

## DIE RATIONALEN UND IRRATIONALEN ELEMENTE DES STRAFRECHTS.

**D**IE in strengem Sinne genommene wissenschaftliche Pflege des Strafrechts beginnt erst in der zweiten Hälfte des XVIII. Jahrhunderts. Damals beginnt die rechtlich-logische Ausbildung der strafrechtlichen Grundbegriffe und unter diesen in erster Linie des Verbrechens, dann neben der bisherigen einseitigen spekulativen Untersuchung der Strafe ihre rechts-analytische Erforschung und endlich die Systematisierung der bisher weit auseinanderfallenden strafrechtlichen Kenntnisse nach gewissen erwiesenen Prinzipien.

So ist das Schicksal des Strafrechts eine unmittelbare Folge der zur Zeit seiner Entwicklung vor sich gehenden großen geistigen Umgestaltung. D. h. das europäische Strafrecht wurzelt im Grunde des nach dem Absterben der naturrechtlich-philosophischen Richtung zur Herrschaft gelangenden liberalistischen Individualismus und Positivismus.

Es ist nämlich eine unbestrittene Tatsache, daß das transzendente rechtsbegriffliche Gebäude jener metaphysischen Richtung entspricht, die politisch mit dem Polizeistaat der absoluten Monarchie zusammenfällt, während der Liberalismus des XIX. Jahrhunderts dem Naturrecht gegenüber als Gegenwirkung erscheint. Jedoch mit der Entwicklung der Naturwissenschaften und der angeblichen Abrechnung mit der Metaphysik weicht die Rechtswissenschaft immer mehr von der Basis der Naturrechtstheorie ab und nähert sich der Ebene des Positivismus. Die Ursachen dieser Richtungsänderungen waren jedoch nur zum Teil politischer Natur. Es kamen auch immanente Faktoren zum Worte, als nämlich der einheitliche, in ein System geschlossene Ausbau des Rechts als erlösende wissenschaftliche Aufgabe auftritt.

Rechtstaat und Rechtspositivismus sind ein als Zwillingsschwester erscheinendes, zu verwirklichendes Ideal. Der Individualismus der französischen Revolution strebt im wesentlichen

nach dem Ausbau einer solchen Staatsordnung, deren Zweck Beschränkung der Staatsgewalt im Interesse der Sicherung der individuellen Freiheit ist. Zu dessen Schutz dient das rationalisierte positive Srafrecht des Staates. Auf Grund der *Kant'schen* Philosophie, nach welcher „die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt wird“ (Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre) stellt der berühmte Verfasser des bayerischen Strafrechts vom Jahre 1813, *Feuerbach*, diesen Satz als Eckstein seines eigenen Strafrechts hin, seiner Auffassung nach in dem Sinne, daß die Freiheit eben darin besteht, daß jeder einzelne seine Rechte frei ausüben dürfe und daß niemand die Rechte der andern verletzte.

Im Strafrecht dient diesem Zweck die genaue Bestimmung der Tatbestände der Verbrechen und die strenge Umschreibung des Rahmens der Strafe, was dazu berufen ist, die Freiheit der einzelnen vor der Willkür des Staates und der Richter zu schützen. Mit der Kodifizierung des Naturrechts wird so das Strafgesetz positiv und sichert durch seinen auf dem Gedanken des Rechtsstaates ruhenden Individualismus die Freiheit der Staatsbürger. Der Positivismus, der in allen Staaten des Kontinents immer mehr Kraft gewinnt, übernimmt nicht viel später unter der Wirkung der französischen Revolution als Gesetz-Positivismus die Herrschaft, jenem Worte *Voltaire's* entsprechend, daß frei sein soviel bedeutet, als von nichts anderem als nur vom Gesetz abhängig zu sein.

Die Auffassung, welche der Rechtsstaat vom Recht ausbildete, krystallisierte sich rasch in der reinen Rechtslehre, welche im wesentlichen eben die Theorie des Rechtspositivismus ist, wie dies der konsequenteste Vertreter dieser Richtung, *Kelsen* bestimmte (Reine Rechtslehre, 1934, 38.).

Der reinen Rechtslehre zufolge ist die Rechtsordnung das System abstrakter Normen. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist die von jeder Bewertung freie exakte Analysierung dieser positiven Rechtsstruktur. Das Recht selbst ist ein geschlossenes Normensystem. Die Anwendung der Rechtsnormen ist eine normlogische Funktion. Der Jurist arbeitet mit streng umschriebenen, einander ausschließenden, rein logischen Begriffen. Da das Recht seine Begründung in sich selbst findet, kann sich der Anwender des Rechts nicht um die Folgen kümmern, oder die tatsächlichen Wirkungen der Anwendung der Rechtsnormen sind vom Gesichts-

punkte der Rechtsordnung aus vollkommen gleichgiltig. Der Staat bringt seine eigene Strafgewalt zur Geltung: quia peccatum est.

Die einseitige Ideologie des Rechtsstaats, welche besonders die Theorie des italienischen Fascismus betont, wurde unfähig, den Staat als ganzes (*stato totalario*) zu erfassen, infolgedessen die Rechtswissenschaft mit ihrer einseitigen normativ rationalen Konstruktion zur Gegenüberstellung vom Recht und Wirklichkeit, Form und Inhalt, Norm und Leben führte. Hierin ist die Hauptquelle der so oft erwähnten heutigen kritischen Lage der Rechtswissenschaft zu suchen.

Die Faktoren dieser Krisis wollen wir an den wichtigsten grundlegenden Fragen des Strafrechts untersuchen und als Resultat auf den aus der Krisis hinausweisenden Weg verweisen.

Beginnen wir mit dem Begriff des Verbrechens.

### *I. Das Verbrechen.*

Die vielfach einseitige materialistische Auffassung des Rechtspositivismus des XIX. Jahrhunderts spiegelt sich auch im strafdogmatischen Ausbau des Verbrechens getreu wieder. Der vorherrschenden Auffassung zufolge ist das Verbrechen die Verletzung von Rechtsgütern. Diese Güter aber sind in erster Linie fühlbare Wirklichkeiten der empirischen Welt. Deshalb bestimmt man das Ergebnis der Strafhandlung mit Vorliebe als eine in der Außenwelt hervorgerufene Veränderung.

Die formalistische Jurisprudenz will jeden bewertenden Gesichtspunkt eliminieren und bestrebt sich daher, den Begriff des Verbrechens aus rein normativen Elementen aufzubauen. So auch *Binding* dann, wenn er eine scharfe Unterscheidungslinie zwischen den Begriffen von Rechts- und natürlicher Handlung zieht. Denn ihm zufolge teilt die Handlung im rechtlichen Sinne nur sowohl mit der Handlung, welche das Rechtsgebiet nicht berührt, als mit der „Tat“, daß sie verwirklichter menschlicher Wille ist. Doch dies allein erschöpft den Begriffskreis noch nicht. Dieser Wille muß selbst bestimmte Eigenschaften und einen bestimmten Inhalt gehabt haben.<sup>1</sup> Diese Eigenschaften werden durch das Recht bestimmt. Ohne diese ist die Handlung sozusagen ein leerer Rahmen, in welchem das, was rechtswidrig ist, ebenso Platz findet, wie das, was rechtlich gleichgiltig ist. Der Begriff der Handlung ist daher eine für das Recht geschaffene, normamative Konstruktion.

<sup>1</sup> *Binding*: Die Normen und ihre Übertretung, 1922. II. 88. ff.

Mit dieser formalistischen Richtung des Rechtspositivismus des XIX. Jahrhunderts steht jene andere in scharfen Gegensatz, welche bestrebt ist, beim strafdogmatischen Aufbau des Begriffs des Verbrechens ausschließlich nur explikativ-empirische Elemente zu verwerten, so wenn sie als Quelle des Handlungsbegriffs das „tägliche Leben“, den „gewöhnlichen Sprachgebrauch“ oder die „Psychologie“ anführt. Beide voneinander so wesentlich abweichende Auffassungen werden durch die einseitige Verwertung der rationalen Elemente der Strafhandlung charakterisiert.

Im Begriff des Verbrechens liegen jedoch außer diesen rationalen auch irrationale Elemente. Das Verbrechen ist ein qualifiziertes oder bewertetes menschliches Verhalten. Seine Qualifikation liegt eben darin, daß inhaltlich das Verhalten der in der Gesellschaft herrschenden moralischen Auffassung entgegengesetzt sei. Eine einseitige materielle, positive Auffassung aber offenbart sich auch darin, wenn sie das Ergebnis der Handlung in gefühlsmäßig bemerkbarer Veränderung betrachtet. Sie berücksichtigt jenen Entwicklungsprozeß nicht, der sich im positiv-rechtlichen Aufbau der Tatbestände widerspiegelt. Je entwickelter ein Strafrecht ist, umso mehr rechnet es mit jener seelischen Wirkung, welche das Verbrechen auslöst. So gelangten in die modernen Strafgesetzbücher viele solche Tatbestände, deren Verwirklichung gerade in der Hervorrufung gewisser seelischer Wirkungen besteht. Doch auch die Zeit des übertriebenen Positivismus kennt die sogen. immateriellen Tatbestände oder jene, bei denen das Ergebnis sich, mangels eines empirischen Betätigungsobjektes, in einer ideellen Verletzung des Rechtsgegenstandes zeigt (wie z. B. Verläumdung, Ehrenbeleidigung, Kreditschädigung, falsche Beschuldigung) oder wiederum solche, bei deren Verübung die Normen ethischen Charakters der Pflicht verletzt wurden (wie z. B. Treulosigkeit, Majestätsbeleidigung, Schmähung der Nation usw.)

2. Eine neue Umwertung des Verbrechens treffen wir in den sich aus dem universalistischen Ideenkreis aufbauenden revolutionären Strafgesetzbüchern: so in erster Linie im russischen Strafgesetzbuch vom Jahre 1927, im italienischen von 1930 und in deutschen Strafgesetzen von 1936.

Der im strengen Sinne genommenen universalistischen Ideologie gemäß besitzt nur die Gemeinschaft Rechte. Die Gemeinschaft schützt die Güter des einzelnen nur insoweit, als das gemeinsame Interesse es wünscht. Demgegenüber gibt es nach dem

reinen Individualismus nur dem einzelnen gehörige Güter, denn der Staat ist eine im Interesse der einzelnen geschaffene Organisation; daher wird das Leben des einzelnen nicht im Interesse der Gemeinschaft geschützt, sondern um die einzelne Person, der das Recht zu ihrem eigenen Leben angeboren ist.

Diese rein ideologische Richtung finden wir jedoch in den individualistisch gerichteten Strafgesetzbüchern der Vergangenheit, noch in den gegenwärtigen universalistisch gerichteten. Beide bauen ihr System auf Kompromissen auf. Wir können höchstens von Umwertungen sprechen. So gewinnen in den Strafrechten der neuen Richtung die Gemeinschaftsgüter auf der Wertskala. Während z. B. das alte deutsche Strafgesetzbuch den Mord als das schwerste Verbrechen qualifizierte, nimmt das neue als solche die Verletzung der Vaterlandstreue, die Majestätsbeleidigung, die Treulosigkeit an (die Strafe ist Erhängen, nicht Enthaupten.). Die mildere Beurteilung der politischen Verbrechen hört auf. Der fascistische italienische Kodex aber normiert im Interesse der Sicherung der fascistischen Ordnung als neuen Tatbestand den Defaitismus, den der begeht, der während des Krieges falsche oder übertriebene Gerüchte verbreitet, die zur allgemeinen Beruhigung, Verschlechterung der öffentlichen Stimmung oder sonstwie geeignet sind, den Widerstand des Landes gegen den Feind zu verringern, oder überhaupt eine solche Tätigkeit entwickelt welche dem Interesse der Nation schaden kann. Daneben kennt er auch den wirtschaftlichen Defaitismus, dessen sich derjenige schuldig macht, der während des Krieges sich solcher Mittel bedient, welche geeignet sind, den Kurs des Geldes herabzudrücken, oder wer auf dem Markt für Wertpapiere oder andere Werte eine solche Beeinflussung ausübt, welche die wirtschaftliche Widerstandsfähigkeit des Landes dem Feind gegenüber vermindert. Als besonderen Tatbestand normiert er die nationfeindliche Betätigung im In- und Ausland. Er läßt auch der Familie einen starken strafrechtlichen Schutz angedeihen als einem der wichtigsten Pfeiler der Gemeinschaft, indem er unter 11 Titeln, im ganzen in 18 Artikeln die in diesen Kreis fallenden verschiedenen Tatbestände normiert. Aus einheitlichem Geiste entstand der neue italienische Kodex, als er die gegen die Gemeinschaft gerichteten Verbrechen auf der Bewertungsskala höher setzte, als die gegen den einzelnen gerichteten Tatbestände.

Dies macht das Gesetz übrigens auch schon äußerlich augenfällig: es behandelt nämlich die gegen die Gemeinschaft gerichteten Strafhandlungen unter 11 Titeln in insgesamt 407 Artikeln, die gegen den einzelnen gerichteten Tatbestände dagegen im ganzen nur unter 2 Titeln in 74 Artikeln.

Das universalistische Strafrecht schafft also, wie man sieht, zum Schutze der transpersonalen geistigen und moralischen Werte neue Tatbestände.

Nun fragt es sich, was die Grundlage dieser Umwertung darstellt.

Denn damit ist die Frage noch nicht beantwortet, daß das Interesse der Gemeinschaft über das des einzelnen gelangt, daß das Individuum nur Mittel ist im Interesse des Staates. Dies ist nur ein Faktor der neuen Bewertung, doch nicht die ausschließliche Grundlage. Denn ein aus dem kollektivistischen Ideenkreis erwachendes Strafrecht kann ebenso der christlichen Moral entspringen, wie auch einer durch die Gemeinschaft des Blutes bedingten Volks-Ethik wie auch dem Materialismus der im Kommunismus organisierten Arbeiterklasse. Dies beweisen überzeugend die neuen italienischen, deutschen und russischen Strafgesetze.

