

19.

Über „das gemeine deutsche Strafrecht“ von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft.

Von Professor Dr. A. Merkel in Straßburg.

1.

Als ich der verehrlichen Redaktion dieser Zeitschrift die Zusage gab, etwas über das neue Werk von Hälschner zu schreiben, da war nur die unbestimmte Absicht bei mir vorhanden, dasselbe seiner Bedeutung gemäß als eine willkommene Gabe aus verehrter Hand in geziemender Weise zu begrüßen, und dem Verfasser, einem der Senioren unter uns, aus dankbarer Gesinnung heraus Erfreuliches zu sagen. Nun kann es freilich bei dem bloßen Gesinnungsausdruck in solchem Falle füglich sein Bemenden nicht haben, und es will irgendwie Stellung genommen sein zu dem Inhalte des Werks. Dabei aber geschieht es leicht, daß Differenzen der Anschauungen sich hervorbringen, und daß unversehens, bei dem Versuche, dieselben zu präzisieren, der beabsichtigte Gruß sich in einen Angriff verwandelt. Hier freilich handelt es sich um einen Angriff von wesentlich unpersönlicher Art, wenn das Wort überhaupt festgehalten werden soll, da die Absicht nur darauf gerichtet ist, gewisse allgemeinere Anschauungsweisen und gewisse Verhältnisse in unserer Disziplin an der Hand des Hälschner'schen Buchs zum Gegenstande einer kritischen Beleuchtung zu machen. Hälschner will mit demselben nicht neue Bahnen brechen, sondern die Ergebnisse einer hundertjährigen wissenschaftlichen Arbeit klären und das Haltbare zusammenfassen. Es charakterisiert ihn, daß er lebendige Fühlung hat mit den verschiedensten Richtungen, welche innerhalb dieses Zeitraums hervorgetreten sind; daß er, Historiker und Dogmatiker in gleichem Maße, zugleich den Zusammenhang mit der hinter uns liegenden philosophischen Ära (im Gegensatz zu so manchen, welche von Joseph und seinen Brüdern, will sagen Hegel und den anderen Koryphäen dieser Zeit, nichts mehr wissen) aufrecht erhält, und sich mit immer

gleicher Gewissenhaftigkeit mit neuesten Bestrebungen auseinanderlegt. Dabei ist sein Standpunkt doch ein überwiegend konservativer, und die Wurzeln seiner Anschauungen liegen außerhalb des Bereiches der letzteren in älteren Formationen. Demgemäß erscheint ihm der überkommene Besitz wertvoll und der Fortschritt ohne Bruch mit der Vergangenheit auf grader Bahn möglich.

Dem Verfasser dieser Anzeige erscheint sowohl dieser überkommene Besitz, wie der Gesamtzustand der Strafrechts- und Rechtswissenschaft überhaupt nicht in einem gleich günstigen Lichte. Bei aller Achtung vor einzelnen Leistungen und der geistigen Kraft, welche sich darin manifestiert, findet er jenen nicht in einem dem bisherigen Kraftaufwande entsprechenden Maße gehoben. Sener überkommene Besitzstand ist nicht reiner Gewinn, er fördert nicht bloß, sondern hemmt auch in gewisser Weise unseren Gang. Dies gilt z. B. von den Resten eines gewissen Dogmatismus, der es uns erschwert, die Dinge einfach zu nehmen, wie sie liegen, sowie von einem eingewurzelten Idealismus, der uns an den Ergebnissen der Erfahrung kein Genügen finden läßt, so lange nicht einiges von dem Eigenen beigefügt ist, sofern sie nicht verschönt sind im Sinne unserer Neigungen und den mitgebrachten Kategorien und Voraussetzungen angepaßt erscheinen. Ich werde auf diesen Idealismus alsbald zurückkommen. Er soll in der Gestalt, in welcher er bei Hälschner zum Vorschein kommt, den hauptsächlichsten Gegenstand dieser Erörterungen bilden. Es wird dabei ein tiefgehender Gegensatz der Auffassungen hervortreten. Ohne Zweifel hat sich in bezug auf gewisse Fragen in neuerer Zeit eine erhebliche Annäherung der Anschauungen vollzogen, aber in anderer Richtung klaffen sie um so weiter auseinander. Hinsichtlich mancher allgemeineren Frage bewegen wir uns im Kreise und erscheint eine Verständigung deshalb als ausgeschlossen, weil weder bezüglich der Voraussetzungen, von welchen auszugehen, noch bezüglich der Ziele, welche zu verfolgen sind, Übereinstimmung besteht. Das Leben innerhalb der Disziplin bewegt sich trotz des Alters derselben auf einer dünnen Humusschicht, daher die Wurzeln auch der stolzeiten Gebilde nicht allzutief reichen. Darin kann eine Änderung nur sehr allmählich sich vollziehen. Einstweilen mag es etwas bedeuten, den Thatbestand selbst zu erhellen.

2.

Sene konservative Richtung Hälschners findet u. a. einen Ausdruck in dem Satze: „daß jeder neue Versuch eigentüm-

licher Fassung und Fortbildung der Lehre vom Grunde und Zwecke der Strafe an die absolute Theorie, wie sie besonders von Kant und Hegel entwickelt worden ist, wird anknüpfen müssen, dagegen wird heute ein Zweifel gewiß nicht aufkommen können“ (§. 4). Aber es läßt mancher Versuch dieser Art sich nennen, der dort seine Anknüpfung nicht gesucht hat, und wie es sonst auch damit bestellt sein möge, dies allein enthält keinen Grund, über solchen Versuchen den Stab zu brechen. Unser Verhältnis zu den Theorien Kants und Hegels ist m. E. im wesentlichen kein anderes, als dasjenige zu den Theorien Feuerbachs und Grolmans u. s. w. Einen Wahrheitskern, darin ist man einverstanden, enthalten alle diese Theorien; aber die besondere Form, in welcher derselbe bei jenen Größen einer vergangenen Wissenschaftsperiode sich darstellt und der Ideenzusammenhang, in welchen er sich bei ihnen eingesenkt findet, haben ihre Geltung und anregende Kraft unter uns eingebüßt, daher aus einem Anschluß an jene für neue Theorien keine Fruchtbarkeit sich ableiten lassen würde.

Wir finden uns heute den alten Problemen wieder einmal unmittelbar gegenübergestellt, und die Aufgabe dürfte sein: den Thatfachen zugewendet, nicht den bisherigen Meinungen über dieselben — wenn auch mit Kenntnis von diesen — in Fühlung mit der Gesamtbewegung der heutigen Wissenschaft, aber unabhängig von jedem besonderen Lehrsysteme, sich neuerdings mit diesen Problemen zu versuchen.

Was aber die Bewegung der modernen Wissenschaft betrifft, so kennzeichnet dieselbe unverkennbar eine positivistische Tendenz. Ihr entspricht es, die immer aufs neue verkannten Grenzen möglicher Wissenschaft entschiedener zu ziehen und die spezifische Aufgabe der letzteren — Orientierung über die wirkliche Welt und die in ihr wirksamen Kräfte, sowie über das Gesetzmäßige in der Verbindung ihrer Äußerungen — radikaler als es bisher geschehen ist, von Aufgaben subjektiver Natur, von solchen, deren Lösung von den Kräften des Gemüts und der Phantasie abhängig bleibt, zu scheiden. Im Bereiche der ethischen und der Rechts- und Staatswissenschaften ist diese Tendenz zu gesicherter Herrschaft bisher nicht gelangt. Die Konsequenz der letzteren würde hier einerseits eine wesentliche Beschränkung, andererseits eine Vertiefung der Bestrebungen sein, jenes nach der Seite des Idealen, dieses nach der Seite der soeben erwähnten Orientierung in der Wirklichkeit.

Bei historischen Untersuchungen und spezielleren dogmatischen Aufgaben gegenüber zeigen wir uns freilich in der Regel von positivistischem Geiste erfüllt, sobald wir uns aber allgemeineren Fragen zuwenden, macht sich zumeist ein völlig anderer Geist geltend, und diesen beiden Seelen in uns entspricht der alte Dualismus einer sog. „positiven“ d. i. hier: beschreibenden und äußerlich systemisierenden, und einer „philosophischen“, d. i. hier: idealistisch konstruktiven Rechtslehre. Dabei bleibt dasjenige, was jener vorerwähnten Tendenz gemäß als die Hauptsache zu betrachten wäre, eine weder idealisierende, noch bloß beschreibende, sondern auf die Erforschung des Gesetzmäßigen in dem betreffenden Lebensgebiete gerichtete Arbeit, heimatlos von beiden Disziplinen ausgeschlossen. Von der Schwelle der positiven Rechtswissenschaft als „Philosophie“ zurückgewiesen, erfährt sie als „bloße Empirie“ das Gleiche an der Schwelle der Philosophie.

Die Strafrechtsdisziplin freilich behauptet hier eine besondere Stellung, zwar kaum hinsichtlich der letzterwähnten Richtung, wohl aber hinsichtlich des bezeichneten Dualismus. In ihrem besonderen Bereiche hat sich die Scheidung zwischen idealistischer Rechtsphilosophie und „positiver“ Rechtswissenschaft bisher in definitiver Weise nicht vollzogen. Vielmehr zeigen sich dieselben hier meist, trotz mannigfachen Widerspruchs, der sich, u. a. von seiten der historischen Schule dagegen erhoben hat, mit einander aufs Innigste verquickt. So auch bei Hälschner.

3.

Den Idealismus der Doktrin charakterisiert es, daß sich ihm hinter den Gestaltungen des wirklichen Lebens eine Begriffswelt von einem nicht bloß abgeleiteten Werte aufbaut. Während die Lehrsysteme der Naturforscher für sich keinen Wert in Anspruch nehmen, außer demjenigen, welcher aus ihrem Verhältnisse zu den erfahrungsmäßig festzustellenden Thatsachen sich herleiten läßt, haben die Systeme unserer Ethiker, Rechtsphilosophen und Kriminalisten höhere Präntentionen. Wie die idealisierende Kunst uns mehr bieten will als eine photographische Abbildung der Wirklichkeit, so wollen jene Systeme mehr sein und bezw. etwas anderes sein, als geordnete Referate über bestehende Verhältnisse und die kausalen Beziehungen, welche unter ihnen existieren.

Demgemäß stellt Hälschner das „ideale Wesen des Rechts“,

oder auch das „begriffliche Wesen des Rechts an sich“ dem „endlichen, historisch bedingten Dasein des Rechts“, das „begriffliche Wesen des Verbrechens“ seiner „konkreten Erscheinung“ gegenüber, und vertritt die Forderung, daß jenes unabhängig vom positiven Rechte bestimmt werde (S. 10, 17, 82). Von den Formeln der Doktrin soll es deshalb nicht verlangt werden können, daß sie auf alle Einzelheiten des Rechtslebens passen und keinen „irrationalen Rest“ übrig lassen (S. 24, 25). Demgemäß wird ferner die Meinung verworfen, daß es in diesem Bereiche „kein von aller Erfahrung unabhängiges, a priori gegebenes Element, das mittels der Erfahrung zu erkennen Aufgabe der Wissenschaft wäre“, gebe. Das Interesse den Strafsetzungen des positiven Rechts gegenüber ist hier vor allem ein kritisches. Es wird untersucht, „wie weit dieselben als gerecht anzuerkennen seien“ (S. 17). Wird die Frage nach Grund und Zweck der Strafe vorangestellt (S. 3), so handelt es sich dort nicht um die tatsächlichen Wurzeln des Instituts und hier nicht um die Zwecke, welche die herrschenden Gewalten mittels der Strafe tatsächlich verfolgen, sondern dort um die Frage der sittlichen Zulässigkeit und bezw. Notwendigkeit der Strafe (S. 9 ff.), hier um den Zweck, dessen Verfolgung die Pflicht des Staates ist (S. 12 ff.). Dem entspricht es, daß der Entwicklung des Inhalts der Strafgesetze im einzelnen vielfach die Entwicklung des nach Ansicht des Verfassers an sich Richtigen vorausgeschickt und dann nach der Übereinstimmung des Geltenden mit diesem an sich Gültigen geforscht wird (vgl. ex. c. den Abschnitt über Notstand). Dabei kommt das Gedankensystem der bestehenden Gesetzgebung, wie es nicht anders sein kann, nicht überall zu seinem Rechte, weder findet es überall das rechte Licht noch überall einen vollständigen und exakten Ausdruck. Der Blick wird immer wieder auf jenes ideale System hingelenkt, welches weder als identisch mit diesem positiven betrachtet, noch überall bestimmt von ihm unterschieden wird (vgl. unten Abschnitt 5 u. ff.).

Insofern hier die Frage nach dem an sich Rechten die oberste Direktive für die Richtung der Untersuchungen überall dort, wo dieselben sich über interpretative Aufgaben erheben, abgibt, befinden wir uns im Bereiche der Ethik und zwar einer Ethik von idealistischem Charakter. Die allgemeinen Probleme des Strafrechts gestalten sich hier zu rein moralischen und es ist nur konsequent, wenn der Standpunkt der staatlichen Strafjustiz mit demjenigen des *forum internum*, wie H. Meyer dies in einer Abhandlung über

die Gerechtigkeit im Strafrechte¹⁾ expressis verbis fordert, einfach identifiziert wird.²⁾

Da jener Idealismus nicht bloß bei einzelnen, sondern wie bereits bemerkt wurde, in unserer Disziplin überhaupt eine mächtige Position hat, so kommt dem Gesagten ihr gegenüber eine allgemeine Geltung zu. Die Lehren von prinzipiellem Gehalte zeigen in ihrer überlieferten und von den meisten, gleichviel unter welchen Modifikationen, festgehaltenen Grundform eine idealistisch-ethische Färbung, welche der Disziplin ohne Zweifel einen gewissen Adel und für viele eine besondere Anziehungskraft verleiht, welche aber gleichwohl bestimmt sein dürfte, zu verschwinden.

Ich stelle diesem Idealismus hier nochmals seinen Gegensatz gegenüber, um ihn gleich jenem genauer zu charakterisieren.

W. E. liegt eine Bedingung für den künftigen Fortschritt der Wissenschaft in gänzlichem Absehen von jener idealen Welt und in dem Herabsteigen von dem erhabenen Standpunkte, für welchen das, was erfahrungsgemäß besteht und sich ereignet, als „reizlos“ und relativ gleichgültig erscheint im Verhältnis zu dem, was bestehen und sich ereignen sollte. Denn die Wissenschaft hat keine Imperative und kann von sich aus solche nicht begründen. Dieselben gehören dem

¹⁾ Gerichtssaal Bd. XXXIII (1881) S. 101—153, 161—188.

