

# Strafe und sichernde Massnahmen.



**R e d e**

beim Antritt des Rektorats

der

**Ludwig-Maximilians-Universität**

gehalten

am 24. November 1906

von

**Dr. Carl Birkmeyer.**



München 1906.

Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

Statt und sichere Massnahmen.



Beim Eintritt des Rektorats

der

Ludwig-Maximilians-Universität

gehalten

am 24. November 1900

von

Dr. Axel Thiermeier.



Erhalten 1900

Dr. Axel Thiermeier, München, Dr. Axel Thiermeier

## Hochansehnliche Versammlung!

Wenn ich, altem Brauche folgend, das Thema zu meiner heutigen Rede der von mir vertretenen Spezialwissenschaft entnehme, so bin ich zur Zeit in einer glücklichen Lage. Auf dem Boden des Strafrechts werden gegenwärtig wissenschaftliche Kämpfe ausgefochten, deren Bedeutung weit hinausgreift über das Arbeitsgebiet der juristischen Fakultät und alle anderen Fakultäten mit berührt. Den Beweis erbringt die eifrige Beteiligung ihrer Vertreter — und zwar ganz besonders auch an unserer Universität — an der Lösung der Probleme, welche die Umgestaltung unseres Strafrechts aufwirft. Theologen haben vom Standpunkt des Christentums aus die Frage erörtert, ob die Schutz- oder die Vergeltungsstrafe den Vorzug verdiene.<sup>1)</sup> Statistiker haben gezeigt, wie ihre Wissenschaft für das Strafrecht nutzbar zu machen sei.<sup>2)</sup> Mediziner sind zu dem Ergebnis gelangt, daß die Strafe überhaupt zu beseitigen und durch eine individuelle Behandlung und Heilung der Verbrecher zu ersetzen sei.<sup>3)</sup> Und ein Angehöriger der philosophischen Fakultät endlich hat uns nachzuweisen versucht, daß weder die Schutz- noch die Vergeltungsstrafe den Namen einer Strafe eigentlich verdiene.<sup>4)</sup>

Bei dieser Sachlage darf ich es wohl wagen, für eine kurze Stunde Ihre Aufmerksamkeit in Anspruch zu nehmen für ein Thema, welches bei der im Gang befindlichen Revision unseres deutschen Strafgesetzbuches eine wichtige Rolle zu spielen berufen ist: für die Unterscheidung von Strafe und sichernden Maßnahmen.<sup>5)</sup>

## I.

Nicht alle Maßregeln, welche unser Strafgesetzbuch dem Verbrechen gegenüber vorsieht, sind Strafen. Wenn es z. B. gegen den jugendlichen Verbrecher, der wegen seines jugendlichen Alters freigesprochen werden mußte, die Verbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt aussprechen läßt;<sup>6)</sup> wenn es auch in dem Fall, daß der Täter eines Verbrechens bereits gestorben ist, doch noch die Einziehung der ihm gehörigen Gegenstände gestattet, welche zur Begehung des Verbrechens gebraucht worden sind<sup>7)</sup>: so kann hier von einer Strafe nicht die Rede sein. Es handelt sich vielmehr um Vorschriften, welche der künftigen Begehung von Verbrechen vorbeugen sollen; es handelt sich um Prävention im Gegensatz zu der Repression, welche wir als das Wesen wirklicher Strafe zu betrachten gewohnt sind; es handelt sich um sichernde Maßnahmen.

Haben wir so jetzt schon neben den Strafen sichernde Maßnahmen im Strafgesetzbuch, welche insolgedessen auch vom Strafrichter im Strafprozeß auszusprechen sind, so kann wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß solche im künftigen Strafgesetzbuch in bedeutend vermehrter Zahl auftreten werden. Es ist das unbestreitbare Verdienst der modernen Richtung im Strafrecht, daß sie den alten Satz: Es ist besser, der Begehung von Verbrechen vorzubeugen, als begangene zu bestrafen, nicht nur von neuem energisch betont, sondern auch darauf hingewiesen hat, daß das Strafgesetzbuch selbst dazu berufen sei, ihn innerhalb gewisser Grenzen zu verwirklichen. Und eine Ruhmesthat des schweizerischen Strafgesetzentwurfes ist es, dies zuerst in systematischer Weise durchgeführt zu haben. Er hat einen eigenen Abschnitt, überschrieben „Strafen und sichernde Maßnahmen“,<sup>8)</sup> und kennt als letztere, um nur die wichtigsten herauszuheben:

die Verwahrung vielfach Rückfälliger in einer Verwahranstalt;

die Einweisung liederlicher oder arbeitscheuer Verbrecher in ein Arbeitshaus;

die Verbringung verbrecherischer Gewohnheitstrinker in eine Trinkerheilanstalt;

die Verwahrung und Versorgung von Zurechnungsunfähigen und vermindert Zurechnungsfähigen in einer Heil- oder Pflegeanstalt; <sup>9)</sup>

die Unterbringung jugendlicher Verbrecher in einer Zwangserziehungsanstalt. <sup>10)</sup>

Auf dieser Bahn wird wohl auch das neue deutsche Strafrecht nachfolgen müssen.

Sobald aber einmal sichernde Maßnahmen in größerer Zahl neben den Strafen im Strafgesetzbuch selbst stehen, drohen ihre Grenzen zu verschwimmen, entsteht die Gefahr einer Verwirrung der Begriffe. Es gilt das insbesondere von solchen sichernden Maßnahmen, welche, wie die eben aufgezählten des Schweizer Entwurfes, in Freiheitsentziehungen bestehen. Was unterscheidet die Freiheitsentziehung als Strafe von der Freiheitsentziehung als Verwahrung z. B. gewerbmäßiger oder arbeitscheuer Verbrecher? Sind nicht beide Übel, welche der Staat aus Anlaß eines begangenen Verbrechens über dessen Täter durch seine Strafgerichte verhängt? <sup>11)</sup>

Am nächsten läge es ja nun, auf Grund der bisher herrschenden Anschauungen den Unterschied zu suchen in dem verschiedenen Zweck der beiden Maßregeln, und demgemäß zu sagen: die Strafe dient dem Zweck

der Vergeltung, die sichernde Maßnahme dem Zweck der Sicherung; jene bezweckt Repression, diese Prävention; die Strafe wird verhängt, quia peccatum est, die sichernde Maßnahme, ne peccetur; was alles dann einen weiteren Unterschied in der Art und Weise des Vollzugs der beiden Maßregeln von selbst mit sich bringt.

Allein mit dieser Unterscheidung würden wir sofort den heißen Boden des Schulstreites zwischen Schutz- und Vergeltungsstrafe betreten und dem Widerspruch all derer begegnen, welchen als erster und höchster Zweck auch der Strafe die Sicherung vor künftigen Verbrechen gilt. Wir müßten gewärtigen, daß sie uns mit den Worten ihres Führers v. Liszt erwiderten, der Gegensatz zwischen dem quia und dem ne sei ein nur eingebildeter<sup>12)</sup> und die Trennung zwischen Repression und Prävention lediglich ein Produkt der schulmeisterlichen Engherzigkeit der bisher herrschenden Strafrechtsschule.<sup>13)</sup>

In der Tat haben die Vertreter der Schutzstrafe alle Versuche, zwischen Strafe und sichernden Maßnahmen zu unterscheiden, für einen Streit um bloße Worte erklärt<sup>14)</sup> und verspottet.<sup>15)</sup> Aber auch von anderer Seite ist bald die begriffliche Unterscheidung geradezu für unmöglich erklärt,<sup>16)</sup> bald der Verwirrung der Begriffe Vorschub geleistet worden, indem man von der „Doppelnatur“ der sichernden Maßnahmen und ihrem „Strafcharakter“ sprach,<sup>17)</sup> oder sie einteilte in reine und gemischte sichernde Maßnahmen,<sup>18)</sup> von welchen die letzteren, wie z. B. die Einweisung in eine Arbeitsanstalt, so enge mit der Strafe sich berührten, daß mindestens eine praktische Verschiedenheit nicht aufzuweisen sei. Hat man ja doch sogar dem Gesetzgeber es anempfohlen, speziell den rückfälligen Verbrechern gegenüber das Verhältnis von Strafe und Verwahrung von vornherein

etwas verwischt zu gestalten,<sup>19)</sup> damit die Reuerung weniger schroff aussehe und sich leichter einbürgern könne!

Und doch erscheint es absolut geboten, Strafe und sichernde Maßnahmen scharf voneinander zu sondern, nicht nur aus wissenschaftlichen, sondern auch aus praktischen Gründen. Denn beide müssen ganz verschieden behandelt werden.<sup>20)</sup> Die wichtigsten die Strafe betreffenden Lehren, wie die Lehre von der Strafzumessung, von der Strafmilderung und Strasschärfung, von der Strafrechnung und der Strafumwandlung, von den Strafausschließungsgründen u. dgl. m., können auf die sichernden Maßnahmen entweder gar nicht oder doch nur mit bedeutenden Modifikationen angewendet werden. Es ist mithin eine unabweishare Pflicht für die Wissenschaft, die Strafe und die sichernden Maßnahmen begrifflich so scharf voneinander zu sondern, daß es dem Praktiker jederzeit möglich ist, sofort zu erkennen, ob er auf die nach dem Gesetz zu verhängende Maßregel die strafrechtlichen Grundsätze anzuwenden habe oder nicht.<sup>21)</sup>

## II.

Man sollte nun denken, daß die Strafrechtswissenschaft diese Aufgabe schon längst müsse gelöst haben durch Aufstellung eines festen Begriffes der Strafe, aus welchem sich dann der Unterschied der sichernden Maßnahmen von der Strafe ganz von selbst ergeben würde. Feuerbach hat seinerzeit den Ausspruch getan<sup>22)</sup>:

„Der Grundbegriff, von welchem das ganze Kriminalrecht ausgeht, und auf welchen alles zurückläuft, ist der Begriff der Strafe. Man kann es ohne Übertreibung sagen, daß von der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit dieses einzigen Begriffes die

Wahrheit oder Falschheit, die Konsequenz oder Inkonsequenz der ganzen Theorie, und die Festigkeit oder das Schwanken der Praxis abhängig ist.“

Trotzdem ist dieser Grundbegriff des Strafrechts einer der unfertigsten und unbestimmtesten Begriffe nicht bloß im vulgären Sprachgebrauch, sondern, wie ich nicht ohne eine gewisse Beschämung gestehen muß, auch in der Strafrechtswissenschaft.<sup>23)</sup> Im gewöhnlichen Sprachgebrauch nennt man Strafe nahezu jede üble Folge eines üblen Verhaltens.<sup>24)</sup> Schon das österreichische Strafgesetzbuch vom Jahr 1768, die Theresiana, sah sich veranlaßt, dieser verkehrten Auffassung mit folgender charakteristischer Vorschrift<sup>25)</sup> entgegenzutreten:

„Kriegsdienste sind keineswegs unter die Straffen zu rechnen. Es kann demnach in Malesfizfällen das Soldatenleben durch ein Urtheil nicht zur Straffe auferlegt werden.“

Wie weit aber noch heute dieser unfertige Begriff von Strafe auch die Auffassung der gebildeten Laien beherrscht, das zeigte sich deutlich, als in der jüngsten Zeit Juristen und Mediziner gemeinsam über die gegen vermindert zurechnungsfähige Verbrecher zu treffenden Maßnahmen beriethen.<sup>26)</sup> Die Juristen bestanden auf der prinzipiellen Bestrafung dieser Verbrecher; die Mediziner, obgleich wissenschaftlich von der Nutzlosigkeit einer wirklichen Strafe ihnen gegenüber überzeugt, schlossen sich den Anträgen der Juristen an, weil sie unter der Strafe jede den Verbrecher in seiner persönlichen Freiheit beschränkende Behandlung verstanden.<sup>27)</sup> Ist denn der geistig Minderwertige nicht schon genug „bestraft“ — so ungefähr argumentierten sie<sup>28)</sup> —, wenn er gegen seinen Willen in eine Anstalt verbracht und dort den sonst als nötig erscheinenden Freiheits-

beschränkungen unterworfen wird? Und die Juristen selbst erleichterten ihnen solche Argumentation. Erklärte doch ein berühmter niederländischer Strafrechtslehrer<sup>29)</sup> auf der vorigjährigen Versammlung der Internationalen kriminalistischen Vereinigung in Hamburg:

„Die Strafe ist eine Behandlung, eine scharfe Behandlung. . . . . Wenn die Leute gefährlich sind, so müssen sie eine Behandlung — Sie können sie heißen, wie Sie wollen — empfinden.“

Aber selbst einem ernstern wissenschaftlichen Bemühen um eine einwandfreie Begriffsbestimmung der Strafe wollte es bisher nicht gelingen, eine solche aufzustellen, so daß ein namhafter Schweizer Kriminalist<sup>30)</sup> eine Begriffsbestimmung der Strafe direkt als unmöglich bezeichnet hat. Letzteres geht unter allen Umständen zu weit; aber auch die Schwierigkeit einer Einigung über den Strafbegriff dürfte nur dann unüberwindlich sein, wenn man von vornherein in die Definition der Strafe den Strafzweck mit hineinzieht. Dann allerdings gerät der Strafbegriff von Haus aus in das Labyrinth der Strafrechtstheorien und eine allgemein gebilligte Begriffsbestimmung der Strafe wird unmöglich. Wollen wir also den Versuch zu schärferer Bestimmung des Strafbegriffes machen, so müssen wir das Wesen der Strafe und den Zweck der Strafe auseinanderhalten und, zunächst wenigstens, ihr Wesen bestimmen ohne Rücksicht auf die Zwecke, die wir mit ihr verfolgen.<sup>31)</sup> Und sofort bietet sich auf diesem Wege auch die Möglichkeit einer Einigung der Strafrechtsschulen. Denn mehr und mehr treffen die Vertreter aller Richtungen des Strafrechts in der Erkenntnis zusammen, daß das Wesen der Strafe, welche Zwecke man auch immer mit ihr anstreben möge, **Vergeltung** sei.<sup>32)</sup>

Und da auch der Führer der modernen Strafrechtsschule, von Liszt, wie schon früher, so jüngst wieder in seinem hier in München gehaltenen Vortrag zu dem Satze sich bekannt hat: „Die Strafe ist Vergeltung“,<sup>33)</sup> so dürfen wir diesen Satz wohl als einen den Kriminalisten aller Richtungen genehmen Ausgangspunkt für eine genauere Erforschung des Begriffes der Strafe betrachten.

### III.

Was ist also die Vergeltung und damit die Strafe?<sup>34)</sup> „Vergelten“ heißt ursprünglich heimzahlen, Gleiches mit Gleichem bezahlen, und dadurch die Ausglei chung eines durch ein bestimmtes Verhalten entstandenen Mißverhältnisses bewirken.<sup>35)</sup> In soweit ist die Vergeltung eine vox media, das Wesen von Lohn wie von Strafe umfassend und bezeichnend.<sup>36)</sup>

Speziell aber die Vergeltung durch Strafe bedeutet die Ausglei chung zwischen dem Rechtsbruch, dem Verbrechen, auf der einen Seite und der dadurch verletzte n Rechtsordnung auf der anderen Seite, durch Heimzahlung des im Verbrechen verübten Übels mit einem gleichen Übel. Der Verbrecher hat — um einen treffenden Ausspruch v. Liszts<sup>37)</sup> wiederzugeben — durch seinen Rechtsbruch das Gleichgewicht der Kräfte verschoben, welche das staatliche Leben bestimmen, und so die Rechtsordnung erschüttert; die Vergeltung besteht in der Wiederherstellung des Gleichgewichts.

