuschließende Neuerung ansehen. Es erscheint allerdings fraglich,

²³⁾ Es ist übrigens infolge der im Vorentwurf ausgesprochenen Unvereinbarkeit von Zuchthaus und Arbeitshaus eine so weitgehende Verwendung des § 42 zu Sicherungszwecken ausgeschlossen. Über den Zusammenhang, in dem abgesehen hiervon an eine solche Verwendung gedacht werden könnte, wird späterhin gehandelt werden.

²⁴⁾ v. Lilienthal, §. 30, S. 234.

ob eine solche Unterbringung sich für ein Strafgesetz auf der Grundlage durchführen läßt, daß man von dem Erfordernis der Gemeingefährlichkeit absieht. Dies will der Entwurf tun, wie sich weniger aus dem Wortlaut des Gesetzes und der Begründung zum Paragraphen selbst als aus gelegentlicher Gegenüberstellung ergibt ²⁵⁾. Wenn man die Einweisungsbefugnis des Gerichts an die Begehung nicht unerheblicher Straftat knüpfen will, erscheint die Grenze von zweimonatlicher Gefängnis- oder Haftstrafe völlig ungenügend. Denn das Übel der Unterbringung darf nicht so leicht genommen werden. Aus diesem Grunde erscheint es auch zum mindesten überflüssig, wenn der Vorentwurf vorherigen Strafvollzug fordert. Die Begründung differiert in ihrer Regelung mit *Aischaffenburg* ²⁶⁾, der bei konstatierter Trunksucht stets Unterbringung in eine Heilanstalt fordert. Ein Verzicht auf den Vollzug erheblicher Strafe erscheint mit der Gesamtheit der gesetzlichen Regelung unvereinbar. Es wäre vielleicht durch eine dem § 65 Abs. 3 analoge Vollzugsvorschrift (eventl. Angliederung der Alkoholiker an die dort vorhergesehenen besonderen Abteilungen) und sodann dadurch zu helfen, daß — abgesehen von der Abstandnahme von Bestrafung mit der Grenze des § 42 (dreimonatlicher Freiheitsstrafe) — wenigstens an Stelle des Arbeitshauses stets die Trinkerheilanstalt tritt ²⁷⁾.

Zu der Regelung des § 65 steht § 43 in einem gewissen Gegensatz, der vermindert zurechnungsfähige Trunksüchtige kann bei Gemeingefährlichkeit dauernd in eine Heilanstalt eingewiesen werden. Eine aus der Trunksucht sich ergebende Gemeingefährlichkeit kann u. E. auch festgestellt werden, ohne daß im konkreten Fall geminderte Zurechnungsfähigkeit vorliegt. Auch in diesem Falle sollte das Gesetz die dauernde Einweisung zulassen.

Zu den Vorschriften der §§ 63 ff. des Vorentwurfs kann hier am so weniger ausführlich Stellung genommen werden, als sie ja

²⁵⁾ Begründung, S. 240. Nur gelegentlich soll angefügt werden, daß so wichtige Grundsätze in den Text des Gesetzes selber aufzunehmen sind. Wir können übrigens bei dem Vorentwurf ab und zu die Bemerkung machen, daß er es unterläßt, in den Gesetzestext gehörige gesetzgeberische Willensäußerungen im Gesetzestext zum Ausdruck zu bringen.

²⁶⁾ Vgl. Begründung, S. 161.

²⁷⁾ Das Wirtshausverbot soll hier unbesprochen bleiben. Wenn man glaubt, daß es zahlreiche Raufereien, Widerstandshandlungen usw. verhindern wird, so darf man nicht vergessen, daß es auch so manche ins Leben rufen wird.

weitreichende Grundfragen betreffen, die unserer Aufgabe fernliegen. Ein großes Verdienst wird der Vorentwurf haben — mußte es haben, wenn er sich nicht unabwiesbaren Forderungen verschließen wollte. Es wird nun nicht mehr, wie v. Lilienthal richtig sagt, die Freisprechung gemeingefährlicher Geisteskranker als ein Verbrechen gegen die Gesellschaft empfunden werden²⁸⁾. Mit Recht ist aber darauf hingewiesen worden, daß diese Internierung ohne gleichzeitige Einführung eines Verfahrens bedenklich erscheinen würde²⁹⁾. Die Begründung dafür zu geben, daß sich ein solches Verfahren in befriedigender Weise durchführen läßt, gehört eigentlich zur Begründung der Maßnahmen selbst und läßt sich nicht, wie es die Begründung will³⁰⁾, auf die Strafprozeßordnung überleiten. Es erscheint weiterhin der Umfang der Einweisungsmöglichkeit nicht erschöpft. Zuzugeben ist dem Vorentwurf³¹⁾, daß Art. 17 des Schweizer Entwurfs von 1903 dem Eingreifen des Gerichts eine der Veranlassung entbehrende Ausdehnung gibt. Immerhin sollten aber die einmal mit einem gefährlichen Geisteskranken befaßten Gerichte für die Internierung dieser Kranken Sorge tragen. Beispiele zeigen leicht, daß der Entwurf dieser Aufgabe nicht nachkommt. Ein Geisteskranker nimmt mit Kindern unter 14 Jahren unzüchtige Handlungen vor. Die verbrecherische Neigung ist klar, doch kann ihm die Alterskenntnis in dem zur Aburteilung verstellten Falle mit Sicherheit nicht nachgewiesen werden. Der Angeklagte wird eines Lustmords beschuldigt. Er zeigt sich im Verfahren als Geisteskranker, dem ein solches Verbrechen wohl zuzutrauen, und von dem es zu fürchten ist. Die Kette der Beweise schließt sich aber nicht. Die Geisteskranken können frei das Gericht verlassen. Sie sind nicht wegen Unzurechnungsfähigkeit freigesprochen und, so sagt die Begründung, der der Wortlaut des § 65 entspricht: „Werden sie aus einem anderen Grunde freigesprochen, so interessieren sie hier überhaupt nicht“³²⁾. Es ist eben sehr bedauerlich, daß sie die Verfasser der Begründung nicht „interessieren“, denn die Empfindungen der Allgemeinheit sind jedenfalls andere. —

²⁸⁾ Z. 30, S. 235.

²⁹⁾ van Calker, Z. 30, S. 285.

³⁰⁾ Begründung, S. 241.

³¹⁾ Begründung, S. 241.

³²⁾ Begründung, S. 239. Ausdrücklich wird das allerdings nur von den gemindert Zurechnungsfähigen gesagt, von dem Unzurechnungsfähigen muß aber nach dem Text des Gesetzentwurfs dasselbe gelten.

