Zeitschrift: Schweizerische Monatshefte für Politik und Kultur

Herausgeber: Genossenschaft zur Herausgabe der Schweizerischen Monatshefte

Band: 8 (1928-1929)

Heft: 11

Artikel: Der deutsche Entwurf zu einem Strafgesetzbuch in seiner historischen Bedeutung

Autor: Gerland, Heinrich B.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-156761

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

auch die Vorschläge für die Besetzung von Staatsämtern nicht an die Leute gebunden, die den besonderen Erziehungsgang durchlaufen haben.

Carey glaubt, daß ein solches System im Grunde genommen viel demokratischer wäre als unser heutiges. Geistesgaben und Charakter finden sich in allen Klassen, und die vorgesehene Ordnung böte gerade die Gewähr, daß alle Kinder, entsprechend ihrer Veranlagung, und ohne Rücksicht auf Reichtum und gesellschaftliche Stellung, die Möglichkeit angemessener Entwicklung hätten, wenn nötig auf Staatskosten. Gleichheit also nicht als blinder Grundsatz, sondern Gleichheit wo die Voraussetzungen gleich sind, Verschiedenheit aber wo sie ungleich sind, wie dies z. B. die Praxis zu Art. 4 unserer Bundesverfassung schon längst ergeben hat.

Der amerikanische Jurist hofft, auf diese Weise die auseinanderstrebenden Kräfte im Staat wieder zusammenfassen zu können. Die Staatsgeschäfte sind nicht mehr Männern in die Hände gelegt, die in erster Linie nur die Interessen von Bevölkerungsgruppen und Fraktionen im Auge haben, sondern Leuten anvertraut, die dazu erzogen sind, für alle Glieder der Gemeinschaft gleichermaßen zu denken und zu sorgen, und die Interessen der Gesamtheit vor allem zu fördern, deren Pflege ja überhaupt dem Staat und aller staatlichen Politik die erste Daseinsberechtigung gibt.

Dies der amerikanische Vorschlag, der gewiß in mancher Beziehung einleuchtend ist. Schon nur allein der Umstand, daß in der Schweiz ein System der Intelligenzprüfungen fehlt, eine Einrichtung, die in Amerika bereits einen bemerkenswerten Ausbau erfahren hat, macht eine entsprechende Anwendung des Gedankens auf unsere Verhältnisse wenigstens vorläufig sehr unwahrscheinlich. Die Reform an Haupt und Gliedern mag auch bei uns nicht so fürchterlich dringend sein. Trotzdem wird es, bei den bedauerlichen Erfahrungen, die auch wir in der Schweiz mit der demokratischen Regierungsform heute machen, nicht zu früh sein, die Wege abzuklären, die zu einem seinen Zwecken besser entsprechenden Funktionieren des staatlichen Organismus führen können.

Der deutsche Entwurf zu einem Strafgesetzbuch in seiner historischen Bedeutung.

Von **Heinrich B. Gerland**, Jena.

Wenn man den augenblicklich dem deutschen Reichstag vorliegenden Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch seinem Inhalt und seiner entwicklungsgeschichtlichen Bedeutung nach wirklich begreifen will, muß man auf die Geschichte der Reformbewegung der letzten Jahrzehnte zurückgreifen, und auch diese kann man nur dann verstehen, wenn man die Geschichte des geltenden Reichsstrafgesetzbuchs von 1870 in den Kreis der Betrachtungen zieht, eine Geschichte, bei der die großen Gegensätze

des 18. und 19. Jahrhunderts, des Jahrhunderts des Verwaltungsstaates und des Jahrhunderts des Rechtsstaates eine ausschlaggebende Rolle spielen.

Das Strafgesetzbuch von 1870 hat die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Partikularstrafgesetzbücher der nunmehr zur Einheit des Reiches zusammengefaßten Einzelländer im wesentlichen beseitigt. Unter diesen Partikulargesetzen stand schon mit Rücksicht auf die Größe des Staates das preußische Strafgesetzbuch von 1851 an erster Stelle. Auf dieses griff man daher bei der Ausarbeitung des Reichsstrafgesetzbuchs zurück, und man kann ohne allzu große Übertreibung sagen, daß das Reichsstrafgesetzbuch von 1870 nichts als eine Neubearbeitung des preußischen Strafgesetzbuchs von 1851 ist. Letzteres nun beruhte im wesentlichen auf französischem Recht, einmal weil die französische Gesetzgebung Napoleons I. sich überhaupt stärkster Beachtung erfreute, dann aber weil die rheinischen Juristen, in deren Gebiet das französische Recht trotz der Beseitigung der französischen Okkupation in Geltung geblieben war, auf das Gesetzgebungsrecht einen bestimmenden Einfluß ausübten. So beruht indirekt das Reichsstrafrecht auf französischem Recht, ja durch die Gesetzgebung von 1870 ist die Rezeption des französischen Strafrechts, die für Preußen bereits 1851 durchgeführt war, für das ganze Reich vollzogen worden. Denn der französische Ursprung des deutschen Strafrechts verrät sich in ihm durchgängig, vielleicht nicht so sehr in den Einzelheiten seiner Bestimmungen, wohl aber unzweifelhaft in den Grundideen, die das Recht als Ganzes beherrschen.[1])

Diese Grundideen einheitlich zu begreifen, ist daher die Aufgabe, wenn man das deutsche Strafrecht der Gegenwart einheitlich erfassen und damit denn auch bewerten will. Um dies aber tun zu können, muß auf die Bedeutung der Napoleon'schen Gesetzgebung eingegangen werden, die der letzteren innerhalb der kontinental-europäischen Rechtsgeschichte, namentlich in Hinblick auf West- und Mitteleuropa zukommt. Dabei ist davon auszugehen, daß das große Ziel der französischen Gesetzgebung Anfang des 19. Jahrhunderts war, die grundlegenden Gedanken des 18. Jahrhunderts, wie sie sich im Naturrecht rein kritisch entwickelt hatten, in feste Form zu bringen, und aus der Zeit der Kritik und des Naturrechtes in die Zeiten des festen positiven Rechtes hinüberzuführen. So steht das 18. Jahrhundert unter der Herrschaft der Kritik, das 19. Jahrhundert ist dagegen rein positivistisch, und der Kritizismus tritt nur noch in das Positive gewandt als reiner Historismus auf, nahe verwandt als Geistesrichtung dem Darwinismus, der ja in seiner letzten Bedeutung auch nur als ein auf die Naturwissenschaften bezogener Historismus bezeichnet werden kann.