Daß solche Vergeltung das Wesen der Strafe bildet, das war schon die Ansicht der römischen Juristen, als sie definierten: Poena est noxae vindicta.<sup>38)</sup> Und auch die Etymologie unseres deutschen Wortes „Strafe“, die allerdings sehr zweifelhaft ist, würde die Brücke zwischen

Strafe und Vergeltung befestigen, wenn sich die Ansicht bewahrheiten sollte, daß „Strafe“, von „straff“ abgeleitet, ursprünglich Gleichmachung des Ungleichen bedeutet, daß „strafen“ eigentlich heißt: mit einer Regel, einem maßgebenden Gegenstand, vergleichen und dann einerseits mißbilligen, andererseits in Ordnung bringen. Denn dann würde „Strafe“ schon dem Wortsinne nach genau dasselbe sagen, wie „Vergeltung“. <sup>39)</sup> Doch wir bedürfen dieses immerhin unsicheren Bundesgenossen der Etymologie der Strafe nicht; zeigt sich ja doch das Wesen der Strafe als Vergeltung ganz augenfällig darin, daß, wenn wir dem Wesen der Vergeltung näher nachgehen, wir gerade auf diejenigen Merkmale stoßen, welche man von jeher als Begriffsmomente der Strafe zu betonen pflegte:

1. Die Vergeltung verlangt, daß Gleiches mit Gleichem bezahlt werde. Soll also die Strafe Vergeltung für ein Verbrechen sein, so muß sie ein Übel sein, wie das Verbrechen ein Übel ist. <sup>40)</sup> Von jeher verlangte man denn auch, daß die Strafe ein sinnliches Leiden für den Verbrecher darstelle, eine „Pein“, wie das deutsche, „poena“, wie das römische Recht sie nannte. <sup>41)</sup> Treffend drückt das Wesen der Strafe als eines vergeltungsweise zugefügten Übels aus die bekannte Definition des Hugo Grotius <sup>42)</sup>: *poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*. Und daß die Strafe ein Übel sein müsse, als solches vom Gesetzgeber gewollt, als solches auch vom normalen Menschen empfunden, daran halten mit verschwindenden Ausnahmen auch die Neueren fest: die Vertreter des Sicherungszweckes so gut, wie die Verteidiger des Vergeltungszweckes suchen diesen Zweck durch Zufügung eines Übels zu erreichen. <sup>43)</sup>

Und zwar muß dieses Übel in einem Eingriff in die Rechtsgüter-sphäre des Verbrechers bestehen. Durch das Verbrechen hat er fremde Rechts-

güter verletzt, die Vergeltung dafür muß, wenn sie Heimzahlung von Gleichem mit Gleichem sein soll, wiederum Rechtsgüterverletzung sein. In der Tat waren von jeher und sind heute noch alle einzelnen Strafmittel ohne Ausnahme Eingriffe in die Rechtsgütersphäre des Verbrechers — für die Anhänger der sogen. Zweckstrafe ganz ebenso wie für die Vertreter der Vergeltungstheorie. „Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung“: so hat man deshalb kurz und treffend das vergeltende Wesen der Strafe bezeichnet.<sup>44)</sup>

2. Der Begriff der Vergeltung verlangt weiter eine kausale Beziehung dessen, womit man vergilt, zu dem, wofür man vergilt. Soll also die Strafe Vergeltung sein für ein Verbrechen, so muß sie in dem Verbrechen ihre Ursache haben.<sup>45)</sup> Wie der Lohn gegeben wird für die gute Tat und nicht bloß aus Anlaß derselben, so wird auch die Strafe verhängt für das Verbrechen und nicht bloß aus Anlaß desselben für irgend etwas Anderes. Wenn die Anhänger der Schutzstrafe das Verbrechen lediglich als Anlaß zur Bestrafung wollen gelten lassen, so steht das in unveröhnlichem Widerspruch zu ihrer Charakterisierung der Strafe als Vergeltung.<sup>46)</sup> Und wenn sie strafen wollen für etwas anderes als das Verbrechen, etwa für die rechtfeindliche Gesinnung des Verbrechers, so wäre es zweckwidrig, gerade ein Verbrechen als Anlaß zur Bestrafung vorauszusetzen; auch jede andere Dokumentierung der Rechtsfeindlichkeit müßte genügen, um die Strafe ins Leben zu rufen.<sup>47)</sup> Wer mit uns das Wesen der Strafe in der Vergeltung sieht, wie dies ja auch v. Liszt tut, der muß mit uns sagen: *punitur, quia peccatum est.*

Enthält nun aber jede Strafe eine vergeltungsweise Reaktion gegen ein begangenes Verbrechen, eine Gegenwirkung gegen etwas bereits Ver-

gangenes, so ist sie damit zugleich als Repression gekennzeichnet, als Unterdrückung der bösen Tat und des bösen Willens.<sup>48)</sup> Es mag damit vielleicht Prävention, Vorbeugung gegen künftige Verbrechen des Täters oder Dritter, bezweckt werden. Allein mit dem Zweck der Strafe haben wir es hier noch nicht zu tun. Ihr Wesen aber als Vergeltung ist Repression. Bloße Präventivmaßregeln, so sagt Adolf Merkel mit Recht, „Strafe“ zu nennen, widerspricht dem Wortsinne von Strafe.<sup>49)</sup>

3. Die Vergeltung ist eine Bezahlung von Gleichem mit Gleichem. Soll also die Strafe Vergeltung sein für ein Verbrechen, so muß sie ein dem Verbrechen adäquates Übel sein. In der Vergeltung liegt der Gedanke, daß einem jeden geschehe, was er selbst anderen getan, weder zu wenig noch zu viel.<sup>50)</sup> Die Strafe als Vergeltung enthält also nicht bloß stets ein Werturteil oder vielmehr ein Unwerturteil: was du getan hast, ist von Übel und verdient Strafe<sup>51)</sup> — daher auch Strafe ursprünglich wohl gleichbedeutend war mit Tadel, Mißbilligung, Reprobation<sup>52)</sup> —, sondern die Strafe als Vergeltung schließt zugleich, wie sehr dies auch bestritten ist,<sup>53)</sup> ein Maßprinzip in sich: dasselbe Quantum Übel, das du durch dein Verbrechen gesetzt hast, soll dir in der Strafe widerfahren, nicht mehr, aber auch nicht weniger.<sup>54)</sup>

In dieser Proportionalität zwischen Strafe und Verbrechen liegt die Gerechtigkeit der Strafe und der Unterschied der in der Strafe geübten Vergeltung von der Rache, jener blinden und daher ungerechten Vergeltung, aus der die Strafe einst herausgewachsen ist. Als Rache war die Vergeltung allerdings nichts weiter als die Hinzufügung eines zweiten Übels zu dem im Verbrechen liegenden ersten im Dienste des Genugtuungsbedürfnisses des Verletzten; als Strafe ist sie die Bekämpfung und

Ausgleichung des Verbrechensübels durch das Strafübel im Dienste des Gerechtigkeitsbedürfnisses der Allgemeinheit.<sup>55)</sup> Es versteht sich von selbst, daß die vom Staat zur Wahrung des Rechtes und zum Schutz der Rechtsordnung geübte Vergeltung eine gerechte sein muß;<sup>56)</sup> es versteht sich also auch von selbst, daß die Strafe dem Verbrechen proportional sein muß.<sup>57)</sup>

Nun ist das Verbrechen schuldhaftes rechtswidrige Handlung,<sup>58)</sup> es setzt sich aus Verursachung und Verschuldung zusammen. Beiden muß die Strafe adäquat sein, wenn sie gerechte Vergeltung und damit Rechtsstrafe sein soll. Insbesondere aber richtet sich die Strafe gegen die Schuld, gegen den bösen Willen; denn er ist es, der sich gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat, welche die Strafe schützen will.<sup>59)</sup> So gelangen wir von der Eigenschaft der Strafe als Vergeltung aus zu dem Grundprinzip jedes gerechten Strafrechts: keine Strafe ohne Schuld;<sup>60)</sup> sofort aber auch zu dem weiteren Satz: die Strafe muß der Schuld gleichwertig sein, sie muß den Verbrecher treffen im Verhältnis zu der Größe des von ihm verschuldeten Bruches der Rechtsordnung.<sup>61)</sup>

4. Die Vergeltung für das Verbrechen muß endlich in den Händen dessen liegen, gegen den das Verbrechen sich richtet. Das ist nach unserer heutigen Auffassung der Staat, dessen Rechtsordnung das Verbrechen angreift. Soll also die Strafe Vergeltung des Verbrechens sein, so muß sie vom Staat durch seine hierzu berufenen Organe, die Strafgerichte, verhängt werden, wie dies denn als Begriffsmerkmal der Rechtsstrafe auch allgemein gelehrt wird.<sup>62)</sup>

So kommen wir also von unserem Ausgangspunkt aus, daß das Wesen der Strafe Vergeltung sei, zu dem Ergebnis: Die Strafe ist die Repression eines Verbrechens durch die Staatsgewalt, welche

dadurch erfolgt, daß dem Verbrecher für seine Rechtsgüterverletzung eine verhältnismäßig gleiche Rechtsgüterverletzung auf Grund strafrichterlichen Urteils zugesügt wird.

Was dieser Begriffsbestimmung nicht entspricht, was die näher charakterisierten Merkmale der Vergeltung nicht an sich trägt, das ist nicht Strafe und sollte auch nicht Strafe genannt werden.<sup>63)</sup> Wohl gibt es noch andere Mittel, das Verbrechen zu bekämpfen,<sup>64)</sup> als die Strafe; aber sie sind eben keine Strafen, und der Versuch, das Verbrechen lediglich mit ihnen zu bekämpfen, ist darum gleichbedeutend mit einer Beseitigung des Strafrechts.

#### IV.

Und nun, indem wir uns zurückwenden zu den sichernden Maßnahmen, können wir auch sagen, wodurch sie von der Strafe sich begrifflich unterscheiden.

Wohl sind auch sichernde Maßnahmen, insbesondere die in Freiheitsentziehungen bestehenden, vom Staat verhängte Übel. Sie werden als solche von dem davon Betroffenen empfunden und von der Volksanschauung betrachtet werden. Gerade deswegen hat man ihnen „Strafcharakter“ zugeschrieben.<sup>65)</sup> Daß sie nicht als Übel gewollt sind und nicht als solche wirken sollen, das unterscheidet sie wohl von der Strafe,<sup>66)</sup> ist aber ein Unterschied im Zweck und gehört als solcher noch nicht hierher.

Was dagegen die sichernden Maßnahmen von vornherein ihrem ganzen Wesen nach von der Strafe unterscheidet, das ist, daß sie entweder gar nicht in Beziehung stehen zu einem begangenen Verbrechen, oder, soweit sie es tun, in einer ganz anderen Beziehung als die Strafe. Sie setzen nicht notwendig ein Verbrechen voraus: können sie ja doch

verhängt werden auch gegen Personen, welche eines Verbrechens überhaupt nicht fähig sind, wie Geistesfranke oder Kinder.<sup>67)</sup> Und soweit sie gegen Verbrecher verhängt werden, bildet das begangene Verbrechen nicht die Ursache, sondern nur den Anlaß für ihre Verhängung; kausal für die sichernden Maßnahmen ist vielmehr die Gefährlichkeit des Verbrechers, die durch das Verbrechen dokumentiert worden ist.<sup>68)</sup> Die Gefahr, daß der Verbrecher noch weitere Verbrechen begehen könnte, kann nie eine Strafe begründen,<sup>69)</sup> wohl aber eine sichernde Maßnahme als nötig erscheinen lassen. Anders ausgedrückt: das Wesen der sichernden Maßnahmen ist Prävention. Denn das, was sie bekämpfen, ist etwas erst Drohendes, in der Zukunft Liegendes; dem wollen sie vorbeugen, das wollen sie verhüten. Sie enthalten keine Vergeltung für ein begangenes Verbrechen, sondern lediglich eine Sicherung vor drohenden Verbrechen. Damit schon sind die sichernden Maßnahmen als Prävention von der Strafe als Repression begrifflich scharf geschieden.<sup>70)</sup>

Dazu kommt sofort ein Weiteres: Wie das Verbrechen für die sichernden Maßnahmen nicht kausal ist,<sup>71)</sup> so ist es auch nicht maßgebend für deren Inhalt und Umfang. Sie richten sich in Art und Maß nicht nach dem begangenen Verbrechen und seiner Schwere. Ihr Maßstab ist also insbesondere auch nicht die Schuld des Täters.<sup>72)</sup> An diesem Maßstab würde es häufig — man denke wiederum an jugendliche oder geistesfranke Verbrecher — gänzlich fehlen. Ihr Maßstab ist vielmehr die Individualität und die Gefährlichkeit des Täters. Nicht die Größe des Geschehenen, sondern die Größe des hiernach zu Befürchtenden bedingt ihre Auswahl und ihre Ausdehnung. Daher bestehen sie entweder in ganz anderen Mitteln als die, welche wir zur Strafe benützen, oder sie geben doch den gleichen Mitteln durch die Art und Weise des Vollzugs einen

ganz anderen Inhalt.<sup>73)</sup> Ihr Wesen besteht eben nicht in proportionaler Übelzufügung, wie die Strafe, sondern in individueller Behandlung.<sup>74)</sup> Daher auch vertragen sie keine bestimmte zeitliche Fixierung, wie die Strafe sie erfordert, vielmehr müssen sie auf unbestimmte Dauer, so lange sie eben nötig sein werden, verhängt werden.<sup>75)</sup> Die Grundsätze über Strafzumessung sind auf sie nicht anwendbar. Ebenjowenig die Grundsätze über die Verjährung der Strafe: nicht nach Ablauf einer bestimmten Frist fallen sie hinweg, sondern sobald die Gefahr behoben ist, der sie begegnen wollten.<sup>76)</sup>

Als reine Präventivmaßregeln endlich gehören die sichernden Maßnahmen prinzipiell nicht zum Wirkungskreis der Gerichte, sondern der Verwaltungsbehörden, der Polizei.<sup>77)</sup> Indessen ist dieser Unterschied von der Strafe nur ein äußerer und schon bisher nicht strenge festgehaltener. Denn schon bisher sind, wie ich bereits erwähnt habe, vereinzelt sichernde Maßnahmen ins Strafgesetzbuch aufgenommen und damit dem Strafrichter übertragen worden. Inwieweit ein Weitergehen auf diesem Wege möglich und empfehlenswert ist, darauf werde ich alsbald zu sprechen kommen.

Die eben abgeschlossenen Erörterungen aber haben uns gezeigt, daß die sichernden Maßnahmen entschieden keine Vergeltung sind,<sup>78)</sup> und daher für jeden, der das Wesen der Strafe in der Vergeltung sieht, etwas von der Strafe Verschiedenes und wohl von ihr getrennt zu Haltendes darstellen. Sie sind nämlich, um nun unserer früheren Definition der Strafe eine solche der sichernden Maßnahmen gegenüberzustellen: Maßregeln, durch welche der Staat den von einem gemeingefährlichen Menschen drohenden Verletzungen der Rechtsordnung auf dem Wege individueller Behandlung des gefährlichen Individuums präveniert.

Den hiermit festgestellten Begriffsunterschied zwischen Strafe und sichernden Maßnahmen, der sich kurz in die beiden Worte: Vergeltung und Sicherung, Repression und Prävention, zusammendrängen läßt, müssen auch die Anhänger der sogen. Zweckstrafe anerkennen, sobald sie zugeben, daß das Wesen echter Strafe Vergeltung sei. Freilich geraten sie damit in einen unlösbaren Widerspruch zu ihrer Behauptung, daß die Strafe wie die sichernde Maßnahme dazu bestimmt sei, künftige Verbrechen zu verhindern, daß also beide in gleicher Weise Prävention bezwecken, und daß demnach die begriffliche Trennung der Strafe von den sichernden Maßnahmen eine willkürliche sei.<sup>79)</sup> Dies führt mich auf die bis jetzt aus meinen Untersuchungen ausgeschaltete Kontroverse über den Zweck der Strafe.

v. Liszt und andere geben zu, daß die Strafe Vergeltung sei; aber sie bestreiten, daß sie Vergeltung sein solle.<sup>80)</sup> Man dürfe nicht strafen, um zu vergelten, sondern um den Verbrecher je nach seiner Eigenart entweder zu bessern oder abzuschrecken oder unschädlich zu machen.