²⁾ Es ist hiaweilen gerechtfertigt, Trivialitäten vorzubringen. Hier beiläufig eine solche gegen jene Identifizierung. Für die Strafrechtswissenschaft handelt es sich offenbar nicht darum, im Bewußtsein der einzelnen einen den Anforderungen des Bewußtseins oder der moralischen Kräfte, welche dasselbe konstituieren, entsprechenden Zustand herzustellen, und die in ihr sich äussernden Kräfte sind mit den letzt-erwähnten moralischen nicht einfach identisch. Hieraus ergibt sich, daß auch der Maßstab, den sie bei der Beurteilung unserer Handlungen anlegt, nicht einfach zusammenfallen könne mit demjenigen, welchen das eigene Gewissen anlegt. Für den Staat handelt es sich überall um den (positiven oder negativen) Wert der zu beurteilenden Thaten für die ihm anvertrauten Interessen. Diesen gegenüber können jene als relativ gleichgültig erscheinen, während sie den moralischen Instanzen des eigenen Bewußtseins gegenüber eine besondere Bedeutung in Anspruch nehmen. Wenn die staatliche Justiz sich in diesem Falle im Gegensatz zu den moralischen Faktoren passiv verhält, so liegt hierin, wie sich von selbst versteht, nicht eine Abweichung von ihrem Prinzip (wie nach H. Meyer anzunehmen sein würde), sondern eine konsequente Anwendung desselben. Auch befindet sie sich dabei durchaus nicht im Widerspruch mit der Gerechtigkeit, da diese nur fordert, daß ein jeder, auch der Staat, bei den ihm obliegenden Funktionen die von ihr gesetzten Grenzen respektiere. — Etwas anderes ist, daß der staatliche sive rechtliche Wert einer Handlung von jenem *forum internum* nicht verneint, sondern auch von ihm, unter den von ihm selbst gesetzten Bedingungen anerkannt wird, worauf unter 4 zurückzukommen sein wird.

Willen, einer nicht theoretischen, sondern realen Macht an. Die Äußerungen dieser Macht kommen für jene nur als Thatfachen in Betracht, und zwar als Thatfachen, über deren Gemütswert nicht die theoretische Vernunft, sondern allein das Forum des Gemütes entscheidet. Auch diese Entscheidungen freilich bilden einen Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung, und es gibt ohne Zweifel für diese kein interessanteres und würdigeres Objekt. Aber nicht in dem Sinne kommen sie hier in Betracht, als wenn die Wissenschaft in höchster Instanz diese Entscheidungen zu bestätigen oder zu verwerfen berufen sein könnte, sondern lediglich in dem Sinne, daß dieselbe auch über diese Seite der Wirklichkeit in den ihr gemäßen Formen zu orientieren, daß sie auch über die Wirksamkeit der ethischen Kräfte eine allseitige und zusammenhängende Auskunft darbieten soll.

Sehen wir von der nächsten, der Doktrin in Bezug auf das Recht gestellten Aufgabe ab: den Inhalt desselben in geordneter Weise zur Anschauung und in Formen zu bringen, welche eine gleichmäßige und sichere Anwendung begünstigen, so handelt es sich für dieselbe darum, das Verständnis des Rechts nach der Seite seiner Gründe und Wirkungen zu vermitteln. Die Gesetze erscheinen hier als Data, welche einem gegebenen psychologischen und historischen Zusammenhange angehören, als Glieder eines Ganzen von unter sich gesetzmäßig verbundenen Thatfachen, welche einerseits auf die konstante Wirksamkeit bestimmter Kräfte, andererseits auf einen beständigen Wechsel der Bedingungen hinweisen, unter welchen jene wirksam werden. Diese Verhältnisse sind der Wahrnehmung nicht entzogen,²⁾ und die letztere vermag die Rechtslehre allein zum Range einer Wissenschaft im strikteren Sinne dieses Wortes zu erheben. Auf sie gestützt vermag sie der Gesellschaft die Möglichkeit zu gewähren, den jeweils gegebenen Zuständen gegenüber ein ihren Interessen entsprechendes und nicht auf Enttäuschungen hinausführendes Verhalten mit Sicherheit zu beobachten, sowie einem jeden die Möglichkeit, in den Kämpfen des Lebens die Frage, was hier zu stützen und was zu bekämpfen sei, und überall die Frage nach dem was geschehen „soll“, seinen ethischen Idealen gemäß zu beantworten.

²⁾ Die Frage, wie hier die Grenzen möglichen Erkennens zu ziehen seien, muß hier unerörtert bleiben. Den Ergebnissen der lehrreichen Untersuchungen Rümelin's über diese Frage (vgl. besonders: „über Gesetze der Geschichte“ in Reden und Aufsätze n. F.) ist selbst abgesehen von der Wahlfreiheit, welche er dabei ins Spiel bringt (s. unter 4), nur unter Einschränkungen zuzustimmen.

4.

Den Schlüssel zur Position des Idealismus, der seinem allgemeinen Verhalten nach charakterisiert worden ist, bildet die Ansicht, welche das Leben des menschlichen Individuums und der Gesellschaft von der alles Geschehen beherrschenden Gesetzmäßigkeit in irgend welchem Sinne eriniert, bildet spezieller der Zentralpunkt dieser Ansicht: die Lehre von der Willens- oder Wahlfreiheit — diese Worte im Sinne des Indeterminismus genommen —, und was unsere Disziplin betrifft, die Lehre, daß in dieser Freiheit die unentbehrliche psychologische Voraussetzung des Strafrechts zu finden sei. Ich werde auf die Bedeutung dieser Theorien für die Wissenschaft des Strafrechts weiterhin zurückkommen, zunächst aber die letzterwähnte Theorie selbst spezieller vorführen und einer kritischen Beleuchtung unterziehen.

„Das Strafrecht hat“, sagt Hälschner, „wie das Recht überhaupt, die Freiheit zur Voraussetzung.“ Sie selbst ist ihm ein unanfechtbares Axiom. „Die Thatsache, daß der Mensch sich dessen bewußt ist, frei wählend sich entscheiden zu können und eben deshalb sich für sein Wollen und Handeln sittlich verantwortlich weiß, ist eine nicht weniger unlängbare und feststehende als irgend eine andere auf sinnlicher Wahrnehmung und äußerer Erfahrung beruhende.“ Die Aufgabe, zu erweisen, daß dieses Freiheitsbewußtsein nicht auf Selbsttäuschung zurückzuführen sei, falle nicht der Rechtswissenschaft zu. Sie dürfe es „dem Determinismus in seinen verschiedenen Gestalten überlassen, wie er die sittliche Verantwortlichkeit zu erklären, sich mit der Sitten- und Rechtsgesetzgebung abzufinden gedenkt.“ Wenn sie selbst es nicht zu erklären vermöge, wie der Wille es anfangs sich frei zu entscheiden, so könne sie doch „von der Voraussetzung, daß der Mensch solch freier Entscheidung fähig sei, mit dem gleichen Rechte ausgehen“, „mit welchem wir manche andere gleich unerklärbare psychische Vorgänge als feststehende erfahrungsmäßige Thatsachen hinnehmen und wissenschaftlich verwerten.“ In dem nämlichen Sinne erklärt G. Kümelin in seinem bemerkenswerten Aufsatz „über einige psychologische Voraussetzungen des Strafrechts“³⁾

³⁾ Neben und Aufsätze N. F. Dieselben sind reich an Untersuchungen, welche auch für den Kriminalisten ein größeres Interesse haben. Bindings Normen II, deren Abschnitt über die Willensfreiheit gegenwärtig neben dem erwähnten Aufsatz von Kümelin bezüglich dieser Materie vornehmlich beachtet sein will, sind mir an der Stelle, wo ich schreibe, leider nicht zur Hand. Aber die Argumente, welche darin gegen die von mir genommene Position gefunden werden könnten, dürften gleichwohl hier implicite zur Berücksichtigung gelangen.

alle Strafgesetze für unvereinbar mit der den Namen des Determinismus führenden Ansicht. „Wie kann man strafen für ein unvermeidliches Thun? Der Determinist muß sich winden und brehen, darauf eine Antwort zu geben und eine andere als gesuchte und künstliche Deutung ist auch kaum denkbar.“ „Keine Dialektik in der Welt wird es . . . jemals dem natürlichen Sinn und Bewußtsein ausreden, daß, wo keine Wahl auch keine Schuld und wo keine Schuld, auch keine Strafe sein könne.“ Hierin äußert sich eine starke Überzeugung, der ich eine ebenso starke mit gleicher Sicherheit entgegenstelle.

Hier sei zunächst gegen Hälschner bemerkt, daß die behauptete unbegreifliche Wahlfreiheit und Exemption von der Herrschaft des Kausalgesetzes keine erfahrungsmäßige Thatsache ist und sein kann, da die mögliche Erfahrung sich auf den Bereich dieser Herrschaft beschränkt und die Verknüpfung der Thatsachen innerhalb desselben zu ihrem Gegenstande hat.

Wir haben es lediglich mit einer Hypothese zu thun, und zwar einer solchen, welche sich einer direkten Begründung an der Hand der Erfahrung entzieht. Die Berufung auf den „natürlichen Sinn“ enthält dafür keinen Ersatz, und überhaupt in diesem Zusammenhange nicht mehr Beweiskraft, als etwa dem Kopernikanischen System gegenüber, gegen dessen Anerkennung jener sich, so lange er nicht durch Unterricht und mannigfache Erfahrung aus seiner Sicherheit gebracht ist, auf das Zeugnis der Augen — ein für ihn bei weitem wertvolleres Zeugnis als es in einem, verschiedener Auslegung fähigen, Gefühle für ihn zu finden ist — stützt. Wird im weiteren die Annahme jener Freiheit des Willens von der Herrschaft des Kausalgesetzes als eine allen Menschen sich unwillkürlich und unvermeidlich aufdrängende charakterisiert (vgl. Rümelin 67), so wäre für diese Unvermeidlichkeit doch erst der Beweis zu erbringen. Bis dahin darf die Meinung sich äußern, daß unter dem Einfluß einer klareren Auffassung des Sachverhalts auch das in Frage stehende vermeintlich natürliche Freiheitsgefühl sich modifizieren oder besser, da uns das echte Freiheitsgefühl nicht verloren gehen wird, die Deutung desselben, deren Allgemeinheit und Unvermeidlichkeit hier behauptet wird, in Wegfall kommen werde. Urteilt doch jeder nach sich, und ich, der ich niemals eine andere als die im folgenden darzulegende Ansicht hatte, habe, ohgleich von früh an zur Selbstbeachtung geneigt, im eigenen Bewußtsein nie etwas wahrgenommen,

was mit jener kontrastierte. Auch sind die große Verbreitung und der zähe Bestand jenes Vorurteils, welche im übrigen nicht bestritten werden sollen, m. E. nicht so unerklärbar, wie behauptet wird. Ich werde im weiteren einiges beibringen, was bei einem Erklärungsversuche Beachtung verdienen dürfte.

Sehen wir von einer direkten Begründung unserer Hypothese ab, so wird zunächst darauf zu achten sein, ob ihr eine Bedeutung als Prinzip der Erklärung für Thatsachen der Erfahrung zukommt. Messen wir doch sonst den Wert einer Hypothese an dem Maße und der Bedeutung der Vorgänge, für welche sie eine zureichende Erklärung darbietet. Nun behauptet man freilich, daß jene uns ein Verständnis wichtigster Vorgänge vermittle. Aber dies beruht so gewiß auf einer Selbsttäuschung, als jene etwas an sich Unbegreifliches und in Vorstellungen nicht Realisierbares behauptet. Denn das Unbegreifliche kann uns nichts begreiflich machen. Es ist niemandem zu verwehren, dort wo sein Intellekt nicht weiter kann, irgend ein Unbegreifliches zu statuieren, Vorgänge für welche sich keine Erklärung findet, etwa als Wunder anzusehen und sie auf das ursachlose Eingreifen der Gottheit zurückzuführen, aber niemand wird eine wissenschaftliche Erklärung in einer solchen Annahme finden wollen. Nicht anders verhält es sich mit der ursachlosen Willensentscheidung auf Grund des *liberum arbitrium indifferentiae*. Der Glaube an dieselbe mag in anderen Beziehungen wertvoll sein, begreiflich kann er uns nichts machen. Das gilt denn auch für das Strafrecht und seine Geschichte. Keine Gestaltung desselben kann uns durch die Annahme, daß eine aus dem Nichts hervorgetretene und keiner Erklärung zugängliche Willensentscheidung dabei eine Rolle gespielt habe, verständlicher werden, als sie ohne diese Annahme für uns ist. Unsere Hypothese kann sonach auf diesem Wege keinen Wert für sich erweisen.

Alles dies schließt nun nicht aus, daß derselben eine praktische Bedeutung zukomme, und daß zugleich in diesem praktischen Werte ein Indizium für ihre Wahrheit gefunden werde. Und dies ist im Grunde die einzige ernsthaft zu nehmende Position des Indeterminismus. Man behauptet, wie die oben gegebenen Citate erkennen lassen, daß es nur unter der Voraussetzung jener Wahlfreiheit einen Sinn habe, jemanden und bezw. sich selbst für eine Handlung als verantwortlich zu betrachten, daß die gegenteilige Voraussetzung daher u. a. die gesamte Justiz und speziell die Strafjustiz ihres wesent-

lichsten logischen Fundaments beraube. Verhielte sich dies so, dann befänden wir uns hier in der That in einem eigenthümlichen Dilemma. Denn wir können das Prinzip der Verantwortlichkeit eines jeden für seine Handlungen nicht aufgeben, es gibt für die Gesellschaft kein wichtigeres, zugleich keines, das in unserer psychischen Natur mächtigere Stützen besäße. Wir würden in diesem Falle nicht umhin können, die These der Wahlfreiheit trotz aller theoretischen Bedenken, welche sich gegen sie erheben, aufrecht zu erhalten, nicht bloß wegen der alles überragenden praktischen Bedeutung, welche ihr zuzuerkennen wäre, sondern weil wir nicht imstande sein würden, unser Verhalten in Einklang mit der gegenteiligen Annahme zu bringen, diese uns daher in einen unausgleichbaren und unerträglichen Widerspruch mit uns selbst setzen würde. Ich halte deshalb die Bemühungen aller derer, welche unter Berufung auf die deterministische Ansicht das Prinzip der Verantwortlichkeit aus unserem Rechte ausmerzen, und demgemäß die Strafrechtspflege beseitigen, bezw. mit der öffentlichen Krankenpflege zusammenwerfen wollen, für gänzlich verfehlt und geradezu für thöricht. Letzteres um deswillen, weil die betreffenden Gelehrten, wenn sie sich auf ihr eigenes Verhalten besinnen, bemerken müßten, daß sie sich beständig selbst dementieren, weil sie in ihren auf Anerkennung, Lohn und Ruhm gerichteten Bestrebungen, in ihrer Bemühung andern wie sich selbst gerecht zu werden und einem jeden zu begegnen wie er es verdient, in dem Spenden von Beifall und Lob und in der Äußerung von Entrüstung, in dem Haftbarmachen anderer für Schädigungen, die sie von denselben erfahren haben, in dem Verlangen von Genugthuung für erlittene Kränkungen u. s. w. implicite das Prinzip der Verantwortlichkeit zur Voraussetzung nehmen, und die Macht desselben in den Regungen des eigenen Gewissens (dessen Vorhandensein zu bestreiten sie nicht geneigt sein können) und in der freudigen Empfindung, deren sie sich nicht erwehren können, wenn irgendwo wahres Verdienst seinen Lohn, Schurkerei ihre Strafe findet, erfahren müssen. Kann es einen verständigen Sinn haben, wenn sie ein Prinzip, dessen siegreicher Kraft sie so in der eigenen Sphäre in jeder Weise zu huldigen nicht umhin können, in der Sphäre des staatlichen Lebens, d. i. gerade an der Stelle bekämpfen, wo es die höchste und handgreiflichste Bedeutung in Anspruch nimmt? In diesem Punkte befinde ich mich daher im vollkommensten Einklang mit den Indeterministen.