Es ist endlich nicht als richtig anzusehen, wenn der Vorentwurf die Einweisungsmöglichkeit auf den Fall der Freisprechung oder Außerverfolgungsehung beschränkt. Zum mindesten hätte hier in der Begründung zum Ausdruck gebracht werden müssen, daß bei Einstellung eine analoge Regelung in der Strafprozeßordnung durchgeführt werde, es wäre aber auch weiterhin nicht abzusehen, warum diese erst in der Strafprozeßordnung ihren Platz finden sollte. In die Strafprozeßordnung hätte lediglich das Verfahren über das Extrahieren dieses Beschlusses — der auch bei der Einstellung ein Gerichtsbeschluß zu sein hätte — Aufnahme zu finden. Ob das Zusammenwirken des Gerichts und der Verwaltungsbehörde glücklich gelöst ist, kann hier dahingestellt bleiben. Maßgeblich erscheint, daß das Gericht wohl bei der Einweisung energievoller vorgehen wird, daß seine Tätigkeit sich unmittelbar an den notwendigen Zeitpunkt anschließt, und daß es auch der Stellung des Gerichts entsprechend erscheint, da, wo es die Notwendigkeit erkennt, selbst verfügend einzugreifen. —

Darüber wird man sich aber wohl nicht im Unklaren sein dürfen, daß die Zahl der eingewiesenen Geisteskranken und gemindert Zurechnungsfähigen sich sehr häufen wird. Es ist anzunehmen, daß man in der Annahme von Unzurechnungsfähigkeit erheblich weiter gehen wird, nachdem die Möglichkeit zweckentsprechender Regelung gegeben ist. Ebenso wird wohl auch bei geminderter Zurechnungsfähigkeit das Gericht sehr häufig die Strafe gering bemessen und den Nachdruck auf die Einweisung legen. —

Die vom Entwurf vorgenommene Anwendung von Sicherheitsmaßregeln auf den gemindert Zurechnungsfähigen soll hier nicht näherhin erörtert werden ³³⁾³⁴⁾.

³³⁾ Insbesondere gehört es nicht zu unserer Aufgabe zu prüfen, inwieweit die Einführung des Begriffs der geminderten Zurechnungsfähigkeit bei der vom Entwurf aufgestellten Begriffsbestimmung und bei den von ihm zur Verfügung gestellten Schutzmaßregeln notwendig erschien, und inwieweit durch den Vorentwurf die richterliche Aufgabe auf diesem schwierigen Gebiet erleichtert ist. Es wird Sache der Praxis sein, zu entscheiden, ob die hochgradig gemindert Zurechnungsfähigen in die Strafvollzugsanstalten gehören, in denen zwar auch „auf Heilung gerichtete Maßnahmen stattfinden können, bei denen aber jedenfalls nicht vergessen werden darf, daß Strafanstalten keine Kuranstalten sind, sondern daß in ihnen die Strafe vorherrschen muß“ (Begründung, S. 233), oder in die Heil- und Pflegeanstalten.

³⁴⁾ Es soll hier nur noch folgende in losem Zusammenhang stehende Bemerkung angeschlossen werden. Der Protest, den v. Lilienthal (Zeit-

Den sichernden Maßnahmen hat der Entwurf den *Schadenersatz* zur Seite gestellt. Bezüglich des Schadenersatzes sollen hier lediglich einige Einzelbemerkungen Platz finden. Hinsichtlich der Buße ergeben sich die nachfolgenden Bedenken:

Die Gefahr, die für den Schuldner in dem Eintreten des Gläubigers in die Zeugenrolle liegt, wird nicht dadurch abgeschwächt, daß man auf ein infolge seiner Gefährlichkeit so unpraktisch gewordenes Institut wie den Schätzungsseid verweist³⁵⁾.

Es erscheint unbillig, die Rentenzubilligung auszuschließen, ebenso die Naturalreparation³⁶⁾. Der Umfang der Aufgabe, die mit der gesamten Neuierung zum Strafrichter auferlegt wird, wird damit nicht zu wesentlich gesteigert. Die Mehrbelastung des Strafrichters durch die Neuierung ist allerdings eine sehr große — wenn man nicht annimmt, wie es die Begründung des Vorentwurfs zu tun scheint, daß der Richter vor dem böswilligen Angeklagten im Regelfalle zurückzuweichen hat: „Es ist oben schon angedeutet, daß bei Erhebung von Einwendungen dieser Art, wenn sie nicht sofort als hinfällig sich ergeben, die Entscheidung über die Ersatzklage im Strafverfahren unzulässig werden wird, weil die Hauptsache sonst verzögert würde. Liegt es daher in gewissem Maße in der Hand des Angeklagten, ob er sich von dem Strafrichter auf den Zivilanspruch einlassen will, so dürfte das Bedenken, der § 57 benachteilige den Angeklagten allzusehr, endgültig beseitigt sein“ (Begründung, S. 193 Note 6). Eine solche Regelung sollte der Gesetzgeber seinem Richter auch nur vorschlagsweise nicht zumuten.

Bei der Beurteilung der Verzögerungsfrage wird es in der Praxis wesentlich darauf ankommen, ob der Strafrichter sich für verpflichtet erachten wird, durch Aufbietung der nötigen — oft sehr erheblichen — Beweismittel für die Erledigung im Strafverfahren Sorge zu tragen. Tut er das, so wird die Erledigung oft ohne erhebliche Verzögerung, wenn auch mit sehr erheblichem Mehraufwand an Arbeit möglich sein.

(Schrift 30, S. 236) gegen den § 18 erhebt, erscheint überaus erwägenswert. Ob eine derartige Vergeltungsübung noch unserem Rechtsgefühl entspricht, erscheint äußerst fraglich. Diskutierbar erscheint mir die Zulassung der Strafschärfung überhaupt nur bei besonderer Roheit der Tat. Die verallgemeinernde Anwendung des Vorentwurfs ist nicht annehmbar.

³⁵⁾ Begründung, S. 191.

³⁶⁾ Begründung, S. 193.

Die Bedeutung der Neueinführung wird ganz von der Ausgestaltung in der Praxis abhängig sein. Die Mehrarbeit bei kräftiger Durchführung läßt sich nicht absehen. — Die möglicherweise lediglich partielle Rechtskraft des Strafurteils (cf. S. 195 der Begründung) erscheint übrigens in Absatz 2 des § 57 nicht genügend zum Ausdruck gebracht.

Endlich erscheint die Ablehnung der in Art. 39 des Schweizer Entwurfs von 1903 verkörperten Erwägungen zu wenig der gerechten Forderung Rechnung zu tragen, daß der Geschädigte nicht nur vor den Verbrecher, sondern auch vor den Staat zu stehen kommen sollte. Zuweisung des Erlöses der eingezogenen Gegenstände für den Unvermögensfall auf Seiten des Täters sollte man jedenfalls zulassen.

IV. Wir kommen nun zu dem wesentlichsten Teil unserer Aufgabe. Wir haben bisher nur die eine Seite besprochen. Wir haben die sichernden Maßnahmen des Gesetzes und ihr Herrschaftsgebiet in den vorstehenden Ausführungen zur Erörterung gebracht. Es gilt nun, die Strafen des Vorentwurfs darauf zu prüfen, ob sie als Maßnahmen der vergeltenden Gerechtigkeit Bestand haben können. Sollte dies nicht der Fall sein, so ist weiterhin zu prüfen, ob eine unzulässige Straffazung nicht durch Einführung einer Sicherheitsmaßregel in ihrem etwa berechtigten Kern ersetzt werden kann, in organischem Zusammenhang hiermit steht die Frage, inwiefern der Vorentwurf von den Sicherungsmaßnahmen ungenügenden Gebrauch gemacht hat.

