

## 8.

**Zur Kritik von Bindings Normen.**

(Bemerkungen anlässlich der 2. Auflage von Bd. II, 1. Halbband).

Von Prof. Dr. A. Baumgarten-Genf.

**A) Bindings Verbrechenstheorie und ihr Verhältnis zur neueren Strafrechtsdogmatik.**

1. Vom zweiten Band von Bindings Normen, soweit er die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit und den Schuldbegriff im allgemeinen umfaßt, ist eine neue Auflage erschienen, siebenunddreißig Jahre nach dem Erscheinen der ersten. Denkt man an die Unzahl der Bücher, die über das in Frage kommende Thema seit 1877 geschrieben worden sind, und an die Prästention der Strafrechtswissenschaft, dem Fortschritt nicht a priori abhold zu sein, so wird man erwarten, daß es sich bei dem Buch, das uns vorliegt, entweder um einen unveränderten Neuabdruck handelt, der buchhändlerischen Rücksichten seine Existenz verdankt, oder um eine Erscheinung, deren Neuheit sich bis in die Fundamente fühlbar macht. Eine solche Erwartung ist nun aber irrig, schon das Vorwort klärt uns darüber auf: „Von den Anschauungen des zweiten Bandes sah ich mich nicht genötigt, auch nur eine wesentlich zu ändern. Sie sind alle auch nach meiner jetzigen Überzeugung wissenschaftlich durchaus fundiert. Aber eine Durcharbeitung hatten sie nötig, sei's im Sinne noch besserer, unanfechtbarer Begründung, sei's im Sinne der größeren Klarheit und Verständlichkeit, sei's im Sinne der Ergänzung, der Ausfüllung von Lücken.“ Ließt man dies, so tritt eine zweite Erwartung an Stelle der ersten, die Erwartung eines Anathemas über die neuere Schuldliteratur. Diese Erwartung nun wird nicht getäuscht: „Es fällt mir nicht leicht, es auszusprechen, aber zu sehr großem Teil war meine Arbeit in hohem Maße unerfreulich, zu dem Teil nämlich, der nicht dem Ausbau der eigenen Ansichten galt. Wenn ich zurück sah auf die kolossal angeschwollene Schuldliteratur und mich frag: wo zeigt sich der große Fortschritt? — so mußte ich mir mit tiefster Beschämung gestehen, daß nicht nur ein solcher vollständig fehlte, daß beispielsweise ein großer Teil der aufgewandten Arbeit sich an dem elenden sogenannten Problem des *dolus eventualis* ergebnislos verblutete, sondern daß die Lehre

von der Rechtschuld sich noch nie in solch bodenloser, unsagbar trauriger Zerrüttung befunden hat, wie heutzutage." Das ist eine Anklage gegen die neuere Strafrechtsliteratur, wie man sie schwerer sich gar nicht denken kann, sie ist so schwer, daß man sie leicht nehmen würde, käme sie nicht aus dem Munde eines der ersten Meister des Fachs. Unter diesen Umständen ist es nicht möglich, eine Abweisung a limine zu beantragen, wir müssen uns auf die Sache selbst einlassen.

Man kann die Gedanken Bindings nicht diskutieren, ohne zuvor ein Wort von der Form zu sagen, in der sie uns entgegentreten. Der Stil des Autors, die Physiognomie seines Geistes, ist geblieben was sie war, und sie war und ist eine seltene Verbindung von Reichtum, Kraft und Trefflichkeit des Ausdrucks, wie wir sie in der gesamten juristischen Literatur vielleicht nur noch bei Feuerbach wiederfinden. Auch das Temperament, mit dem die Untersuchung der Probleme und vor allem die Polemik geführt wird, ist jugendfrisch geblieben, es ist gerade so stürmisch wie vor siebenunddreißig Jahren, als die Normen zum erstenmal erschienen.

„Nicht was sich dreht und springt und spritzt und sprüht,  
Schick eine Leuchte mir, die stetig glüht.“

Diese Bitte Ulrich von Guttens darf man an den Verfasser nicht richten. Aber wenn es auch nicht immer die ruhige Leuchte abgeflatter Weisheit ist, die er uns vorhält, so ist es doch kein bloßes Feuerwerk der Laune, um das es sich handelt, sondern die lodernde Flamme echter Begeisterung für die Wissenschaft und ihre hohe Würde. Es wäre daher kleinlich, wollte man an der oft heftigen Art der Polemik Anstoß nehmen; selbst wo die massive Wucht der Keule an die Stelle des schneidenden Schwertes tritt, halte man dem Verfasser zugute, daß er im heiligen Krieg zu stehen glaubt. Wir hoffen, daß es uns gelingen wird, wenn wir im folgenden gegen Binding auf den Kampfplatz treten, die eben angestellte Erwägung nicht außer Augen zu lassen. Sollte es doch das eine- oder anderemal geschehen und sollten wir überdies die Privilegien, die einem Manne hohen wissenschaftlichen Verdienstes zustehen, für einen Augenblick unberücksichtigt lassen, so berufen wir uns auf die Rechtswohltat, die Bach den Kritikern des ersten Bandes zubilligte: Sie sind, meinte er, in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über das erlaubte Maß der Verteidigung hinausgegangen.

2. Bindings Normen werden in der Geschichte der Strafrechtswissenschaft stets einen hervorragenden Platz einnehmen als ein groß-

zünftig gedachter und kraftvoll durchgeführter Versuch, das Strafrecht von der Philosophie zu emanzipieren. Die meisten der bedeutenden Kriminalisten, welche um die Mitte und zu Beginn der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts in Deutschland publizierten, standen unter dem Einfluß der Hegelschen Philosophie. Der wunderbare Reiz, den diese Philosophie auf die Menschen ausübte, liegt zum großen Teil in ihrer Fähigkeit, aus den Höhen abstrakter Spekulation mit wenigen Schritten in das Gebiet praktischer Lebensbetätigung zu führen. Ein jedes philosophische System nun, das mit dem Anspruch auftritt, eine deduktive Entwicklung des einzelnen aus allgemeinen Prinzipien zu ermöglichen, gerät in Kollision mit den konkreten Tatsachen. Der Jünger der Hegelschen Philosophie entschied einen solchen Widerstreit bekanntlich mit dem dictum: um so schlimmer für die Tatsachen. Einem Zeitalter aber, dessen Gang zur Empirie zu dem Versuch geführt hat, die Philosophie selbst zu einer empirischen Wissenschaft zu machen, konnte eine solche Lösung auf die Dauer nicht behagen. Der menschliche Geist will nicht mehr gleich der Spinne sein, mit der schon Bacon den Dogmatiker verglichen hat: *rationales araneorum modo telas ex se conficiunt*, er will seinen Ausgangspunkt von den Tatsachen nehmen und nicht die Tatsachen in die von ihm selbst gesponnenen Netze einfangen. Soweit Abstraktionen überhaupt Anerkennung finden sollen, müssen sie gewonnen sein auf Grund eines umfassenden Tatsachenmaterials.

Den Hunger nach Tatsachen hat auf dem Gebiet des Zivilrechts die historische Schule befriedigt. Es ist schon häufig die Frage erörtert worden, worin die Bedeutung der historischen Schule eigentlich besteht. M. E. ist Bergbohm auf falscher Spur, wenn er diese Bedeutung in der durch die historische Schule vermittelten Erkenntnis findet, daß alles Recht, um Geltung im formellen Sinne zu haben, in einem bestimmten historischen Prozeß diese Eigenschaft erlangt haben müsse, daß, kurz gesagt, alles Recht positives Recht sei. Zu dem Problem vom positiven Recht, von den Rechtsquellen im formellen Sinne, hat, wie mir scheint, die historische Schule nie recht Stellung gewinnen können, es kam ihr auf etwas anderes an als auf den Gegensatz von geltendem, wirklichem und vernünftigem, seinsollendem Recht. Allerdings bekämpft die historische Schule das Vernunftrecht, aber weniger, weil es Idealrecht und nicht wirkliches Recht ist, sondern deshalb, weil es nichts anderes ist, als ein Produkt aus den Eigenschaften eines Homunkulus, den die Gelehrtenphantasie sich selbst

präpariert hatte, und den in gleicher Weise konstruierten sogenannten Lebensverhältnissen, in welche man dies Menschlein sich versetzt dachte. Ein solches Vernunftrecht ist für die historische Schule weder etwas Vernünftiges noch auch Recht, sondern ein wertloses Produkt individueller Reflexion, etwas derber ausgedrückt, ein Hirngespinnst. Will man das vernünftige Recht erkennen, dann darf man, meint die historische Schule, nicht fragen, welche Regelung dem menschlichen Zusammenleben in Anbetracht der Natur des Menschen frommen möchte, sondern man muß hineingreifen ins volle Menschenleben und zusehen, welches Kleid sich die menschlichen Lebensverhältnisse im langsam schreitenden Entwicklungsprozeß gewirkt haben. So hatte der Meister es gelehrt.

