

System des deutschen Strafrechts (1855)

§. 3.

In allen seinen Formen ist jedoch das Unrecht das *in sich selbst Nichtige*, weil es der Begriff des Rechts ist, das unbedingte Wesen aller in die äußere Existenz fallenden Verhältnisse zu sein, hiegegen aber der Begriff des Unrechts ein bloßer Schein, mithin ein sich selbst Aufhebendes und sein Gegentheil Forderndes ist. Diese Forderung gestaltet sich aber verschieden nach den Stufen des Unrechts. 1) Das erste bloß mögliche Unrecht kann eben insofern nicht Gegenstand einer Wiederaufhebung sein, sondern nur die Thätigkeit des *Schutzes* und der *Vorbeugung* gegen sich hervorrufen (Sicherheitspolizei).

2) Dagegen ist nun das bürgerliche Unrecht ein bereits in die Wirklichkeit getretenes und darum wieder aufzuhebendes. Da es jedoch seine Existenz nicht im Willen, sondern nur in der Sphäre des äußeren Daseins hat, so genügt seine Wiederaufhebung in dieser Sphäre, welche sich als *Vergütung des gestiften Schadens* vollzieht (bürgerliche Rechtspflege). 3) Auch das peinliche Unrecht kann einen solchen äußeren Schaden stiftten, der vergüttet werden muß. Allein hier genügt es an dieser Entschädigung nicht. Da vielmehr dieses Unrecht seine Existenz wesentlich im Willen hat, so fordert es seine *Wiederaufhebung auch in dieser Sphäre* (Strafrechtspflege). N.Rev. S. 32-37.

Das abstrakte Wesen des polizeilichen Unrechts ist von seinem Hervortreten im Staate, womit die Polizeistrafgerichtsbarkeit zusammenhängt, wohl zu unterscheiden ... - Das Verhältniß der neueren deutschen Gesetzgebungen zu dem §. 1 aufgestellten Begriff ist als ein allmälig sich annäherndes zu bezeichnen, da man immer mehr einsieht, daß der noch im Anf. dieses Jahrhunderts herrschend gewesene, vornämlich nur vom Privatrechte abgezogene und höchstens durch Fiktionen ausgedehnte Rechtsbegriff ein zu enger ist, der innerlich und äußerlich erweitert werden muß. Ältere Rechtsquellen enthielten hier oft in ihrer Unbefangenheit viel Richtiges, wozu man erst jetzt wieder zurückkehrt.

§. 1.

Das *Recht* ist eine Form der Sittlichkeit. Was in subjektiver Form die Moral ist, das ist in objektiver Form das Recht. Wie alle Formen der Sittlichkeit, so besteht auch das Recht in der Einheit des allgemeinen Willens mit dem des Einzelnen. Seine Eigenthümlichkeit andern sittlichen Mächten gegenüber liegt aber eben darin, daß es das äußere Leben der Gattung und ihr gesellschaftliches Zusammensein zu seiner Sphäre hat. Alles, was am Begriffe des Rechtes Theil nimmt, fällt daher nothwendig in den Bereich des äußeren Daseins, sowie umgekehrt alle sittlichen Elemente (z.B. Religion, Wissenschaft etc.), sobald sie diesen Boden betreten, unter den Typus des Rechts fallen. N.Rev. S. 21-27.

§. 2.

Das *Unrecht* ist das Gegentheil des Rechts; es muß daher darin bestehen, daß der Einzelwille in der Sphäre des äußern Daseins mit dem allgemeinen nicht identisch ist. Dieser Gegensatz verwirklicht sich aber in folgenden Stufen: 1) der Wille ist zunächst die Möglichkeit zu beidem, dem Rechte gemäß zu sein oder dasselbe zu verletzen, - das bloß mögliche (polizeiliche) Unrecht; - 2) der Einzelwille hebt seine Einheit mit dem allgemeinen wirklich auf, aber noch ohne bestimmtes Bewußtsein dieses Unterschieds, - das bürgerliche Unrecht; - 3) der Unterschied des Einzelwillens vom allgemeinen wird zum bewußten Gegensatze, - das *Verbrechen*. N.Rev. S. 28-31.

Auch im Gebiete 2) gibt es eine Klasse von Unrecht, welches nicht mehr (mit Hegels sonst glücklichem Ausdruck) unbefangenes Unrecht genannt, gleichwohl aber auch nicht dem Verbrechen (Nr. 3) zugezählt werden kann. Dahin gehören alle die Fälle, wo durch eine in civilrechtlichem Sinne dolose oder kulplose <2> Handlungsweise - Frivolität, Eigennächtigkeit, Leichtsinn, Trägheit u. dgl. - Schadenersatzpflicht begründet wird, ohne daß doch dem Schuldigen eine prinzipielle Entgegensetzung seines Willens gegen das Recht als solches nachzuweisen ist, mit welchem er vielmehr, wenn auch auf der äußersten Grenzlinie, immer noch sich zu konformieren wünscht und glaubt (ein noch wenig beachteter Punkt).

<3>

Erster Theil.

Das Verbrechen.

§. 4.

Als eine Art des Unrechts (§. 2) besteht das Verbrechen in einer Losreißung des Einzelwillens vom allgemeinen im Gebiete des äußern Daseins. Hiermit ist gesetzt 1) als *Inhalt* des Verbrechens die grundsätzliche Verletzung des Rechts, 2) als seine *Form* die Gegenständlichmachung des Willens im äußeren Dasein, d.h. die Handlung; 3) beides zusammen ergiebt den *Begriff* oder *allgemeinen Thatbestand* des Verbrechens.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsverletzung.

§. 5.

Den Inhalt des Verbrechens bildet die *Verletzung des Rechts als solchen*. Denn eben dadurch unterscheidet es sich von den übrigen Arten des Unrechts. Da nun aber (§. 1) das Recht die Sittlichkeit in der Form des äußern Daseins ist, so folgt, daß es eben auch nur in dieser Form verletzt werden kann. Es ist hiernach am Verbrechen a) ein *substantielles Moment*, und b) das *Moment der Erscheinung zu unterscheiden*; aber erst c) die *konkrete Einheit beider macht den vollen Inhalt des Verbrechens seinem Gegenstand nach aus*.

