

5. Weltanschauliche Polarisierung nach der Jahrhundertwende	97
5.1. Vergeltungsidee und Verbrechensprophylaxe	97
5.2. Klassische Präventionsmodelle	104
a) Verdeckt-relative Straftheorien im absoluten Gewand	104
b) Generalpräventive Modelle. Die Aufgaben der Strafrechtspflege von Richard SCHMIDT (1895)	107
c) Vergeltung zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes	111
d) Renaissance des naturrechtlichen Vergeltungsbegriffs bei BIRKMEYER	112
6. Schlußfolgerungen	113
<i>II. Rechtsgüterschutz — Hermeneutische Leerformel oder kriminalpolitischer Leitgedanke? Der Begriff des Rechtsguts bei BINDING und LISZT</i>	<i>115</i>
1. Verhältnis des Rechtsgutsbegriffs zum Gesetz	116
a) BINDINGs Leerformel	116
b) LISZTs Kombination von Interessenlehre und Normentheorie	119
2. Finalisierung der Strafrechtsdogmatik?	122
3. Rhetorische Gefechte im Dickicht der Legendenbildungen	129
<i>III. Präventionsmodelle zu Beginn des 19. Jahrhunderts</i>	<i>135</i>
1. Absolute Strafgerechtigkeit oder Erhaltung äußerer Rechte	135
2. Verbrechen als Rechtsverletzung	151
3. Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Rechtsverletzungslehre zu Beginn des 19. Jahrhunderts und der Rechtsgüterschutzlehre MERKELs, BINDINGs und LISTZs	158
<i>IV. Philosophie und Strafrechtswissenschaft</i>	<i>163</i>
1. Antispekulative Tendenzen vor der Jahrhundertwende	163
1.1. „Zusammenbruch“ des HEGELschen Systems? „Einbruch“ des „Positivismus“?	163

Inhaltsverzeichnis

9

1.2. Strafrechtliche Grundlagendiskussionen vor dem Schulenstreit	169
a) Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, JENAer Antrittsrede von Richard LOENING (1882)	170
b) Carl Ludwig von BAR, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien (1882)	173
c) Adolf LASSON, System der Rechtsphilosophie (1882)	175
d) GUENTHER, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Ein Beitrag zur universalhistorischen Entwicklung desselben (1889)	176
1.3. Schlußfolgerungen	177
2. Die Legende vom „Einbruch“ des „Positivismus“	178
2.1. Sozialdarwinistische Elemente in LISTZs „Zweckgedanken“?	179
2.2. Die Diskussion um das „richtige Recht“	183
3. Rematerialisierung und methodologische Defensive. Rechtsphilosophische Tendenzen nach der Jahrhundertwende	185

C. Ergebnis

191

<i>Literaturverzeichnis</i>	194
<i>Personenregister</i>	214
<i>Sachwortregister</i>	217

Vorbemerkungen

Die gängige Einteilung der Straftheorien in sogenannte absolute und relative hat etwas Lähmendes. Sie belastet die theoretische Diskussion und macht die historische Bestandsaufnahme zu einem ermüdenden Spiel um Klassifikationen. Die Hartnäckigkeit, mit der gleichwohl an diesem Schema festgehalten wird, ist verwunderlich, wenn man bedenkt, wie beliebig Zweck-Mittel-Relationen gesetzt und umgedeutet werden können. Faßt man den „Grund“ der Strafe eng, dann ist der Rechtsgrund der Strafe das begangene Unrecht; *Feuerbach* wäre ebenso wie *Binding* Anhänger einer „absoluten“ Straftheorie. Fragt man nach dem Realgrund der Strafe, würde sich die Mehrzahl der sogenannten klassischen (angeblich absoluten) Straftheorien nicht scheuen, den „Zweck“ der Vergeltung in der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung zu sehen.

Für eine historische Darstellung der Strafzweck-Diskussion seit 1800 ist die Einteilung in Vergeltungs- und Präventionstheorien verhängnisvoll. Sie überschätzt die historische Bedeutung des Postulats einer absoluten Strafgerechtigkeit, wie es von *Kant* und *Hegel* formuliert, in dieser Form aber von juristischen Autoren nicht übernommen worden ist. Entweder haben diese die Sprengkraft so hoch angesetzter Legitimationsanforderungen ignoriert oder sie haben sie abgelehnt. Die Einwände gegen die Forderung nach absoluter Strafgerechtigkeit werden früh formuliert und wiederholen sich danach fortlaufend. Man lese nur die „Kritik des natürlichen Rechts“ des jungen *Feuerbachs* aus dem Jahre 1796, einem Jahr vor den 1797 erschienenen „Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“ *Kants*, um die Lust auf eine Geschichtsschreibung sich ständig wiederholender Argumente zu verlieren. In historischen Überblicken wird — als Folge des Denkens im Schema von „absolut“ und „relativ“ — die Bedeutung absoluter Straftheorien für die juristische Diskussion überschätzt. Aus der Tatsache einer in Schüben stattfindenden Polemik gegen absolute Straftheorien wird auf deren Bedeutung und einen gemeinsamen Nenner der Vertreter eines Präventionsrechtes geschlossen. Es sieht ganz so aus, als sei dies ein Trugschluß. Vielleicht ist deren gemeinsamer Nenner lediglich das bis heute nicht aufgelöste Begründungsproblem; und die negative Abgrenzung gegenüber einem nicht präventiv ausgerichteten Strafrecht ein Versuch, wenigstens insofern einen Konsens über Sinn und Zweck staatlicher Strafe zu erzielen?