Die neue qualitative Differenzierung der strafbaren Handlungen erinnert in vielem an die alte naturrechtliche Bestimmung der Delikte. Dort finden wir die Einteilung der Strafhandlungen nach ihrer Quelle in natürliche (*iuris naturalis*) oder in positive (*iuris positivi*). Die natürlichen Verbrechen sind jene, deren Strafwürdigkeit in irgendeiner *Lex naturalis aeterna* begründet ist, unabhängig von jeder *Lex humana temporalis*. Diese verstoßen gegen das ewige Gesetz, welches nicht „in aere aut tabulis, sed mentibus omniorum scripta“ (Grotius); die positiv-rechtlichen, welche das positive Recht schafft, und die daher vom Gesichtspunkt des moralischen Gesetzes gleichgiltig sind.<sup>2</sup>

In den neuen revolutionischen Strafgesetzbüchern zeigt sich durch die Höherschiebung gewisser Tatbestände auf der Wertskala die Schaffung einer neuen natürlichen Strafhandlung. So z. B. die im Sovjet-Strafgesetzbuch normierte „gegenrevolutionäre“ Verbrechen. Aus ihr gehen sodann die verschieden gegenrevolutionistische Tatbestände hervor. Gegenrevolutionär ist jede

<sup>2</sup> Dies lehrte schon *Ulpianus*: „Quaedam natura turpia sunt quaedam civiliter et quasi more civitatis“ (Dig. 42.) Und auch das englische Recht, indem es nach der gemeinen (*mala in se*) und der durch das Statutum geschaffenen Straftat (*mala prohibita*) unterschied.

Strafhandlung, welche, wie der Kodex bestimmt, auf den Sturz der Herrschaft der Arbeiter- und Bauernräte, deren Untergrabung oder Schwächung oder auf die Untergrabung oder Schwächung der Arbeiter- und Bauernregierung der Sovjet-Union, ihrer äußeren Sicherheit und der für die Proletarier-Revolution wichtigen wirtschaftlichen, politischen und nationalen Errungenschaften gerichtet ist (§. 57.). Die folgenden §§ normieren sodann die einzelnen gegenrevolutionären Tatbestände. Allen ist das subjektive Gestaltungselement eigen: das gegenrevolutionäre Ziel.

Oder das neue deutsche Strafrecht will alles das zu natürlichen Strafhandlungen ausbilden, was gegen die Normen der deutschen Rassengemeinschaft verstößt.

So schlägt ein Vertreter dieser Richtung einen „Zentralstrafbestand“ vor, der alles das in sich begreifen würde, jeden sträflichen, gegen die Interesse der Gemeinschaft gerichteten Willensentschluß.<sup>3</sup>

Wenn diese Richtung die biologisch bestimmte Realität des Volkes an die Spitze der Bewertungsskala stellt, ist es ernsthaft bestrebt deren rechtsquellenmäßige Konsequenz in der Hinsicht zu ziehen, daß das Rechtsgefühl des Volkes die Ursprungsquelle allen Rechtes ist. Das Gesetz ist nur ein Ausdruck desselben. Jede Handlung kann Strafe verdienen, auch wenn sie die positive Rechtsnorm noch nicht verletzt. Diese Verbrechenslehre stellt daher mit dem Fallenlassen des rationalen Elements der Tatbestandmäßigkeit ein außerrechtliches, metajuridisches Element in den Vordergrund. Infolgedessen streicht sie die stolze strafrechtliche Eigenschaft der französischen Revolution, das Prinzip: *nulum crimen sine lege poenali* und anerkennt die strafhandlungsschaffende Kraft der Analogie.

Während also der Rechtspositivismus auf Grund des Prinzips der Lückenlosigkeit des Rechtssystems das Vorhandensein einer über dem Gesetze stehenden Rechts-Metaphysik läugnete, wendet sich die neue Richtung zur Sicherung der durch positive Rechtsnormen nicht schützbaeren Interessen der Gemeinschaft an diese.

Die Frage, wieweit die Analogie mit dem Autoritätsprinzip vereinigt werden könne, fällt aus unserem Untersuchungskreis heraus. Wenn wir unsere Frage bloß vom dogmatischen Gesichtswinkel sehen, müssen wir feststellen, daß das auf die Ausschal-

<sup>3</sup> *Freissler: Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers. 1935.*

tung der formalen Elemente der Strafhandlung gerichtete Bestreben einen Rückfall bedeutet, in einen früheren Abschnitt des Strafrechts. Als ob *Beling* sich geirrt hätte, der sich in seinem über den Tatbestand der Strafhandlung geschriebenen, großzügigen Werk dahin äußerte, jene Zeiten seien vorüber, in denen irgendeine rechtswidrige Handlung die Anwendung von Strafe nach sich ziehen könnte.

Die Vernachlässigung des tatbestandmäßigen Ausbaues der strafbaren Handlungen würde die für die Gemeinschaft wie für den einzelnen in gleicher Weise gefährliche „tausendfach veränderliche Stimmung der öffentlichen Meinung“ (*Finkey*) zur Herrschaft kommen lassen.<sup>4</sup>

Auch heute weist das Gesetz auf diese Quelle der Bewertung hin, jedoch in bestimmten Grenzen (z. B. öffentliche Verachtung, — Sittlichkeit, — Entrüstung u. s. w. als positivrechtliche Begriffe.)<sup>5</sup>

Zur Befriedigung der Bedürfnisse des veränderlichen Lebens ist die Verwerfung der formalen Elemente der Strafhandlung nicht erforderlich, der tatbestandmäßige Ausbau ist vielmehr eine solche unentbehrliche Forderung des Rechtslebens, wie das moderne wirtschaftliche Leben ohne positivrechtliche Normierung auskommen kann. Man muß jedoch dem Richter die Möglichkeit geben, daß bei seinen Entscheidungen nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern sein Geist die Kompaßnadel sei.

Bei uns kann die Verwirklichung dessen auf zwei Wege erreicht werden. Einerseits durch Umgestaltung des Strafsystems, durch den Abbau des den Richter in seiner freien Bewegung hindernden, die Individualisierung und ethische Bewertung oftmals vereitelnden relativ bestimmten Strafsystems. Der zweite Weg führt zum neuen gesetztechnischen Ausbau der Tatbestände. So ist es richtiger, jener Richtung zu folgen, welche an Stelle der kleinlichen, erschöpfenden Aufzählung der Tatbestandselemente bloß die weitere Umschreibung des geschützten Rechtsgegenstandes enthält. Als Beispiel erwähnt *Finkey* aus dem ungarischen Strafrecht den §. 59. des Militärstrafgesetzbuches, welcher an Stelle der die Fälle der Treulosigkeit taxativ aufzählenden Abschnitte alle vorstellbaren Formen der Treulosigkeit in einem allgemeinen bzw. einen weitdeutigen „Stamm-Tatbestand“ zu-

<sup>4</sup> *Finkey*: Der Kampf der Schlagworte um die Revision des Strafgesetzbuchs, Budapest 1937. (ungarisch).

<sup>5</sup> *Angyal*: Öffentliche Meinung-Bestrafung. 1935. (ungarisch.)

sammenfaßt. Er weist ferner auf das neue Kreditschädigungsgesetz hin, welches ebenfalls statt der bisherigen taxativen Aufzählung der betrügerischen sowie der verwandten Tatbestände diese in einem gemeinsamen Tatbestand zusammenschweißt.

Ein solcher Ausbau der Tatbestände der Strafhandlungen in weiterem Rahmen ermöglicht ohne Fallenlassen des Grundsatzes „*nullum crimen sine praevia lege poenali*“, daß der Richter bei Beurteilung der veränderlichen Fälle des Rechtslebens jene irrational bewerten Gesichtspunkte frei zur Geltung bringen kann, deren Berücksichtigung sehr häufig durch die enge Konstruktion der geschlossenen taxativen Aufzählung der Tatbestände erdrückt wird.

3. Den Bestrebungen nach stärkerer Betonung der bisher vernachlässigten irrationalen Elemente des Verbrechens begegnen wir in der neuen Literatur, mit besonderer Einseitigkeit in der neuesten deutschen nationalsozialistischen Dogmatik. Das neue Strafrecht verkündet auf dem Grundsatz der Staats-Totalität als Leitmotiv, daß die Treue die höchste moralische Pflicht des Volkes ist. Wer diese Treuepflicht verletzt, wird zum Verräter an der Volksgemeinschaft, weshalb er auch die gerechte Strafe verbüßen muß. So gewinnt das Verbrechen eine neue Konstruktion, nach welcher das Wesen des Verbrechens in ihrer Gegensätzlichkeit zur Pflicht besteht,<sup>6</sup> daß das Verbrechen im Grunde „Gemeinschaftswertwidrigkeit“,<sup>7</sup> oder daß das Verbrechen jene Handlung ist, die sich im Gegensatze zur Volksmoral in der Außenwelt zur Geltung bringen will.<sup>8</sup>

Die gegen den Rechtspositivismus auftretende Richtung ist, wenn sie mit der Verwerfung der empirischen Seite des Verbrechens die irrationalen Elemente zur Alleinherrschaft zu bringen bestrebt ist, ebenso einseitig, wie die Verbrechenlehre normativen Charakters. Sie steht in scharfem Gegensatz zur kriminologischen Erforschung des Verbrechens, denn die Auffassung, welche in dem Verbrechen auch eine biologische und soziale Er-

<sup>6</sup> Schaffstein: Das Verbrechen als Pflichtverletzung. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. 108.

<sup>7</sup> Gallas: Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung. Gleichspach-Festschrift. 50.

<sup>8</sup> H. Hellmuth Mayer: Das Strafrecht des deutschen Volkes. 1936, 71. „Das Verbrechen ist seinem Sinngehalt nach als diejenige Handlung aufzufassen, welche in unerträglichem Widerspruch zur völkischen Sittenordnung Geltung in der äußeren Welt beansprucht.“

scheinung sieht, veränderte auch die ethische Bewertung des Verbrechens. Es erschiene unverständlich, den einzelnen unter moralische Beanstandung zu bringen und ihm gegenüber die Ahndung zu fordern, wenn nicht sein freier Wille der Beweggrund ist, sondern die biologischen und sozialen Faktoren. Nach dieser Auffassung entstammt die naturwissenschaftliche Erforschung der Kriminalität jener geistigen Bewegung, deren Weltanschauungsbasis der Rationalismus ist. Indem diese Richtung auch auf das Gebiet des Staatrechtes übergriff, beraubte sie die Strafe ihres irrationalen Charakters und rationalisierte sie, indem sie dieselbe als Mittel des Kampfes gegen das Verbrechen ausbildete.<sup>9</sup>

Diese Richtung entstand als Reaktion gegen den starren Rechtspositivismus, und wenn sie bei Verwerfung der empirischen Seite des Verbrechens die irrationalen Elemente zur Alleinherrschaft bringen will, ist sie ebenso einseitig, wie ersterer. Während nämlich dieser entsprechend der abstrakten Denkweise des Aufklärungszeitalters jede soziale Erscheinung „more geometrico“ (*Gallas*) in ein geschlossenes Begriffssystem rationalisieren wollte, strebt das andere „more populacio“ zu irrationalisieren. Jene gewaltige geistige Arbeit, die sich an die Namen so vieler Berühmtheiten der deutschen Strafrechtswissenschaft knüpft, harrt darauf, als überflüssiges oder in vielem schädliches Gerümpel aus dem Wege geräumt zu werden.

Wie so oft im Laufe der Geschichte, wiederholt sich auch jetzt das Schauspiel der verhängnisvollen Verirrung des menschlichen Geistes.

Diese Richtung nämlich bedeutet in ihrer Ideologie einen Rückfall auf jenen primitiven Grad der Strafrechtswissenschaft, als die logischen Elemente noch keine Erkennung und Unterscheidung gewonnen hatten. Oder sie führt in der Endanalyse zur Subjektivierung der Rechtswidrigkeit, zur Verschmelzung oder Identifizierung von Täter und Tat, Kausalität und Schuld.

Jede revolutionäre Rechtsgestaltung arbeitet zur politischen Rückendeckung mit Demagogie. So gelangt der politischen Zwecken dienende Subjektivismus an die Stelle der objektiven Beurteilung. Nur so kann z. B. der Professor der neuen Richtung die Kriminologie, vom Gebiet des Strafrechts vertreiben, dann wann der Gesetzgeber der neuen Richtung gerade auf Grund natur-

<sup>9</sup> Dahm-Schaffstein: Liberales oder autoritäres Strafrecht? 15.

wissenschaftlicher Forschungen die Sterilisation bestimmten Verbrechen gegenüber einführt.

Jenes Bestreben der neuen Richtung, das sich gegen die strukturelle Ausbildung der Tatbestände des Verbrechens wendet, welches der Untersuchung des kausalen Charakters des Verbrechens entgegentritt, beruft sich mit Vorliebe darauf, daß die Aufwerfung dieser Fragen gar nicht so alt ist, was die Unentbehrlichkeit der Ausführungen beweist. Es fehlt sogar eine solche kampf-lustige Auffassung nicht, welche auch den Wortgebrauch „Tatbestand“ der abstrakten Denkweise zu verbannen wünscht. Kein Wunder, denn dieser Auffassung zufolge lesen wir z. B. bei *Dahm*, daß beim Täter eines Diebstahls die Richtung seiner Handlung das Wesentliche ist.<sup>10</sup> So ist z. B. das Urteil jenes Richters falsch, der jenen Hitler-Jüngling, welcher die Fahne eines katholischen Jugendvereines an sich nahm und verbrannte, wegen Diebstahl verurteilte. Hier liegt kein Diebstahl vor, sagt *Dahm*, denn derjenige begeht keinen Diebstahl, der ein bewegliches Gut mit der Absicht der Enteignung fortnimmt, sondern nur der, der seinem Wesen nach ein Dieb ist. (102.) Oder *Schaffstein* wiederum stellt fest, nur derjenigen würde die Todesstrafe für Mord treffen, dessen Pflichtverletzung ihn als Mörder erscheinen läßt.

Ein Rechtssystem, welches mit Analogien arbeitet, kann natürlich leicht alles das in die Rumpelkammer werfen, was die Strafrechtswissenschaft auf dem Gebiete des rechtlichen Ausbaues der Tatbestände des Verbrechens durch lange, schwere Geistesarbeit erreicht hat.

Ebenso ist es verständlich, daß die Erforschung des kausalen Charakters des Verbrechens für unzeitgemäß gehalten wird. Wenn z. B. *Hellmuth Mayer* im neuen Strafrecht des deutschen Volkes die Dogmatisierung bezüglich des Kausalitätsproblems der Tatbestände als vollkommen überflüssig bezeichnet. In der Lehre von der Strafhandlung bedeutet diese Verwerfung wie bereits erwähnt, einen Rückschritt in einen früheren Abschnitt der Entwicklung des Strafrechts, in welchem die aufeinanderstrebenden Fragen der imputatio facti und der imputatio juris noch keine Abgrenzung voneinander gewonnen hatten.