Erster Abschnitt.

Substantielles Moment.

§. 6.

Das Verbrechen hat im Gegensatz zu jeder andern Art von Unrecht seine Eigenthümlichkeit darin, daß es nicht bloß gegen eine bestimmte Erscheinung des Rechts, sondern gegen dessen *Wesen gerichtet ist*. Es negirt das Recht in seiner Allgemeinheit, es stellt <4> den Grundsatz in Frage, auf welchem das angegriffene besondere Recht beruht. N.Rev. S.40-43!¹

§. 8.
Als Rechtsverletzung muß nämlich das Verbrechen auch die dem Rechte seinem Wesen nach zukommende Bestimmtheit annehmen. Die im Begriffe des Verbrechens liegende unendlich negative Tendenz gegen das Recht muß sich daher zum bestimmten, äußerlich hervortretenden Akte besondern. N.Rev. S.44.45.
<5>

Zweiter Abschnitt.

Moment der Erscheinung.

§. 9.

Dieses Moment enthält selbst wieder ein doppeltes: 1) die formelle Daseinsbestimmtheit des Rechts überhaupt, - seine *Positivität*; 2) seine *Besonderung* dem *Inhalte* nach.

I. Die Positivität des Rechts.

§. 10.

Der sittliche Geist - in der Form des Rechts, wie in der Form der Pflicht - ist der Potenz nach im menschlichen Geiste gesetzt, aber eben nur als ein Keim, den die Willkür nach Belieben entwickeln kann. Deßhalb muß er zugleich Formen annehmen, welche der menschlichen Freiheit als unbedingte Normen des Wollens gegenüberstehen. Die angemessene Form dieser Art für die Sphäre des objektiven Daseins der Sittlichkeit (des Rechts) ist die - des *Gesetzes*, welches gegen die Freiheit des Menschen gleichgültig, seine unbedingte Erfüllung verlangt und diese Forderung nöthigenfalls durch Zwang verwirklicht. N.Rev. S.640-644.

§. 11.
In dieser Formbestimmtheit als Gesetz tritt das Recht in's Dasein und fällt a) als *gesetztes (positives) Recht* unter die Bedingungen des Raums und der Zeit; b) wird es eine Sache des *gesellschaftlichen Bedürfnisses und Wohls*; c) unterliegt es der Nothwendigkeit, *einem bestimmten Staate anzugehören*.

I. Das positive Recht.

§. 12.

Als die absolute Norm des objektiv Sittlichen ist nun das Recht in der That schon seiner Natur gemäß stets in einer vom Einzelwillen unterschieden Formbestimmtheit gesetzt, d.h. es ist als die allgemeine Regel der dem gesellschaftlichen Leben angehörigen Handlungen mehr oder minder bestimmt für das Bewußtsein fixirt und als diese Regel sich sofort zur Strafgesetzwidrigkeit fortbestimmen muß, darüber s. §. 10 ff. Selten wird gerade dieses Hauptmoment richtig erkannt, selbst von solchen, die im Allgemeinen der richtigen Ansicht folgen.

¹N. Rev. S. 608 - 612.

§. 7.
Das Wesen der Sittlichkeit ist dasselbe in allen seinen Formen. Daraus folgt, daß eine Verletzung des Rechts als Rechts niemals moralische oder religiöse Pflicht sein kann². Umgekehrt giebt es aber allerdings Verletzungen von Pflichten, welche keineswegs den Charakter von Rechtsverletzungen haben, weil die betreffende sittliche Potenz nicht in den Kreis des äußern Daseins fällt. N.Rev. §.157.158.

Erstere Bestimmung hat allerdings einen auf sittlicher Grundlage beruhenden Voraussetzung. Wo es hieran oder wenigstens an einer auf sittlicher Grundlage beruhenden Staatsverwaltung fehlt, da können freilich für den Einzelnen Pflichtenkonflikte entstehen, deren Lösung nicht mehr im Bereich der Wissenschaft liegt. Die letztere Bestimmung

¹Abegg Lb. §. 100. Da nun keine andere Art von Unrecht außer dem Verbrechen den Strafzwang hervorruft (§. 3), so fällt die Eigenschaft der Strafbarkeit zusammen. A.M. Abegg ebend. §. 110.111. Daß die Strafbarkeit sich sofort zur Strafgesetzwidrigkeit fortbestimmen muß, darüber s. §. 10 ff. Selten wird gerade dieses Hauptmoment richtig erkannt, selbst von solchen, die im Allgemeinen der richtigen Ansicht folgen.

Als eigentliches Gewohnheitsrecht (im e. S.) kommt allerdings das Strafrecht seiner eigenthümlichen Natur nach nur in Zeiten unreifer Staatsbildung vor (s. B. die deutschen Volksrechte), während es, sobald einmal eine gesetzige- <6> bende Gewalt besteht, nur noch in der Form des Gerichtsgebrauchs wirksam werden kann. ...

§. 13.

Hierdurch gibt sich das Recht an die Bedingungen der Endlichkeit hin, es verfällt der Nothwendigkeit der Entwicklung in Raum und Zeit. Da nun in dieser Spätheit des Daseins die Besonderheit und Zufälligkeit ihre Stelle haben, so kann das gesetzte (positive) Recht allerdings seinem Inhalte nach von dem verschieden sein, was an sich Recht ist. N.Rev. S.650-652³.

Die Rechtsidee ist der Nothwendigkeit einer weltgeschichtlichen Entwicklung und einer durch örtlich und zeitlich bedingte, manigfach unvollkommene Erscheinungen hindurchgehenden allmäli-gen Vervollkommenung ihres endlichen Lebens unterworfen⁴. Diese Einsicht, zu welcher nur die (freilich nur erst in Anfängen <7> kultivirte) Philosophie der Geschichte zu führen vermag, gibt dem Juristen allein diejenige feste Stimmung, welche ihn ebenso gegen jeden radikalen Versuch, alles Bestehende umzustürzen, wie gegen jedes geist- und gewissenlose Unternehmen, eine überwundene Kulturstufe gewaltthätig festzuhalten, widerstandskräftig zu machen im Stande ist.