In der vorliegenden Arbeit ist daher ein anderer Weg eingeschlagen worden. Zunächst wurden prägnante Beispiele ausgewählt: Der Streit der „klassischen“ und der „modernen“ Schule an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert. Er führt zum Problem einer Definition dessen, was man unter Rechtsgüterschutz

versteht, und dies führt zurück zu den ungelösten Fragen der Verbrechenslehre um 1800. In einem zweiten Schritt wurden die jeweiligen Diskussionszusammenhänge rekonstruiert. Zu diesem Zweck war es notwendig, Verständnisbarrieren abzubauen, die die moderne Perspektive begrenzen. Schließlich haben sich seit *Feuerbachs*, *Liszts* und *Bindings* Zeiten zahlreiche Folge-Diskussionen wie Gesteinsschichten über die ursprünglichen Streitfragen gelegt. Zu trennen war also zwischen Ausgangs-Texten und Wirkungsgeschichte.

Im Verlauf der Arbeit zeigte sich, daß es sinnvoll ist, zwischen verschiedenen Ebenen der Strafzweck-Diskussionen zu trennen; denn die Definitionen der Strafen erwiesen sich oft als unergiebig, hingegen der rechtsphilosophische und kriminalpolitische Kontext als aufschlußreich. Aus diesem Grund werden die Straftheorien in ihrem jeweiligen Verhältnis zur Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik, Kriminalpolitik und den Erfahrungswissenschaften dargestellt.

Mit letzteren soll begonnen werden, um das Thema nicht über Gebühr ideengeschichtlich aufzuladen. Im folgenden geht es um die Kriminalitäts- und/oder Kriminalisierungsentwicklung seit dem Ende des 19. Jahrhundert. Auf welche Probleme reagierte man in der relativ abgehobenen akademischen Strafzweck-Diskussion?

A. Verwendung kriminalstatistischer Daten in der Strafzweck-Diskussion

In der 1799 erschienenen „Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts“ wiederholte und vertiefte der junge P. J. A. *Feuerbach* seinen schon 1796 dargelegten theoretischen Ansatz, wonach es das Recht ausschließlich mit der äußeren Freiheitssphäre zu tun habe, und aus diesem Grund den Menschen — im Unterschied zur Philosophie — nicht ausschließlich als moralisches Wesen betrachte, sondern als sinnliches Wesen. Die Wissenschaft vom positiven peinlichen Recht müsse daher ihre Grundbegriffe *psychologisch* zutreffend fundieren:

„Man wird daher die ausführlichen psychologischen Erörterungen, die ich mir erlaubt habe, nicht als unnötige Abschweifungen betrachten, welche entweder nur den Raum füllen, oder eine zweckwidrige Zerstreuung bewirken sollen. Sie sind sehr oft gar wesentlich und nothwendig, weil, wenigstens nach meiner Meinung, die wichtigsten Irrthümer der gewöhnlichen Theorien in irrigen psychologischen Begriffen ihren Grund haben und die Einsicht in die Wahrheit meiner Behauptungen zum Theil auf deutlicher und klarer Einsicht gewisser psychologischer Wahrheiten beruht. Eben darum war ich auch hin und wieder genöthigt, Metaphysiker zu sein“ (Vorrede VIII).

Feuerbachs Straftheorie war alles andere als psychologisch abgesichert. Dies hat sein Schüler C. J. A. *Mittermaier* sehr genau erkannt. Die Tatsache, daß der Anspruch nach empirisch abgesicherten Aussagen von Anfang an erhoben, wenn auch nicht eingelöst wurde, zeigt, wie wichtig es ist, die verschiedenen Aspekte der jeweiligen Begründungsversuche zu beachten. Wir können schon an dieser Stelle sagen, daß es kein Kennzeichen der mit *Liszt* einsetzenden sogenannten modernen Schule ist, die Notwendigkeit staatlicher Strafe psychologisch zu begründen. Philosophie, Dogmatik und Erfahrungswissenschaften stehen von Anfang an in einem prekären Verhältnis zueinander.