Aber besteht in Wahrheit der behauptete Zusammenhang zwischen Wahlfreiheit und Verantwortlichkeit? Schließt wirklich das Urteil, kraft dessen wir jemanden für eine That verantwortlich machen, sie ihm zur Schuld oder auch zum Verdienste zurechnen, die Behauptung der Wahlfreiheit in sich, derart, daß diese von jenem nicht weggedacht werden könnte? So weit ich sehe, begnügt man sich damit, dies als ein keiner weiteren Begründung bedürftiges Axiom hinzustellen. Wenigstens bin ich keinem Versuche begegnet, eine solche Begründung in der hier zunächst liegenden und vor allem zu fordernden Weise einer Analysierung jenes Urteils zu erbringen. Und doch handelt es sich hier durchaus nicht um etwas Selbstverständliches. Im Gegenteile ergibt diese Zergliederung, daß der behauptete Zusammenhang nicht besteht und daß Zurechnung und Wahlfreiheit durch kein logisches Band verknüpft sind.

Wenn wir jemandem einen Vorgang im Sinne des Rechts oder in demjenigen der Moral zurechnen, so liegt darin ein Doppeltes. Erstlich ein die Kausalität betreffendes und zweitens ein Werturteil. Wir führen nämlich erstlich den Vorgang auf den Willen des betreffenden Individuums als auf die in ihm sich manifestierende Macht zurück, und wir erkennen zweitens dieser Manifestation einen positiven oder negativen Wert vor dem Forum des Rechts und bezw. der Moral zu. Nun hat weder jene Zurückführung des Vorgangs auf den Willen, noch dieses Werturteil mit der Wahlfreiheit etwas zu schaffen. Von jener ist dies ohne weiteres klar. Von dieser wird man vielleicht das Gegenteil behaupten. Aber es genügt, sich eine deutlichere Rechenschaft über die in Betracht kommenden Werte und ihre Bedingungen zu geben, um die Unhaltbarkeit der Behauptung einzusehen. Dabei macht es keinen Unterschied, von welchem ethischen und bezw. rechtsphilosophischen Systeme wir ausgehen, denn ihre Verschiedenheiten bedingen, näher betrachtet, keine verschiedene Stellung zu unserer Frage.

Entscheidend für jene Werturteile sind immer die Qualitäten der betreffenden Wirklichkeit, gleichviel wie der Maßstab bestimmt sei, nach welchem wir diese Qualitäten beurteilen. Die Frage, ob diese Qualitäten gegeben seien, hat mit der anderen, ob der Handelnde zur selben Zeit auch eine Wirklichkeit von anderen Qualitäten von sich habe ausgehen lassen können, logisch überall nichts zu thun.

Vor dem Forum des Rechts ist für den Wert einer Handlung entscheidend deren Bedeutung für den Bestand der rechtlichen Ordnung

und die Integrität der von dieser abhängigen Interessen; vor dem Forum der Gerechtigkeit ihr Verhältnis zu dem Wesen der Personen, Handlungen, Verhältnisse u. s. w., welche ihren Gegenstand bilden; vor dem Forum der Religion ihr Verhältnis zu den Satzungen der letzteren u. s. f. Wessen Leben das Wort erfüllen würde: „Liebe Gott über alles und Deinen Nächsten wie Dich selbst“, der könnte für dieses Leben vor dem letztgenannten Forum den höchsten Wert in Anspruch nehmen. Würde es diesen Wert zerstören, wenn er geltend machte, daß er nicht anders könne, daß seine Seele nun einmal so beschaffen sei, daß er andere nicht in einem Gegensatz zu sich empfinden könne u. s. w.? Wenn wir die Barmherzigkeit des Samariters bewundern, geschieht dies, weil oder insofern er nach unserer Annahme auch unbarmherzig hätte sein können? Man prüfe sich doch einmal unbefangen, ob diese Annahme in der eigenen Empfindung irgend etwas mit jener Bewunderung zu schaffen habe. Ich denke, genau so viel wie die Bewunderung eines Kunstwerks mit der Voraussetzung, daß der Künstler auch hätte stümpern können! Selbstverläugnung, Pflichttreue, Herzensgüte, moralischer Mut u. s. w. flößen uns Achtung ein, wo sie sich manifestieren, und dieses Verhalten unseres Bewußtseins ist an nichts anderes gebunden, als an die Wahrnehmung dieser Eigenschaften in den Handlungen der damit begabten Individuen.

Durch die Gewißheit, daß eine Persönlichkeit unter gegebenen Umständen pflichtgemäß handeln werde, daß sie ihrer Natur nach nicht anders könne, wird die Achtung vor dieser Persönlichkeit und ihrer Pflichttreue nicht vermindert, sondern gesteigert. Das Wort Luthers: „Hier stehe ich, ich kann nicht anders . . .“ hat ihm in der Achtung der Welt keinen Abbruch gethan, und niemand hat das Wort im Sinne einer Ablehnung der Verantwortlichkeit gedeutet! Wenn wir von jemandem sagen, daß er „nicht lügen kann“, daß er „die Wahrhaftigkeit selbst ist“, so wollen wir damit den Wert seiner Wahrhaftigkeit nicht verneinen, vielmehr diesen Wert im vollsten Maße auf seine Persönlichkeit übertragen.

Diese Übertragung des Werts einer löblichen Handlungsweise auf den Handelnden geschieht überall in dem Maße, als wir ihn mit jener identifizieren zu können meinen. Der würde am höchsten in unserer Achtung stehen, der uns die Zuversicht einflößen würde, daß sein Wesen in löblichen Handlungen seinen adäquaten Ausdruck finde und keinen Rest in sich schließe, der sich einmal in verwerf-

lichem oder tadelnswertem Thun manifestieren könnte. — Wenn wir Gott preisen, weil er der Heilige ist, geschieht dies, und geschieht es speziell seitens des „natürlichen Sinns“ nur insofern, als auch das Böse aus ihm hervortreten könnte?

Man untersuche ferner die Bedingungen, unter welchen wir uns selbst für eine That verantwortlich fühlen, und unter welchen das eigene Gewissen uns Lob oder Tadel zuerkennt. Das Ergebnis wird das gleiche sein. Wir fühlen uns verantwortlich, weil und insofern wir in uns den Autor dessen, was geschehen, erkennen müssen, weil und insofern es sich dabei um die Kausalität unseres eigenen Wesens handelt, und das Werturteil unseres Gewissens ist von nichts anderem abhängig, als von dem Verhältnis dieser Kausalität zu den sittlichen Faktoren, welche dieses Gewissen konstituieren.

Die Zurechnung enthält daher nicht die Bejahung der Wahlfreiheit, wohl aber kann in ihr — und insofern besteht freilich ein logisches Verhältnis zwischen beiden Begriffen — die Verneinung derselben gefunden werden. Ich beschränke mich hinsichtlich dieser These hier auf wenige Bemerkungen. Die Zurechnung setzt ein Festes voraus, ein Wesen von bestimmten Qualitäten, welches sich mit Rücksicht auf diese in seinen Äußerungen wiedererkennen läßt, und welches in dem Momente, da die Wirkungen seiner That sich gegen es selbst (im Sinne von Belohnung oder Bestrafung) zurückwenden, als das nämliche erscheint wie im Momente dieser That. Sie schließt ein Identitätsurteil in sich ein; enthält ein: „du bist Du“, „erkenne Dich im Spiegel Deiner That!“ Das unbekannte Etwas, von welchem der Indeterminismus seine unbegreiflichen Willensentscheidungen ausgehen läßt, bietet uns diesen festen Punkt nicht. Was soll die Zurückführung einer That auf dieses Subjekt eines *liberum arbitrium indifferentiae*, was soll sie erklären, was soll sie leisten? Wenn Rümelin als das verantwortliche Subjekt das bezeichnet, „was jeder in sich selbst sein Ich nennt, die selbstbewusste Zentralkraft einer lebendigen Seele, der Sammelpunkt aller aus- und eingehenden Wirkungen“, so kann man dies gelten lassen, aber diese Kraft der lebendigen Seele ist nicht das eigenschaftslose Wesen, dessen der Indeterminismus bedarf, um zu seiner Wahlfreiheit zu gelangen.

Rümelin setzt zur Illustrierung seiner Beweisführung den Fall, daß ein Angeklagter seine Verteidigung im Sinne des Determinismus führe und aus der nach dem letzteren anzunehmenden Gesetzmäßigkeit

feines Verhaltens seine Schuldlosigkeit folgere; und meint, daß ein deterministisch gefinnter Richter hierdurch in Verlegenheit gesetzt, bzw. auf den als unzureichend erwiesenen Standpunkt der Feuerbach'schen Präventionstheorie gedrängt werden müßte. Aber die Sache verhält sich anders. Vielmehr würde der indeterministisch gefinnte Richter, wenn er sich seiner Lage bewußt wäre, nur zum Schweigen seine Zuflucht nehmen können. Denn zu Gunsten der behaupteten Gesetzmäßigkeit könnte der Angeklagte sich auf eine mächtige Instanz: die Gesetze des menschlichen Denkens, und zu Gunsten seiner Folgerung auf das Vorurteil des Richters selbst berufen. Der deterministische Richter dagegen könnte zunächst darauf hinweisen, daß der Angeklagte die beiden Systeme mit einander vermische, indem er in der Prämisse auf dem Standpunkt des Determinismus, in seiner Folgerung auf dem des Indeterminismus stehe. Im übrigen könnte er etwa in folgender Weise erwidern. „Gerade weil deine That dir so vollkommen gemäß war, daß du nicht anders handeln konntest und sie ihre zureichende Erklärung in deinem Wesen findet, gebührt dir auch vollständig was sie vom Standpunkte des Rechts und der Moral aus wert ist. Das Gesetz macht deine Verantwortlichkeit von nichts andrem abhängig als du selbst im Bereiche deines Gewissens. Denn je offener der Zusammenhang ist zwischen deiner That und deinem Wesen, je vollständiger sie dich charakterisiert und das Gepräge deines Geistes hat, um so weniger kannst du sie im eigenen Gewissen verläugnen, um so weniger auch das Äquivalent derselben zurückweisen, das dir die äußere Gerechtigkeit in der Form der Strafe zuwägt.“ Rümelin macht, in andrem Zusammenhange, mit scharfer Betonung das „simplex sigillum veri“ geltend. Aber dies Zeichen der Wahrheit ist in der Rede seines richterlichen Indeterministen nicht zu finden und kann überall von einer Lehre nicht aufgewiesen werden, welche, um zu ihrem Ziele zu gelangen, über eine Brücke muß, welche der menschliche Intellekt zu überschreiten nicht befähigt ist.

Unsere Theoretiker könnten bisweilen bei unseren Dramatikern, welche dem Einfluß wissenschaftlicher Vorurteile wenig ausgesetzt sind, in die Schule gehen. Dieselben wissen es, unter welchen Voraussetzungen sie in der Verknüpfung von Charakteren, Handlungen und Schicksalen den Eindruck wesentlicher Wahrheit hervorbringen, daß dies nämlich genau in dem Maße der Fall sei, in welchem sie diese Verknüpfung als eine mit innerer Notwendigkeit, also gesetzmäßig sich vollziehende darzustellen vermögen. Sie wissen es ferner, daß

ihre poetische Gerechtigkeit eine ernste Befriedigung, im Gegensatz zur Gerechtigkeit des Märchens, nur auf jener Grundlage zu erzeugen vermag. Weder bei Shakespeare noch bei unseren deutschen Dramatikern noch bei Sophokles wird man eine andere Auffassung und überhaupt andere als deterministische und dem hier vertretenen Standpunkt entsprechende Anschauungen zu entdecken vermögen. —

Die Verantwortlichkeit lebt sonach nicht von der Wahlfreiheit, sondern ist von ihr unabhängig. Wohl aber ist das Umgekehrte insofern der Fall, als man an der Wahlfreiheit festhält, weil man der Verantwortlichkeit und ihrer unermesslichen Bedeutung für das menschliche Gattungsleben gewiß ist und beides unter dem Einfluß überlieferter Anschauungen nicht zu trennen vermag. Der Indeterminismus hat lediglich hierin seinen Halt, und dies ist der eigentümliche Thatbestand, welchen wir vor uns haben: eine allmähliche Gewöhnung des wissenschaftlichen wie des Volksdenkens an die Voraussetzung der Gesetzmäßigkeit alles Geschehens auf der einen Seite, auf der anderen ein Festhalten an Zurechnung und Verantwortlichkeit und an den überlieferten Werturteilen sowie die Meinung, daß jene Voraussetzung sich mit alledem nicht vertrage und die Gültigkeit aller unserer ethischen Urteile in Frage stelle. Dieser Widerstreit nun ist nicht ohne praktische Bedeutung. Vielmehr setzt er auf der einen Seite der fortschreitenden Entwicklung der allgemeinen Gedankenbewegung Hemmnisse entgegen, und droht auf der anderen Seite, zwar keineswegs die realen Fundamente der Verantwortlichkeit und unserer ethischen Werturteile zu zerstören, was nicht möglich ist, aber doch eine vorübergehende und nicht ungefährliche Verwirrung im Bereiche der ethischen Volksanschauungen hervorzurufen. Diese Mißstände aber sind auf keinem anderen Wege zu beseitigen als durch die Zerstörung des Scheines, daß zwischen der Annahme jener Gesetzmäßigkeit und unserem ethischen Verhalten ein Widerspruch bestehe, in dem Nachweise, daß zwar die gäng und gäbe Theorie und die mit ihr harmonisierenden populären Vorstellungen, keineswegs aber die Wirksamkeit der realen sittlichen Mächte, worauf es allein ankommt, mit jener Annahme unverträglich seien.

Hier gilt es denn, den Gründen nachzuforschen, welche die herrschenden Vorstellungen über das Moralische eine Form annehmen ließen, die sie mit den Postulaten unserer theoretischen Vernunft in Widerstreit setzen. Dies kann natürlich hier in irgend zureichender Weise nicht geschehen. Doch sei darauf hingewiesen, daß der ge-

sichtlich Ursprung jener Vorstellungen einer Zeit angehört, der die Voraussetzung einer Gesetzmäßigkeit des Weltverlaufs nicht geläufig war und zugleich ein deutliches Bewußtsein von der Natur unseres Denkens (speziell seines Verhältnisses zum Kausalgesetz) fehlte. Auch will ich wenigstens meine eigene Meinung zur Frage äußern, um den Schein auszuschließen, als wenn auch von dem hier vertretenen Standpunkte aus irgend ein gangbarer Weg zur Erklärung jener Vorstellungen nicht aufgefunden werden könne.