So tritt das Recht des Code pénal in einen scharfen Gegensatz zu dem Strafrecht des ancien régime, der Zeit vor der französischen Re-

[1]) Die deutsche Rechtsgeschichte charakterisiert sich durch zwei große Rezeptionsperioden, die Rezeption des römischen Rechtes und die Rezeption des französischen Rechtes, welch letztere, vorbereitet durch die französischen Eroberungskriege unter Napoleon I., etwa in die Zeit von 1800—1870 fällt.

volution, und dieser Gegensatz beruht im wesentlichen auf der verschiedenen Einstellung zu der Grundfrage allen Verfassungslebens, zu der Frage nach dem Verhältnis des einzelnen zur Gesamtheit, zum Staat. Vor 1789 haben wir den absoluten Staat, der auch in seiner Ausgestaltung als aufgeklärter Despotismus das blieb, was er von Anfang an war: reiner Verwaltungsstaat mit rechtlich nur unzureichend gebundener Verwaltungswillkür. Dagegen tritt die große Bewegung der Aufklärungszeit auf, die, zunächst kritisch-theoretisch, dann politisch-praktisch die Willkür des Verwaltungsstaates bekämpft und, indem sie die Rechtssphäre des Einzelnen gegenüber der Staatswillkür festlegt, in der Forderung der unveräußerlichen Menschenrechte kulminiert. Der Sieg des Naturrechtes erfolgte in der französischen Revolution, und es leuchtet ein, daß somit die französische Revolution einen Kampf und Sieg des Individualismus für die Freiheit und gegen die Staatesgebundenheit des Individuums bedeutet. Man kann die Gegensätzlichkeiten, um die es sich handelt, nicht besser charakterisieren, als wenn man die beiden bekannten Sätze nebeneinanderstellt: den rein privatrechtlich gedachten, die Freiheit des Einzelnen bis auf das äußerste negierenden Satz Ludwigs XIV. L'Etat c'est moi, die These der französischen Revolution L'Etat c'est le tiers état, c'est le peuple. So wird der Verwaltungsstaat durch den Rechtsstaat ersetzt, dessen eigentliches Wesen darin besteht, daß er von der Unverletzlichkeit und dem Staat gegenüber durchgeführten Unabhängigkeit der Individualrechtsphäre ausgeht und Eingriffe in die letztere im allgemeinen nur auf Grund eines legitimierenden Rechtssatzes gestattet. So ist die letzte entscheidende Frage für die französische Strafgesetzgebung — so paradox dies auch klingen mag — nicht die rein kriminalistische Frage. Entscheidend steht im Hintergrund immer die staatsrechtlich-politische Frage mit all den Erwägungen, die sich als Konsequenzen aus ihr heraus ergeben. Schutz des Individuums vor Staatswillkür, nicht umgekehrt Schutz des Staates, d. h. doch der Gesamtheit vor Individualwillkür, d. h. vor Egoismus und Verbrechen, ist die Forderung des Tages. So erklärt sich der das Strafrecht von heute beherrschende Satz „nulla poena sine lege", der das Gewohnheitsrecht aus dem Strafrecht zu verdrängen versuchte. So wird für die einzelnen Fälle der Strafbarkeit der verbrecherische Tatbestand in minutiöser Weise festgelegt, und es werden die Strafen ihren Grenzen nach negativ wie positiv auf das genaueste bestimmt. Damit wird dann die richterliche Ermessensfreiheit, die man eben als Ermessensfreiheit prinzipiell ablehnt, auf das notwendigste Minimum reduziert. Dies Recht will nichts von Verwaltungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Verbrecher oder der gemeinschädlichen und gemeingefährlichen Persönlichkeiten wissen. Überall treffen wir das Bestreben, die allgemeine Gerechtigkeit der Entscheidung nicht unter der Bewegungsfreiheit der Gerichte leiden zu lassen. Das Strafrecht setzt sich zusammen aus einer Summe nur zu leicht starrer, aus der Erfahrung des Lebens heraus abstrahierter typischer, an die Gesetzesform gebundener Rechtssätze, die infolge ihrer Inflexibilität den bunten Möglichkeiten des Lebens kaum gewachsen waren, die aber stets zur wich-

tigsten, wenn auch rein negativen Funktion die Aufgabe hatten, den Staatsbürger unter allen Umständen vor der Willkür des Staates, d. h. der staatlichen Organe und Behörden zu schützen. Mögen natürlich auch bestimmte strafrechtliche Vorstellungen und Zweckideen für die Ausgestaltung des Strafrechts im einzelnen mit maßgebend gewesen sein: entwicklungsgeschichtlich betrachtet liegt die historische Bedeutung des Code pénal in seinem Kampf für die Rechtsstaatsidee. Er beseitigt das Verwaltungsstrafrecht und ersetzt es durch das Strafrecht des Rechtsstaates. Und auch die Strafrechtstheorien der Zeit sind oft nur bemüht, das auch kriminalpolitisch zu begründen, was man staatspolitisch verlangte.