§. 14.

Da mithin das Recht, welches den Gegenstand der Verletzung bildet, nur in einem durch Gesetz und Gewohnheitsrecht bestimmten Dasein vorkommen kann, so muß ein Verbrechen immer die Uebertretung eines Gesetzes im w. S., d.h. einer positiven Rechtsbestimmung sein. N.Rev. §.177.

Da *Feuerbach* diesen Satz (wenn auch mit unrichtiger Ausschließung des Gewohnheitsrechts) nicht nur anerkennt, sondern sogar sein ganzes Strafrechtssystem auf die Abschreckung durch das Strafgesetz baut, so hat es geringe praktische Bedeutung, wenn er unter den Quellen des positiven Strafrechts auch die Philosophie des Strafrechts aufführt. Jetzt ist es aber wohl als allgemein angenommen zu betrachten, daß es ein "natürliches" Strafrecht mit praktischer Bedeutung nicht gebe ...

§. 15.

Daraus folgt, daß kein Verbrechen vorliegt, wo eine Handlung, sollte sie auch übrigens die Eigenschaft einer Rechtsverletzung an sich zu haben scheinen, vom Gesetze (im w. S.) entweder geduldet oder sogar geboten, oder wo dem Gegenstande derselben durch das Gesetz diejenige Eigenschaft entzogen ist, vermöge welcher sie eben den Charakter der Rechtsverletzung haben würde. N.Rev. §.178. <16> ...

2. Das Recht als Sache des gesellschaftlichen Bedürfnisses und Wohls.

§. 16.

Die Nothwendigkeit der allgemeinen Verbindlichkeit des Gesetzes (im w. S. d.h. als positiven Rechts) liegt nun aber die Forderung, daß es auch wirklich für das Bewußtsein derer, die es verbinden soll, die Form der Allgemeinheit habe, d.h. daß es ausdrücklich *allgemein bekannt gemacht sei*. Zwar wird nicht erst hiernach die allgemeine Verbindlichkeit begründet; aber es ist ein Unrecht des Staats, wenn er auf einem gewissen Standpunkte der Bildung diese Forderung zu befriedigen versäumt. N. Rev. S. 654. 655.

Der gründlich durchgefochene Streit über Kodifikationen ist im Gebiete des Strafrechts auf dem Wege des Bedürfnisses zur Entscheidung gebracht worden, - leider nicht mehr zum Heile der Einheit des deutschen Rechts.

<17>

Indem das Recht als Gesetz im w. S. Dasein hat, so hat es auch für das allgemeine Bewußtsein unter den räumlichen und zeitlichen Bedingungen seiner Existenz Dasein. Das Verbrechen als Verletzung des so bestimmten Rechts nimmt daher zugleich Beziehungen auf das allgemeine Wissen und Wollen der Gesellschaft an, für welche das Gesetz gilt. Es erscheint nicht mehr bloß als Verletzung einer einzelnen Berechtigung, sondern als die Verletzung aller ähnlichen Berechtigungen. Hiermit erhält es den Charakter der *Gefährlichkeit für die Gesellschaft*; es stellt sich als ein nicht bloß isolirter, sondern weitere Gefahren (von Seiten des Thäters und von Seiten der Uebrigen, die ein böses Beispiel daran nehmen können) drohender Akt dar, der über seine Besonderheit hinaus eine allgemeine Wirkung haben kann⁵. N. Rev. S. 677 - 683.

³Hegel Rechtsphilos. §. 212. vgl. Abegg Strafrechtstheorien 58-63.

⁴Abegg Lb. S. 94. 95.

⁵Hegel §. 218. ..

§. 18.

Eben vermöge seiner Beziehung auf den allgemeinen gesellschaftlichen Zustand erweitert sich aber der Begriff des Verbrechens über sich selbst hinaus zu dem Begriff der nicht das Recht als Recht verletzenden, dagegen das Wohl der Gesellschaft und mittelbar den Rechtszustand selbst gefährdenden - *gefährlichen Handlung* im e. S., deren nothwendige Abwehr eine neben der Rechtspflege bestehende eigentlich allgemeine Tätigkeit, die Sicherungspolizei voraussetzt. Die Nothwendigkeit der gedachten Tätigkeit liegt in der Absolutheit des Rechts als der unverbrüchlichen Norm des gesellschaftlichen Lebens, welche durch die Rechtspflege nicht vollkommen gesichert wird, noch gesichert werden kann. Da diese nämlich für den Eintritt ihrer Tätigkeit stets eine bereits in's Dasein getretene konkrete Verletzung des Rechts voraussetzt, so läßt sie eben darum die Existenz des die erlaubten Zwecke des einzelnen und des Gemeinwohls mitumfassenden rechtlichen Zustandes überhaupt in der Zufälligkeit beharren, welche ihm schlechthin unangemessen ist. Die Folge lievron ist, daß neben der Rechtspflege eine andere allgemeine Tätigkeit bestehen muß, deren Aufgabe darin besteht, dem Unrecht vorzubeugen und eben zu diesem Behuf auch an sich nicht rechtsverletzende, aber gefährliche Handlungen unter Strafan drohung zu verbieten. Solche Handlungen können entweder in einer an und für sich schon zum <18> Verbrechen sich neigenden Gesinnung ihren Ursprung haben, oder können sie an sich nicht unrechtlche Akte sein, die jedoch durch den Konflikt mit irgend einer zum Zweck des gemeinen Wohls bestehenden Anstalt dem Rechte Gefahr drohen. Immer haben sie den Charakter, die reale Möglichkeit der Verletzung eines Rechts in sich zu schließen. Die hiernach ihrem Begriffe ankliebende Unbestimmtheit erzeugt die doppelte Forderung: 1) daß gesetzlich genau bestimmt werde, was als eine solche gefährliche und darum verbotene Handlung gelten soll, 2) daß nur solche Handlungen hiezu gestempelt werden, welche ihrer Natur und der Regel nach aus subjektiven oder objektiven Gründen als Vermittlungen von Rechtsverletzungen betrachtet werden können.