1829 befaßte sich *Mittermaier* ausführlich und kritisch, was die Methode betrifft, mit dem *Compte général de l'administration de la justice criminelle pendant l'année 1827*, erstellt für das französische Justizministerium. In den folgenden Jahren folgten weitere Kommentare zu Fragen der Kriminalstatistik.¹ *Mittermaier* beobachtete sehr genau die aufstrebenden Erfahrungswissenschaften und sah in deren Erkenntnissen eine unverzichtbare Hilfe für eine gerechte und effektive Strafgesetzgebung und Praxis. Rückblickend kann man sagen, daß er eine verpaßte historische Gelegenheit repräsentiert; und die Tatsache, daß wir so wenig über ihn wissen, zeigt, daß sich die Folgen der damals ge-

¹ *Mittermaier*, Vermischtes, in: Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, hg. von Hitzig, Berlin 1829, Heft 5, S. 154ff.; Heft 6, S. 355ff.; 1830, Heft 13, S. 157ff. und S. 190ff.

stellten Weichen bis in die Gegenwart bemerkbar machen. *Mittermaier* begann seine Ausführung 1827 mit dem Bild vom Gesetzgeber als eines Arztes, der — von falschen, weil doktrinen Grundsätzen ausgehend — zum Kurpfuscher wird:

„Wenn ein Arzt nur durch gewisse Universalrezepte kuriren, und in dem Glauben an die Allmacht eines Heilmittels immer die nämliche Arznei anwenden wollte, ohne zu fragen, wie bisher das gerühmte Mittel gewirkt habe, wenn er bei einem Kranken, der durch eine Arznei nicht geheilt wurde, nichts weiter als eine Verdoppelung und allmähliche Steigerung der Dosis des nämlichen Heilmittels anordnen wollte, so würde mit Recht eine schlechte Meinung von der Geschicklichkeit eines solchen Arztes begründet werden. — Der Gesetzgeber gleicht dem Arzte, seine Strafgesetze sollen die Heilmittel moralischer Gebrechen seyn. — Gleicht das Gesetzbuch aber dem Rezeptbuche, in welchem die Strafen nur wie Universalarzneyen aufgeführt sind, und ein Verdoppelungssystem der Strafen, z. B. bei dem Rückfalle, vorgeschrieben ist, so mögen schwerlich die Bürger ein lebendiges Vertrauen zu der Weisheit des Legislators fassen. Es wird immer mehr eingesehen, daß es zu den Voraussetzungen einer guten Strafgesetzgebung gehöre, daß der Gesetzgeber genau das Volk, für welches das Gesetzbuch bestimmt ist, die Culturstufe desselben und alle Eigenthümlichkeiten studire, durch welche das Volk den Einwirkungen des Gesetzes am meisten zugänglich wird. . . . Nur auf dem Wege der Erfahrungen wird die Legislation allmählich dem Ziele der Vollkommenheit sich nähern. Wer prüft, wie unter ähnlichen Umständen ein schon gegebenes Gesetz der Art auf die Menschen wirkte, in wie ferne es Verbrechen verminderte, und die Absichten des Gesetzgebers erreichen half, wird ein sicheres Mittel in Händen haben, vor ähnlichen Mißgriffen, da wo die Erfahrung warnend spricht, sich zu bewahren, oder die Lücken seiner Gesetzgebung und die Gründe seiner Täuschung einzusehen. Auf diese Art kann man als einen Theil der Criminalpolitik die Criminalstatistik betrachten, welche mit Angabe der Thatsachen sich beschäftigt, . . . kurz alles betreffen, was auf die Beurtheilung der Anwendung und der Wirksamkeit sich bezieht.“²

Mittermaier blieb unter seinen juristischen Kollegen ein Einzelfall. Am Ende des 19. Jahrhundert finden sich dieselben generalisierenden Rezepte wie an seinem Anfang. *Liszts* Deduktion der zunehmenden Rationalisierung eines ursprünglich triebhaften Strafbedürfnisses erinnert — unter diesem Aspekt gesehen — fatal an *Feuerbachs* Ausführungen zur psychologischen Notwendigkeit staatlicher Strafe. Gespannt blicken wir daher auf die um einige Jahrzehnte verspätete Diskussion der von *Quetelet* in den 1830er Jahren entwickelten Moralstatistik.