Wenn sich nun so das Reichsstrafgesetzbuch auf dem Umweg über das preußische Strafgesetzbuch dem Code pénal angeschlossen hat, so geschah dies in einer Zeit, in der die Wissenschaft der Kriminalpolitik eigentlich über den starren Typicismus des Code pénal schon hinausgekommen war. Dieser Wandel war nicht erstaunlich. Denn jene einseitige politische Einstellung, die nur an den Schutz des Individuums dachte, war bereits überholt und machte immer mehr Platz einer neuen Auffassung, die im strikten Gegensatz zu der Auffassung des 18. Jahrhunderts nicht mehr vom Recht, damit vom Schutz des Individuums ausging, sondern in erster Linie seine Pflicht, seine staatliche Unterordnung und damit in durchaus sozialer Auffassung die Staatengebundenheit des Individuums betonte. Der Liberalismus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts erstarrte in der Manchesterlehre des „Laisser faire laisser aller“ und führte zu einer Reaktion, zu einer Umstellung der staatspolitischen Auffassung, die nunmehr das Verhältnis des Individuums zum Staat in seiner Gebundenheit und Verpflichtung dem Staat oder, sagen wir, der Gesamtheit gegenüber bestimmte. Ihren radikalsten Ausdruck fand diese Richtung im Marxismus, deren konsequenteste Vertreter das Individuum nur als Mitglied, als Teil der Gesamtheit betrachten und von einer Atomisierung der Gesellschaft, wie sie aus den naturrechtlichen Erwägungen des 18. Jahrhunderts hervorgegangen ist, zu einer Sozialisierung der Einzelnen kommen, auf die ein abermaliger Rückschlag nach der anderen Richtung sicher nicht ausbleiben wird.[2]) In Deutschland machte sich aber das Eindringen der neuen Auffassung namentlich in der großen Sozialgesetzgebung Bismarcks bemerkbar, in der die Stellung des Individuums zum Staat ganz anders aufgefaßt wurde, als dies der Fall war in dem noch ganz von alten Vorstellungen beherrschten Strafrecht des Rechtsstaates, als welches wir das Recht des Reichsstrafgesetzbuchs kennen gelernt haben.

Jedes Strafrecht ist sekundäres Recht. Zum Schutz berufen für

[2]) Am weitestgehenden zeigt sich diese Tendenz in den Experimenten der bolschewistischen Pädagogik, den Individualmenschen in einen Kollektivmenschen umzuwandeln. Daß derartige Absurditäten nur zu einer völligen Verflachung der Erziehung führen, ist klar. Denn der Kollektivmensch ist in Wahrheit immer nur der uniforme Mensch, da er dem Willen und dem Gefühl nach stets das bleiben muß, wozu ihn die Natur geschaffen hat: Individuum.

die außerhalb seiner Bestimmungen existenten Rechtsgüter und Rechtseinrichtungen, hat es gegenüber den jene Rechtseinrichtungen u. s. w. schaffenden Rechtsnormen nur abgeleitete Bedeutung. Hieraus begreift sich, daß Entwicklungen, die das materielle Rechtsleben der Zeit in ihren Fundamenten ergreifen, sich in den sekundären Teilen des Rechtes, dem Strafrecht, nur später, meist auch nur langsam durchzusetzen vermögen. So ist es denn auch nicht weiter erstaunlich, daß der große Kampf zwischen Individualismus und Sozialismus (das Wort nicht in politischem Sinn gebraucht), individueller Freiheit und individueller Staatsgebundenheit auf dem Gebiet des Strafrechts in Deutschland erst in einer verhältnismäßig späten Zeit durchgeführt ist. Ja, man ist doch wohl berechtigt, zu sagen, daß den neuen Auffassungen der Sieg erst wurde, da die Revolution für Staatengebundenheit, als welche sich die Revolution unserer Zeit im klaren Gegensatz zu der französischen Revolution des 18. Jahrhunderts als einer Revolution gegen Staatengebundenheit darstellt, die Voraussetzungen geschaffen hatte, um ein wirklich neues Strafrecht zu schaffen. Wenn man die in Deutschland vor 1914 angefertigten Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch mit den Entwürfen nach 1918 vergleicht, wird man nicht nur Unterschiede im Einzelnen, sondern in der Gesamtauffassung unschwer feststellen können.

Literarisch freilich setzte die Reformbewegung, die jetzt zum Abschluß gebracht werden soll, schon frühzeitig ein und zwar, wie hervorgehoben zu werden verdient, wenn es auch nach dem Ausgeführten nicht weiter befremdlich ist, nicht nur in Deutschland. Von Anfang an handelte es sich um eine kontinental-europäische Bewegung, die sich wie in Deutschland in der Schweiz, in Italien, Belgien, Holland, Frankreich, Österreich und anderen Staaten lebhaft bemerkbar machte. An ihrer Spitze stand von Anfang an als Führer über die Grenzen seines Vaterlandes wirkend der bekannte Berliner Kriminalist Franz v. Liszt, der zu den eigenartigsten und hervorragendsten Persönlichkeiten der Strafrechtswissenschaft aller Zeiten gerechnet werden muß. Liszt setzte in seinem Kampf gegen das Alte an dem entscheidenden Punkt ein. Er warf dem geltenden Recht vor, daß es, in starren Vergeltungsgedanken befangen, die eigentlichen Grundgedanken jedes Strafrechts außer Acht gelassen habe, daß es der Zweck sei, der das Recht gestalte, der Zweck, der, da es sich im Recht um soziale Funktionen handle, nur im Schutz der Gesellschaft gefunden werden könne. Nur das Strafrecht sei daher erträglich, das diesen Zweck wenigstens annähernd erfüllen könne. Schlecht aber sei das Recht des Reichsstrafgesetzbuches, da es den Schutz der Gesellschaft nicht erreiche, wie die Statistik der immer ansteigenden Kriminalität beweise. Liszt tadelt im geltenden Recht, daß das Gesetz nur Gewicht lege auf die äußere Tat und den Richter, von dem Gedanken einer doch nur formalen Gerechtigkeit ausgehend, in starre, eng begrenzte Strafrahmen presse und ihm daher nicht diejenige Bewegungsfreiheit lasse, die erforderlich sei, solle das Strafurteil dem Einzelfall gerecht werden können. So wendet sich Liszt, von dem Satz

