

2. Der Entwurf bemüht sich in verdienstvoller Weise, die Tatbestände möglichst sorgfältig zu umschreiben und so dem Satz *nulla poena sine lege* wirklich zur Geltung zu verhelfen. Es müßte aber in dieser Beziehung noch mehr getan werden.

3. Das zweispurige System von Strafen und Maßregeln, also der vor zwei Menschenaltern erzielte Kompromiß, hat sich in der Praxis nur teilweise bewährt. Unsere Kritik wagt daher ein eigenes neues System von Strafen und personenrechtlichen Fürsorgemaßnahmen vorzuschlagen, das als ein Ganzes gedacht ist und als Ganzes geprüft werden muß. Besonders hervorzuheben ist aber, daß jede eliminierende Verwahrung mit Menschlichkeit und christlicher Nächstenliebe schlechthin unvereinbar ist. Daher muß die Sicherungsverwahrung, die sich ohnehin als unpraktisch erwiesen hat, in ihrer jetzigen Form fallen. Sie darf nicht noch durch die schreckliche Jungtäterverwahrung ergänzt werden. Das Problem ist vielmehr teils durch entsprechende Ausgestaltung der gerechten Strafe, teils durch echte personenrechtliche Fürsorge zu lösen. Ohnedies ist das Maßnahmenrecht des Entwurfs durch § 72 Bundessozialhilfegesetz unterlaufen.

Von der weiteren Entwicklung des Strafrechts hängt es zu einem guten Teil ab, ob wir unsere freiheitliche Rechtsordnung behalten und ausbauen können, oder ob wir alle mehr oder weniger einem kollektivistischen Behandlungszwang unterworfen werden. Alle diese Fragen sind so ernst, daß der Kritiker sich in der Durchführung seiner Gedanken manchmal zu sehr harten und scharfen Aussagen genötigt sieht.

Kiel, 14. Januar 1962

Hellmuth Mayer

Inhalt

Erster Teil

Grundlagen einer neuen Kriminalpolitik

<i>Erster Abschnitt: Die werdende neue Kriminologie</i>	1
§ 1. Methodische Voraussetzungen	1
§ 2. Das Programm einer neuen Kriminologie	6
<i>Zweiter Abschnitt: Freiheitliches oder kollektivistisches Strafrecht</i>	25
§ 3. Der Rechtsbegriff der Freiheit und die strafrechtlichen Folgerungen in der Ideengeschichte	25
§ 4. Die rechtspolitische Auseinandersetzung der Gegenwart	37
<i>Dritter Abschnitt: Kritische Folgerungen</i>	45
§ 5. Kritische Folgerungen	45

Zweiter Teil

Kriminalpolitische Aufgaben

<i>Erster Abschnitt: Quantitative Einschränkung des Strafrechts</i>	57
§ 6. Die Misere und die Möglichkeiten	57
§ 7. Strafbare Handlungen gegen das Vermögen	68
§ 8. Verbrechen gegen die Person	82
§ 9. Straftaten gegen Staat und öffentliche Ordnung	97
<i>Zweiter Abschnitt: Die gesetzliche Bestimmung der Tatbestände</i>	104
§ 10. Die grundsätzliche Bedeutung der Tatbestandsgarantie	104
§ 11. Die Tatbestandsgarantie als magna charta libertatis	109
§ 12. Probleme der Gewaltenteilung	116
<i>Dritter Abschnitt: Strafsystem, Maßnahmen des Kriminalrechts, fürsorgendes Personenrecht</i>	119
§ 13. Ein neuer Plan	119
§ 14. Die Geldstrafe	130
§ 15. Strafdienst und Freiheitsstrafe	133
§ 16. Die Behandlung der Gefährdeten	144
§ 17. Einordnung der Vergesellschaftungsschwierigen, (Schutzhilfe und Sicherungsaufsicht)	153

