

I.

**Strafgesetzgebung, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft
in normalem Verhältnis zu einander.**

Von Dr. R. Binding, Professor der Rechte und Mitglied des Landgerichts
zu Leipzig.

Zweimal ist in der Geschichte des deutschen Strafrechts den Zeitläuften bedenklichster Zersplitterung ein Sieg des gemeinen Rechts auf dem Fuße gefolgt: beide Siege fallen in die Glanzzeiten deutscher Entwicklung. Das erste Mal hat lang und schwer empfundene soziale Not den Entschluß der Einigung allmählich gezeitigt: der gefährdeten Unschuld zum Schutze, dem übermütigen Verbrecher zum Verderben mußte eine „gemein Reformation und Ordnung . . . wie man in Criminalibus procediren solle“ in dem Reiche aufgerichtet werden.¹⁾ Kraft und Mut den Entschluß zu verwirklichen fand erst die Reformationszeit, deren Geistesstempel die Heilige Gerichtsordnung Karls V und ihr kühner Versuch, den durch das ganze Reich klaffenden Spalt zwischen römischem Recht und deutscher Gewohnheit von Reichswegen zu schließen, an der Stirn trägt.

Unendlich Größeres hat drei Jahrhunderte später die politische Notlage gewirkt: den Mut, die verlorene politische Einheit wieder zu gewinnen und ein neues deutsches — glücklicherweise nicht mehr römisches — Reich deutscher Nation zu begründen. Das neue Gemeinwesen aber fand eine seiner würdigsten Aufgaben in der Wiederaufrichtung gemeinen Rechts, und das erste große Gesetzbuch, das es geschaffen hat, ist das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870.

An den plötzlichen Aufschwung von 1532 aber reiht sich eine absteigende Bewegung von über zweihundertjähriger Dauer, auf

¹⁾ Abschied des Reichstags zu Freiburg im Breisgau v. 1498 § 34 (Neue Sammlung der Reichs-Abschiede II S. 46).

deren tiefstem Punkte angelangt die deutsche Strafrechtspflege eine fast unglaubliche Verkommenheit aufweist.

Das Strafen-system des geschriebenen gemeinen Rechts war in seiner Härte unhaltbar geworden. Trotzdem verharrte die Gesetzgebung thatlos oder ging mit sinnloser Strenge vor. Vom objektiven Rechte verlassen oder verleitet verliert die Praxis das richtige Verhältnis zu den Gesetzen überhaupt; sie vermischt sich in frivoler Willkür deren Geist zu vergewaltigen, und will dann ihr Gewissen durch die schlechte Auskunft beschwichtigen, daß sie deren Buchstaben fröhnt. Um allein auf sich zu stehen hat sie den naiven Glauben der alten Schöffen an die Echtheit und Ausgiebigkeit des eigenen Rechtsgefühls verloren, und hat sie den nötigen Stolz wissenschaftlicher Beherrschung des Rechtsstoffes noch nicht zu gewinnen vermocht. Die Gerichtsherrn aber, statt den zuchtlos gewordenen Richterstand zur Unterordnung unter das Gesetz zurückzuführen, bringen nicht ihre Aufsichtsgewalt, sondern ihre Richterergewalt zur Ausübung: eine Cabinetsjustiz greift um sich, welche an ungesunder Willkür der Praxis der Gerichte nichts nachgiebt. Allen diesen Krankheiten gegenüber steht eine Wissenschaft, erst dürr und leblos, ohnmächtig zu helfen, — dann allerdings teilnehmend am Aufschwunge der Aufklärungsperiode, aber in demselben Maße wachsend an Verachtung des bestehenden Rechtes und an Unlust, sich liebevoll ihm zu widmen.

So waren — wesentlich in Folge der Indolenz oder des Unverständes der Gesetzgebung — alle Fundamente des Rechtslebens aus ihrer Lage gewichen!

Wer wollte leugnen, daß sich zwischen jenem Nullpunkte unserer Strafrechtsgeschichte und der Gegenwart ein gewaltiger Umschwung zum Besseren vollzogen hat? Wer wäre zweifelhaft in unserem Zeitalter des Glaubens an die allheilende Kraft der Gesetzgebung, daß ihr allein die Gesundheit unserer Verhältnisse zu danken? Wer könnte so kleinmütig sein trotz unserer stolzen Strafgesetzbücher, trotz der Ehrfurcht des heutigen deutschen Richters vor dem bestehenden Rechte, trotz des neuen Reichsgerichts, welches über die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in ganz Deutschland zu wachen hat, und trotz der zweifellos hohen Blüte der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts den Gedanken Raum zu geben, ob denn wirklich auch zur Zeit das Verhältnis der Faktoren, von deren richtigem Zusammenwirken die Gesundheit alles Rechtslebens abhängt, das

unserer Zeit angemessene wäre — und wenn ja, ob diesem Einflang nicht in nächster Zukunft Störung drohte?

Solchen Gedanken nachzugehen ist aber nicht nur kein Zeichen pessimistischer Sorge: es ist geradezu eine Pflicht dessen, der weiß, daß jede Zeit ihr eigentümliche Gefahren zu bekämpfen hat, und den die Erfahrung tagtäglich belehrt, wie unvollkommen unsere Gesetze sind, wie unfrei die Praxis, wie unsicher endlich unsere Strafrechtswissenschaft dem positiven Rechte gegenübersteht. Von den Gipfeln, nach denen wir streben, wenn uns auch nie sie zu erreichen vergönnt ist, sind wir wahrlich noch entfernt genug! Unsere Selbstzufriedenheit aber birgt die Gefahr in sich, daß diese Entfernung wachse statt sich zu mindern!

Nimmt man wahr, wie in Folge des großen wissenschaftlichen Aufschwungs in Deutschland ohne bedeutende Beihilfe der Gesetzgebung die Rechtspflege in den Ländern des früheren gemeinen Strafrechts gesundete — die stattliche Reihe von Kriminal-Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichtes Cassel²⁾ allein würde dafür vollgültiges Zeugnis ablegen —, so wird man zunächst genötigt, der Wissenschaft unseres Jahrhunderts und nicht der Gesetzgebung die regenerierende Kraft beizulegen. Vergleicht man dann weiter die Rechtspflege in jenen Ländern des früheren gemeinen Rechts — ausgezeichnet durch Gründlichkeit, durch Achtung vor dem Gesetze und durch glückliche Freiheit in seiner Anwendung — mit der Praxis in den Ländern der neuen Strafgesetzbücher mit ihrem ängstlichen Haften am Buchstaben des geschriebenen Rechts, mit ihrem Kulte der Präjudizien und der sog. Materialien des Gesetzes, insbesondere der Motive, so ist ein Doppeltes alsbald klar: jene Nachteile der Praxis sind unmittelbare Folgen der umfassenden Kodifikation, und die Wissenschaft hat das ihre noch nicht gethan, diese schädlichen Folgen zu bekämpfen.

Ich habe oben gesprochen von einem normalen Verhältnisse zwischen Strafrecht, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspflege. Dieses normale Verhalten ist kein absolutes, nicht zu allen Zeiten unwandelbar daselbe. Treten so tiefgreifende Änderungen im Bestande des objektiven Rechts ein, wie sie eine erste Gesamtkodifikation des Strafrechts in sich schließt, so datieren vom Entstehungstage des neuen Gesetzbuchs zugleich neue Perioden der Strafrechtspflege und der

²⁾ Herausgegeben von Heuser in 6 Bänden. Cassel 1845—1853.

Strafrechtswissenschaft und des Verhältnisses beider zueinander, denn beider Aufgaben haben eine qualitative Veränderung erlitten. Nur liegt die Gefahr nahe, daß diese Veränderung an der falschen Stelle gesucht und an der richtigen nicht gefunden werde, besonders wenn der Gesetzgeber seine eigene Leistung falsch ausschätzt und nach diesem Irrtum die Rückwirkung bemißt, die seine That auf die andern Faktoren des Rechtslebens ausüben soll.

I. Ueberschätzung der Strafgesetzgebung in ihrer Leistungsfähigkeit und in ihren Leistungen ist das bedeutendste der Grundübel unseres Rechtszustandes. Von ihm erscheint nicht nur das Laientum befallen, welches diesem seinem Irrtum in den Parlamenten und auf der Richterbank praktische Folge giebt, sondern ebenso das gelehrte Richtertum, die Gesetzgebung selbst und die in Ehrfurcht vor deren Ansprüchen das Haupt beugende Wissenschaft.³⁾

Erst dem naiven Glauben an die Möglichkeit inhaltlich vollständiger und technisch vollkommener Strafgesetze, welchem sich der „un-erleuchtete Bildungstrieb“ des endenden 18. Jahrhunderts gefangen gab, entsprang der Mut der gesetzgebenden Gewalt an solch segensreich' Wert die Hand zu legen.⁴⁾

Traute sie sich aber solch' göttliche Kraft zu, so mußte fortan das Gesetz als *noli me tangere* betrachtet werden; es durfte keine Wissenschaft, keine Auslegung desselben mehr geben; das gelehrte Richtertum hatte sich überlebt und somit zu verschwinden; automatisch mußte der gesunde Menschenverstand den klaren Fall unter das klare Gesetz stellen: das Urteil ergab sich von selbst. *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés (!) qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*⁵⁾

³⁾ Aus der klaren Erkenntnis dieser Krankheit und ihrer verheerenden Wirkung ist v. Savigny's Schrift: „*Vom Verufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*“ (zuerst 1814) hervorgewachsen und zu erklären. Nicht minder klar, aber weit maßvoller in seinen Konsequenzen Kierulff, *Theorie* S. XX u. XXI, welcher den Nagel auf den Kopf trifft.