N. Rev. S. 692 - 703. <19> ...

Was ... die ... Frage nach der Existenz und Natur eigentlichlicher Polizeivergehen und folgeweise eines spezifischen Polizeistrafrechts betrifft, so kreuzen sich ... auf diesem von den Schriftstellern über Polizei selbst meist als trostlosem Labyrinth anerkannten Gebiete noch immer sehr verschiedene Ansichten, die indessen von unserem Standpunkte aus folgende Uebersicht zulassen. a) Eine in Deutschland ausgestorbene, dagegen in romanischen Ländern noch immer nachreibende Schule ließ die Strafrechtspflege selbst in dem Begriff der Sicherungspolizei aufgehen, sofern sie den Strafzwang überhaupt auf den Grundsatz der Sicherung zu begründen suchte. Nach dieser Grundansicht muß natürlich eine Polizeistrafgerichtlichkeit anerkannt werden, aber ihr Unterschied von der

peinlichen kann nur ein quantitativer sein. Dies zeigt sich in der Prinzipiosigkeit der Scheidung beider Gebiete, wie auf's Deutlichste aus der auf jener Grundlage geschriebenen scharfsinnigen Abh. von Stübel über die gefährlichen Handlungen hervorgeht⁶. b) Gerade umgekehrt behaupten Andere, daß neben der Kriminalrechtspflege von einer besonderen Polizeistrafrechtspflege nicht die Rede sein könne; der eine aus staatsrechtlichen Gründen, weil dadurch alle bürgerliche Freiheit vernichtet werde⁷, andere deßhalb, weil sie die Polizei ihrem Begriffe nach vor allem und jedem Eingreifen in Strafgesetzgebung und Strafjustiz ausschließen und lediglich auf das Vorbeugen mittelst physischer Gewalt eingrenzen zu müssen glauben⁸. c) Dagegen ist die in allen Kreisen weit am meisten ver- <20> breite Ansicht die, daß allerdings Verbrechen und bloße Polizeivergehen unterschieden werden müssen, weil letztere, wenn sie sich auch immerhin letztlich doch wieder auf einen kriminalrechtlichen Gesichtspunkt (Ungelörsam) zurückzuführen lassen, gleichwohl eine von Grund aus verschiedene Natur haben, welche nicht allein bestimmte Einrichtungen der Gerichtsorganisation, sondern auch eine mannigfach verschiedene materielle Behandlung (namentlich z.B. in Beziehung auf Zurechnung zu dolus oder culpa, Versuch, Rechtsirrthum etc.) bedingt. Allein die schwierige Frage ist nun eben die über die Grenze zwischen dem eigentlichen Kriminal- und dem bloßen Polizeistrafrecht.
...

<folgt: Darstellung der Ansätze> ...

<26> ... §. 19.
Beide Forderungen, die Gesetze über Verbrechen überhaupt bekannt zu machen (§. 16), und die als gefährlich zu verbietenden Handlungen insbesondere gesetzlich festzustellen (§. 18), setzen eine Macht voraus, welche berechtigt und verpflichtet ist, den allgemeinen Willen in der ihm angesehenen Form der Allgemeinheit auszusprechen. Beide Forderungen sind aber Ausflüsse der allgemeinen doppelten Forderung, daß das Recht überall als das Wohl der Einzelnen verwirklicht und daß das Wohl der Einzelnen als Rechtsangelegenheit behandelt werde, und hiernach der weiteren Forderung einer höheren allgemeinen, eben diese Wechselwirkung organisch realisirenden Thätigkeit. Da nun in der Vermittlung von Recht und Wohl nichts Anderes sich darstellt, als die im Begriff

⁶ im NArchCr VIII. 236 - 323. *Stübel* unterscheidet sich denn auch von seinen Nachbetr. sehr vortheilhaft gerade dadurch, daß er dies offen heraussagt. s. bes. S. 249 - 254. 257. 266 - 275. 286. 307. 309.

⁷ ... Vgl. Feuerbach §. 22. n. 2. ...

⁸ s. bes. Lotz im NArchCr IV. 485 ff. ...

des Rechts liegende Vermittlung des allgemeinen mit dem Einzelwillen in dem Kreise des äußeren Daseins (die als das eigene Interesse der Individuen verwirkliche Herrschaft des sittlich Nothwendigen in dieser Sphäre, §. 1), so liegt in der Realisation jener Wechselwirkung die organische Verwirklichung der Rechtsidee selbst in ihrer Totalität.

§. 20.

Die allgemeine Macht, welche hiezu den Beruf hat, ist diejenige, welche, den allgemeinen Willen (gleichsam die allgemeine Persönlichkeit->27>keit) in sich verkörpernd, den Individuen als ein aus sich seidendes, das gesammelte Gebiet der objektiven Existenz des sittlich Nothwendigen umspannendes Ganzes gegenüber tritt, - der Staat. N.Rev. §.185.

3. Der Staat.

§. 21.