Ich suche jene Gründe in dem autoritären Ursprung unserer ethischen Theorien und in der imperativen Form, in welche ihr Gehalt von Haus aus eingegossen worden ist. An das: „Du sollst“ knüpft sich die Folgerung: „Du kannst“ sowohl im populären wie im gelehrten Denken. Denn wer Befehle gibt, pflegt von der Voraussetzung auszugehen, daß denselben entsprochen werden könne; und ist dieser Befehlende eine erhabene, jeden Widerspruch ausschließende Autorität, so erscheint auch der Zweifel bezüglich dieses Könnens als ausgeschlossen. — Das Problem nimmt hier die speziellere Form an, zu untersuchen, was es mit dem „Sollen“ in den hier in Betracht gezogenen Gebieten auf sich habe, und inwiefern jener Schluß auf das Können ihm gegenüber wirklich als zwingend erscheine. In diesen Gebieten nun stellen sich zunächst Imperative vor Augen, welche von einer äußeren (in den Formen der positiven Religion, der Sitte oder des Rechts sich äußernden) Autorität ausgehen und von ihr eine verbindliche Kraft herleiten. Bezüglich dieser Imperative ist leicht einzusehen, daß sie nicht lediglich unter der Voraussetzung einer allgemeinen Fähigkeit zur Befolgung derselben einen vernünftigen Sinn haben können. Denn erstlich kann die vorher nicht vorhandene Fähigkeit möglicherweise erst durch die Befehle selbst oder durch die Furcht vor den Folgen ihrer Verletzung oder die Hoffnung auf die mit ihrer Befolgung verknüpfte Belohnung hergestellt werden. Ferner, was uns hier weiter führt, kann durch die Aufrechterhaltung dieser Imperative und ihrer Sanktionen eine erziehende Wirksamkeit möglicherweise in dem Sinne ausgeübt werden, daß unter denjenigen, welchen die Befehle gelten, jene Fähigkeit im ganzen und großen, von Generation zu Generation, allmählich gesteigert oder auch, daß sie hierdurch an völligem Absterben verhindert werde. Eine derartige edukatorische Bestimmung hatte ex. c. ohne Zweifel die Aufstellung der Zehn Gebote. Auf eine solche weist die Verknüpfung aller religiösen Satzungen und ihrer Befolgung oder

Nichtbefolgung mit den Vorstellungen von irgend einem Himmel und irgend einer Hölle hin. Eine solche edukatorische Bedeutung hat in der Geschichte des Menschengeschlechts überhaupt das autoritäre Ethos. Eine solche Bedeutung hat auch das Recht mit der Gesamtheit seiner Imperative, wenn auch, wie sich von selbst versteht, die Funktionen desselben damit nicht in erschöpfender Weise charakterisiert sind. — Somit entfällt hier der Schluß von dem Sollen auf das Können. Zugleich begreift es sich, daß die Autoritäten, von welchen jenes ausgeht, kein Interesse daran haben, einen Sachverhalt hervorzukehren, welcher geeignet ist, die Bedeutung ihrer Imperative als eine bloß relative erscheinen zu lassen.

Diesen Imperativen der äußeren Autoritäten korrespondieren im allgemeinen die Imperative des Gewissens. Für Individuen von größerer geistiger Selbstständigkeit pflegen diese, nicht jene von außen an sie herantretenden, die oberste Richtschnur ihres Verhaltens abzugeben. Diesen aus dem Grunde des eigenen Bewußtseins hervortretenden Imperativen gegenüber erneut sich die Frage, ob aus dem Sollen ein Können folge, und hier erst bietet dieselbe ernstlichere Schwierigkeiten.

Wer nun dieser Innenwelt die Aufmerksamkeit des uninteressierten Forschers zuwendet, den überraschen mannigfache Analogieen zu den Erscheinungen im Bereiche des menschlichen Gemeinlebens. Auch dort bemerkt er ein Ringen heterogener Mächte um beherrschenden Einfluß, ein Heißen und Drängen einander widerstreitender Kräfte. Denselben steht das Ich, wo es sich um praktische Entscheidungen handelt, nicht wie ein neutraler Dritter, sondern ähnlich wie der gesetzgebende Wille, der Gemeinwille, den im Volksleben sich geltend machenden Interessen, Parteien und sonstigen Machtfaktoren — welche er nicht als etwas Fremdes außer sich hat, sondern welche vielmehr Elemente seines eigenen Wesens sind und in ihrer Gesamtheit die Richtung seiner Wirksamkeit bestimmen — gegenüber. Auch diese inneren Mächte haben ihre Imperative und diese ihre Sanktionen, und es bestehen überall nahe und leicht erkennbare Beziehungen zwischen ihnen und den Imperativen des äußeren Gemeinlebens und deren Sanktionen. Unter ihnen heben sich einzelne in imponierender Weise hervor und nehmen eine besondere Dignität für sich und ihre Äußerungen in Anspruch, ähnlich wie dies in jenem äußeren Bereiche der Fall ist. Es sind eben jene, von welchen das hier in Frage stehende Sollen ausgeht: die moralischen Faktoren. Wollen

wir zu einer richtigen Würdigung derselben gelangen, so ist zu beachten, daß das Heißen und Drängen und also die imperative Form ihrer Äußerungen ihnen keineswegs ausschließlich eigen ist, ebenso wenig wie die Reaktion wegen Nichtbeachtung der von ihnen ausgehenden Impulse. Man denke ex. c. an den Ehrgeiz, um sich dies klar zu machen. Das Unterscheidende liegt vielmehr, von dem Inhalte ihrer Äußerungen abgesehen, in den qualitativen Merkmalen jener Reaktion und der mit jenen und dieser verknüpften Empfindungen. Ihre Bethätigung ist bei dem Handelnden von Gefühlen (Achtungsgefühlen) begleitet, denjenigen verwandt, welche ihre nach außen hervortretende Wirksamkeit bei anderen erzeugt, und ihre Verleugnung pflegt innen und außen Gegenwirkungen hervorzurufen, welche sich ebenfalls als verwandt ausweisen. Ebenso lassen sich die Gegenwirkungen, welche sich mit der Verletzung der Imperative der äußeren Autoritäten verknüpfen, als mit jenen verwandt erkennen. So hat die Verletzung von Vorschriften der Sitte Gegenwirkungen seitens der Gesellschaft zur Folge, in welchen Gefühle der Geringschätzung und Verachtung zum Ausdruck kommen, d. i. Gefühle, denjenigen verwandt, welche irgend eine pflichtvergeßene Handlungsweise in der Seele des Handelnden selbst im Gefolge zu haben pflegt. So wenig nun diese Achtungsgefühle und ihr Gegenteil den Imperativen der äußeren Autoritäten gegenüber in unserer Frage zu beweisen vermögen, so wenig vermögen sie dies den Imperativen des Gewissens gegenüber.

Die imperative Form ist, wie gesagt, nichts was den Äußerungen dieser ethischen Kraft allein zukäme. Wenn wir gleichwohl mit diesen den Begriff des „Sollens“ in eine speziellere Verbindung bringen, so liegt darin die Anerkennung, daß sie uns nicht gleichgültig lassen, sondern unwillkürlich jene Achtungsgefühle aufzwingen, deren soeben gedacht worden ist, und was damit gegeben ist, die Zuerkennung eines Wertes jenen Wertmaßen gegenüber, welche wir in uns gegeben finden und welche anzuwenden wir nicht umhin können. Aus diesen Achtungsgefühlen und diesem Werturteil ist aber in hypothesi auf die Fähigkeit zur Befolgung jener Imperative ganz ebenso wenig zu schließen, wie auf die tatsächliche Befolgung derselben. Zur Erklärung jener Verbindung ist aber noch auf die schon hervorgehobenen Beziehungen zwischen den hier betrachteten Imperativen und denjenigen der äußeren Autoritäten hinzuweisen, Beziehungen, welche, je weiter wir in der Entwicklungs-

geschichte des geistigen Lebens zurückgehen, um so inniger erscheinen. Spät erst hat das individuelle Gewissen mit seinen Geboten sich den Satzungen der positiven Religion, der Sitte und des Rechts gegenüber als etwas Selbständiges zu empfinden und ihrer Autorität die eigene gegenüberzustellen begonnen, und nur allmählich gelangt die Selbständigkeit dieser internen moralischen Instanz im Bereiche der gewohnheitsmäßigen Ideenverbindungen und selbst im Bereiche der Wissenschaft zu voller Geltung. Auch in dem Gebiete der hier besprochenen Meinungen haben wir es mit den Nachwirkungen jenes ursprünglichen Zusammenhangs zu thun. Es gehört dahin, daß sich uns bei der Beschäftigung mit dem moralischen Verhalten dem Wollen, das darin zum Ausdruck kommt, ohne weiteres ein Sollen substituirt und daß wir die Wertempfindungen, welche jenes begleiten, unwillkürlich auf eine außerhalb unseres eigenen Wesens existierende, über jeden Widerspruch erhabene und den Charakter der Unbedingtheit für alle ihre Gebote gleichmäßig in Anspruch nehmende Autorität beziehen.

So führt uns kein Weg, den die Untersuchung einschlagen kann, zur Hypothese der Wahlfreiheit zurück. Der Begriff der Freiheit aber wird nichts von seinem wirklichen Gehalte, die reale Freiheit nichts von ihrer Bedeutung einbüßen, wenn wir jene der Totenkammer des Dogmatismus, nachdem sie ihre geschichtliche Rolle ausgespielt hat, übergeben. Frei sein heißt wirksam sein nach eigenem Maße. Wer die Eigentümlichkeit seines Geistes in erfolgreichen Bestrebungen zu vollkommenem Ausdruck zu bringen und ihrer in einer Umgebung, welche ihren Äußerungen sympathisch antwortet, sich zu erfreuen vermöchte, wer sich zum Mittelpunkt einer weithin sich ausbreitenden, bewußten und widerspruchsfloßen Wirksamkeit zu erheben und als eine einheitliche, in Geben und Empfangen im Gleichgewicht bleibende und zum reinen Genuß der ihr verliehenen Kräfte gelangende Potenz zu behaupten vermöchte, der würde im höchsten Sinne frei sein und das uneingeschränkte Gefühl der Freiheit haben. Und doch liegt hierin nichts, was mit den Voraussetzungen des Determinismus im Widerspruch stände; nichts, was die Gesetzmäßigkeit jener Bestrebungen oder ihre Berechenbarkeit für einen Geist, der von jener Eigentümlichkeit und der umgebenden Welt und ihrer Bewegungen eine exakte Kenntnis besäße, ausschließen würde. Mit alledem würde die vorausgesetzte Persönlichkeit nicht über die Bejahung ihres eigenen Wesens hinauskommen. Mit dieser aber be-

finden wir uns auf dem Boden der deterministischen Lehre, so gewiß wir dies Wesen nicht als etwas Inhaltloses und Unbestimmtes, sondern als ein Objekt von bestimmter Beschaffenheit zu denken haben.

So viel zu dem im Hintergrunde unserer Disziplin sich erhebenden Probleme. Ich weiß, daß man nicht geneigt sein wird, dasselbe durch einen gelegentlichen Streifzug als gelöst zu betrachten, und daß die Macht eines Vorurteils, welches von intellektuellen Gewohnheiten getragen und mit Gemütsinteressen verwachsen ist, wie das hier bekämpfte, nur allmählich und nur durch ein Zusammenwirken vieler überwunden werden kann. Immerhin mag der eine oder andere sich veranlaßt finden, diese Ausführungen ernster darauf anzusehen, ob sie in Bezug auf die Frage „wie kann man strafen für ein unvermeidliches Thun“ „sich winden und drehen“ und nur eine „gesuchte und künstliche Deutung“ geben (s. oben), oder nicht vielmehr den einfachen Ausdruck für die Thatsachen enthalten, von welchen die moralische Möglichkeit einer Bestrafung nach dem Maßstabe, welchen das vorurteilslos interpretierte menschliche Gewissen an die Hand gibt, abhängig ist. —

Noch ist einem möglichen Bedenken entgegenzutreten.

Die bisher berührten Fragen sind in der Litteratur vornehmlich mit Rücksicht auf die individuelle Verantwortlichkeit behandelt worden. Nun ergab sich, daß hinsichtlich dieser, soweit ihre Geltendmachung in Frage steht, Deterministen und Indeterministen zusammenstimmen. Man könnte versucht sein, hieraus auf die Bedeutungslosigkeit jener allgemeinen Kontroversen für unsere Disziplin zu schließen.

Alein jenes Zusammenstimmen hat nicht die Tragweite, daß nun im weiteren die beiden Parteien friedlich zusammengehen könnten. Vielmehr wird sich der zwischen ihnen bestehende Gegensatz in irgend einer Weise bei der Behandlung aller Grundfragen des Strafrechts fühlbar machen müssen und zwar in dem Maße der Konsequenz ihrer Bearbeiter.

Von der Entscheidung jener Kontroversen hängt die Stellung ab, welche wir zu dem Gegensatz zwischen idealistischer und positivistischer Auffassung (Abschnitt 3) einzunehmen haben. Denn wer die Wahlfreiheit annimmt und demgemäß die Gesetzmäßigkeit des menschlichen Handelns verneint, für den ist selbstverständlich der positivistische Standpunkt, wie er oben charakterisiert worden ist, ausgeschlossen, und er wird seine Stellung naturgemäß auf der Seite des Idealismus haben und bei der Betrachtung des praktischen

Lebens zuerst und zuletzt nach den Wegen fragen, für welche wir uns als für die rechten kraft der uns zustehenden Wahlfreiheit entscheiden sollen. Wer dagegen jene Gesetzmäßigkeit bejaht, dem wird es als die eigentliche Aufgabe der Wissenschaft erscheinen, dieselbe, soweit es die Natur unseres Intellektes gestattet, zu erforschen. Daß aber diese Differenz für die Gestaltung keiner Lehre von allgemeinerem Inhalte bedeutungslos sein könne, versteht sich von selbst.

Ich werde im folgenden einiges zur Illustrierung dieser Bedeutung (vgl. speziell Abschnitt 7) und zur Bekräftigung der in den vorausgehenden Abschnitten aufgestellten Behauptungen beibringen. Irgend etwas Vollständiges will dabei nicht dargeboten sein; auch würde eine derartige Absicht im Rahmen dieser Abhandlung keine Verwirklichung finden können, da dies eine umfassende Revision der Grundlehren des Strafrechts voraussetzen würde.

5.

Zunächst hier einiges zur Lehre von Versuch und Vollendung der Delikte.