⁴⁾ Die Strafgesetzgebung Baierns von 1813 und die Oesterreichs von 1803 gehen geflissentlich nicht auf den *Codex juris Bavarici criminalis* von 1751 und die *Theresiana* von 1768 zurück. Die beiden letztgenannten Gesetze bilden ein seltsam monströses Mittelglied zwischen dem älteren gemeinen Rechte und der Gesetzgebung der Aufklärungsperiode.

⁵⁾ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI c. 6 (*Oeuvres complètes*, Paris, Didot 1838 p. 268).

Es ist bekannt, daß diese krankhaften Träume damals als Wahrheit erfaßt und allgemein gepredigt worden sind. „Nichts darf dem Befinden des Richters überlassen werden. Dieser ist nur der mechanische Ausüßer der klaren Bestimmungen des Gesetzes. Er darf weiter nichts, als den vollkommenen Gebrauch der fünf Sinne, gute Beurteilungskraft und Rechtschaffenheit besitzen, um seinem Amte gut vorstehen zu können. Wissenschaften sind dabei überflüssig, weil selbst die so genannte Rechtsgelahrtheit, wenn alle Gesetze in einem Buche bekannt gemacht sind, und keiner Auslegung bedürfen, aufhören wird, eine Wissenschaft zu sein. Glückliche Zeiten! . . . da so viele Schwärmer und spitzfindige Ausleger endlich gezwungen werden, dem Staate durch gute Künste und Wissenschaften nützlich zu sein.“⁶⁾

Der kühne Versuch, das Vollkommene zu schaffen, wirkt freilich heilsam ernüchternd. Trotz des erlassenen Gesetzes lassen sich Rechtswissenschaft und selbstthätige Praxis nicht entbehren. Ist aber das Gesetz auch nicht vollkommen, bedarf es also auch vernünftiger Auslegung nach allen Regeln der Kunst, so ist es doch „vollständig“, und an diese Vollständigkeit haben Wissenschaft und Praxis zu glauben! Diese abgeschwächte Prätention der Vollkommenheit aber wird heute noch erhoben und heute noch vielfach in ihrer Berechtigung anerkannt. Sie bedeutet, daß ungesetztes Strafrecht neben dem Strafgesetze nicht existiere, daß die Analogie weder seitens der Rechtsprechung noch seitens der Strafrechtswissenschaft zur Ausfüllung der Lücken des Strafgesetzes verwandt werden dürfe⁷⁾: denn solche Lücken existieren nicht!

⁶⁾ Diese Thorheiten stehen in der damals hochberühmten, preisgekrönten „Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung“ von Globig und Huster. Zürich 1783 S. 31. 32. Der Schluß der Stelle gemahnt an die bei Savigny a. a. D. S. 88 ff. abgedruckte Cabinetsordre Friedrichs II. aus dem Jahre 1780: „Wenn Ich . . . Meynen Endzweck erlange, so werden freilich viele Rechtsgelahrten bei der Simplifikation dieser Sache ihr geheimnißvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht, und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütz werden. Allein Ich werde dagegen . . . desto mehr geschickte Kaufleute, Fabrikanten und Künstler gewärtigen können, von welchen sich der Staat mehr Nutzen zu versprechen hat.“ Im Jahre 1749 hatte er freilich vor den überspannten Hoffnungen auf vollkommene Gesetze gewarnt: denn les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité!

⁷⁾ Der durchaus unbegreifliche Standpunkt der herrschenden Doktrin über diesen Punkt kann hier nicht näher dargelegt werden.

Welch' handgreifliche Täuschung und wie schädlich in ihren Folgen!

Wer den mühsamen Versuch nicht scheut, den Bestand von zweifellos bestehenden Sätzen des Reichsstrafrechts mit dem Bestande unserer Reichsstrafgesetze zu vergleichen, der wird hier wahrnehmen, was sich auf allen Rechtsgebieten wiederholt, obschon die Betrachter ihre Augen davor geblinzt schließen, daß jener weit größer ist als dieser. Alles Gesetzesrecht ist eingebettet in eine große Zahl von Rechtsätzen, die der Gesetzesform entbehren: die sich bald als Voraussetzungen gesetzlicher Bestimmungen, bald als deren Folgen darstellen, bald den falsch gefaßten Gesetzesparagraphen von seiner Stelle verdrängen, bald von der Legislation nicht aufgenommen werden, weil sie selbstverständlich oder weil sie Gemeingut oder weil sie für kurze Fassung zu compliciert oder in kurzer Fassung zu schwer zu verstehen sind oder weil der Gesetzgeber einfach vergißt, seinem Willen Worte zu leihen.

Die Mittel der Gesetzgebung sind eben so beschränkt wie die Mittel aller Kunst. Nicht alles Recht eignet sich für gesetzliche Form, nicht alles Recht gefällt in ihr.

Sie stellt ihre Sätze ohne Motivierung neben einander: weite Gedankengänge werden in lapidarem Ausdruck mehr markiert, als erschöpfend dargelegt: alle Mittelglieder spotten des Ausdrucks, obgleich dieselben vielfach nichts sind als unausgesprochene, nur durch konkludente Handlungen erklärte Rechtsätze.

Die Strafgesetzgebung sagt zwar, in welchem Umfange verbotene Handlungen strafbar sein sollen. Wo aber die Grenze läuft zwischen verboten und erlaubt, kann sie nur an einzelnen Stellen andeuten, nie vollständig klarlegen. Möglich, daß diese Lücken durch andere Gesetze gefüllt werden. Häufig aber bleiben sie auch offen. Wie weit geht das Recht der disciplinaren Ahndung? Wie weit die Kraft der Einwilligung des Verletzten? Wie weit das Recht der Beamten, ihren Willen durch Gewalt durchzusetzen? In allen diesen und vielen anderen Fällen schweigen sich Strafgesetze und andere Gesetze mehr oder weniger vollständig aus!

Der Strafgesetzgebung ist es Bedürfnis, einfache Regeln aufzustellen. Die Lebensthatfachen sind aber nicht geneigt sich danach zu gruppieren: sie schießen zu verwickelten und immer verwickelteren Formen zusammen. Die Regel aber zur Lösung der Komplikation hat der Gesetzgeber vergessen, weil nicht gekannt oder nicht zu formulieren vermocht. Wo läuft denn nach Ordre des Reichsstrafgesetz-

buchs die Grenze zwischen Verbrechenseinheit und Verbrechenmehrheit? Was sagt es denn über die Bestrafung fortgesetzter Verbrechen, deren einzelne Akte theils nicht qualifiziert, theils qualifiziert sind? Es schweigt sich über beide Punkte aus, und mit gutem Grunde, weil mit richtigem Takte für die Beschränktheit der gesetzgeberischen Mittel. Jene Grenze aber existiert doch von Rechtswegen, und die Regel für die Bestrafung von diesen desgleichen.

Ein anderes Beispiel! Man versuche nur einmal, die Strafe der Teilnehmer, deren Thaten verschiedene Qualifikationen aufweisen, nach den §§ 47—50 zu bestimmen, und man wird der klaffenden Lücken wahrhaftig genug finden!

Das Auge des Gesetzes ruht oft, wenn ich so sagen darf, nur auf den Gipfeln der Lebenserscheinungen. Das Leben webt aber auch in der Tiefe, und für sie hat der Gesetzgeber wieder die Regel vergessen, — vielleicht wieder, weil er sie nicht gekannt, vielleicht weil ihm der Mut gefehlt hat, sich zu ihr zu bekennen. Man versuche nur einmal, sämtliche Notstandsfälle — etwa den Kaiserschnitt oder die Perforation eines Kindes oder die Sachbeschädigung behufs Bekämpfung von Feuergefahr — allein nach § 54 des Str.G.B.'s zu beurteilen, und sehe, was an Justizmorden dabei herauskommt!