Allein wenn ich recht sehe, ist diese Gegenüberstellung von Vergeltungswesen und Vergeltungszweck der Strafe logisch unhaltbar.<sup>81)</sup> Wenn die Strafe Vergeltung ist, so dürfte es unmöglich sein, mit ihr etwas, was nicht Vergeltung ist, sei es ausschließlich oder auch nur an erster Stelle, anzustreben. Die Strafe ist Vergeltung und wirkt daher als solche: nun gut, so kann man bei der Verwendung der Strafe diese Wirkung auf keinen Fall ganz ausschalten und durch die Strafe lediglich prävenieren wollen;<sup>82)</sup> man muß die Vergeltung auf alle Fälle unter die Strafzwecke mit aufnehmen.<sup>83)</sup> Aber auch das läßt sich die Vergeltung

nicht gefallen, daß sie zwar unter die Strafzwecke mit aufgenommen, aber in den hintersten Winkel zurückgedrängt wird.<sup>84)</sup> Wenn ein Mittel verschiedener Wirkungen fähig, also zur Erreichung verschiedener Zwecke geeignet ist,<sup>85)</sup> dann muß der das Mittel Verwendende diese Zwecke auch in der Reihenfolge anstreben, welche die Natur des Mittels mit sich bringt. Die Natur der Strafe nun ist Vergeltung. Um ihrer Wirkungen als Vergeltung willen müssen wir sie also in erster Linie verwenden, wenn wir sie überhaupt zur Bekämpfung des Verbrechens benützen wollen. Und diese Wirkungen rechtfertigen es wahrlich, den Vergeltungszweck voranzustellen!<sup>86)</sup> Denn als Vergeltung bekräftigt die Strafe, wie Adolf Merkel treffend ausgeführt hat,<sup>87)</sup> die Autorität der in Betracht kommenden Rechtsätze, bewahrt sie die Macht der hinter diesen stehenden gemeinsamen Interessen, paralytisiert sie Kräfte, welche im Gegensatz zu diesen Interessen wirksam geworden sind oder zu werden disponiert sind. Als Vergeltung, füge ich hinzu,<sup>88)</sup> entfühnt die Strafe den Verbrecher, verschafft sie Genugthuung dem durch das Verbrechen Verletzten, befriedigt sie das Gerechtigkeitsbedürfnis der Volksgenossen und kommt dem Gerechtigkeitsgefühl des Verbrechers selbst entgegen. Dies alles, sollte ich meinen, berechtigt uns nicht nur, sondern zwingt uns zu sagen: Die Strafe ist nicht allein Vergeltung, sie soll es auch sein.

Zugleich aber sind diese Wirkungen der Vergeltung derart, daß wir erwarten dürfen, durch die Vergeltungsstrafe die Verbrecher auch abzuschrecken, zu bessern, unschädlich zu machen,<sup>89)</sup> und so auf dem Weg der Vergeltung am besten und sichersten den letzten Zweck aller Strafe zu erreichen, in dessen Anstrebung alle Strafrechtsschulen sich begegnen: Schutz der Rechtsordnung durch Bekämpfung des Verbrechens.<sup>90)</sup> Folglich: Ab-

schreckung, Besserung, Unschädlichmachung durch die Vergeltungsstrafe, aber nicht umgekehrt Vergeltung durch die Schutzstrafe<sup>91)</sup>: das wäre die Möglichkeit einer Verständigung der Strafrechtsschulen untereinander, das wäre die Vereinigungstheorie, die wir vertreten müssen.<sup>92)</sup> Von einer solchen Strafe könnten wir dann sagen, daß das *quia peccatum est* und das *ne peccetur* in ihr ausgehöhlt seien.<sup>93)</sup>

Für unser Thema aber ermöglicht diese Erkenntnis: daß die Strafe nicht nur Vergeltung ist, sondern auch in erster Linie Vergeltung bezweckt, erst eine völlig zuverlässige Unterscheidung der Strafen von den sichernden Maßnahmen: Die Strafe ist Vergeltung und damit Repression und wird zum Zwecke der Vergeltung verhängt; die sichernden Maßnahmen aber sind Behandlung und präventiver Natur und werden zum Zweck der Sicherung ergriffen.

## VI.

So scharf jedoch auch hiernach begrifflich die Strafe und die sichernden Maßnahmen voneinander geschieden sind, so müssen sie doch bei der Bekämpfung des Verbrechens sich gegenseitig ergänzen und unterstützen. Allerdings nicht etwa in der Weise, daß sie, wie man es ausgedrückt hat,<sup>94)</sup> füreinander „dikarieren“ könnten. Von vornherein dürfte es wohl einleuchten, daß da, wo eine sichernde Maßnahme Bedürfnis ist, nicht die Strafe zur Befriedigung dieses Bedürfnisses herangezogen werden darf und kann. Dem Bedürfnis z. B., einen gefährlichen Geisteskranken zu verwahren, dem Bedürfnis, einen Trunksüchtigen zu heilen, auch dem Korrektionsbedürfnis eines Arbeitscheuen, kann unmöglich durch Strafe abgeholfen werden, wenn die Strafe ihrem Wesen nach Vergeltung ist.

Aber auch umgekehrt: wo Strafe, also Vergeltung, am Platze ist, wo mit anderen Worten alle Tatbestandsmerkmale eines Verbrechens vorliegen, da können nicht an die Stelle der Strafe sichernde Maßnahmen treten, weil sie eben nicht imstande sind, zu vergelten.<sup>95)</sup> Es ist daher nicht zu billigen und hat lediglich dazu beigetragen, Zweifel über den Charakter der sichernden Maßnahmen zu erzeugen,<sup>96)</sup> wenn der Art. 31 des Schweizer Vorentwurfs die Bestimmung getroffen hat:

„Ist ein Verbrechen auf Liederlichkeit oder auf Arbeitsfäule zurückzuführen, so kann das Gericht anstatt der Gefängnisstrafe auf Einweisung des Schuldigen in eine Arbeitsanstalt erkennen.“

Es ist eben deshalb auch der Vorschlag zu bekämpfen, daß künftig einem jugendlichen Verbrecher gegenüber der Strafrichter die Wahl haben solle zwischen Strafe und Zwangserziehung: beide Maßregeln können ihrer ganzen Natur und ihrem Zwecke nach nicht füreinander eintreten.<sup>97)</sup>

Wohl aber können und müssen Strafe und sichernde Maßnahmen in der Weise sich ergänzen und unterstützen, daß wir gefährlichen Personen gegenüber sichernde Maßnahmen treffen, wenn wir sie nicht strafen können, weil ihre Begangenschaft den Tatbestand eines Verbrechens nicht erfüllt, wie beim Geisteskranken; oder wenn wir sie bereits gestraft haben, ihre Gefährlichkeit aber trotz der Bestrafung fort dauert,<sup>98)</sup> wie letzteres z. B. zu der Bestimmung im Art. 35 des Schweizer Vorentwurfs geführt hat:

„Wird ein Gewohnheitstrinker zu Gefängnis von höchstens einem Jahr verurteilt, so kann ihn das Gericht auf ärztliches

Gutachten hin neben der Strafe in eine Trinkerheilanstalt einweisen.“<sup>99)</sup>

Die Befürwortung und Statuierung einer solchen Ergänzung und Unterstützung der Vergeltungsstrafe durch sichernde Maßnahmen enthält auch nicht etwa, wie man schon behauptet hat,<sup>100)</sup> ein Kompromiß der Vergeltungstheorie mit der Schutzstrafe. Denn das eigentliche Strafrecht bleibt von der Aufstellung solcher sichernden Maßnahmen ganz unberührt. Die Vergeltungsstrafe ändert weder ihren Charakter noch ihren Besitzstand im mindesten dadurch, daß sichernde Maßnahmen vom Gesetzgeber ihr an die Seite gestellt werden.<sup>101)</sup>

Eben darum steht auch nichts im Wege, solche sichernde Maßnahmen in das Strafgesetzbuch selbst aufzunehmen, soweit es zweckmäßiger und richtiger erscheint, sie auf dem Rechtsweg durch den Strafrichter, statt auf dem Verwaltungsweg durch Verwaltungsbehörden verhängen zu lassen.<sup>102)</sup> Das rein theoretische Bedenken der Reinhaltung des Richteramtes darf daran nicht hindern, sobald praktische Vorteile es anraten oder gebieten.<sup>103)</sup> So erübrigt nur noch festzustellen, unter welchen Voraussetzungen letzteres der Fall sein dürfte.<sup>104)</sup>

Erste Voraussetzung muß immer sein die Begehung einer Handlung, welche sich wenigstens objektiv als ein Verbrechen darstellt. Wo die Ergreifung sichernder Maßnahmen auch ohne diese Voraussetzung nötig wird, wie etwa einem Trunksüchtigen oder Geisteskranken gegenüber, der ein Verbrechen nicht begangen hat, aber begehen könnte, da liegt die Regelung der sichernden Maßnahmen auf jeden Fall außerhalb des Strafrechtsgebietes.<sup>105)</sup>

Zweite Voraussetzung ist sodann das Vorliegen einer Gefahr, daß seitens des Täters dieses Verbrechens weitere Verbrechen könnten begangen werden.<sup>106)</sup>

Dazu aber muß endlich noch irgend ein Grund kommen, der die Übertragung der Verhängung der sichernden Maßnahme auf den Strafrichter als notwendig oder zweckmäßig erscheinen läßt:

sei es nun die Beforgnis, daß sonst wegen der „Kostenscheu“ der Verwaltung die sichernde Maßnahme ganz unterbleiben möchte;<sup>107)</sup>

oder sei es, daß sie in einem Eingriff in die persönliche Freiheit besteht, welsch' letztere man in den Händen des Richters gesicherter glaubt, als in denen des Verwaltungsbeamten;<sup>108)</sup>

oder sei es die Erwägung, daß die sichernde Maßnahme am richtigsten von dem Beamten ergriffen wird, der sich wegen des begangenen Verbrechens mit der Sache und der Person ohnehin bereits eingehend beschäftigen mußte;<sup>109)</sup>

oder sei es endlich einfach das, was man das „Gebot der Ökonomie amtlicher Tätigkeit“ genannt hat<sup>110)</sup> und was im Interesse der Ersparung von Zeit und Kosten ein Doppelverfahren vor Gericht und im Verwaltungsweg verbietet.

## VII.

So kann das Vergeltungsstrafrecht sich mit der durchaus berechtigten Forderung, daß der Vorbeugung gegen das Verbrechen mehr als bisher im Strafgesetzbuch selbst Rechnung getragen werde,<sup>111)</sup> vollständig abfinden, ohne von seinem prinzipiellen Standpunkt das mindeste preis-

zugeben und ohne eine Verwirrung der Begriffe Strafe und sichernde Maßnahme befürchten zu müssen.

Und die Schutzstraftheorie? Dem Zwecke nach kann sie die Strafe und die sichernden Maßnahmen nicht voneinander sondern; denn die Strafe verfolgt ja nach ihr genau denselben präventiven Zweck wie jene.<sup>112)</sup> Unterscheiden aber muß auch sie die beiden Maßregeln wegen der nicht zu umgehenden Notwendigkeit einer verschiedenen Behandlung und eines verschiedenen Verfahrens.<sup>113)</sup> So bliebe ihr nur die Unterscheidung nach dem Wesen und dem Inhalt von Strafe und sichernden Maßnahmen. Sie müßte sagen, die Strafe sei Repression, die sichernde Maßnahme Prävention; und unter Berücksichtigung des, nach ihr beiden Maßregeln gemeinsamen, Zweckes der Prävention würde ihr dann die Strafe erscheinen als Prävention durch Repression<sup>114)</sup> und die sichernde Maßnahme als reine Prävention. Jedenfalls muß sie zugeben, daß es sich bei der Unterscheidung von Strafe und sichernden Maßnahmen, von Repression und Prävention, nicht um einen bloßen Wortstreit handle, sondern daß hier zwei, auch für sie wohl auseinanderzuhaltende Begriffe in Frage stehen.

Als bald aber zeigt es sich nun deutlich, daß die Schutzstrafe überhaupt keine wirkliche Strafe ist, weil ihr alleiniger Zweck zu sichern dem Vergeltungswesen echter Strafe widerspricht.<sup>115)</sup> So tendiert die Schutzstrafe ganz von selbst dahin, auch nichts weiter zu sein, als eben auch eine sichernde Maßnahme, und ein Auseinanderhalten von Strafe und sichernden Maßnahmen erweist sich der Schutzstraftheorie als unmöglich.<sup>116)</sup>

In der That hat v. Liszt schon vor zehn Jahren hier in München

als das seiner Meinung nach unabweisliche Ergebnis seiner Schutzstraftheorie ausgesprochen:

„Die Unterscheidung zwischen der Sicherungsstrafe gegen unverbesserliche Verbrecher und der Verwahrung Geisteskranker ist nicht nur praktisch im wesentlichen undurchführbar, sondern ist auch grundsätzlich zu verwerfen.“<sup>117)</sup>

Hiermit aber kommen wir wieder, wie jedesmal, wenn wir die Schutzstraftheorie in ihre letzten Konsequenzen verfolgen, zu einer Auflösung des gesamten Strafrechts<sup>118)</sup>: die Strafe wird zur Sicherungsmaßregel, das Strafrecht geht unter in der Verbrechensprophylaxis. Und man hat bereits keinen Anstand genommen, dies als einen Kulturfortschritt zu bezeichnen, als einen Triumph des Satzes: Alles verstehen heißt alles verzeihen.<sup>119)</sup>

Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschließen. Ich halte an der Meinung fest: Wohl soll alles geschehen, um der Begehung von Verbrechen vorzubeugen. Ist aber einmal ein Verbrechen begangen, dann ist das Wirksamste und daher Richtige und Unentbehrliche energische Bestrafung. Strafe muß es geben, so lange es Verbrechen gibt. Das Strafrecht vorher beseitigen zu wollen, ist — um einen jüngst<sup>120)</sup> auf mich wegen meiner Zeugnung unverbesserlicher Verbrecher gemünzten Satz vergeltungsweise zurückzugeben — ein Bestreben, welches dem Herzen alle Ehre macht, aber an der rauhen Wirklichkeit der Dinge kläglich scheitern muß.<sup>121)</sup> Amicus Plato, sed magis amica veritas!

Mit diesem Ausspruch des Aristoteles möchte ich mich zugleich an Sie wenden, Kommilitonen. Voll von Idealen kommen Sie hieher an die Stätte der Wissenschaft und glücklich sind wir, Ihre akademischen Lehrer, daß dem so ist. Bürgt uns doch dieser Ihr idealer Sinn dafür, daß Sie mit Lust und Liebe der Wissenschaft sich ergeben werden um der Wissenschaft selbst willen. Das Ideal der Wissenschaft aber ist Wahrheit, unerbittliche Wahrheit, Wahrheit um jeden Preis, auch um den Preis liebgewordener anderer Ideale. Denn die Wahrheit ist das höchste, was wir Menschen erstreben können; nähern wir uns ja auf dem Weg zu ihr dem Göttlichen selbst, als dem Urquell aller Wahrheit. Wohl ist dieser Weg beschwerlich und ganz können wir die Wahrheit nie erreichen. Aber schon das Streben nach ihr macht den Menschen gut, gerecht und glücklich.

So lassen auch Sie, meine jungen Freunde, sich immer und überall in ihrem Studium allein von dem Streben nach Wahrheit leiten. Scheuen Sie nicht die Mühe und Arbeit, die Sie aufwenden müssen, um sich ihr zu nähern. Schrecken Sie nicht zurück vor den Enttäuschungen, die auf dem Weg zur Wahrheit Ihrer harren. Wenn Sie sich ernst um sie bemühen, wird sie Sie reich entschädigen. Darum zum Schlusse noch einmal:

Amicus Plato, sed magis amica veritas!



## Anhang.

<sup>1)</sup> Paul Drews, Strafrechtsreform und Christentum: in Weinel's Lebensfragen, Gießen 1905. — Victor Cathrein S. J., Die Grundbegriffe des Strafrechts, 1905. — August Knecht, Zur Reform des deutschen Strafrechts: in wissensch. Beilage zur Germania vom 3. Mai 1906. — Vgl. zum Verhältnis des Strafrechts zum Christentum auch die Äußerungen von v. Liszt, *Auff. II.* 298, 447; in der *Vossischen Ztg.* vom 8. Juni 1903; Kraepelin in *Mschaffenburgs Monatschr. f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform III.* 268.