Auf reiches Material gestützt legt der Vorentwurf dar, daß das Verbrechen sich so weit und so kräftig ausbreite und allem Anscheine nach auch noch weiter ausbreiten werde, daß die Strafmaßregeln des bisherigen Rechts als ausreichende Bekämpfungsmittel nicht mehr angesehen werden könnten. Und es wird in der Tat als die überwiegende Auffassung der mit der Handhabung der Strafgewalt befaßten Personen erscheinen können, daß die der Strafgewalt zu Gebote stehenden Machtmittel nicht eine genügende Reaktion des regierenden Staats gegen staatsfeindliche Elemente darstellen. Dieser Not gegenüber ist es die Auffassung der Begründung, daß die Mißstände, deren Ursache teilweise in der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gestaltung unserer Zeit zu suchen sei, zum Teil durch eine unangebrachte Milde der Rechtsprechung herbeigeführt worden seien, der allerdings wiederum ein Mitverschulden der Gesetzgebung zur Seite zu stellen sei. Es seien die Strafdrohungen gegen den Rückfallsverbrecher nicht mit der nötigen

Energie durchgeführt worden, es seien aber auch diese Strafandrohungen selbst infolge unangemessener Beschränkung ungenügend gewesen³⁷⁾. In fast allen Kulturstaaten habe es die Rechtsprechung an der energischen Anwendung der Rückfallsstrafen fehlen lassen³⁸⁾, der Fehler des Gesetzes sei hauptsächlich in der Beschränkung auf den gleichartigen Rückfall zu sehen³⁹⁾. Der Entwurf will die übel angebrachte Milde, die die Rechtsprechung gegen Erstverbrecher wie gegen Rückfällige vielfach übe, sowie die unzulässige Beschränkung des Rückfalls beheben, soweit dies möglich ist, ohne zu unbilligen oder übertrieben harten Strafen zu greifen⁴⁰⁾.

Auf dieser Grundlage ruhen die §§ 87, 88 des Vorentwurfs, die von den Motiven ausführlich begründet werden.

Die Begründung führt zunächst aus⁴¹⁾, daß schon durch die Aufstellung von Grundsätzen über die Strafzumessung zu einer angemessenen Bestrafung des Rückfalls beigetragen werde. M. E. dürfte diese Hoffnung wenig in Erfüllung gehen. Die Gründe, die aus den Zumessungsvorschriften für die Rückfallsberücksichtigung entnommen werden können, sind in der Praxis immer lebendig gewesen. Daß sie zu einem durchgreifenden Erfolge auch nach einem etwaigen Inkrafttreten des § 81 des Vorentwurfs nicht führen werden, erscheint mir deshalb als sicher. Die Ursache ist leicht auffindbar und sie ist eine berechtigte. Die Tendenz, bei einem rückfallsverdächtigen Delinquenten mit einer erheblichen, abschreckend wirkenden Strafe vorzugehen, wird nämlich durch auf eine doppelte Wurzel zurückführende Erwägungen des verantwortlich Gerechtigkeit übenden Richters gehemmt. Daß die Begründung den einen dieser Gründe übersieht, erscheint nicht verständlich. Sie selbst verwendet ihn kurze Zeit darauf erfolgreich zur Verteidigung des vorgeschlagenen Rückfallsbegriffs. Er liegt in der Schwierigkeit, die verbrecherische Gesinnungsweise des Delinquenten zu erkennen, wenn sie nicht durch Taten zu uns spricht⁴²⁾.

³⁷⁾ Begründung, S. 334; f. auch S. 356.

³⁸⁾ S. 332.

⁴⁰⁾ S. 334.

³⁹⁾ Ebendort.

⁴¹⁾ S. 334.

⁴²⁾ Durch die Erfüllung der Rückfallsvoraussetzungen wird zunächst nur ein Beweis für die Vergangenheit geliefert. Vgl. das Nachfolgende. Etwas anderes ist es, wenn die Voraussetzungen für die Annahme einer Gewohnheitsmäßigkeit mit umfassender Vorsicht gegeben werden, wozu ebenso das Nachfolgende zu vergleichen ist.

Bezüglich des zweiten Grundes können wir eine Berücksichtigung kaum verlangen. Die nützliche Abschreckung findet eben sehr oft innerhalb der Grenzen gerechter Vergeltung keinen Raum, und kann diesen dann auch nicht in dem Urteil der Vergeltung übenden Richters finden. Wenn wir die Nichtberücksichtigung dieses Moments voraussetzen, so werden wir den Beweis für die Berechtigung dieses Mißtrauens später erbringen. Die Verfasser des Entwurfs haben diesen Fundamentalsatz der von ihnen selber behauptetermaßen vertretenen Vergeltungstheorie vergessen, als sie von dem Rückfälligen und dem Gewohnheitsverbrecher schrieben.

Eine ebenso zweifelhafte Hoffnung ist die, welche der Borentwurf⁴³⁾ an die von ihm projektierte größere Strenge des Strafvollzugs knüpft. Die Begründung erwähnt hierbei insbesondere § 18 des Borentwurfs — über die Existenzberechtigung dieses Paragraphen haben wir schon gesprochen. Daß sichernde Maßnahmen auch in dem vom Borentwurf vorgeschlagenen Umfange eine gewisse Hilfe bringen werden, ist dem Entwurfe zuzugeben.

Allgemein vertretenen Forderungen entsprechend hat der Borentwurf die Gleichartigkeit des Rückfalls aufgehoben, und die Begrenzung des Rückfalls auf einen bestimmten Kreis von Vermögensdelikten wegfallen lassen. Diese Beschränkung des früheren Rechts hing allerdings mit einem Gedanken zusammen, dem eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen ist, in dieser Beschränkung wurde die Präsumtion verkörpert, daß man es mit einem gewohnheitsmäßigen Verbrecher zu tun habe.

Daß die Rückfallsschärfung im wesentlichen eine Waffe im Kampf gegen den Gewohnheitsverbrecher ist, läßt sich nicht verkennen. Auch der Entwurf vertritt diesen Standpunkt⁴⁴⁾. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß er ausschließlich zur Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechers dienen kann und dienen soll. Und sollte selbst das der Fall sein, so ist damit noch nicht gesagt, daß es erforderlich oder vom gesetzgeberischen Standpunkte wünschenswert erscheint, für die bisherigen Rückfallsvoraussetzungen — Begehung strafbarer Handlungen und Strafverbüßung — den Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit zu substituieren oder ihn den bisherigen Voraussetzungen hinzuzufügen.

⁴³⁾ S. 334/5.

⁴⁴⁾ S. z. B. die Einleitung der Begründung zu „§ 87, § 88 Rückfall“. S. 332.

Der Vorentwurf weist ausdrücklich darauf hin, daß die Rückfallsstrafe auch für den rückfälligen Gelegenheitsverbrecher erforderlich erscheint⁴⁵⁾. Er geht davon aus, daß „diese Aufgabe innerhalb des gewöhnlichen Strafrahmens erfahrungsgemäß nicht erreicht wird“. Damit meint der Vorentwurf wohl nicht, daß das Maximum des ordentlichen Strafrahmens nicht genügende Strafmittel zur Verfügung stellt, sondern will wohl wiederum sagen, daß es eben hier der Rechtsprechung an der staatserhaltenden Energie fehle, die ihr der Gesetzgeber durch Zumessungsvorschriften beizubringen habe. Auch hier wiederum scheint der Entwurf das schon hervorgehobene Bedenken zu übersehen, das den Richter von einer schematischen Durchführung hoher Rückfallsstrafen abhalten muß. Wenn uns somit der Ausgangspunkt des Entwurfs auch als richtig erscheint, so glauben wir doch, daß dem Argument des Entwurfs, die Gewohnheitsmäßigkeit dürfe deshalb nicht zum Bestandteil des Rückfallsbegriffs gemacht werden, weil sonst die vorgenannte, unbedingt mitzuumfassende Verbrecherklasse ausscheiden würde⁴⁶⁾, keine erhebliche Bedeutung beizumessen ist. Es ist richtig, daß der Rückfall auch ohne den Nexus der Gewohnheitsmäßigkeit den Richter veranlassen wird, eine nachdrücklichere Strafe auszusprechen und, soweit es angeht, zu hindern, daß der Delinquent den Weg weitererschreitend zum Gewohnheitsverbrecher wird. Es erscheint aber ebenso der gewöhnliche Strafrahmen ausreichend wie das eines Zumessungszwangs nicht bedürftige richterliche Verständnis und Pflichtgefühl.