Ihr Sinn für Ordnung und für Verständlichkeit treibt die Gesetzgebung, die Verbrechensbegriffe möglichst scharf von einander abzusondern. Dieselben sind aber häufig einander schneidende Kreise, und das Gesetz vergißt dann gar zu häufig zu normieren, wie ein Verbrecher zu beurteilen ist, wenn seine That den Merkmalen zweier derart einander schneidender Strafgesetze zugleich entspricht.^{*)}

Es ist ein großes Verdienst der neueren Strafgesetzbücher, die Verbrechen systematisch behandelt und den Versuch gemacht zu haben, die Thatbestände sorgfältig an einander zu fügen, auf daß nicht der Verbrecher straflos durch die Lücken schlüpfe. Allein diese unendlich schwere Aufgabe ist nie vollständig zu lösen: die Einbildungskraft des Gesetzgebers kann der Erfinderei des Lebens auch hier nie ganz nachkommen, und so treten stets von Zeit zu Zeit dem Richter Delikte entgegen, die das Gesetz nicht mit Strafe bedroht, obgleich

*) Man denke an die Brandstiftung (§ 306. 308) und das betrügerische Inbrandsetzen gegen Feuergefahr versicherter Sachen (§ 269), an die Bestechung und die Anstiftung zu Amtsverbrechen mittels Gewährung von Vorteilen (§ 48 u. § 333) u. s. w. Nur verschone man uns mit dem stereotypen Citat des § 73, der hiermit nichts zu thun hat!

sie strafwürdiger sind als eine ganze Anzahl aufgestellter Verbrechensthatbestände.⁹⁾ Hier gilt es heute als Axiom für Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft, daß eine Bestrafung per analogiam unzulässig sei, während nur geringe praktische Beobachtung dazu gehört, um klar zu erkennen, daß solche Mängel nicht durch Nachtragsgesetze geheilt, sondern nur durch die sofort verständig eingreifende Praxis gemildert werden können. Zugleich zu perhorrescieren eine gewisse Dehnbarkeit der Thatbestände¹⁰⁾ und falls diese vermieden ist, die Zulässigkeit der Analogie trotz schärfster Ausprägung der Verbrechensbegriffe, verrät wenig Verständnis für die notwendige Ergänzung der Gesetze durch das ungesetzte Recht und ein ganz ungerechtfertigtes Mißtrauen gegen Richteramt und Wissenschaft.

Es ist tragikomisch die Abgötterei zu beobachten, die bis auf den heutigen Tag mit dem Satz *nulla poena sine lege* getrieben wird, als sei er wirklich in sich selbst begründet, und nicht nur ein notwendiges Vehikel der psychologischen Zwangstheorie, die allerdings seiner nicht entraten kann, während wir ihrer doch gerne entraten!

Im Gesetze erstarrt plötzlich, was bisher im Flusse gewesen: soll diese Erstarrung für die Rechtsätze nicht gewaltsamen Stillstand geschichtlicher Entwicklung bedeuten, soll zwischen dem Gesetze von heute und dem Abänderungsgesetz in zehn Jahren die Brücke nicht fehlen, soll sich die Rechtsgeschichte nicht vorwärts bewegen stets sprungweise und nie Schritt für Schritt, so müssen wir auch gegenüber dem Strafgesetz das Mittel zulassen, womit die Römer so klassisches geleistet, weil sie soviel richtiger über die Unzulänglichkeit aller Gesetzgebung dachten: die *interpretatio prudentium* und mittels ihrer die Ausfüllung der Gesetzeslücken streng nach Maßgabe der hervortretenden Lebensbedürfnisse. Freilich: ist das Gesetz mißtrauisch und stellt es Schranken auf für die Anwendung analogischer Thätigkeit, so müssen diese geachtet wenn auch getadelt werden; sie aber auch nur um eine Linie über die gesetzliche Marke zu erhöhen, ist nicht zu verantworten.¹¹⁾

⁹⁾ Furtum usus an Eisenbahnbillets; Inbrandsetzen von herrenlosen Gegenständen, die ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet sind, das Feuer über Menschenwohnungen oder fremdes Eigentum zu verbreiten (vgl. die §§ 306 u. 308 des Str.G.B.'s) u. s. w. u. s. w.

¹⁰⁾ Man verwirft sie alle als Kautschukparagrafen. Windscheid rühmt an den römischen Rechtsregeln, daß sie ebenso ausgeprägt als elastisch waren. Recht und Rechtswissenschaft (1854) S. 23.

¹¹⁾ Und doch geschieht es zur Zeit ganz allgemein.

Wie weit unsere Strafgesetze jene Vollständigkeit besitzen, die allenfalls erreichbar und jedenfalls wünschenswert wäre, mag an zwei Punkten kurz gezeigt werden. Vollständig kann und soll der Gesetzgeber das Strafsystem aufstellen, und vollständig sollte er insoweit sein, als es sich um Art und Maß der für jede Verbrechensgattung verwendbaren Strafen handelt: in beiden Beziehungen läßt sich bei großer Sorgfalt das Ziel lückenloser Regelung erreichen. In beiden Beziehungen hat es das Reichsstrafgesetzbuch nicht erreicht. Unvollständig und notwendig ergänzungsbedürftig ist beispielsweise sein Strafsystem des Partikularrechts, das § 5 des Einführungsgesetzes entwirft; dasselbe aber gilt von einer Anzahl von Strafdrohungen für einzelne Verbrechen.¹²⁾

Es hat nie eine Zeit gegeben, wo es kein Gesetz gab¹³⁾, und es wird nie eine Zeit kommen, wo selbst der großartigste Bau von Gesetzesrecht nicht umrannt wäre von Rechtsfäken in weicherer Form. Ein vollständiges Gesetz wäre kein Muster, sondern ein geistigen Tod verbreitendes Monstrum! Gerade deshalb hat es nie existiert, besteht es zur Zeit nicht, und wird nie zu Bestand kommen!

Seiner Glaube an die Möglichkeit vollständiger Gesetze und die Macht ihrer Wirkungen führt deren Urheber aber auch oft genug weit über die seiner Thätigkeit ihrer Natur nach gesetzten Grenzen hinaus: er versucht auf dem Strafrechtsgebiete zu leisten, was nur der Wissenschaft gelingen kann, oder er versucht Ziele zu erreichen mittels des Repressionszwanges, die nur mittels der Prävention erreichbar sind!

Wie oft ist Feuerbach und sind seine Nachfolger getadelt worden über ihre Neigung, in den Gesetzen zu definieren und zu dogmatifizieren. Als ob eine Definition — zugleich treffend, praktikabel und nicht selbstverständlich — nicht jedem Gesetzbuch zur Zierde gereichte?! Als ob sie nicht unumgänglich wäre, falls die Definition kontrovers ist?!

An offensichtlichen Uebergreifen des Gesetzes in die Kompetenz der Wissenschaft dagegen hat man keinen Anstoß genommen.¹⁴⁾

Wie in dem guten Wörterbuch der Nachschlagende jedes Wort

¹²⁾ Der Beweis für beide Sätze ist an anderer Stelle zu führen: die Richtigkeit des ersten mag man als notorisch bezeichnen.

¹³⁾ Die gegenteilige Behauptung der historischen Schule, das Gewohnheitsrecht sei das Recht der ältesten Zeit, ist m. E. durchaus unhistorisch, weil unmöglich.

¹⁴⁾ Anders Kierulff, Theorie I S. XXI.

angegeben findet, so soll in dem guten vollständigen Gesetzbuche der Richter die Entscheidung jedes Falles nachschlagen können.¹⁰⁾ Daher die unglückseligen Versuche, die Resultate compliciertester wissenschaftlicher Untersuchungen über die Wirksamkeit des Irrtums, des Vorhandenseins von Strafschärfungs- und Strafmilderungs-Gründen bei der That nur Eines der Teilnehmer, früher über die Verschiedenheiten der Dolusfälle in das eng verschchnittene Gewand eines Gesetzes-Paragraphen einzuzwängen. Weniger gut wie der Gesetzgeber diese seine Pseudo-Aufgabe lösen muß, kann der Richter die seine bei Entscheidung des konkreten Falles nicht erledigen: denn ihn leitet die Wissenschaft und das Bedürfnis des einzelnen Falles weit sicherer wie die ebenso unvollständigen als nach Form und Inhalt unrichtigen §§ 50 u. 59 des Strafgesetzbuches.

Endlich danken wir der Ueberschätzung der Strafgesetzgebung eine seltsame Verkehrung der Mittel in der Verfolgung von Staatszwecken. Wenn jemand ohne Nötigungsabsicht mit Verbrechen droht — ich lasse die darin liegende injuria hier bei Seite —, wenn jemand zu solchen anzustiften sucht oder sich dazu ernsthaft erbieht, wenn mehrere sich zum verbrecherischen Komplott vereinigen und diese Vereinigung entdeckt wird, so giebt es dawider gar kein unzweckmäßigeres Mittel als die Strafe. Nach Verbüßung der Strafe kann die in diesen Handlungen manifestierte Gefahr unvermindert fortbauern, während der bedrohte einzelne oder Staat — wie dies die Carolina und die englische Praxis schon so richtig erkannt haben — ein Recht auf Sicherheitsleistung oder auf Sicherstellung des Gefährdeten durch die Präventivjustiz eingeräumt erhalten muß.

Drängt uns der Zustand unserer Gesetze zuletzt das Geständnis ab, daß unsere Gesetzgebungstechnik noch sehr wenig entwickelt ist, daß schon die Entwürfe auf die Form ihrer Bestimmungen noch immer zu geringes Gewicht legen, und daß nun gar erst die Art der Mitwirkung der Parlamente bei Feststellung des Textes jeden guten Entwurf ruinieren muß und ein formell gutes Gesetz gradezu unmöglich macht, so ist der Traum von der Vollkommenheit und der Vollständigkeit der Gesetze, von der Berechtigung, die Wissen-

¹⁰⁾ Sehr fein bemerkt Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft, Grefswald 1854, S. 11: „Das Recht, um anwendbar zu sein, muß als Regel auftreten. Es kann bis zu einer gewissen Grenze auf Verschiedenheiten Rücksicht nehmen, aber nur, indem es der Regel wieder die Regel entgegenseht. Es kann nicht die Norm der Entscheidung . . . für den einzelnen Fall geben.“

schaft dauernd an diesen Felsen festzuschmieben, und von der rein mechanischen Thätigkeit einer mit ganz gebundener Marschroute sich bewegenden Praxis ausgeträumt!