<sup>2)</sup> Georg v. Mayr, Die Nutzbarmachung der Kriminalstatistik: *Mschaffenb. MS. I* (1905), 42—52. Vgl. auch G. v. Mayr, Garçon, Otto Köbner, *Promemoria, betr. die Organisation der Rückfallstatistik: Mitteil. der ZKB. V.* (1895), 181 ff.

<sup>3)</sup> Emil Kraepelin, Das Verbrechen als soziale Krankheit: *Mschaffenb. MS. III* (1906), 257 ff., bes. 269, 276. S. auch meine Schrift: Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1906 S. 53 ff., bes. S. 54 N. 120; S. 63 N. 145.

<sup>4)</sup> Theodor Lipps, Der Begriff der Strafe: *Mschaffenb. MS. III* (1906), 279—309.

<sup>5)</sup> Literatur: v. Liszt, Die sichernden Maßnahmen (im schweizer. Entwurf): *Auff. II.* 122—129 (1893). — v. Liszt, Strafe und Sicherungsmaßregeln in dem kriminalpolitischen System v. Prins: *ZS.* 20 (1900), 1—11. — Landsberg, Zur Behandlung der vermindert Zurechnungsfähigen: *Das Recht VIII* (1904), 345—348. — Eduard Wüßt, Die sichernden Maßnahmen im Entw. zu einem schweizer. Strafgesetzbuch. Zürich 1904. — E. Hafter, Strafe und sichernde Maßnahmen im Vorentwurf zu einem schweizer. StGB.: *Schweizer. ZS. für Strafrecht 17* (1904), 211—232. — Karl Stooß, Strafe und sichernde Maßnahmen: *Schweizer. ZS. für Strafrecht 18* (1905), 1—11. — S. auch meinen Aufsatz in *Goldd. Arch.* 48, 78 unter b; meine Schrift „Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?“ 18—20 und die hier zitierten Aussprüche von v. Liszt; ebenda 52 zu N. 117; 67.

<sup>6)</sup> StGB. § 56.

<sup>7)</sup> StGB. § 42.

<sup>8)</sup> Zweiter Abschnitt, Art. 26—46.

<sup>9)</sup> Art. 17.

<sup>10)</sup> Art. 14 § 1.

<sup>11)</sup> Vgl. denn auch Wüst a. a. D. S. 150/1: „Schon allein dadurch, daß der Strafrichter die Maßregel ausspricht, erhält sie einen Anflug von Strafcharakter, wenigstens in den Fällen, wo es sich um zurechnungsfähige Verbrecher handelt. Bei der Strafe wie bei den f. M. ist die Voraussetzung, daß ein Verbrechen begangen worden sei. Auch dieser Umstand wird nicht verfehlen, seine Wirkung zu äußern, mit Bezug auf die Qualifizierung der f. M. Die Folge eines Verbrechens ist die Strafe, und wenn man nun den Täter an Stelle der Strafe zu f. M. verurteilt, so wird eben in der Meinung der Volksgenossen die f. M. als Strafe gewertet werden.“ S. ebenda S. 245.

<sup>12)</sup> v. Liszt, Auff. I. 175; vgl. auch 174: „Der Gegensatz zwischen dem quia peccatum est und dem ne peccetur muß endlich in seiner ganzen Hohlheit und Verkehrttheit erkannt werden.“

<sup>13)</sup> v. Liszt, Auff. II. 105; vgl. auch 115; ferner I. 175.

<sup>14)</sup> v. Liszt, Auff. II. 72, 123, 127. — v. Lilienthal, ZS. XV. 121; vgl. auch 112. — Wüst a. a. D. 108.

<sup>15)</sup> v. Liszt, Auff. II. 72. Vgl. hierher meine Schrift: Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? S. 18 ff.

<sup>16)</sup> Wüst a. a. D. 154; Hafter a. a. D. 220, 224.

<sup>17)</sup> S. Wüst a. a. D. 181 und oben in N. 11. — Hafter a. a. D. 225. — Stoß in der Schweiz. ZS. f. Strafrecht IX. 295 (dazu Hafter a. a. D. S. 220: „Zweispurigkeit der Maßregeln“).

<sup>18)</sup> Wüst l. c. 151, 152, 229 („reine Sicherungsnatur“; „mit Strafcharakter“).

<sup>19)</sup> Wüst a. a. D. 95, 155.

<sup>20)</sup> Hierzu besonders ausführlich und verdienstlich Wüst a. a. D. 161 ff. „Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Strafrechts auf die f. M.“ Ferner Hafter l. c. 221 ff.; Stoß a. a. D. 2 ff., 6, 9—11.

<sup>21)</sup> Vgl. Stoß a. a. D. 6.

<sup>22)</sup> Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. I (1799). Einleitung p. XVIII unten. Vgl. ebenda S. 1: „Den wichtigsten Einfluß auf das Kriminalrecht überhaupt . . . . . hat die richtige Bestimmung der Strafe und der Natur der strafenden Gewalt. Mit der Untersuchung dieser Begriffe müssen wir daher unsere Revision beginnen.“ Ferner Denselben, über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft (1804), 64 ff. — Vgl. auch H. Meyer, Lehrb. des Strafr. 4. Aufl. (1888), 2: „Der Grundbegriff des Strafrechts, also derjenige Begriff, von dessen Untersuchung die

Strafrechtswissenschaft auszugehen hat, ist . . . . . der Begriff der Strafe.“ — Es darf endlich hier erinnert werden an Iherings bekannten Ausspruch, daß die Seele eines Volkes sich am deutlichsten spiegelt in dem Begriff der Strafe.

<sup>23)</sup> Vgl. v. Liszt *Auff. II.* 293: „Aufgabe der Strafrechtswissenschaft ist aber weiter auch die kausale Erforschung jener Erscheinung, die wir Strafe nennen. . . . . Man könnte diesen Zweig der Strafrechtswissenschaft als Pönologie bezeichnen. Auch auf diesem Gebiete stehen wir noch in den allerersten Anfängen wissenschaftlicher Arbeit.“

<sup>24)</sup> Vgl. H. Meyer, *Lehrb. a. a. D.* 4 unter e: „auch die natürlichen Folgen einer Tat“. — Noch lazier ist die Auffassung von „Strafe“ in dem bekannten kaiserlichen Reskript in 114 D de offic. praes. 1, 18: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur.

<sup>25)</sup> In Art. 7 § 5 daselbst. Vgl. dazu Stoß, *Kriminalpolitische Gedanken österreichischer Strafgesetzbücher* (1902) 5, 6; *Wüst* I. c. 48.

<sup>26)</sup> Auf der Landesversammlung der Gruppe „Deutsches Reich“ der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung in Stuttgart: vgl. *Mitteilungen XII.* 265 ff.; auf dem 27. Deutschen Juristentag in Innsbruck 1904: vgl. *Verhandlungen IV.* 396 ff.; auf der Allgemeinen Versammlung der IKB. in Hamburg 1905: vgl. *Mitteilungen XIII.* 471 ff.

<sup>27)</sup> Vgl. meine Schrift: *Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?* 54 N. 120, 123; 55 N. 126. — S. auch *Wüst* a. a. D. 216/7, 220 ff., welcher des näheren ausführt, daß in den von den Medizinern gemachten Vorschlägen zur Bestrafung der Minderwertigen von Strafe nichts zu finden sei, als das Wort. — Man darf behaupten, daß fast alle Mediziner, die in letzter Zeit einer Fortexistenz des Strafrechts und der Strafe das Wort redeten, dabei unter Strafe etwas verstanden, was juristisch keine Strafe ist. — Vgl. über Strafe und Behandlung noch: *Hafter* a. a. D. S. 3, 4.

<sup>28)</sup> Vgl. Weber unten in N. 95; *Wüst* unten in N. 65. — Mit Recht hat sich schon A. Merkel, *Lehrb.* 190, gegen solch „mißbräuchliche Anwendung des Wortes Strafe“ erklärt.

<sup>29)</sup> van Hamel, Professor in Amsterdam; vgl. *JS.* XIII. 508 ff. und dazu meine Schrift gegen v. Liszt S. 56 N. 130.

<sup>30)</sup> Pfenninger, *Der Begriff der Strafe geprüft an der Theorie des Hugo Grotius* (1879), 153, 156. — Zum mindesten für schwierig und „bisher kaum in Angriff genommen“ erklärt die Bestimmung des Strafbegriffes v. Liszt, *Auff. II.* 68; vgl. II. 293.

<sup>31)</sup> So verfahren meist schon die Lehrbücher des Strafrechts seit der Mitte des 18. Jahrhunderts; vgl. R. Loening in *JS.* III. 263, 271/2. So verfuhr

z. B. auch Feuerbach in seinem Lehrbuch § 15, 16, 18, 133. Von den Neueren aber vgl. man z. B. A. Merkel in seinem Lehrb. 176: „Andererseits ist es irrig, als Strafe nur ein solches Leiden anzuerkennen, welches gerade zu dem Zwecke verhängt wird, um eine Wunde zu schlagen. Dieses Wundenschlagen ist eine Eigenschaft, aber nicht der Zweck der Strafe.“ — v. Weirich in ZS. XVII (1897): „vom Rechtsbegriff der Strafe müssen die Strafzwecke getrennt gehalten werden.“ — Wüst a. a. D. 139: „Es ist zu unterscheiden zwischen dem Wesen und dem Zweck der Strafe. Ist das Wesen der Strafe als Vergeltung bezeichnet worden, so ist hinwiederum der Zweck der Strafe Rechtsgüterschutz.“ — Insbesondere aber Makarewicz in ZS. XXVI. 948: „Trotz aller Verwahrung Stammers ist die Strafe, ihrem Wesen nach, eine Vergeltung. Man darf irgend eine Strafrechtstheorie bezüglich des Zweckes der Strafe bilden, hier dürfen die Meinungen auseinandergehen, es ist Ansichtssache, was den Zweck der Strafe ausmachen soll: soll sie bloß Vergeltung bleiben, wie sie ist, oder soll sie noch abschrecken, bessern u. s. w. Bezüglich des Wesens der Strafe ist die Willkür des Theoretikers ausgeschlossen, es ist eine Aufgabe des Forschers, klarzustellen, was an der Strafe, deren Formen im Laufe der Jahrhunderte sich verändern, wesentlich ist.“ — Dagegen redet z. B. H. Meyer in seinem Lehrb. (4. Aufl.) 3 von dem „zum Begriff der Strafe wesentlichen Zweck“, und versteht demgemäß 4 unter d unter „Strafe“ eine „Maßregel, die zu einem bestimmten Zwecke verhängt wird“. — Auch Binding, Grundriß § 87, nimmt in die Definition der Strafe den Zweck mit auf. — Und auch wir halten den Vergeltungszweck der Strafe für untrennbar von ihrer Vergeltungsnatur: s. unten unter V zu N. 81 ff. Nur um so lange wie möglich mit den Gegnern Fühlung zu behalten, scheidet wir vorläufig den Zweck der Strafe aus unserer Betrachtung aus. — Auf keinen Fall aber kann es zum Wesen der Strafe gehören, daß sie ihren Zweck wirklich erreicht, worauf die Ansicht von Lipps a. a. D. 296 hinausläuft.

<sup>32)</sup> Vgl. die Zitate der vorigen Note und dazu etwa noch: Ullmann im Gerichtsfaal 34 (1883), 35: „so ergibt sich, daß die Strafe ihrem Wesen nach Vergeltung ist . . . . . Die Genugtuung ist der einzige aus dem Begriff der Strafe sich ergebende Zweck derselben.“ — Adolf Merkel, Lehrb. (1889) 187, 188: „Die Strafe . . . . subsumiert sich dem Begriff der Vergeltung . . . . Dies ist nicht eine zufällige Eigenschaft der Strafe, vielmehr ist dieselbe mit den wesentlichen Merkmalen der letzteren untrennbar verbunden.“ — Kohlransch, über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts, 1904, 3: „Merkel hat tiefer und schöner als irgend einer gezeigt, daß die Strafe Vergeltung ist und sein wird, aber er hat in Wahrheit gar nichts dafür vorgebracht, daß sie Vergeltung sein soll“; ebenda S. 15: „Die staatliche Vergeltung, d. h. zunächst die staatliche Reaktion gegen das Verbrechen, die Strafe.“ — Stoß,

Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizer StGB. (1899), 14: „Der Schweizerische Entwurf betrachtet die Strafe als Vergeltung“; und Derselbe in der Schweiz. ZS. f. Strafrecht 18 (1905), 2: „Die Strafe des Entwurfs ist einheitlich, nämlich Vergeltungsstrafe.“ — Wüft l. c. 138: „wobei wir allerdings die Vergeltung als etwas für die Strafe Wesentliches nicht zurücktreten lassen wollen vor äußeren Zweckmäßigkeitsgründen, sondern wir suchen diese so anzuwenden, daß sie mit dem Wesen der Strafe, der Vergeltung, in Einklang gebracht werden.“ 156: „Das vergeltungsweise zugefügte Übel ist der Strafe wesentlich.“ 163: „Es darf also . . . unter Strafe nur das verstanden werden, was man unter Strafe im engeren Sinne versteht, also die Vergeltungsstrafe.“ — Jacques Stern in ZS. XXIV (1904), 36: „Der Begriff der Vergeltung kann, auch wenn der Zweckstrafe der erhoffte Sieg über die Vergeltungsstrafe zugefallen sein wird, niemals aus den Betrachtungen über das Wesen der Strafe verschwinden.“ Ebenda 45: „Hiernach also ist bei der staatlichen Strafe . . . mit der Reaktion oder Abwehr eines solchen schädlichen Eingriffes (Schutz- oder Zweckgedanke) stets und unabänderlich und untrennbar Vergeltung verbunden.“ — Wenn Lipps in Wschaffenh. MS. III. 297 im Gegensatz zu all den Vorgenannten behauptet: „Vergeltung und Strafe verhalten sich genau so zueinander, wie Unvernunft und Vernunft sich zueinander verhalten“, so beruht dies auf einer Verkennung dessen, was wir Kriminalisten unter Vergeltung verstehen: s. unten zu N. 55. — Gegen Stammers Leugnung der Vergeltungsnatur der Strafe s. Makarewicz oben in N. 31.

<sup>33)</sup> Auff. I. 152 unten, 174 ff. (1882); II. 54 (1893); Vortrag über Vergeltungs- und Schutzstrafe, gehalten im Akademisch-Juristischen Verein München am 16. Dez. 1905. In diesem Vortrag sagte v. Liszt nach der mir vorliegenden wortgetreuen Wiedergabe (s. GS. 67, 420 N. 9): „Ich leugne es gar nicht, die Strafe ist Vergeltung . . . wie auch immer die Reaktion beschaffen sein mag, die die Gesellschaft ausübt gegen den Verbrecher, diese Reaktion wird immer Vergeltung sein.“

<sup>34)</sup> Vgl. zum Begriff der Vergeltung insbesondere: L. Günther, Die Idee der Wieder Vergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts, 1889 ff. — A. Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, 1892. — Erhard Büttner, Die Vergeltung und ihre Zukunft im Strafrecht; im GS. 56 (1899), 291—368. — Kohlsrausch, über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts, 1904. — Jacques Stern, über den Begriff der Vergeltung; ZS. XXIV (1904), 35—52. — Binding, Grundriß, 6. Aufl., §§ 87 ff. — Finger, Lehrbuch, 42 unter III.

<sup>35)</sup> S. Moritz Heynes Deutsches Wörterbuch unter „vergelten“, „gelten“. — Vgl. ferner: A. Merkel, Lehrb. 187: „Vergeltung nennen wir eine Gegenwirkung

gegen Übeltaten oder Wohltaten, welche, gegen die Urheber dieser Taten gerichtet, die Ausgleichung eines durch sie erzeugten Mißverhältnisses . . . . . bezweckt.“ — Lippß a. a. D. 297: „Vergeltung ist Erwiderung einer Übeltat mit etwas ihr Gleichartigem, sie ist Bezahlung mit gleicher Münze.“ — v. Liszt, *Auff. I.* 174: „Die Vergeltung besteht in der Wiederherstellung des Gleichgewichts.“ — Stern a. a. D. 48: „Vergeltung ist die reaktive Erregung von relativ äquivalenter Lust oder Unlust von seiten des Empfängers einer Lust bezw. Unlust beim Erzeuger derselben.“

<sup>36)</sup> Vgl. zu den Zitaten der vorigen Note noch: Detker, *BS.* XVII. 506 f., 534; Stern l. c. 47; Lippß a. a. D. 292.