Der Entwurf stützt das Festhalten an dem alten Rückfallsbegriff aber noch in anderer und, wie uns erscheint, durchaus zutreffender Weise. Er trägt, das ist wohl der Kernpunkt der Ausführungen der Begründung, Bedenken an die Stelle des „greifbaren objektiven Symptoms“ das schwer feststellbare subjektive Merkmal der Gesinnung“ zu setzen⁴⁷⁾. Näher begründet wird dieses Bedenken, der Appell an unser Rechtsgefühl, nicht. Wir gehen davon aus, daß dieser Anrufung unseres Rechtsempfindens stattgegeben werden muß, da uns die Geschichte des Strafrechts gezeigt hat, daß für unser Gefühl ein Aufbau der Strafbefugnis auf so unsicherer Grundlage nicht erträglich ist. Hier gilt, was Feuerbach von der Strafe, die, als

⁴⁵⁾ S. 341, 342.

⁴⁶⁾ S. 341.

⁴⁷⁾ S. 339.

Sicherung gedacht, ihre Berechtigung aus der durch das erste Verbrechen angeblich dargelegten Gefährlichkeit des Täters schöpfen wollte, sagte, und womit er so erfolgreich durchdrang: „Ein wahrscheinlicher Rechtsgrund gibt auch nur ein wahrscheinliches Recht, und ein gewisses Recht, ein wahrscheinliches Recht auszuüben, ist ein Recht widerrechtlich zu handeln“⁴⁸⁾. Heute erscheint uns diese Erwägung etwas fernliegend, unklar. Wenn aber eine Zeit, die über dies Problem als einen Fundamentalsatz zu entscheiden hatte, zu dem Ergebnis kam, daß unserem Rechtsgefühl eine Verurteilung auf so unsicherer Grundlage nicht zugemutet werden kann, so sollen wir in einer zwar dem Problem fernerstehenden, aber keinesfalls für Billigkeitserwägungen (um sie handelt es sich) weniger empfänglichen Zeit von der Vergangenheit lernen. Das ist es, was Savigny meint, wenn er sagt, daß in keinem Zeitalter die Erkenntnis allseitig wirksam ist, daß sie sich jedem Zeitalter wieder von einer anderen Seite zeigt und daß es deshalb gilt, „die untergangenen Zeitalter derart zu beleben, daß sie gleich geistvollen Lehrern erweckend und kräftigend auf uns einwirken“⁴⁹⁾.

Der Standpunkt des Barentwurfs ist dementsprechend, daß die objektiven Merkmale des Rückfalls bleiben müssen. Es soll auch ein zu diesen Voraussetzungen tretendes Erfordernis der Gewohnheitsmäßigkeit nicht aufgestellt werden. Die Begründung geht aber (S. 339, 341), wenn auch nicht ganz deutlich, davon aus, daß durch die Vorschrift im wesentlichen die Gewohnheitsverbrecher getroffen werden sollen. Es wird nur der aus den Indizien zu ziehende Schluß statt vom Richter vom Gesetzgeber vorgenommen, der bei Vorhandensein der Indizien (Rückfallsvoraussetzungen) das für den Gewohnheitsverbrecher nötige Repressionsmittel eintreten läßt. Mit dieser Regelung kann man sich einverstanden erklären, zumal mit den Rückfallsbestimmungen nicht so harte Minima verbunden sind, daß man bei der Bestrafung des rückfälligen Gelegenheitsverbrechers zu Härten gelangen würde.

Die Ablehnung des Barentwurfs, die in der neueren Doktrin aufgestellten Verbrecherkategorien zur Grundlage nach ihnen verschiedenen gearteter Strafandrohungen zu machen, kann gebilligt werden. Mehr als der Entwurf das tut, müssen diese Kategorien aber bei der

⁴⁸⁾ Revision I, S. 84.

⁴⁹⁾ Geschichte des römischen Rechts, IV. Band, S. XIII.

Repression des Verbrechertums denn doch berücksichtigt werden. Wir kommen darauf noch im folgenden zu sprechen.

Bei dem Rückfall gibt der Vorentwurf eine Darlegung der Auffassung, welche ihn zur Androhung geschärfter Rückfallsstrafen berechtigen soll. Er behauptet auch hier, sein Grundprinzip nicht verlassen zu haben, und die Erhöhung der Strafe durch die Größe der Schuld rechtfertigen zu können. Zunächst wird allerdings — und das ist eine Erwägung, die ebenso naheliegend ist wie sie einwandfrei erscheint — das Motiv zur Rückfallsstrafe in der sich dadurch ergebenden Notwendigkeit gefunden, „daß die erste verhängte nicht ausreichend gewesen ist, den Verbrecher von neuen Gesetzesverletzungen abzuhalten und seinen der Rechtsordnung widerstrebenden Willen unter ihre Gebote zu beugen“. Und weiter wird hervorgehoben: „Die Steigerung der Strafe ist in der Gerechtigkeit begründet, weil in höherem Maße als der zum ersten Male von dem Wege des Rechts Abirrende schuldig erscheint, wer von neuem straffällig wird, obwohl er die strafende Hand des Staates gefühlt hat“⁵⁰⁾. Es wird jetzt sogar die praktische Notwendigkeit in zweite Linie gestellt. Die Stellung des Entwurfs in dieser Frage erscheint hiernach durchaus der von ihm ausgesprochenen und der von der Kritik ihm beigelegten Grundanschauung entsprechend, daß die Strafzwecke nur innerhalb des Rahmens gerechter Strafe in Wirksamkeit treten dürfen. Dieses Herrschen des Vergeltungsgedankens soll nach der Begründung wohl auch bei der Bestrafung des gewohnheitsmäßigen Verbrechers statthaben. So muß wenigstens der Entwurf verstanden werden, wenn er an das Vorstehende anschließend sagt⁵¹⁾, wenn zu besorgen sei, daß der Rückfällige trotz der strengen Rückfallsstrafe auch künftighin auf der Bahn des Verbrechens beharre, so trete „neben der Forderung schwererer Bestrafung wegen der schwereren Schuld auch die Forderung des Schutzes der Gesellschaft durch Verhängung langdauernder, den Verbrecher möglichst lange unschädlich machender Freiheitsstrafen hervor“. Und jedenfalls muß der Entwurf nach der allgemein gegebenen Darlegung seiner Prinzipien diesen Grundsatz auch hier wahren⁵²⁾. Bei den Rückfallsbestimmungen läßt sich infolge ihrer unbestimmten Strafmaße nicht ohne weiteres nachweisen, daß die Verfasser des Vorentwurfs den Grundsätzen

⁵⁰⁾ Begründung, S. 331—332.

⁵¹⁾ S. 332.

⁵²⁾ Vgl. auch Begründung, S. 342.

untreu wurden, die sie nach ihrer eigenen Angabe und auch nach unserer Auffassung leiten sollten. Aber die Rückfallsbestimmungen sind nicht das, was uns in dem Kampf gegen den Gewohnheitsverbrecher helfen kann. Sie sind auch nicht die Waffe, die uns der Entwurf für den entscheidenden Schlag geben will. Hierzu gibt er uns eine andere Gesetzesbestimmung, und diese Gesetzesbestimmung ist, diesen Vorwurf müssen wir erheben: beides, eine unehrliche und eine stumpfe Waffe.