Für die Beantwortung der Frage, ob eine strafbare Handlung im technischen Sinne des Strafrechts als vollendet oder als ein bloßer Versuch zu betrachten sei, bildet nach Hälschner „lediglich die Absicht des Thäters die entscheidende Norm.“ „Erst wenn festgestellt ist, daß, was beabsichtigt war, in vollem Maße geschehen ist, entsteht die weitere Frage, unter welches Strafgesetz die That zu subsumieren sei“ (§. 330, 332). Jene Frage soll also ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Deliktsbegriffe entschieden werden und nach einer Norm, welche eingestandenermaßen nicht dem Gesetze entnommen ist. Gleichwohl wird diese Norm *de lege lata* verwertet. In Wahrheit ist was als vollendetes Delikt im Sinne der Strafgesetze zu betrachten sei, lediglich dem technischen Material der letzteren zu entnehmen. Sehen wir von diesem ab, so ändert die Frage ihren Sinn und fällt aus dem Bereiche positiver Rechtsfragen ganz heraus. Ob z. B. in einer bestimmten Handlung ein vollendeter oder bloß ein versuchter Betrug zu finden sei, ist *de lege lata* offenbar nur an der Hand der gesetzlichen Betrugsdefinitionen zu bestimmen, und die Heranziehung irgend eines anderen Gesichtspunkts kann hier nur verwirrend wirken. Diese Definitionen geben keineswegs übereinstimmende Entscheidungen an die Hand, während die von Hälschner aufgestellte Norm selbstverständlich nur eine einzige Entscheidung zu-

läßt. So kann nach österreichischem Strafrecht als vollendeter Betrug erscheinen, was nach deutschem lediglich Betrugsversuch ist, und wieder was bei uns vollendeter Betrug ist, kann der französischen Jurisprudenz als bloßer Versuch erscheinen. . . Bei der Aufstellung dieser gesetzlichen Definitionen machen sich freilich allgemeine Rücksichten geltend. Aber diese legislativen Rücksichten fallen mit dem von Hälschner aufgestellten Gesichtspunkte nicht zusammen. Der Gesetzgeber entnimmt die Norm für die Bildung seiner Begriffe nicht den Absichten der Verbrecher, sondern den von ihm zu vertretenden Interessen und den Bedingungen, unter welchen er ihnen am besten dienen zu können meint. Nicht dies ist für ihn wichtig, ob ein Angriff bis zur vollen Verwirklichung der Absichten des Verbrechers, sondern dies, ob er bis zu einer Verletzung bestimmter Rechtsgüter vorgeschritten sei, und er ist bemüht, solche Merkmale in seinen Definitionen zu vermeiden, welche, mögen sie für die Absichten des Verbrechers bedeutsam sein oder nicht, für die rechtliche Ordnung belanglos sind, oder ihrer Natur nach sich einem sicheren Erweise im einzelnen Falle entziehen, oder deren Aufnahme für die Strafjustiz eine allzuschwere oder vielleicht ganz illusorische Aufgabe stellen würde (man denke an die Behandlung der Fälschungsdelikte, speziell des Meineids, diejenige des Hochverrats, der gemeingefährlichen Delikte u. s. w.). Die Fälle sind häufig, wo der Gesetzgeber, Rücksichten der erwähnten Art gemäß, die Vollendung unabhängig von der vollen Verwirklichung selbst solcher Absichten macht, die er im übrigen als wesentlich anerkennt; so von der Verwirklichung der Zueignungsabsicht beim Diebstahl, der auf rechtswidrigen Vorteil gerichteten Absicht bei Erpressung, Betrug, Fälschung u. s. w. Hälschner selbst würde am besten Auskunft über die zahlreichen und heterogenen, zugleich seiner Entscheidungsnorm fernliegenden und doch keineswegs verwerflichen Rücksichten geben können, welche bei der Aufnahme der Merkmale in die verschiedenen Deliktbegriffe sich einflußreich erwiesen haben.

Ähnlich verhält es sich mit der Abgrenzung des Versuchs nach der Seite der bloßen Vorbereitungshandlungen hin. Der Maßstab für dieselbe wird nicht dem Gesetze entnommen, obgleich dem Gesetze gegenüber verwertet. Auch hier wird das Verhältnis der Handlung zur Absicht des Thäters als entscheidend betrachtet. Zum Versuch soll die Handlung dadurch werden, daß diese Absicht in ihr „zu vollkommen erkennbarer Darstellung gelangt ist“, daß sich aus ihr

„das Ziel ergibt, auf das sie nach der Absicht des Thäters gerichtet war“ (S. 342). Auch hier aber haben wir es de lege lata mit einer technischen Frage zu thun, welche nur an der Hand der gesetzlichen Definitionen zu beantworten ist, und die Antworten, welche wir hier erhalten, finden in dem von Hälschner Gefagten weder ihre Begründung noch einen zusammenfassenden Ausdruck.

In der Verabredung Mehrerer zur Ausführung eines Delictes gelangt die verbrecherische Absicht zu einem unverkennbaren Ausdruck. Gleichwohl begründet sie nach unserem Strafgesetzbuch regelmäßig keinen Versuch, wohl aber nach § 83 ein vollendetes Delikt, während sie im übrigen in der Regel der Kategorie strafloser Vorbereitungen einzureihen ist. In der Annahme einer Herausforderung ist das Hälschner'sche Versuchsmerkmal auch enthalten. Sie würde aber, wenn sie nicht durch § 201 zu einem vollendeten Delikte gestempelt wäre, eine bloße straflose Vorbereitungshandlung in Bezug auf das Delikt des Zweikampfs darstellen. Die Frage, ob die Herstellung der Werkzeuge zur Verletzung bestimmter, unter strafrechtlichem Schutze stehender Rechtsgüter an sich als bloße straflose Vorbereitung anzusehen, oder ob darin ein Mehreres zu finden sei, wird bei verschiedenen Deliktsarten und hzw. in verschiedenen Gesetzen verschieden beantwortet; aber der von Hälschner aufgestellte Gesichtspunkt spielt dabei keine Rolle. Eine weite Ausdehnung erhält das strafrechtliche Gebiet hier insbesondere bei den Fälschungsdelikten, jedoch nicht in gleichmäßiger Weise. Die zum Behufe rechtswidrigen Gebrauchs erfolgende Herstellung des Fälsifikats enthält bei den Münzdelikten wohl nach allen Gesetzgebungen bereits das vollendete Fälschungsdelikt, bei der Urkundenfälschung nach unserem Strafgesetzbuch (zufolge der Fassung des § 267) einen Versuch, bei den Verletzungen des Gesetzes über Markenschutz eine bloße straflose Vorbereitung (Nachmachung fremder Warenstempel und Fabrikzeichen in rechtswidriger Absicht — nach dem ehemals sächsischen Strafgesetzbuch § 312, Versuch). Nach dem Hälschner'schen Gesichtspunkt müßte die Behandlung des bezeichneten Akts bei allen diesen Deliktsarten die nämliche sein. Wollte sich Hälschner dem gegenüber auf den Standpunkt de lege ferenda zurückziehen, so würde geltend zu machen sein, daß das von ihm aufgestellte Merkmal an sich nicht geeignet ist, der That eine höhere Bedeutung im Sinne des Strafrechts zu verleihen. Ob die einer Handlung zu Grunde liegende verbrecherische Absicht aus Geständnissen oder aus

der Handlung selbst erschlossen wird, das ist für den materiell strafrechtlichen Gesichtspunkt an sich gleichgültig. Jedenfalls hat Hälschner nicht plausibel gemacht, wie im letzteren Falle eine sonst straflose Handlung lediglich durch die Eigenschaft, Erkenntnismittel der fraglichen Art zu sein, zu einem Delikte gestempelt werden könne.

Eine andere Frage ist, ob nicht bei Handlungen, welche die Merkmale des strafbaren Versuchs im Sinne der Gesetze und der maßgebenden allgemeinen Rücksichten wirklich an sich tragen, auch das Hälschner'sche Merkmal in der Regel sich als ein begleitender Umstand konstatieren lasse. Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein. Zunächst ein Wort über den Standpunkt unseres Gesetzgebers.

Nach diesem kennzeichnet es den Versuch, daß er einen „Anfang der Ausführung“ des Delikts im Sinne der gesetzlichen Definition des letzteren enthält. Offenbar ist dieses Merkmal mit dem von Hälschner aufgestellten: Erkennbarkeit der Absicht aus der Handlung selbst, nicht identisch. Auch wird eine solche Identität von Hälschner nicht behauptet. Aber jenes gesetzliche Merkmal hat nach ihm — abgesehen davon, daß der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringe, er wolle nicht jede der verbrecherischen Absicht dienende Handlung als Versuch betrachtet haben — eine bloß imaginäre Bedeutung. Es weist nach ihm auf die Unterscheidung von „Bedingung“ und „Ursache“ hin, welche als unrichtig betrachtet wird, und soll demgemäß keinen Maßstab an die Hand geben, der sich in positiver Weise verwerten lasse. Aber was von Hälschner und anderen zur Begründung dieses Urteils beigebracht wird, ist nicht beweisend. Die Unterscheidung von Vorbereitung und Ausführung ist keine Juristenerfindung, sondern dem Leben entnommen und jedem in hundertfacher Anwendung geläufig. Niemand wird sich überreden lassen, daß die Vorbereitung einer Reise sich von der Ausführung dieser Reise, das ist von der Reise selbst, nicht unterscheiden oder wie von Buri will, nur subjektiv unterscheiden lasse! Jeder weiß, daß die Reise und zwar in jedem ihrer Teile eine andere objektive Bedeutung habe als etwa die Beschaffung eines Reisekoffers. Das Gleiche gilt von der Vorbereitung einer Mahlzeit, eines Feldzugs, einer Vorlesung, eines Schauspiels, einer Hinrichtung im Verhältnis zur Mahlzeit, Vorlesung, Hinrichtung 2c. selbst. Wer wird den Beweis antreten wollen, daß die Unterscheidung der vorbereitenden Küchenarbeiten von der Mahlzeit selbst auf einer bloßen Unklarheit

über das Verhältnis von Bedingung und Ursache beruhe? Vergleichen unternimmt man nur auf dem Boden der Wissenschaft, wo wir einen anderen Maßstab für unsere Urteile anwenden zu müssen meinen als im Bereiche des praktischen Lebens. Aber im Ernste können wir Unterschiede, deren Realität sich hier in greifbarer Weise geltend macht, dort nicht als bloß imaginär gelten lassen. Und wenn wir auch in der Wissenschaft die Ausführung eines Schauspiels als etwas von dem Einstudieren der Rollen und Beschaffen der Kostüme objektiv Verschiedenes gelten lassen müssen, so wird das Gleiche der Fall sein bezüglich der Ausführung eines Attentates, der rechtswidrigen Zerstörung eines Gebäudes, des Schwörens eines falschen Eides, des Beibringens von Gift, der Mißhandlung eines Menschen zc. im Verhältnis zu den solche Thaten vorbereitenden Maßregeln. Daß es schwierig ist, den Sinn dieser Unterscheidungen mit wissenschaftlicher Exaktheit zu bestimmen und solche Merkmale anzugeben, welche uns überall sofort mit Sicherheit die Grenze erkennen lassen, beweist bezüglich der letzteren Fälle nicht mehr als bezüglich der ersteren, also nichts.

Die bekämpfte Meinung hängt, wie aus dem Mitgeteilten ersichtlich ist, mit der Gestalt zusammen, welche die Lehre vom Kausalzusammenhange bei einigen Schriftstellern (insbesondere auf Grund der scharfsinnigen Erörterungen von Buris) angenommen hat. Danach werden alle Bedingungen des Verbrechenserfolgs als wertgleich betrachtet (Hälischner S. 230, 31). Vorbereitende und ausführende Handlungen aber erscheinen gleichmäßig als Bedingungen des Erfolgs, woraus sich die Folgerung ergibt, daß sie unter einander wertgleich seien. Diese Argumentation aber ist mit einem doppelten Fehler behaftet. Alle Bedingungen sind in der That in Bezug auf den Eintritt, in Bezug auf das „Daß“ des bedingten Ereignisses von gleicher objektiver Wesentlichkeit. Daraus aber folgt keineswegs, daß sie überhaupt oder hinsichtlich ihrer realen Bedeutung wertgleich seien. Denn neben dem „Daß“ interessiert auch das „Was“, der Gehalt des Ereignisses, der von den Eigenschaften der zusammenwirkenden Faktoren abhängig ist. Diese Eigenschaften aber sind nicht wertgleich und ihre Unterscheidung hat nicht bloß eine subjektive Bedeutung. Dies wird an anderer Stelle näher zu entwickeln sein. Zum zweiten kommen die Handlungen des Verbrechers nicht bloß als Bedingungen des zum vollendeten Delikte etwa gehörigen Verbrechenerfolgs, sondern zugleich nach ihrer selbständigen

Bedeutung in Betracht. Und hier wiederum kann von einer Wertgleichheit nicht die Rede sein.

Handlungen, welche bereits einen Angriff gegen bestimmte Rechtsgüter enthalten — man denke etwa an ein Attentat — haben an sich eine andere Bedeutung als bloße Vorbereitungen eines solchen Angriffs. Es verknüpfen sich mit jenen andere Wirkungen als mit diesen, und zwar für den Bestand der Rechtsordnung bedeutungsvolle Wirkungen. Daher sie denn auch andere Gegenwirkungen hervorrufen. Nun haben die Handlungen, welche im Sinne unseres Strafgesetzes einen Anfang der Ausführung eines Delikts enthalten, zwar keineswegs ausnahmslos, aber ihrer überwiegenden Mehrzahl nach diese Natur eines wirklichen Angriffs, nicht bloß diejenige der Vorbereitung künftiger Angriffe. Und dies ist nicht als ein Zufall anzusehen. Vielmehr erscheinen die Ausnahmen als Singularitäten, welche ihre Erklärung jedesmal in einem besonderen Zusammenhange finden, während die Regel uns den allgemeinen Sinn der Ausdehnung des strafrechtlichen Gebietes über die vollendeten Delikte hinaus an die Hand gibt. Es handelt sich dabei im wesentlichen um die Bestrafung erfolgloser Angriffe gegen die Rechtsordnung und die unter ihrem Schutze stehenden Güter, genauer, um die Bestrafung solcher Angriffe, welche zwar die in den besonderen Deliktsbegriffen herausgehobenen Erfolge nicht haben, bzw. nicht bis zu den in jenen bezeichneten Zielen vorgeedrungen sind, um deswegen aber nicht der realen Bedeutung für die Rechtsordnung ermangeln. Denn diese Bedeutung ist nicht an den Eintritt jener Erfolge gebunden, welche letzteren vielmehr nur Anhaltspunkte, und keineswegs die einzigen, für die Abschätzung der eigentlich maßgebenden Momente darbieten.

An diesem Punkte findet sich denn auch die Brücke zu der von Hälschner aufgestellten Theorie.

Der wirkliche Angriff gegen ein Rechtsgut nämlich wird in der Regel an sich ein konkludenter Ausdruck für die verbrecherische Absicht sein, ein um so verständlicherer Ausdruck, je energischer der Angriff und je weiter er fortgeschritten ist. Ja, es kommt vor, insbesondere bei den Injurien, daß die verständliche Verkörperung des verbrecherischen Willens gerade das ist, was die Handlung zu einem Angriff, bzw. einem Angriff von bestimmter Bedeutung, stempelt. Für die rechtliche Gegenwirkung ist aber überall die Angriffsnatur der Handlung, nicht ihre Qualität als Erkenntnismittel entscheidend.

Die der Ausführung vorangehenden Handlungen werden dagegen sehr häufig für sich allein keinen sicheren Schluß auf die verbrecherische Absicht begründen, sondern erst aus dem, was nachfolgt, als vorbereitende Handlungen erkannt werden. Doch ist das Gegenteil nicht ausgeschlossen, und es kann unter Umständen, wie oben gezeigt worden ist, eine vorbereitende Handlung bereits für sich ein unzweideutiger Ausdruck der schuldhaften Absicht sein.

6.

Ähnliches wie hinsichtlich der Abgrenzung des strafrechtlichen Gebietes straflosen Vorbereitungshandlungen gegenüber läßt sich hinsichtlich anderer Abgrenzungen desselben in unserem Werke geltend machen. So in Bezug auf die Behandlung des zwar schuldhaften, aber nicht strafbaren Unrechts. Dasselbe erscheint nach Hälschner als ein bloß „negatives Verhalten des Willens dem Rechte gegenüber.“ Es gehören Fälle dahin, „in denen die Verschuldung als Fahrlässigkeit erscheint, in Vernachlässigung, Verschämnis der pflichtmäßig aufzuwendenden *diligentia* besteht, und es sind Fälle vorsätzlicher Rechtswidrigkeit, aber nur solche, in denen vorsätzlich nicht geleistet wird, was zu leisten rechtliche Pflicht war.“ (S. 25.) Diese Grenzbestimmung nähert sich in einem Punkte der seinerzeit von mir, allerdings von einem anderen Gesichtspunkte aus gegebenen, was aber hier auf sich beruhen mag.¹⁾ Aber dieselbe ist, so wie sie sich bei Hälschner darstellt, dem positiven Rechte nicht entnommen und will dies auch nicht sein. Sie will nur angeben, wie die Dinge sich begriffsmäßig verhalten. Ihr zufolge sind neben den *Omissiodelikten* auch die fahrlässigen Rechtsverletzungen allgemein dem straflosen Unrecht zuzuweisen. Wenn daher die Gesetze alter und neuer Zeit auch derartige Rechtsverletzungen und zumeist in großer Zahl mit Strafe und manche darunter mit strenger Strafe bedroht haben, so gehört dies nach Hälschner zu jenem irrationellen Reste, um welchen die auf das

¹⁾ Es betrifft dies die Fälle, wo der Schuldige es nur „darauf ankommen läßt, ob der Berechtigte die nötige Macht des Rechts wider ihn in Wirksamkeit setzen werde“ (S. S. 26 oben), hierfür aber die Wege offen läßt. Hier tritt meist keine Strafe ein, weil und insofern die in dem Erfüllungszwange in Aussicht gestellte Gegenwirkung gegen das Unrecht als ausreichend erscheint, um die Autorität des Rechts und die Integrität der von ihm geschützten Interessen zu wahren.