Auf dem Gebiet des Strafrechts konnte die historische Schule nicht den gleichen Einfluß gewinnen wie auf dem des Zivilrechts. Von einem Strafrecht, das ohne gesetzgeberische Einwirkung entsteht und durch den Mund des Praktikers offenbart wird, wollte man nach den Erfahrungen, die man in früheren Zeiten mit derartigem gemacht hatte, nichts wissen. Und dies mit einem gewissen Recht. Es mag ja sein, daß unsere neueren Strafgesetze zu weit gingen, als sie dem Gesetzgeber allein unter Ausschluß insbesondere des Wohnheitsrechts, dieser großen, nahezu einzigen Rechtsquelle der historischen Schule, alle Macht über das Strafrecht einräumten, aber jedenfalls bedarf man im Strafrecht der schöpferischen Tat des Gesetzgebers, vermag man hier nicht das Seinssollende durch liebevolle Versenkung in das historisch Gewordene zu erkennen. Ist alles Strafrecht gesetzliches Recht, so ist damit der Strafrechtswissenschaft ohne weiteres ein großes Tatsachenmaterial überwiesen, das sie zu bearbeiten hat. Eine durch intellektualistischen Hochmut charakterisierte Geistesrichtung wie die der Hegelianer muß freilich gerade für dieses Tatsachenmaterial eine ausgesprochene Geringschätzung empfinden, sobald aber einmal der Ideenkultus dem Bedürfnis nach Beschäftigung mit konkreten Realitäten Platz macht, wendet sich die Wissenschaft einer Arbeit zu, die ja auch der juristische Praktiker, dem die Anwendung des positiven Rechts zur Pflicht gemacht ist, von ihr fordern mußte: der Durcharbeitung und geistigen Vertiefung der einzelnen gesetzlichen Vorschriften. Schon Wächter hat in seinem Lehrbuch des sächsisch-thüringischen Strafrechts Treffliches in dieser Richtung geleistet. Niemand aber hat es im gleichen Maße wie Binding verstanden, ein monumentales Gebäude der allgemeinen Lehren des Strafrechts im positiven Recht zu fundieren; die abstraktesten Fälle

weiß er an der Hand eines umfassenden gesetzlichen Materials zu entwickeln, ausß peinlichste ist er bedacht, seine Begriffsbildungen als mit denen des Gesetzgebers übereinstimmend zu erweisen, im eminentesten Sinne ist er ein Mann des Gesetzes.

Die selbstbewußte Dogmatik unserer Tage legt, wie Binding sehr richtig sagt, dem geltenden Gesetze bei Bildung ihrer Begriffe nicht so großen Wert bei. Allerdings bestreitet sie nicht, daß der Stoff, den sie in ihren Systemen wissenschaftlich verarbeitet, dem positiven Recht entnommen sein müsse, aber bei der Gewinnung dieses Stoffes und bei seiner begrifflichen Gestaltung bringt sie der dogmatischen Vorarbeit des Gesetzgebers größte Skepsis entgegen. Wir berühren hier ein äußerst wichtiges Problem, wichtiger vielleicht noch für das Zivilrecht als für das Strafrecht, aber auch für das letztere von weittragender Bedeutung. Es macht die große Schwäche der Freirechtler in ihrem Kampf gegen die Begriffsjurisprudenz aus, daß sie diesem Problem ohne Verständnis gegenüberstehen. Hat der Gesetzgeber bei Formulierung seiner Vorschriften die Ergebnisse einer immer feiner und reicher sich entwickelnden Dogmatik sich zu eigen gemacht, liegt seiner Sprache eine wohlbedachte Begriffstechnik zugrunde, so wäre es Vermessenheit, wenn die Wissenschaft der Gegenwart es nicht als eine ihrer wichtigsten Aufgaben ansehen wollte, die vom Gesetzgeber verwandten Begriffe möglichst vollständig darzulegen, alle etwaigen Widersprüche aufzudecken und in Fortsetzung des begonnenen Werkes dem Gesetzgeber der Zukunft wenn möglich eine vollkommeneren Begriffstechnik als die vorgefundene zur Verfügung zu stellen. So würde z. B., wenn der Gesetzgeber einen von der bisherigen Wissenschaft entwickelten und in früheren Gesetzen bewährten Handlungs- oder Ursachebegriff in seinen Vorschriften verwendete, die Wissenschaft von heute diese gesetzlichen Begriffe nicht nur nebenbei, bloß um dem Praktiker eine gesetzestreue Auslegung zu ermöglichen, erwähnen dürfen, sie würde vielmehr, wenn babylonische Sprach- und Begriffsverwirrung vermieden werden sollte, die gesetzgeberischen Begriffsbildungen in ihr eigenes System zu verweben haben. Sind dagegen die Worte Handlung und Ursache im Gesetz mit jener Freiheit gebraucht, die der allgemeine Sprachgebrauch gewährt, so ist es gewiß von Übel, wenn bei Bildung der entsprechenden wissenschaftlichen Begriffe allzu genau auf Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Sprachgebrauch abgestellt und damit der wissenschaftlichen Begriffsgestaltung eine überflüssige Schranke gesetzt wird.

Ich will nun nicht bestreiten, daß die neueste Strafrechtsdogmatik, die von dem Gesetz für die wissenschaftliche Begriffsbildung geleistete Vorarbeit etwas zu niedrig einschätzt, aber andererseits dürfte doch wohl Binding dem Gesetzgeber hinsichtlich seiner wissenschaftlichen Qualifikation etwas zu viel Vertrauen schenken. Der Grund für den in der neueren juristischen Strafrechtsliteratur bemerkbaren Mangel an Respekt vor den Begriffsbildungen des Gesetzgebers liegt darin, daß eine fein durchgearbeitete und bewährte wissenschaftliche Lehre, an die der Gesetzgeber hätte anknüpfen können, wohl auf dem Gebiet des Zivilrechts, nicht aber auf dem des Strafrechts auffindbar ist. Einzelne strafrechtliche Begriffe freilich haben eine stattliche Dogmengeschichte hinter sich, aber es handelt sich dabei mehr um eine Geschichte von Revolutionen und schnell abwechselnden Willkürherrschaften, als um eine solche von langsam sich entwickelnder, sich erprobender und sich befestigender Autorität. Im allgemeinen wird man sagen dürfen, daß die Begriffe, welche der Gesetzgeber verwendet, soviel Wert haben, wie das individuelle wissenschaftliche Denken der Gesetzesverfasser, man kann daher dem Jünger der Wissenschaft keinen sonderlichen Vorwurf daraus machen, daß er sich, soweit nicht lediglich Fragen der Auslegung in Betracht kommen, nicht viel um die gesetzlichen Begriffe kümmert. Wenn Binding in letzter Beziehung anderer Meinung ist, so hängt das im Grunde mit jener Auffassung zusammen, die auch für die von ihm verteidigte sogenannte objektive Auslegung der Gesetze eine Stütze geworden ist, daß nämlich das Gesetz sehr oft klüger sei als seine Verfasser.

Wie klug nun aber auch das Gesetz sein und wieviel man immer an wissenschaftlichen Begriffen aus ihm entnehmen möge, in der letzten Instanz versagt es eben doch. Die leitenden Ideen des Strafrechts sind aus ihm mit Sicherheit nicht zu gewinnen, das Leben gewährende Prinzip muß der Interpret in das Gesetz hineinlegen. Dieser Notwendigkeit kann sich auch Binding nicht entziehen: wenn er z. B. die Kenntnis der Norm als Voraussetzung der Strafbarkeit hinstellt, so tut er dies, weil er es prinzipiell für richtig und mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht unvereinbar hält. Forschen wir nun danach, woher Binding das für das Strafrecht maßgebliche Prinzip entnimmt, so wird klar, daß der Einfluß der historischen Schule doch auch auf die strafrechtliche Auffassung sich erstreckt hat. Immer und immer wieder betont Binding da, wo er auf die Grundidee des Strafrechts zu reden kommt, die mehrtausendjährige Rechtsübung. Den



Sinn und die Bedeutung hat die Strafe, welche man in der Geschichte des Strafrechts von vorübergehenden Verirrungen abgesehen, ihr von jeher beigelegt hat. Es mag dahingestellt bleiben, ob es überhaupt möglich ist, durch eine rein empirische, historische Betrachtungsweise zur Feststellung des Seinsollenden zu gelangen, ob nicht vielmehr ein derartiges Unternehmen an einem wissenschaftlichen Grundirrtum leidet. Soviel ist jedenfalls sicher, daß bisher noch immer das Göttesche Wort sich bestätigt hat, daß was man so den Geist der Zeiten heißt, zumeist der Herren eigener Geist ist. Auch bei der scheinbar objektivsten Beobachtung spielt die subjektive Eigenart des Beobachtenden eine Rolle und wenn nun gar die beobachteten Objekte die Zweckbestrebungen der Menschen sind, so liegt es ja unendlich nahe, daß die Grenze zwischen dem, was erstrebt wird, und dem, was nach Ansicht des Beobachters hätte erstrebt werden sollen, nicht scharf gezogen wird. Bei Binding finden wir nun den höchst begreiflichen Wunsch, ein Strafrechtsprinzip ausfindig zu machen, das geeignet sei, den Charakter der Rechtswissenschaft als einer von anderen Wissenschaften, insbesondere der Philosophie unabhängigen Wissenschaft darzutun. Die auf die Dauer lästig empfundene Tyrannei der Philosophie gilt es abzuschütteln. Binding glaubt dies nur dann erreichen zu können, wenn er den Nachweis erbringt, daß das Prinzip, aus dem die einzelnen fundamentalen Sätze des Strafrechts abzuleiten sind, durch und durch spezifisch juristischen Charakter trägt. Damit ist das Ziel der Bindingschen Strafrechtslehre bezeichnet. Läßt man es außer Augen, wie so oft geschieht, so ist man sicher, sie mißzuverstehen; sie völlig zu verstehen, darf man nur dann hoffen, wenn man diejenigen Bestrebungen auf dem Gebiet der Strafrechtswissenschaft in Erwägung zieht, welche den Widerspruch gegen philosophische Unmaßlichkeit mit ihr teilen, im übrigen aber in Gegensatz zu ihr treten.