Es ist eine vom Entwurfe lediglich mit bedauerndem Tadel mehrfach festgestellte Erscheinung⁵³⁾, daß in allen Kulturländern die Bestrafung des Rückfallsverbrechers und des Gewohnheitsverbrechers eine verhältnismäßig milde ist, d. h. eine solche ist, bei der der Richter die vom Gesetz ihm gegebenen Strafmittel nicht in vollem Umfange anwendet. Es besteht kein Zweifel, daß auch solchen Delinquenten gegenüber die Strafe sich im allgemeinen der Höchstgrenze erheblich fernhält. Dieser Zustand hätte die Verfasser des Vorentwurfs jedenfalls erst nach allseitiger Prüfung seines Grundes zur Mißbilligung und zur Abänderung in der von ihnen projektierten Weise führen sollen. Vielleicht hätte aber diese Erwägung die Art der Neuregelung ausgeschloffen.

Nicht nur das „Publikum“, sondern auch die Regierung läßt den deutschen Richter so gerne die Binde der Justitia tragen. Es erscheint dem Entwurf wohl von vornherein klar, daß die Rechtsprechung nicht imstande gewesen ist, den sozialpolitischen Erwägungen, die für eine strenge Bestrafung des Gewohnheitsverbrechers sprechen, in der Erfassung und Durchführung Rechnung zu tragen. Wir können es nicht recht glauben, daß in allen Kulturländern eine solche bedauerliche Schwäche der Rechtsprechung zutage getreten sein soll, während doch gleichzeitig in allen Kulturländern der Gedanke der Notwendigkeit strenger Bekämpfung des Verbrechertums um sich griff — da hätte doch der Richterstand eine ganz besondere Gabe, Augen und Ohren zu schließen, besitzen müssen. Es liegt für ein Versagen der Rechtsprechung aus Schwäche ein erkennbarer Grund nicht vor und es ist deshalb doch wohl der Mühe wert, nach einem anderen Grunde zu suchen. Der Richter hat nicht schlechthin das Verbrechen zu bekämpfen. In unseren Kulturstaaten — man sollte beinahe das Wort zur Kenntnisnahme unterstreichen — ist seine Aufgabe eine andere. Er hat nach

⁵³⁾ Begründung, S. 332, S. 356.

unserer Auffassung in dem geltenden Recht eine wesensgleiche Aufgabe, wie sie der Entwurf, soweit er ausdrücklich die Frage berührt, seinem Richter zuweist. Er hat das Unrecht zu bekämpfen mit der Maßnahme gerechter Vergeltung, und wo er bessert, abschreckt, sichert, darf er das nur innerhalb des Rahmens der Vergeltungsstrafe tun. Wie nun, wenn in der Rechtsprechung das Rechtsempfinden des Volks dahin geführt hat, daß unser Rechtsgefühl eine stärkere Reaktion gegen den Verbrecher nicht als gerecht empfinden könnte? Wir gehen davon aus, daß das richtige Empfinden sich da zeigen wird, wo wir im vollen Gefühle der Verantwortung handeln sollen, eben bei der Anwendung des Rechts. Es erscheint uns auch ausgeschlossen, daß die Schwäche persönlicher Sympathie schwächliche Urteile zeitigt. Die Taten und Persönlichkeiten der Gewohnheitsverbrecher sind nicht geeignet, ein anderes, als jenes Mitgefühl auszulösen, das die Schwäche der menschlichen Natur und die Kraft der Verhältnisse von der Schuld abzieht und das eben zum Wesen der Gerechtigkeit gehört. Wir sind nun der Ansicht, daß sich die verhältnismäßig geringen Strafmaße der Rechtsprechung auf dieses Gerechtigkeitsgefühl der das Recht übenden Organe zurückführen läßt und daß sich hier das Maß der gerechten Vergeltung in entscheidender Weise gezeigt hat. Was soll demgegenüber eine Abänderung der Strafmaße? Wollen die Verfasser des Vorentwurfs beweisen, daß man gerechter denkt, wenn man über die Schuld von Durchschnittsverbrechern reflektiert, als wenn man sich dem Verbrecher und seiner Schuld gegenüberieht? Oder daß die Gerichte dem Verbrecher milder und deshalb weniger gerecht als die Volksauffassung gegenüberstehen? Das Letztere hieße doch in sehr bedenklicher Weise ein gelegentliches Außern unverantwortlicher, in der Ferne stehender Personen über die Ansicht der unter der Wucht der Verantwortlichkeit und in genauer Kenntnis des Sachverhalts handelnden Männer setzen. Im allgemeinen wird aber der berufsmäßige Strafrichter eher ein strenger Richter werden. Von der Zwerdrichtung seines Berufs wird seine Persönlichkeit mit ergriffen werden, und die Gewohnheit, Menschenelend zu sehen, wird ihn von dem einzelnen Fall jedenfalls nicht allzu sehr ergriffen sein lassen. Oder aber will der Entwurf uns doch sagen, daß der Richter nicht nur nach seinem Gerechtigkeitsgefühl zu urteilen habe, sondern daß er sich auch dann, wenn von ihm eine solche Maßnahme nicht als gerechte Vergeltung empfunden werden kann, zu ihr entschließen muß, weil der Abschreckungszweck oder der Sicherungszweck sie fordern? Es be-

dürfte keiner Abweisung solcher Zumutung. Wir dürfen bei dem vom Vorentwurf ausgesprochenen Grundprinzip stehen bleiben und die neuen Maßnahmen daraufhin prüfen, inwieweit sie geeignet erscheinen, mit dem Charakter der Strafe als gerechter Sühne den Schutz vor dem Verbrechen zu vereinigen. Und dabei legen wir die von unseren Richtern auch dem Verbrecher gewährte Gerechtigkeit als etwas, das nicht geändert werden kann, und nicht geändert werden soll, zugrunde. Nun wir dies, so ist eine Kritik der vom Vorentwurf gebrachten Neuerungen, wie sie in § 89 niedergelegt sind, überaus einfach. Die Frage nach der prinzipiellen Zulässigkeit der Neuerung, nach ihrer Wirksamkeit und nach der Unmöglichkeit, einen wirksameren und zulässigen Weg zu finden, sind mit einem schlichten Nein zu beantworten. In erster Linie kann es nicht als zulässig erachtet werden, für Taten, die, unter dem Gesichtspunkt der Vergeltung betrachtet, sehr wohl als wenig schwere erscheinen können, zu einem so hohen Strafminimum zu greifen, wie dies in § 89 des Strafgesetzbuchs geschieht. Wir müssen offen und ehrlich auf die Legitimation der Sühne verzichten, wenn wir Strafen nach § 89 des Strafgesetzbuchs aussprechen. Es ist aber auch dem vom § 89 gewollten Zwang zur Strenge erheblicher Erfolg nicht sicher. Es läßt sich nicht absehen, inwiefern die Praxis sich durch die Höhe der Minimalstrafen unbewußt zu einer die häufige Anwendung ausschließenden außergewöhnlichen Vorsicht in der Annahme einer Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit veranlaßt fühlen wird. Und die Bestimmungen des § 88 werden durch die Befugnis des Richters bei besonderen Umständen zu mildern (§ 88 Abs. 4) auf das Erheblichste abgeschwächt werden⁵⁴). Endlich hat die Durchführung der Minimalstrafen allein keinesfalls die Aussicht, reformierend zu wirken. Der Gesetzgeber selbst faßt die Bestimmung des § 89 zugleich als eine Direktive für die Strafzumessung auf⁵⁵), und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine vor dem Verbrecher-

⁵⁴) Eine begräbierende Zumutung ist es, wenn der Richter (Begründung, S. 355) zunächst die Strafe ohne Rücksicht auf den Rückfall feststellen und dann erhöhen soll. Wenn der Richter nicht zu etwas gezwungen werden soll, was gegen seine Auffassung und sein Rechtsempfinden verstößt, so ist das ganze Verfahren eine Spielerei, und wenn der Richter den Intentionen der Motive nicht folgen will, so ist auch hier nichts leichter, als sie zu umgehen.

