

Karl Peters

Die kriminalpolitische  
Stellung des Strafrichters  
bei der Bestimmung  
der Strafrechtsfolgen

DIE  
KRIMINALPOLITISCHE STELLUNG  
DES STRAFRICHTERS  
BEI DER  
BESTIMMUNG DER STRAFRECHTSFOLGEN

VON

DR. JUR. KARL PETERS  
PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT KÖLN  
STAATSANWALT



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH

1932

ISBN 978-3-662-34936-6  
DOI 10.1007/978-3-662-35270-0

ISBN 978-3-662-35270-0 (eBook)

ALLE RECHTE, INSBESONDERE  
DAS DER ÜBERSETZUNG IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN  
COPYRIGHT 1932 BY Springer-Verlag Berlin Heidelberg  
Ursprünglich erschienen bei Julius Springer in Berlin 1932

Meiner Frau

## Vorwort.

Die Strafrechtsreform hat eine umfangreiche Literatur herbeigeführt, die sich mit den Grundlagen des Strafrechts, seinem allgemeinen und besonderen Gedankengehalt befaßt, um an einer zweckmäßigen, der Er rungenschaft und den Ideen der Zeit entsprechenden Reform mitzuwirken. Dabei steht im Vordergrund das, was werden soll. Hiermit untrennbar verbunden ist die Kritik des geltenden Rechts und der geplanten Reformen. Die Gründlichkeit einer derartigen kriminalpolitischen und kritischen Behandlung, wie sie die Strafrechtsprobleme im Hinblick auf das kommende Recht erfahren haben, ist im höchsten Maß erfreulich und begrüßenswert. Erscheint doch so die Hoffnung berechtigt, daß die Strafrechtsreform das wird, was wir wünschen: die Zusammenfassung der hervorragenden Gedanken und des höchstens Wollens, wie es sich im letzten halben Jahrhundert entwickelt hat, ein Abschluß und zugleich die Grundlage für eine Weiterentwicklung der kommenden Epochen.

Eine Reform bedeutet, sieht man von revolutionären Neuerungen ab, kein Durchbrechen einer Entwicklung, sie stellt vielmehr einen Markstein der Entwicklung dar. Sie scheidet längst Überholtes aus. Sie durchbricht veraltete Formen, um in neuen Formen gewordenen Denken, Fühlen und Wollen zu verwirklichen. Aber auch schon im alten Rahmen sucht das Neue sich durchzusetzen. Keine Rechtsordnung kann sich von der Fortentwicklung der Anschauungen in der Rechtsgemeinschaft derart abschließen, daß nicht die neuen Anschauungen in das Recht eindringen, es neu beleben und umändern.

Es scheint daher angebracht, den Blick einmal von dem abzuwenden, was sein soll, und ihn hinzulenken auf das, was ist. Aus mehreren Gründen erscheint es sogar erforderlich festzulegen, welchen Einfluß die Reformbestrebungen bereits auf das geltende Recht ausgeübt haben. Einer solchen Untersuchung bedarf es in erster Linie zu einer wahren Erkenntnis des Rechts der Gegenwart. Es bedarf ihrer aber auch zu einer gesicherten und gefestigten Stellung im Kampfe um die Reform. Wer in ihm mitwirken will, muß wissen, was bereits erreicht ist. Nur so vermag er den Sinn eines weiteren Kampfes zu verstehen, nur so kann er erfassen, ob und inwieweit es um weitere materielle, ob und inwieweit es nur noch um formelle Neuerungen geht. Und endlich: das neue Recht ist nur zu verstehen, wenn man die zu ihm hinführende Entwicklung des alten

Rechts begreift. Mag das alte Recht auch nicht mehr gelten, so lebt es doch in dem neuen Recht als seiner Weiterentwicklung fort.

Die vorliegende Abhandlung hat sich zur Aufgabe gestellt, unter diesem Blickwinkel ein Problem der Kriminalpolitik in seiner Beziehung zum geltenden und kommenden Recht zu untersuchen. Sie befaßt sich mit der Frage: inwieweit kann der Strafrichter sich kriminalpolitisch bei der Bestimmung der Rechtsfolgen betätigen. Sie behandelt die Stellung des Strafrichters bei der Verwirklichung eigenen kriminalpolitischen Willens und Denkens. Sie will darlegen, was uns die bisherige Entwicklung gebracht hat und was die Reform, soweit sie im Entwurf 27 und in dessen Abänderungen niedergelegt ist, bringen wird. Sie will die Stellung des modernen Strafrichters kennzeichnen. Dabei wird auch zum geltenden Recht kritisch Stellung zu nehmen und auf die nach Ansicht des Verfassers zweckmäßige Weitergestaltung der Reformen hinzuweisen sein.