Begriffsmäßige gerichtete Wissenschaft sich im Grunde nicht zu kümmern braucht. Glücklicherweise hat Hälschner seine Untersuchungen gleichwohl auch auf die kulpösen Delikte und deren gesetzliche Behandlung ausgedehnt. Aber ich finde seine Erörterungen hier weniger befriedigend als bezüglich anderer Materien; man könnte meinen, er betrachte jene unter dem Einfluß seiner Theorie mit einer gewissen Abneigung. Auch zeigt er sich dabei, wie mir scheint, nicht völlig konsequent, da er S. 322 Anm. 1 sich für die Bestrafung auch der leichtesten culpa ausspricht.

Weshalb sollen überhaupt jene von Hälschner ausgeschiedenen Arten von Rechtsverletzungen nicht als strafbar gelten? Nach ihm ist es die Aufgabe des Staates, durch Tilgung des Unrechts die rechtliche Ordnung zu wahren. Die Strafe ist ein Mittel dazu. Jene Aufgabe besteht nun offenbar auch dem kulpösen Unrecht und den rechtswidrigen Unterlassungen gegenüber. Soll hier gleichwohl die Strafe ausgeschlossen sein, so muß im Sinne Hälschners

entweder dies Mittel seiner Natur nach ungeeignet sein, diesen Arten des Unrechts gegenüber die Aufgabe zu lösen, oder es muß seine Anwendung hier mit Rücksicht auf eine Lösbarkeit der Aufgabe durch andere Mittel als überflüssig erscheinen.

Hälschner nimmt das erstere an, ohne jedoch den Beweis zu unternehmen, daß die Strafe hier ihren Zweck nicht erfüllen könne. Sie ist nach ihm Zwang gegen den Willen. Mit dem Willen aber haben wir es auch bei kulpösen und Omissivdelikten zu thun. Weshalb nicht auch hier einen Zwang gegen denselben üben? Oder weshalb soll dieser Zwang gerade hier für „die Herstellung und Wahrung der äußeren Ordnung des Lebens“ nicht dienlich sein können? Die Merkmale, welche nach Hälschner das strafbare Unrecht charakterisieren sollen, können uns hier nicht weiter helfen. Dasselbe soll „grundsätzliche Rechtswidrigkeit“ sein; aber die vorsätzliche Verletzung gesetzlicher Gebote ist in dem nämlichen Sinne grundsätzliche Rechtswidrigkeit wie die vorsätzliche Verletzung gesetzlicher Verbote! Dasselbe soll ferner durch eine aktive Bethätigung des Willens charakterisiert sein; aber nach Hälschner ist auch bei den kulpösen Rechtsverletzungen eine solche aktive Bethätigung des Willens vorhanden (S. 314 Anm. 1). Davon abgesehen ist nicht gezeigt, daß die Strafe zu dem nicht grundsatzmäßigen und dem bloß negativen Unrecht ihrem Wesen nach nicht passe. Hiernach können wir von der

ersten jener oben in alternative Verbindung gebrachten Annahmen füglich absehen.

Für unseren realistischen Standpunkt ergibt sich dies ohne weiteres. Denn das wirkliche Recht, das hier allein interessiert, führt ja die Grenze des Strafrechts mitten durch das Gebiet der fahrlässigen und der in Unterlassungen sich begründenden Rechtsverletzungen hindurch, der Grund dafür, daß bei diesen unter gegebenen Verhältnissen keine Strafe verhängt wird, kann daher nicht in dem allgemeinen Wesen dieser Unrechtsarten, sondern nur in diesen besonderen Verhältnissen gefunden werden.

Fassen wir aber diese besonderen Verhältnisse ins Auge, so tritt uns vor allem ein Umstand, Beachtung fordernd, entgegen. Wo nämlich das Recht in thesi von der Bestrafung fahrlässiger oder omissiver Rechtsverletzungen abieht, da finden wir regelmäßig andere Mittel der „Zilgung des Unrechts“ (Erfüllungszwang, Entschädigungspflicht und -zwang u. f. w.) vorgesehen und als anwendbar sowie als ausreichend vorausgesetzt, wodurch wir auf die zweite der obigen Annahmen hingewiesen werden.

Was hierbei sonst noch in Betracht kommt, von welchen Umständen insbesondere jenes „ausreichend“ abhängig sei, das ist seiner Zeit von mir zum Teile näher bestimmt worden.⁵⁾ Andere haben in bestimmten Richtungen Ergänzendes beigebracht. Gleichwohl sehen

⁵⁾ Man hat einen Widerspruch darin gefunden, daß ich die Übereinstimmung zwischen strafbaren und straflosen Rechtsverletzungen hinsichtlich ihres allgemeinen Thatbestandes behauptet und dennoch die Gründe für die verschiedene Behandlung, welche sie erfahren, darzulegen, und mit Rücksicht auf sie die zwischen jenen laufende Grenze in allgemeinerer Weise zu charakterisieren versucht habe. Aber jene Behauptung ging nicht dahin, daß diese verschiedene Behandlung gar keine Gründe habe, sondern nur dahin, daß diese Gründe nicht in einem prinzipiellen Gegensatz der von Hegel und anderen vorausgesetzten Art zu finden seien. Sind aber überhaupt Gründe für die Bestrafung hier, für die Nichtbestrafung dort vorhanden, so werden sie sich wohl auch erkennen und bei der Unterscheidung jener beiden Gebiete ins Spiel bringen lassen. So enthält die fahrlässige Sachbeschädigung die allgemeinen Requisite aller Delikte i); derselben Vollständigkeit wie die fahrlässige Körperverletzung. Gleichwohl ist es nicht als ein bloßer Zufall anzusehen, daß sie strafflos bleibt, während die letztere mit Strafe bedroht wird. Ich habe als entscheidend für solche Straflosigkeit einerseits die Konkurrenz der Ziviljustiz, andererseits solche Umstände bezeichnet, welche für die Tragweite der That bestimmend sind, und bleibe dabei stehen, da ich einen Nachweis, daß in der einen oder anderen Richtung geirrt worden sei (von einem das negative Unrecht betreffenden von Binding richtig hervorgehobenen lapsus abgesehen), nicht gefunden habe.

wir uns, wie der bermalige Stand der Meinungen erkennen läßt, im ganzen wenig gefördert; meines Erachtens, weil man die Aufgabe meist nicht da aufgenommen hat, wo sie gelassen war, und weil man vielfach, anstatt sich um eine vollständigere Herausarbeitung des Sachverhalts zu bemühen, sich in prinzipiellen Einwendungen und Ablehnungen gefallen hat, welche zumeist in Mißverständnissen wurzelten und den Thatbestand eher neuerdings verdunkelt als weiter geklärt haben.⁶⁾

⁶⁾ Es würde sich eine ziemlich lange Liste von solchen Mißverständnissen anfertigen lassen, welche bezüglich des berührten Problems und des von mir hinsichtlich desselben Beigebrachten hervorgetreten sind. U. a. findet sich eine Serie von solchen bei Binding. (Normen I. Ich gebe keine genaueren Citate, weil ich die Litt. nicht zur Hand habe.) Sie liefern das Material zu den Widersprüchen, welche Binding bei mir gefunden hat.

Ich hebe nur wenig hervor, da es mir hier nicht darum zu thun ist, jenen kurz gefaßten und ergänzungsbedürftigen Abhandlungen (trim. Abh. I) zu ihrem Rechte zu verhelfen.

Man hat mir u. a. den Nachweis entgegengestellt, daß in Bezug auf die zivilrechtlichen Folgen des Unrechts in mehreren Richtungen andere Grundsätze gelten wie in Bezug auf die strafrechtlichen. Aber es ist mir dieses in der That wie jedem Juristen bekannt gewesen und meine Absicht konnte nicht sein, jedem offenkundige Thatfachen zu bestreiten. Es handelt sich um die Übereinstimmung gewisser Funktionen jener beiden Arten von Rechtsfolgen und um die Identität ihres letzten Zweckes, womit die Möglichkeit einer gewissen Vertretung der einen durch die andere Rechtsfolge zusammenhängt. In dieser Hinsicht beweist die Verschiedenheit dieser Folgen, sowie der in Betreff derselben geltenden Grundsätze ebensowenig, wie die Verschiedenheit der rechtswidrigen Handlungen und der für die Beurteilung ihrer Bedeutung wichtigen Umstände und Wirkungen gegen die Einheit der Gattungsmerkmale des Unrechts beweist.

Der Vielgestaltigkeit des Unrechts und seiner Wirkungen entspricht eine Vielheit von Gegenwirkungen, die sich, wie bekannt, in der einfachen Gegenüberstellung von Strafe und Entschädigungspflicht nicht erschöpft. Auch umfaßt der erstere Begriff wieder eine Mehrzahl von Arten, welche nicht in dem nämlichen Abstände von den Zivilfolgen sich befinden. Für alle diese Gegenwirkungen ist die Unrechtsqualität betreffender Handlungen in dem nämlichen Sinne entscheidend, und alle dienen dem nämlichen Endzweck. Aber freilich ist die Eigentümlichkeit einer jeden mit dem Hinweis auf die allgemeinen Unrechtsmerkmale nicht erklärt, ebenso die besondere Funktion einer jeden nicht mit dem Hinweis auf ihren gemeinsamen Endzweck.

Die Ausbildung jenes komplizierten Systems aus einfachen Anfängen heraus bildet ohne Zweifel eine der interessantesten Seiten der Rechtsgeschichte, und die Bedeutung der im heutigen Rechte hervortretenden Unterschiede kann nicht verkannt werden. Aber diese Unterschiede erscheinen uns in einem anderen Lichte, wenn wir sie als Ergebnisse eines Entwicklungsprozesses betrachten, als wenn sie sich uns als Ableitungen aus Begriffen von immer gleicher und allgemeiner Gül-

Genug, das Anwendungsgebiet der Strafe erscheint dort, wo vom Rechte anerkannte und bezw. dargebotene Mittel und Wege zur Bekämpfung des Unrechts zur Verfügung stehen, und deren thatkräftige Anwendung nach Lage der Dinge vorausgesetzt werden kann, als ein eingeschränkteres wie dort, wo dieses nicht der Fall ist.

tigkeit darstellen. Und für eine allgemeine Lehre vom Unrecht und seinen Folgen nehmen die Ausgangspunkte jenes Entwicklungsprozesses die gleiche Beachtung in Anspruch wie die heute vorliegenden Ergebnisse.

In dieser geschichtlichen Auffassung erscheint die Strafhätigkeit des Staates als Glied einer Gruppe, als eine Spezies, welche andere Spezies der gleichen Art als nähere oder entferntere Verwandte neben sich hat. Nur in diesem Zusammenhange kann sie zu vollem Verständnis gelangen. Aber die Doktrin kommt immer wieder auf ihre alte Neigung zurück, diese staatliche Funktion zu isolieren, sie als etwas ganz für sich in vornehmer Unnahbarkeit Dastehendes zu behandeln. Weber soll sie, den Vertretern dieser Tendenz zufolge, dem Zusammenhange von Ursache und Wirkung angehören, noch irgend einem praktischen Zwecke dienen. Ihr Daseinsgrund sollte in ihr selbst, oder in einem kategorischen Imperativ oder in irgend einer geheimnißvollen Formel — wie etwa: Heilmittel für ein Unheilbares zu sein — gefunden werden. Es wird die Aufgabe einer künftigen, der Entwicklungsgeichte des Rechts gebührende Rechnung tragenden allgemeinen Rechtslehre sein, diese Tendenz definitiv zu beseitigen. —

Zu jenen Mißverständnissen gehört ferner die Meinung, daß ich die Zivilfolgen als Arten der Strafe betrachte, während ich nur das ihnen mit der letzteren Gemeinsame betont habe. Wie sonst die Merkmale einer Gattung, welche sich in mehrere Arten spaltet, nicht zusammenfallen mit den besonderen Merkmalen einer dieser Arten, so die allgemeinen Merkmale der Rechtsfolgen des Unrechts nicht mit den besonderen Merkmalen einer Art dieser Folgen.

Dieses Mißverständnis hat seinen Grund darin, daß was ich als das Gemeinsame und als das, worauf es vom Standpunkte des Rechts aus eigentlich ankommt, betrachte, von anderen meist nur bei der Strafe gefunden und anerkannt worden ist.

Ich hatte zu zeigen versucht, daß sich dem allgemeinen Thatbestande des strafbaren Unrechts kein davon verschiedener allgemeiner Thatbestand des Zivilunrechts gegenüberstellen lasse, daß also insoweit der Grund beider Arten von Rechtsfolgen der gleiche sei, und daraus gefolgert, was im übrigen in den Thatfachen eine unmittelbare Bestätigung findet, daß auch die Rechtsfolgen selbst ihrem Wesen nach verwandt sein müßten. Ohne weiteres erschien es gewiß, daß Maßregeln, für welche die überall identische Unrechtsqualität einer Handlung in dem nämlichen Sinne entscheidend ist, nicht zugleich nach Grund und Zweck geschieden und einander entgegengesetzt sein können. Viele stimmen gegenwärtig hinsichtlich des allgemeinen Verhältnisses von Zivil- und strafbarem Unrecht, das ist der gemeinsamen Gründe der Rechtsfolgen, mit mir überein, während sie bezüglich des Verhältnisses dieser Folgen zu einander meine Ansicht durch Binding widerlegt glauben. Das aber ist nur möglich, weil sie sich über den Zusammenhang von Grund und Folge hier keine Rechenschaft geben.