⁵⁵) Begründung I, S. 366. „Sie enthalten damit zugleich einen Hinweis für den Richter auf die Absicht des Gesetzes, vielfach rückfällige Verbrecher mit langdauernden Strafen zu belegen.“

lum sichernde Strafe voraussetzt, daß der Richter den Strafrahmen voll ausschöpft. Das wird, wie wir ausführten, keinesfalls geschehen. Die Neuierung läßt hiernach eine tiefgehende Wendung in unserer Rechtsprechung nicht erwarten. Die einschneidendste Frage, ob sich nicht mit zulässigen Mitteln eine Unterdrückung des Verbrechertums bewirken läßt, soll uns im Folgenden beschäftigen.

Wie wir, Vergeltungsstrafe üübend, uns, wie die Erfahrung zeigt, nicht genügend sichern können, so erscheint unserem Volksempfinden — wie gleichfalls die Erfahrung zeigt — die bisher als Strafe durchgeführte Persönlichkeitsbeschränkung durch Übelzufügung nur durch ihren Charakter als Sühne gestützt. Vom Entwurf wird nun aber im Interesse der Staatsicherheit weitergehende Persönlichkeitsbeschränkung als zulässig erachtet und in Verbindung mit dem Strafrecht gebracht. Sie wird allerdings lediglich ⁵⁶⁾ dem Minderjährigen, dem Unzurechnungsfähigen und dem vermindert Zurechnungsfähigen gegenüber angewandt. Demjenigen, der sich als Verbrechernatur gezeigt hat, soll, soweit er nicht gleichzeitig als vermindert Zurechnungsfähiger angesehen werden kann, durch die Länge der in diesem Umfange angeblich verdienten Strafe entgegengetreten werden. Wir glauben gezeigt zu haben, daß es nicht gelungen ist, Maßnahmen einzuführen, die der primären Sicherungsabsicht — begründet durch die sekundäre Verschuldung — Rechnung tragen. Wir glauben aber, daß die Sicherungspflicht des Staates von dem Volke in so weitgehendem Maße als zulässig anerkannt wird, daß der Gesetzgeber den Sicherungsgedanken offen zu einer Waffe gegen den Verbrecher werden lassen kann. Wenn wir uns nicht täuschen, liegt diese Entwicklung im Keim in der Vorschrift des § 65 und des § 63 des Vorentwurfs enthalten. Würde unser Vorentwurf, wie er geplant ist, Gesetz, so würde wohl die Entwicklung die sein, daß wir den Gewohnheitsverbrecher — eben denjenigen, gegen den sich die Vorschrift des § 89 des Vorentwurfs richtet — als hochgradig gemindert Zurechnungsfähigen ansehen würden und uns vor ihm durch Verwahrung sichern würden ⁵⁷⁾.

⁵⁶⁾ Von dem Arbeitshaus werden wir späterhin im Zusammenhange handeln.

⁵⁷⁾ Den Ausweg, den Mängeln durch Vorschlebung des Arbeitshauses zu helfen, hat der Vorentwurf der Praxis verlegt, denn nach § 42 (vgl. Begründung, S. 151) kommt bei Zuchthausstrafen das Arbeitshaus als sich anschließende Präventivmaßnahme nicht in Frage.

M. E. dürfen wir von dem Eingreifen der Gesetzgebung in einem wichtigen Wendepunkt mehr erwarten, als daß sie uns mit Bestimmungen beschenkt, die einer selbständigen Praxis die Möglichkeit geben, auf Umwegen durch Einschränkung und Ausdehnung zu einem gesunden sozialen Zustand zu gelangen. Wir dürfen eine volle Erkenntnis der Bedürfnisse und energiegelasses Streben nach dem erkannten Ziele verlangen und deshalb fordern wir, daß gegen den Gewohnheitsverbrecher langjährige Detention als sichernde Maßnahme durchgeführt wird. Wir gehen davon aus, und dabei brauchen wir uns nur auf die Erfahrungen des Lebens, wie auf die allgemeine Anschauung zu berufen, daß 10—20 jährige Freiheitsentziehung den verbrecherischen Willen bricht, wenn das freilich auch nicht möglich ist, ohne die ganze Persönlichkeit des Verbrechers erheblich zu beeinträchtigen und ihn nicht nur an der Entfaltung verbrecherischen Willens, sondern auch in seinem ganzen Willensleben traurig einzuschränken. Die Frage, ob die Gesamtheit ein solches Opfer auferlegen darf, werden wir in der Folge noch einer Erwägung unterziehen.

Im einzelnen hätte diese Verwahrung sich an die Funktion der Verwahrung anzuschließen, wie sie der Vorentwurf in §§ 65, 63 Abs. 2 kennt. Sie hätte nach Verbüßung der Strafe einzutreten, es sollte daneben wie in § 42 des Vorentwurfs bei kurz dauernden Strafen die Möglichkeit bestehen, die Strafe wegfallen zu lassen. Bezüglich der Zeitdauer dieser Verwahrung müßte aber allerdings eine vom § 65 Vorentwurfs abweichende Regelung getroffen werden. Die in dieser Bestimmung vorgenommene Zurechnung der Entscheidung an die Landespolizeibehörde, die schon bei Einweisung des gemindert Zurechnungsfähigen infolge des Fehlens einer sachlichen Begründung bedenklich erscheint, ist im vorliegenden Falle schlechtthin abzuweisen. Dem Gewohnheitsverbrecher gegenüber ist in allen Fällen eine erhebliche Schutzhaft nötig, und auf sie ist innerhalb eines vom Gesetz ausgesprochenen Rahmens durch Urteil zu erkennen. Wir brauchen für die Ausgestaltung nur auf Art. 29, 30 des Schweizer Vorentwurfs und § 38 des österreichischen Entwurfs zu verweisen. Wie die Maßnahme der Sicherungshaft näherhin auszugestalten ist, soll hier nicht erörtert werden — die Regelung des Schweizer Entwurfs erscheint im allgemeinen als die angemessenste. Der Kernpunkt ist, daß der Verbrecher, dessen dauernde Gemeingefährlichkeit sowohl aus dem von seiner Persönlichkeit gewonnenen Eindruck, als auch aus der Erfüllung erheblicher objektiver Voraussetzungen für die Entfaltung

des verbrecherischen Willens⁵⁸⁾ erschlossen worden ist, in eine 10—20 Jahre dauernde Verwahrung genommen wird. Die praktische Notwendigkeit, eigene Anstalten zur Verbüßung der Schutzhaft zu schaffen, ist damit allerdings gegeben. Aber Anstalten, die für diese Zweck-erfüllung geeignet erscheinen, müssen ja schon nach anderen Bestimmungen des Entwurfs, wie § 63 Abs. 3 geschaffen werden, sie werden mit dem nach dem Vorentwurf ohnehin umso vieles bedeutsamer werdenden Arbeitshaus in Verbindung zu setzen sein. Dieses Arbeitshaus wird sich, wie wir schon hervorgehoben haben, nach den bisherigen Bestimmungen des Vorentwurfs der Aufnahme gefährlicher Elemente gewachsen zeigen müssen, so daß einer völligen Vereinigung nichts im Wege steht. Einer großzügigen Maßnahme zu gunsten des Strafvollzugs und des Vollzugs der sich an die Strafe anschließenden Maßnahmen kann sich der Staat keinesfalls entziehen, wenn nicht alle Bestimmungen des Vorentwurfs gegen das professionelle Verbrechen lediglich Worte bleiben sollen.