Erster Teil

Grundlagen einer neuen Kriminalpolitik

Erster Abschnitt

Die werdende neue Kriminologie

§ 1. Methodische Voraussetzungen

Der Entwurf erscheint in einer Zeit, in der die ganze Kriminologie neu geschrieben werden muß. Ohne sich dies in allen Folgerungen klarzumachen, kann man zum Entwurf nicht sachgemäß Stellung nehmen. Diese Neubesinnung wird dadurch erzwungen, daß die naturwissenschaftliche Anthropologie z. B. in der zoologisch orientierten Instinktlehre, aber auch sonst mit der rein naturkausalen Betrachtung des menschlichen Handelns vollen Ernst macht, und gerade dadurch die Grenzen der naturkausalen Betrachtung unübersehbar aufzeigt. Damit verschafft die Naturwissenschaft selbst der Kriminologie die Freiheit, sich ihres Charakters als Geisteswissenschaft bewußt zu werden. Jetzt endlich können also die Früchte der entscheidenden wissenschaftstheoretischen Erkenntnis der Jahrhundertwende gezogen werden, nämlich daß die geisteswissenschaftliche Empirie als Realerkenntnis gleichberechtigt neben der Naturwissenschaft steht. Die daraus folgenden methodischen Vorbemerkungen mögen manchen verstimmen, dem die großen Namen der kriminologischen Wissenschaftsgeschichte bedeutsam sind. Sie sollen aber nicht das Andenken etwa Franz v. Liszts abwerten, sondern die geistesgeschichtlichen Voraussetzungen und Veränderungen klären.

I. Der Methodenwiderspruch¹ in den „modernen Grundgedanken“. Die Lehren der seinerzeit modernen Schule entlehnten ihre verführerische Zauberkraft den die Allgemeinheit beherrschenden Zwangsvorstellungen des populären Naturalismus. Alle führenden Köpfe der scuola positiva oder der deutschen soziologischen Strafrechtsschule waren viel weniger der eigentlichen positivistischen Philosophie² ver-

¹ Vgl. Hellmuth Mayer, Kriminalpolitik als Geisteswissenschaft Z. Bd. 57, S. 1 ff., vgl. auch Lehrb. Allg. Tl. § 5.

² Die geisteswissenschaftlichen Zusammenhänge sind von Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935 dargestellt. Auch Welzel

pflichtet, als vielmehr dem voreiligen Weltbild des frühen Naturalismus verfallen. Es war ihr Schicksal, daß sie mit den unzulänglichen Mitteln des „unaufgeklärten“ Materialismus das Sozialleben naturkausal erklären mußten. Das ließ sich aber nur machen, indem man eine Art „Soziale Physik“ aus — als selbstverständlich unterstellten³ — Axiomen deduzierte und in diesem pseudonaturwissenschaftlichen Lehrgebäude geisteswissenschaftliche und naturwissenschaftliche Methoden vermengte anstatt diese Methoden kritisch zu unterscheiden und korrekt zu verbinden⁴. Dieser methodische Ansatz nötigte die kriminologische Forschung zu deduktiven Spekulationen, so leidenschaftlich man dem Gegner, nämlich der klassischen Schule, Spekulation vorwarf.

1. Der *Fehler im Grundansatz* ist folgender: Sachverhalte, die unmittelbar oder mittelbar nur im Selbstbewußtsein oder Selbstverständnis des Menschen gegeben sind, wie die Sinneinheit des Individuums, oder der normative Gehalt von Recht und Sittlichkeit, oder überhaupt der Sinngehalt menschlicher Ausdruckstätigkeit, werden als empirisches Faktum im Sinn von Sachverhalten gerade der Natur aufgefaßt und in Analogie zu Naturvorgängen behandelt.

Der ganze positivistische Naturalismus behandelt nämlich im Widerspruch zu seinen Ausgangsvorstellungen den Menschen keineswegs schlicht und einfach als Naturwesen, als welches er einerseits ein bloßes Exemplar der Gattung, andererseits ein höchst komplexes uneinheitliches Gebilde ist. Er nimmt ihn vielmehr zunächst durchaus als die geistige Sinneinheit Individuum oder als „Ich“, so wie sich dieses Ich oder Individuum ausschließlich in seinem geistigen Selbstbewußtsein vorfindet und erkennt. So gesehen ist aber der Mensch kein möglicher Gegenstand kausaler Naturbetrachtung. Dennoch wird das Verhalten dieses philosophisch oder geisteswissenschaftlich begriffenen Individuums analog dem Mechanismus der durch Schwerkraft bewegten Körper gedacht. Der Mensch wird als ein von innen von dem — als einheitlich vorgestellten — naturalen Trieb der Selbsterhaltung gelenkter, im übrigen aber als von außen von den Anstößen der Umwelt bewegter Mechanismus gesehen. Diesem mechanistisch konstruierten Individuum wird zwar die Freiheit abgesprochen, dennoch aber Zweck-

stellt das „Weltbild“ des Positivismus den „philosophischen“ Grundlagen voran. In der Tat ist ersteres für die Anhänger der seinerzeit modernen Schule primär, die philosophische Begründung nur sekundär. Bei dem „Weltbild“ handelt es sich um das aus dem 18. Jahrhundert stammende „scientistische“ Vorurteil, das nur vorübergehend unter den Schlägen der kritischen Philosophie zusammengebrochen war.