4. In der Lehre vom Verbrechen zieht die Verwertung der

<sup>10</sup> Verbrechen und Tatbestand. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. Berlin, 1935.

irrationalen Elemente noch nicht die Eliminierung der logischen nach sich.

Die Kausalität nämlich ist dazu berufen, jene Grenze zu bestimmen, innerhalb welcher gewisse aufeinanderfolgende Vorfälle auf ein bestimmtes menschliches Verhalten zurückgeführt werden können, also bei welcher die gegenständliche Grundlage der zur Verantwortungziehung besteht.

Die Anwendung des Kausalitätsgesetzes ist, wie überall im Reiche der Wissenschaften, auch in der Entwicklung der Rechtswissenschaft das Tor eines neuen Zeitalters, nämlich der Bewertung der im kausalen Zusammenhang stehenden Erscheinungen an Stelle der Beurteilung der zufälligen Zusammenhänge. Und doch ist es sonderbar, daß während heute eine wissenschaftliche Forschung ohne Anwendung des Kausalitätsprinzips einfach unvorstellbar ist, die Frage der Kausalität noch heute unter die am wenigstengeklärten Kapitel der Logik gehört. Das Interesse der Rechtswissenschaft ist ein rein praktisches, welches dahin gerichtet ist, wann irgendein menschliches Verhalten als Ursache irgendeines rechtlich relevanten Ergebnisses anzusehen ist.

Vorbedingung zur Beantwortung dieser Frage ist die Bereinigung jener, aus welcher Quelle das Strafrecht den Kausalitätsbegriff schöpfen solle: aus der Philosophie oder aus eigener Kraft, aus der für das Recht geschaffenen esoterischen Logik, oder aus dem aus diesen gebildeten volkstümlichen Sprachgebrauch bzw. Denkweise?

Auch bei dieser Frage des Strafrechts müssen wir mit Bedauern die unentbehrliche Bedingung der wissenschaftlichen Untersuchung, das Fehlen der methodischen Grundlage wahrnehmen.

Denn während der auf rein normativer Grundlage ruhende Rechtspositivismus zur Anwendung des Strafrechts selbstverständlich einen besonderen Kausalitätsbegriff ausbauen muß, muß notwendigerweise die entgegengesetzte Richtung diesen Begriff aus der Logik übernehmen. Demgegenüber schöpfen die Vertreter der verschiedenen Richtungen ohne jede innere Begründung bald aus dieser, bald aus jener Quelle den gewissen Begriff der Kausalität.

Wir wollen hier nur einige charakteristische Beispiele anführen.

Einer der Führer des orthodoxen klassischen Strafrechts, *Birkmeyer*, äußert sich dahin, daß das Recht den Kausalitätsbegriff übernimmt, weshalb man jenen vorerst auf jenem Gebiete

ausforschen und als fertigen Begriff akzeptieren muß, von welchem ihn das Rechtsgebiet rezipierte. Und so ist nach ihm die philosophische Kausalität „ein unbestrittbarer und auch unbestrittener Satz.“<sup>11</sup> Doch hindert ihn dies am wenigsten daran, für den strafrechtlichen Gebrauch einen besonderen Kausalitätsbegriff zu konstruieren.

Oder auch ein anderer Führer der klassischen Schule, *Binding*, bleibt die Bezeichnung jener philosophischen Grundlage schuldig, auf der er die Verwertung eines besonderen Kausalitätsbegriffs für das Strafrecht für begründet hält.

Alles in allem geht seine Begründung dahin, daß er von der Einführung des philosophischen Kausalitätsbegriffs in das Gebiet des Rechts deshalb nur wenig erwarte, weil die Philosophen den Kausalitätsbegriff der geistigen Wissenschaften vernachlässigten. Eben deshalb wirft er das Joch der Philosophie ab, und tief versinkend in die auf dem Gebiete des Rechtes vorsichgehenden Entstehungsprozesse muß er feststellen, was als Kausalität anzusehen ist.<sup>12</sup>

Dies ist keine grundsätzliche Begründung. Denn er, der sich in seinen „Normen“ so sehr für die reine normative Methodik ins Zeug legt, hätte auf dieser Grundlage nur folgendes sagen können: im Strafrecht ist kein Platz für den philosophischen Kausalitätsbegriff, weil das Strafrecht eine autonome Wissenschaft ist und daher zu seinem eigenen Gebrauch sich seinem eigenen Kausalitätsbegriff schafft.

Wiederum andere suchen die Quelle des Kausalitätsbegriffs im täglichen Leben bzw. im Sprachgebrauch des Rechtslebens. So z. B. nach *Bierling* „die Quelle aus der wir die Antwort auf unsere Frage schöpfen, kann keine andere sein, als der Sprachgebrauch des Lebens oder genauer, sofern es sich um die Bedeutung des Ursachenbegriffs für die Rechtswissenschaft handelt, das positive Recht selbst.“ Oder wenn sich der Jurist für den Ursachenbegriff interessiert, untersucht er nur das, was man im gewöhnlichen Leben, namentlich im Rechtsleben sich unter dieser Ausdruckweise vorstellt.<sup>13</sup>

Wir wiederholen nochmals, daß all das nur eine jeder gerechtfertigten Prinzipiengrundlage entbehrende individuelle Fest-

<sup>11</sup> Birkmeyer: Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht (Gerichtssaal, Bd. 37, 257.)

<sup>12</sup> Die Normen II. 746.

<sup>13</sup> Bierling: Juristische Prinzipienlehre 1905. Bd. III. 38.

stellung ist. Doch ähnlich liegt die Situation auch auf der Gegenseite, die bekanntlich den philosophischen Ursachenbegriff verwertet. Unter den Vertretern dieser Richtung glauben die meisten die Frage damit erledigen zu können, daß das Strafrecht den von der Philosophie festgestellten Ursachenbegriff als Notwendigkeit übernehmen müsse. Doch weshalb, dafür suchen wir die Begründung vergebens. So sagt z. B. *Finger* sehr betont: Der Versuch der metaphysischen Begründung des Ursachenbegriffs gehört nicht ins Strafrecht, dasselbe hat an das von der Philosophie gewonnene Resultat anzuknüpfen.<sup>14</sup> Oder ähnlich auch *M. E. Mayer*, nach dem, wenn man sich vor Augen hält, daß das Kausalitätsproblem auch im Strafrecht ein Problem der Logik und nicht der Ethik darstellt, dann kann eher die Anwendbarkeit irgendeines als die des Ursachenbegriffs bestritten werden.<sup>15</sup> Oder noch kategorischer erklärt *Wachenfeld*: „Im Sinne des Gesetzes gibt es keinen besonderen kausalen Nexus.“<sup>16</sup>

Auf Grund unserer methodischen Auffassung, welche beim Ausbau der strafrechtlichen Begriffe ständig Rücksicht nimmt auf die uns interessierenden begrifflichen Bestimmungen der Ethik, Psychologie, Logik etc., nehmen wir an und verwerten den Ursachenbegriff der Philosophie mit dogmatischer Begründung.

Die *conditio sine qua non*-Theorie befriedigt neben ihrem theoretischen Beweis auch richtig die Erfordernisse des praktischen Lebens. Die Quelle der vielen gegensätzlichen Auffassungen und Mißverständnisse sehen wir darin, daß man entweder bewußt diese beiden verschiedenen Fragen auf einen gemeinsamen Nenner bringen will.

Die Kausalität ist nämlich nichts anderes, als jene Form des Denkens, mit deren Hilfe wir von einer bestimmten Veränderung der Außenwelt ausgehend, eine solche menschliche Willensäußerung finden, die für eine strafrechtliche Bewertung in Frage kommen kann.<sup>17</sup> Deshalb ist jene Bemerkung *Mezgers* unrichtig, daß die *Adaequanztheorie* das Verdienst hat, gezeigt zu haben, daß mit dem Bedingungs-zusammenhang allein die strafrechtliche Haftung noch keineswegs feststeht.<sup>18</sup> Das Gegenteil hat niemand, der die Bedeutung der Kausalität richtig interpretiert, behauptet.

<sup>14</sup> *Finger*: Der Kausalzusammenhang 1899. 5.

<sup>15</sup> *M. E. Mayer*: Der Kausalzusammenhang. 1899. 5.

<sup>16</sup> *Wachenfeld*: Lehrbuch, 1914. 86.

<sup>17</sup> *Schmid-Liszt*: Lehrbuch, 1932. 162.

<sup>18</sup> *Mezger*: Lehrbuch, 1933. 121.

Die Kausalität ist daher zur Feststellung des Zusammenhanges zwischen gewissen Erscheinungen berufen, damit wir bewerten können.

Es ist heute Mode, sehr viele Erscheinungen auf den Positivismus zurückzuführen. Mit besonderer Vorliebe tut dies die neue national-sozialistische Rechtsliteratur. Auf dem Gebiete des Strafrechts will man auch die Ursachenforschung als Wirkung des Positivismus hinstellen.

So können wir hauptsächlich unter *Mezgers* Beeinflussung auch in der ungarischen Literatur das Folgende lesen: „Das Eindringen des Positivismus in die Rechtswissenschaft hatte zur Folge, daß die Jurisprudenz, in erster Linie die Strafrechtswissenschaft für sich die Ursachenforschung als obligatorisch betrachtete, also nach der mechanistischen Auffassung des Kausalitäts-Gesichtspunktes die scharfe Trennung von dem der Schuld.“<sup>19</sup>

Ebenso verfehlt ist es, den philosophischen Ursachenbegriff als positiv hinzustellen, weil gerade die reine Rechtslehre oder die Theorie des Rechtspositivismus (nach *Kelsen's* Bestimmung) mit esoterischer Logik arbeitet, also mit einem daraus abgeleiteten besonderen strafrechtlichen Ursachenbegriff.

Zwischen Positivismus und Ursachenforschung besteht keinerlei Zusammenhang.

Unter den Rechtserscheinungen gibt es solche, die nur auf logischem Wege in jenem Zusammenhang erkannt werden können, der zwischen ihnen besteht. Hier ist die Kausalitätsuntersuchung erforderlich. Es kennzeichnet den Entwicklungsgrad des Strafrechts, wenn neben der Schuld auch die objektive Seite der Strafhandlung in ihrer Kausalität erkannt wird. Das entwickeltere Strafrecht, welches nicht allein die verbrecherische Gesinnung unter Strafsanktion stellt, kann der Untersuchung der Kausalität nicht ausweichen.

Wir wiederholen, daß die Kausalität berufen ist, jene Grenze festzustellen, innerhalb welcher gewisse aufeinander folgende Geschehnisse auf ein bestimmtes menschliches Verhalten zurückgeführt werden können, und so ist die objektive Grundlage für die Zurverantwortungziehung gegeben. Und gerade der philosophische Ursachenbegriff ist es, durch dessen Verwertung man die unterste Grenze der Verantwortlichkeit feststellen kann.

Unrichtig ist deshalb jene Auffassung, welche die Kausalität

<sup>19</sup> Balázs: Strafrechtliche Problematik der Kausalität 1956. 24. (ungarisch.)

aus dem Kreise der Dogmatik hinaus in das Gebiet der Rechtsanwendung treiben will. Wir bestreiten ihre dort zur Geltung kommende große praktische Bedeutung nicht. Diese erhöht sich besonders, wenn mit der immer größeren Vervollkommnung der naturwissenschaftlichen Untersuchungsmethoden sich auch die rationale Technik der Beweisführung und in Verbindung damit auch der durch die induktiven naturwissenschaftlichen Forschungen der Philosophie unterstützte *conditio sine qua non*-Kausalitätsbegriff verbessert.

Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß man neben der anwachsenden praktischen Bedeutung dessen dogmatische Rolle verläugnen dürfe.

5. Zur Lösung der Frage, welchen Platz beim Ausbau der strafrechtlichen Grundbegriffe die rationalen und irrationalen Elemente einnehmen, ist nicht das politische Glaubensbekenntnis berufen, sondern man muß ein philosophisch begründetes Verfahren befolgen.

Die Jurisprudenz ist eine bewertende (axiologische) Wissenschaft. Die Strafrechtswissenschaft befaßt sich mit der Bewertung von gewissen menschlichen Verhalten. Es kann daher selbstverständlich nicht Aufgabe der Strafrechtswissenschaft sein, die menschlichen Handlungen explikativ (kausal) zu untersuchen. Das ist Aufgabe der Kriminologie. Wir müssen jedoch noch weitergehen und die Frage aufwerfen, mit wessen Bewertung sich das Strafrecht als bewertende Wissenschaft befaßt? Unsere Antwort lautet: mit der Bewertung der durch die explikative Forschung festgestellten Erscheinungen. Die Geometrie beschäftigt sich allein nur mit den Formen der Körper. Ihr Interesse kann sich auch gar nicht weiter erstrecken. Die Rechtswissenschaft kann aber ohne die explikative Beobachtung des Inhalts nicht bestehen, denn die Rechtsnormen schöpfen ihren Inhalt aus Tatsachen, aus jenen, sich aus kausalen Elementen zusammensetzenden Tatsachen, deren Feststellung nur auf explikativem Wege erfolgen kann. Daraus entspringt die Wechselwirkung von Inhalt und Form, oder was wir gar nicht genug betonen können, es gibt keinen Rechtsinhalt ohne Form ebensowenig, wie eine Rechtsform ohne den sie bestimmenden Inhalt.

Die Kriminologie bietet also, wenn sie die Faktoren der Kriminalität durch explikativmethodische Forschung feststellt, dem Verbrechensbegriff nur den *Inhalt*. Die formale Rechtslehre aber liefert durch Aufdeckung der normativen Elemente des Verbre-

chens nur die *Form*. Das Verbrechen jedoch ist ein in Form erscheinender Inhalt. Dem Wesen nach ist daher der begriffliche Ausbau nichts anderes als das Gießen der Inhaltselemente in eine Form auf logischem Wege. Das Recht aber ist nicht bloß der Ordner gegebener Lebensnotwendigkeiten. Denn das Recht ist als Kulturprodukt selbst auch ein gewisses Wertsystem. Dies kann man nirgends so gut beobachten, wie gerade auf dem Gebiete des Strafrechts. Denn nicht aus jeder interessenschädigenden Tat gestaltet der Gesetzgeber ein Verbrechen, sondern nur aus jenen, welche der in der Seele der Mehrzahl der Staatsbürger lebenden ethischen Auffassung gemäß die schwersten Rechtssanktionen verdienen. Deshalb ist das Verbrechen keine starre rationale Konstruktion. Zu ihrem Wesen gehört auch jenes irrationale Wertelement, daß durch die logische Analyse der menschlichen Erkenntnis nicht erfaßbar ist.