Als dieser Ausdruck der sittlichen Idee im Gebiete des äußeren gesellschaftlichen, räumlich und zeitlich bedingten Daseins hat der Staat 1) den besonderen Volksgenit zu seinem Organe⁹. Der allgemeine Wille in dieser Sphäre ist daher Ausfluß der Volksüberzeugung, und das positive Recht erscheint als Ausdruck des Volkswillens, der einer unter die Kategorien von Raum und Zeit fallenden Entwicklung unterliegt. Somit ist auch das positive Strafrecht als Recht eines bestimmten Staats wesentlich durch die Nationalität bestimmt und steht unter den allgemeinen Gesetzen der Endlichkeit. - 2) Indem nun aber der Staat den Organismus der Rechtsidee in ihrer Totalität darstellt, so umfaßt und trägt er nothwendig alle einzelnen Rechtssubjekte und relativen sittlichen Organismen, soweit sie überhaupt den Boden des äußeren Daseins betreten und deshalb den Typus des Rechts annehmen (Persönlichkeit, Familie, Kirche etc. §. 1) als das höhere und fundamentale Ganze. Jedes Verbrechen gegen eine solche besondere sittliche Potenz erscheint daher, da das Verbrechen stets ein prinzipieller Angriff auf das Recht ist (§. 6), als ein Angriff auf das Grundprinzip des Staats selbst, und eben deshalb ist nicht der Träger des verletzten besondern Rechts, sondern der Staat, als das Organ der angegriffenen Substanz der Rechtsidee, die zur Reaktion gegen das Verbrechen ebenso schlechthin berechtigte wie verpflichtete Macht. Indem jedoch der Staat alle sittlichen Kreise, sofern sie den Boden des äußeren Daseins betreten, in sich aufnimmt, so muß er gegen diejenigen derselben, welche ihr Prinzip außerhalb der objektiven Sittlichkeit haben und nur relativ den Rechtstypus annehmen (Familie, Kirche, Schule) die Grenze der beiderseitigen Berechtigung genau einhalten. - 3) Je schärfter er aber diese Grenze einhält, um so unbedingter erscheint

er innerhalb seines eigenständlichen Gebiets als die zur Gesetzgebung und Rechtspflege gegen Verbrechen und gefährliche Handlungen ausschließlich berechtigte sittliche Macht.

A) Die Beziehung des Verbrechens auf die Strafgesetze eines bestimmten Staates

...

B) Die Grenzen der strafrechtlichen Wirksamkeit des Staates

C) Ausschließlichkeit der Rechtspflege des Staats in seiner eigenständlichen Sphäre.

§. 27.

<73> ... Innerhalb der ihm eigenständlichen Sphäre (bleibt) der Staat die zur Reaktion gegen das objektiv Unsitthliche, die Verleitzung des Rechts als solchen allgemein und ausschließlich berechtigte und verpflichtete Macht; und, was ihm hier sogar mit Ausschluß jedes Privatvergleichs zusteht, das gebürt ihm in der Sphäre des Civilrechts zum Mindesten für den Fall, daß die streitenden Partheien nicht gütlich übereinkommen können. Abgesehen von diesem Fall ist daher die Selbsthilfe, namentlich die Privatrache widerrechtlich. N.Rev. S.705- 708.

<386>

Zweiter Theil.

Die Strafe und ihre Surrogate.

§. 114.

Alles Unrecht, hiermit zumeist das Verbrechen als höchste Stufe desselben, ist ein in sich Nichtiges und deshalb schlechthin *Wiederaufzuhreibendes* (§. 1 - 3). Wie aber das Verbrechen selbst zwei wesentliche Momente hat, ein objektives (als Verletzung des im Staaate gesetzten Rechts §. 5 ff.) und ein subjektives (als schuldvolle, das Recht mit Wissen und Willen verletzende Handlung eines Menschen §. 38 ff.), so muß auch die angemessene Wiederaufhebung desselben zwei entsprechende Seiten haben, - *objektiv* die Wiederherstellung des verletzten Rechts, *subjektiv* die Tilgung der verbrecherischen Schuld. Diese adäquate Tilgung des Verbrechens vollzieht sich durch die *Strafe*. ...

⁹Vgl. v. Savigny System I. S. 13 ff.

Erstes Kapitel.
Die Strafe.

§. 115.

Dem Begriffe des Verbrechens gemäß (§ 112) ergiebt sich als angemessene, weil beiden wesentlichen Seiten entsprechende Wiederaufhebung derselben die *Strafe*. Eben hieraus konstituiert sich 1) ihr *Begriff*. Aus beiden Momenten lassen sich aber 2.) verschiedene Zwecke der Strafe ableiten, welche - abstrakt aufgefaßt - mannigfach mit einander kollidiren. Aus der Rückbeziehung dieser vielfach <387> auseinanderlaufenden Zwecke auf den Begriff ergiebt sich jedoch 3.) das Prinzip für die Strafe im e. S., d.h. für die vom Staat ausgehende, auf Verbrechen im e. S. sich beziehende Strafe. N.Rev. §.197.

Erster Abschnitt.
Begriff der Strafe.

§. 116.

Die Strafe enthält a) die *objektive Wiederherstellung des Rechts* aus seiner Verletzung. Darin liegt ihre abstrakte Gerechtigkeit und absolute Notwendigkeit. Ueberall fordert nämlich die Gerechtigkeit, daß das Unrecht, als das in sich Nichtige, auch wirklich als solches aufgewiesen und behandelt, daß mithin der Zwang, den es enthält, durch Zwang wieder aufgehoben werde. Gegenüber dem bürgerlichen Unrechte (§. 3) wird diese Forderung durch den Entschädigungszwang erfüllt. Denn der Gegenstand der Verletzung ist hier nicht das Recht als solches (der Substanz nach), sondern das Unrecht liegt nur in einer irrigen Subsumtion des besondern Interesses unter den an sich in seiner absoluten Geltung anerkannten Rechtsbegriff. Ein Unrecht liegt auch hierin, weil immer ein Recht verletzt oder mit Verletzung bedroht ist und zwar mit dem Willen der betreffenden Person, die sich nur des Widerspruchs ihres Anspruchs mit dem an sich anerkannten Rechte nicht bewußt ist oder diesen Widerspruch wenigstens vor sich selbst verläugnet. Da aber das Unrecht hier unbewußt und unbefangen ist, so wird dasselbe völlig gut gemacht, wenn der betreffenden Person das Irrige ihrer Voraussetzung ausgewiesen und sie infolge davon angehalten wird, den streitigen Gegenstand oder seinen Werth zu restituiren. Dagegen kann die im Verbrechen liegende Verletzung der Substanz des Rechts (§. 6) durch die etwa mögliche (u. beir. Falls notwendige) Restitution der äußerlichen Sache oder ihres Werths nicht wieder aufgehoben werden, da sie weit über diese hinausgeht, abgesehen davon, daß in vielen Fällen eine solche Entschädigung unmöglich wäre. Hier handelt es sich stets um eine grundsätzliche Verletzung des Rechts, um einen Angriff auf dasselbe in seinem innersten Kern und Wesen, mithin um ein Unrecht, das im Wissen und Willen des Handelnden liegt. Da nun das spezifische Unrecht beim Verbrechen eben nur in diesem Willen liegt, so folgt, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens sich am Willen des Verbrechers vollzieht, in einem Zwange gegen diesen Willen bestehen muß. N.Rev. §.198.