<sup>37)</sup> An der in N. 35 zitierten Stelle.

<sup>38)</sup> L. 131 D de V. S. (Ulpian). Dazu Brissonius de V. S. sub poena: *vindicta pro ultione*; Günther a. a. D. 6 N. 9: „während das lateinische *vindicta* von vornherein so viel wie Rache, dann erst Peinigung, Strafe, bedeutet“; Makarewicz *BS.* XXVI. 947: „Die Strafe ist ihrer Natur nach eine *vindicta publica*.“

<sup>39)</sup> Vgl. hierher Richter, *Das philosophische Strafrecht*, 1829, 149: „Doch leuchtet sowohl aus seiner (des Wortes „Strafe“) Stammesbildung als aus der Vergleichung mit andern ein, daß seine Hauptbedeutung war Gleichmachung des Ungleichen. Denn „straff“, wovon Strafe herkommt, heißt gerade, gleich, stark. Jemanden strafen heißt ihn zum Rechte und zum gleichen Weg zurückbringen . . . . Strafe geben ist der gewöhnliche Ausdruck für die Ausgleichung geschehenen Unrechts.“ — v. Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts I.* (1882), 361 N. 416: „Strafen heißt wohl eigentlich und ursprünglich: etwas mit einer Regel, mit einem maßgebenden Gegenstand vergleichen und darnach dann einerseits mißbilligen, andererseits in Ordnung bringen: »der Zimmermann strafft das Holz«, »eine Abschrift nach dem Original straffen«, »in guter Straff halten«.“

<sup>40)</sup> Unbegründet ist, was Berolzheimer, *Die Entgeltung im Strafrecht* (1903), 130 f. hiergegen vorbringt.

<sup>41)</sup> Vgl. Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer* (3. Ausg. 1881), 680. — v. Amira, *Grundriß des germ. Rechts*, 2. Aufl. 1897, 147 § 78. — H. Meyer, *Lehrb.* 4. Aufl. 2 N. 4. — Vicat, *Vocabularium juris utriusque* (1759) unter *poena*. — Heumann, *Handlexikon zum Corpus juris civilis* unter *poena*.

<sup>42)</sup> *De jure belli ac pacis* (1625), lib. II. c. 20. Mit nichts sagenden Gründen dagegen H. Meyer, *Lehrb.*, 3 N. 3.

<sup>43)</sup> Über die Übelnatur der Strafe s. besonders: Binding, *Grundr. I.* § 88 unter I; *Handbuch I.* 484: „Da die Strafe dem Sträfling stets entzieht, was in der Auffassung der Rechtsordnung ein »Gut« ist, und da der Sträfling diesen Verlust stets als solchen soll fühlen können, so ist sie stets beabsichtigte empfindliche Schädigung desselben, Zwang zur Duldung eines Übels.“ — v. Weinrich, *BS.*

XVII (1897), 846 ff. — Merkel, Lehrb. (1889) 175/6 unter c. — Detker, *BS.* XVII (1897), 502: „Bei aller Verschiedenheit der Ansichten über den Strafbegriff ist ein Punkt dem Streite entrückt oder sollte es doch sein: das Recht beabsichtigt, durch Strafzufügung dem Verbrecher Unlustempfindungen zu erregen, die Strafe ist bestimmungsgemäß ein Übel und soll als solches empfunden werden.“ — Lippys a. a. D. 281, 300: „Vergeltung, d. h. Erwidmung eines Übels durch ein Übel.“ — Daß insbesondere auch v. Liszt an der Übelsnatur der Strafe festhält, habe ich schon im *GS.* 67, 420 N. 7 belegt (hinzuzufügen wäre den Belegen noch: Lehrb. § 58 S. 248 unter 1). — Gegen die Leugner der Übelsnatur der Strafe (insbes. v. Bar, Heinze, Kraepelin) vgl. Ullmann, *GS.* 34, 32; v. Weinrich und Detker II. cc.; H. Meyer, Lehrb. 3 zu N. 5; Merkel, Lehrb. 176. — Vgl. endlich noch die von Berolzheimer (oben N. 40) 131 N. 1 angegebene Literatur.

<sup>44)</sup> v. Liszt, *Auff.* I. 142 (= *BS.* III. 15), 156 N. 3 (= *BS.* III. 27 N. 3). Mit Unrecht dagegen Detker *BS.* XVII. 549.

<sup>45)</sup> Die Strafe ist Vergeltung, d. h. sie ist Zufügung eines Übels um eines Übels willen und als notwendige Folge jenes Übels. Vgl. schon Carpzow, *Practica nova*, quaest. 102 nr. 16: *Legitima est poena illa, quae irrogatur ex eo solo, quod delictum fuit admissum.* — H. Meyer, Lehrb. 3 unter b: zum Begriff der Strafe gehört: „ein Übel, welches wegen eines unzulässigen Verhaltens verhängt wird, d. h. weil er etwas getan oder unterlassen hat, was er nicht hätte tun oder unterlassen sollen“. — N. Merkel, Lehrb. 175: „Wesentlich ist den Strafen a. die Beziehung auf eine begangene Handlung, in welcher der rechtfertigende Grund der Bestrafung gefunden werden soll.“ 189: wir dürfen nicht „von einer Begründung der Strafe durch das Verbrechen absehen, diesem nur die Bedeutung einer Gelegenheitsursache und der Strafe die einer bloß vorbeugenden bezw. erzieherischen Maßregel, welche ebensogut an andere Vorkommnisse angeknüpft werden könnte, zuerkennen“. — Ullmann, *GS.* 34, 33: es „erübrigt schon aus logischen Gründen nichts anderes, als die Strafe aus dem begangenen Verbrechen zu rechtfertigen“. — Detker, *BS.* XVII. 534: „Die Vergeltungsidee stellt zwischen dem sozial Guten und dem Lohn, dem sozial Bösen und der Strafe an Stelle bloßen Folgeverhältnisses kausale Verbindung her.“ — v. Weinrich, *BS.* 17, 850: „Die Strafe muß wegen des Verbrechens verhängt werden. Dies ist der alleinige Rechtsgrund der Strafe.“ — Wüst a. a. D. 41 N. 1: „Die Strafe ist begriffsmäßig immer mit einem Verbrechen verknüpft“; 42: „Strafe im Rechtsinn kann nur eines sein: die richterliche Freiheitsentziehung wegen eines Verbrechens“; 42/3: „die verwaltungsrechtliche Einweisung in verschiedenen Anstalten . . . ist niemals die gesetzliche Folge einer verbrecherischen Tat, niemals erfolgt sie »als Strafe«“; 144: „erst in der verbrecherischen Tat liegt der Rechtsgrund der Strafe.“

<sup>46)</sup> Dieser Widerspruch verrät sich denn auch in ihrer ganzen Lehre vom Verhältnis zwischen Verbrechen und Strafe. Nach v. Liszts Theorie wäre das Verbrechen eigentlich nichts weiter als eine Dokumentierung derjenigen verbrecherischen Gesinnung, gegen welche sich die Strafe in Wahrheit richtet, also nur ein Anlaß zur Strafe; vgl. z. B. *Auff. I.* 176: „Wir nennen Strafe nur die durch das Verbrechen veranlaßte . . . . Tätigkeit des Staates“; *II.* 57 („die durch die Tat bewiesene Gesinnung des Täters“), 88/9; *Lehrb.* 71 (bei Schilderung des Gewohnheitsverbrechens), 76, 77 (bei Unterscheidung der Unverbesserlichen und der Besserungsfähigen): „wird durch die Tat des Verbrechers ein festgewurzelter, ein noch nicht festgewurzelter Hang zum Verbrechen bekundet“; 79 unter *III.* 1: „wenn der Täter seine feindselige Gesinnung durch eine bestimmte, gesetzlich genau umschriebene Tat bewiesen hat.“ Nach alledem wäre die Strafe nicht Folge des Verbrechens, sondern der durch das Verbrechen dokumentierten Rechtsfeindlichkeit des Verbrechers. Allein gleich auf der ersten Seite seines Lehrbuches bezeichnet v. Liszt die Strafe als „die dem Strafrecht eigenartige Rechtsfolge des Unrechts“; und 248 im § 58 definiert er: „Strafe ist das vom Strafrichter gegen den Verbrecher wegen des Verbrechens erkannte Übel“, welches mit dem Schadenersatz zusammen unter den gemeinsamen höheren Begriff der Rechtsfolgen des Unrechts gebracht werden könne. (Ist etwa für den Schadenersatz das begangene Unrecht auch nur Veranlassung und nicht Ursache?) Diese Definition erläutert er dann 251 unter 3 mit den Worten: „Die Strafe wird wegen der begangenen Rechtsverletzung verhängt, und wenn sie auch durch ihre Zweckbestimmung in die Zukunft reicht, so ist sie doch als Unrechtsfolge an einen in der Vergangenheit liegenden Tatbestand geknüpft“: nur der Zweck der Strafe also liegt in der Zukunft, ihr Wesen aber besteht in kausaler Beziehung auf die Vergangenheit. — Betrachtet man das Verbrechen nur als Anlaß zur Strafe, dann besteht die Gefahr, daß viele Verbrechen überhaupt straflos bleiben: s. *Detker a. a. D.* 539 *N.* 113; 541; *Stern a. a. D.* 48.

<sup>47)</sup> Vgl. hierher meine Schrift: Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? *S.* 2—4 und die dortigen Zitate. *S.* dazu noch Jacques Stern *a. a. D.* 48: „es darf z. B. der bloßen Gesinnung wegen ohne Vorliegen eines bestimmten einzelnen Verbrechens keineswegs ein Mensch unschädlich gemacht werden.“

<sup>48)</sup> Auch v. Liszt sieht — trotz der damit in Widerspruch stehenden Stellen oben in *N.* 13 — das Wesen der Strafe in Repression im Gegensatz zur Prävention, z. B. *Auff. II.* 83: „Die Strafe ist nicht das einzige, nicht einmal das wirksamste Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens. Neben die Repression tritt, dieser an Wirksamkeit weit überlegen, die Prävention“; *II.* 293: „Die Strafe tritt uns entgegen als eigenartige Reaktion der Gesellschaft gegen gesellschaftsfeindliche Handlungen“;

Lehrb. § 15 S. 79: „Der Begehung des Verbrechens vorzubeugen wird wertvoller erscheinen, als die Bestrafung der begangenen Tat“; Auff. I. 142: „Die Strafe aber ist repulsive Reaktion.“ — Vgl. ferner Wüst l. c. 41: „Die Aufgabe des Rechtsstaates besteht nicht bloß darin, Verbrechen, die bereits geschehen sind, durch die Strafe zu unterdrücken, sondern er hat auch die Aufgabe, künftigen Rechtsbrüchen vorzubeugen“; 149: „Sobald es sich um die Repression eines Verbrechens handelt, liegt der Fall unzweifelhaft im Gebiete der Kriminalpolitik“; 159: „Strafe . . . . Repressivmaßregel.“ — Wiederum müssen wir andererseits die Strafe als Repression auffassen, einerlei, welche Zwecke wir mit ihr verfolgen; wir können den Streit um den Strafzweck daher ganz beiseite lassen, wenn wir bestimmen wollen, ob die Strafe Repression oder Prävention ist. Wenn v. Liszt in seinem Lehrbuch § 13 S. 67 scheinbar das Wesen der Strafe ganz in (General- und Spezial-)Prävention aufgehen läßt, so denkt er — angesichts der widersprechenden, eingangs dieser Note referierten Aussprüche — wohl an den von ihm der Strafe zugeschobenen Zweck.

<sup>49)</sup> Vgl. M. Merkel, Lehrb. 190; f. auch Detker, *JS.* XVII. 548: „Durch die vorwaltende maßgebende Tendenz der Spezialprävention wird der Strafbegriff beseitigt.“

<sup>50)</sup> Vgl. Geyer in v. Holzendorffs *Enzykl.* 4. Aufl. (1882), 874: „Nach der Idee der Vergeltung soll jede Wohltat ebenso wie jede Übelthat entgolten werden durch den Rückgang des gleichen Quantums von Wohl oder Übel auf den Täter.“ — Günther, *Wiedervergeltung I* (1889), 9: in der Vergeltung liegt der Gedanke: „einem jeden geschieht nur das, was er selbst anderen getan, weder zu viel noch zu wenig.“ — Detker in *JS.* XVII. (1897), 535: nur soviel Strafe verlangt und erlaubt die Vergeltung, als durch das Verbrechen noch kausiert erscheint. „Für das Plus fehlt die Annahme kausaler Verknüpfung mit dem Delikt, es gilt als willkürlicher Strafzusatz.“

<sup>51)</sup> M. Merkel, Lehrb. 175 unter b: „In der Verhängung einer Strafe kommt konkludenterweise stets ein Werturteil über die vorausgesetzte Handlung zum Ausdruck und zwar das Urteil, daß die Handlung kraft ihres Widerspruchs mit einer verpflichtenden Anforderung zu mißbilligen, daß ihr ein negativer Wert zuzuerkennen sei.“ — Auch v. Liszt stimmt in diesem Punkte zu: Auff. I. 174: „Dem Verbrecher soll vergolten werden nach seinem Werte für die Rechtsordnung“; und mit Recht sagt er Auff. II. 488, daß schon die Strafdrohung des Gesetzes „das sozial-ethische Unwert-Urteil über die unter Strafe gestellte Tat in feierlicher Form ausspricht“. — Vgl. auch Stoß in der *Schweiz. JS.* f. *Strafr.* IX. 174 (nach *Hafter* l. c. 216 N. 2): „Der Gesetzgeber hat die Handlung des Täters auch in ethischer Hinsicht zu würdigen und sein sittliches Werturteil in der Strafe zum Ausdruck zu bringen.“

<sup>52)</sup> S. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer (3. Ausg. 1881), 680 unter 3. — H. Meyer, Lehrb. (4. Aufl. 1888), 2 N. 4. — Günther a. a. D. 5 N. 9. — v. Amira, Grundr. des german. Rechts (2. Aufl. 1897), § 78 S. 147. — Die zu einseitige Hervorhebung dieses Moments und die Substituierung des Zweckes der Mißbilligung an Stelle des Wesens der Mißbilligung hat v. Bar zu seiner Reprobationstheorie geführt: Handb. I. (1882), 360; und dagegen v. Liszt, ZS. II. 619; Aufh. I. 141 ff.

<sup>53)</sup> Hauptsächlich von v. Liszt, Aufh. I. 151 ff., wiederholt in seinem Münchener Vortrag. — Ferner von Kohlrausch, Vergeltungsbegriff, 8 ff., 14 ff. — Endlich s. auch Jacques Stern a. a. D. 47. — Für sie ergibt erst der Zweck der Strafe (Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung) Art und Maß der Strafe, deren Wesen (Vergeltung) ihnen nichts darüber zu sagen scheint. Wir bezwecken mit der Strafe Vergeltung, weil schon ihr Wesen als Vergeltung sie uns zu einem dem Verbrechen in Art und Maß proportionalen Übel stempelt, und weil wir glauben, nichts diesem Wesen Fremdes mit ihr anstreben zu dürfen: s. unten unter V.

<sup>54)</sup> Wie ich mir dies praktisch durchgeführt denke, habe ich in der wissenschaftlichen Beilage zur Nationalzeitung vom 20. April 1906 („Die Strafzumessung“) näher auseinandergesetzt. Vgl. auch meine Ausführung im GS. 67, 406/7 unter 3.

<sup>55)</sup> Die Vorwürfe, welche Lipps a. a. D. 295, 296 gegen die Vergeltung erhebt, sind nach dem im Text Ausgeführten nicht zutreffend. Vgl. auch noch meine Ausführungen im GS. 67, 401/2 unter 1.