Wie einseitig jene Auffassung ist, welche im Recht eine rein soziale Erscheinung sieht, ebenso verfehlt ist auch jene, die im Recht nur ein Wertsystem erkennt. Das Verbrechen hat, wie im allgemeinen jede Rechtserscheinung, eine dreifache Offenbarungsform: ein *formales* (normwidriges), *inhaltliches* (als bio-soziale Lebenserscheinung) und *bewertetes* (nach der herrschenden Sozialethik der Zeit zu verurteilendes) Verhalten.

Aus diesen drei Elementen setzt sich die Struktur jedes strafrechtlichen Begriffs zusammen: aus denen der Norm, des Inhalts (Rationalelementen) und des Wertes (Irrationalelement).

## II. Die Rechtswidrigkeit und die Frage der Rechtsanwendung.

1. Die Einseitigkeit des Rechtspositivismus kann nirgends in lebhafteren Farben beobachtet werden, als gerade beim strafrechtlichen Problem der Rechtswidrigkeit.

Die normativ-methodologische Richtung sieht nämlich das Wesen der Rechtswidrigkeit ausschließlich in der Normwidrigkeit erschöpft. D. h. dieser Auffassung zufolge ist die Rechtswidrigkeit nichts anderes, als der Widerstand gegen die Rechtsordnung, als die durch den Maßstab der Rechtsnormen ausgedrückte ungünstige Bewertung. Die klassischen Strafrechter betonen ganz besonders, daß die Rechtswidrigkeit ein solches Verhalten ist, welches sich dem Willen der einzelnen Rechtsordnungen gemäß nicht verwirklichen muß, welches diesen entgegensteht, doch ebendeshalb frei von jedem Inhaltselement ist, und so ist die Interessenverletzung kein Element des Verbrechens. Solange eine Handlung

nicht durch die Rechtsnorm verboten ist, kann sie nicht rechtswidrig sein. Und dies ist auch die einzige Form der Rechtswidrigkeit, denn dann, wenn wir von irgendeiner Handlung oder einer sozialen Erscheinung behaupten, daß sie rechtswidrig ist, drücken wir damit ein Werturteil aus, messen wir die konkrete Erscheinung des sozialen Lebens am Maßstabe des Rechts und bei diesem Vergleich stellen wir ihre rechtliche Wertlosigkeit fest. Die Rechtswidrigkeit ist daher der formalistischen Rechtslehre gemäß ein rein formaler Begriff.

In den Gegensatz zu dieser normativen Struktur der Rechtswidrigkeit stellt sich der auf Inhaltselementen ruhende explikativ-methodische Aufbau des Begriffs, d. h. jene Auffassung, nach der der rechtswidrige Charakter einer Handlung das Resultat einer von den Maßstäben des positiven Rechts unabhängig Bewertung sei. So stellen einzelne dieses Inhaltselement der Rechtswidrigkeit bald im antisozialen oder asozialen Charakter der Handlung, bald in ihrem Verstoß gegen die Kulturnorm, oder in ihren interessenschädigenden Natur oder in ihrem Gegensatz zur Gesellschaftsordnung und Gesellschaftsmoral fest u. s. w.

Unsere Auffassung in dieser Frage haben wir schon wiederholt kundgegeben. Bei dieser Gelegenheit wollen wir nur das Endergebnis festlegen.

Wenn wir die Genetik der Rechtsnormen untersuchen, ist es offensichtlich, daß diese die Sicherung des Bestandes der betreffenden Gemeinschaft und der Interessen der in ihr Lebenden bezwecken. Wenn nun die Gemeinschaft gewisse menschliche Verhalten einer Strafsanction unterwirft, dann tut sie es deshalb, weil diese für die Gemeinschaft und für den einzelnen gefährlich sind. Jede positive Rechtsmaßnahme ist die Norm des Verhaltens der Mitglieder der Gemeinschaft, die Sicherung der Daseinerhaltung der Gesellschaft. Deshalb wurzeln Gebote und Verbote, die sich heute bereits in einem Staate aus den verschiedensten Norm-Kategorien zusammensetzen und in letzter Analyse das Verhalten des Individuums entsprechend den Lebensinteressen der Gesellschaft bestimmen, in den die Daseinerhaltung der Gesellschaft sichernden Normen. Aus diesem Grunde können wir sie daher auch Normen zur Erhaltung der Gemeinschaft, oder der Gesellschaft nennen. Die Rechtsnormen schützen jedoch nicht bloß Interessen, sondern auch Werte anerkennen. So hat z. B. das „Du sollst nicht töten, du sollst nicht stehlen“ nur dann normativen Sinn, wenn Leben und Eigentum als Werte Anerkennung gewannen. Welche

Werte der Staat dem Zeitalter entsprechend in den Schutz seines Strafrechts einbezieht, hängt neben den gegebenen sozialen Bedürfnissen in erster Linie auch von der in der Gesellschaft herrschenden moralischen Auffassung ab.

Die Rechtswidrigkeit ist daher weder eine reine Norm- noch bloß eine Interessenverletzung, sondern die Verletzung oder Gefährdung der durch die Rechtsnormen in Schutz genommenen *bewerteten* Interessen.

Diese Auffassung vom inhaltlichen Dualismus der Rechtswidrigkeit kommt in der Praxis überall dort zu besonderer Bedeutung, wo z. B. ein gewisses menschliches Verhalten die normativen Elemente des gesetzlichen Tatbestandes irgendeiner Strafhandlung erschöpft, jedoch vor dem Richterstuhl der Ethik eine Strafe entweder überhaupt nicht verdient oder keine solche, wie sie das Gesetz vorschreibt. Es gerät daher der das Recht anwendende Richter bei Beurteilung eines konkreten Falles in den Punkt des Zusammenstoßes der Rechtsnormen mit der ethischen.

In solchen Fällen ist es fraglich, ob gegenüber der gesetzlichen Norm die ethische anzuwenden sei, oder ob in solchen Fällen das anzuwendende Recht ein durch die ethische Norm ergänzter Rechtsatz wird?

Dies aber führt bereits zur Frage der Rechtsanwendung.

2. Dem Rechtspositivismus gemäß erschöpft sich die Tätigkeit des Richters in jener logischen Betätigung, welche die positive Rechtsnorm auf den gegebenen Fall nach den Regeln des Syllogismus anwendet.

Der Rationalismus des Aufklärungszeitalters geht von der Autonomie des Menschen aus. Die Strafen sind umso gerechter, schreibt der Marquis *Beccaria*, je heiliger und unverletzlicher die persönliche Sicherheit und Freiheit neben ihnen dasteht. Zur Feststellung der richterlichen Willkür dient die Beschränkung der richterlichen Bewegungsfreiheit auf einen je engeren Kreis. *Friedrich der Große* verbietet strengstens, daß die Richter die Meinung der Rechtsgelehrten oder ältere richterliche Erkenntnisse in Berücksichtigung ziehen. Er macht sogar dem Richter zur Pflicht, zur Aufhellung von auf dem Gebiete der Rechtsanwendung sich ergebenden Dunkelheiten und Zweifeln sich an die gesetzgebende Kommission zu wenden. Das Gesetz abstrahiert nicht, sondern konkretisiert, weil es mit seiner reichen Kasuistik trachtet die Freiheit des Individuums je stärker zu schützen (s. z. B. den § 1577 des ALR.). *Feuerbach* aber lehrt auf der *Kant'schen* Basis

des Rechtsstaates, daß die einzige Aufgabe des Richters die Anwendung des Gesetzes sei. Der Richter kann außer dem Recht keine anderen ethischen Bewertungen zur Geltung bringen. Es ist nicht Aufgabe des Staates die moralische Ordnung auf Erden zu verwirklichen. So würde z. B. das Recht zur Abänderung der Strafe den Richter über das Gesetz stellen, die Strafe zum Spielzeug der richterlichen Willkür, den Richter aber zum Gesetzgeber machen und das Ansehen des Gesetzes vernichten. Des Rechtsstaates Eckpfeiler ist die Kodifizierung des Rechts, denn je mehr dasselbe in Gesetzesform gekleidet ist, umso besser beschränkt es die Abhängigkeit des einzelnen von anderen Personen. An die Stelle dieser subjektiven Abhängigkeit tritt jene objektive, welche das Gesetz bestimmt. Der Richter ist daher der Anwender des in Gesetzesform auftretenden Rechts.

Die normativ-iuristische Auffassung führte sodann im Laufe der Zeiten zur Mechanisierung der richterlichen Tätigkeit. Der Richter deformierte sich immer mehr zu jener Rechenmaschine, die für den gegebenen Fall die Entscheidung auf Grund der Gesetze einfach ausrechnet.<sup>20</sup> Andererseits aber führte der Rationalismus des Rechtspositivismus immer mehr dahin, daß die Richter unter Vernachlässigung der Tatfrage des Tatbestandes ihre wahre Berufung in der rationalen rechtslogischen Ausarbeitung der Rechtsfrage sahen. Deshalb sagt *Schiffer* in seinem großes Aufsehen und vielen Widerspruch hervorrufenden Buche, daß die Fähigkeit unserer Juristen in vielem zum Fluch für das Volk wurde. „Oft mach die juristische Begründung der Entscheidung mehr Kopfzerbrechen, als die Entscheidung selbst.“<sup>21</sup>

Daß die richterliche Urteilsfällung auf diesen Irrweg gelangte, bewies glänzend, daß das Recht keine bloße Form ist, daß die Rechtsanwendung nicht in dem Masse rationalisiert werden kann, welches sie zu einer mechanisierenden logischen Tätigkeit vereinfacht.

Die Strafbemessung ist keine bloß logisch-kognitive Betätigung, sondern auch eine emotionale und bewertende Funktion.

Die Erscheinungen des Rechtslebens können nicht in mechanische Formeln gezwängt werden. Soviele Rechtsfälle, soviele Besonderheiten, soviele Täter, soviel selbstständige Individualität. Eben deshalb kann ein gerechtes Urteil auf rein logischem Wege

<sup>20</sup> Mikorey: Naturgesetz und Strafgesetz, Zeitschr. d. Akademie für deutsches Recht, 1956.

<sup>21</sup> Schiffer: Die deutsche Justiz. 1928. 126.

aus den Rechtsnormen nicht deduziert werden. Sehr gut sagt *Isay*, daß die Logik der Wahrheit gegenüber blind sei. Aus einer Norm kann ebenso gut ein gerechter, als auch ein ungerechter Beschluß ohne jeden logischen Widerspruch abgeleitet werden.<sup>22</sup>

Außer den logisch-rationalen Elementen der Strafbemessung gibt es auch irrationale.

So enthält z. B. der § 89. des ungarischen Strafgesetzbuches jene allgemeine Bestimmung, welche besagt: „Bei Bemessung der Strafe sind alle dem Grad der Schuld beeinflussenden erschwerenden und mildernden Umstände zu berücksichtigen.“ Was diese erschwerenden und mildernden Umstände sind, sagt das Gesetz nicht. Doch sind auf der einen Seite z. B. Rache, Neid, Haß, Gewinnsucht etc. als erschwerende oder auf der andern Seite z. B. edler Beweggrund, Unwissenheit, Not, Geständnis etc. als mildernde Umstände alle solche, die mit dem lebenden Täter eines konkreten Verbrechens und nicht mit dem Täter eines abstraktem Sinne genommenen Verbrechens verbunden sind. Diese Verbindung stellt der Richter her, wenn er in einem gegebenen Falle alle jene Umstände als erschwerend ansieht, welche die schwere soziale Bewertung der Handlung involieren, und umgekehrt als mildernd jene, welche die Tat einer mildernden Beurteilung unterziehen.

Besonders augenfällig ist das System jener Gesetze, welche diese Umstände taxativ aufzählen. Dies tut auch der Stolz des ungarischen juristischen schöpferischen Geistes, der diesbezügliche Teil des Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1845 durch die sich darin offenbarende hohe ethische Auffassung.<sup>23</sup> Von den hier aufgezählten Umständen schreibt Fayer, daß sie „so klingen, wie die zehn Gebote. Sie umfassen die gesamte Rechts- und Morallehre. Als ob wir Franz Deák hören würden.“

Der Richter bewertet. Diese Bewertung aber nimmt er nach demselben Maßstabe der ethischen Normen vor, die in der Seele der innerhalb der Rechtsgemeinschaft Lebenden herrschend sind. — Doch neben dieser Bewertung ist auch das Sicheinleben des Richters in jedem gegebenen Fall erforderlich, denn nur diese emotionale Tätigkeit ermöglicht es, daß er individualisiere, daß er die Strafe der Individualität des Täters entsprechend bemesse. Treffend sagt *Großschmid*: „Die rechtliche Überzeugung ist gleich-

<sup>22</sup> Isay: Rechtsnorm und Entscheidung. 1929. 162.

<sup>23</sup> Fayer: Die Strafgesetzentwürfe von 1845. I. 98.

sam ein Echo im Richter, der sozusagen ihre berufenste Hörmuschel oder sagen wir, Phonograph ist, natürlich stark vermengt mit seinem Subjektivismus“, oder „die verpflichtende *Kraft und Wirkung* des Gesetzes gründet sich auf dem Rechtsgefühl des Volkes, denn es ruht ja auf solchen Imponderabilien, Moralitäten etc.“<sup>24</sup>

Die richterlichen Entscheidungen entstehen also nicht auf rein rechtslogischem Wege. Doch der Gesetzgeber war schon in der Blütezeit des Rechtspositivismus gezwungen, immer mehr und mehr irrationale Elemente zu verwerten. Es war nötig, daß der Richter in gegebenen Fällen die eklatanten Gegensätze zwischen rechtlicher und ethischer Norm, zwischen Gesetz und Recht, zwischen Rechtsnorm und Wirklichkeit ausgleichen könne. Jene zahlreichen in den positiven Rechtssätzen vorkommenden Fachausdrücke. z. B. „Rechtsgefühl“, „Billigkeit“, „Natur der Sache“, „die guten Sitten“, „wichtiger Grund“, „Vertragstreue“, „Vertrauen“ u. s. w. enthalten im wesentlichen einen der gesetzlichen Bestimmung gegenüber bewertenden Gesichtspunkt, was nämlich im gegebenen Falle die Mehrheit der Mitglieder der Gesellschaft für richtig, für gerecht hält. So wird also das geschlossene System des Rechtspositivismus durchbrochen, und so wird das starre Recht durch Anwendung dieser bewertenden irrationalen Elemente elastisch; die Rechtsnorm paßt sich dem konkreten Falle an, die Rechtsfolge richtet sich nach der Individualität des Täters. Deshalb verkünden heute immer mehr Autoren, daß der Richter nicht dem Gesetz, sondern dem Geiste der ewigen Rechtsordnung unterworfen sei. Doch schon bei der Beurteilung dessen, was die gestaltenden Faktoren dieser ewigen Rechtsordnungen sind, stoßen wir auf wesentliche Abweichungen. So finden wir, wenn wir die neueste Entwicklung dieser Frage überblicken, die sich besonders in der Rechtsphilosophie des deutschen Nationalsozialismus wieder spiegelt, unter den irrationalen Elementen der richterlichen Beschlußfassung neben den alten Begriffen, wie „Rechtsgewissen“, „Rechtsgedanke“, „Rechtsbewußtsein“ immer häufiger die Terminologie vom „Volksbewußtsein“, „Gesunde Volksanschauung“, „Nationalsozialistische Weltanschauung“ usw.