Die große Bewegung in der Strafrechtswissenschaft, die im letzten Viertel des vergangenen Jahrhunderts einsetzte und heute noch im vollsten Fluß begriffen ist, hat wie die Bindingsche Strafrechtslehre mit scharfer Gegnerschaft gegen die Herrschaft der Philosophie sich gewandt, dagegen anders als jene von vornherein nicht das wirkliche, geltende, sondern das seinsollende Strafrecht sich zum Gegenstand gesetzt. Verwunderlich wird man dies nicht finden, wenn man erwägt, daß das positive Strafrecht unmöglich wie das positive Zivilrecht als das Produkt des gewaltigen, der Psyche des einzelnen an-

endlich überlegenen Volksgeistes erscheinen kann, vielmehr deutlich auf Schritt und Tritt die menschliche, allzumenschliche Natur des Fabrikanten offenbart. Ein positives Strafrecht mag wohl dem Jünger der Wissenschaft als ein seines edlen Eifers nicht ganz würdiger Gegenstand erscheinen. Wie kann man aber nun auf dem Gebiet des Rechts das Seinsollende auffinden, ohne entweder der historischen Schule oder der spekulativen Philosophie in die Arme zu laufen? Wie kann, wer im Gegensatz zur historischen Schule das Sollen nicht mit dem Sein identifiziert, die Antwort auf die Frage nach dem Sollen von einer Erfahrungswissenschaft erwarten? Den gordischen Knoten, den dieses methodologische oder, wenn man lieber will, erkenntnistheoretische Problem uns entgegenhält, hat die moderne Strafrechtswissenschaft glücklicherweise durchhauen, anstatt in dem Versuche seiner Lösung ihre Kraft zu erschöpfen. Unter den Zwecken, die man von altersher der staatlichen Strafe vindiziert hat, sind einige, die, wenn schon nicht als Strafzwecke, so doch als vernünftige, billigenwerte Zwecke staatlicher Tätigkeit überhaupt, geradezu selbstevident erscheinen. Man kann in Abrede ziehen, daß Maßregeln, durch die der Staat die bürgerliche Besserung von Räubern, Dieben, Landstreichern und sonstigem zu Angriffen auf die Grundbedingungen des menschlichen Zusammenlebens geneigtem Gesindel zu bewerkstelligen sucht, Maßregeln, die es psychisch unmöglich machen sollen, daß die Neigung zu antisozialem Verhalten sich in die Tat umsetze, oder solche, die es physisch unmöglich machen sollen, daß der soziale Schädling in seinem gefährlichen Treiben fortfährt — ich sage, man kann es in Abrede ziehen, daß alle derartige Maßregeln, die man unter dem Namen Verbrechensbekämpfung zusammenfassen mag, den Namen Strafe verdienen, aber man kann nicht leugnen, daß solche Verbrechensbekämpfung eine wichtige Aufgabe der staatlichen Tätigkeit darstellt. Jene Neuerer auf dem Gebiet der Strafrechtswissenschaft, von denen wir hier reden und deren Vorkämpfer in Deutschland v. Liszt ist, haben ohne Zaubern die ganze Verbrechensbekämpfung dem Strafrecht zugewiejen unter der einzigen durch die Gebote eines zwingenden Sprachgebrauchs geforderten Voraussetzung, daß die Maßnahme, mit der dem Verbrechen zu Leibe gegangen wird, als ein Übel für den virtuellen oder potentiellen Verbrecher gedacht ist, und daß ihre Vollstreckung von der Begehung eines antisozialen Verhaltens, eines Verbrechens, abhängig gemacht wird. Ein solches Verfahren verdient m. E. insoweit durchaus Beifall, als es sich um den



Entwurf eines vorläufigen Arbeitsprogramms handelt. Eine Wissenschaft, die der Bearbeitung eines großen Tatsachenmaterials sich zuwendet, braucht nicht ihr Arbeitsfeld mit der Präzisionsmaschine einer fein durchdachten Methodologie abzugrenzen, sie darf unter Vorbehalt späterer Berichtigung in groben Zügen die Grenzlinien ziehen. Auch wird ihr niemand zum Vorwurf machen, wenn sie nicht immer die selbstgezogenen Grenzen einhält, sind doch diese für sie nur eine mehr oder weniger willkürliche Schranke ihrer Forscherlust. Es ist vielleicht der Haupttrümmestitel der modernen Strafrechtswissenschaft, daß sie die engen Zusammenhänge zwischen Kriminal- und Sozialpolitik aufgewiesen hat.

Die Arbeit, welche die modernen Kriminalpolitiker innerhalb des weitgefaßten Gebietes ihrer Tätigkeit geleistet haben, ist eine höchst intensive gewesen. Die Ursachen des Verbrechens sind hinsichtlich der sozialen wie hinsichtlich der individuellen Faktoren aufs eifrigste durchforscht worden. Mit nicht geringerer Sorgfalt wurden die Bekämpfungsmittel, sowohl einzeln als in kombinierter Wirksamkeit, erwogen, unter Heranziehung der Beobachtungen der Psychologie und der Erfahrungen, welche die Strafrechtspflege irgend eines Landes oder irgend einer Zeit gemacht hat. Die Kriminalpolitik unserer Tage hat im Gegensatz zu der des 18. Jahrhunderts ein gewaltiges Tatsachenmaterial zur Basis genommen. Kriminologie und Pönologie sind empirische Wissenschaften geworden, denen sich eine große Reihe von Hilfswissenschaften anschließt, welche sämtlich Anspruch auf den gleichen Ehrentitel haben. Auch wäre es unrecht, zu behaupten, daß die neue wissenschaftliche Methode bisher keine unmittelbar für die Gesetzgebung verwertbaren Resultate ergeben habe. Die beträchtlichsten Fortschritte, welche der schweizerische, der deutsche und der österreichische Vorentwurf über die bisherigen Gesetze hinaus gemacht haben, beruhen m. E. auf den Bestimmungen über Jugendlichenbehandlung, Unterbringung in Trinker- und sonstige Heilanstalten, Einweisung ins Arbeitshaus und Sicherung gegen Gewohnheitsverbrecher, lauter Bestimmungen, für deren Aufnahme ins Gesetz die moderne Strafrechtsschule durch intensive wissenschaftliche Arbeit und temperamentvolle Propaganda die nötigen Grundlagen geschaffen hat. Freilich liegen alle die erwähnten Bestimmungen an der Peripherie des Strafrechts, der Gesetzgeber wird sie vielleicht nicht zum eigentlichen Strafrecht zählen; er wird vielleicht den Maßnahmen, welche durch sie angeordnet werden, den Namen von Strafen

versagen. Das eigentliche Strafrecht selbst soll nach den Intentionen der Verfasser der Vorentwürfe nach wie vor durch die Aufstellung einer Reihe von Verbrechenstypen, ein für allemal verknüpft mit mehr oder minder genau bestimmten Strafdrohungen, sich charakterisieren.