Es sind also, das ist der praktische Kern unserer Ausführungen, an Stelle der Vorschriften des § 89 Vorentwurfs Sicherungsmaßnahmen, deren Inhalt 10—20 jährige Schutzhaft zu sein hat, zu setzen, und diese Schutzhaft ist in Arbeitshäusern zu verbüßen, die im Anschluß an die vorhandenen und insbesondere an die durch den Vorentwurf ohnehin nötigen Schöpfungen dieser Art zu bilden sind. — Es ist dafür Sorge zu tragen, daß diese Anstalten, so viel Strenge in ihrem Betrieb auch nötig sein wird, von den Strafanstalten sich wesentlich unterscheiden. Es läßt sich von den Dualen des Zuchthauses unendlich viel absplittern, ohne daß damit Sicherheit der Detention und geordnete Lebensbeaufsichtigung behoben wird. Und wenn wirklich bei der einen oder anderen besonders gefährlichen Persönlichkeit ein dem Zuchthause ähnlicher Zustand hergestellt wird, so wird sich doch für die große Mehrzahl ein Lebenszustand gewinnen lassen, der die Anstalt eben doch in den wesentlichsten Punkten nicht als Zuchthaus unter anderem Namen erscheinen läßt. Daß wir damit die Reform des Strafvollzugs mit einer schweren Aufgabe belasten,

⁵⁸⁾ Daß eine solche vorsichtig gefaßte objektive Grundlage unter allen Umständen gegeben sein muß, geht schon aus den früher gemachten Ausführungen hervor. Beispiele für eine solche bieten die angeführten Gesetzesentwürfe.

ist richtig, aber diese Reform muß eben auch mit vollster Kraft und vollständigem Mittelaufwand betrieben werden — wir sind mit manchen anderen der Ansicht, daß es kaum eine größere Frage für die Strafrechtsreform gibt.

Wir glauben den Gründen für unseren Vorschlag nichts mehr hinzufügen zu sollen. Nur einen Grund, den man gegen ihn geltend machen könnte, haben wir noch zu berühren. Diesen Grund, den wir bei den übrigen Sicherungsmaßnahmen nicht erwogen haben, weil er u. E. ein Hindernis für die Entschliebung zu ihnen nicht bildet, müssen wir nunmehr einer Betrachtung unterziehen, da er jetzt von erheblicher Wichtigkeit wird und auch von der Begründung des Vorentwurfs unterstützend herangezogen wird. Der Entwurf lehnt die Schutzstrafe mit der Erklärung ab, daß er „keinen Anlaß sieht, von dem Grundsatz abzugehen, daß die strafrechtliche Folge einer schuldhaften strafbaren Handlung zurechnungsfähiger Verbrecher die Strafe ist“⁵⁹⁾. In der Begründung wird dann weiterhin hinzugefügt — nachdem weitere Gründe für das Festhalten des Entwurfs vorgebracht worden sind, Gründe, über die wir schon gesprochen haben — daß der Entwurf Strafen gewählt habe, „die einerseits der schweren Verschuldung des Täters entsprechen, andererseits (?) die Gesellschaft auf angemessene Zeit (?) gegen neue Straftaten der Verurteilten sichern. Er geht dabei von der Erwägung aus, daß die Strafe in gerechtem Verhältnis zur Schuld zu stehen hat, die nach der Tat und der Persönlichkeit des Täters zu bemessen ist und daß sich die Unschädlichmachung des Verbrechers darüber hinaus aus Gründen polizeilicher Natur strafrechtlich nicht rechtfertigen läßt“⁶⁰⁾. Über die auch hier wieder würdevoll unbestimmten Behauptungen des Entwurfs, er habe eine Sicherstellung erreicht, und die Grenzen gerechter Vergeltung innegehalten, haben wir schon gesprochen. Hier gelten unsere Erwägungen der Erklärung, daß sich die Unschädlichmachung des Verbrechers über die Strafe hinaus aus Gründen strafrechtlicher Natur nicht rechtfertigen lasse. Der Vorentwurf wird wohl den Gesichtspunkt, daß Gründe „polizeilicher Natur“ in einer Frage wie der vorstehenden das Strafrecht nicht berühren, nicht geltend machen wollen, wir möchten wenigstens im Zweifelsfalle eine solche Unterstellung, die nur eine formelle und selbstverständlich leicht zu überwindende Schwierigkeit schaffen würde,

⁵⁹⁾ Begründung, S. 359.

⁶⁰⁾ Begründung, S. 361.

nicht machen ⁶¹⁾. Dann bleibt der Gedanke, daß es unserem Rechtsgefühl nicht entspricht, sichernde Maßnahmen gegen den nicht geisteskranken Verbrecher mit dem Zwecke seiner Unschädlichmachung vorzunehmen. Ist diese Behauptung des Vorentwurfs richtig? Wir wollen, der Behauptung des Vorentwurfs entsprechend, für eine Vergleichung den § 65 des Vorentwurfs beiseite lassen. Der Vorentwurf selber hat aber vorausgesehen, daß man ihm den § 42 entgegenhalten werde und hat den damit gegebenen Einwand, daß er selbst solche Sicherungsmaßnahmen gegen Gesunde kenne, in den nachfolgenden Worten zu widerlegen gesucht: „... jene sichernden Maßnahmen (§ 42 und § 43) dienen in erster Linie den eigenen Interessen des Betroffenen und erst mittelbar denen der Gesellschaft, sie bezwecken die Bekämpfung besonderer Schwächen, die die mit ihnen behafteten in die Gefahr bringen, Verbrechen zu begehen. Hier aber handelt es sich um Verbrecher, die ohne solchen ihr eigenes Interesse verfolgenden Zweck, statt nur die verwirkte Strafe zu erdulden, darüber hinaus zum Zweck der Sicherung Dritter unschädlich gemacht werden sollen“ ⁶²⁾. Es mag nun hinsichtlich der Trunksüchtigen hier dahingestellt bleiben, ob der Vorentwurf die Einweisung aus dem Interesse der Öffentlichkeit oder aus dem eigenen Interesse des Täters heraus zur Gesetzesvorschrift machen will. In einer gelegentlichen Bemerkung der Begründung ⁶³⁾ scheint die letztgenannte Alternative, die, wie wir schon ausführten, ein sehr bedenklicher Grundsatz ist, ausgesprochen. Das Arbeitshaus aber muß auch nach der Begründung des Vorentwurfs als im öffentlichen Interesse erfolgte Freiheitsbeschränkung angesehen werden ⁶⁴⁾ und jedenfalls muß es richtigerweise als solche betrachtet werden — daran ändern auch die patriarchalischen Gedankengänge, die wir soeben von den Verfassern des Vorentwurfs gehört haben, nichts. Damit ist jedenfalls soviel festzustellen, daß der Entwurf selber eine sehr erhebliche Präventivmaßnahme im öffentlichen Interesse kennt. Es bedarf freilich einer objektiveren Beweisführung dafür, daß Sicherungsmaßnahmen — und solche in dem von uns vorge-

⁶¹⁾ Das hier ange deutete staatsrechtliche Bedenken wird ausgeführt von B e l i n g, Vergeltungs idee, S. 145 ff.