Dieses Erwachen ist unerfreulich nur für die Anhänger der Lehre von der Gewaltenteilung! Da ihr zumeist die Verfehrung des normalen Verhältnisses von Gesetz und Praxis zu danken ist, so dürfte das Ende des krankhaften Traums den Beginn gesunder Wirklichkeit bedeuten!

II. Zwischen dem Rechte, was besteht, und der Wissenschaft, welche dieses Recht lehrt, zwischen der allgemeinen Regel und ihrer allgemeinen Auslegung ist das **Richtertum** dazu bestellt, der konkreten Lebenserscheinung ihr Recht angeeignet zu lassen. Was der Gesetzgeber nicht will, der Theoretiker nicht darf, das grade ist sein Amt. Sein Urteil aber ist zugleich ein Akt wissenschaftlicher und ein Akt gesetzgeberischer Thätigkeit. Es setzt die allgemeine Auslegung der einschlägigen Rechtsätze voraus, die mit Sicherheit nur aus der Fülle wissenschaftlicher Erkenntnis geschehen kann. Grade deshalb warnt Savigny¹⁰⁾ den Praktiker mit Grund, er möge nie vergessen, „daß die richtig aufgefaßte Rechtswissenschaft nichts anderes ist, als die Zusammenfassung desjenigen, was er im einzelnen sich zum Bewußtsein bringen und anwenden soll.“ Dann verschreitet der Urteilende zu einer Auscheidung derjenigen Bestandteile, die auf den unterliegenden Fall nicht passen; dann zur Feststellung, daß dieser Fall dem Thatbestand eines oder keines Gesetzes entspricht, und endlich zur Entscheidung, wodurch dem Staate eine Strafpflicht in bestimmtem Inhalt auferlegt oder eine solche Pflicht abgesprochen wird.

Es ist neuerdings die Frage nach dem Wesen des Urteils wieder in Fluß gekommen: die Entscheidung schwankt, ob es lediglich sog. Rechtsanwendung, d. h. lediglich Urteil im logischen Sinne, das ist schließlich nichts anderes als eine rein wissenschaftliche Thätigkeit, oder Rechtssetzung im Sinne einer *lex specialis* sei?

Bedenkt man, daß jedes Straf-Urteil authentische Gesetzes-Auslegung — wenn auch nur für den einzelnen Fall — ist, daß der Richter durch sein Urteil früher nicht vorhandene Pflichten erzeugt, daß er berufen erscheint, die Unbestimmtheiten, die der Gesetzgeber absichtlich oder unabsichtlich im Gesetze belassen hat, in bestimmten

¹⁰⁾ System I S. XXIV.

Rechtswillen umzusetzen, so kann kaum noch ein Zweifel bleiben, daß das Urteil sich als *lex specialis* darstellt.

Somit ist die richterliche Gewalt von der gesetzgebenden nicht fundamental verschieden: der Richter ist der lebendige Vertreter des Gesetzgebers, nicht wie Montesquieu will, ein *être inanimé*; er ist sein Bevollmächtigter, nicht lediglich „das Mundstück des Gesetzes“; allerdings wird er an die Grenzen dieser Vollmacht streng gebunden, aber vom Vollmachtgeber durch das Vertrauen geehrt, daß seinem Ermessen ein weiter Spielraum absichtlich gelassen ist.

So ist die Arbeit der Praxis stets zwiefach bedingt: durch den Zustand des positiven Rechtes, das sie handhabt, und durch den Zustand der Rechtswissenschaft, die sie vorfindet.

Nach dem Gesetze bestimmt sich der Inhalt der richterlichen Vollmacht und das Maß der Gebundenheit an positive Sazung; aus der Wissenschaft sollte der Richter die Fähigkeit schöpfen, seine Vollmacht im Geiste des Vollmachtgebers auszuüben und sich auf dem ihm belassenen Raume in Freiheit und doch unter strenger Fernhaltung der Willkür zu bewegen.

Die Gesundheit der Rechtsprechung beruht im richtigen Verhältnisse von Bindung durch das Gesetz und von wissenschaftlicher Gründlichkeit und Freiheit: die Krankheiten, die sie befallen können, sind Lähmung und Zügellosigkeit.

Gerade in diesen Hauptrelationen der Praxis zum positiven Rechte einerseits, zur Wissenschaft andererseits, hat sich in den letzten hundert Jahren ein ganz gewaltiger Umschwung vollzogen, und durch eine Reihe zusammentreffender ungünstiger Umstände ist die Praxis von einem krankhaften Extrem ins andere gedrängt worden.¹¹⁾

Wohl nie hat ein Richterstand in so unglückseliger Verlassenheit einem so seltsam complicierten Quellenapparat gegenüber gestanden,

¹¹⁾ Daß alle solche allgemeinen Urteile zu einem Teile unrichtig sind, weiß ich sehr wohl. Die freimütigen Äußerungen über den gegenwärtigen Zustand der deutschen Strafrechts-Praxis sind wahrlich nicht im Sinne des Tadelns gemeint. Ich will ihre schwachen Seiten nicht sowohl rügen als erklären, und möchte zeigen, wo der Weg der Besserung läuft. Ich eigne mir ausdrücklich Savigny's Worte an: „daß der heutige Zustand mehr durch den allgemeinen Gang der Entwicklung, als durch die Schuld des Einzelnen herbeigeführt worden ist“ (System I S. XXV).

Ich spreche in folgendem ausschließlich von der Praxis im Anschluß an neuere Strafgesetzgebung und möchte das Reichs-Oberhandelsgericht von meinen Bemerkungen ausdrücklich ausnehmen. Ein gegründetes Urteil über die Thätigkeit des Reichsgerichts ist zur Zeit noch unthunlich.

als der deutsche Inquisitionsrichter des 18. Jahrhunderts. Deutsche Partikulargesetze standen neben Massen gemeinen und partikulären Gewohnheitsrechts von nichts weniger als zweifelhaftem Inhalte, dahinter die Carolina, deren Strafsystem gestürzt war, hinter dem allem die in fremder Sprache und in ganz anderen als der Gesetzesform abgefaßten Corpora juris civilis und canonici! Alle diese geschriebenen Quellen aber waren von sehr empfindlicher Unvollständigkeit und schwer neben einander zu handhaben, weil schwer mit einander zu vereinen! Das Maß richterlicher Ungebundenheit, welches sich aus jenem Quellenstande ergab, war für den Richter nur erträglich, wenn er in der Anlehnung an überlegene Wissenschaft den Halt fand, den das positive Recht ihm versagte. Wo aber existierte in Deutschland solche Wissenschaft? So mußte sich die Haltlosigkeit in Zuchtlosigkeit verwandeln: unwissenschaftliche Willkür spottete des Rechts.

Gegen solche Krankheit fand das 19. Jahrhundert zwei Heilmittel, die unschuldig angewandt wurden. Entweder man fällt den kras verästeten Baum des gemeinen Rechts und schuf neue Gesetzbücher, ohne diesen sofort eine Wissenschaft des neuen Gesetzesrechts zur Seite stellen zu können; oder eben jener blieb unangetastet, um ihn aber begann eine gesunde Wissenschaft kräftig und kraftgebend empor zu blühen.

Die Wirkung beider Heilmethoden auf die Praxis war eine höchst verschiedene.

In den Landen, wo sich das gemeine Recht hielt, machte die alte Zuchtlosigkeit einer höchst wohlthätigen weil maßvollen Freiheit Platz: das gemeine Recht wollte nicht in dem Sinne vollständig sein, wie die neueren Gesetzbücher, es gestattete dem Richter die Anwendung der Analogie in vollstem Umfange, es veranlaßte ihn durch seinen bunten Zustand, sich vom Worte zu lösen und auf den Sinn zu sehen, d. h. die Quellen in einer vernünftigen den Lebensverhältnissen entsprechenden Weise, also mit wissenschaftlicher Freiheit auszulegen.

In den Landen der umfassenden Kodifikation wirkten die stolze Einheitlichkeit der neuen Werke, ihr Anspruch der Vollständigkeit, die ausgeprägte Form ihrer Satzungen, und ihre Beschränkung der Analogie einschüchternd auf die Richter ein. Das Gesetz begann als Fessel zu drücken und die befreiende That der Wissenschaft blieb aus.

Um so verderblicher wirkte die mangelhafte Ausbildung des Praktikers auf der Hochschule, wirkten ferner die Umstände, daß übermäßige Arbeit ihn fast erdrückte und die Bescheidenheit seiner

äußeren Lebensstellung weder den unentbehrlichen Standesstolz noch die grade so unentbehrliche Lust an der wissenschaftlichen Arbeit und an dem dazu nötigen finanziellen Aufwand aufkommen ließ.¹⁸⁾

So entwickelten sich aus der Scheu vor dem Gesetz, aus der Mattheit der Ueberlastung, aus dem von der Wissenschaft ungenügend befriedigten Bedürfnisse nach wissenschaftlichem Material, die drei Kulte, welche der heutigen deutschen Strafrechtswissenschaft das charakteristische Gepräge geben.