1. Moralstatistik und Kriminalstatistik — Diskussionen vor der Jahrhundertwende

Von Ottingen griff 1868 den von *Quetelet* entwickelten Gedanken einer erfahrungswissenschaftlichen Sozialethik auf. Diese sollte nicht vom Individuum ihren Ausgang nehmen, sondern die Entstehung sittlicher Regeln in der Gesellschaft nachweisen, von der sich der Einzelne durch Erbschaft und Erziehung erhalte³.

² Hitzig's Annalen 1829, Heft 5, S. 154.

³ *Von Ottingen*, Die Moralstatistik in ihrer Bedeutung für eine Sozialethik, 1868/69, 3. Aufl. 1882.

Georg Jellinek⁴, im selben Jahr wie von Liszt geboren (1851) und zur selben Zeit Student in Wien, kommentierte dieses für die spätere Diskussionen so wichtige Werk. Er begrüßte den theoretischen Ansatz einer erfahrungswissenschaftlich begründeten Sozialethik und bemängelte nur, daß der „Theologe“ verderbe, was der strenge philosophische Forscher begonnen habe:

„Und so läuft die vorsichtig und umsichtig unternommene Untersuchung in lauter unglückliche theologische Schrullen aus, welche die bereits gewonnene Einsicht von Grund aus wieder zerstören. Anstelle des überwundenen Determinismus erhalten wir den leidigen Gottseibeins, und indem wir dem Fatum glücklich entronnen sind, fallen wir unerbittlich dem Satan in die Hände“ (S. 70).

Von Öttingen ziehe nämlich aus den steigenden Zahlen gerichtlicher Verurteilungen den Schluß, daß „das Reich der Sünde“ immer mehr Raum gewinne und gebe „gleichsam einen statistischen Beweis für die Existenz des Teufels“. Dem setzte Jellinek die These entgegen, daß in der Zivilisation „nicht nur segensreiche, sondern auch schädliche Keime verborgen“ lägen⁵. Das komplizierte soziale Phänomen des Verbrechens (S. 136) sei auf vielfältige Weise Produkt sozialer Verhältnisse. Man dürfe sich nicht wundern, daß bei steigenden sozialen Kontakten auch die Zahl der Verbrechen zunähme, jedenfalls könne man daraus keinen Schluß auf eine „wachsende Unsittlichkeit“ ziehen. Das „Geschrei von der unaufhaltsam zunehmenden Verunartung“ (S. 84) komme unter anderem auch daher, daß die Maßstäbe zur Bewertung normgerechten Verhaltens feiner würden.

Jellineks Kritik fiel auf fruchtbaren Boden. Es kam zu dem ansonsten seltenen Ereignis, daß ein kritisierte Autor seinem Kritiker ausdrücklich Recht gab. Im ersten Band der von Liszt und Dochow neu gegründeten Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft findet sich ein programmatischer Aufsatz⁶, in dem von Öttingen dem Faktor der gesteigerten Zivilisation ausdrücklich Rechnung trägt. Wir stehen am Beginn einer Diskussion über die „Nutzbarmachung der Kriminalistik“⁷. Einer der damals berühmtesten Vertreter dieser Richtung war Georg von Mayr. Er beeinflusste Aufbau und Gliederung der vom Reichsjustizamt gefertigten Statistiken (seit 1882) und berichtete 1895 in den Mitteilungen der 1889 gegründeten Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (I.K.V.) über die „Organisation der Rückfallstatistik“. Dies zeigt, wie verflochten damals die Kriminologie mit den kriminalpolitischen Bestrebungen der modernen Schule war⁸.

⁴ Georg Jellinek, *Moralstatistik und Todesstrafe*, in: *Ausgewählte Schriften* (Hg. Walter Jellinek), Bd. I., S. 69; *ders.*, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, 2. Aufl. 1908; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, 3. Aufl. 1914, S. 27ff. (Unterschied der sozialwissenschaftlichen Erkenntnis von der naturwissenschaftlichen).

⁵ *Die sozialetische Bedeutung*, 2. Aufl. S. 83.

⁶ ZStW 1, 1881, S. 418.

⁷ Georg von Mayr, *Monatsschrift* 1, 1904/5, S. 42.

⁸ Vgl. ferner Mayr, *Gesetzmäßigkeit im Gesellschaftsleben*, 1877; *ders.* *Statistik und Gesellschaftslehre*, 1895, 2. Aufl. 1897, 3. Aufl. 1909; *ders.* *Garcon/Köbner*, *Promemoria betr. die Organisation der Rückfallstatistik*, *Mitteilungen der IKV* V, 1895, S. 181; *ders.* *Forschungsgebiet und Forschungsziel der Kriminalstatistik*, ZStW 32, 1911, S. 33; zur Bedeutung Mayrs, vgl. Rangol, *Monatsschrift* 47, 1964, S. 187 (Anlehnung der mo-