ausgehend, daß nicht die Tat, sondern der Täter zu strafen sei, gegen den Typicismus und den Objektivismus des geltenden Rechts und stellt dementsprechend seine Forderung auf: möglichst weitgehende Ermessensfreiheit des Richters, unbestimmtes Strafurteil, wonach der Richter nur zur Strafe schlechthin verurteilen soll, während ihr Inhalt, ihre Dauer durch den Vollstreckungsbeamten festgesetzt wird, und was dergleichen mehr. Aber — und hierin liegt ein weiterer entscheidender Schritt, den Liszt tut — durch die Strafe allein kann das große Ziel, Verhütung von Verbrechen, nicht erreicht werden. Gibt es doch im sozialen Leben unendlich viel schädliche Persönlichkeiten, auf die die Strafe keinerlei psychische Wirkungen mehr ausübt, ja nach der ganzen Psyche der in Betracht kommenden Personen auch gar nicht mehr ausüben kann. Hierher gehören gemeingefährliche Geisteskranke, Alkoholisten, Kokainisten, hierher gehört aber auch der Gewohnheitsverbrecher, dem das Übertreten der Strafrechtsnorm, damit der sozialen Ordnung zur Gewohnheit geworden ist, von dem ihn auch die schärfste Strafe nicht mehr abzuhalten vermag. Versagt aber die Strafe, muß andererseits der Staat seiner Selbsterhaltung willen auch diese Auswüchse des Individual- und Soziallebens im Sozialinteresse bekämpfen, ja soweit er nur irgend kann, verhindern, so ergibt sich die Notwendigkeit, das eigentliche Strafrecht durch eine Reihe von Verwaltungsmöglichkeiten zu ergänzen, die unter dem einheitlichen Begriff der sichernden Maßnahmen zusammengefaßt werden können. Danach soll zwangsweise Behandlung des Alkoholisten, zwangsweise Internierung des gemeingefährlichen Geisteskranken, namentlich aber auch Sicherungsverwahrung des Gewohnheitsverbrechers zulässig sein. Und es leuchtet ein, daß alle hier einschlägigen Maßnahmen nichts mit der Strafe im Rechtssinn gemein haben, daß sie vielmehr reine Verwaltungsmaßnahmen sind, mag sie auch der Betroffene noch so sehr als Übel betrachten.

Die Forderungen von Liszt haben in der deutschen, ja in der europäischen Öffentlichkeit das lebhafteste Echo gefunden. Sie trafen sich in vielen Punkten mit Gedanken, wie sie in Italien etwa (allerdings in besonders radikaler Weise) von Ferri, in Holland von van Hamel vertreten wurden. Die Anhänger seiner Ideen, als moderne oder soziologische Schule namentlich in der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung organisiert, führten den rechtspolitischen Kampf mit zunehmender Heftigkeit. Daß gegen sie auch das alte Strafrecht in seiner grundsätzlichen Einstellung seine warmen Verteidiger fand, ist nicht erstaunlich, ist umso weniger erstaunlich, wenn man bedenkt, daß es sich bei den gegenüberstehenden Auffassungen, wie ich nachgewiesen zu haben glaube, um den uralten, die Geschichte, namentlich die Rechtsgeschichte der Menschheit immer wieder bestimmenden Gegensatz von Individualismus und Sozialismus handelt. Daß aber die Gegnerschaft Liszts den Kampf mit Schärfe aufnahm — an der Spitze der Gegner stand der große deutsche Kriminalist Karl Binding —, erklärt sich ohne weiteres aus der Schärfe und Konsequenz, mit der Liszt seine Gedanken vertrat. Er war in der Tat nur zu bereit, die die Freiheit des Einzelnen

schützenden Grundgedanken des Rechtsstaates, wie sie das 18. und 19. Jahrhundert herausgearbeitet hatte, seinen Zweckerwägungen zu opfern. Denn jede Erweiterung der Bewegungsfreiheit des Richters führt, wie doch gar nicht geleugnet werden kann, zu einer Beschränkung der Rechtsgarantien der Individualsphäre. Und wenn auch Liszt nicht etwa die alte Verwaltungswillkür abhängiger Verwaltungsorgane wiederherstellen wollte, wenn er auch den unabhängigen Gerichten die maßgebenden Entscheidungen übertragen wollte (übrigens nicht immer, wie auch hervorgehoben zu werden verdient), so war letzten Endes das Entscheidende doch das, daß die Freiheit der Staatsorgane, damit denn ihre Willkür oder sagen wir euphemistisch ihr freies Ermessen erweitert werden sollte, und gerade das sollte ja durch die Grundsätze des Rechtsstaates verhindert werden. Verwaltungswillkür sollte mithin durch Gerichtswillkür ersetzt werden, aber auch diese ist und bleibt Willkür. Und der strafrechtlich tiefste Gedanke des Rechtsstaates, den Liszt selbst einmal in die Worte gekleidet hat, das Strafgesetz sei die magna charta des Verbrechers, wurde von ihm selbst immer mehr in den Hintergrund gedrängt. Wo auch blieb die magna charta, wenn der Gewohnheitsverbrecher, dessen Begriff und Persönlichkeit so unendlich schwer festzulegen ist, bis zur Besserung, d. h. unter Umständen bis auf Lebenszeit in Sicherungsverwahrung genommen werden konnte, wenn die Ermessensfreiheit des Richters so weit ausgedehnt werden sollte, daß ihm schließlich alle Strafmöglichkeiten eines damit inhaltlich unbestimmt gewordenen Strafgesetzes zur Verfügung standen?