Diesem eigentlichen Strafrecht nun und einer an ihm orientierten Dogmatik steht die neue Strafrechtsschule ohne innere Sympathie gegenüber. Sie hat nichts getan für einen feineren Ausbau der Tatbestände, für eine Vertiefung der Teilnahme- oder der Schuldlehre. Nimmt sie einmal ein solches Problem in Angriff, so zeigt sich sofort, daß in Wahrheit die Übereinstimmung mit der herkömmlichen Dogmatik im Untersuchungsobjekt nur eine nominelle ist. Die Zurechnungsfähigkeit z. B., die uns Schuldfähigkeit ist, erscheint der modernen Strafrechtsschule als Empfänglichkeit für die Einwirkungen der Strafe. Der Grund für diese Divergenz der Resultate ist bis zu einem gewissen Grade schon aus dem Vorstehenden ersichtlich, bedarf aber immerhin noch etwas näherer Darlegung. Soweit die Anhänger der modernen Strafrechtsschule Gesetze wie das geltende überhaupt als berechtigt anerkennen, tun sie es im wesentlichen aus der Erwägung heraus, daß es die negative Funktion habe, willkürliche Übergriffe der Behörden gegen die Bürger zu verhindern. Von den beiden positiven Strafrechtsprinzipien, dem Prinzip der Vergeltung und dem der Generalprävention durch psychischen Zwang, auf denen Strafgesetze wie das heutige fundiert sind, läßt die neue Strafrechtsschule überhaupt nur das letztere gelten und hat nicht einmal dieses näher auszubilden und in seiner Wirksamkeit zu den übrigen Strafrechtsprinzipien in Beziehung zu setzen gewußt. Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit die Schutzmaßregeln gegen Behördenübergriffe die Erreichung der positiven Ziele der neueren Kriminalpolitik hindern, soviel ist sicher, daß das Prinzip der Generalprävention im Sinne einer Fernhaltung der Verbrechen durch psychischen Zwang der Strafdrohungen einer individualisierenden Behandlung der Verbrechen, wie sie den modernen Kriminalisten vor allem am Herzen liegt, widerstreitet. Ganz ausschließen kann die moderne Kriminalpolitik den Gedanken der Einwirkung durch psychischen Zwang nicht, es ist doch nur allzu klar, daß die Furcht vor der Strafe in unzähligen Fällen den Menschen von der Begehung eines Verbrechens abhalten wird. Es ist aber ebenso klar, daß man auf den das Für und Wider des Verbrechens Abwägenden nur dann Einfluß gewinnen kann, wenn man

die Strafe bestimmt, bevor er wegen Begehung des Verbrechens vor Gericht gestellt und auf seine Individualität geprüft wird. Die Theorie vom psychischen Zwang führt zu einem Strafrecht mit generell bestimmten Tatbeständen und Strafdrohungen. Daß dann nicht etwa bei Verhängung der Strafe im konkreten Fall in Anbetracht der Individualität des Täters die angebrohte Strafe beliebig herabgesetzt werden darf, wenn anders nicht die Strafdrohungen lächerlich gemacht werden sollen, dürfte auf der Hand liegen. Trotzdem wäre es unrichtig, zu sagen, daß zwischen General- und Spezialprävention das Verhältnis des aut-aut bestünde. Hier wie überall, wo es sich um die Durchführung praktischer Prinzipien handelt, läßt sich ein Kompromiß zwischen den Gegensätzen denken. Nur hat, wie gesagt, die moderne Strafrechtsschule bisher keine nähere Auskunft über dieses Kompromiß gegeben, vielmehr ohne Begründung die Generalprävention zu gunsten der Spezialprävention ganz stiefmütterlich behandelt. Ihre Vorliebe erklärt sich daraus, daß die Generalpräventionstheorie bereits von Feuerbach und seinen Anhängern eingehend behandelt war, während das Problem der Spezialprävention einer näheren Bearbeitung bisher noch ermangelte, und sie erklärt sich vor allem aus dem Umstand, daß die Bemühung um eine geeignete Spezialprävention in ganz besonderem Maße Anlaß bietet zu jener umfassenden Durchforschung eines großen Tatsachenmaterials, die einer im Gegensatz zu philosophierender Betrachtung entstandenen wissenschaftlichen Richtung höchstes Bedürfnis ist.

Das andere Prinzip, welches unserm geltenden Strafrecht und, wie mir scheint, allem uns geschichtlich überlieferten Strafrecht zugrunde liegt und m. E. eine höhere Bedeutung beansprucht, als das der Generalprävention durch psychischen Zwang, ist beschlossen in der Idee der Vergeltung im Sinne einer gefühlsmäßig geforderten Erwidern der Übeltat mit Übelzufügung an den Übeltäter. Wenn sich die moderne Strafrechtsschule dieser Idee gegenüber vollständig ablehnend verhält, so zeigt sie damit nur, daß sie die Schläfen des Rationalismus trotz allen Strebens nach empirischer Betrachtungsweise nicht abzuschütteln vermag. Der tief in der menschlichen Natur begründete, im gesellschaftlichen Zusammenleben weiter entwickelte Vergeltungstrieb kann nur durch die Brille aufklärerischer Voreingenommenheit als ein rohes, dem Absterben nahes Überbleibsel eines primitiven Instinktes erscheinen. Soviel ist jedenfalls sicher, daß heute noch das Bedürfnis nach Vergeltung viel zu sehr in der Bevölke-

rung verbreitet ist, als daß eine Gesetzgebung mit ihm zu rechnen sich weigern könnte. Mit vollem Recht haben insbesondere Beling und Richard Schmidt geltend gemacht, daß ein Gesetzgeber, der die allgemein gehegte Erwartung einer Bestrafung des Übeltäters enttäuschte, alle Achtung für sich und seine Gesetze einbüßen würde.

Leider sind die beiden soeben als Grundlage unseres geltenden Strafrechts bezeichneten Prinzipien auch von den der neuen Schule abgeneigten Kriminalisten nicht in ausreichender Weise zur Vertiefung der Strafrechtsdogmatik herangezogen worden. Gold v. Ferner hat durchaus recht, wenn er meint, es liege Veranlassung vor, der Strafrechtswissenschaft ein: zurück zur Strafrechtstheorie zuzurufen. Es hat daher auch Golds eigener Versuch, aus der Feuerbachschen Theorie vom psychischen Zwang eine Schuldlehre abzuleiten, selbst wenn man seine Schlußfolgerungen nicht für zwingend hält, eine ganz andere Beurteilung zu finden, als Binding sie ihm zuteil werden läßt. Den Gedanken der Generalprävention legen unter andern auch Löffler und Kohlrausch ihren Konstruktionen der Schuld zugrunde. Was den Vergeltungsgedanken betrifft, so ist er von Einfluß auf die dogmatischen Untersuchungen der Merkelschen Schule gewesen. Sehr fruchtbar konnte er sich hier nicht erweisen, denn der Merkelsche Vergeltungsbegriff ist deterministisch fundiert und Vergeltung einer unfreien Tat ist kein lebensfähiges Gebilde. Aus einem an indeterministischer Sozialethik orientierten Begriff der Vergeltung in Kombination mit dem Feuerbachschen Strafrechtsprinzip habe ich in meiner Schrift „Der Aufbau der Verbrechenslehre“ die systematische Gliederung der Verbrechenslehre und die wichtigsten materiellen Begriffe, welche die formal systematischen Kategorien auszufüllen bestimmt sind, zu gewinnen mich bemüht.

Allen soeben bezeichneten Versuchen prinzipieller Begründung des Strafrechts und seiner Grundbegriffe tritt Binding ablehnend gegenüber. Gegen die Ableitung des Strafrechts aus den Prinzipien der Spezialprävention und der Verbrechenshinderung durch psychischen Zwang hat er vor allem einzuwenden, daß der eigentliche Strafzweck mit diesen Gedanken nicht bezeichnet sei. Solche Stellungnahme zu dem Streit der Strafrechtstheorien ist nichts Binding Eigentümliches, weit eher schon verdiente hervorgehoben zu werden, daß die Ablehnung der genannten relativen Strafrechtstheorien auf einem ungemein lebhaften Gerechtigkeitsgefühl beruht. Unerträglich erscheint Binding ein Strafrecht, nach dessen Grund-

idee der Gefährlichste, sollte er auch geisteskrank sein, der Strafwürdigste ist, und wenn er von einem derart begründeten Strafrecht zur Theorie vom psychischen Zwang übergeht, geschieht es in Worten wie den folgenden: „Man kann zweifelhaft sein, ob dieser Theorie des Verbrechens als gesellschaftsgefährlicher Handlung oder der Lehre, die ich in Analogie vom „formellen Gesetze“ die Lehre vom formellen Verbrechen nennen möchte, der Preis zuerkannt werden muß, den denkbar tiefsten Stand in der Verfehrung aller strafrechtlichen Grundbegriffe erreicht zu haben.“ Und dann folgt eine äußerst treffende Charakterisierung der so selten scharf erkannten Konsequenzen der Theorie vom psychischen Zwang für die Behandlung des Schuldproblems: „Ist der Mensch unfrei, kann er höchstens durch die Strafandrohung einigermaßen auf dem Wege Rechtsens erhalten werden, behält diese Drohung das Höchstmaß ihrer Wirksamkeit nur durch die Überzeugung der Rechtsgenossen von ihrer Unverbrüchlichkeit, stellt jede Kontravention gegen sie ihre abhaltende Wirkung für die Zukunft in Frage, so folgert der deterministische Fanatismus für die Aufrechterhaltung der Autorität der Strafandrohung verbunden mit dem Glauben, der einzelne könne unbedingt den Interessen der Gesamtheit geopfert werden: in jedem Fall heischt das mißachtete Strafgesetz die Opferung des Verächters ohne Rücksicht auf dessen Geistes- und Gemütszustand zur Zeit der Tat: denn alle Täter sind gleich unzurechnungsfähig. Diese fanatische Karikatur der alten Balanciertheorie läuft freilich ganz gegen die Absichten ihrer Vertreter, besonders des so vornehm denkenden Feuerbachs (S. 468/9).“ Es wäre wahrlich zu wünschen, daß ein jeder Kriminalist etwas von dem Feuer der Gerechtigkeitsliebe hätte, das in diesen Worten lodert, dann könnte es nicht vorkommen, daß Strafen empfohlen werden, die unter äußerster Mißachtung der Persönlichkeit des einzelnen das Wohl der Gesamtheit fördern sollen, oder daß Maßregeln, die eben diesen Charakter an sich tragen, unter der einzigen Bedingung, daß ihnen eine andere Etikette als die der Strafe angeheftet wird, als berechtigt anerkannt werden.