Die Abhandlung umfaßt nur einen — vom Ganzen aus gesehen — kleinen Problembereich der Kriminalpolitik. Sie hofft aber darüber hinaus auch an der Klärung der kriminalpolitischen Grundbegriffe und grundlegenden Fragen beizutragen.

Köln, im April 1932.

**Karl Peters.**

# Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Verzeichnis der allgemeinen Literatur . . . . .	XII
Verzeichnis der Abkürzungen . . . . .	XIV

## Erster Abschnitt.

### Grundlagen.

§ 1. Begriff der Kriminalpolitik . . . . .	1
Literatur 1 — Der Begriff der Kriminalpolitik in der Literatur 2 — Der Begriff der Politik 8 — Kriminalpolitik und Politik 11 — Der Begriff der Kriminalpolitik 12 — Sozialpolitik, Wohlfahrtspolitik und Kriminalpolitik 13 — Caritas und Kriminalpolitik 16 — Kirche und Kriminalpolitik 17 — Private nichtpolitische Tätigkeit und Kriminalpolitik 17.	
§ 2. Das politische Ermessen . . . . .	18
Literatur 18 — Das freie Ermessen als Ausgangspunkt für das politische Ermessen 19 — Das freie Ermessen als Akt individueller Beurteilung 19 — Beurteilungsgegenstand und Beurteilungszweck 20 — Ermessen als Beurteilung einer geplanten Verwirklichung und Ermessen als Tatbestandsbeurteilung 21 — Gebundenes und freies Ermessen 24 — Zweckwahl und freies Ermessen 25 — Unselbständige Handlungen 26 — Begriff des freien Ermessens 26 — Politik und freies Ermessen 27 — Begriff des politischen Ermessens 28.	

## Zweiter Abschnitt.

### Die Bestimmung der Strafrechtsfolgen.

Literatur . . . . .	29
§ 3. Die nähere Umgrenzung der Lage des freien Ermessens im Strafrecht . . . . .	32
A. Die Fassung des Gesetzes als Hinweis auf die Möglichkeit des Bestehens eines Ermessensraums 32 — Ausscheidung des Gebietes der Tatsacheneinreihung 33 — Außerordentliche Strafrahmen (mildernde Umstände, minder schwere Fälle, besonders leichte und schwere Fälle) 33 — Der Fall des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers 36 — Der Begriff des Könens 37.	
B. Die Lage des Ermessensraums: I. bei den Hauptstrafen (Strafrahmen 38) — II. bei den Nebenstrafen und Nebenfolgen 41 — III. bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung 43 — IV. bei Maßnahmen der Aussetzung der Vollstreckung 44 — Zusammenfassung 44.	

### I. Die Strafbemessung.

#### A. Hauptstrafen.

§ 4. Gesetzlicher Strafrahmen und Ermessensgrenze . . . . .	45
Stand der Literatur zur Frage des freien Ermessens bei der Strafbemessung 45 — Ablehnung der Auffassung, die Grenzen des Ermessensraumes	