Allein wenn die Gegner Liszts auch zunächst als sogenannte klassische Schule den Kampf lebhaft führten, so zeigte sich bald, daß sie, von den Tatsachen des Lebens überzeugt, den Forderungen der Neuzeit sehr weitgehend entgegenzukommen bereit waren. Und schließlich war ihr Kampf mehr ein Kampf gegen Übertreibungen als ein Kampf um Grundsätze. Auch die klassische Schule wollte die Reform, auch sie hielt das Reichsstrafgesetzbuch von 1870 für überholt und veraltet. Aber doch stand sie zu Liszt noch in einem prinzipiellen Gegensatz: Liszt ging, wie wir gesehen haben, von der Behauptung aus, daß der Einzelfall der typischen Regelung spotte, er kam infolgedessen zur Ausdehnung der richterlichen Ermessensfreiheit bis zur letzten Konsequenz. Er lehnte mithin die aus der Erfahrung gewonnene typische Regelung im Strafrecht ab und kam zu einer Ausdehnung der Strafrahmen, die schließlich, indem sie dem Richter immer weitere Strafrahmen zur Verfügung stellte, zu einer Sprengung der typischen, damit bestimmten Regel und so denn doch zum unbestimmten, d. h. in Wahrheit variablen Strafgesetz führte. Die klassische Schule ging dagegen von der meines Ermessens zutreffenden psychologischen Grundannahme aus, daß die Menschen im allgemeinen psychisch keineswegs sehr unterschiedlich voneinander sind, sondern vielmehr bei weitgehender psychischer Homogenität auf bestimmte äußere Einwirkung, so auf die von den sozialen Werturteilen der Zeit bestimmte Strafe gleichmäßig reagieren. Da der

Charakter der Menschen somit auch im Einzelverbrechen typisch in die Erscheinung tritt, kann man — dies die Konsequenz der Prämisse, von der man ausging — aus dem Verbrechen auf den Verbrecher schließen und infolgedessen für das Verbrechen die typische Strafregel aufstellen. Muß nun auch das Gesetz in Hinblick auf die Variabilität des Einzelfalles dem Richter eine gewisse Bewegungsfreiheit gewähren, namentlich mit Hinblick auf die in den Einzelfällen differierende Intensität des verbrecherischen Willens, so darf diese Freiheit doch nur eine beschränkte bleiben. Und es muß grundsätzlich an der typischen Regelung festgehalten werden, da die atypische Norm die Gerechtigkeit niemals verbürgt.

Gewiß ist man in den beiden Lagern über diese den verschiedenen Ansichten immanente Differenzierung nicht völlig klar geworden, ja selbst die Frage, was denn eigentlich der grundlegende Unterschied zwischen den beiden Schulen sei, ist lebhaft umstritten worden. Und doch dürfte er darin zu sehen sein, daß die moderne Schule individualistisch das Strafmaß vom Einzelfall aus, die klassische Schule dagegen aus der Erfahrung heraus typicistisch zu bestimmen versucht.

Dieser literarischen Bewegung gegenüber, die übrigens bald auch eine gewisse politische Färbung erhielt, konnte sich der deutsche Gesetzgeber nicht untätig verhalten, umso weniger als ja die Unzulänglichkeiten des geltenden Rechtes, übrigens auch in vielen technischen Einzelfragen, von allen Seiten zugegeben wurden. Früh setzten denn bereits die Versuche ein, zu einer durchgreifenden Strafrechtsreform zu gelangen. Es wäre nun sicher nicht ohne Interesse, die Stellungnahme der in der Zwischenzeit veröffentlichten verschiedenen Entwürfe, teils privater, teils mehr oder weniger offizieller Natur zu den zwei im Vorstehenden geschilderten Fragenkomplexen kennen zu lernen, da die Entwicklungslinie, die zwischen ihnen läuft, historisch von Bedeutung ist.[3]) Allein der mir

[3]) Um den Schweizer Leser dieser Zeitschrift zu informieren, mag darüber nur kurz folgendes mitgeteilt werden. Das deutsche Reichsjustizministerium hat die Reform seit etwa 1900 in umfassender Weise vorbereitet und zwar zunächst in mehr theoretischer Weise. Auf seine Veranlassung erschien von 1906 ab die groß angelegte Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, ein Werk, das in 16 Bänden eine rechtsvergleichende Darstellung der Strafgesetze aller Kulturstaaten enthält, auf die die deutsche Strafrechtswissenschaft mit berechtigtem Stolz blicken kann. Schon 1909 erschien der erste Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, der sog. Kommissionsentwurf. Anhänger beider Richtungen vereinigten sich dann in gemeinsamer Arbeit und veröffentlichten 1911 als rein private Arbeit den sogenannten Gegenentwurf. Eine vom Reichsjustizministerium einberufene Sachverständigenkommission arbeitete einen neuen Entwurf aus, den Entwurf 1913. Dieser Entwurf wurde nach dem Krieg umgearbeitet; aus der Arbeit ging ein neuer Entwurf hervor, der Entwurf 1919. Auch dieser wurde im Reichsjustizministerium erneut überarbeitet. 1925 legte die Reichsregierung als endgültige Vorlage den Entwurf 1925 dem Reichsrat zur Beschlußfassung vor. Vielfach umgeändert ging der Entwurf vom Reichsrat als Reichstagsvorlage der Regierung (Entwurf 1927) an den Reichstag und wird hier soeben von einem Ausschuß durchberaten. Der Entwurf 1927 soll gleichzeitig vom österreichischen Parlament für Österreich verabschiedet werden, sodaß auf dem Gebiet des Strafrechts übereinstimmendes Recht für Deutschland und Österreich geschaffen werden soll.

zur Verfügung stehende beschränkte Raum verbietet dies. So kann nur die Vorlage zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch, die augenblicklich den deutschen Reichstag beschäftigt, und von diesem hoffentlich noch in diesem Jahr verabschiedet wird, geprüft werden auf die Frage, inwieweit sich in ihr die Gedanken der Reform durchgesetzt haben, inwieweit sie noch auf dem Boden der Gedanken des Rechtsstaates und des Typicismus der Strafdrohungen steht.