Sie alle machen auffälliger Weise aus der Not eine Tugend: der Kultus des Buchstabens stellt die Form über den Geist, der des Präjudizes den Kassationshof über das Gesetz, der Kultus der Motive die Ansicht ihres Urhebers über den Willen der gesetzgebenden Gewalt. In ihrer Gemeinschaft wirken sie einen Mangel an Geist, Energie und echt praktischem Sinne. Diese Mängel aber beeinträchtigen nicht nur das einzelne Erkenntnis: sie nehmen der Praxis auch die Kraft, auf die Wissenschaft anregend einzuwirken und die so unentbehrliche Korrektur der theoretischen Ansichten auszuüben.¹⁹⁾

An diesem Zustande trägt die Prävention der Gesetzgebung den einen Teil der Schuld, die Justizverwaltung den andern, den dritten und nicht den kleinsten Teil aber

III. die **Wissenschaft**. Sie hat sich dem lebendigen Recht nicht zugewandt und „eine dem Leben entfremdete Theorie ruft in natürlicher Reaktion eine unwissenschaftliche Praxis hervor.“²⁰⁾

Gegenstand des Strafurteils ist der einzelne Fall; Gegenstand der Strafgesetzgebung die Summe von Strafbestimmungen, die gesetzlicher Form nicht widerstreben; Gegenstand der Strafrechtswissenschaft ist das ganze positive geschriebene wie ungeschriebene Strafrecht als solches und in seinem Zusammenhange mit den übrigen Rechtsteilen.

Es giebt keine Jurisprudenz, die nicht Wissenschaft positiven Rechts wäre, und es giebt keine ihres Namens würdige Jurisprudenz, die sich in bloße „Gesetzkunde“ verkehren ließe.²¹⁾

Alle Wissenschaft des geltenden positiven Rechts aber hat eine doppelte Aufgabe zu lösen: der Gegenwart das Bewußtsein ihres

¹⁸⁾ Sehr treffend äußert sich hierüber Hälschner, Das jurist. Studium in Preußen. Bonn 1859. S. 16.

¹⁹⁾ Vgl. Meyer-Ehorn, Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 2. Ausg. Berlin 1871. S. XXX. XXXI.

²⁰⁾ Windscheid, Recht u. Rechtswissenschaft. S. 23.

²¹⁾ Vortrefflich Unger, System des allg. österr. Privatr. I S. 634 ff. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtsw.

Rechtszustandes zu vermitteln, und der Zukunft besseres Recht vorzubereiten. Gelingt die erste, so wird die Theorie mit Naturnotwendigkeit die Führerin der Praxis; gelingt die zweite, so wird sie zur Führerin der künftigen Gesetzgebung. Und nur wenn sie ihr Recht beides zu sein thatkräftig durchsetzt, hört der Gegensatz der drei Faktoren des Rechtslebens auf ein feindlicher und deshalb ein schädlicher zu sein.

Bei der Verfolgung des ersten Zieles hat sich die Wissenschaft dem bestehenden Recht unterzuordnen. Sie will nicht zeigen, was Recht sein sollte, sondern was Rechtens ist. Sie ist gewissenhafteste Auslegerin und Ausdenkerin — nichts mehr! Freilich sie haftet nicht an dem einzelnen Satze; sie legt die große Ordnung klar in ihren Grundzügen; sie interpretirt den Zusammenhang der Teile unter einander; sie füllt die Lücken aus, indem sie latenten Rechtswillen sichtbar neben die greifbaren Gesetze stellt; sie geht pietätvoll ein auch auf das Kleine, den Satz, das Wort, — aber freilich sie betrachtet die Ecke nicht aus der Ecke, wenn sie ihr Maß bestimmen will; sie sieht auch das Kleine vom Centrum aus als Theil des Ganzen, und bestimmt danach seine Gestalt und sein Verhältnis, die der Betrachter aus nächster Nähe vielleicht anders sehen würde. Ihre That ist „intellektuelle Reproduktion des Rechts.“²²⁾

Will aber alles Recht vernünftige Lebensordnung sein, so muß der Jurist auch auslegen die Beziehung der Lebenserscheinungen zum Rechtsfakt, und indem er dies thut, bahnt er dessen Umsetzung in das Urteil wenigstens an.

Neben der Auslegung aber steht die Kritik, und zur Ausübung derselben erhebt sich die Theorie nicht nur über den eigenen Rechtsfakt, sondern in freier Ungebundenheit über das ganze positive Recht. Sie will nicht nur schauen und erklären, was ist, sondern auch was sein sollte, aber noch nicht ist. Aus dem Nachweise der Inkongruenz zwischen den Lebensbedürfnissen und der auf diese berechneten positiven Satzung schöpft sie die Pflicht des Tadelns, wie des Vorschlags zur Besserung, und das Recht der Forderung an den Gesetzgeber, den ihm eröffneten Weg zu betreten.²³⁾

²²⁾ Kierulff, Theorie I S. XXIV.

²³⁾ Diese Wahrheit hat v. Savigny aus den Werken der Römischen Juristen abstrahiert. Die eigentliche Besserung der Rechtspflege muß seiner Meinung nach ausgehen von dieser „Annäherung der Theorie und Praxis“, sonst werde die Theorie zum Spiele, die Praxis zum bloßen Handwerk. Vgl. Vom Verufe unserer Zeit

Aus dem Gesagten erhellt, daß die Theorie sowohl als Auslegerin wie als Beurteilerin der beständigen Fühlung mit der lebendigen Rechtsanwendung gar nicht entbehren kann: daß die echte Rechtswissenschaft stets eine Wissenschaft des positiven praktischen Rechtes sein muß.²⁴⁾

Und nun wird erklärlich, weshalb die Praxis des neuen Gesetzesrechts die ihr nötige Unterstützung durch die Wissenschaft in genügendem Maße nicht gefunden hat.

Der gewaltige Aufschwung deutscher Jurisprudenz vollzog sich in dem Gegeneinanderwirken zweier Schulen, deren Grundanschauungen fundamental verschieden waren. Im Jahre 1798 erschienen Grolmann's glänzende Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, 1799 und 1801 Feuerbach's Revision und sein Lehrbuch des Strafrechts, 1802 die civilistische Ergänzung beider Werke: Thibaut's Pandekten, und in demselben Jahre Savigny's gewaltiger Fehdebrief gegen diese ganze Richtung: sein Besiß.

Trotz der Verschiedenheit ihrer Richtungen nahmen aber die philosophische wie die historische Schule dem positiven Rechte gegenüber die gleiche abweisende Stellung ein.²⁵⁾ Beide wollten seiner Unvollkommenheit den Spiegel vorhalten, beide dem kranken Rechte zur Heilung verhelfen, beide aber durch verschiedene Mittel. Feuerbach und Thibaut durch einen Akt philosophischer Gesetzgebung, durch Kodifizierung des ewig vernünftigen Rechtes, somit durch gewaltsame Loslösung von den historischen Grundlagen des Bestehenden, aber doch durch einen Akt der Auseinandersetzung mit der Gegenwart;

S. 126, 127 mit System I (1840) S. XX. So viel ich urteilen kann, ist aber von den Anhängern der historischen Schule nur der Eine Ludwig v. Keller praktischer Theoretiker in eminentem Sinne gewesen.

²⁴⁾ Mit Recht nennt es Kierulff, Theorie I S. XX eine ungeheure Begriffsverwirrung: wenn „man es ganz in der Ordnung findet, die nämliche juristische Leistung theoretisch gut, aber unbrauchbar für die Praxis zu nennen.“ Vgl. dens. S. XXIV: „Die Theorie ist Rat für die Praxis.“ Kurz und treffend meint v. Keller, Pandekten § I: „Unsere Wissenschaft ist auf das frische Leben und Treiben der Menschen berechnet. Auf dieses soll sie mittelbar und unmittelbar einwirken. Aus diesem muß sie daher auch geschöpft sein.“

²⁵⁾ Sehr feine Bemerkungen darüber, wie die historische Schule „den praktischen Boden der Gegenwart“ verlassen, und wie sie „den Schauplatz der selbständigen Thätigkeit in unbestimmte Ferne“ geschoben hat, bei Kierulff, Theorie I (1839) S. XIX. Vgl. auch die merkwürdigen Äußerungen bei v. Savigny, System I S. XXII, XXIII.

die historische Schule durch vornehme Abwendung von der Gegenwart und ihren unbequemen Bedürfnissen, durch Enthüllung der klassischen Züge des römischen als eines Musterrechtes von höherem Werte als das alte Naturrecht, durch einen Akt historisch-philologischer Forschung und künstlerischer Darstellung, nicht sowohl durch Produktion als durch Reproduktion. Beide Schulen waren aber nicht praktische, sondern akademische Rechtsschulen: historisch-akademisch die eine, philosophisch-akademisch die andere.²⁶⁾

Es ist Wächter's bleibendes Verdienst, ungeblendet von der genialen Kraft der Führer beider Schulen, seine ganze wissenschaftliche Existenz auf die pietätvolle Liebe zum geltenden Rechte überhaupt, zum geltenden Strafrechte insbesondere gegründet zu haben, trotz der von ihm wahrlich nicht übersehenen Unvollkommenheiten, Lücken und Unsicherheiten desselben, der Kompliziertheit des Quellenmaterials und der Fülle seiner zu nicht geringem Theile wertlosen Literatur.²⁷⁾

Soweit aber die deutsche Strafrechtswissenschaft sich dem positiven Rechte zuwandte, fand sie wesentlich in dem absterbenden gemeinen Rechte den Gegenstand ihrer Bearbeitung: die Abneigung der historischen Schule gegen das neue Gesetzesrecht verband sich mit dem berechtigten Wunsche, der Wissenschaft ihren gemeindeutschen Charakter zu wahren.