Aus all dem ersehen wir, daß dem deutschen Volke heute noch das Bild einer zentralen Rechtsidee vollkommen fehlt. Der gleichschaltende Führerwille strebt zwar nach ihrer Ausgestaltung.

<sup>24</sup> Großschmid: Rechtsnormenlehre. 1905. 220, (ungarisch).

Doch die Herstellung der äußeren Ordnung ist viel leichter, als die Schaffung einer neuen Überzeugung werdenden Ideologie. Heute ist erst nur das Ziel offenkundig, das ja die führenden Vertreter des neuen Ideenkreises ständig verkünden. Dieser besteht jedoch im wesentlichen aus nichts anderem, als daraus, eine biologische, rassenmässige Naturrechtauffassung zur Herrschaft zu bringen. Oder die neue Richtung wendet sich, sowohl zur Ableitung ihrer Rechtssätze als auch zu deren Auslegung an das in der besonderen Blutzusammensetzung des deutschen Volks beruhende edle Rassentum.<sup>25</sup> Wir hören von der Schaffung einer neuen Verbindung zwischen Recht und Moral, worüber sich die hiezuhin Berufenen recht häufig äußern, doch diese Moral ist eine andere, als die noch heute herrschende der christlichen Kulturvölker. So bedroht also die im übrigen prinzipiellen richtige Bewegung, die auf die Wiederherstellung der Verbindung zwischen Recht und Moral gerichtet ist, das Recht als eine der wertvollsten Früchte der Kultur mit der Gefahr der Entartung.

Die Strafbemessung ist — wir wiederholen es — keine nur logische, sondern auch eine bewertende Betätigung des Richters. Der Richter wendet die in der Vergangenheit entstandenen Rechtsnormen zur Lösung seiner gegenwärtig gegebenen Fälle an. Doch diese Tätigkeit führt er nicht allein auf rechtslogischen Wege aus, sondern durch Bewertung. Denn jener Richter, der mit der Bewertung der Gesellschaft seiner Zeit und mit den Lebensnotwendigkeit nicht rechnet, kann zwar das Gesetz anwenden, doch er wird ungerecht urteilen. Die Wiederherstellung des Kontakts zwischen Recht und Moral hat daher nirgends größere Bedeutung als bei der Strafbemessung. Dies bedeutet noch lange nicht die Vermengung des Rechts mit der Ethik, sondern nur soviel, daß man sich beider aus einem Stamm entspringende Natur vor Augen halte.

Unsere rationalistische Zeit scheute sich vor der Sonne der Vernunft die irrationale Quelle der richterlichen Entscheidung zu erkennen, auch dann, als sie aus ihr schöpfte. Dieser Urquell aber stand in den christlichen Staaten auch in den härtesten Zeiten des Gesetzpositivismus stets im Gebrauch. In unserer Sprache fand zu seiner Bezeichnung am ehesten das Wort „Rechtsgefühl“ Aufnahme. Es wurde so häufig angewandt, daß es beinahe schon zum rationalen Begriff wurde. Es ist jedoch deshalb ein Gefühl, weil

<sup>25</sup> Eberhard: Modernes Naturrecht. 22.

es auf die Ebene der Logik nicht projiziert werden kann. Seine Analysierung unterließ das Zeitalter des Positivismus. In ihrer endlichen Analysierung aber führt diese Quelle in die Welt der Werte, deren Grundpfeiler die irrationalen Elemente des Wahren, Schönen und Guten sind.

3. In der Folge unserer Ausführungen mußten wir schon wiederholt darauf hinweisen, daß die neue, kollektivistisch gerichtete Bewertung des Strafrechts in vieler Beziehung mit den Wertgrundsätzen der christlichen Ethik in Widerspruch gerät.

Nun wollen wir hier dies etwas näher betrachten.

In erster Linie läßt sich jene kollektivistische Ideologie, welche an die Spitze des Systems den Staat oder die auf dem Blute herrschende Volksgemeinschaft stellt, damit nicht vereinbaren. Die klare Einsicht in diese Frage wird in großem Masse durch die Nichtabgrenzung der miteinander im Gegensatz stehenden Beobachtungsweisen verhindert.

Auf Grund einer richtigen methodologischen Auffassung steht nämlich dem Individuum als soziologischem Begriff die soziale Gemeinschaft, die Gesellschaft gegenüber. Nun ist demgegenüber die Persönlichkeit ein ethischer Begriff, dem wiederum die Kollektiv-Person: der Staat, die Kirche u. s. w. entspricht. Die soziologische und die axiologische Frage sind voneinander zu trennen. Oder: während die soziologisch aufgeworfene Frage sich dafür interessiert, wer der Entstehung nach logisch beurteilt der erste ist, der einzelne, oder die Gemeinschaft, klingt die axiologisch gestellte Frage so: wer ist wertvoller, die Einzelperson oder die Kollektivperson (Nation, Kirche)?

Es kann daher jemand soziologisch Antiindividualist und axiologisch demnach Anhänger des Personalismus sein oder jener Auffassung, welche auf der Welt-Wertskala den höchsten Wert in der Persönlichkeit des Menschen sieht, nach der jede andere kollektive Persönlichkeit für die Person des Menschen da ist und nicht umgekehrt. Diese Auffassung kann auch universaler Personalismus genannt werden.<sup>26</sup> Staat und Volk oder deren Aus-

<sup>26</sup> Luis Legazy Lacambra, Archiv f. Rechts- u. Sozphil. 1954, 276. Unter den Anhängern der Institutionstheorie verdienen besonders: Haurion, Gurvitch, Renard, Rigaud, Desqueyrat, Bossanquet's interessante Ausführungen unsere Aufmerksamkeit. In dieser Auffassung hält auch der Ungar Schütz den Gegensatz zwischen Individuum und Kollektivum für unausgleichbar, denn als Persönlichkeit ist der Mensch eo ipso seiner Eigenschaft nach sowohl Individuum wie auch Gemeinschaft. Oder, wie er sagt, „die lebende Einheit sichtbarer Gegensätze“ -- „Individuum als Ich, Gemeinschaft als Anerkenner

drücke, mögen sie wie immer heißen, jede solche Bewertung, welche diese für die höchsten Werte hält und das Individuum zu ihrem Werkzeug herabdrückt, widerspricht der christlichen Ethik. Oder: wenn die Gemeinschaft die Ebene der christlichen Ethik nicht verlassen will, kann sie keiner andern Auffassung folgen als jener, welcher statt der Vergötterung der Gemeinschaft die Erlebung der einzelnen Personen zu Gott anstrebt, im Wege der kollektiven Persönlichkeiten, Staat, Kirche etc.<sup>27</sup>

Der Mensch faßt Wurzel in der Wertwelt. Diese aber baut sich aus den Elementen der christlichen Kultur auf.

Es erscheint daher auf Sand gebaut das Strafrecht jenes Staates, welches bei der Ausgestaltung der strafbaren Handlungen unter Aufopferung der Individualität die Gemeinschaft zum Götzen erhebt. Doch warum sehen wir die Normen der christlichen Ethik als höchsten Masstab jeder Bewertung an? Die Frage wollen wir hier nur kurz beantworten. Der christlichen Lehre zufolge ist jeder Mensch das Ebenbild Gottes. Daraus folgt unmittelbar die Rechtsfähigkeit des Menschen, seine rechtlich persönliche Qualifikation. Die einzelnen können daher nicht im Zustande vollkommener Rechtlosigkeit leben. Die Eigenschaft des Menschen als Sache hört auf, auch der Wilde und der Sklave erheben sich auf die persönliche Qualifikation. Irrig wäre die Auffassung, welche die Existenz anderer Kulturen vor dem Auftreten des Christentums läugnen würde. Doch auch in der erwähnten Lehre sehen wir mit *Ihering* die größte Errungenschaft der Kulturgeschichte, die Erhebung der christlichen Ethik über alle anderen.<sup>28</sup>

und Verwirklicher von Werten.“ (Örség. 290.). Auf dieser Grundlage hält er das auf einen toten Punkt angelangte Problem von Gebundenheit und Freiheit für lösbar. Der Inhalt der wahren geistigen Freiheit, u. zw. der christlichen Freiheit ist: hineinwachsen und einwurzeln in die Welt der Wirklichkeiten und Werte. Doch dies ist zugleich auch Gebundenheit, moralische Verpflichtung. Die verpflichtende Norm meines ganzen individuellen Verhaltens und jeder meiner Stellungnahme ist das große Gesetz der Wertwelt — der Wille Gottes.

<sup>27</sup> Papst Pius XI. wendet sich in seiner die Lage der katholischen Kirche in Deutschland behandelnden Enzyklika scharf gegen den „Mythos von Blut und Rasse“, gegen dieses durch Fälschung des Begriffs der Christenheit eingeschmuggelte pantheistische neue Heidentum. Doch ebenso scharf verurteilt er die Umstürzung, Verdrehung und Verfälschung der von Gott geschaffenen und befohlenen Ordnung der Dinge, die „götzendienliche Vergötterung“ der Rasse oder des Volkes oder der Staatsform, oder der Träger der Staatsgewalt.

<sup>28</sup> *Ihering*: Kampf ums Recht. 1872.

Die gegen die christliche Ethik verstoßenden Gesetze rufen heute bereits in der Seele der Völker der Welt eine allgemeine Wellenbewegung hervor. Warum? Darum, weil die in der christlichen Kulturgemeinschaft lebenden, wenn auch dem Glaubensbekenntnis nach außen stehenden Völkergruppen diese moralischen Normen als allgemeine Regulatoren für gewisse Fragen ansehen, weshalb auch, wenn in irgendeinem Staate die positiven Rechtsnormen mit den ethischen Normen in Widerspruch geraten, das moralische Gefühl des Volkes der Schwere des Konflikts gemäß reagiert.

Im Bewußtsein dessen, daß Recht und Ethik voneinander getrennt existieren, doch aus einer Wurzel entspringen, verwerten wir auf dem Gebiete des Strafrechts die Bewertungen der christlichen Ethik. Über den Normen des positiven Rechts sehen wir jenen Geist des Rechtes, der aus der Quelle des Christianismus entspringt.

Diese Frage aber führt uns bereits zum Problem der Entstehung der Strafrechtsnormen.

4. Seit *Binding* sehen wir im Strafrecht bereits klar, daß in jedem gesetzlichen Tatbestand, wenn wir ihn analysieren, ein Norm verborgen ist, welcher etwas verbietet oder anbefiehlt. Diese Normen wenden sich zum Teil an die Gemeinschaft der Bürger, zum Teil an die staatlichen Organe. In diesem Sinne sind von den Strafgesetzen begrifflich die Normen welche unmittelbar die Gesamtheit der rechtlichen Gemeinschaft betreffen, zu unterscheiden. Die Norm lautet: „Du sollst nicht töten“. Das Strafgesetz befiehlt: „Wer tötet, wird bestraft.“

Als *Binding* in seiner meisterhaft aufgebauten Normentheorie den normativen Charakter der strafbaren Handlung als erster wissenschaftlich begründete, gibt er auf eine bisher ganz unverständlicher Weise noch nicht aufgeworfene Frage über die dogmatische Konstruktion der strafbaren Handlung Antwort. Bevor das erste antisoziale menschliche Verhalten die sich ihm gegenüberstellende soziale Reaktion auslöste, mußte bereits eine gewisse Norm vorhanden sein, welche die Verübung des ersteren verbot. Es ist fraglich, wo die Gebote und Verbote, welche den durch das Strafgesetz bedingten Gehorsam vorschreiben zu finden sind. *Binding* antwortet in der Weise, daß die Handlung des Menschen einheitliche Regulatoren besitzt. Aus diesem Grunde sind die im Strafrecht, Privatrecht etc. aufgezeichneten Rechtsbestimmungen nur die Niederschläge gewisser höchster Gebote. Diese Gebote —

Normen — bilden die Grundlage oder die Vorbedingung der konkreten Rechtsätze,<sup>29</sup> doch außer ihnen und hinter ihnen besteht die gesetzliche Form, die sie in den meisten Fällen entbehren.<sup>30</sup> Aus dem Wesen der Normen folgt, daß es eigentlich keine besonderen Privatrechts-Normen gibt, gegenüber denen des Strafrechts, des Staats- oder Internationalen Rechts denn diese tragen, da sie die höchste Verallgemeinerung der Rechtsordnung darstellen, allgemeinen rechtlichen Charakter. Die Normen als metagesetzliche Kategorien, als die „Gehorsamsansprüche des Staates“, stellen ohne Begründung Gebote auf, welche die Pflichten der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft feststellen. Auch im Strafrecht wird „das Delikt als eine außerhalb der Normen stehende Verletzung des Strafgesetzes“ anerkannt.<sup>31</sup> Der Täter verletzt durch seine Handlung nicht das Strafgesetz, denn er handelt ja dementsprechend, sondern die dessen Grundlagen bildenden Normen. „Der Strafgesetzgeber erzeugt das Verbrechen“. Ein großer Teil der den strafbaren Handlungen entsprechenden Normen ist jedoch im geschriebenen Gemeinrecht nicht zu finden, weshalb wir gerade aus dem Strafgesetz auf solche Normen schließen können.