Was uns nun aber an Bindings Strafrechtsauffassung ganz besonders interessiert, ist nicht ihr Gegensatz zu den relativen, sondern der zu den unjuristischen Strafrechtstheorien. Wer die Schuld bestimmt als Gefährlichkeit, dem läßt sich nicht mehr oder minder der Vorwurf einer unjuristischen Betrachtungsweise machen als dem, der in der Schuld ein vom sozial-ethischen Stand-

punkt aus schlechtes Wollen sieht. Diesen Vorwurf darf man nicht mißverstehen. Gewiß traut Binding seinen Gegnern nicht zu, daß sie schlechtthin alles Sozialgefährliche oder alles sozial-ethisch Schlechte für Schuld im Rechtsinne erklären. Die Bestimmung der Schuld im Rechtsinne, mag sie *de lege lata* oder *de lege ferenda* gegeben werden, hat stets eine Beziehung auf das Recht in sich aufzunehmen, dies ist so selbstverständlich, daß man eine solche Beziehung, falls sie nicht ausdrücklich in der Begriffsbestimmung erwähnt wird, zu ergänzen hat. Unter dem Gesichtspunkt des geltenden positiven Rechts ist Schuld, was sie sonst immer sachlich sein mag, jedenfalls etwas, was das Gesetz als Schuld anerkennt, das Positive kann von Begriffswegen durch sachliche Momente nicht erschöpfend bestimmt werden. Und auch wenn man den von Binding abgelehnten Schuldbestimmungen eine Beziehung auf das Recht, wie es sein sollte, gibt, wird man in ihnen eine Bezeichnung dessen sehen, was prinzipiell gestraft werden kann und soll, ganz wohl aber aus sekundären Erwägungen straflos bleiben mag. Nun könnte man allerdings behaupten, daß sich über die Erwägungen, die den Gesetzgeber bestimmt haben bzw. bestimmen sollen, aus dem Kreise der dem Grundgedanken nach straffähigen Handlungen eine engere Auswahl zu treffen, eine inhaltlich näher bestimmte Aussage machen lasse. Ich glaube indessen nicht, daß Binding den Mangel einer solchen Aussage im Auge hat, wenn er gegen Schulddefinitionen wie die eben erwähnten den Vorwurf erhebt, unjuristisch zu sein. Denn wie wir sogleich sehen werden, bestimmt Binding selbst nicht des näheren, in welchem Maße das straffähige Verhalten auch wirklich strafbar ist. Auch gibt er zu, daß es kaum möglich sei, über das Verhalten, gegen welches der Gesetzgeber in seinen Normen sich wendet, eine andere inhaltliche Angabe zu machen, als die, daß es ein Verhalten sei, welches den Lebensbedingungen der menschlichen Gesellschaft widerstreite. Warum nun das eine derartige Verhalten verboten ist, das andere nicht, das kann nach Bindings eigener Ansicht keine juristische Formel angeben. Nein, das juristische Moment erwartet Binding an einer andern Stelle, bei der Bestimmung der Grundidee der Schuld selbst. Diese soll nicht liegen in der Gefährlichkeit der Gesinnung oder in der Richtung des Willens auf etwas vom sozial-ethischen Standpunkt Verwerfliches — hierbei ist ja vom Recht mit keinem Wort die Rede — sondern in der Richtung des Willens auf die Verwirklichung einer Rechtswidrigkeit. Es ist nicht rätlich, diese Begriffsbestimmung als



eine formale zu bezeichnen, denn Binding stellt in ihr gerade auf das Wesen der Sache ab, mag er es nun richtig treffen oder nicht. Es ist gerade sein Gedanke, daß in dem auf Rechtswidrigkeit gerichteten Willen und in seiner Verwirklichung die Strafe ihre wesentlichste Erklärung findet. Damit ist nicht gesagt, daß nicht nach Bindings Auffassung allerhand Zweckmäßigkeitsrückichten den Gesetzgeber veranlassen können, einen mit der Rechtsnorm in Widerspruch tretenden Willensakt straflos zu lassen, die straflose rechtswidrige Handlung, das straflose Delikt in Bindings Terminologie, ist keine *contradictio in adjecto*.

Binding hat uns im ersten Band der Normen etwas näher über seine Auffassung bezüglich des Verhältnisses von Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit unterrichtet. „Die Straffähigkeit des widerrechtlich Handelnden ist mit seinem Delikt gegeben.“ (Normen, Bd. I 2. Aufl. S. 428). Der Delinquent kann sich, darüber daß er gestraft wird, nicht beschweren. Der Staat aber hat guten Grund zur Bestrafung. „Will der Staat nicht tatlos den Friedbruch hinnehmen, will er seine Gehorsamsrechte gegenüber ihren Verächtern zwangsweise geltend machen, und dulden sie in unverwandelter Form keine Zwangsrealisierung, so bleibt ihm zur Erhaltung ihrer Heiligkeit nur noch das Eine möglich: das mißachtete Recht auf Gehorsam verwandelt sich gegen den Ungehorsamen in ein Recht auf Zwang wegen Ungehorsams. Wer das Recht mißachtet hat, dessen Person wird der Rechtsmacht zwangsweise unterworfen, damit er fühle und erkenne, wer Herr sei, der Wille des Rechts oder die Willkür des einzelnen. Diese Zwangsunterwerfung behufs Rechtsbewährung, dieser Bewährungszwang, den man auch weniger gut als Vergeltungs- oder Genugtuungszwang bezeichnet hat, ist die öffentliche Strafe der Geschichte“ (I. c. S. 425/6). Lassen wir den Verwandlungsprozeß des einen Rechts in das andere, durch den nicht viel erklärt wird, bei Seite, so ergibt sich: Will das Recht dem Ungehorsamen gegenüber seine Autorität aufrechterhalten, so muß es ihn der Strafe unterwerfen. Strafe ist „Bewährung der Rechtsherrlichkeit durch Beugung des Verbrechers unter den Rechtszwang“. Nun aber mag es wohl sein, daß das Recht aus irgendwelchen Gründen darauf rechnet, daß diese oder jene seiner Normen im allgemeinen auch ohne Androhung einer Strafe so allgemeinen Gehorsam finden wird, daß die wenigen Fälle ihrer Übertretung die Rechtsautorität nicht in Frage stellen können. Bei solcher Sachlage wird zu erwägen sein, ob nicht auf die Bestrafung, welche stets an und für sich eine empfindliche Last

für den Staat darstellt, verzichtet werden kann und soll. Das Delikt begründet nur das Strafrecht, nicht die Strafpflicht. „Die Strafe als Gegenstand der heutigen Strafpflicht ist das unentbehrliche Maß der Bewährung der Rechtsherrlichkeit durch Beugung des Delinquenten unter den Rechtswang, zugleich ein treues Spiegelbild von der den Rechtswang heischenden Energie der einzelnen Rechte auf Notmäßigkeit und ein Beweis für den Mangel ausreichender Surrogate für Strafandrohung und Strafwang“ (I. c. S. 433).

Der Gedanke, daß die Strafe Bewährung der Rechtsherrlichkeit gegenüber der Gesetzesmißachtung sei, ist gewiß nicht unrichtig, dagegen erscheint er nicht ausreichend, um eine vollständige Vorstellung von dem Wesen der Strafe zu geben; er bedarf einer Inbeziehungssetzung zu anderen Strafrechtsprinzipien, insbesondere zu dem Gedanken der Vergeltung. Daß das Recht eine Übertretung seiner Normen nicht ruhig über sich ergehen lassen kann, das lehrt uns unser Vergeltungsbedürfnis, welches eine Reaktion auf die Übeltat fordert. Die Strafe „entspricht unserm Bedürfnis nach Ausgleich von Schicksal und Verdienst (I. c. S. 419). Und dennoch würde man das Wesen der Rechtsbewährung durch Strafe nicht zutreffend bezeichnen, wenn man sagte, sie sei nichts als der Ausdruck des Vergeltungsgefühls. „Nicht will der Staat das Böse mit dem Bösen, das Gleiche mit dem Gleichen vergelten, im Gegenteil: der Leidenschaft des Verbrechers antwortet ein notgedrungerener, der Leidenschaft mehr und mehr entwachsender, genau bemessener Akt rechtlicher Daseinsbewährung; die Rechtsverletzung wird mit dem der Rechtsordnung Heilsamen, das rechtlich Böse mit rechtlich Gutem und Unentbehrlichem erwidert“ (I. c. S. 419/20). Es ist wunderbar, daß diese Erwägungen Bindung nicht zur Erkenntnis dessen geführt haben, was man als den affektiven Charakter der Rechtsbewährungstheorie bezeichnen kann. Als etwas der Rechtsordnung Heilsames erscheint dem reflektierenden Verstand, der in dem Ideenkreis der Rechtsbewährungstheorie verharren will, das Strafübel nur deshalb, weil sein Ausbleiben von den Rechtsgenossen als ein Symptom für die Schwäche der Rechtsordnung angesehen werden würde. Aus zwei Gründen kann das Unterlassen der Bestrafung den Rechtsgenossen als eine Schwäche erscheinen. Einmal weil man annimmt, die Rechtsordnung würde an und für sich gerade auf Befriedigung eines jener Zwecke hinarbeiten, welchen nach den relativen Theorien die Strafe zu dienen geeignet ist, es fehle ihr jedoch an der Kraft, die Strafe wirkungsvoll durchzuführen