Wenn man nun den Entwurf 1927 zunächst mehr äußerlich ins Auge faßt, so scheint sich nicht allzuviel geändert zu haben. Der Entwurf geht von dem an die Spitze der Bestimmungen gestellten Grundsatz aus: Nulla poena sine lege. An feste Tatbestände werden feste Strafen geknüpft, wobei wie im geltenden Recht die Strafrahmen nicht allzu selten an Minimal- und Maximalgrenzen gebunden sind, die der Entwurf als solche festlegt. Allein man darf sich hierdurch nicht über die fundamentalen Änderungen täuschen lassen, die der Entwurf einführen will: sie bestehen einmal in einer fast schrankenlosen Erweiterung der richterlichen Ermessensfreiheit, ferner in einem ganzen System von Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen, durch die das eigentliche Strafrecht ergänzt wird.

Fassen wir die letzteren zunächst ins Auge, so interessieren hier nur die Maßnahmen, durch die die Freiheit des Einzelnen beschränkt werden kann, Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt, in eine Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt und in ein Arbeitshaus, endlich die sogenannte Sicherungsverwahrung. Was die drei ersten Arten der Sicherungsverwahrung anbelangt, so erhält das Strafgericht nur das Recht, die Unterbringung in eine Anstalt oder im Arbeitshaus anzuordnen.[4]) Die gerichtliche Zulässigkeitserklärung mithin bindet die Verwaltungsbehörde, die ihrerseits verpflichtet ist, die Entscheidung des Gerichtes auszuführen. Die Unterbringung selbst hat nur solange zu dauern, als es ihr Zweck erfordert, eine Frage, die lediglich von der Verwaltungsbehörde beantwortet wird. Zeitliche Limitierungen der Unterbringung treffen wir nur bei Unterbringung in eine Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt und bei Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt, in die ein Minderjähriger an Stelle des Arbeitshauses untergebracht werden kann. Zeitlich limitiert ist dagegen bei Arbeitshaus die Unterbringung nur bei erstmaliger Überweisung, sonst also nicht. Es kann mithin der Arbeitshäusler auf Lebenszeit interniert werden, und es hat das Gericht nur von drei zu drei Jahren nachzuprüfen, ob die Voraussetzungen der Unterbringung noch gegeben sind. Diese sind Erforderlichkeit des Arbeitshauses, um den Inhaftierten zur Arbeit anzuhalten und an ein geordnetes Leben zu gewöhnen. Da nun auf Zulässigkeit zum Arbeitshaus bei Betteln aus Arbeitsscheu oder Liederlichkeit, bei Ausschicken von Kindern und Jugendlichen zum Betteln,

[4]) Der Entwurf verlieh dem Gericht nur das Recht, die Unterwerfung für zulässig zu erklären. Die letzte Entscheidung lag mithin bei den Verwaltungsbehörden. Der Ausschuß des Reichstages hat die Entscheidung dagegen dem Gericht übertragen.

beim Landstreichen und bei gewissen Tatbeständen der Prostitution erkannt werden kann, so ergibt sich, daß Bettler, Müßiggänger, Landstreicher und Prostituierte auf Lebenszeit interniert werden können, ohne daß sie, außer in zwei Fällen, sich krimineller Handlungen schuldig gemacht haben müssen.

Anders liegen die Dinge bei der Sicherungsverwahrung. Hier steht die Anordnung der Verwahrung nur dem Gericht zu. Es spricht nicht nur die Zulässigkeit der Verwahrung aus, sondern erkennt auf Verwahrung, wie denn auch niemand aus der Sicherungsverwahrung ohne Zustimmung des Gerichts entlassen werden kann. Die Verwaltungsbehörde ist dem Gericht gegenüber gebunden, und nur insofern ist auch ihre Entscheidung maßgebend, als das Gericht nicht ohne weiteres den Verwahrten aus der Sicherungshaft entlassen kann, sondern nur auf Antrag der Verwaltungsbehörde hin. Andererseits aber muß das Gericht, wenn auch eine zeitliche Limitierung der Sicherungsverwahrung nicht erfolgt ist, von drei zu drei Jahren nachprüfen, ob die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung noch gegeben sind. Diese Voraussetzungen aber sind folgende: es muß sich um einen für die öffentliche Sicherheit gefährlichen Gewohnheitsverbrecher handeln, der schon einmal zum Tod oder zu Zuchthaus verurteilt war, außerdem aber mindestens noch wegen einer anderen vorsätzlichen strafbaren Handlung zum Tod oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt war, und der nunmehr erneut zu Freiheitsstrafe verurteilt wird. Es kann mithin schon nach zweimaliger Vorbestrafung, von denen die eine nur eine ganz geringfügige zu sein braucht (sechs Monate Gefängnis), die Sicherungsverwahrung in Verbindung mit einer dritten Freiheitsstrafe, die wiederum keineswegs schwer zu sein braucht, verhängt werden, und es kann diese Sicherungsverwahrung nach Ermessen des Gerichtes bis zur lebenslänglichen Internierung ausgedehnt werden. Allerdings ist Voraussetzung, daß aus der neuen Tat in Verbindung mit den früheren Taten hervorgeht, daß der Täter ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Allein daß das Gericht schon nach zwei Vorstrafen einen Verbrecher als Gewohnheitsverbrecher charakterisieren kann, wobei es sein Urteil nach freiem, durch nichts gebundenen Ermessen zu fällen hat, beweist eine Energie des Gesetzgebers in seinem Vorgehen gegen sogenannte Gewohnheitsverbrecher, die nicht gut mehr übertroffen werden kann. In Wahrheit ist mit der Sicherungsverwahrung das unbestimmte Strafurteil, das wir weiter oben als eine der Hauptforderungen Liszts kennen gelernt haben, in dem Entwurf zur Durchführung gelangt, wenn auch in der verschleierten Form der Sicherungsmaßnahmen. Denn der Richter spricht nicht mehr eine Internierung auf Zeit, sondern auf unbestimmte Zeit aus, und die Zweckmäßigkeit, nicht das Gesetz bestimmt die Dauer der Freiheitsentziehung. Beachtet man aber des ferneren, daß der Entwurf in Hinblick auf den administrativen Charakter der Sicherungsmaßnahmen auf sie den Grundsatz, daß Strafgesetze keine rückwirkende Kraft haben, nicht zur Anwendung bringt, so sieht man des ferneren, wie weitgehend die Bestimmungen über die Sicherungs-