<sup>56)</sup> Nur die gerechte Strafe verdient den Namen einer Strafe im Rechtsinn, nur sie ist Rechtsstrafe. Vgl. Lipps a. a. D. 286: „Strafe ist wenigstens der Absicht nach gerechte Strafe; oder sie ist überhaupt nicht Strafe“; 290: „in der Natur der Strafe liegt es, gerechte Strafe zu sein“; 291: „Strafe ist nur die verdiente Strafe, oder sie ist die, wenigstens der Absicht nach, gerechte Strafe“; 293 unten: „es liegt im Begriff der Strafe, berechtigt zu sein.“

<sup>57)</sup> v. Liszt hat in seinem Münchener Vortrag gesagt: „Worin liegt denn der Maßstab für die Vergeltung? worin liegt das Gerechte in der Vergeltung? . . . . . Gerechte Vergeltung bedeutet, und das ist der Standpunkt, den Kollege Birkmeyer zu meiner Freude einnimmt, Proportionalität — sagen wir einmal zwischen Verbrechen und Strafe, obwohl es nicht ganz sicher ist . . . . Proportionalität zwischen Verbrechen und Strafe; ich kann mir das nur so denken und so meine ich es auch, daß dem schwereren Verbrechen eine schwerere Strafe, dem leichteren Verbrechen eine leichtere Strafe entsprechen soll. . . . . Wir fragen nun: wonach sollen wir denn die Schwere des Verbrechens bemessen? Und hier hat uns bisher die klassische Schule gesagt: . . . . . maßgebend ist der Erfolg der Tat. . . . . Birkmeyer sagt: in erster Linie bleiben wir bei der Bestimmung (des Gesetzes, daß

der Erfolg maßgebend sei), in zweiter Linie wollen wir der Gesinnung des Verbrechers mehr als wie bisher Rechnung tragen. Wir sagen, in erster Linie wollen wir der Gesinnung Rechnung tragen, in zweiter Linie dem Erfolg. Das ist der ganze Gegensatz, der übrig bleibt.“ Auch v. Liszt also gibt zu, daß gerechte Vergeltung Proportionalität zwischen der Strafe und dem zu Bestrafenden bedeutet. Nur ist ihm das zu Bestrafende in erster Linie die Gesinnung, uns — nicht der Erfolg der Tat, sondern — die Schuld des Täters: s. das im Text Folgende.

<sup>58)</sup> v. Liszt, Lehrb. § 26 S. 117.

<sup>59)</sup> Vgl. A. Merkel, Lehrb. 23: „Nur diejenigen Übel, welche aus einem pflichtwidrigen Verhalten hervorgehen, lassen sich mittels der Strafe bekämpfen. . . . Die Strafrechtspflege hat es nur mit einem Faktor zu tun, dem menschlichen Willen.“ — Lipps a. a. D. 286: „Und wann nun ist die Zufügung eines Übels gerecht? Wann also ist sie Strafe? Jedermann antwortet darauf: Wenn sie verdiente Strafe ist. Eine Strafe aber ist von einem Individuum verdient, nicht wenn irgend eine Handlung des Individuums für die Gesellschaft, d. h. für andere Individuen, unerfreuliche Folgen hat, sondern wenn die Handlung in sich selbst böse, d. h. wenn sie der Ausfluß und damit der Beweis eines bösen Willens ist. Dann aber bezieht sich die Strafe oder die Absicht des Strafenden notwendig auf dieses böse Wollen. Sie ist Reaktion gegen dasselbe.“ Vgl. Den selben 282, 284, 291, 296, 301: Der einzig mögliche Sinn der Strafe ist es, das böse Wollen im Verbrecher zu negieren. — v. Liszt, Auff. I. 142: „Die Strafe wendet sich gegen den Verbrecher, um dessen Willen zu brechen oder zu beugen, indem sie die Rechtsgüter verletzt oder vernichtet, deren Träger dieser Wille ist.“ — Jacques Stern l. c. 46 N. 20: „Das Strafgesetz überhaupt ist seinem Wesen nach gegen den . . . Willen gerichtet, . . . Verbrechen zu begehen.“

<sup>60)</sup> Daß eine Vergeltung ohne Schuld nicht denkbar sei, anerkennen auch die Anhänger der modernen Richtung. So insbes. v. Liszt. Er sagt z. B. Auff. II. 48 mit aller Bestimmtheit: „Mit dem Begriff der Schuld fällt auch der der Vergeltung.“ Dabei versteht er unter der Schuld, „den überlieferten Schuld-begriff . . . in dem von der klassischen Schule jederzeit festgehaltenen, auf der Möglichkeit des »Anders-Könnens« beruhenden Sinne des Wortes“. Da er nun die Strafe als Vergeltung auffaßt, so muß er also auch an der Schuld im klassischen Sinn festhalten. Wie sich das freilich mit seinem Determinismus vereinbaren läßt angesichts seines weiteren Ausspruches auf S. 48 a. a. D. „Ohne Wahlfreiheit weder Schuld noch Vergeltung“, das vermögen wir nicht einzusehen. — Vgl. ferner v. Lilienthal, ZS. XIV. 695: „Eine wirklich gerechte Vergeltung ist nur denkbar unter Berücksichtigung der mehr oder minder bösen Absicht des Täters.“ — Max Sternau, Eine Strafrechtstheorie, 1893 (nach Frank in ZS. XIII. 563): Eintritt

und Höhe der Strafe im eigentlichen Sinn sind abhängig von dem Vorliegen moralischer Verschuldung. — Kraepelin a. a. D. 264: „Die Vergeltung setzt unbedingt eine Verschuldung voraus.“ — Wüßt a. a. D. 139: „Das Wesen der Strafe ist Vergeltung nach der Schuld.“

<sup>61)</sup> Vgl. meine Ausführung über die allmähliche Ausbildung dieser Auffassung der gerechten Vergeltung im GS. 67, 402 unter 2.

<sup>62)</sup> Vgl. statt aller: Binding, Grundriß § 88 in. u. unter II. A. 2; Handbuch 477 ff.; s. auch v. Liszt, Lehrb. S. 251 unter 4.

<sup>63)</sup> Mit Recht meint Lipp's l. c. 286, 287, wer nicht der Ansicht sei, daß es im Wesen der Strafe liegt, daß sie das böse Wollen des Verbrechens treffen, d. h. verneinen wolle, der täte gut, das Wort „Strafe“ überhaupt nicht in den Mund zu nehmen für diejenigen Mittel, die er gegen das Verbrechen anwenden wolle; vgl. unten N. 118.

<sup>64)</sup> Vgl. v. Liszt, Auff. II. 68: „Strafe“ und „andere staatliche Maßregeln zur Bekämpfung des Verbrechens in der Person des einzelnen“; Mitt. XI. 93 „peines proprement dites“ als Unterart von „tous les moyens de combattre la criminalité“; Lehrb. § 58 S. 249/50 unter 2. — S. ferner Stooß a. a. D. 4 N. 1: „Es wird Aufgabe der Wissenschaft sein, die Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens, die nicht Strafe sind, von der Strafe systematisch abzusondern und sie einheitlich darzustellen“; und im Text: „Der Entwurf behält die Strafe bei; er führt jedoch als zweites Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens die sichernde Maßnahme ein.“ — S. endlich die Mittel, mit welchen Kraepelin das Verbrechen bekämpfen will und die er „Strafen“ nennt, die aber sämtlich keine Strafen sind, in „Abschaffung des Strafmaßes“ (1880) 31 ff.; in seinem Referat für den 27. Deutschen Juristentag (1904; Verh. IV. 434); und neuestens in Abschaffend. MS. III (1906) 271 ff. Dazu meine Schrift „Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?“ 53/4.

<sup>65)</sup> Vgl. hierher besonders Wüßt a. a. D. 42: „Es ist nicht zu bezweifeln, daß für manche z. B. eine Internierung in der Irrenanstalt eine größere Strafe bedeutet, als die Unterbringung ins Zuchthaus . . . . . und es ist auch gewiß nicht ganz ohne Bedeutung, wenn der Volksmund von einem wegen Unzurechnungsfähigkeit Freigesprochenen sagt: „Ja, wenn er wenigstens nur in die Irrenanstalt verbracht wird, dann ist er gestraft genug.“ Der wichtigste Berührungspunkt dieser administrativen Maßnahmen mit der richterlichen Strafe ist die Entziehung der Freiheit. Freiheitsentzug ist, wie treffend bemerkt wurde: „La monnaie courante“ unseres heutigen Strafvollzuges, und leicht überträgt sich deshalb auf jede staatliche Freiheitsentziehung etwas vom Charakter der Strafe.“ S. auch daselbst 108, 151, 157, 180. — Einen Beleg für die mißbräuchliche Anwendung des Wortes „Strafe“ auf die sichernden Maßnahmen, mit der Motivierung, daß auch sie „ein Leiden ver-

ursachender Eingriff in persönliche Rechtsgüter des Rechtbrechers“ seien, liefert Haster a. a. D. 231; vgl. unten Note 78.

<sup>66)</sup> Das Übel macht für die Strafe das Wesen aus, für die sichernden Maßnahmen nur eine zufällige Wirkung. Vgl. hierzu v. Liszt, Lehrb. 249 unter 2; vgl. auch Wüst a. a. D. 155: „Vom streng theoretischen Standpunkt aus ist es nicht zu billigen, daß die *J. M.* auch Strafnatur haben sollen; ihrem Wesen nach enthalten sie keine Übelzufügung, die als solche gewollt ist, sie sind keine Strafe im eigentlichen Sinn, sie sind wirkliche, polizeiliche Präventivmaßregeln.“ Aber Wüst fügt hinzu: „Und doch ist dieser Maßregel nun einmal ein gewisser Strafinhalt nicht abzusprechen.“

<sup>67)</sup> Vgl. Wüst I. c. 1/2; 70.

<sup>68)</sup> Vgl. Haster a. a. D. 214. — Wüst a. a. D. 42/43: „Die verwaltungsrechtliche Einweisung in verschiedene Anstalten . . . . . ist niemals die gesetzliche Folge einer verbrecherischen Tat, niemals erfolgt sie als Strafe.“ 168: „Die Strafe sieht auf die einzelne Tat und auf das Schuldmoment, die *J. M.* sieht hingegen auf die bewiesene Gefährlichkeit.“ 171/2: „Der Richter soll möglichst auseinanderhalten: Strafe nach der Schuld für das Verbrechen, und *J. M.* nach der bewiesenen Gefährlichkeit.“ 215. 215: „So hat die *J. M.* im Strafrecht da ihren Platz, wo ein begangenes Verbrechen nach irgend einer Seite hin eine besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart.“ — Stooß in Schweiz. *ZS. f. Strafrecht* XIV. 394 (nach Haster a. a. D. 215 N. 2): „Die *J. M.* wird nicht durch ein bestimmtes Delikt begründet, sondern durch den Zustand einer Person, der anlässlich eines Strafverfahrens gegen diese Person ermittelt wird.“

<sup>69)</sup> Gut ausgeführt von Lipps a. a. D. 289 f.

<sup>70)</sup> Solche Scheidung, nur nicht scharf genug festgehalten, findet sich bei Stooß, Schweiz. *ZS. f. Strafrecht* IX. 295 (nach Haster I. c. 220): Die modernen Strafgesetzgebungen „schränken die Anwendung der Strafe im engeren Sinne des Wortes ein und ersetzen sie ganz oder teilweise durch Maßnahmen“ — gemeint sind die *J. M.* — „denen gewiß Strafcharakter zukommt und die von den Fehlbaren als Strafen empfunden werden, die aber ihrem ganzen Wesen nach vorwiegend dem Gebiete der Spezialprävention angehören“. — Auch v. Liszt — in diametralen Widerspruch zu seinen Ausprüchen oben in N. 13 und in N. 15 — anerkennt diese Scheidung. Denn wenn er z. B. *Auff. II*, 115 sagt: „Die scharfe Trennung der Prävention und der Repression fällt. Das *StrGB.* nimmt auch die »sichernden Maßnahmen« mit auf,“ so will er damit offenbar doch nur andeuten, daß die lokale Trennung von Prävention und Repression fällt, während er gerade durch die hier wiedergegebenen Worte begrifflich die Strafe als Repression zu den sichernden Maßnahmen als Prävention in Gegensatz stellt. Das nämliche aber tut

er direkt Auff. II. 122 mit den Worten: „Das größte Interesse beanspruchen diejenigen Bestimmungen des (Schweizer) Entwurfes, welche nicht die eigentlichen Strafen, sondern die »sichernden Maßnahmen«, nicht die Repression, sondern die Prävention, nicht die richterliche, sondern die polizeiliche Tätigkeit betreffen.“

<sup>71)</sup> Daher die *f. M.* auch nie ein Werturteil über das Verbrechen enthalten können, wie Wüßt l. c. 156 behauptet, wo er von ihnen sagt: „Auch vom ethischen Standpunkt aus sind sie Strafen, denn mit ihrer Verhängung spricht man zugleich ein moralisches und soziales Werturteil aus.“

<sup>72)</sup> Vgl. die Zitate der *M.* 68.

<sup>73)</sup> Vgl. Wüßt a. a. D. 157 ff. Kaum richtig aber dürfte die Behauptung sein, daß sie sich auch immer gegen andere Personen richten, als die Strafen: Stoß, Schweiz. *ZS.* f. Strafr. XIV. 392; Haster l. c. 217, 227; Wüßt 159.

<sup>74)</sup> Wüßt a. a. D. 156: „Das vergeltungsweise zugefügte Übel ist der Strafe wesentlich. Der in die Strafanstalt Gebrachte soll fühlen, warum er da ist. Ganz anders bei den *f. M.*; hier ist die individuelle angepaßte Behandlung das Hauptsächlichste. Nicht die Zufügung eines Strafleidens macht das Wesen des Vollzuges aus“; 165; 172; 173: „Das Hauptwesen der *f. M.* besteht nicht in einer Übelzufügung, sondern in einer zwangsweisen Kur oder Zwangserziehung oder in einer Versorgung“; 231; 237.

<sup>75)</sup> Prins, *Science pénale et droit positif* (1899), verlangt, wie v. Liszt, *ZS.* XX. 7 berichtet, daß die vermindert Zurechnungsfähigen auf unbestimmte Zeit in besonderen Anstalten angehalten werden. „Gerade dadurch, daß die Anhaltung auf unbestimmte Zeit erfolgt, unterscheidet sie sich von der Strafe, die nach Prins notwendig auf bestimmte Zeit ausgesprochen wird.“ — Wüßt a. a. D. 157: „Strafen und *f. M.* sind prinzipiell durch die Dauer der Maßregel unterschieden. Bei der Strafe ist es ein bestimmtes Maß der Freiheitsbeschränkung, dem der Sträfling unterworfen wird, und das proportional zu seiner Verschuldung sich verhalten soll. Die *f. M.* ist ihrer Natur nach keiner zeitlichen Beschränkung unterworfen, sie dauert bis zur Erreichung ihres Zweckes, bzw. bis zum Wegfall ihrer Notwendigkeit.“ 166: „Der Grundsatz der Strafzumessung ist aber auch an sich schon nicht geeignet zur Übertragung auf die *f. M.* . . . Die *f. M.* ist eben nicht wie die Strafe ihrer Natur nach einer zeitlichen Beschränkung unterworfen, sondern prinzipiell von unbeschränkter Dauer.“ — Haster a. a. D. 222: „Eine für einen ganz bestimmten Zweck vorgesehene Maßnahme, z. B. die Versorgung eines vermindert zurechnungsfähigen Trunkenbolds, verträgt keine von vornherein feststehenden Regeln über die Bemessung ihrer Dauer; das Ausmaß richtet sich im Einzelfall nach dem individuellen Zweck.“ — Stoß a. a. D. 2: „Einmal treffen die Bestimmungen über das Strafmaß für die *f. M.*, mögen sie auch Strafen heißen, nicht zu: Art und Dauer der

Maßnahme richtet sich nach dem Zweck und nach dem Erfolg der Behandlung.“ — Inkonsequent daher Art. 35 des Schweizer Vorentw. v. 1903: „Die Zeit der gerichtlichen Einweisung in die Trinkerheilanstalt dauert jedoch höchstens zwei Jahre.“ Ähnlich Art. 29, 31. Vgl. aber dazu auch Wüst a. a. D. 118/9; 157.