<388> ...

Die objektive Genugthuung für das verletzte Recht enthält nur erst den abstrakten Akt

der Gerechtigkeit, die Nichtigerklärung des verbrecherischen Willens an sich. Der Begriff der Strafe muß aber ebensowohl b) die *Tilgung der verbrecherischen Schuld* in sich schließen (§. 114), d.h. eine Beziehung auf das Innere des Verbrechers haben, zu seiner Abschreckung von weiteren Verbrechen, zu seiner Besserung dienen. N.Rev. §.199. ...

<389> ...

Diese subjektive Beziehung der Strafe (§. 117) würde jedoch für sich festgehalten, die Strafe zu einer allgemeinen Reaktion gegen die gesamte Subjektivität des Verbrechers verflüchten. Da aber die Strafe im e. S. durch das Verbrechen, d.h. durch eine bestimmte Handlung bedingt ist, so darf auch die subjektive Beziehung der Strafe nicht über das Maß der bestimmten verbrecherischen Handlung hinaus sich geltend machen. Sie darf also nur als Modalität innerhalb des objektiven Moments (§. 116) wirksam werden. Es ergiebt sich daher c) als Maß für die Strafe die Größe des begangenen Verbrechens, d.h. der verbrecherische Wille ist in demselben Umfange und in derselben Intensität einem Zwange zu unterwerfen, in welchem er dem im Gesetz ausgesprochenen allgemeinen Willen Zwang angethan hat. Dieser Zwang gegen den verbrecherischen Willen in dem Maße, welches er selbst durch die verbrecherische Handlung aufgestellt hat, ist eben nur die Selbstdarstellung seiner Nichtigkeit und erscheint <390> äußerlich als *Wiedervergeltung*. Sie ist als solche objektiv gerecht, indem sie nur Gleiches mit Gleichen (aber in der idealen Form des Werths) vergilt. Zugleich ist sie subjektiv gerecht, indem sie den Verbrecher nur nach dem Gesetze behandelt, das er selbst aufgestellt hat. Sie erscheint äußerlich als ein Uebel, ist aber in Wahrheit ein Gut, sofern sie dem Verbrecher die Nichtigkeit seines unvernünftigen Willens (eben so weit er es ist) zum Bewußtsein bringt und die Wiederherstellung seines Vernunftwillens aus seiner Selbstverneinung zum Zwecke hat. N.Rev. §.198 a.E.¹⁰

<395> ...

Zweiter Abschnitt.

Die Zwecke der Strafe.

§. 119.

Die Zwecke der Strafe können sich, wenn diese nicht ihrer begriffsmäßigen Nothwendigkeit und ihres sittlichen Charakters ganz entkleidet werden soll, nur auf ihren Begriff selbst, d.h. entweder auf das objektive Moment (§. 16) oder auf das subjektive (§. 117) beziehen, in beiden Richtungen aber höchst mannigfältig sein, da beide der Betrachtung verschiedene Seiten darbieten, die für sich in's Auge gefaßt werden können. Alle diese Zwecke aber, auch die vom objektiven Moment abgeleiteten, ... geben der Strafe mehr oder minder einen subjektiven Charakter, sofern sie in Vorthülen bestehen, welche durch die Strafe

¹⁰Hegel Rechtsphil. §. 99 = 101. 220. Abegg Lb. §. 48. 49. 114 - 116. ...

für den Verbrecher oder für Andre erzielt werden sollen. Diese Zweckbestimmungen haben nun ihre Berechtigung in der Einsicht, daß das Objektivistische (das Recht), wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie gesetzt sei, mithin das Individuum nicht bloß als Accidens des Staats betrachtet werden, vielmehr das Recht auch um des Menschen willen, für ihr Wohl dasein müsse, - eine Anerkennung, die am wenigstens in der Strafrechtspflege fehlen darf, da diese den Menschen in seinem Innersten, im freien Willen selbst ergreift. So wäre daher ein Unrecht, sie verläugnen zu wollen, ebensosehr aber eine Verkehrtheit, die eine oder andre, oder mehrere davon als Prinzipien für die Strafe setzen zu wollen, wozu nicht einmal ihre Gesamtheit wegen der ihnen allen anklebenden Relativität ausreichen würde. N.Rev. §.201-204. S.789. ...

<396> ...

Sämtliche relative (d.h. die Strafe durch Zwecke rechtfertigende) Theorien stimmen negativ überein, daß sie die Absolutheit vielmehr (wenn auch auf verschiedene Weise) zu einem Produkte des Ichs machen. Der positive Ausdruck dafür ist: daß ihnen der Begriff des *Wohls* (der Summe aller Zwecke des Ichs) das höchste Prinzip bildet, das, wie in allen Staatsfunktionen, so auch in der Ausübung der Strafjustiz das oberste Gesetz ausmachen soll. Das Wohl kann nun entweder abstrakt als Einzelwohl (des Verbrechers), oder ebenso abstrakt als das Wohl Anderer (mit Ausschluß des ersteren), oder als das Wohl Aller und letzteres wieder von sehr verschiedenen Seiten aus aufgefaßt werden.