maßnahmen auch den Grundsatz nulla poena sine lege influenziert, wenn nicht gar aufgehoben haben. Denn es ist doch schließlich ein Spiel mit Worten, wenn man lebenslängliche Internierung als Sicherungsmaßnahme, nicht aber als Strafe bezeichnet. Vom Standpunkt des Internierten wird sie immer Strafe und zwar schärfste Strafe bleiben. Daß endlich der Entwurf die Möglichkeit der lebenslänglichen Internierung schon bei der dritten Bestrafung zuläßt, ist eine geradezu drakonische Maßnahme, die umso bedenklicher erscheinen muß, als sie an einen so vag gehaltenen Tatbestand anknüpft, wie wir ihn in der Gemeingefährlichkeit des Verbrechers kennen gelernt haben. Dem Rechtsstaatsgedanken mit seinem Schutz der persönlichen Freiheit dürften jedenfalls die Vorschläge des Entwurfes kaum mehr entsprechen. Tatsächlich wird die Freiheit des einzelnen im weitestgehenden Maße in das freie richterliche Ermessen gestellt.

Damit kommen wir zu der zweiten Frage, die uns beschäftigt, der Frage, deren Beantwortung dem Entwurf das entscheidende Gepräge verliehen hat, der Frage der Ausdehnung der richterlichen Ermessensfreiheit. Der Entwurf erweitert sie außerordentlich stark. Einmal hat er die im speziellen Teil angedrohten Strafrahmen für die einzelnen Verbrechen wesentlich erweitert, namentlich dadurch, daß er mit dem Prinzip der erhöhten Strafminima weitgehend gebrochen hat, und so dem Richter in der einzelnen Strafart die Bewegung von der minimalen Möglichkeit bis zu dem festgelegten Strafmaximum einräumt. Des weiteren hat der Entwurf die einzelnen Tatbestände relativ und nicht absolut bestimmt. Das heißt, daß er in den Tatbestand Tatbestandsmerkmale aufgenommen hat, deren Festlegung durch freie Bewertung des Richters erfolgt, sodaß die Tatbestandsbestimmung in Wahrheit durch das Gericht, nicht durch das Gesetz erfolgt. Als Beispiel mag wieder auf den Begriff des Gewohnheitsverbrechers hingewiesen werden. Ferner kann in allen Fällen das Gericht bei der Strafbemessung von den gewöhnlichen Strafdrohungen abweichen und im Falle mildernder Umstände auf mildere Strafe erkennen, eine Möglichkeit, die übrigens auch noch in einer Reihe vom Entwurf ausdrücklich hervorgehobener Fälle (geminderte Zurechnungsfähigkeit, unentschuldbarer Rechtsirrtum, Versuch, Beihilfe u. s. w.) dem Gericht verliehen ist. Die Möglichkeit nun, auf diese Weise die Strafe zu mildern, ist sehr weit gefaßt. An Stelle von Todesstrafe tritt lebenslängliche oder zeitliche Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren, an Stelle von lebenslänglicher Freiheitsstrafe eine solche nicht unter drei Jahren. Bei zeitlicher Freiheitsstrafe darf höchstens auf drei Viertel des angedrohten Höchstmaßes, bei erhöhtem Mindestmaß auf das gesetzliche Mindestmaß erkannt werden. An Stelle von zeitlicher Zuchthausstrafe kann auf Gefängnis nicht unter drei Monaten, bei zeitlicher Einschließung bei Verbrechen auf mindestens drei Monate Einschließung erkannt werden. Bei Vergehen kann das Gericht an Stelle einer Freiheitsstrafe von höchstens drei Monaten auf Geldstrafe erkennen, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann. In besonders leichten Fällen, die allerdings

besonders als solche vom Gesetz bezeichnet werden müssen, kann das Gericht ganz von Strafe absehen. Das Verhältnis der Freiheitsstrafen untereinander ist dabei zum Teil auch noch ganz relativ bestimmt. Jedenfalls stehen Zuchthaus und Gefängnis auf der einen Seite der Einschließung auf der anderen Seite wohlberechtigt gegenüber. In allen Fällen, in denen Zuchthaus und Gefängnis angedroht sind, kann auf Einschließung erkannt werden, aber nur dann, wenn der Täter ausschließlich aus achtenswerten Beweggründen gehandelt hat, und die Tat nicht schon wegen der Art ihrer Ausführung oder wegen der vom Täter verschuldeten Folgen besonders verwerflich ist, eine Bestimmung, die übrigens wiederum alles vom freien Werturteil des Gerichts abhängig macht. So entsteht eine Weite des Strafrahmens, die diesen geradezu sprengt. Strafrahmen von vielen Milliarden Strafgrößen sind nach dem Recht des Entwurfs keine Seltenheit mehr. Und es besteht mithin eine solche Unbestimmtheit der Strafdrohungen, daß von hier bis zum unbestimmten Strafgesetz doch nur ein Schritt und nicht einmal ein allzu großer Schritt ist. In Wahrheit tritt uns das unbestimmte Strafgesetz abgeschwächt und verschleiert, aber doch funktionell erkennbar, schon in dem vorliegenden Entwurf entgegen.