Daraus dürfte sich ein Mangel unserer Litteratur erklären, der anfängt ganz unerträglich zu werden: ich meine das Fehlen von Monographien über Gegenstände des besonderen Theiles. Grade für die einzelnen Verbrechenarten sind die gemeinrechtlichen Quellen, von denen die römischen ganz offensichtlich an Unfähigkeit kranken

²⁶⁾ „Dies Prinzip (der histor. Schule), welches nicht will, daß unmittelbar Hand an Werk gelegt werde, sondern den deutschen Geist in den Schwebestand des bloßen Suchens und Strebens nach dem Anfange bannt, hat eine civilistische Doktrin geschaffen, welche unentschieden schwankt zwischen Theorie und Geschichte, und sich von der Praxis ebenso fern hält, als jenes Naturrecht“: Kierulff a. a. D.

²⁷⁾ An Wächter's Auffassung knüpft später Windscheid an: „Ich spreche es mit voller Ueberzeugung aus, daß die Generation, welche jetzt erzogen wird, nur Einen Wahspruch haben wird, der ist: nationales Recht. Es wird ihr Glaubenssatz sein, daß eine deutsche Rechtswissenschaft nur Wissenschaft des deutschen Rechts sein dürfe.“ Recht und Rechtswissenschaft, Greifswald 1854, S. 20. — In aner kennenswerthe Weise, weil im Kampfe mit seiner philosophischen Richtung, hat sich dann Köstlin in seinen Abhandlungen (Tübingen 1858) mit dem positiven Rechte der neueren Strafgesetzbücher auseinandergesetzt.

die verbrecherischen Erscheinungsformen auf Begriffe zurückzuführen und diese Begriffe scharf von einander zu scheiden, zu einem großen Teil unausgiebig, und die neuere Gesetzgebung mußte sich hier weit von ihnen entfernen. So flüchtete sich die Wissenschaft zu den Lehren des allgemeinen Teiles, um nicht zu sehr dem Partikularrechte zu verfallen. Das Resultat ist: wir haben eine treffliche Monographie über Betrug, haben beachtenswerte Ansätze zur Aufarbeitung der Fälschungsverbrechen, aber kein Werk, was diese interessanteste Verbrechensgruppe ex professo als Ganzes zur Darstellung brächte, während allein eine solche Darstellung das nötige Licht über die einzelnen Fälschungen und ihr Verhältnis zu einander verbreiten kann; uns fehlt jede nennenswerte Monographie aus neuerer Zeit über die Tötungsverbrechen, über die Körperverletzung, den so feinen Verbrechensbegriff der Beleidigung, über Diebstahl, über die gemeingefährlichen, über die Amtsverbrechen u. s. w. Ueberall vollständige Leere! Und diese Leere ist die Folge einer schweren Unterlassungssünde der Wissenschaft wider sich selbst und die Praxis.

Es ist ein großes Glück, daß in den Köstlin'schen Abhandlungen sämtliche Darstellungen einzelner Verbrechen, und in dem dritten Bande des von v. Holzendorff herausgegebenen Strafrechts wenigstens ein nicht unbeträchtlicher Teil derselben (besonders die von Merkel) weit über das Mittelmaß von Abhandlungen hervorragten. Die kurze Abhandlung kann aber die erschöpfende Monographie nicht ersetzen.

Jetzt aber, wo weitaus die bedeutendsten Verbrechen gemeinrechtlich festgestellt sind, fehlt der Wissenschaft jeder weitere Vorwand sich ihren Pflichten gegenüber dem speziellen Teile zu entziehen.

Die Abneigung der Wissenschaft gegen die Strafrechtzersplitterung, die sich 1813—1869 vollzog, hatte aber außerdem die Folge, daß das Partikularstrafgesetz — und fast ganz Deutschland trat ja schließlich unter seine Herrschaft — der wissenschaftlichen Bearbeitung überhaupt entbehrte, und daß diese, wenn es sie fand, fast ausnahmslos die Form des Kommentars annahm.

Ohne sehr zu übertreiben, dürfte man sagen: die Wissenschaft des positiven deutschen Strafrechts ist in jener Zeit in Kommentierung der Strafgesetze aufgegangen. Seit dem Erlasse des norddeutschen Strafgesetzbuches aber, also jetzt seit zehn Jahren, ist dies noch nicht erheblich anders geworden, wie denn ein plötzlicher Umschwung nicht zu erwarten war.²⁸⁾

²⁸⁾ Daß ich einerseits den Werken von Wächter und Hälschner, andrer-

Selbst der gute Kommentar aber ist eben so unentbehrlich, wie seiner Natur nach unvollkommen.²⁹⁾ Eine wissenschaftliche Darstellung, deren Disposition durch den Gedankengang des Gesetzgebers bis ins Einzelne vorgeschrieben ist, die sich genötigt sieht, von Einzelbestimmung zu Einzelbestimmung fortzuschreiten und sich mit Worten und Interpunktionszeichen der einzelnen Gesetzesstellen abzufinden, entbehrt zu sehr der Möglichkeit, das Ganze nach großem Plane zu bearbeiten und auch das in den Bereich der Darstellung zu ziehen, was der Gesetzgeber nicht mitberührt hat. — Wie solche Gebundenheit wirkt, zeigt am besten die Entwicklung der civilistischen Jurisprudenz. Die Entstehung echter Dogmatik geht mit der Loslösung der Wissenschaft von der Legalordnung der Pandekten Hand in Hand! Wie viel looserer aber sind ihre Bande, als diejenigen, in welche ein streng in sich geschlossenes Gesetz seinen Kommentator schlägt! Dieser unterliegt der Gefahr, das Gesetz mit dem Recht zu verwechseln und statt Jurisprudenz Gesetzeskunde zu bieten.³⁰⁾

Aus der Beschränktheit der Aufgabe des Kommentars erklärt sich dann, daß die Theoretiker sich schwer zur Abfassung eines solchen entschlossen haben. Bei weitem die meisten und besten Kommentare sind von Praktikern bearbeitet worden. Um so eher glaubte die Praxis, der Hilfe der theoretischen Werke entbehren zu können.

Innerhalb der Kommentare zu deutschen Strafgesetzbüchern lassen sich aber nicht weniger als vier verschiedene Arten unterscheiden, von denen zwei — und zwar grade die bedenklichsten — wesentlich auf preussischem Boden entstanden und jetzt die herrschenden geworden sind.

Die älteren ausgezeichneten Kommentare von Breidenbach, Sufnagel, Dollmann, Hocheder suchen den einzelnen Gesetzesparagraphen in zusammenhängender Darstellung zu erläutern. Fast

seits denen von Meyer, Schütze und den drei ersten Bänden des Holkenborff'schen Strafrechts die gebührende Ehre nicht weigere, brauchte ich kaum zu bemerken.

²⁹⁾ Der schlechte ist ein Verbrechen wider Praxis wie Wissenschaft, welches wie viele Verbrechen neuerdings epidemisch geworden ist. Es ist höchste Zeit, daß die Urheber desselben endlich einmal an den Pranger gestellt werden und daß Praxis wie Wissenschaft alle schlechten und halbguten Kommentare vornehm ignoriere.

³⁰⁾ Gute Kommentare können ihren vollen Nutzen nur dann bringen, wenn sie mit freien wissenschaftlichen Darstellungen ein Ganzes bilden und mit ihnen zusammen benutzt werden. Die Allein-Existenz des Kommentars hat eine hoch bedauerliche Überschätzung desselben in der Praxis zur Folge gehabt.

mag man ihre Tendenz dahin bezeichnen, eine Art Handbuch in Kommentatform zu geben. Es ist die höchste Aufgabe, die sich der Kommentator stecken kann. Er mutet dem Leser zu, mindestens seine Exegese des einen Paragraphen ganz durchzulesen. Ein solcher Kommentar zum deutschen Strafgesetzbuche existiert bedauerlicher Weise nicht.³¹⁾

Die zweite Form ist die der Ausgabe des Gesetzes mit Anmerkungen des Herausgebers. Für den zeitarmen und arbeitsunlustigen Praktiker außerordentlich bequem haben diese Kommentare zusammen mit den gleich zu besprechenden die der ersten Art verdrängt. Ihren Einfluß verdienen sie nur dann, wenn die Anmerkungen so durchdacht sind wie in dem trotz seiner Kürze ausgezeichnetsten Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuche von Rüdorff und in dem sehr verdienstlichen Kommentare von Olshausen.