Außerdem entstehen Unterschiede, je nachdem man den Strafzweck oder eine Mehrheit von Strafzwecken aus dem Bereich des objektiven oder aus dem des subjektiven Moments im Begriffe der Strafe oder aus beiden hernimmt. Ferner, je nachdem man den durch die Strafe zu erreichenden Zweck auf das begangene Verbrechen oder auf künftige Verbrechen derselben Person oder anderer Personen bezieht. Desgleichen, je nachdem man den Zweck durch Androhung oder durch Zufügung der Strafe erreichen will. Endlich wird bald ein Zweck ausschließlich zum Prinzip erhoben, bald eine Mehrheit von Zwecken anerkannt.

<413>

Dritter Abschnitt. Das Prinzip der Strafe (und die Straftaten).

§. 121.

Das eigenthümliche Wesen des Staats besteht in der Verwirklichung des Sittlichen zu objektiver Geltung. Gleichwohl ist der Staat der Ausdruck der sittlichen Idee selbst, - auf einer bestimmten Stufe ihrer Verwirklichung. Daher darf er auch gegen die subjektive Verinnerlichung des sittlich Nothwendigen sich nicht abschließen. Wie daher alle Staatsfähigkeiten zur Vermittlung des Wohls der Einzelnen sich ausschließen müssen, so muß auch die Strafrechtspflege des Staats die Zwecke der Strafe für das Gemein- und Einzelwohl anerkennen und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung, wo der Staat

sie seinem spezifischen Wesen gemäß nicht direkt erstreben kann und darf, wenigstens passiv anerkennen. ... Die Strafe des Staats .. hat .. nur Verbrecher zur Voraussetzung, d.h. solche Individuen, bei denen einer allgemeinen Norm zufolge die Freiheit als dem Stadium der Erziehung entwachsen anzunehmen ist. Daher darf der Staat zwar der Strafe keine der in ihrem Wesen liegenden subjektiven Intention (Erziehung, Züchtigung, Besserung etc.) entgegengesetzte Qualität geben; allein ebensowenig darf er diese subjektive Intention als die Hauptache mit Zwang zu verwirklichen suchen (§. 118). Vielmehr darf er mit seiner Reaktion die Subjektivität des Verbrechers nur in dem Maße ergreifen, wie dieser sie in der bestimmten Handlung selbst entäußert hat. Aber auch die auf das Gemeinwohl sich beziehenden Zwecke der Strafe können im Staatsstrafrecht keine abstrakte Geltendmachung ansprechen, da zwar allerdings das Recht zugleich als das allgemeine Wohl verwirklicht werden muß, hiebei aber das Prinzip des Wohls um so mehr als das sekundäre erscheint, als es die wesentliche Aufgabe einer andern Staatstätigkeit (der Polizei) ist, das letztere Prinzip zum primären zu machen. Das *Prinzip* der vom Staat ausgehenden Strafe bestimmt sich daher dahin, daß sämtliche aus dem objektiven oder subjektiven Moment der Strafe für das Einzel- und Gemeinwohl abzuleitenden Zwecke innerhalb des im §. 118 angegebenen, dem Begriff des Staates als rechtlichen Instituts, wie dem Begriff des Verbrechens als einzelner Handlung entsprechenden *Maßes* gehalten bleiben müssen. N.Rev. §.200.204.205.

§. 122.

Als Prinzip der Strafe im Staate - im Unterschied von der Strafe in andern sittlichen Kreisen - ergibt sich daher die *objektive Genüthigung nach dem Werthe* (Wiedervergeltung). Da nun aber alle Staatstätigkeiten als Aeußerungen der praktischen Vernunft ein organisches System bilden müssen, so folgt 1), daß auch in der Strafrechtspflege das *relativ selbständige Hervortreten der Zwecke* durch das Prinzip selbst hervorgeufen und je an geeigneter Stelle gesetzt sein muß. Soll mithin die Strafe den Zweck erhalten, absolutes Sicherungsmittel für die Gesellschaft zu werden, so muß das Verbrechen von solcher Tiefe sein, daß der Handelnde dadurch sein Recht, in der sittlichen Gemeinschaft thätig zu sein, ganz verwirkt haben muß. Soll die Strafe unter der Kategorie der Abschreckung, Züchtigung und Besserung sich zeigen dürfen, so muß die Subjektivität in der Handlung als eine solche hervorgereten sein, welche in den Stand der sittlichen Unmündigkeit zurückgesunken ist und deshalb der Zucht bedarf. 2) Sind aber diese Bedingungen vorhanden, so muß auch sofort der gesetzte Zweck als solcher wirklich *bestimmende Norm für die Strafbestimmung und Vollziehung* werden, wenn auch immer nur innerhalb der durch das Prinzip der objektiven Genüthigung gegebenen Maßbestimmtheit. 3) Umgekehrt setzt aber das Prinzip in der Anerkennung dieser Zwecke sich selbst die *Schranke*, denselben nicht *entgegenwirken*, namentlich also keine damit unvereinbaren *Straftaten* anerkennen zu dürfen. Desgleichen muß die *Vollziehungsweise* der anzuerkennenden Straftaten so beschaffen sein, daß dadurch jene Zwecke mit befriedigt

Karl BINDING (1841-1920)

oder mindestens nicht ausgeschlossen werden (z.B. die Kraft der Abschreckung nicht verloren, die Wirkung der Besserung nicht gehemmt wird). N.Rev. § 206¹¹.

§. 123.

Hiermit sind aber alle aus dem Prinzip des Wohls abzuleitenden Forderungen so vollständig befriedigt, als es innerhalb einer vorzugsweise zur Herstellung des Rechts berufenen Staatshäufigkeit geschehen kann¹², und zwar auf eine solche Weise, daß der Staat in der Ausübung objektiver Gerechtigkeit zugleich subjektiv gerecht gegen die Freiheit des Individuums bleibt. N.Rev. §.207.

Gerade diese gerechte Anerkennung der aus dem Prinzip des Wohls fließenden Zwecke der Strafe fehlt bei Hegel.