Sodann weil man bei der Rechtsordnung das Bestehen eines Vergeltungsbedürfnisses voraussetzt. Die Rechtsgenossen, welche von sich auf andere schließen und die Rechtsordnung sich als ein nicht nur mit Verstand sondern auch mit Gefühl begabtes Wesen vorstellen, nehmen an, daß bei der Rechtsordnung auf Grund ihres Vergeltungsbedürfnisses der Wunsch lebendig sein müsse, den Verächter ihrer Normen ein Übel erleiden zu lassen. Sieht die Rechtsordnung von der Übelzufügung ab, so wird ihr das als ein Zeichen von Mangel an Mut oder Kraft ausgelegt. So ist die Theorie der Rechtsbewährung, was regelmäßig verkannt wird, stets nur ein Akzessorium zu einer der sonstigen Strafrechtstheorien. Da Binding jedenfalls ein Gegner der relativen Strafrechtstheorien ist, so interessiert hier wesentlich die Rechtsbewährungstheorie im Zusammenhang mit der Idee der Vergeltung.

Mag man in dem Vergeltungsbedürfnis unmittelbar eine zureichende Begründung des Strafrechts sehen, wie es der klassischen Vergeltungstheorie entspricht, oder mag man mit den Anhängern der Rechtsbewährungstheorie Gewicht darauf legen, daß es einen Faktor darstellt, den vernünftige Politik im Interesse der Aufrechterhaltung staatlicher Autorität berücksichtigt, immer fehlt es an dem überzeugenden Nachweis, daß die öffentliche Strafe nur der Auflehnung gegen die Rechtsnormen gelte. Wenn die Rechtsgenossen gegenüber einer Auflehnung gegen den Willen des Staates das Bedürfnis nach Reaktion in Gestalt der Strafe empfinden, so liegt dies im wesentlichen daran, daß das staatliche Gebot dem sozialethischen Empfinden als etwas Respektwürdiges erscheint. Es ist sittlich geboten, der Obrigkeit zu gehorchen. Wer diesen Satz deshalb für unrichtig hält, weil es unter Umständen sittliche Pflicht sei, der Obrigkeit ungehorsam zu sein, der vergißt, daß sittliche Normen niemals als ausnahmslose hingestellt werden können. Die sittliche Norm nun, welche Gehorsam gegenüber der Rechtsordnung zur Pflicht macht, ist weit davon entfernt, die einzige zu sein, deren Übertretung in den Volksgenossen das Gefühl wachruft, der Übertreter müsse Strafe erleiden. Läßt der Staat ein grob unsittliches Verhalten unverboden und straflos, so wird das sozial-ethische Empfinden der Rechtsgenossen sehr wohl Bestrafung heischen können, ohne sich des etwas rabulistischen Kniffs zu bedienen, erst ein Verbot zu fordern, damit das Verbotene dann bestraft werden könne. Auch sind in der Literatur und in der Praxis wenig Stimmen laut geworden, die es

für ungerecht erklärten, denjenigen mit der vollen Wucht der Strafe zu treffen, der in dem Glauben den Normen des Rechts nicht zuwider gehandelt zu haben, sich ein sittlich in hohem Maße verwerfliches und in Wahrheit auch vom Recht untersagtes Verhalten zuschulden kommen ließ. Wer es für ein Postulat der Gerechtigkeit hält, daß Bestrafung wegen Vorsatzes nur bei Bewußtsein der Rechtswidrigkeit eintrete, der denkt dabei an Rechtsvorschriften sittlich indifferenter Charakters oder daran, daß jemand ohne schwere sittliche Verirrung Ausnahmen von den Rechtsvorschriften annehmen kann, wo der Gesetzgeber sie nicht zuläßt.

Ebenso wenig wie das sittliche Empfinden der Volksgenossen nur eine Bestrafung des Gesetzesverächters billigt und fordert, ebenso wenig kann eine verständige um Aufrechterhaltung des Ansehens der Rechtsordnung besorgte Strafrechtspolitik sich dem Glauben hingeben, daß das Strafrecht das Seinige getan habe, wenn nur jeden Gesetzesverächter die Strafe treffe. Wer möchte glauben, daß das Recht, wenn es sich zu schwach fühlt, mit der Energie der Strafe auf das sozial-ethisch verwerfliche Verhalten zu reagieren, seine Schwäche dadurch bemänteln könnte, daß es dem Verhalten nicht einmal durch ein gesetzliches Verbot entgegenwirkt? Eines müssen wir allerdings der Ansicht, daß die Strafe ausschließlich der Auflehnung des Willens gegen die Rechtsnorm gelte, sicherlich zugeben. Wo solche Auflehnung vorliegt, da besteht besonderer Grund für die Strafe. Erläßt der Gesetzgeber eine Vorschrift und nimmt er es ruhig hin, daß diese Vorschrift in den Wind geschlagen werde, dann wird er sich gegen den Vorwurf der Inkonsequenz oder mangelnden Energie schwer verteidigen können. Wehrt er dagegen von vornherein einem sozial-ethisch verwerflichen Verhalten nicht, so wird dadurch in vielen Fällen sein Ansehen nicht erschüttert werden, denn bekanntlich kann man über das sozial-ethisch Verwerfliche sehr verschieden denken, auch kann der Gesetzgeber durch allerlei Zweckmäßigkeitsabwägungen bestimmt worden sein, nicht zu verbieten, was er an und für sich für verwerflich hält.

Immer aber bedenke man, daß die Autorität, welche die öffentliche Strafe aufrecht zu erhalten hat, nicht eine beliebige Autorität sondern die Autorität des Rechts ist. Auch wer ein gottloses Willkürregiment eingeführt hat, wird im Interesse seiner Bewahrung zur Strafe greifen. Eine solche Angst- und Schreckensherrschaft unterscheidet sich von der durch öffentliche Strafe gesicherten Rechtsherrschaft dadurch, daß sie nicht wie die letztere auf sozial-ethischem Funda-

ment beruht. Der Rechtsautorität kann eine Maßregel nur dienen, wenn sie Energie in Verfolgung sittlich berechtigter Zwecke bekundet. Solchen Charakter können auch die von den relativen Theorien proponierten Strafzwecke aufweisen und der Strafzweck der absoluten Theorien kann es nur dann, wenn es sich um Vergeltung gemäß sozial-ethischem Reaktionsbedürfnis handelt. Wenn wir unter dem Gesichtspunkt der Theorie der Rechtsbewährung, die Bestrafung der Mißachtung der Rechtsnorm für besonders gerechtfertigt erklären, so ist dies nach dem eben Ausgeführten dahin zu erläutern, daß eine derartige Mißachtung sich in vorzüglich klarer Weise als eine Handlungsweise offenbart, gegen welche eine ihrer sozial-ethischen Mission bewusste Rechtsordnung Vergeltung zu üben sich veranlaßt sehen wird. Damit ist keineswegs gesagt, daß für die Anhänger der Theorie der Rechtsbewährung der Ungehorsam gegen die Rechtsnorm das Wesentlichste am Verbrechen sei. Das Recht bewährt seine Autorität, indem es auf die sozial-ethische Schuld gemäß ihrer Schwere reagiert. Die Auflehnung gegen den Willen der Rechtsordnung als solche ist Schuld, aber nicht ohne weiteres schwere Schuld; solche ist vielmehr nur dann gegeben, wenn der Wille sich auf Verletzung eines bedeutungsvollen Gutes richtete. So und nur so gewährt die genannte Theorie Verständnis für die Fülle verschieden bemessener Strafbrohungen.