In den beiden letzten Arten der Kommentare endlich ordnet sich der Kommentator im Wesentlichen andern Interpreten unter: die Exegese schöpft entweder aus den Rechtsprüchen des obersten Gerichtshofes oder aber aus den sog. Materialien des Gesetzes. Den letzten Gedanken hat am reinsten Goldammer durchgeführt in seinen Materialien zum Strafgesetzbuche für die preussischen Staaten.³²⁾ Niemand möchte das treffliche Werk missen, niemand dürfte aber in Abrede ziehen, daß diese Kommentierung aus den Materialien methodisch unzulässig ist.

Seinem Erfolge nach ist der Kommentar, aller Kommentare der von Dppenhoff zum preussischen Strafgesetzbuche³³⁾, gleichfalls nichts Anderes als eine Ausgabe mit Anmerkungen. Er kommentiert aus den Materialien, in viel größerem Maße aber durch die Präjudizien des Obertribunals, die er in höchst geschickter Art zu verwenden und sehr übersichtlich zu machen weiß. Er ist es, der besonders den Präjudizienkultus in der Preussischen Kriminal-Praxis groß gezogen hat, dessen Werk³⁴⁾ heute dahin wirken möchte, alle deutschen Lande jenem Kulte unterthan zu machen. In seiner Bequemlichkeit und Reichhaltigkeit dem Theoretiker wie Praktiker unentbehrlich und nach dieser Seite hin höchst verdienstlich, in seiner Nachgiebigkeit gegen das Obertribunal nichts weniger als ein gutes Beispiel, ist er in

³¹⁾ Am meisten nähert sich dieser Form der Kommentar von Kubo.

³²⁾ 2 Bände. Berlin 1851. 1852.

³³⁾ Erste Aufl. Berlin 1856. Sechste Aufl. das. 1869.

³⁴⁾ Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuche. Siebente Aufl. Berlin 1879.

feiner unbewußten Tendenz ein Todfeind aller gesunden Praxis: er will ihr den Nerv der Selbständigkeit rauben und die stolze Richterthätigkeit in geisttötende Routine verwandeln. Eine Wissenschaft des Gesetzes ist in solchen Werken verschwunden: die Praxis soll nach ihnen von der Praxis leben: das Vorurteil ist die einzige Quelle des Nachurteils: der „Fall“ entscheidet den „Fall“, und gegenüber dem Präjudize verblaffen die Regeln des Rechts und die allgemeinen Wahrheiten der Wissenschaft. Tiefer kann die Rechtspflege nicht sinken, als sie thut, wenn sie sich solchen Werken willenlos gefangen giebt.³⁰⁾

Die Gefährlichkeit derartiger Werke ist seit dem 1. Okt. 1879 noch unendlich gesteigert. Was noch nie in Deutschland bestanden hat, die Centralisation der Strafrechtspraxis in einem obersten Gerichtshofe, ist seit jenem Tage Wirklichkeit geworden.

Ueber den Landgerichts- und Schwurgerichtsurteilen hängt das Damoklesschwert der Revision durch das eine Reichsgericht: ein schlimmer Vorwand der Untergerichte, still und widerstandslos sich der unfehlbaren Autorität unterzuordnen.

Hier liegt die eine Entscheidung über die Zukunft unserer Rechtspflege. Zieht sich alles Leben und alles Selbständigkeitsgefühl in die eine Spitze zurück, oder bleibt trotz der segensreichen Krönung unserer Gerichtsverfassung durch das Reichsgericht deutsches Recht und deutsches Richtertum an allen den Stellen lebendig, wo deutsche Richter den Eid auf die Gesetze und nicht auf irgendwelche Präjudizien geleistet

³⁰⁾ Schon 1858 beklagt der die Preussische Praxis nicht allzuscharf beurteilende Hälschner, Das juristische Studium in Preußen, die Ueberschwemmung des Marktes „mit juristischen compilatorischen Werken“, und daß „bei der großen Mehrzahl der preussischen Praktiker grade solche Werke einen sehr großen, streng wissenschaftliche Werke dagegen fast gar keinen Eingang finden.“ Vgl. auch die trefflichen Worte des heutigen preussischen Justizministers, Dr. Friedberg, in den Stenograph. Berichten des Reichstags. Session 1870. I. S. 442. — Der Sieg dieser Anmerkungs-Kommentare ist übrigens durch die Aufnahme des mündlichen Strafprozesses wesentlich vorbereitet worden. So sehr ich demselben den Vorzug gebe vor dem schriftlichen, so energisch er eine sachgemäße Entscheidung der Beweisfrage fördert, so wenig fördert er eine gründliche Erörterung der Rechtsfrage. An demselben Tage ist eine ganze Anzahl von Hauptverhandlungen anberaumt. Die Maschine muß arbeiten, sollen die Reste nicht unüberschlich werden; die Zeugen des nächsten Falles warten schon. Rasch muß das Urteil gefunden, müssen die Gründe wenigstens in den Konturen festgestellt werden. Da heißt es eben: „Hilf Oppenhoff!“ Denn Zeit zum gründlicheren Studium der Frage während des Prozesses ist keine vorhanden.

haben? Beschränktes Leben ist halber Tod. Wir müssen aus jener unwürdigen Neigung zur Abhängigkeit so rasch als möglich heraus: denn sie ist das sicherste Zeichen des Verfalles!

Diese Befreiung zu ermöglichen, ist Sache der Justizverwaltung. Der mündliche Prozeß stellt an seine Richter größere Anforderungen als der schriftliche. Das Gericht soll in kürzester Frist die schwierigsten Prozesse entscheiden können. Der Richter muß deshalb eine hoch ausgebildete Urteils-Fähigkeit als unentbehrliches stets flüssig zu machendes Betriebskapital außerhalb der Sitzung erworben haben. Dazu bedarf er vor allem einer akademischen Vorbildung so umfassender und gründlicher Art, daß das triennium dazu nicht ausreichen dürfte. Ob diese erreicht oder nicht erreicht ist, müßte dann in strengen ersten Staatsprüfungen, die ihrem Schwergewichte nach in der Hand der Theoretiker liegen müßten, festgestellt werden. Erhält aber der Staat aus den Händen der Examinatoren nur tüchtig vorgebildete Juristen, so hat er nun das Seine zu thun, daß dem Richter zur Weiterbildung Zeit verbleibe. Die Überbürdung des Richterstandes mit Berufsarbeit muß ihn aus einem Stande wissenschaftlicher Schöpfer von *leges speciales* für den einzelnen Fall zu einem Stande unwissenschaftlicher Routiniers herabbrücken! Und zwar müßte diese Entlastung den Richtern erster Instanz gerade so zu Teil werden, wie denen der höheren Instanzen!

Daß jene Befreiung wirklich geschehe, dazu kann das Reichsgericht außerordentlich viel beitragen durch die Wissenschaftlichkeit seiner Rechtsprechung und durch völlige Freiheit vom Präjudizienkultus. Insbesondere versage es dem Erstinstanzurteil nicht schon um deswillen die Anerkennung, weil dieses einem Reichsgerichtsurteile widerspricht! Der oberste Gerichtshof bleibe auch darin Vorbild, daß er sich in ständigem Fortschritte begriffen zeige, und sich nicht scheue, der besseren Erkenntnis sein früheres Urteil zu opfern.

Daß aber die Praxis die ihr allein würdige Stellung nicht nur in dieser, sondern in allen Beziehungen wieder einnehmen könne, das hat an erster Stelle die Wissenschaft zu bewirken. Weist sie die gewaltigen Lücken der Gesetze nach und die Unvollkommenheit des gesetzlichen Ausdrucks in einer Masse von Stellen, und die Unmöglichkeit aus den sog. Materialien der Gesetze die Heilung für Lücken und Fehler zu finden, hebt sie wieder und wieder den Eid und die Pflicht der Richter hervor, den einzelnen Fall nach eigenem besten Wissen und Gewissen zu entscheiden, so sinkt dahin

die krankhafte Ueberschätzung des Gesetzes, des Gesetzes-Buchstabens, der Gesetzes-Motive, und ebenso die krankhafte Lust, mittels dürftig gekannter, vielleicht gar nicht einschlagender und fehlerhafter Präjudizien die Knoten zu durchhauen, die der Richterverstand lösen soll. In demselben Augenblicke aber sind die Hauptleiden, an welchen die heutige Praxis daniederliegt, überwunden.

Für alle schlechten Krücken aber, die sie der Rechtspflege entwinden mußte, hat ihr die Wissenschaft durch ihre Leistungen genügenden Ersatz zu bieten.