<63> Die Aufgaben des Rechts werden ihm vorgezeichnet durch die Natur der unter ihm vereinigten Menschen. Gäbe es eine menschliche Gemeinschaft, wo jeder, seiner selbst gewiß, die natürlichen Grenzen seines Freiheitsgebietes stets achtungsvoll inne hielte, so erwüchse dem Gesetzgeber wie in Platons Gerechtigkeitsstaate eine schwere Pflicht weniger. Er dürfte sich begnügen die Güterwelt zu verteilen, das Verhältnis der Lebensalter, der Geschlechter, der Stände zueinander zu regeln, und die so geschaffene Ordnung zu schützen gegen äußere Störung und gugläubige Irrung. Auf das Schwert könnte die Gerechtigkeitspflege verzichten: denn sie finde keinen Gegner, den das Schwert treffen könnte. Der Traum vom ewigen Frieden wäre fast verwirklicht - freilich um welchen Preis!

Nun ist aber dem Menschengeschlecht dies glücklich-unglückselige Los paradiesischer Unschuld nicht beschert. Berufen zur Tat, verfällt es dem Begehrn, damit der Begierde, - und so kommt es, daß, während die längsten und blutigsten Kriege vergehen, ihre Wunden vernarben und auf den Gräbern der Gefallenen der Lorbeer der Erinnerung wächst, ein Kampf ruhelos weiter ringt: der Kampf der Menschheit wider ihren furchtbarsten, sich ewig verjüngenden und deshalb unbesieglichen Gegner: *ihre in Tat ausbrechende Leidenschaft*. Er war es, der die Gerechtigkeit zwang, sich mit der Waffe zu gürtet schon bei ihrer Entstehung, und soweit menschliches Voraussehen reicht, kann sie das Strafenschwert nie mehr aus der Hand legen, um es in die Pfugschar umschmieden zu lassen und sich des Friedens zu freuen: denn ihr blüht kein Friede!

¹¹Die hier gegebenen Bestimmungen über die *Voraussetzungen* und bei gegebenen Voraussetzungen über die *Nothwendigkeit* bei Pönitentiarbehandlung sind um so wesentlicher, je mehr sie gewöhnlich ignoriert werden. Was Abegg N. Arch. 1845. S. 239 - 269 ausführt, ist durchaus nicht genügend, da daraus vielmehr die Zulässigkeit der Pönit. behandlung unter allen Umständen folgen würde (s. auch Naumann üb. d. Strafrechts-theorie und das Pönit.system). Ueber diesen viel zu vagen, gerade das Hauptmoment überschenden Gesichtspunkt kommt aber auch Mittermayer in seinen vielfach wiederholten Ausführungen über die wahre Bedeutung des Besserungszwecks, wobei er eben nur Abegg folgt, nicht hinaus. s. z.B. NArchGR 1846. S. 143 ff. Neuester Zustand der Gefängnißeinrichtungen in England. S. 78 ff., daher er wohl nicht berechtigt war, der N. Rev. in diesem Punkte Lücken und Mißverständnisse vorzuwerfen, welcher Vorwurf vielmehr ihn selbst trifft. ...

¹²Die Forderung der Prävention durch Androhung der Strafe erfüllt sich durch die anderweitig bewiesene Nothwendigkeit, dem Rechte gesetzliches Dasein zu geben. Die Forderung der Spezialprävention vollzieht sich durch die (§. 122) aufgezeigte Nothwendigkeit, daß die Strafe die Möglichkeit der Abschreckung von künftigen Verbrechen involviern und daß diese Möglichkeit gegenüber einem erziehungsbedürftigen Subjekte als wirkliche Zucht hervortreten müsse. Eben dadurch und durch die damit gegebene Möglichkeit, bei Verbrechen von besonderer Tiefe den Verbrecher zugleich relativ als Mittel zur Abschreckung. Anderer zu gebrauchen, erfüllt sich die Forderung, daß die Strafe als Mittel benützt werde, das gleiche widerrechtliche Ferment in Andern zu vertilgen und den Reiz zur Nachahmung aufzuheben. Indem aber die objektive Genugthung das Strafprinzip selbst bildet, so ist damit an und für sich die Forderung erfüllt, die Gesetze als die Grundpfeiler der Rechtsordnung aufrecht zu erhalten und den darin ausgesprochenen allgemeinen Willen als den unverhütlichen aufzuweisen, sowie eben damit zugleich der Zweck, den durch das Verbrechen erzeugten idealen Schaden wieder aufzuheben, von selbst seine Befriedigung findet. Endlich aber ist durch die aufgezeigte Nothwendigkeit, in der Strafe die Forderung der Tilgung der Schuld als eine theils vom Verbrecher selbst zu vollziehende, theils vom Staate vormundschaftlich zu befördende anzuerkennen, auch der Zweck befriedigt, jenen nicht dem Gemeinwohl zu opfern, sondern möglichst seine Erhaltung für den Staat zu erstreben.

Das Problem der Strafe in der heutigen
Wissenschaft
(1877/1915)

I. Dieser tragische Konflikt zwischen der Macht des Rechts und der Gewalt der Willkür hat schon sehr früh die Auf- <64> merksamkeit der Denker auf sich gezogen. Was ist *das Verbrechen*, daß gerade es mit der *Strafe* heimgesucht werden muß? Was ist die *Strafe*, daß sie gerade dem *Verbrechen* folgt? - Diese Fragen sind so alt wie alle Rechtsphilosophie, und gerade die hervorragendsten Geister unter den Philosophen und Theologen, den Staatsmännern und den Juristen des Abendlandes haben sich an ihrer Lösung versucht.

So ist im Laufe der Zeiten eine Unzahl sogenannter Straftheorien entstanden - jede einzelne packend nicht nur als treues Bild der geistigen Atmosphäre, aus der sie stammt, sondern auch als Werk ihres Urhebers, was seine vielfach großartigen Züge trägt. Gibt es doch kein besseres Zeugnis für des erhabensten Apostels der Gerechtigkeit, für *Kants* Charakter,