Der durchgreifende Unterschied der hier vorgetragenen Auffassung der Rechtsbewährung von der Bindingschen besteht darin, daß Binding den Gedanken der Rechtsbewährung nicht als einen akzessorischen anerkennen will, daß er die Strafe ihrem innersten Kern nach als Rechtswang gegen den Verächter der Rechtsnorm zwecks Aufrechterhaltung der Rechtsautorität kennzeichnen zu können glaubt. Er schlägt insbesondere keine Brücke zwischen rechtlicher und ethischer Norm. Es ist ungemein bedauerlich, daß Binding uns nirgends des näheren auseinandersetzt, wie er sich das Wesen der Rechtsnorm denkt. Soviel jedenfalls steht fest, daß Binding die Kastrierung der Rechtsnormen durch die Ethik ablehnt: „Eine strafbare Handlung kann sittlich unanfechtbar oder, wie eine große Zahl von Polizeigesetzeswidrigkeiten, sittlich indifferent sein.“ (S. 287.) Daß er diesen Standpunkt nicht immer konsequent aufrecht zu erhalten vermag, wird sich unten bei näherer Darlegung der Bindingschen Konstruktion der Delikttsfähigkeit erweisen. Vielleicht geben folgende Sätze am deutlichsten Bindings Auffassung von der Rechtspflicht wieder. „Ihre — der Rechtspflicht — Analoga stehen weit von ihr

ab. Sie tut allein, was von den andern nur behauptet wird: sie bindet den, dem sie obliegt, mag er wollen oder nicht. Sie kann es, weil eine überlegene Macht, der Wille des Ganzen sie seinen Gliedern, seinen Untertanen auferlegt" (§. 223/4). Und dann weiterhin: „So ist die Rechtspflichtverletzung die einzige Pflichtverletzung, worin der Untertanenwille mit dem Willen einer höheren Macht in Widerspruch tritt" (§. 225.) Ganz anders soll es sich mit den sittlichen Pflichten verhalten, welche einen unbestimmt großen, nie festumgrenzten Kreis bilden und hier von einem jeden einzelnen kraft der ihm zustehenden Autonomie anerkannt werden. Nun ist ja allerdings richtig, daß die Gebote des Rechts uns gegenübertreten als von einer außer uns stehenden Macht, sagen wir der Gesamtheit der Rechtsgenossen, formulierte Befehle, die unbedingten Gehorsam von uns heischen. Die sittlichen Normen dagegen entquellen dem Innern eines jeden und lassen sich, ohne den Prozeß einer Veräußerlichung durchzumachen, da vernehmen, wo sie entstanden sind. Aber wenn man der Sache näher nachgeht, so findet man, daß die Normen des Rechts, welche so selbstbewußt an den Menschen von außen herantreten und unbedingten Gehorsam von ihm fordern, leeres Wortgeplänkel sind, soweit ihnen nicht eine im Innern des Menschen sich geltend machende Stimme entspricht.

Glendower: I can call spirits from the vasty deep.

Hotspur: Why, so can I; or so can any man:

But will they come, when you do call for them?

(Henry IV. Act III.)

Mit andern Worten: die Gewalt, die das Recht über einen Menschen hat, kann gar keine andere sein als die eines Triebes, der den Menschen bestimmt, dem Recht gehorsam zu sein. Dieser Trieb ist die Liebe zur Freiheit, wenn das Recht mit Einsperrung, die Liebe zum Leben, wenn es mit Tötung droht. Unterläßt das Recht die Androhung jedes sogenannten äußeren Zwangsmittels, so kann es nur dadurch über den Menschen Macht gewinnen, daß es an das Gefühl appelliert, das den Menschen bestimmt, die Gebote des Rechts als solche zu respektieren. Wir nannten oben dieses Gefühl ein sittliches, und ich glaube, es würde Binding schwer werden, nachzuweisen, daß es nicht ein sittliches sondern ein spezifisch rechtliches sei. Es ist ja ein noch durchaus ungeklärtes Problem, wie die menschlichen Gefühle zu klassifizieren sind, aber es dürfte doch bis auf weiteres zweifellos erscheinen,



daß zwischen dem Gefühle der Unlust, das den Rechtsbruch begleitet, und jenem, welches einem rechtlich nicht verbotenen, aber den sittlichen Maximen des menschlichen Zusammenlebens widerstreitenden Verhalten folgt, eine Verwandtschaft besteht, die uns berechtigt, beide der gleichen Kategorie, der Kategorie der sittlichen Gefühle, unterzuordnen. Sollte es auch möglich sein, ein Rechtsgefühl als ein besonders geartetes Gefühl zu konstatieren, so wird sich dieses Gefühl doch zweifellos nicht darin erschöpfen, daß es schlechtlin auf Unterwerfung unter das positive Recht hinwirkt; es ist denkbar nur als ein Empfinden, welches den Maßstab für das, was von richtigen Rechtes wegen sein soll, abgibt. Das aber was hiernach sein sollte, bestimmt sich doch wohl nach sozial-ethischen Maximen.

Es konnte meine Absicht nicht sein, in den vorausgehenden Bemerkungen Bindings Auffassung von dem Wesen der Rechtsnorm zu widerlegen. Dafür sind seine Ausführungen zu unbestimmt in ihrer knappen Kürze und ist der mir hier zur Begründung der eigenen Ansicht zur Verfügung stehende Raum zu beschränkt. Wenn ich Bindings Behauptung, das Recht sei die einzige unbedingten Gehorsam heischende Macht, die andere gegenüberstelle, daß Gehorsamheischen nur insoweit Sinn und Zweck hat, als der Befehlshaber einen Trieb in Wirksamkeit zu setzen vermag, und daß die Rechtsordnung sich nicht eines von den sittlichen Trieben wesentlich verschiedenen Triebes als Werkzeug bedient, so wollte ich nur zeigen, wie wenig Bindings Auffassung als selbstverständlich gelten kann, wie sehr sie der näheren Ausführung und Begründung bedarf. Immerhin möchte ich doch noch, wennschon in aller Kürze, auf eine Einwendung eingehen, durch die man versuchen könnte, meiner eigenen Ansicht von vornherein jeden Kredit zu nehmen. Es könnte nämlich behauptet werden, wir hätten mit der Ablehnung einer spezifischen Rechtsgewalt der von jeher als Bedürfnis empfundenen Unterscheidung des Rechts von andern Mächten den Boden entzogen. In Wahrheit aber braucht der Unterschied des Rechts von Sittlichkeit und Sitte, um nur die wichtigsten Erscheinungen zu nennen, die es vom Recht abzugrenzen gilt, nicht notwendig in das Moment verlegt zu werden, durch das diese Mächte Herrschaft über den Menschen behaupten. Das Merkmal, durch welches sich die Rechtsnorm von den eben genannten und allen andern Normen unterscheidet, liegt in nichts anderm, als in ihrer Zugehörigkeit zu dem einheitlich gedachten, von Menschen festgesetzten umfassenden Plan der Regelung des Zusammenlebens einer

größeren Menschengruppe, als welcher Plan sich eine jegliche Rechtsordnung darstellt. Wenn uns ein Ethiker ein weitläufiges System der Sozialethik entwickelt, so kann man wohl sagen, daß hier den Menschen ein Lebensplan vorgezeichnet wird, nach dem sie ihr gegenwärtiges Verhalten richten sollen. Der Verfasser des Systems der Sozialethik hat aber diesen Plan nicht selbst festgesetzt, sondern er spricht nur aus, was aus der menschlichen Natur und den Bedingungen des menschlichen Zusammenlebens als notwendige Konsequenz sich ergibt. Er gesteht zu, daß, wenn sein Denken fehlerhaft, alle seine Resultate praktischer Bedeutsamkeit ermangeln. Anders das Recht. Es hat Bedeutung schon deshalb, weil es festgesetzt ist, es hat positiven Charakter. Positiven Charakter hat auch die Sitte, aber ihre Norm ist nicht eingefügt in den kunstvollen Bau eines großen Lebensplanes. Die rechtsgesetzlichen Vorschriften dagegen stehen, wie allgemein anerkannt, sämtlich in einem gewissen innern Zusammenhang und Gleiches muß auch von den Normen des Gewohnheitsrechts gelten. Mag auch das Gewohnheitsrecht seine bindende Kraft nicht aus der stillschweigenden Anerkennung durch den Gesetzgeber schöpfen, so wäre doch ein Zustand ganz undenkbar, bei dem der Gesetzgeber eine wirklich geltende Norm des Gewohnheitsrechts nicht als dazu bestimmt ansieht, mit den von ihm formulierten Normen ein geistiges Ganzes zu bilden.

3. Können wir auch nach dem eben Ausgeführten die Auffassung nicht billigen, auf Grund deren Binding eine auf außerjuristischem Fundament aufgebaute Strafrechtswissenschaft als methodisch verfehlt verwirft, so halten wir doch in anderer Beziehung sein energisches Eintreten für eine juristisch orientierte Rechtswissenschaft für äußerst verdienstlich. In den vorstehenden Ausführungen haben wir uns nur mit einer Strafrechtsdogmatik beschäftigt, die in unmittelbarem Zusammenhang steht mit irgend einer bestimmten Grundanschauung von Sinn und Wesen des Strafrechts respektive des Rechts überhaupt. Ein großer Teil, fast möchte man sagen der größte Teil, unserer neueren monographischen Literatur läßt nun aber eine Zurückführung der strafrechtlichen Einzelbegriffe auf die Grundfragen des Strafrechts vermissen. Anstatt außerjuristische Disziplinen nur insoweit zu berücksichtigen, als die Rechtswissenschaft auf sie hinweist, gibt man von vorneherein die juristische Betrachtungsweise der irgendeiner beliebigen andern Wissenschaft preis. Da Binding sich in dem uns vorliegenden Buch besonders mit dem Begriff der Schuld beschäftigt, so geißelt