⁶²⁾ Begründung, S. 362.

⁶³⁾ Begründung S. 240. S. auch die vorstehenden Ausführungen zu diesem Punkte.

⁶⁴⁾ Begründung, S. 148.

schlagenen Umfange — mit unserem heutigen Rechtsempfinden vereinbart sind.

Wir haben schon hervorgehoben, daß gegen die richterliche Feststellung der Gewohnheitsmäßigkeit und damit der von dem Verbrecher drohenden Gemeingefahr Einwendungen seitens unseres Rechtsgefühls nicht erhoben werden, wenn die objektiven Voraussetzungen für die Feststellung vorsichtig gewählt werden. Diese letztere Bedingung haben wir in unsere Forderung — unter Nachweis ihrer Möglichkeit — aufgenommen und sollte man für die Behauptung der Zulässigkeit hier einen weiteren Beweis verlangen, so brauchte man nur auf die Entwürfe uns nahestehender Völker zu verweisen, in welchen Entwürfen diese Zulässigkeit unangefochten zugrunde gelegt wird. Damit kommen wir zu der weiteren Frage, ob unser Rechtsempfinden einen Eingriff in die Freiheit um der Staatsicherheit willen erträgt.

Wir lehnen es nun einerseits ab, ein allgemeines Präventionsrecht des Staates als unserem Empfinden entsprechend anzuerkennen⁶⁵⁾. Wir wollen andererseits auch an den kantischen Prinzipien, daß es — so ist ihr Grundkern — für unser Rechtsempfinden nicht möglich sei, den Menschen und seine Freiheit zum Gegenstand einer Zwecksetzung zu machen⁶⁶⁾, nicht starr festhalten. Der anscheinende Dogmatismus enthält aber doch ein Stück sozialer Weisheit, die noch heute gilt. Wir wollen das nicht anders beweisen als durch die Berufung auf den in der Mehrheit von uns lebenden „kategorischen Imperativ“: die Freiheit der Person darf nur in bestimmten uns durch Gewohnheit und Begrenzungsmöglichkeit vertraut gewordenen Fällen beschränkt werden. Wer von dem geschichtlich gewordenen Empfinden abstandnehmend vom Standpunkte der von ihm zugrunde gelegten Zweckmäßigkeit aus allgemeine Regeln aufstellt, der verkennet die Bedeutung, die den „Entwicklungstendenzen“⁶⁷⁾ des Rechts für den Gesetzgeber, der sein Volk befriedigen will, eben doch innewohnt⁶⁸⁾. Es ist deshalb

⁶⁵⁾ Ein solches wird von Belling, Vergeltungs-idee, S. 74 ff., gefordert, die Voraussetzungen s. insbesondere S. 93.

⁶⁶⁾ Ich darf hier wohl auf meine Arbeit „Feuerbach usw.“ S. 91 ff. verweisen.

⁶⁷⁾ v. Liszt, B. 26, S. 556. B. 27, S. 91.

⁶⁸⁾ Der so vielfach gegen diesen Gedanken erhobene Protest erscheint unzutreffend. Freilich können sich, wie Belling, Vergeltungs-idee S. 33 ff. ausführt, diese Tendenzen durch andere Kaufreihen ändern. Freilich ist das Sein-sollende, das in jedem Ideal, und so auch in dem des Gesetzgebers

auch unzutreffend, wenn man der modernen Richtung vorwirft, ihr Festhalten daran, daß für das sichernde Eingreifen des Staats eine schuldhaftige Handlung Voraussetzung sei, sei unlogisch und unbegründet. Geschichtliche Logik wie juristische Begründung liegt in dieser Beschränkung: sie ist ein Versuch, den alten mit dem neuen Gedanken durch Auffindung einer festen Begrenzung für die durch den neuen Gedanken gegebene Änderung zu vereinen. Die Aufstellung von Rechtsätzen erfordert den Einschluß des Gedankens in eine Form und Beschränkung, die eine vage, Unsicherheit schaffende Wirkung des neuen Rechtsatzes tunlichst ausschließt, und ebenso ist jede geschichtliche Entwicklung Stappenbau — deshalb erscheint uns juristisch und geschichtlich gedacht, was die neue Richtung fordert, mag sich ihr auch dogmatische Unzulässigkeit vorwerfen lassen.

Die Frage ist für uns nur die, ob eine Persönlichkeitsbeschränkung durch Sicherung, wie wir sie fordern, dem Rechtsempfinden der heutigen Zeit entspricht. Hier ist nun der Beweis nur durch einen Hinweis darauf möglich — mit diesem Hinweis aber auch geführt — daß die behauptete Möglichkeit ein *ab omnibus*, ein *ubique creditum* ist. Dieser Beweis erscheint erbracht. Mögen wir auf die Äußerungen des eigenen Volkes — sogar einzelne Bestimmungen des Vorentwurfs —, wie die Äußerungen auf gleicher Kulturstufe stehender Völker und die von ihnen geplanten Gesetzesentwürfe ⁶⁹⁾ blicken — überall tritt uns die Zulässigkeit der Maßnahme als anerkannt entgegen. So haben auch wir kein Bedenken, von der Zulässigkeit dieser Maßnahme auszugehen.

Wir müssen noch einmal all die Bedenken, die wir gegen die Regelung des Vorentwurfs ausgesprochen haben, wiederholen: In ihr liegt ein Bruch mit den vom Vorentwurf selbst und vom Volksempfinden anerkannten Grundprinzipien des Strafrechts, sie ist für die Anhänger der Vergeltungsstrafe unannehmbar. In ihr liegt Strafflosigkeit; ohnmächtig ist die Strafandrohung selbst; durch die

liegt, ein Gegensatz zur Weiterentwicklung des Seienden. Freilich kann der Mensch auch gegen seine wie gegen anderer Entwicklungstendenzen ankämpfen. Es handelt sich hier aber um eine praktische Maxime und der praktisch Tätige, sei er als Gesetzgeber oder sonstwie tätig, wird anerkennen, daß nur härteste Notwendigkeit ein Streben gegen die erkannte Entwicklungsrichtung rechtfertigt. Praktisch läßt sich nur der Einwand hören, daß man auch hier so gerne glaubt, was man hofft.

⁶⁹⁾ Vgl. zu beiden Punkten Begründung S. 359.

Verwendung einer Strafandrohung wird es auch der Praxis unmöglich gemacht, mit starker Hand dem Verbrechertum entgegenzutreten. In ihr liegt gleichermaßen die Verkennung der geschichtlichen Entwicklung im eigenen Volk, wie der Fortschritte, die andere Nationen in der Verbrechensbekämpfung gemacht haben. Der Vorwurf kann nicht Gesetz werden. Die Verfasser des Gesetzes werden die warnenden Stimmen aus dem eigenen Volke, werden die Beispiele anderer Völker nicht unbeachtet lassen dürfen.

Den Hinweis darauf, daß wir nicht in Fundamentalfragen für die Reform unseres Rechtslebens traurig hinter dem Ausland zurückstehen dürfen, wird man sich nicht versagen können. Wenn der Entwurf einmal auf gleich gesunde Grundlagen gestellt sein wird, wie es die von ausländischen Gesetzesentwürfen angenommene ist, soll der Ausarbeitung die ganze Kraft gewidmet sein. Möge das Gesetz sich dann von anderen Strafgesetzen der Neuzeit auch in der großen Frage, die uns beschäftigt hat, unterscheiden:

Non per color ma per lume parvente.