Dies aber ist nur verständlich unter der Voraussetzung, daß diese anderen Mittel in gewissem Maße das Gleiche leisten wie die Strafe. Es ist aber leicht einzusehen, daß wir, wenn dieses Verhältnis im Auge behalten wird, zu einer anderen Behandlung der vorliegenden Grenzfragen, als welche sie bei Hälschner erfahren und bezw. zu anderen Untersuchungen und Fragestellungen gedrängt werden

Hinsichtlich einiger speziellerer Ausführungen Hälschners zur Lehre von der culpa lassen sich verwandte Bedenken geltend machen. Hierher gehört seine Vertretung der Ansicht, daß die Unkenntnis der Rechtsnormen, sowie diejenige des subjektiven Rechts, welches den Gegenstand der Verletzung bildet, überall die culpa ausschließe. Daß unter Umständen solcher Unkenntnis zum Trotz nach positivem Rechte Strafe eintrete, wird nicht in Abrede gestellt, auch nicht schlechthin mißbilligt (§. 258). Aber es gehört dies nach Hälschner offenbar auch zu dem mehrerwähnten irrationalen Reste. Aber dies Verhalten ist keineswegs irrational und seine Gründe sind den Gründen der Bestrafung beliebiger anderer kulploser Rechtsverletzungen gleichartig. Denn die culpa wird durch den Rechtsirrtum keineswegs mit Notwendigkeit ausgeschlossen. Vielmehr können wir im Einklang ebenso mit der Logik und dem Sprachgebrauche wie m. E. mit den gesetzgeberischen Intentionen von einer fahrlässigen Verletzung gesetzlicher Vorschriften, obrigkeitlicher Anordnungen oder subjektiver Rechte auch in Fällen reden, wo die Fahrlässigkeit eben darin sich begründet, daß man sich mit den innerhalb eines Lebensgebietes geltenden und bestehenden Rechtsverhältnissen nicht wie es von einem zurechnungsfähigen und gewissenhaften Gesellschaftsmitgliede vorausgesetzt wird und wie es die Rechtsordnung fordern muß, vertraut gemacht hat. Hiernach erscheint es auch als unbedenklich, Strafdrohungen, welche für derartige kulpöse Rechtsverletzungen aufgestellt sind, ohne weiteres auf Fälle der hervorgehobenen Art mit zu beziehen.¹⁾ —

¹⁾ Beiläufig sei hier die Frage eingeschaltet, weshalb Hälschner wohl die Lehre vom Irrtum, der seine Bedeutung aus seinem Verhältnis zu dolus und culpa schöpft, von den Abschnitten über die letzteren getrennt und ihnen vorangeschickt hat? Die Behandlung beider Materien verliert dadurch an Durchsichtigkeit. — Ferner sei die Bemerkung gestattet, daß dolus und culpa mit Unrecht ganz unter die formale Zurechnung gestellt sind, da die Zurechnung sowohl zum dolus wie zur culpa ein Werturteil enthält, welches sich dem Begriff der formalen Zurechnung, wie Hälschner denselben bestimmt, nicht subsumiert. Nach der Art,

Noch sei einer charakteristischen Ausführung, welche die Grenzen des Strafrechts- und bezw. Unrechtsgebietes berührt, hier gedacht. Sie betrifft die Beurteilung der Selbsthilfe. Aus dem Begriffe des subjektiven Rechts und seines Verhältnisses zur Pflicht wird deduziert, daß „jede Selbsthilfe im engeren Sinne rechtswidrig“ und zwar im formellen und im materiellen Sinne — letzteres „weil sittlich zwecklos und zweckwidrig“ — sei. Unter Selbsthilfe im engeren Sinne versteht Hälschner jeden „Zwang zu dem Zwecke, daß mir geleistet, zu teil werde, was ich glaube fordern zu dürfen.“ Wenn hier hinzugefügt wird: „denn nicht meine Ansicht und Meinung, sondern die rechtliche Norm bildet den Maßstab, nach welchem sich bestimmt was mir gebührt“, so werden zwei verschiedene Dinge konfundiert, die eigenmächtige Aufstellung von Normen und die eigenmächtige Verwirklichung gültiger Normen. Nur die letztere, die Erzwingung dessen was uns in der That gebührt, gehört hierher. Das sie betreffende allgemein verdammennde Urteil ist aber wieder aus Prinzipien abgeleitet, welche nicht dem realen Leben, sondern jener früher erwähnten Begriffswelt angehören. Senes gibt uns in seiner Entwicklungsgegeschichte einen sehr veränderlichen Maßstab für die Beurteilung der Selbsthilfe an die Hand, einen Maßstab, der in keiner Periode dieser Geschichte mit dem von Hälschner aufgestellten völlig zusammenfällt. Die sittlichen Kräfte, welche im Volksleben sich äußern, verhalten sich keineswegs schlechthin ablehnend gegen die mannigfachen Formen aktiver Eigenmacht, vielmehr auf gewissen Entwicklungsstufen (man denke an die Zeit der Herrschaft des Systems der Privatrache) und unter gewissen Voraussetzungen (Mangel geordneter Rechtsverwirklichung durch eine beherrschende Gewalt) im Gegenteile sanktionierend und fordernd in Bezug auf gewisse Arten derselben. Eine Ethik aber, welche bei der Aufstellung

wie die culpa von ihm behandelt wird (die Frage des formalen Verhältnisses zwischen Wissen und Wollen einerseits und den Erfolgen andererseits kommt dabei zu kurz, vgl. 311 im Gegensatz zu 295 ff.), würde dieselbe sogar ganz zur Lehre von der materiellen Zurechnung zu ziehen sein. Die äußerliche Scheidung von formaler und materieller Zurechnung, wie sie bei Hälschner sich findet, läßt sich im übrigen nicht konsequent durchführen, ohne daß an verschiedene Orte gestellt wird, was wir verbunden zu denken gewohnt sind. So die Elemente des Dolusbegriffs, ebenso des Culpabegriffs, sowie die verschiedenen Beziehungen des Irrtums. Dies begründet an sich kein verwerfendes Urteil, erklärt aber, daß eine konsequente Durchführung der Scheidung eben nirgend, auch bei Hälschner nicht, erfolgt ist.

ihrer Imperative das geschichtliche Verhalten der sittlichen Kräfte ignoriert oder überhaupt etwas anderes sein will als eine bloße Interpretin dieser Kräfte, hat für den hier eingenommenen Standpunkt keinerlei wissenschaftlichen Wert.

7.

Ich wende mich Fragen zu, welche die allgemeinen Voraussetzungen der Verschuldung und ihrer Abstufungen betreffen. —

Die rechtliche Verantwortlichkeit ist nach der unter 4) besprochenen Ansicht bedingt durch die Wahlfreiheit. Diese aber kann den menschlichen Individuen offenbar nicht vom Tage der Geburt an und nicht in jedem Zustande zugesprochen werden, es käme deshalb darauf an, das Merkmal zu bezeichnen, mit dessen Vorliegen sie (da sie sich direktem Erweise entzieht) gegeben sein soll. Dasselbe müßte einfacher und unteilbarer Natur sein und entweder ganz vorliegen oder ganz fehlen, weil dies auch von der Wahlfreiheit selbst angenommen wird und füglich angenommen werden muß. Denn eine allmähliche Entstehung dieser Freiheit, ein successives Hervortreten oder auch Absterben derselben sind ebenso wie verschiedene Grade nicht zu denken. Es verhält sich mit ihr ähnlich wie mit der Seele von dem theoretischen Standpunkte einer älteren Generation aus, welche sich veranlaßt sah, einen bestimmten Zeitpunkt anzunehmen, in welchem sich jene mit dem Körper in wunderbarer Weise verbinde. Die Indeterministen haben aber bisher aus begreiflichen Gründen eine analoge Hypothese nicht aufgestellt und die Konsequenzen ihrer Freiheitstheorie in dieser Richtung nicht gezogen.

Die Justiz knüpft im Widerspruch mit diesen Konsequenzen die rechtliche Verantwortlichkeit an einen sehr komplizierten Thatbestand, dessen Elemente selbst wieder kompliziert sind und die oben erwähnten Eigenschaften durchaus vermissen lassen. Es kommen dabei Faktoren in Betracht, deren Natur graduelle Verschiedenheiten nicht ausschließt, und welche beständigen Abänderungen, nun in Formen der aufsteigenden, nun der absteigenden Entwicklung, unterliegen. Und es läßt sich für diesen Prozeß kein Anfangspunkt bezeichnen außer dem Anfang des Lebens (außerhalb der Mutter) selbst. Einen Moment, wo die von ihr vorausgesetzte Freiheit als eine unteilbare Größe plötzlich ihren Einzug hielte, kennt die Justiz nicht. Sie hält sich vielmehr an die Thatfache, daß der Weg von geistiger Dumpsheit zur Höhe

geistiger Selbständigkeit und Freiheit viele Stationen und zahllose Übergänge erkennen läßt, und daß ebenso der durch Alter, Krankheit und anderes begründete Rückgang von dieser Höhe viele Stationen berühren könne, ehe die Tiefe völliger Unmachtung erreicht ist. Ihr entsprechend knüpft sie ihre Maßregeln in verschiedenen Gebieten ihres Wirkens an verschiedene Maße geistiger Kraft und Selbständigkeit, bezw. an äußere Merkmale, welche auf solche Maße (von welchen jedes wieder zahllose Abstufungen umfaßt, keines aber sich exakt definieren läßt) hinweisen.

Gegen dieses Verhalten wird im allgemeinen seitens der Gegner kein Widerspruch erhoben, da es denn auch schwierig sein möchte, ein anderes annehmbar zu machen. Aber es macht sich doch ein inneres Widerstreben bemerkbar, jenen Sachverhalt selbst im ganzen und in allen seinen Konsequenzen unumwunden anzuerkennen.

Hierher gehört es, wenn zwischen der subjektiven Beschaffenheit, in welcher sich im Sinne der Gesetze die Schuldfähigkeit begründen soll, und derjenigen, welche als nicht ausreichend hiefür betrachtet wird, ein absoluter Gegensatz angenommen wird. Desgleichen, wenn die Eigenschaften, welche für die Schuldfähigkeit überhaupt als entscheidend gelten, in einen Gegensatz zu denjenigen gestellt werden, welche bezüglich des Maßes der Schuld in Betracht kommen, resp. wenn die Umstände, welche die Schuldfähigkeit ausschließen, in einen Gegensatz zu denjenigen gestellt werden, welche sie bloß abschwächen (vgl. Hälschner 226 Text und Anm., anders 216).

Im Zusammenhang damit steht die Frage der „geminderten Zurechnungsfähigkeit.“ Gegenwärtig wird die alte Kontroverse in der Regel als eine bloße Wortfrage hingestellt (vgl. Hälschner 215), insofern mit Recht, als hinsichtlich der sachlichen Frage der Streit als erledigt gelten kann, insofern mit Unrecht, als es sich denjenigen, welche den Streit geführt haben, niemals um eine bloße Wortfrage handelte. So weit ich Kenntnis von demselben habe, hat nämlich niemals jemand die sprachliche Korrektheit des Ausdrucks: „geminderte Zurechnungsfähigkeit“ vertreten. Es war denjenigen, welche den mit demselben unzweideutig bezeichneten Milderungsgrund berücksichtigt haben wollten, stets und allein um die Sache zu thun, d. i., sie forderten für Zustände, welche sich zu den normalen Zuständen des geistig gesunden Menschen analog verhalten, wie der Zustand des noch nicht zu seiner vollen geistigen Reife gelangten Menschen zu dem des gereiften, eine analoge gesetzliche Behandlung. Für

jenen Ausdruck war, wenn man Gewicht darauf legte, leicht ein anderer zu finden und es hat nicht an der Bezeichnung korrekter Ausdrücke gefehlt. Ebenso wenig hat es sich den Gegnern bloß um die Bekämpfung eines Ausdrucks gehandelt. Sie würden für eine selbstverständliche und unbestrittene Behauptung keinen unnützen Eifer entwickelt haben, und würden um der bloßen Wortfrage willen nicht die gesetzliche Anerkennung des Milderungsgrundes selbst und nicht Ausführungen (wie z. B. die von mir gegebenen) bekämpft haben und noch gegenwärtig ablehnen (Hälschner 225), in welchen lediglich die Sache eine Vertretung gefunden hat. Die vermeintliche bloße Wortfrage hat vielmehr den großen Gegensatz zwischen Determinismus und Indeterminismus zu ihrem Hintergrunde, und die Bemühung der Gegner war und bezw. ist hier darauf gerichtet, den Standpunkt des letzteren in einer einzelnen Richtung, in welcher ihm unangreifbare Gestaltungen noch nicht entgegenstehen, aufrecht zu erhalten.

Auch die Behandlung des Rückfalls und des Gewohnheitsverbrechertums in der Doktrin läßt den Einfluß der hier bekämpften Anschauungen erkennen.

Energischere Maßregeln gegen Rückfällige und Gewohnheitsverbrecher lagen der Justiz zu allen Zeiten nahe, und widerstrebten dem allgemeinen Gefühle nicht. Für den im Eingang charakterisierten Standpunkt ergibt sich bezüglich derartiger Maßregeln vor allem die Frage, ob sie denn auch im moralischen Sinne zu billigen seien, und die Bejahung der Frage hängt für ihn davon ab, ob bei den Genannten im allgemeinen eine tiefere Verschuldung dem abstrakt moralischen Forum gegenüber (s. oben unter 3, Anm.) anzunehmen sei. Diese Frage wird nun entschieden bejaht und die Bejahung den dagegen geltend gemachten naheliegenden Einwendungen gegenüber aufrecht erhalten (vgl. Hälschner 543 oben, 550). Damit aber ist ein Gesichtspunkt gegeben, der uns das Verständnis des praktischen Verhaltens der Justiz in verschiedenen Zeiten nicht erschließt, auch keinen Anhaltspunkt für reformatorische Bestrebungen darbietet und die Untersuchung auf einen Punkt richtet, wo sie sich als unfruchtbar erweisen muß.

Es kann wohl nicht bestritten werden und auch Hälschner betont dies, daß bei dem Gewohnheitsverbrecher (ich beschränke mich hier auf diesen) die Fähigkeit, sich den von außen kommenden Anreizen gegenüber als eine selbständige, auf sich ruhende Potenz gel-

tend zu machen, d. i. die Freiheit in dem unter 4 bezeichneten Sinne des Wortes, als eine geminderte erscheine (Hälshner 215, 16, 543 medio). Daß nun diese Willensbeschaffenheit, insofern sie in der That kund geworden, die sittliche Verschuldung erhöhen soll, wird niemanden einleuchtend zu machen sein, der nicht auf dem bezeichneten Standpunkte steht. Es sind Eigenschaften und Zustände in Frage, welche einerseits die Freiheit als eine beschränkte, andererseits das betreffende Subjekt als besonders gefährlich erscheinen lassen. Diesem Thatbestande aber wird in der Theorie die Lehre von der höheren Verschuldung so wenig gerecht wie in der Praxis die einfache Steigerung der Strafen. Wohl ist das letztere Verfahren der Praxis nicht fremd geblieben, aber die unbefriedigenden Erfahrungen, welche damit gemacht worden sind, bestätigen das Urteil, daß hierin nur ein Unvermögen zum Ausdruck komme, der mit jenem Thatbestande gegebenen Aufgabe wahrhaft zu entsprechen, während man sich doch gedrängt sah, etwas zu thun.

Im übrigen macht es sich auf praktischem Gebiete in mannigfacher Weise geltend, daß dem Gewohnheitsverbrechertum gegenüber die Aufgabe des Staates eine eigenartige sei, derart, daß bald gewisse Seiten im Wesen der Strafe (vor allem das edukatorische Moment dort, wo Erfolge in dieser Richtung noch zu hoffen sind) schärfer hervorzutreten, bald der sozialen Selbstbehauptung Formen zu geben sind, in welchen das Wesen der Strafe nicht mehr ungemischt und bzw. gar nicht mehr zum Vorschein kommt (verschiedene Formen der Unschädlichmachung). Je tiefer ein Gewohnheitsverbrecher sinkt, oder auch von Anfang an steht, um so weniger wird die Frage nach dem Maße der in einer einzelnen That sich begründenden sittlichen Verschuldung uns einen Weg anzeigen können, der zur Lösung der hier vorliegenden Aufgabe führt, um so weniger wird überhaupt die einzelne That für die Behandlung des Individuums maßgebend sein können, um so mehr werden wir uns vielmehr dem Standpunkte anzunähern haben, den wir dem Irrsinnigen gegenüber einnehmen, in bezug auf dessen Behandlung die Frage einer sittlichen Verschuldung gar nicht in Betracht kommt, während die Frage der Sicherung anderer um nichts weniger ins Gewicht fällt. Für den gegnerischen Standpunkt aber gibt es hier überall keine derartigen Annäherungen, sondern nur absolute Gegensätze.