er vor allem den bei den Juristen so beliebten Verrat an der Jurisprudenz zugunsten einer rein theoretisch-psychologischen Auffassung, ohne dabei aus den Augen zu verlieren, daß es sich hierbei nur um eine Äußerung eines sich weithin über die Rechtswissenschaft erstreckenden Übels handelt. In folgender Weise etwa pflegen die Mißächter ihrer eigenen Wissenschaft zu verfahren. Man geht aus von dem tralatizisch gewordenen Satz, daß das Verbrechen Handlung ist. Dann wirft man die Frage auf, was eine Handlung sei, sucht die Antwort im Hinblick auf die Bedürfnisse aller möglichen Wissenschaften, nur beileibe nicht der Strafrechtswissenschaft, und setzt das gefundene Ergebnis mit dem Bewußtsein, der Strafrechtswissenschaft einen unschätzbaren Dienst geleistet zu haben, in den Satz ein, von dem man seinen Ausgangspunkt nahm. Daß man den Sinn dieses Satzes, in dem das Wort Handlung eine besondere den Bedürfnissen der Strafrechtswissenschaft angepasste Bedeutung gehabt haben mag, unter Umständen völlig verändert hat, läßt man unbeachtet. Mißverständnissen und Absurditäten ist damit Tür und Tor geöffnet. Oder: Im Anschluß an den Satz, daß man für nichts verantwortlich gemacht werden kann, was nicht in den Willen aufgenommen wurde, unternimmt man in tiefgreifender Untersuchung zu bestimmen, was die Psychologie als Inhalt des Willens anzusehen habe. Ein solches Verfahren kann unter ganz besonders günstigen Umständen für die Jurisprudenz unschädlich sein, weit häufiger ist es von erheblichem Schaden, methodisch verfehlt ist es allemal.

Wenn die Rechtswissenschaft einen Ausdruck verwendet, der ihr mit einer andern Wissenschaft oder der Sprache des täglichen Lebens gemein ist, so spricht prinzipiell nichts dagegen, daß sie dem Ausdruck eine spezifisch juristische Prägung gegeben hat, d. h. ihm einen Begriff zugrunde legt, der ein Höchstmaß an Wertbarkeit für die rechtswissenschaftliche Darstellung erreicht. Freilich wird bei solchem Verfahren die Jurisprudenz darauf achten müssen, daß ihr besonderer Sprachgebrauch nicht die Berührung mit dem anderer wissenschaftlicher Disziplinen und mit dem allgemeinen Sprachgebrauch verliere. Wie wir im täglichen Leben die Worte nicht immer in einem völlig gleichen Sinne gebrauchen, ohne deswegen ganz die Empfindung zu verlieren, daß ein gewisser Kern von Merkmalen den verschiedenen mit dem gleichen Worte bezeichneten Begriffen gemeinsam sein sollte, so werden auch die verschiedenen Wissenschaften tunlichst darauf achten, daß sie bei

aller Freiheit in der Begrenzung der sie interessierenden Begriffe einer bis zu einem gewissen Grade gemeinsamen und gemeinverständlichen Sprache und nicht verschiedener Jargons sich zu bedienen haben. Wenn insbesondere ein Begriff von altersher als Grundbegriff einer besonderen Wissenschaft seine nähere Ausgestaltung empfangen hat, dann wird ihn nicht jede andere Disziplin, die ihm nur einen untergeordneten Platz anweisen kann, unter Belassung des alten Namens in seinen Merkmalen erheblich umgestalten dürfen.

Aus den eben gegebenen Andeutungen über Begriffsbildung und Begriffsbenennung folgt, daß Binding ganz recht hat, wenn er die bedingungslose Herübernahme der von der Psychologie geprägten Begriffe auf das Gebiet der Jurisprudenz ablehnt. Allerdings ist es nicht a priori ausgeschlossen, daß etwa die Jurisprudenz das Wort Wille in ganz dem gleichen Sinne wie die Psychologie mit Nutzen gebrauchen kann, aber es wäre das nicht viel anderes als ein Zufall, und es erscheint als prinzipiell durchaus verwerflich auf, einen solchen Zufall prüfungslos zu vertrauen. Ich halte das für methodisch schlimmer, weil gefährlicher, als wenn man den Willen für das Rechtsgebiet mit Reissen (Hauptprobleme des Staatsrechts 1911) als den juristischen Zurechnungspunkt definiert, wenssichon auch diese Begriffsbestimmung wegen ihrer Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Sprachgebrauch nach dem oben Ausgeführten abgelehnt werden muß.

Um ein Beispiel für die verderblichen Folgen der Vermengung psychologischer und juristischer Begriffsbildung zu geben, sei in ganz kurzen Zügen der Kampf zwischen Willen- und Vorstellungstheorie geschildert. Die Anhänger der Vorstellungstheorie meinen, daß es vom psychologischen Standpunkt aus nicht richtig sei, den vorausgeesehenen, aber unerwünschten Erfolg der Handlung als gewollt zu bezeichnen; man begnüge sich, so heißt es, für die Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung mit der Feststellung, daß mit Voraussicht des Eintritts des Erfolges gehandelt wurde. Nun können sich aber mit einer solchen Feststellung diejenigen nicht begnügen, die es sich nicht ausreden lassen wollen, daß die Besonderheit der Schwere der Strafe nur durch die besondere Qualifizierung des Willens erklärt werde und die sich vergeblich fragen, wie eine dem Willensakt vorausgehend, von ihm aber nicht in sich aufgenommene Vorstellung den Willen zu qualifizieren vermöchte. Diese Bedauernswerten, zu denen auch ich mich rechnen muß, können wohl nichts anderes tun, als daß sie unbekümmert um die psychologische Terminologie der

Auffassung sich anschließen, von welcher die Ethik und die Weisheit des allgemeinen Sprachgebrauchs bisher ausgegangen sind, daß nämlich die Vorstellung des Erfolgs der Handlung den Willen in einer Weise affiziere, welche uns gestatte, den Erfolg als gewollt zu bezeichnen. Leider hat man diesen Ausweg gewöhnlich verschmäht und sich in den unendlichen Streit über die Frage eingelassen, ob vom psychologischen Standpunkt aus der Erfolg gewollt sei oder nicht.

Daß ich Bindings Protest gegen die Art und Weise, wie die Juristen sich am Gängelbände der Psychologie führen lassen, durchaus berechtigt finde, muß ich schon deshalb mit besonderem Nachdruck betonen, weil man meinen könnte, dieser Protest richte sich *mutatis mutandis* auch gegen unsere Abgrenzung des Willensbegriffs, die wie unten noch näher ersichtlich werden wird, unter dem Einfluß ethischer Betrachtung steht. Indessen kann eben bei Bildung der strafrechtlich interessierenden Begriffe nur derjenige gänzlich innerhalb der Grenzen einer spezifisch-juristischen Anschauung bleiben, der wie Binding das Strafrecht auf einem spezifisch-juristischen Prinzip aufbaut. Wer die Grundidee des Strafrechts als eine ethische ansieht, der wird die einzelnen Begriffe der allgemeinen Strafrechtslehre mit der Ethik in Beziehung setzen müssen. Diejenigen dagegen, welche die Psychologie für die Bestimmung eines strafrechtlich bedeutsamen Begriffs maßgebend sein lassen, tun dies nicht, weil sie etwa die Grundidee des Strafrechts für eine psychologische hielten, was ein Widerspruch wäre, sondern weil sie von der unrichtigen logischen oder methodologischen Vorstellung ausgehen, die Jurisprudenz dürfe und könne einen Begriff wie den des Willens nicht in anderm Sinne nehmen als die Wissenschaft, welche sich mit demselben am eingehendsten zu beschäftigen habe, die Psychologie.

Was nun des näheren Bindings Stellungnahme zu dem Problem von der Freiheit der Rechtswissenschaft bei Bildung von Begriffen betrifft, so möchte es mir fast scheinen, er emanzipiere die Rechtswissenschaft etwas zu sehr vom Sprachgebrauch des täglichen Lebens und außerjuristischer wissenschaftlicher Disziplinen. Wenn ihm Handlung im Rechtsinn verwirklichter rechtlich relevanter Wille ist, so ist diese enge Beschränkung eines Begriffs, dem der allgemeine Sprachgebrauch einen unendlich viel weiteren Umfang gegeben hat, nicht unbedenklich. Mir kommt ein solches Verfahren nicht viel anders vor, als wenn der Bakteriologe sagte, Tiere seien jene nur mikroskopisch

sichtbaren Lebewesen, welche als Erreger von Krankheiten auftreten. Ebenso dürfte, worauf unten noch näher einzugehen sein wird, der Respekt vor dem Sprachgebrauch verbieten, mit Binding auch das unbewußt vom Willen Verursachte als gewollt zu bezeichnen, gleichgültig, ob nun diese Auffassung des Willensinhalts eine formell elegante Darstellung der Rechtsätze ermöglicht oder nicht. Man kann gerade an diesem Beispiel nicht übel die Macht des Sprachgebrauchs und ihre Grenzen sich zu Bewußtsein bringen. Es ist gewiß sprachlich unzulässig, zu sagen, jemand habe gewollt, was er nicht einmal als möglichen Erfolg seiner Handlung vorausah. Dagegen können nur eingehende sachliche Untersuchungen uns die Behauptung verwerfen lassen, daß die Schuld sich durch unborhergesehene Handlungserfolge bestimme.

(Fortsetzung im nächsten Heft.)

---