<sup>76)</sup> Wüst a. a. D. 187 schlägt die Einschaltung des folgenden Artikels in den Schweizer Vorentwurf vor: „Die f. M. hören auf oder fallen weg, wenn ihr Zweck erreicht ist, (ebenso wenn der Täter stirbt oder unheilbar geisteskrank wird, oder wenn er begnadigt wird).“ — Der Art. 56 des Schweizer E. hat das Verjährungsprinzip auf die f. M. wie auf die Strafen angewendet, und läßt die f. M. in fünf Jahren verjähren. Dagegen mit Recht Wüst a. a. D. 194: „Aus dem Wesen der f. M. muß wohl die Frage dahin beantwortet werden, daß der Grundsatz: »E. M. dauern bis zum Wegfall des Grundes« dem Verjährungsprinzip vorzuziehen ist“; vgl. die nähere Ausführung dieses Gedankens dortselbst und die richtige Bemerkung 196: „Die Verjährung in ihrer Herübernahme auf die f. M. bildet eine unnötige Anlehnung der f. M. an die Strafe.“

<sup>77)</sup> Vgl. Wüst a. a. D. 23 ff. — Die Notwendigkeit einer prinzipiellen Kompetenzentscheidung zwischen der Strafrechtspflege und der Verwaltung vermag auch durch Liszts Bemerkungen Auff. II. 72/3 nicht in Frage gestellt zu werden.

<sup>78)</sup> Ganz abwegig Haster a. a. D. 231: „Auch das ist gerechte Vergeltung, wenn der rechtbrechende Trunkenbold der strengen Zucht einer Heilanstalt überwiesen, oder der vielfach Rückfällige, selbst wenn er neuerdings nur eine kleine Verfehlung begeht, auf Jahre hinaus hinter Anstaltsmauern von der Welt fern gehalten wird“ — woraus dann Haster die Folgerung zieht, daß diese f. M. wirkliche Strafen seien: oben N. 65 a. E. — S. dagegen auch Stoß a. a. D. 1/2. — In die Trinkerheilanstalt kommen doch auch Trunkenbolde, die kein Verbrechen begangen haben, sichernde Maßnahmen müssen doch auch ergriffen werden gegen schuldlose Täter von Verbrechen: wie kann da von Vergeltung gesprochen werden?! Vgl. Jacques Stern l. c. S. 51.

<sup>79)</sup> v. Liszt, Auff. II. 122 sagt mit Bezug auf die Gegenüberstellung von Strafen und sichernden Maßnahmen: „Die klassische Schule will das Recht und das Gericht freihalten von aller polizeilichen Tätigkeit; die Kriminalpolitiker haben auf diese doktrinaire Scheidung stets geringes Gewicht gelegt. Ist doch nach ihrer Auffassung auch die richterlich erkannte Strafe in erster Linie dazu bestimmt, künftige Verbrechen zu verhindern.“ Vgl. auch II. 116: „Man beachte, daß die Trennung (von Strafen und f. M.), gerade vom Standpunkt des (Schweizer) Entwurfes aus, eine willkürliche ist.“ S. endlich ZS. XX. 11: „Es würde nicht schwierig sein, hier . . . den Nachweis zu erbringen, daß die ganze Unterscheidung von Sicherungsmaßregeln und Strafen, wie Prins sie im Anschluß an bekannte Vorbilder vertritt, . . . nicht haltbar ist.“

<sup>80)</sup> So trennte Kohlrusch an der oben N. 32 angeführten Stelle das Vergeltungswesen und den Vergeltungszweck der Strafe. So sagte v. Liszt in seinem Münchener Vortrag: „Ich leugne es gar nicht, die Strafe ist Vergeltung und darum können wir niemals sagen, die Strafe soll Vergeltung sein, so wenig wir sagen können, es soll das Echo kommen, wenn der Schuß abgegeben wird.“ Vgl. auch die anderen Zitate oben in N. 32.

<sup>81)</sup> Vgl. zum Folgenden auch meinen Vortrag im GS. 67, 420 N. 9.

<sup>82)</sup> Wie dies v. Liszt tut in seinem Lehrb. S. 83, 84 mit der Behauptung, der Streit der Strafrechtstheorien drehe sich heute in Wirklichkeit nur um das Verhältnis zwischen Generalprävention und Spezialprävention und der Vergeltungsgedanke sei von seinen modernen Vertretern zur Generalprävention abgeschwächt worden. Vgl. auch Lehrb. 67, wo demgemäß als mögliche Wirkungen der Strafe nur General- und Spezialprävention erscheinen und die wichtigen Wirkungen der Vergeltung als solcher (s. hier unten nach N. 86) ganz unterdrückt werden. — Vgl. auch v. Liszt, Auff. II. 54: „Ich behaupte die wissenschaftliche Unfruchtbarkeit und die praktische Unbrauchbarkeit der Vergeltungsidee. Es läßt sich mit ihr nicht arbeiten, während der Zweckgedanke niemals im Stiche läßt.“ Gleich auf der übernächsten Seite freilich erklärt er eine „Verjüngung der Vergeltungsidee“ für möglich. — Vgl. auch den Bericht Felischs über den „absichtlich dem Standpunkte der vergeltenden Gerechtigkeit ins Gesicht schlagenden“ Beschluß der Kommission der IKB. über die Behandlung jugendlicher Verbrecher in Goltd. Arch. XXXIX (1891), 283.

<sup>83)</sup> Vgl. v. Lienthal in JS. XIV. 695: „Vergeltung ist eben auch einer der Strafzwecke, die verfolgt werden müssen.“

<sup>84)</sup> Wie das die IKB. beabsichtigt nach der unwiderprochen gebliebenen Versicherung Hermann Seufferts auf dem Kongreß in Christiania (1892), Mitt. III. 279: „unsere Vereinigung, die den Vergeltungsgedanken doch allmählich bis in die hinterste Ecke treten läßt.“ Vgl. dazu A. Merkel, Vergeltungsidee, 8.

<sup>85)</sup> Die Strafzwecke bestimmen sich nach den Wirkungen, welche man sich von der Strafe verspricht. Vgl. v. Liszt, Auff. II. 295/6, wo er es als Aufgabe der Pönologie bezeichnet, „die Wirkungen der Strafe, die nächsten wie die entferntesten, zu prüfen,“ und dann fortfährt: „Erst mit der Lösung dieser Aufgabe . . . . . ist die Möglichkeit gegeben, die . . . . . festgestellten Wirkungen der Strafe als nächste Strafzwecke zu setzen, die dem obersten Strafzweck: »Schutz der Rechtsordnung« eingegliedert, in dieser ihrer Unterordnung das System der Kriminalpolitik in seinen Grundzügen ergeben müssen.“ Vgl. Denselben II. 139: Die Strafe dient ihrem Zwecke, indem sie abschreckend, bessernd, unschädlich machend wirkt. Auch schon I. 149: „Die Erkenntnis der Wirkung der Strafe ermöglicht es, eben diese Wirkung als Zweck zu setzen.“ Man kann der Strafe in der Tat keine

anderen Zwecke beilegen, als die sich aus ihren Wirkungen ergeben. Erste Wirkung der Strafe aber ist, ihrem Wesen entsprechend, Vergeltung, Brechung des Willens des Rechtsbrechers und damit (s. das im Text Folgende) Befriedigung unseres Gerechtigkeitsgefühls. Folglich muß Vergeltung auch der erste Strafzweck sein.

<sup>86)</sup> Die nun zu nennenden Wirkungen der Strafe werden von den Leugnern der Vergeltungsstrafe gänzlich übersehen oder unterschätzt, daher sie das Mittel der Strafe selbst in seiner Bedeutung für die Bekämpfung des Verbrechens viel zu gering anschlagen; vgl. meine Schrift: Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 5 ff.

<sup>87)</sup> A. Merkel, Lehrb. § 67 S. 181 unten. Vgl. auch Binding, Grundr. § 88 S. 186: „zwangsweise Unterwerfung des Verbrechers unter die Rechts Herrlichkeit, Rechtsmachtbewahrung.“

<sup>88)</sup> Vgl. meinen Auff. in Goldb. Arch. 48, 72 ff.; meinen Vortrag im GS. 67, 403 f.

<sup>89)</sup> Vgl. meinen Vortrag im GS. 67, 407/8. — Daß die Vergeltung wenigstens „bis zu einem gewissen Grade dem Schutz der Rechtsordnung dient,“ gibt selbst Kraepelin zu: Mschaff. MS. III. 278.

<sup>90)</sup> Die ganz verkehrte Gegenüberstellung, wie sie sich jüngst wieder bei Kraepelin in Mschaff. MS. III. 258 findet, wo er sagt, daß unser geltendes Strafgesetz „geflissentlich als obersten Grundsatz die Vergeltung, nicht die Bekämpfung des Verbrechens aufstellt“, sollte endlich einmal aus der Literatur verschwinden. Sie ist ein im Streit der Strafrechtsschulen längst überwundener Irrtum. Früher zwar hat v. Liszt allerdings einmal die Behauptung aufgestellt (Auff. II. 101 [1893]): „Jedes Strafgesetzbuch, das sich die Bekämpfung des Verbrechens zur Aufgabe macht, erfüllt unsere Hauptforderung, ist somit ein Sieg unserer Richtung über die klassische Schule.“ Dem bin ich bereits in der ZS. XVI. 108 (1896) entgegengetreten. Und später (Auff. II. 412 [1902]) äußerte v. Liszt selbst: „Wie der einzelne auch zu den Fragen nach Rechtsgrund und Zweck der Strafe sich stellen mag — in dem Einen Satz begegnen sich doch alle Meinungen: daß die Strafe eine der Waffen sein soll, die dem Staate in seinem Kampf gegen das Verbrechen zur Verfügung gestellt werden.“

<sup>91)</sup> So v. Liszt schon in seinen Auff. I. 174 ff.: „Die einzig haltbare und fruchtbare Form der Vergeltungsstrafe ist die Schutzstrafe.“ „Die Schutzstrafe ist die richtig verstandene Vergeltungsstrafe.“ So auch Kohlransch a. a. D. 15. — Haster a. a. D. 227, 230, 231: „Zwar tritt der Zweckgedanke in den Vordergrund, aber er schließt, soll er nicht veröden, notwendig in sich die Gedanken Schuld — Strafe — gerechte Vergeltung. Und damit ist der Gedanke gerettet, den auch der Kulturmensch nicht ganz aufgeben kann und nicht aufgeben will, der Vergeltungsgedanke.“ — Jacques Stern l. c. 39: „Vergeltung und Zweckgedanke sind für immer

untrennbar ihrem Wesen nach verbunden. Als das Primäre erscheint der Zweckgedanke.“ — So leider auch Detker, *JS. XVII.* 535 N. 104: „Denn die Schutzstrafe ist,“ wie v. Liszt *JS. III.* 43 treffend sagt, „die Vergeltungsstrafe“.

<sup>92)</sup> Für sie tritt auch ein: Ullmann im *GS.* 34, 29 ff. in folgenden Sätzen: „Die Strafe ist ihrem Wesen nach Vergeltung . . . . Die Genugtuung der einzige aus dem Begriff der Strafe sich ergebende Zweck derselben . . . . Abschreckung und Besserung sind Nebenzwecke der Strafe . . . . Die gerechte Strafe ist zugleich den Abschreckungszweck zu verwirklichen geeignet . . . . Die Berücksichtigung des Besserungszweckes kann in der Art gedacht werden, daß die Strafe nicht aufhört, gerechte Vergeltung zu sein.“ — S. ferner Wüst a. a. D. 138. — Vgl. noch meinen *Aussf. in Goldb. Arch.* 48, 77 zu N. 88—90; und gegen v. Liszts Behauptung (*Aussf. II.* 368), daß ich damit ein Kompromiß abgeschlossen hätte, meinen Vortrag im *GS.* 67, 408.

<sup>93)</sup> Nicht richtig ist es, daß der Gegensatz überhaupt nur ein eingebildeter sei, wie v. Liszt meint. Vgl. zu dem *quia peccatum est* und *no peccatur*: Detker, *JS. XVII.* 539. — A. Merkel, *Lehrb.* 189. — Wüst a. a. D. 134, 135. — v. Liszt an den oben in N. 12 genannten Stellen.

<sup>94)</sup> Detker l. c. 525 f.

<sup>95)</sup> Unrichtig also Stooß a. a. D. 4: „Ist der Strafrichter für *f. M.* zuständig, so ist es möglich, eine *f. M.* an Stelle der Strafe treten zu lassen und unnütze, doppelte Freiheitsentziehung zu vermeiden.“ 5 N. 2 gegen Hafter: „Denn die *f. M.* sind nicht »auch« Strafen, sondern sie üben vielfach auch die Funktion von Strafen aus, was ihnen nicht Strafnatur verleiht.“ Vgl. Denselben in *Schweizer. JS. f. Strafr.* IX. 295; in den Motiven zum Entw. 56; in den Prot. der Experten-Komm. II. 424. Unrichtig auch A. Merkel, *Lehrb.* 183, auf den sich Stooß beruft. Unrichtig weiter Wüst a. a. D. 82, der die Möglichkeit anerkennt, daß die Strafe der vermindert Zurechnungsfähigen in deren Verwahrung oder Versorgung „aufgehen“ könne, unter Berufung auf den Ausspruch Webers in der Experten-Kommission (Prot. I. 79): „Man verwahrt sie in einer Anstalt, und dies ist dann die Strafe.“ Vgl. auch Wüst 84, 109, 153, 176, 219, 223/4. — Dieses „Bikartieren“ verleitete dann Hafter l. c. 212 ff., die *f. M.* überhaupt als Strafen zu betrachten und in der „Sicherungsstrafe“ aufgehen zu lassen. Vgl. dagegen wieder Stooß l. c. 1 ff.

<sup>96)</sup> Vgl. Wüst a. a. D. 107, 108. An letzterer Stelle sagt Wüst: „Erfolgt aber die Einweisung statt der Strafe, dann ist sie eben eine Maßnahme gemischten Charakters. Der Strafcharakter tritt zwar hier in den Hintergrund gegenüber den Zwecken der Erziehung und Besserung; allein er wird nicht ganz zurücktreten. Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß der Eingewiesene selbst die Maßregel sicher als eine Strafe empfinden wird.“

<sup>97)</sup> Vgl. meine Streitschrift gegen v. Liszt 78 ff. — Aus gleichem Grunde ist es verfehlt, wenn man bei vermindert Zurechnungsfähigen dem Richter die Wahl einräumen will zwischen Strafe und f. M.: vgl. meine Streitschrift 49 ff.

<sup>98)</sup> In welchem Falle also f. M. neben der Strafe indiziert erscheinen. Ich kann es nicht als richtig anerkennen, wenn Wüst l. c. 109 meint: „Wo Arbeitshaus angezeigt erscheint, da hat es keinen Sinn, die Person vorher noch in ein Gefängnis einzusperrern. S. M. und Strafe nebeneinander sind nicht zu empfehlen, entweder das eine oder das andere.“ Es dürfte diese Ansicht Wüsts damit zusammenhängen, daß er die Verweisung in eine Arbeitsanstalt selbst als eine Art Strafe auffaßt: s. oben in N. 96. Sofern man gegen einen Strafwürdigen und Straffähigen f. M. anwenden will, muß man ihn zuerst strafen. Ich stimme insoweit vollständig den von Wüst 89 referierten Worten von Pfenninger zu.

<sup>99)</sup> Vgl. dazu Wüst a. a. D. 117, 118.