Bedeutung ist der Gegensatz zwischen idealistischer und realistischer Betrachtungsweise ferner in bezug auf die Gestaltung der Lehre

vom allgemeinen Thatbestande der Delikte, namentlich insoweit als das Verhältnis des subjektiven zum objektiven Thatbestande dabei in Betracht kommt. In ihrer bisherigen Fassung nämlich läßt diese Lehre bei den meisten den überwiegenden Einfluß idealistischer Anschauungen erkennen und eine befriedigende Durchbildung derselben im Sinne der gegenteiligen Anschauungen ist bisher noch nicht erfolgt.

Halten wir uns an jene Fassung, so tritt uns zunächst eine abstrakte Sonderung des subjektiven vom objektiven Thatbestande entgegen, welche so wie sie sich darbietet, der Wirklichkeit nicht entnommen ist, und von dem hier eingenommenen Standpunkte ohne weiteres als hinfällig erscheint. Dieselbe führt zu einem unnatürlichen Dualismus in der Behandlung der Grundfragen unserer Disziplin, an dessen Überwindung viele und wie man vielleicht sagen darf, vergeblich gearbeitet haben.¹⁾ Zu einer relativen Einheitlichkeit in der Behandlung dieser Fragen ist auf dem Boden der von mir bekämpften Auffassung aus nur zu gelangen, wenn die Bedeutung der äußeren Thatseite bei den Verbrechen im wesentlichen ignoriert wird, d. i. von dem sogenannten „subjektiven Standpunkte“ aus. Damit hängt es zusammen, daß der letztere fortwährend und nicht ohne Erfolg geltend gemacht wird, und auch bei solchen Schriftstellern, welche ihn im allgemeinen verwerfen, in manchen Einzelheiten zum Vorschein kommt. Zu dem Verständnis des geltenden Rechts und seiner Geschichte ist von ihm aus aber nur in unvollkommenem Maße zu gelangen, daher es ebensowenig möglich ist, bei ihm stehen zu bleiben, wie ihn von jenem Boden aus zu überwinden.

Es sei gestattet, jenen Dualismus in seiner schroffsten Gestalt, zugleich mit der letzterwähnten Wendung zu einseitigem Subjektivismus hier vor Augen zu stellen.

Jenem zufolge ist die objektive Seite des den Kriminalisten interessierenden Ereignisses, d. i. das Ganze der außerhalb des Bewußtseins des Thäters liegenden Elemente desselben, in ihrer Beschaffenheit und in der Qualität und Tragweite ihrer Wirkungen an sich ganz unabhängig davon, welcherlei psychische Kräfte und ob über-

¹⁾ Bemerkenswert ist der Versuch von Barz (in der Schrift über den Kausalzusammenhang), denselben zu überwinden. Von einer spezielleren Würdigung desselben sehe ich indessen an dieser Stelle ab.

haupt solche an dem was geschehen, beteiligt sind. Die Bedeutung der objektiven Seite der That ist in dieser Auffassung also mit der besonderen Gestaltung der subjektiven Seite durch kein inneres Band verbunden. Ex. causa wäre die von einem Irrensinigen, sowie die von einem Kinde unter bestimmten Umständen vollbrachte Tötung eines Menschen als ein Ereignis von gleichen objektiven Merkmalen und Wirkungen anzusehen, wie die von einem Zurechnungsfähigen unter gleichen äußeren Umständen vollbrachte.²⁾ Die zu Grund liegenden Vorgänge werden hierbei als bloße Bedingungen des Ereignisses betrachtet, welche unter einander und mit beliebigen anderen außerhalb der Thäter liegenden Bedingungen wertgleich sein und an dem Charakter und der kausalen Bedeutung des Ereignisses weiter keinen Anteil haben sollen. Der Blick haftet dabei, was das letztere betrifft, an jenen äußeren Erfolgen, welche in unseren Deliktsbegriffen eine so große Rolle spielen, und von diesen ist es natürlich einleuchtend, daß sie die Charaktermerkmale der psychischen Faktoren nicht an sich tragen, welche an ihrer Herbeiführung beteiligt waren. Die Thatfache, daß einer gestorben ist, wird in ihrer Identität nicht durch die Frage berührt, ob er ermordet oder von einem zufällig fallenden Ziegelstein erschlagen worden oder in anderer Weise ums Leben gekommen sei. Auch ist es vergeblich in Bezug auf den Eintritt dieses Faktums im ersten Falle dem Willen des Mörders eine besondere, in kausaler Beziehung ausgezeichnete Stellung vindizieren zu wollen.

Hiernach ergibt sich bezüglich aller Umstände, welche eine Bedeutung für die Beurteilung strafrechtlicher Verschuldung in Anspruch nehmen, die Alternative, sie entweder auf die objektive oder auf die subjektive Seite zu stellen, und ferner die Alternative, den Schlüssel für die Lösung der hiermit zusammenhängenden Probleme entweder auf jener oder auf dieser Seite zu suchen. Dabei wird der Natur der Sache in mannigfacher Weise Gewalt angethan und manche Materien werden von der einen Seite auf die andere geschoben, ohne den homogenen Zusammenhang zu finden, in welchem sie zur Ruhe

²⁾ Vgl. z. B. Kräpelin, Abschaffung des Strafmaßes S. 28 u. f. „In jedem der drei Fälle (es sind die im Text erwähnten) ist das als Handlung perfekt gewordene Resultat des vorausgegangenen psychologischen Vorgangs vom Standpunkte der geschädigten Gesellschaft genau das gleiche, so verschieden auch die Individualitäten der Thäter gewesen sein mögen.“

kommen könnten. Ein Beispiel könnte die Lehre von der Teilnahme abgeben. Ich wähle diejenige von dem obersten Maß der Strafe.

Will man die Strafe in einen inneren Zusammenhang bringen mit der verbrecherischen Wirksamkeit, wie es den Maßstäben des geschichtlichen Strafrechts gemäß ist, so gelangen wir von den bezeichneten Prämissen aus folgerichtig zur Talionstheorie, zur Forderung sei es der spezifischen, sei es der Wertgleichheit zwischen dem Übel der Strafe und dem äußeren Übel des Verbrechens (da dieses Element jener Wirksamkeit den Blick hier ja ausschließlich gefangen hält). Diese Talionstheorie einer allgemeineren Würdigung zu unterziehen, ist hier nicht der Ort. Aber sie ist auf der bezeichneten Grundlage naheliegenden Einwendungen ausgesetzt. Da die Strafe die Toten nicht aufzuwecken und überhaupt an der verbrecherischen Wirksamkeit, so weit dieselbe auf diesem Standpunkte in Betracht gezogen wird, nichts zu korrigieren vermag, da diese Wirksamkeit ferner von dem Geiste des Verbrechers nichts in sich und keine andere Bedeutung haben soll, wie eine von Schulbunfähigen ausgehende äußerlich gleich geartete Wirksamkeit, so hat es offenbar gar keinen vernünftigen Sinn, nach ihr die Strafe bemessen und abtufen oder gar in ihr den ethischen Rechtfertigungsgrund der Strafe finden zu wollen. Wir sehen uns daher mit der Frage nach diesem Grunde, sowie mit derjenigen nach dem obersten Maße der Strafe hier ganz und gar auf die subjektive Seite des Thatbestandes hingewiesen. Vor allem ist für den idealistischen Standpunkt, dem es in erster Linie überall um die ethische Begründung zu thun ist, diese Nötigung, sich an die subjektive Seite zu halten, gegeben. Und zwar muß hier die ethische Qualifikation der Willensentscheidungen an sich, ohne Rücksicht auf die Kausalität des verbrecherischen Willens (da diese ja als unabhängig von der Qualifikation der zu Grund liegenden psychischen Vorgänge gedacht wird) als entscheidend gelten. Wir gelangen hier also zu dem abstrakt moralischen Standpunkt, dessen mehrfach gedacht worden ist, für welchen das Verhältnis der Willensentscheidungen zu den Postulaten des Gewissens an sich und in höchster Instanz als maßgebend für die staatliche Straftätigkeit, die Berücksichtigung der äußeren Thatseite aber, wie sie z. B. in der verschiedenen Behandlung von Versuch und Vollendung hervortritt, als eine aus praktischen Gründen hinzunehmende „Abweichung“ von dem höheren Prinzip dieser Thätigkeit gilt (vgl. oben S. 558 Anm. 2). — Es kommt wenig darauf an, wie viele ausgesprochenenmaßen auf

diesem äußersten Punkte mit ihren Ansichten sich befinden, das Wesentliche ist, daß die Prämissen, von welchen aus wir zu demselben gelangen, in unserer Litteratur sich beständig, wenn auch in verschiedener Form und in verschiedenem Zusammenhange geltend machen. Auch bei Hälschner ist der charakterisierte Dualismus innerlich nicht überwunden (man vergl. hier, was er über das Verhältnis der subjektiven Seite des Verbrechens zum Kausalzusammenhange und über die Wertgleichheit der Bedingungen des Verbrechenserfolgs ausführt) und auch bei ihm wird im Zusammenhange damit der objektiven Seite der That ihr volles Recht nicht zu teil.

Von den Ausgangspunkten, welche der hier vertretene Standpunkt uns darbietet, gelangen wir dagegen von vornherein in andere Wege. Die Gegenwirkung der Gesellschaft gegen die Verbrecher stellt sich uns hier dar als eine Form ihrer Selbstbehauptung und diese Form als abhängig von den Einwirkungen, welche sie von der Seite des Verbrechertums erleidet. Ein fester Zusammenhang zwischen beiderlei Aktionen: zwischen der verbrecherischen Wirksamkeit innerhalb der gesellschaftlichen Sphäre und bzw. den Merkmalen und der Tragweite derselben einerseits und jener Gegenwirkung und bzw. deren Qualitäten andererseits erscheint hier als selbstverständlich. Wir haben es in den Verbrechen mit einer bestimmt gearteten Kausalität zu thun, welche die aktiven Kräfte der Gesellschaft zu einer, deren eigener Wirkungsweise und ihrem Verhältnis zu dieser Kausalität entsprechenden Rückäußerung aufruft. Dieser Zusammenhang wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß vernünftige Erwägungen auf die Form dieser Rückäußerung Einfluß gewinnen; ebenso wenig durch den Umstand, daß zu jenen Kräften auch spezifisch moralische Faktoren gehören; endlich nicht durch die Beziehung jener Rückäußerung auf ein Künftiges („ne peccetur“).³⁾

³⁾ Der Gegensatz, welchen man zwischen dieser Beziehung der Strafe auf ein der Zukunft angehöriges, durch die Strafe zu verwirklichendes Gute (relative Strafrechts-Theorien) und ihrer Beziehung auf das der Vergangenheit angehörige Verbrechen (absolute Theorien) gemacht hat, ist in diesem Zusammenhange leicht als hinfällig zu erkennen. Man könnte mit gleichem Rechte die Beziehung eines lobenden Urteils auf die der Vergangenheit angehörige belobte Handlung in einen Gegensatz bringen zu der Beziehung dieses Urteils auf die der Zukunft angehörige dem Thäter zu gewährende Genugthuung, oder auch, die Beziehung eines Heilverfahrens auf die der Vergangenheit angehörige Erkrankung und auf die in der Gegenwart hervortretenden Folgen derselben in einen Gegensatz bringen zu der Beziehung auf die in der Zukunft zu bewirkende Heilung. Diese

Was nun spezieller jene Kausalität betrifft, so ist es nicht gleichgültig, welcherlei Kräfte, ob psychische Kräfte oder nicht, und bezw., welcherlei psychische Kräfte, dabei in Spiele sind, vielmehr ist ihr Charakter und folgeweise derjenige der Gegenwirkung, welche sie hervorruft, davon abhängig. Anders wirkt das Fieber, das einen Staatsmann weggräbt, auf die Gesellschaft, als der Mord, der der Wirksamkeit eines solchen ein Ziel setzt. Die Gleichheit des Tötungsmomentes beweist gegen diese Verschiedenheit nichts. Es ist ein Moment in Vorgängen, welche sich im übrigen bezüglich ihrer kausalen Bedeutung nicht weniger unterscheiden, wie bezüglich ihrer Ursachen. Die psychischen Kräfte, welche im letzteren Falle beteiligt sind, bringen innerhalb der Gesellschaft psychische Kräfte in Bewegung, welche das Fieber im ersten Falle in vollkommenster Ruhe verharren läßt. Für die Gesellschaft gilt in dieser Hinsicht das Gleiche wie für das Individuum. Der körperliche Schmerz, welchen jemand erleidet, ist von anderen psychischen Vorgängen begleitet, wenn ein von einem anderen ausgeführter Schlag, als wenn lediglich physische Faktoren ihn herbeigeführt haben, und dort wieder von anderen Vorgängen, wenn dem Schlag eine feindselige Gesinnung als wenn ihm ein bloßes Versehen (*aberratio ictus*) zu Grund lag. Der psychische Faktor nimmt im Falle des *dolus* eine größere Bedeutung in Anspruch, nicht weil er zu dem körperlichen Schmerze in einem besonders nahen oder einem direkteren Verhältnis stünde, sondern weil seiner Bethätigung anders geartete, intensivere und weiter tragende psychische Wirkungen entsprechen. Nicht ein besonders gearteter Kausalzusammenhang steht hier in Frage, sondern eine besondere Kausalität.

Die inneren Vorgänge, welche der That des Verbrechers zu Grund liegen, sind also nicht ein Ding für sich, welches abgeondert von der äußeren Thatseite eine Würdigung nach besonderen Prinzipien zu erfahren hätte. Vielmehr bedeuten sie und ihre ethische Qualifikation in unserem Gebiete nur etwas, insofern der Charakter und die Tragweite einer in die gesellschaftliche Sphäre eingreifenden Wirksamkeit von ihnen abhängig ist, und umgekehrt bedeuten die äußeren Ereignisse für uns nur etwas, insofern wir es in ihnen mit der Wirksamkeit bestimmt gearteter psychischer Faktoren zu thun haben.

dreifache Beziehung läßt sich an jeder Handlung und zwar in dem nämlichen Sinne wie an der Straftätigkeit des Staates erkennen.

Hier ist sonach kein Raum für einen Gegensatz zwischen objektivem und subjektivem Standpunkte, und die Alternative, entweder auf objektiver oder auf subjektiver Seite Grund und Maß der staatlichen Strafthätigkeit zu suchen, erscheint von vornherein als ausgeschlossen. Beides liegt in der mehrfach erwähnten in das soziale Lebensgebiet eintretenden Wirksamkeit, und die allgemeinen Lehren von culpa und dolus, Täterschaft und Beihilfe, Versuch und Vollenbung haben zu ihrem eigentlichen Gegenstande lediglich Modalitäten dieser Wirksamkeit.