³ Vgl. z. B. den naiven Dogmatismus bei *Ferri*, *Das Verbrechen als soziale Erscheinung* (deutsch von Kurella) 1896, S. 21.

⁴ Vgl. als Beispiel vorbildlicher Methodenunterscheidung und Kombination *Jaspers*, *Allgemeine Psychopathologie* (6) 1953; insbes. 1—41.

bewußtsein und zweckbewußter Wille, also eine geistige Verfassung, zuerkannt. Unbefangen werden geistig-psychologische Abläufe kausal mit materiellen Gegebenheiten verknüpft⁵, als wenn nicht das Problem einer psychologischen Kausalität wissenschaftstheoretisch schlechthin unlösbar wäre.

2. *Ausgangspunkt* der Konstruktion ist an sich das *Einzelindividuum*. Dies erklärt sich nicht nur geschichtlich daraus, daß der Positivismus — im Widerspruch mit sich selbst — weithin den Rationalismus des 18. Jahrhunderts weiterführt, sondern dies ist auch innerhalb eines wesentlich naturalistischen Denkens bedingt legitim. Denn innerhalb des naturalistischen Denkens wird sowohl die übergeordnete Gattung als auch die Gesellschaft nur im Individuum wirklich. Folgerichtig muß denn auch das soziale Leben aus Trieben abgeleitet werden, die in das Individuum als Anlage eingepflanzt sind. So erklärt v. Liszt das soziale Leben durch eine ausdrücklich als solche zugestandene Hypothese⁶, nämlich in der Weise, daß neben dem Selbsterhaltungstrieb ein Arterhaltungstrieb als unbewußt im Dienst der Arterhaltung stehend zu denken sei. Diese seltsame Gleichrichtung zweier an sich verschiedener und in ihren Zwecken sich widersprechender Triebe bezeichnet v. Liszt als *Koinzidenz der Zwecke*, so daß er also entgegen seinem naturalistischen Ausgangspunkt der kausalen Natur eine doppelte harmonische Zweckhaftigkeit zuschreibt. Über die Bedenken gegen eine solche Annahme beruhigt er sich schließlich damit, daß er doch nichts anderes behaupte als die uralte philosophische Aussage, der Mensch werde von Natur aus durch den appetitus societatis geleitet. Damit ist aber offen ausgesprochen, daß der v. Lisztschen Kriminologie eine deduktive Konstruktion *more geometrico* im Sinne des 18. Jahrhunderts zugrunde liegt, und daß die angestrebte kausale Naturbeobachtung nicht ernstlich durchgeführt wird.

Die Gesellschaft erscheint auf diese Weise nur als Umwelt im äußerlichsten Sinn, als äußerer Anstoß oder Grenze für die Betätigung der Triebanlagen, nicht als inhalterfüllte und selbstwirksame geistige Kraft. Damit verschwinden die realen gesellschaftlichen Kräfte, Zusammenhänge und Vorgänge aus dem Blickfeld dieser Kriminologie⁷.

⁵ In Betracht kommt hier nur die naturwissenschaftlich verstandene nezzitierende Kausalität, in deren Sinn die herkömmliche Kriminologie ganz naiv Denkinhalte des Zweckbewußtseins mit real-körperlichen Vorgängen verbindet. Vgl. als erste Einführung in das Problem der psychologischen Kausalität *Elsenhans*, Lehrb. d. Psychologie, 3. Aufl. 1939, S. 49 ff., und *Hermann Ebbinghaus*, „Abriß der Psychologie“, 9. Aufl. 1932, S. 45 ff., vgl. auch mein Lehrb. Allgem. Tl. S. 230 und § 33 Anm. 47 ff., ferner Rittler-Festschrift S. 256.

⁶ Vgl. v. Liszt „Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge“ Bd. 1 1905, S. 135 f.

⁷ Sehr charakteristisch ist der Aufbau der Kriminologie *Erners* auch noch in der 3. und reifsten Auflage. Was wirklich das Bewegende im gesell-