*Binding* gelangt, wenn er auf diesem Punkte der Genetik der Normen stehen bleibt, an eine solche Grenze, vor deren Überschreitung seine formalistisch-juristische Auffassung ein „Veto“ ausruft. Wir müssen jedoch, diesen Ausführungen *Bindings* folgend, weiterschreiten, d. h. wir können bei der Annahme eines auf der Basis eines Rechtspositivismus ruhenden, fiktiven gemeinrechtlichen Normen-Komplexes nicht stehen bleiben.

Dieser Weg jedoch ist nicht mehr der normative, sondern der kausale.

An dieser Stelle wollen wir von den Autoren, welche das weiter Fortschreiten versuchten, nur *M. E. Mayer* erwähnen. Wohin er gelangt, ist das Reich der *Kulturnormen*. Unter diesen versteht er jene Gebote und Verbote, durch welche irgend eine Gesellschaft das ihren Interessen entsprechende Verhalten fordert. Oder „jene Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische konventielle, als Folgerungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten.“<sup>32</sup> Die Kulturnorm ist nur der Stoff, aus dem der Gesetzgeber die Rechtsnormen gestaltet. Auch der

<sup>29</sup> *Binding*: Die Normen und ihre Übertretung. 1916. B. I. 45.

<sup>30</sup> *Binding*: Lehrbuch, 848. 36, 45.

<sup>31</sup> *Binding*: Lehrbuch, 45.

<sup>32</sup> *M. E. Mayer*: Rechtsnormen und Kulturnormen, 1905. 17.

*Mayer'schen* Kultur­norm­theorie gegenüber führen wir ein­zig nur den Einwand *Bindings* an, als den auch vom Gesichtspunkt der Methodologie wichtigsten an: „Diese Lehre hat vor halb­wahren den Vorzug voraus, daß an ihr *alles falsch ist*“. — „Es ist nicht war, daß die sog. Kultur­normen die ja in allen Ländern gleicher Kultur gleichlautend und jedenfalls frei von nationaler Färbung, also Welt­Normen sein müssen. — Unendlich häufig und oft mit segnen­reichster Wirkung stellt der Gesetzgeber als Führer seines Volkes auf dem Rechtsgebiet neue Pflichten auf. Es ist eine unwürdige Erniedrigung des Rechts durch den Juristen, wenn er dessen Dasein einer weiteren Rechtfertigung für bedürftig hält. — Es ist eine große Verkehrung des Sachverhalts, daß der Gesetzes­Untertan dem Gesetz keinen Respekt schulde, sondern nur der in ihm enthaltenen Kultur­norm.“<sup>33</sup>

Dieser scharf klingende Protest *Bindings* ist die Konsequenz seiner formalistischen juristischen Auffassung. Er wäre dem geschlossenen autonomen Charakter des Rechts untreu geworden, wenn er den normativen Weg verlassen hätte. Zur richtigen Lösung der Frage führt jedoch auf diesem Gebiete der explikativ­methodische Weg.

Wenn wir die Entstehung der Rechtsnormen kausal unter­suchen, sehen wir deutlich, daß auch diese in erster Linie die Existenz der Gemeinschaft, die Interessen der in ihr Lebenden zu schützen bestrebt sind.

Oder, wenn der Staat gewisse menschliche Verhalten (Mord, Diebstahl, Brandstiftung etc.) unter Strafsanktion stellt, tut er es dem Grunde, weil diese die Existenz der Gemeinschaft gefährden. Die Urquelle jeder Rechtsnorm ist nichts anderes als das Gesetz der Selbsterhaltung. In der endlichen Analyse ist daher jede positive Rechtsnorm: die Norm des Verhaltens der Mitglieder der Gemeinschaft, die Sicherung des Bestehens der Gesellschaft. So gelangt die genetische Untersuchung der Normen zu jenem den Naturgesetzen entspringenden Normen­komplex, der sich sodann im Laufe der Entwicklung selbst­verständlich um sehr differenzierte Normenkategorien (religiöse, moralische, konventionelle u. s. w.) vermehrte. Ebendeshalb müssen wir, so sehr wir auch *Mayers* Bestreben, auf dem durch *Binding* eröffneten Wege weiter zu schreiten, beistimmen, dennoch bean­stehen, daß er das Ende dieses Weges in den „Kultur­normen“

<sup>33</sup> *Binding*: II. 568. ff.

bezeichnet. Denn auch jene weite Umschreibung der Kulturnormen, welche *Mayer* zieht, ist dazu zu enge, daß die gesamte Materie der Rechtsnormengestaltung darin Platz fände.

D. h. jene Gebote und Verbote, welche sich heute bereits aus den verschiedensten Normen-Kategorien zusammenfinden, wurzeln in der Endanalyse in den das Verhalten des Individuums, den Interessen der Gesellschaft entsprechend sichernden Normen. Wir können sie daher kurz die Normen zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaft oder zur Existenzerhaltung der Gesellschaft nennen. Ihre wahre Wurzel ist jenes biologische Gesetz des Organismus, daß jeder Organismus leben will, sein Dasein und damit sein Glück zu sichern bestrebt ist und organischer Betätigung zuschreitet. Der primitive Mensch nämlich trachtet vorerst sein physisches Leben zu sichern. Doch wenn er aus einem natürlichen Urzustand heraustritt, erschöpft sich seine Kraft nicht mehr rein nur in der Befriedigung seiner bio-physischen Bedürfnisse sondern mit der Entfaltung seiner Persönlichkeit beginnt er, sich mit seinem metaphysischen Bedürfnissen in eine Welt von höheren Werten einzuschalten, er will an der Kultur Anteil haben. Deshalb nennt *Ihering* das Recht die moralische Daseinsbedingung der Person, denn ohne Recht bleibt der Mensch auf dem Niveau des Tieres. Es gibt keine Kultur ohne rechtliche Ordnung. Ohne die rechtliche Sicherung und Beförderung der Entwicklung der menschlichen Persönlichkeit ist für die Entstehung höherer Kulturwerte keine Möglichkeit gegeben. So wird das Recht immer mehr zum mächtigen Faktor der moralischen, geistigen und wirtschaftlichen Erhöhung des Menschengeschlechts. Deshalb kann der Staat nicht bloß utilitaristische Ziele verfolgen.

Der Staat ist nicht nur eine Steuer eintreibende, Zwang anwendende öffentliche Gewalt, sondern auch der Träger geistig-moralischer Ziele, der äußere Objektivator kultureller Ziele.<sup>34</sup>

Daher wirken nicht ausschließlich die rationalen und materiellen Faktoren auf die qualitative Ausgestaltung der staatlichen Rechtsordnung, sondern auch jene irrationalen Wert-Elemente, welche eine zur Aufrechterhaltung des Daseins entstandene Gemeinschaft auf die Höhe der Kulturgemeinschaft erheben. Jene Rechtsordnung, welche die Willkür des einzelnen hervorbringt oder welche ausschließlich für materielle Zwecke geschaffen ist,

<sup>34</sup> Julius Kornis: Kultur als Staatszweck. (Vortrag. Wien, 1937.)  
Leonhard: Recht und Gesetz („Jog“ 1936. I. Heft.)

ist auf Sand gebaut. Die allgemeinen Grundsätze der Bildung, die in der Seele der Mehrheit der Staatsbürger lebenden ethischen Prinzipien ziehen jene Grenze, innerhalb welcher der Gesetzgeber lebensfähige positive Rechtsnormen schaffen kann.<sup>35</sup>

### III. Die Strafe.

Der rechtsdogmatische Ausbau des Begriffs der Strafe ist selbstverständlich durch die philosophische Auffassung von der Strafe und des daraus folgenden Zwecks bedingt. Dementsprechend gelangen sodann in der rechtlichen Konstruktion der Strafe im Kampfe der absoluten und relativen Theorien bald die rationalen, bald die irrationalen Elemente ins Übergewicht.

Mit der Festigung der ersten Grundlagen des klassischen Strafrechts gewann die Frage der Rechtsbasis des Strafrechts in prachtvollen naturphilosophischen Theorien bereits Vertiefung. So krystallisierte sich die ganze Straflehre des sich aus der Naturphilosophie nährenden Strafrechts um das Prinzip der absoluten Wahrheit. Dagegen erheben die absoluten Theorien die Vergeltung zum Zweck der Strafe, da die Strafe jenes *malum passionis quod infligitur propter malum actionis* ist.

Die Lehre des klassischen Strafrechts trägt individual-ethischen und formalen Charakter, denn das Übel, welches zu vergelten ist, ist ein individuelles und sein Maß richtet sich der individuellen Schuld und dem objektiven Gewicht seiner Handlung. Der Kern der Strafe aber ist ein unmittelbar aus der Rechtsidee abgeleiteter Satz, ein Attribut der Idee der Gerechtigkeit.<sup>36</sup>

Die theoretische Erfahrung der Rechtsgrundlage der Strafe beginnt unter dem Einflusse der sozialutilitaristischen Ppilosofie

<sup>35</sup> *Julius Moór* stellt als Schranken für die gesetzgebende Macht vier Gruppen der Unmöglichkeit fest (logische, physische, soziologische und moralische). Ihnen zufolge besteht die letzte darin, daß ohne grundlegende moralische Forderungen das Bestehen der Gesellschaft unmöglich würde, oder: „die Moral ist deshalb zur Rolle des Erhalters der Gesellschaft geeignet, weil die Moral gerade die zum gesellschaftlichen Leben unentbehrlichen Forderungen dem Solipsismus des Individuums gegenüber festlegt“ (Das Problem des Naturrechts. 1954. 41.) Diese Auffassung ist jedoch sozial-utilitaristisch. Er sieht in den moralischen Normen die Maßregeln zum Schutze der Gesellschaft. Unter den moralischen Normen gibt es viele von mittelbarer Wirkung, doch auch viele, die auf die Erhaltung des gesellschaftlichen Lebens gar keinen Einfluß ausüben.

<sup>36</sup> *Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft, 1911. 259.*

phie auch in anderer Richtung, jedoch bei weitem nicht mit einer der ersteren ähnlichen philosophischen Vertiefung. Ihre Wirkung wäre eine vorübergehende geblieben, wenn die Ergebnisse der kriminologischen Forschungen nicht die Idee der sozialen Prevention zum Triumph geführt hätten. Die durch die ätiologischen Untersuchung der Entstehungsfaktoren der Kriminalität aufgedeckten kriminogenen Quellen geben den relativen Theorien des Strafrechts Existenzberichtigung, indem sie den wirkenden Faktoren gegenüber den Zweck der Strafe darin normieren, daß der Täter in Zukunft möglichst keine neuen Straftaten mehr begehe. So beginnt der Rationalisierungsprozeß des Begriffs der Strafe. Die rationale Zielsetzung: der Schutz der Gesellschaft, den nach den verschiedenen Klassen der Täter zu erzielen bald die Besserung, bald die Abschreckung, bald die Unschädlichmachung bezw. die künstliche Auslese berufen sind. So tritt zu den formalen Elementen der Konstruktion des klassischen Strafbegriffs ein neues Element, das bereits nicht mehr das Kind des aus der Rechtsidee abgeleiteten „Sollen“, sondern des aus der Idee des Gesellschaftschutzes abgeleiteten „Sein“ ist. Neuestens jedoch begegnen wir wiederum auf die Zurückdrängung der rationalen Elemente der Strafe abzielenden Bewegungen unter Vernachlässigung der Zweckelemente der Strafe. Beginnt man immer mehr ihren irrationalen, metaphysischen Charakter zu betonen.<sup>37</sup> So gebrauchen mit Vorliebe Dahm und Schaffstein<sup>38</sup> zur Bezeichnung des Wesens der Strafe den Ausdruck „Integration“. Darunter aber verstehen sie die Wiederherstellung des Gleichgewichts der gestörten Ordnung der Gemeinschaft zu ihrer neuerlichen Kräftigung, die Re-integration des Täters in jene Gemeinschaft, deren Bande er zerrissen hatte.

So zeigt sich eine neue Renaissance des Sühnegedankens, zwar nicht auf Grund der Individual-, sondern der Sozialethik. Oder dieser Begründung zufolge ist das Schlechte, welches der Sühne harrt, sozial schlecht; deshalb richtet sich das Maß der Sühne nach der objektiven und subjektiven sozialen Feindlichkeit von Tat und Täter.

Die neuorientierte Straflehre nennt unter Verwerfung des Zweckgedankens ihr eigenes Strafrecht mit Vorliebe Autoritätsstrafrecht, dessen Aufgabe in der Geltendmachung der staatli-

<sup>37</sup> Larenz: Z. f. Kulturphil. II. 26. Kempermann: Z. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. 1956. 28.

<sup>38</sup> Dahm: D. I. Z. 54. 827. Schaffstein: D. Recht. 55. 269.

chen Autorität besteht, um die Staatsgewalt vor aller Welt zu offenbaren.<sup>39</sup> „Der Staat benutzt die Strafe, um seine Macht aller Welt sichtbar vor Augen zu führen“. In der Strafe offenbart sich symbolisch die Würde des Staates. Das Verbrechen ist nicht nur Grund, sondern Anlaß der Strafe. Bei ihrer Anwendung fällt daher der rationale Zweckmäßigkeits-Gesichtspunkt fort.<sup>40</sup>

Die Schwere der Strafe erhöht die Autorität des Staates, so die Todesstrafe macht eindringlich sichtbar, daß der einzelne dem Staate preisgegeben werden darf. Der kriminologischen Richtung wird als Sünde angerechnet, daß sie dadurch, daß sie den Zweckgedanken in den Vordergrund schob, zur Milderung der Strafe und zur Schwächung der Staatsautorität führte.

Unsererseits halten wir jene Auffassung, welche die Aufgabe der Strafe in der Geltendmachung der Staatsautorität sieht, für gänzlich verfehlt. Das Strafrecht darf nämlich zu seiner Zielsetzung nicht das wählen, was das Endergebnis der Betätigung des ganzen Rechtssystems eines Staates bilden kann. Der Strafkodex eines Staates kann noch so schwere Strafen enthalten, ohne daß damit die Staatsautorität gesteigert würde. Dies beweist schlagend jene geschichtliche Vergangenheit, als vor noch garnicht so langer Zeit die Todesstrafe die einzige Strafart in sehr vielen Staaten war. „Und was nützten der Menschlichkeit die tausend Arten von Qualen?“ fragt unser *Szemere*. „Wie viel Gutes und Schönes erblühte aus dem Leben jener 60.000, die unter Heinrich VIII. auf der Blutbank starben und jener 70.000, die in England von 1689—1787 durch Henkers Hand den Tod erlitten; und müßte demnach nicht Spanien als Paradies erglänzen, wo das Wort des Gesetzes in kurzen drei Monaten 2600 Menschen tötete.“<sup>41</sup>

Die Autorität des Staates sichern andere Umstände, namentlich die Funktion des gesamten staatlichen Rechtssystems. D. h. je vollkommener in einem Staate die einzelnen positiven Rechtszweige den erwachsenden Anforderungen entsprechen, und um auf dem Gebiete des Strafrechts zu bleiben, je besser das Strafrecht des Staates befähigt ist, die Gemeinschaft dem verbrecherischen Individuum gegenüber zu schützen, und je geringer in einem Staate die Zahl der Verbrechen, unsomehr erhöht sich das Ansehen des Staates.