Leider sind ihr bei uns manche guten Wege zum Ziele versperrt. Seit dem Untergange der Spruchsfakultäten hat die Theorie in Deutschland jeden Anlaß zur Teilnahme an der Praxis verloren. Wird die völlige Scheidung beider chronisch, dann muß die Wissenschaft das Verständnis für das praktische Bedürfnis mehr und mehr verlieren, und die Praxis wird der ihr fremden Theorie den Rücken kehren. Die Entscheidungen oberster Gerichtshöfe zu lesen, ist ganz ungenügender Ersatz für die eigene praktische Thätigkeit. Ob der Unterrichter einen Fehler gemacht oder nicht gemacht hat, ist eine durchaus sekundäre Frage. An der Erstinstanz-Praxis sollte der Theoretiker Teil nehmen können. Sie ist für ihn belehrender und anregender als die Praxis der höheren Instanz. Denn weit klarer als diese zeigt sie ihm den Reichtum des Lebens, die Beziehungen der Lebenserscheinungen zum Recht, das Verhältnis der einzelnen Verbrechensbegriffe zu einander, die Bedeutung der relativ bestimmten Strafe und die Strafzumessungsgründe dieser gegenüber, den engen Zusammenhang zwischen materiellem und formellem Rechte, die Unvollständigkeit der Gesetze und die Notwendigkeit, die ihnen immanente Vernunft über den Buchstaben zu stellen!

Soll die Theorie dem praktischen Rechte das leisten, was von ihr gefordert werden muß, dann kann sie nur innerhalb und darf sie nicht außerhalb dieser Praxis stehen!

Ist ihr aber jenes versagt, so muß sie ihr Ohr schärfen, um zu hören, was aus erster Instanz durch das Mundstück des Revisionshofes zu ihr durchklingt.

Mag sie aber auch über jene Hilfe verfügen oder deren Mangel beklagen, sie muß vor allem die Konsequenzen des heutigen Strafrechtszustandes für ihre Aufgabe und die Art ihrer Lösung ziehen. Dies zuerst für eine umfassende dogmatische Gesamtdarstellung

gethan zu haben, ist das unsterbliche Verdienst Wächters,³⁶⁾ der überhaupt der Begründer der Dogmatik des positiven Privat- und Strafrechts genannt werden darf. An einem einzelnen Thema, dem Verhältnis des Reichsrechts zum partikulären Strafrecht, hat Heinze uns den rechten Weg gezeigt:³⁷⁾ an die Leistungen dieser Männer ist unmittelbar anzuknüpfen.

Die charakteristischen Züge des heutigen Rechtes aber sind: das Ueberwiegen des Gesetzes über das ungesetzte und des allgemeinen Rechts in Gestalt großer Gesetzbücher über das besondere Recht; ferner die Teilung der Strafgesetzgebung zwischen dem einen Reiche und 25 Einzelstaaten, somit der Dualismus des gemeinen und des partikulären Strafrechts.

So bedarf es vor allem der Klarstellung der Beziehungen des gemeinen Straf-Rechtes zu dem partikulären Rechte: damit einerseits helles Licht falle auf die wahrlich sehr bedeutende Abhängigkeit des Reichsstrafrechts vom Privatrechte, dem Staatsrecht, überhaupt dem Rechtszustande der deutschen Einzelstaaten, andererseits fester Anhalt zur Lösung der Zweifel gefunden werde, ob Partikularstrafgesetze rechtmächtig oder nichtig seien.

Dann bedarf es einer energischen Arbeit an der Theorie der Auslegung der modernen Strafgesetze! Ist doch diese unentbehrliche Auslegungskunst von der Kunst der Auslegung der Römischen Quellen fundamental verschieden! Letztere hat es mit Schriftstellerfragmenten, erstere mit Gesetzen zu thun; letztere ist Auslegung nach Art der Philologen, erstere die Auslegung nach Art der Juristen; letztere besitzt eine ausgebildete Theorie, für erstere soll sie erst geschaffen werden.

Die beste Art diese Theorie auszubilden ist sie praktisch zu üben, und es dürfte sich einstweilen ein geeigneteres Feld für wissenschaftliche Spezialarbeit als das Brachland des speziellen Teiles kaum auffinden lassen.

Ueber den Detail-Untersuchungen aber darf die zusammenfassende Darstellung nicht vernachlässigt werden, die dem Praktiker das Gesamtbild des Rechtes entwirft, das anzuwenden er berufen ist.

Bei allen Arbeiten aber hat die Wissenschaft scharf im Auge zu

³⁶⁾ In seinem Handbuch des königlich sächsischen und des thüringischen Strafrechts. Stuttgart 1857.

³⁷⁾ S. Heinze, Das Verhältnis des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht. Leipzig 1871.

behalten, daß sie eine praktische Wissenschaft ist und daß sie gleichzeitig den Bedürfnissen der Rechtspflege wie der künftigen Gesetzgebung zu dienen hat. Insbesondere gilt dies von der Theorie, soweit sie auf der Hochschule durch das lebendige Wort lehrt. Will sie gute Praktiker ziehen, so muß sie dem Glauben an die alleinseligmachende Kraft der dogmatischen Vorlesungen entsagen. Dieselben bedürfen einer ständigen doppelten Ergänzung: durch exegetische und praktische Übungen. Die Praktika verschaffen sich allmählich — aber sehr allmählich! — die verdiente Anerkennung; die Exegese neuerer Gesetze — auf strafrechtlichem Gebiete empfehlen sich dazu besonders die Spezialstrafgesetze und das Militärstrafgesetzbuch! — wird fast noch durchweg vernachlässigt.

Die Wissenschaft erträgt keine Abhängigkeit von irgend welchem Willen, der ihr autoritativ gegenübertritt; sie setzt dagegen ihren Stolz darein, unterthan zu sein ihrem Stoff und ihrer Methode und muß sich dieser Abhängigkeit immer vollständiger bewußt zu werden suchen!

Bezüglich der Methode aber kann gar nicht genug betont werden, daß die sorgfältigsten Spezialstudien den Untergrund bilden müssen für jedes haltbare wissenschaftliche Gebäude. Ist der Grund gut, dann soll die Theorie von dem Niederen zum Höheren und Höchsten sich erheben bis zu den leitenden Ideen, deren Verzweigungen bis in die kleinsten Ausgestaltungen verfolgen zu können dann der Mühe schönster Lohn ist. Wer aber diesen Lohn erringen will, ohne Schweiß dran zu setzen,³⁸⁾ dessen Gedanken mögen zwar auch hoch oben kreisen, aber wie die Wolken um Bergesgipfel: sie zergehen entweder in nichts, oder sie ballen sich die Höhen umnebelnd zusammen! In allen Fällen hemmt und diskreditiert er die Wissenschaft, und wir wollen und dürfen solche Angriffe nicht länger ertragen.

Die Wirksamkeit unserer Theorie wird durch jedes Symptom von Krankheit beeinträchtigt: jede schlechte Leistung auf wissenschaftlichem Gebiete ist eine Art litterarischen Landesverrats und gefährdet ihre Großmachtsstellung gegenüber der Praxis wie der Gesetzgebung.

Deßhalb muß sie gesund bleiben. Nur durch die Zuverlässigkeit ihrer Werke kann sie der Rechtsprechung von heute und der Gesetzgebung der Zukunft so vorarbeiten, wie beide verlangen müssen.

³⁸⁾ Wie neuerdings Herz, in seinem schwer zu verantwortenden Buche: Das Unrecht. I. Hamburg 1880.

So hat die Ueberhebung und Ueberschätzung des Gesetzes eine Entwertung der Praxis und der Wissenschaft zur Folge gehabt. Jetzt gilt es, das Gleichgewicht der Faktoren des Rechtslebens wieder herzustellen.

Zu diesem Zwecke muß die Gesetzgebung in demselben Maße, in welchem sie ihre Technik vervollkommenet, sich bei wachsender Einsicht in die Begrenztheit ihrer Aufgabe und die Unvollkommenheit ihrer Mittel bescheiden lernen, und der Praxis wie der Theorie die notwendige Freiheit, des Gesetzes Lücken aus dem ungesetzten Rechte zu füllen nicht fürder verkümmern wollen. Sie hat vollen Grund, in der Theorie die unentbehrliche Gehülfin, in dem Richtertume den verantwortlichen Bevollmächtigten zu achten!

Die Praxis aber darf über dem einzelnen Paragraphen das Gesetz als Ganzes und über dem Gesetze das Recht nicht übersehen. Für die Rechtsanwendung aber hat sie sich frei zu machen von den Fesseln, in welche sie sich — sehr zum Nachtheile ihrer Würde! — selbst geschlagen hat. In freier wissenschaftlicher That hat sie im einzelnen Falle das Leben dem Rechte zu unterwerfen und den Gesetzgeber an der Stelle zu vertreten, wohin sein Arm nie zu langen vermag! Es ist eine adlige Aufgabe, die sie zu erfüllen hat und sie kann dieser nicht gerecht werden ohne den Nerv jeder gesunden Substanz: ohne die nötige wissenschaftliche Ausbildung und den unentbehrlichen Richterstolz!

Die Wissenschaft endlich muß — soweit sie es noch nicht ist! — praktische Wissenschaft des positiven Strafrechts werden! Nur durch die Güte und Zuverlässigkeit ihrer Werke kann ihr gelingen, daß ihrer rechtlich nicht bindenden Belehrung die bindende Kraft der Wahrheit willig zuerkannt werde.

Erst wenn dies wieder geschieht, nimmt sie die Stellung wieder ein, die ihr zukommt. Sie trägt die Fackel, und in ihrem Lichte folgen Richter wie Gesetzgeber! —

Leipzig, 31. Dez. 1880.