Es ist hier nicht die Stelle, zu den nur ganz kurz skizzierten Grundgedanken des Entwurfes, die wir in die beiden zu Eingang entwickelten Richtungen hin verfolgt haben, kritisch Stellung zu nehmen. Sollte das geschehen, so könnte ich mich nur auf das Bestimmteste gegen die jedes Maß übersteigende Ausdehnung der richterlichen Ermessensfreiheit aussprechen, da Willkür auch vom Gericht geübt Willkür bleibt und als solche niemals Vertrauen erweckt. Ich müßte mich andererseits für den Entwurf aussprechen, soweit er das Strafensystem des geltenden Rechts ergänzt durch ein System sichernder Maßnahmen, bei dem allerdings Übertreibungen an sich richtiger Gedanken nicht vermieden sind. Aber nicht auf Kritik kommt es uns an. Wir wollten den Entwurf in seiner Stellungnahme zu den großen entwicklungsgeschichtlichen Problemen der Gegenwart kennen lernen, und ihn so entwicklungsgeschichtlich einreihen. Und da müssen wir feststellen: in dem Kampf der soziologischen und der klassischen Schule hat der Entwurf offen Farbe bekannt. Er ist kein Kompromiß. In ihm verkörpert sich der Sieg der neuen Richtung in unzweideutiger Weise. Er steht nicht mehr auf dem Boden der alten Rechtsstaatsidee, denn er faßt die Stellung des Individuums zum Staat in erster Linie unter dem Gesichtswinkel der Pflicht, der Staatengebundenheit, nicht aber des Schutzes der persönlichen Freiheit auf. Er bricht ferner, indem er die richterliche Ermessensfreiheit bis ins Ungemessene steigert, mit dem Gedanken der Typicität im Recht und versucht, rein individualistisch, den einzelnen Fall zum Gesetz seiner selbst zu machen. So vertritt der Entwurf einseitig Gedanken, die einen Bruch mit dem alten Recht, nicht seine Fortentwicklung bedeuten. Ob er allerdings Aussicht hat, so lange in Gültigkeit zu bleiben, wie das alte Strafgesetzbuch, ist eine Frage, die man kaum ohne weiteres

wird bejahen können. Einseitigkeiten rächen sich früher oder später immer, da sie zu Gegenstößen führen. Und die Freiheit des Individuums ist denn doch eine derart elementare Tatsache alles soziologischen Lebens, daß sie zu ignorieren oder auch nur zu vernachlässigen, einer Gesetzgebung für längere Zeit kaum je gelingen dürfte.

Der Schutz des Staates gegen landesverräterische Umtriebe.

Zu der von Dr. Eugen Curti im Dezemberheft gemachten Anregung einer Änderung der Artikel 55 und 56 der Bundesverfassung sind uns nachfolgende Meinungsäußerungen zugekommen.

Die Schriftleitung.

I.

Mit der im Dezemberheft der „Monatshefte" veröffentlichten Anregung möchte H. Eugen Curti Handlungen entgegentreten, die die äußere oder innere Sicherheit des Staates gefährden, namentlich Handlungen von Ausländern in der Schweiz. Vom juristischen Standpunkt aus möchte ich hiezu folgendes bemerken:

Um staatsgefährliche Handlungen zu unterdrücken, genügt es nicht, den verfassungsrechtlichen Schutz, unter dem sie stehen, aufzuheben, z. B. die Preßfreiheit oder das Vereinsrecht; die Handlung muß auch noch verboten werden.

Wie ein solches Verbot zu erlassen ist, auf dem Wege der Gesetzgebung oder bloß durch die Regierung, als Verordnung oder Verfügung, soll gleich noch erörtert werden. Angenommen aber, die Handlungen seien verboten worden, so kann das Verbot in zweifacher Weise durchgeführt werden: entweder dadurch, daß die verbotenen Handlungen durch die Verwaltungsbehörde mit Zwang unterdrückt werden oder dadurch, daß derjenige, der es übertritt, bestraft wird. Daß die vollziehende Behörde eine Handlung, welche durch zwingende Vorschrift im öffentlichen Interesse verboten worden ist, zwangsweise verhindern muß, ist selbstverständlich; das gehört zur Aufgabe der Gesetzesvollziehung. Weniger selbstverständlich ist es aber, daß der Übertreter des Verbotes bestraft werden kann; denn Maß und Art der Strafe sind mit dem grundsätzlichen Verbot noch nicht gegeben, wie die administrative Verhütung der Übertretung; sie müssen erst durch Gesetz bestimmt werden.

H. Curti sieht nun kein Ausführungsgesetz vor; er möchte den Bund, d. h. den Bundesrat durch einen Zusatz zu Art. 55 B.-V. ermächtigen, Preßerzeugnisse, durch welche die äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährdet werden, zu unterdrücken. Wenn dieser Zusatz in die B.-V. aufgenommen wird, ist es in der Tat außer Zweifel, daß derartige Veröffentlichungen nicht nur verboten sind, sondern auch, daß