<sup>39</sup> Dahm-Schaffstein: *Liberales oder autoritatives Strafrecht?* 4.

<sup>40</sup> Dahm-Schaffstein: *ebenda* 40.

<sup>41</sup> *Szemere*: *Über die Strafe und im besonderen über die Todesstrafe*. Buda, 1841. 165.

Die Zahl der Verbrechen aber kann in erster Linie der zielbewußte Kampf gegen die Kriminalität verringern.

Der kriminologischen Richtung gegenüber jedoch ist jene Beschuldigung, daß die Rationalisierung der Strafe zur Schwächung und Verminderung der staatlichen Autorität geführt habe, vollkommen unhaltbar. *Aschaffenburg*, als bekannter Vertreter der kriminologischen Richtung protestiert mit Recht gegen jene Einstellung, als ob gerade der Arzt, der Psychiater es wären, die sich scheuen würden, die Freiheit des Individuums im Interesse der Gemeinschaft zu beschränken. So verweist er darauf, daß der Arzt auch in der Vergangenheit, unabhängig von jeder Weltanschauung sehr häufig tief in den individuellen Rechtskreis eingriff, als er z. B. durch gewisse ärztliche Untersuchungen, Verfahren, durch rücksichtslose Absonderung gewisser Kranker die individuelle Freiheit in großem Maße beschränkte.<sup>42</sup>

Diese Anschuldigung ist übrigens nicht neu. Höchstens ist die Begründung eine andere. Früher nämlich befürchteten die Klassiker auf individualethischer Grundlage die Entartung der Strafe als Vergeltung. Gegen diese Verdächtigung jedoch protestierte schon *Lombroso* (im Vorwort zum „Uomo delinquente, IV. Aufl.), indem er sich dahin äußert, es sei eine reine Legende, daß die italienische Schule jeden Strafkodex strichen und jeden Gauner frei laufen lassen wolle. Er wünsche im Gegenteil, solche lebenslänglich zu internieren.

Und wirklich greift die kriminologische Richtung, wenn sie das Interesse der Gemeinschaft über das individuelle stellt, gewissen Klassen von Verbrechen gegenüber mit ihrem Bestreben nach Einführung von Sicherungsmaßnahmen, mit der Propagierung der Strafe von unbestimmter Dauer etc. sehr weitgehend in die individuelle Freiheit ein.

Der richtige Ausbau des rechtlichen Begriffs der Strafe oder die Entscheidung jener Frage, in welchem Verhältnis die rationalen und irrationalen Elemente in der Strafe stehen, kann nur vom geschichtlichen Begriff der Strafe ausgehen.

Die alte klassische Richtung, die auf individualethischer Grundlage ebenso wie die neue nationalsozialistische Auffassung, die sozialetisch in der Strafe ausschließlich die Sicherung sieht, schließt vor der geschichtlichen Entwicklung der Strafe die Augen. Die klassische vergeltende Straflehre verschloß sich mit ih-

<sup>42</sup> *Aschaffenburg*: Neue Horizonte? Monatsschrift, 1935. 158. ff.

rem geschlossenen normativen Strafbegriff starrsinnig vor der durch das praktische Rechtsleben geforderten Erneuerung. Deshalb wird auch auf dem Gebiete der klassischen Gesetzbücher die Rechtsordnung immer unsicherer, besonders infolge der erstaunlichen Zunahme der Zahl der jugendlichen und gemeingefährlichen Verbrecher. Diese pathologische Entwicklung der Kriminalität überzeugte auch die klassische Schule von der Notwendigkeit eines wirksameren als des bisherigen strafrechtlichen Schutzes. Doch dem „état dangereux“ der Verbrecher gegenüber betrachtete sie den Schutz als nicht mehr vereinbar mit dem klassischen Begriff der Strafe, und so konstruierte sie den Begriff der den Schutz der Gesellschaft sichernden Maßnahmen (Sicherheitsmaßregeln). Doch während sie damit das Veraltetsein des Rechtsbegriffs der Strafe anerkannte, verschloß sie sich dennoch hartnäckig vor der Neukonstruktion des Strafbegriffs. Auf anderer prinzipieller Grundlage doch ebenfalls auf den Irrweg gelangte die deutsche nationalsoziale Straflehre. Wieder die eine noch die andere nimmt auf den geschichtlichen Entwicklungsprozeß der Strafe Rücksicht. Sie beachten jenen langen Weg nicht, welchen die rein auf dem Instinkt beruhende gesellschaftliche Rache zurücklegte, bis sie sich durch das Talio- und Kompositions-System bis zur öffentlichen Bestrafung ausbildete. Auch die allgemeine biophysiologicalhe und kulturelle Entwicklung des Menschen bleibt unberücksichtigt.

Die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung der Rache wollen wir nicht bestreiten. Ohne den in die Seele des Menschen gepflanzten Rache-Instinkt — schreibt *Herold* treffend — würde der Schwache es niemals gewagt haben, den Übergriffen des Stärkeren entgegenzutreten, er würde vielmehr sein Haupt untertänig vor dem Gewalttäter gesenkt haben; die Begriffe der menschlichen Würde und der Menschenrechte wären niemals aufgetaucht.<sup>43</sup> Doch ebenso wie auf jedem Gebiete des Rechtslebens, so auch auf dem des Strafrechts übernehmen mit dem Verblässen der Instinktkräfte die rationalen Faktoren immer mehr die führende Rolle. Die instinktmäßige Strafe wird allmählich mit rationalen Elementen erfüllt. Dadurch nämlich, daß sich an die strafbare Handlung sühnende Reaktion gewisse solche Ergebnisse knüpfen, die sich für die Gemeinschaft als wünschenswert erweisen,

<sup>43</sup> Herold: Bemerkungen über das Rechtsprinzip der Zweckstrafe. · Z. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. XII.

verwandelte sich infolge der Umgestaltung der Ergebnisse das anfänglich instinktive Verhalten in zielbewußte Handlung. Dieser Entwicklung gegenüber sehen sowohl die orthodox-klassische, wie auch die neue Richtung in der Vergeltung den einzigen wesentlichen Zug der Strafe. Oder die ganze Entwicklung der Strafe ist nichts anderes, als die Umwandlung der im Bilde der Rache erscheinenden ungerechten Vergeltung in gerechte Bestrafung. „Die ungerechte Vergeltung, als welche uns die Rache sich darstellt, ist in der Strafe zur gerechten Vergeltung geworden“.<sup>44</sup> „Das vergeltende Strafrecht ist der gewaltige Zeuge unserer persönlichen und unserer sittlichen Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft, Zeuge des Glaubens, daß wir Herren unserer Taten sind“,<sup>45</sup> so schreibt der neue nationalsozialistische Strafrechtler, *H. Mayer*.

Auch hier entfernten sich Theorie und Wirklichkeit in vielem voneinander. Wir brauchen nur auf die strafgesetzliche Tätigkeit der Welt in den letzten 50 Jahren einen flüchtigen Überblick zu werfen. Wir sehen, daß in den Strafgesetzbüchern der verschiedensten Staaten die zentripetale Kraft des Zweckgedankens sich immer mehr geltend macht. Besserung, Erziehung, Unschädlichmachung, und künstliche Selektion, in Synthese: der einseitige, enge Kreis der vergeltenden Strafe wird durch die rationalen Elemente der Gesellschaftsversicherung bereichert.

Wir wiederholen, daß der richtige Ausbau des Begriffs der Strafe von dieser als Lebenserscheinung ausgehen kann. Wer das historische Bild der Strafe unbeachtet läßt, arbeitet in luftleerem Raum, und so kann es leicht geschehen, daß die Strafe einseitig bald als irrationale Erscheinung aufgefaßt wird.

Doch auch die richtige Auffassung der geschichtlichen Ausgestaltung der Strafe führt notwendigerweise zu jener Synthese der rationalen und irrationalen Elemente, aus welchen sich die rechtsdogmatische Konstruktion der Strafe aufbaut. Die restliche Struktur der Strafe setzt sich aus den Bestandteilen der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit zusammen. Oder: die Strafe ist inhaltlich Sühne (irrationales Element), in ihrer Wirkung Vorbeugung (rationales Element): sie ist ein ethisch verwerfendes Werturteil enthaltender und dem gesellschaftlichem Schutz dienender Rechtsnachteil.

<sup>44</sup> Birkmeyer: Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe. Gerichtssaal, Bd. 67.

<sup>45</sup> H. Mayer: Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936. 51.

#### IV. Der Begriff der Schuld.

Der auf normativ methodologischer Grundlage ruhende klassische Rechtspositivismus sieht in der Schuld eine reine Rechtserrscheinung, die ihrem rechtlichen Ursprung zufolge von Ethik und Psychologie unabhängig ist.

So führt der Großmeister dieser Richtung *Binding* einen scharfen Kampf gegen jede solche Bestrebung, welche den rechtlichen Begriff der Schuld aus der Ethik ableiten will. In seinen „Normen“ schreibt er: „der rein rechtliche Ursprung des ursprünglichen Schuldbegriffs verdient scharfe Betonung. Die Lehre, das Recht habe ihn aus dem Bereiche der Sittlichkeit entlehnt und ihn dem Begriff der sittlichen Schuld nachgebildet, ist falsch und kann nur verwirren.“<sup>46</sup> Oder: „Die Schuld erschöpft sich in ihrem Gegensatz zum Recht. Aus ihrer Definition diese Beziehung wegzulassen, ist eine Todsünde gegen die juristische Methode.“<sup>47</sup> Die rechtliche Schuld aber ist ein sich stets zur einzelnen augenblicklichen Handlung fügender Begriff: „Ein einzelner Lebensvorgang — eine Augenblickstat —, vielleicht ganz herausfallend aus den bisherigen Gepflogenheiten des Mannes, hat ihn zum „Schuldigen“ gemacht, und nur dafür ist er strafrechtlich haftbar, nicht für seinen Charakter, nicht für seine dauernde Gesinnung, nicht für sein Verhalten vor und nach der Tat.“<sup>48</sup>

Nun ist die Frage die: was gibt dieser rechtlichen Schuld Rechtsinhalt? Darauf antwortet *Binding*: „In dem rechtlichen mißbilligten, weil in concreto vermeidbaren und nach dem Rechtswillen in concreto vermeidenden Verhalten des Pflichtigen zur konkreten Rechtspflicht, die er verletzt, erschöpft sich seine Schuld im Rechtssinne.“ Oder anders ausgedrückt: In der gewollten Verletzung der erkannten Rechtspflicht besteht die ganze Willenschuld des Deliquenten, die er hätte erkennen müssen. Da die rechtliche Schuld eine andere ist, als die sittliche, kann sie nicht mit den Massen der letzteren gemessen werden. Doch die rechtliche Schuld ist auch keine „gesellschaftliche“, weshalb sie auch mit dem Maßstab des gesellschaftlichen Nutzens oder Schadens gemessen werden kann. Beides führt zur Verfälschung des rechtlichen Schuldbegriffs.

<sup>46</sup> *Binding*: Normen. II. 269.

<sup>47</sup> *Binding*: Normen. II. 283.

<sup>48</sup> *Binding*: Normen. II. 286.

Von den charakteristischen großen Vertretern dieser Richtung erwähnen wir noch *Beling*, dem zufolge jede solche Bestrebung, welche die Pflichtwidrigkeit in der Verletzung von Moral, Religion oder Kultur finden will, die Entwicklung von Jahrhunderten zurückschraubt, im Laufe welcher sich diese voneinander glücklich differenziert hatten. Das Wesen des reinen Rechtspositivismus lebhaft beleuchtend, schreibt er: „Sind objektiv die Sätze von Sitte, Moral u. s. w. solche keine Rechtssätze, werden sie dies vielmehr nur, wenn sie vom Recht selber ebenfalls proklamiert werden, und ist umgekehrt ein Rechtssatz Rechtssatz auch dann, wenn er nicht gleichzeitig ein Satz der Sitte u. s. w. . . Das Recht ist jedenfalls stark genug, schwächliche Anleihen bei der Moral u. s. w. entbehren zu können.“ Und mit Spott fragt er weiter: „Wenn zum Vorsatz im Rechtssinne das Bewußtsein der Moralwidrigkeit gehören soll, warum dann nicht auch zur Bosheit im moralischen Sinne das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit? Was dem einen recht wäre, wäre doch dem anderen billig.“<sup>49</sup>

Er zieht daher die letzte Konsequenz, daß die rechtliche Schuld sich in der Verletzung der rechtlichen Pflichten erschöpft, also jener, welche ausschließlich das Recht bestimmt, nicht aber Sitte, Moral und Religion.

Kaum zeigt sich noch irgendwo auf dem Gebiete des Strafrechts der leere Rechtspositivismus in schreienderen Farben, als eben in der Frage der Schuld. Ständig hören wir von der Verletzung der rechtlichen Pflichten, doch nirgends finden wir die Aufwerfung der ins Wesen einschneidenden Frage: was müssen wir unter rechtlichen Pflichten verstehen? Das auf der normativen Grundlage ruhende Strafrecht interessiert sich nicht für den Ursprung der rechtlichen Pflichten. Es nimmt sie als Gegebenheiten hin. Ihre Anführung ist daher nur ein leerer formaler Rahmen. Diesen normativen Rahmen können wir jedoch nur so mit Inhalt ausfüllen, wenn wir den Entstehungsprozeß der rechtlichen Pflichten berücksichtigen. Hieher aber führt bereits der Weg der explikativen Auffassung. Solche Pflichten, deren Quelle ausschließlich das Recht wäre, gibt es nicht. Der Gesetzgeber schöpft, wenn er in seinen positiven Rechtsnormen rechtliche Pflichten festsetzt, jedesmal aus den in der Seele der Mehrzahl der Staatsbürger lebenden ethischen Pflichten. Dies ist jene irrationale Quelle, die gar keine Beziehung hat zum Rechtspositivismus des

<sup>49</sup> *Beling*: Die Lehre vom Verbrechen. 1906. 184.