<sup>100)</sup> Wüst a. a. D. 4: „Welches ist der Charakter der f. M., dieser Kompromißmaßregel zwischen Sicherungsgedanke und Vergeltungsidee?“ Vgl. Denselben 133/4; 138 (unter der Überschrift: „Das System des Entwurfes [Kompromiß]“); 139, 149 ff. (unter der Überschrift: „VI. Der Kompromiß des Entwurfes“); 230: „Die f. M. sind die Kompromißmaßregel, von der man im allgemeinen erwartet, daß sie die Gegensätze (von Vergeltungsstrafe und Sicherungsstrafe) auszugleichen vermöge“; 232 oben. — Haster a. a. D. 212: „endlich soll untersucht werden, ob das Zusammenwirken von Strafe und f. M. in einem Strafrechtssystem möglich und wünschenswert ist, oder, um es schon jetzt zu sagen, ob der Kompromiß zwischen klassischem und soziologischem Strafrecht, den der Entwurf versucht, gelungen ist“; 224 unter III; 226: „wenn ein System überhaupt denkbar und durchführbar ist, so muß es nach dem Vorbild unseres Entwurfes sich gestalten: der Vergeltungsstrafe müssen f. M. angefügt werden“. — Zu einem Kompromiß und damit zur Halbheit wird die Aufnahme f. M. unter die Bekämpfungsmittel des Verbrechens erst dann, wenn man ihnen „Strafcharakter“ beilegt, wenn man sie mit der Strafe begrifflich verschwimmen und praktisch „vikariieren“ läßt, wie das der Schweizer Entw. tut. Stoof, der früher selbst den Strafcharakter der f. M. betonte, sucht ihn allerdings jetzt in Abrede zu stellen; aber angesichts der Bestimmungen des Entw. wohl vergeblich: vgl. Haster a. a. D. 226 und Stoof a. a. D. 5 N. 2.

<sup>101)</sup> Es handelt sich um ein rein äußerliches Hinzutreten der f. M. zu den Strafen, so wie es treffend Haster a. a. D. 226 ausmalt: „Der Gesetzgeber müßte abgrenzen, er müßte authentisch erklären, was als Strafe, was als f. M. gelten soll, er müßte, wo es notwendig und angängig ist, für die beiden Kategorien getrennte Regeln über Zurechnung, Zusammenrechnung, Wegfall, Verjährung u. s. w. aufstellen.“

An die Stelle eines Systems würden so zwei Systeme treten, die in getrenntem Nebeneinander ein doppeltes Ziel erreichen könnten — Vergeltung und sichernden Schutz der Gesellschaft.“

<sup>102)</sup> Vgl. meinen Auff. in Goldb. Arch. 48, 78 unter b; meine Schrift „Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?“ 52 zu N. 117; 67.

<sup>103)</sup> Sehr richtig bemerkt Detker, JS. XVII. 588: „Der doktrinaire Einwand, das strafrichterliche Amt müsse »rein« gehalten werden, beweist nichts. Wird doch auch der Zivilprozeß durch Zulassung der Feststellungsklagen in weitestem Umfang präventiven Zwecken dienstbar gemacht.“ Vgl. auch Stoß, Motive zum allgem. Teil des Schweizer Borentw. (Sep. 1893) 35: „Diese vorbeugende Tätigkeit fällt nun hauptsächlich der Polizei und nicht dem Strafrichter zu. Aber es wäre eine Verkennung des richtigen Gedankens, welcher der Trennung der Gewalten im Staate zu Grunde liegt, wenn die Gesetzgebung dem Richter das Recht vorenthalten wollte, diejenigen vorbeugenden Maßnahmen gegen das Verbrechen bei Anlaß seiner strafrichterlichen Tätigkeit zu treffen, welche er mit mehr Verständnis, also besser, und ohne weiteren Zeitaufwand, also einfacher, treffen kann, als der Polizeibeamte, der sich mit dem Fall, den der Richter gründlich kennen gelernt hat, neuerdings von Anfang an befassen müßte.“ Vgl. endlich v. Weinrich in JS. XVII. 861.

<sup>104)</sup> Vgl. dazu meinen Auff. in Goldb. Arch. 48, 78 zu N. 92 und die dort Zitierten. S. ferner ganz besonders Wüst a. a. D. 126 ff. Vgl. auch Detker a. a. D. 588.

<sup>105)</sup> Vgl. Wüst a. a. D. 114/5 (in Beziehung auf die Einweisung in eine Trinkerheilanstalt): „Doch auch hier wird wiederum der Grundsatz festgehalten, daß der Strafrichter erst dann einschreiten darf, wenn ein Verbrechen begangen worden ist. Das Verbrechen ist und bleibt also die *conditio sine qua non* für das Eingreifen des Strafrichters. Nicht die Gefährlichkeit der Krankheit an sich gibt dem Strafrichter ein Recht, sondern erst das Verbrechen, die begangene Straftat.“ S. auch Hafter I. c. 215: „Die Domäne des Strafrechts beginnt erst, wo ein Strafgesetz verletzt ist.“ — Hier liegt das, was die Gebiete der Sozial- und der Kriminalpolitik voneinander abgrenzt: vgl. Wüst a. a. D. 148; auch 78, 115, 145, 146.

<sup>106)</sup> Nicht jedes Verbrechen eines Trunkfächtigen, Geisteskranken, vermindert Zurechnungsfähigen, Jugendlichen, Rückfälligen beweist eine solche Gefahr; es könnte sich ja um ein Augenblicksverbrechen handeln, das auch jeder nicht in eine dieser Kategorien gehörige Mensch jederzeit begehen könnte.

<sup>107)</sup> Vgl. Wüst a. a. D. 71 zu N. 1; 126.

<sup>108)</sup> Vgl. meinen Auff. in Gl. a. a. D.; Wüst I. c. 129 ff.

<sup>109)</sup> Vgl. Wüst I. c. 71, 78 unten, 98 und den hier zitierten Ausspruch von Stoß.

<sup>110)</sup> Vgl. Stooß bei Wüst a. a. D. 98; 126 ff.; 131 ff.

<sup>111)</sup> Es ist vollkommen richtig, daß vorbeugen besser ist als strafen: vgl. meinen Aufsatz in Goldb. Arch. 48, 77 zu N. 86, 87. — v. Liszt, Auff. II. 122; Lehrb. 79 § 15 unter III. 4. — Kraepelin a. a. D. 270. — Lippa a. a. D. 308. — Es ist vollkommen richtig, daß der Staat seine Vorbeugungspflicht gegenüber dem Verbrechen bisher zu sehr vernachlässigt hat. S. z. B. v. Liszt, Auff. II. 83, 98. Aber auch Detker a. a. D. 519. Und es sei auch an dieser Stelle wieder als ein hohes Verdienst der modernen Richtung im Strafrecht bezeichnet, daß sie die Verbrechensprophylaxe so energisch betont und zu gebührender Anerkennung gebracht hat. Vgl. meinen Aufs. in GA. a. a. D. — Vgl. noch Wüst a. a. D. 69. — Haster a. a. D. 216. — Historisches über die Prävention gegen das Verbrechen s. bei Detker a. a. D. 518; Wüst I. c. 44.

<sup>112)</sup> Vgl. Haster a. a. D. 212: „Die Erwägungen, die die moderne Strafrechtsschule zur Postulierung einer Strafe führten, deren Zweck die Sicherung der Gesellschaft vor gewissen Individuen oder, von der anderen Seite betrachtet, die Unschädlichmachung bestimmter Rechtsbrecher ist, sind die gleichen, die den Verfasser des schweizerischen Vorentwurfes eine Reihe von sichernden Maßnahmen aufstellen ließen.“

<sup>113)</sup> So verlangt auch v. Liszt selbst, freilich in vollem Widerspruch zu seinen Ausprüchen oben in N. 14, 15, 79, eine „Abgrenzung der Strafe von anderen gesellschaftlichen Sicherungsmaßregeln“: Auff. II. 293; so stellt er in seinem Lehrb. 249/50 unter 2a die Strafe in Gegensatz zu den „Verwaltungsmaßregeln, wie Auflösung einer Versammlung, Schließung eines Vereins, Fürsorgeerziehung, Unterbringung in ein Asyl, Einziehung, Vernichtung, Unbrauchbarmachung von Gegenständen“; so setzt er in den Mitt. XI. 93 einander gegenüber la peine und les moyens préventifs. — Vgl. noch die Ausprüche v. Liszts in Auff. II. 115: „Die scharfe Trennung der Prävention und der Repression fällt. Das StGB. nimmt auch die „sichernden Maßnahmen“ mit auf“; II. 399: „Ist die höchste Dauer der Strafe (gegen jugendliche Verbrecher) erreicht, ohne daß die Besserung erzielt wird, so treten an die Stelle der Strafe die Verwaltungsmaßregeln“; II. 401/2: „Die Vertreter der »Vergeltungsidee« werden kaum in der Lage sein, auch meinem Vorschlag gegenüber den beliebten Einwand vorzubringen, daß man Strafe und Sicherungsmaßregel miteinander vermenge. (Note 1:) Die vorgeschlagene Maßregel kennzeichnet sich unzweideutig als Strafe im strengen technischen Sinn“; II. 422: „Dann aber erst, wenn über die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität volle Klarheit gewonnen ist, wird der Streit über das Verhältnis der Strafe zu den Vorbeugungsmaßregeln überhaupt, zu den ins Strafgesetzbuch aufzunehmenden Sicherungsmaßregeln insbesondere entschieden werden können“; in Anschaffenb. MS.

I. 14: „Auf die Formel »Strafe und Sicherungsmaßregel«, wo diese letztere notwendig ist, können sich heute Anhänger der verschiedenen strafrechtlichen Richtungen vereinigen.“ — Zeigt sich schon in allen voraufgeführten Stellen, daß auch v. Liszt das Bedürfnis, Strafe und s. M. zu unterscheiden, als unabweislich empfindet, so sprach er dies Bedürfnis mit aller wünschenswerten Bestimmtheit aus auf dem Kongreß der JKB. in Lissabon (1897), Mitt. VI. 471: „Nous avons mis à l'ordre du jour cette question, parceque la société doit établir une différence entre la peine et les mesures préventives,“ bei welcher Gelegenheit er sogar (VI. 474) seinen Freund v. Hamel bekämpfte, der diese Unterscheidung hatte leugnen wollen.

<sup>114)</sup> Vgl. Liszt, Auff. I. 176: „Die Strafe ist Prävention durch Repression.“ Unrichtig ist es, wenn er hinzufügt: „oder, wie wir ebensogut sagen dürfen: Repression durch Prävention“: vgl. oben zu N. 91.

<sup>115)</sup> Vgl. Detker oben in N. 49. S. auch Kraepelin unten in N. 119.

<sup>116)</sup> Vgl. Stooß a. a. D. 4 oben: „Damit stellt sich die sogen. Zweckstrafe ihrem Wesen nach als sichernde Maßnahme heraus. Die psychiatrischen Kriminalpolitiker bezeichnen sie richtig als Behandlung.“ — Wie unfähig die Verteidiger der „Schutzstrafe“ sind, Strafe und sichernde Maßnahmen auseinanderzuhalten, das beweist die Erwiderung eines Ungenannten auf meine Anti-Liszt-Schrift in der Tögl. Rundschau vom 30. Oktober 1906 Nr. 509. Der Verfasser schreibt: „Die Warnung vor der modernen Richtung von . . . Birkmeyer kann leicht dahin mißverstanden werden, als wollte die moderne Richtung die Mehrzahl der Verbrecher und gerade die gefährlichsten unbestraft lassen. Es ist kaum zu verstehen, wie B. es so auffassen kann, daß die moderne Richtung die menschliche Gesellschaft ohne Schutz gegen die Verbrecher lassen will.“ Ich will nicht annehmen, daß dies ein Versteckspielen hinter absichtlich unklar gelassenen Begriffen ist. Aber dann dokumentiert es das gänzliche Unvermögen, irgend welche Schutzmaßregeln gegen die Verbrecher von der Bestrafung derselben zu unterscheiden. Daß die moderne Richtung, wie sie von Liszt vertritt, dahin führt, wenn nicht alle Verbrecher, so doch weitaus die Mehrzahl derselben und zwar gerade die gefährlichsten, der Strafe zu entziehen, das behaupte ich allerdings und glaube es in meiner Streitschrift nachgewiesen zu haben. Man widerlege diesen Nachweis und lasse doch endlich einmal die oberflächlichen Redensarten beiseite!

<sup>117)</sup> Auff. II. 227; vgl. dazu Arnold Horn im GS. 58, 211 ff. — v. Liszt, der in der Strafe selbst nur eine Sicherungsmaßregel sieht (oben N. 79), unterscheidet doch innerhalb der Strafe wieder eine Besserungs-, eine Abschreckungs- und eine Sicherungs-Strafe. Letztere, die Unschädlichmachung, ist also die Sicherungs-

maßregel in der Potenz und kann daher v. Liszt begrifflich nicht von anderen Sicherungsmaßregeln unterschieden werden (s. Text). Ebenso unmöglich aber wird es ihm sein, seine Besserungsstrafe von der Einschaffung in eine Besserungsanstalt begrifflich zu unterscheiden. — Gleichgültig ist es natürlich für die Unmöglichkeit, Strafe und sichernde Maßnahme begrifflich zu trennen, ob man nun in jeder Strafe eine sichernde Maßnahme, oder aber in jeder sichernden Maßnahme eine Strafe sieht, wie dies Hafter tut: oben N. 65 a. G.; N. 78.

<sup>118)</sup> Das sollten wenigstens konsequent Denkende sich klar machen. Sehr richtig bemerkt Lipps l. c. 286, 287: „Nun könnte man freilich sagen, man wolle hier nicht um Worte streiten . . . . . Und die notwendige Umbildung des Strafbegriffes und die notwendige Reform der Strafrechtspflege bestehe letzten Endes eben darin, daß man den Gedanken der Strafe überhaupt fallen lasse und den Gedanken des Schutzes der Gesellschaft an die Stelle setze. Diese Stellungnahme zur Frage des »Strafrechtes« wäre in sich selbst völlig klar. Es wäre nur zu verlangen, daß derjenige, der diesen Standpunkt einnähme, dabei mit absoluter Konsequenz verharrte. Dann täte der selbe aber auch gut, das Wort »Strafe« überhaupt nicht in den Mund zu nehmen.“ — Hätte ich diesen Ausspruch schon gekannt, als ich meine Schrift: „Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?“ veröffentlichte, ich hätte ihn ihr als Motto vorangedruckt. — Bei dieser Gelegenheit eine kurze Bemerkung: Meine Schrift verfolgt die Tendenz darzutun, daß v. Liszt's Lehren zu einer Auflösung des Strafrechts führen. v. Liszt hat mir nun in seiner Zeitschrift XXVII. 213 ff. selbst geantwortet. Aber statt mich in der Sache zu widerlegen, hat er sich darauf beschränkt, das, was er meine „Methode“ nennt, zu bekämpfen, und er tut dies in einem Ton persönlicher Animosität, zu welchem ich durch meine streng sachlich gehaltene Schrift keinen Anlaß gegeben habe und den ich nach unfrem bisheriges Verhältnis nicht erwarten durfte. Auf einen solchen Ton meinerseits nie einzugehen, habe ich mir zum Prinzip gemacht, und da Liszt's „Wort der Abwehr“ in der Sache nicht das Mindeste abzuwehren gewußt hat, so habe ich sein Anerbieten, mir zu einer Erwiderung die Spalten seiner Zeitschrift zur Verfügung zu stellen, höflich dankend abgelehnt.

<sup>119)</sup> Vgl. Kraepelin a. a. D. 269: „Es ist vollkommen wahr, daß die Strafe im heutigen Sinne mit dem Augenblicke aufhört, in dem sie zur reinen Schutzmaßregel wird, aber gerade darin sehen wir die größte Errungenschaft der neuen Anschauungen.“ 279: „Die Vergeltungsidee . . . ist unvereinbar mit unseren sittlichen Anschauungen . . . sie stellt ein fremdartiges Überlebsel dar in einer Zeit, die uns immer eindringlicher lehrt, daß alles begreifen auch alles verzeihen heißt.“ (Vgl. dazu Kohlrausch, Über deskript. u. normat. Elemente, 5: „Nichts überhaupt ist so falsch und so unkritisch wie der Satz: »Alles verstehen heißt alles verzeihen.«“) —

Kraepelin ist sich übrigens vollkommen klar darüber, daß er in dem Vergeltungs-  
strafrecht das Strafrecht überhaupt bekriegt; sagt er ja doch auch l. c. 270, daß er  
„nicht richten und strafen, sondern die soziale Krankheit des Verbrechertums be-  
kämpfen“ wolle. S. auch oben zu N. 3.

<sup>120)</sup> Von Kraepelin l. c. 266.

<sup>121)</sup> Vgl. auch meine zitierte Schrift 64.