Zeitalters des Rationalismus, welcher beim Ausbau seiner Begriffe zu einer rational konstruierten esoterischen Ethik flüchtet.

Der rein normativen Schuldlehre stellt sich jene naturalistische gegenüber, welche in der Schuld keinerlei Bewertung, sondern nur einen rein psychologischen Kontakt zwischen dem Willen des handelnden Subjekts und dem Ergebnisse einer rechtswidrigen Handlung sieht. Bei uns sagt *Finkey* für diese Richtung so charakteristisch: „Die subjektive Kausalität, die gewöhnlich sog. „subjektive Schuld“ will nicht die moralische Verurteilung des Täters ausdrücken, sondern nur das, daß die rechtsverletzende Handlung die Folge der Persönlichkeit, Subjektivität des Täters ist, sie will nur den psychologischen Zusammenhang charakterisieren, der zwischen der rechtsverletzenden Handlung und dem Willen des Täters (Subjekts) besteht, nämlich die Feststellung dessen, daß der Täter bewußt und mit Willen die vom Staat als strafbar erklärte Handlung zustandebrachte“.<sup>50</sup> Ähnlich in der deutschen Literatur *Birkmeyer*, demzufolge die Schuld nichts anderes ist, als die freie Selbstentschließung zur Verübung der strafbaren Handlung:<sup>51</sup> oder *Thon*, der die Schuld im Entschluß zu einem die Verübung eines rechtswidrigen Tatbestandes bildenden Verhalten sieht, usw.<sup>52</sup>

Während der rein normativ charakterisierte Ausbau der Schuld eine isolierte Erscheinung blieb, war die naturalistische Richtung vom Ende des XIX. bis zum Beginn des XX. Jahrhunderts in der Strafrechtswissenschaft herrschend.

Der im übrigen so verschieden begriffliche Ausbau stimmt demnach in einem überein. Beide sind das Produkt der rationalen Richtung ihrer Zeit. Während die eine das Wesen der Schuld in der Verletzung der nicht näher analysierbaren rechtlichen Pflicht erblickt, sucht die andere in dieser die von jeder Bewertung freie psychologische Verbindung.

Nun ist aber die Schuld jene zwischen dem handelnden Subjekt und der Handlung bestehende Verbindung Ausdruck findet. So bringen der Spur *Frank's* folgend, in der deutschen Literatur viele Autoren die Bewertung in der „Vorwerfbarkeit“ zum Ausdruck. Wenn wir — so schreibt Frank — nach einem so kurzen Schlagwort suchen, welches alle Bestandteile des

<sup>50</sup> Finkey: Lehrbuch, 1910. 257.

<sup>51</sup> Birkmeyer: Encyklopädie, 1125.

<sup>52</sup> Thon: Rechtsnorm, 78.

Schuldbegriffs in sich vereinigt, finden wir kein anderes, als die Vorwerfbarkeit. — „*Schuld ist Vorwerfbarkeit.*“<sup>53</sup> Andere wieder sehen in der Schuld, als in der seelischen Beziehung zwischen Täter und Tat, den pflichtwidrigen Willen und betrachten die strafbare Handlung als die Offenbarung dieses Willens. So sagt schon *Merkel*: „Schuld ist das pflichtwidrige Wirken oder Nichtwirken einer Person, das ihr als solches den geltenden Werturteilen gemäß in Anrechnung gebracht ist“.<sup>54</sup>

Die letztere Richtung bleibt jedoch zum größten Teil die Bezeichnung dessen schuldig, was die Grundlage der Vorwerfbarkeit sei, bzw. warum wir die Willensäußerung einer in einem gegebenen Falle bestimmten Person für pflichtwidrig halten müssen?

Denn natürlich ändert sich das Ergebnis der Bewertung demgemäß, wie sich der Bewertungsmaßstab ändert, was am augenfälligsten das neue deutsche Strafrecht beweist. Das nationalsozialistisch gerichtete neue deutsche Strafrecht nimmt eher einen deterministischen Standpunkt ein, weil seiner Auffassung nach das Prinzip der Willensfreiheit zum extremen Individualismus führt.<sup>55</sup> Das Wesen der Schuld aber sucht auch die neue Richtung in der Pflichtwidrigkeit, doch hat diese mit der herrschenden Ethik der Zeit nichts zu tun. Diese Schuld ist die Pflichtwidrigkeit gegen das Volk oder noch richtiger gegen die Rasse. Dies folgt logischerweise aus dem Begriff des Verbrechens, welches nämlich das der deutschen Rasse bzw. der deutschen Volksgemeinschaft feindliche Verhalten ist. Weshalb sich die Pflichtwidrigkeit nicht nach dem den gesellschaftlichen Nutzen oder ethisch-bewertenden Gesichtspunkte richtet, sondern nach den Interessen der Volks- oder Rassengemeinschaft. Deswegen wird zur Bezeichnung der Schuld mit Vorliebe der Ausdruck: „Volksschädlichkeit“ gebraucht. Vorsätzlich handelt der, welcher in diesem Bewußtsein ein Verbrechen begeht. Während z. B. die *Liszt'sche* individualistische Richtung zwischen gelegentlich-zustands-, asozialen- antisozialen Tätern unterschied, ist der neuen Richtung zufolge die Bewertung der rassischen Gemeinschaft maßgebend.

Die Konstruktion der Schuld ist ein Bruch mit der rationalen Struktur des Rechtspositivismus, doch gleichzeitig auch ein

<sup>53</sup> Frank: Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907.

<sup>54</sup> Merkel: Lehrbuch, 1889, 70.

<sup>55</sup> Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1954, 47.

scharfer Gegensatz zum herrschenden ethischen Grundcharakter der Schuld. Im Strafrecht der neuen Richtung blieb so höchstens die alte Terminologie der Schuld erhalten. Doch auch das ist nicht begründet, denn aus der Auffassung von der primären Pflichtwidrigkeit des Verbrechens geht hervor, daß zwischen der Rechtswidrigkeit und der als Pflichtwidrigkeit aufgefaßten Schuld auch die Unterscheidungsbasis entgleitet.<sup>56</sup>

Unsere auf den Ausbau des Begriffs der Schuld bezügliche Auffassung ist, auf dem von uns beschrittenen methodologischen Wege kurz gefaßt, folgende.

Die Schuld drückt in erster Linie die zwischen der Individualität des Täters und seiner Handlung bestehende psychologische Verbindung aus. Wie *Schopenhauer* treffend sagt: „Ein Kriminalkodex ist nichts anderes, als ein Verzeichnis von Gegenmotiven zu verbrecherischen Handlungen“.<sup>57</sup> Hieraus zieht *M. E. Mayer* die logische Folgerung, daß man alle schuldhaften Handlungen in äußerlicher Weise dahin charakterisieren kann, daß sie begangen wurden, ohne daß die Vorstellung von rechtswidrigem Erfolg Gegenmotiv geworden ist, während sie Gegenmotiv hätte werden sollen.<sup>58</sup> Da bei der Ausgestaltung der menschlichen Handlungen der Charakter des Menschen als ständiger Faktor beteiligt ist, bieten sich zur Charakterisierung der Handlungsakte die Motive der Handlung freiwillig an. Oder, im Motiv kann am besten das gesehen werden, was den Täter zur Verletzung der Rechtsordnung veranlaßte. Doch in diesen Motiven zeigt sich auch der Grad der Schuldhaftigkeit des Subjekts. Entsprechend jener Beziehung zwischen Motiv und Charakter, die wir selbst bei der Untersuchung des menschlichen Charakters eingehend behandelten, stellten wir die Skala der Schuld folgendermassen auf:<sup>59</sup>

Die Skala der Schuld ändert sich dementsprechend, als a) das Subjekt Vorstellung hatte vom Ergebnis seiner Betätigung, von ihrer von der Strafgewalt des Staates verbotenen und Strafe nach sich ziehenden Natur, doch dies hielt ihn nicht nur nicht zurück sondern gerade diese Vorstellung der Erfolges (Absicht) veran-

<sup>56</sup> Schaffstein: Das Verbrechen als Pflichtverletzung. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. 1935. 108. ff.

<sup>57</sup> Schopenhauer: Die Welt als Wille und Vorstellung. IV. 342.

<sup>58</sup> M. E. Mayer: Die schuldhafte Handlung. 1901. 150.

<sup>59</sup> Irk: Methodologische Kritik der strafrechtlichen Grundbegriffe. 1925. 124. ff. (ungarisch).

laßte es zur Begehung der Handlung (unmittelbarer Vorsatz, *dolus directus*); b) die Offenbarung der Schuldhaftigkeit milderem Grades: wenn zwar das handelnde Subjekt vom strafbaren Erfolge Vorstellung besitzt, doch es nicht diese Erfolgsvorstellung war, die ihn zur Handlung motivierte. Dem eingetretenen Erfolge gegenüber verhielt es sich gleichgiltig oder es wies die eventuell kontramotivistisch wirkende Vorstellung des Erfolges von sich (eventueller Vorsatz, *dolus eventualis*); c) eine noch mildere Offenbarung der Schuld ist die, wenn im Handelnden noch immer die Vorstellung vom Erfolge seiner Tätigkeit vorhanden ist, er jedoch das Eintreten des Erfolges von sich wies, in der Hoffnung, daß es nicht eintreten werde (bewußte Fahrlässigkeit, *luxuria*); d) endlich, wenn der Handelnde sich keine Vorstellung vom Erfolge seiner Betätigung machte, diese daher auch keine motivierende Kraft haben konnte, aber er hätte sich eine Vorstellung machen und können, und in diesem Falle wäre auch ihre kontramotivierende Kraft zur Geltung gekommen (unbewußte Fahrlässigkeit, *negligentia*.)

Wir sehen daher das Wesen der Schuld darin, daß im Zusammenhang von menschlichem Charakter und Motiv eine gewisse Vorstellung nicht zum Gegenmotiv wurde. Was wir im Täter verurteilen, das sind seine typischen Bewertungen.<sup>60</sup> Die Tat muß der Persönlichkeit ihres Urhebers „adaequat“ sein.<sup>61</sup> Doch dies führt sofort zum bewertenden Teil des Begriffs der Schuld. Die Schuld beruht nämlich auf dem Boden der Ethik der Zeit. Die Feststellung der Schuld ist daher nur dann am Platze, wenn der Täter den sozial-ethischen Wert seiner Tat, ihre Vorwerfbarkeit kannte oder hätte kennen müssen.

Bei Beurteilung menschlichen Verhaltens leben und wirken ethische Bewertungen im Bewußtsein der Menschen, schreibt *Ludwig Degré*. Das Volk unterscheidet nicht zwischen ethischer und Rechtsnorm.<sup>62</sup> Recht und Ethik sind aus gemeinsamer Wurzel entspringende Kulturtriebe. Der auf reinrationaler Ebene sich bewegende Ausbau des Schuldbegriffs vergißt den gemeinsamen Ursprung.

Demzufolge ist die Schuld ein aus rationalen und irrationalen Elementen zusammengesetzter Begriff, denn das, wann sich gewisse

<sup>60</sup> Grünhut: Monatschrift, Beiheft I. 1926. 92.

<sup>61</sup> Mezger: Lehrbuch. 1931. 275.

<sup>62</sup> Ludwig Degré: Die auf das werturteil bezügliche Kenntnis als Vorbedingung der Schuld, *Wlassics-Festschrift*. 77. ff.

Vorstellungen zu Gegenmotiven hätten erheben müssen, ist der Richterstuhl der Ethik zu entscheiden berufen. Die Schuld ist daher jene zwischen dem Charakter des handelnden Subjekts und seiner Handlung bestehende psychische und ethische Verbindung die im sozialetischen Werturteil ihren Ausdruck findet.

\*

Bei einigen grundlegenden Fragen des Strafrechts versuchten wir die Beziehung der rationalen und irrationalen Elemente des Strafrechts zu beleuchten.

Das Recht zeigt drei Dimensionen. In diesen dreifachen Offenbarungen: nach *Form*, *Inhalt* und *Wert* untersuchen wir nun schon seit langen Jahren die Hauptprobleme des Strafrechts.<sup>63</sup> Bei dieser Gelegenheit stellten wir besonders das sich in der Gestaltung des Begriffs offenbarende philosophische oder, wenn's beliebt, Weltanschauungs-Bekenntnis an die Spitze.

Das Ergebnis unserer Ausführungen ist, daß die strafrechtlichen Begriffe keine rein rational-logischen Konstruktionen sind, doch ebensowenig reine irrationale Wert-Erscheinungen.

Das Recht als Kulturprodukt ist selbst ein gewisses Wertsystem. Von hier aus entspringen seine irrationalen Elemente. Doch infolge seiner teleologischen Einstellung auf die Verwirklichung bestimmter Ziele bereicherte es sich im Laufe der Zeiten immer mehr mit rationalen Elementen. Ebenso wie der übertriebene Rechtspositivismus des rationalen Zeitalters zur Vertrocknung des inneren Kulturwertinhaltes des Rechts führte, würde auch jenes andere Ende, welches in der Entwicklung des Rechts die irrationalen Elemente zur Herrschaft gelangen lassen würde, einen großen Rückfall bedeuten. Denn das Strafrecht als das Schutzrecht des Staates wurde ja gerade durch seine teleologischen Begriffsbildung fähig, gewissen Klassen von Verbrechern gegenüber den wirksameren Kampf aufzunehmen. So wurde die ziellose instinktmäßige Reaktion zur zielbewußten Rechtserscheinung.

*Kant's* ermutigende Worte haben heute noch ihren Sinn: „Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen“. Doch

<sup>63</sup> So zuerst in den Strafrechtlichen Vorträgen, 1915. dann eingehender in der Monographie: Die Methodologische Kritik der strafrechtlichen Grundbegriffe 1926. und in dem das ganze System des Strafrechts umfassenden Lehrbuch: Das ungarische materielle Strafrecht. 1955. II. Aufl.

parallel mit der auf teleologischer Ebene erfolgenden Rationalisierung des Rechts müssen sich auch die Wertelemente des Rechts vertiefen, analog nicht zur Seele des mechanisierten, zivilisierten, sondern zu der des in die Welt der Werte sich erhebenden Kulturmenschen, dessen von der physischen Welt gestalteter immer vollkommenerer Kenntniskreis notwendigerweise auch sein metaphysisches Weltbild bereichert.

*Prof. Albert Irk.*