bilde der Strafraumen 46 — Grundsatz der Gerechtigkeit 46 — Gerechtigkeit und Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 109 I RV.) 48 — Der Rechtsstaatsgedanke 53 — Der staatliche Strafanspruch 54 — Ablehnung der Auffassung, bei der Strafbemessung sei überhaupt kein Ermessensraum gegeben 55.	
§ 5. Bewertungsgrundlagen . . . . .	57
I. Richtlinien für die weitere Darstellung 57.	
II. Das Wesen der Strafe 58 — Vergeltung und Wesen der Strafe 58 — Die Bedeutung der Übelnatur der Strafe für die Strafbemessung 60.	
III. Die Strafzwecke 61 — Die Herleitung der Strafzwecke 61 — Die drei möglichen Zweckrichtungen der Strafe 62 — Die Strafzwecke und ihre Rangordnung nach positivem Recht 63.	
IV. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die Strafzwecke 70.	
V. Ergebnis 74.	
§ 6. Bewertungsgesichtspunkte und Bewertungsmaßstab . . . . .	74
I. Vergeltung und Strafbemessung — Die Bedeutung der Vergeltung 74 — Sozialschädlichkeit 75 — Sozialgefährlichkeit 75 — Vorwerfbarkeit 77	
II. Generalprävention und Strafbemessung — Die Bedeutung der Generalprävention 82 — Generalprävention und Strafhöhe 82.	
III. Spezialprävention und Strafbemessung — Die Bedeutung der Spezialprävention 85 — Die drei Richtungen der Spezialprävention 87 — Die Klassifizierung der Verbrecher 87 — Spezialprävention und Strafhöhe 88.	
§ 7. Das freie Ermessen bei der Strafbemessung . . . . .	90
Der Maßstab der Bewertung 90 — Die Auffassung der Gesellschaft 90 — Fehlen einer einheitlichen Auffassung der Rechtsgemeinschaft 91 — Die Richterpersönlichkeit 92 — Das freie Ermessen 92.	
§ 8. Gesetzesverletzungen bei der Strafbemessung . . . . .	93
I. Freies Ermessen und Gesetzesverletzung — Die die Ermessensfreiheit unberührt lassenden Fehler bei der Strafbemessung 93 — Die die Ermessensfreiheit berührenden Fehler 93 — Fehler, ohne daß es oder bevor es zur Ermessensbetätigung kommt 94 — Falsche Grenzziehung zwischen Gebundenheit und Ermessen 95ff. — 1. Die Verschiebung der Grenzen zugunsten der Gebundenheit 96 — a) Annahme von Gebundenheit, wo eine solche nicht gegeben ist 96 — b) Annahme von Gebundenheit in einer Art, in der sie nicht gegeben ist 96 — 2. Die Verschiebung der Grenzen zugunsten der Ermessensfreiheit 96ff. — a) Nichtbeachtung zu beachtender Gesichtspunkte 96 — b) Fehler in der Bewertung 97 — c) Die Bewertung nichtbeachtlicher Tatsachen 98 — aa) Unzulässigkeit der Heranziehung gewisser sachlicher Gesichtspunkte 99 — $\alpha$ ) weil sie der Gesetzgeber allein zu verwerten oder bereits abschließend verwertet hat 99 — $\beta$ ) weil sie kraft Gesetzes unbeachtet bleiben sollen: materiellrechtlich 102 — prozeßrechtlich 103 — bb) Unzulässigkeit unsachlicher Erwägungen 106 — $\alpha$ ) unter Verfolgung straffremder Zwecke: (kriminalpolitischer — gesundheitspolitische — finanzpolitische — allgemeinpolitische — prozeßökonomische — staatsautoritative — persönliche Gesichtspunkte) 106ff. — $\beta$ ) unter Verfolgung der gesetzlichen Strafzwecke 108.	
II. Anhang. Die Schwierigkeit der Feststellung der Gesetzesverletzung (§ 267 Abs. 3) 108.	

	Seite
<b>B. Nebenstrafen und Nebenfolgen.</b>	
§ 9. Das freie Ermessen bei Anwendung der Nebenstrafen und Nebenfolgen . . . . .	109
I. Die die Ehre berührenden Maßnahmen 110 — Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte gemäß §§ 32 ff. StGB. 110 — Erklärung des Amtsverlustes und des Verlustes der aus Wahlen hervorgegangenen Rechte 112 — Unfähigkeitserklärung zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienst (§ 319 StGB.) 112 — Der Amtsverlust und der Verlust des Wahl- und Stimmrechts im Entwurf 1927 113 — Die Urteilsbekanntmachung 114 — II) Die die Freiheit berührenden Maßnahmen 115 — III) Die das Vermögen berührenden Maßnahmen 115 — Einziehung 115 — Buße 117.	
<b>II. Maßnahmen der Besserung und Sicherung.</b>	
§ 10. Das freie Ermessen bei Maßnahmen der Besserung und Sicherung . . . . .	119
I. Maßnahmen, deren Anordnung durch das Gericht erfolgt: Die Sicherungsverwahrung 119 — II. Maßnahmen, deren Anordnung durch die Polizei, deren Zulässigkeitserklärung durch das Gericht erfolgt: Polizeiaufsicht, Überweisung an die Landespolizeibehörde und Reichsverweisung 122.	
<b>III. Aussetzung auf Wohlverhalten.</b>	
Literatur . . . . .	124
<b>A. Strafaussetzung auf Wohlverhalten.</b>	
§ 11. Grundlagen . . . . .	127
I. 1. Die zugrundeliegenden Bestimmungen 127 — a) Reichsrechtliche Regelung 127 — b) Landesrechtliche Regelung 128 — 2. Die drei zur Zeit in Deutschland geltenden Spielarten: „bedingte Begnadigung“, „bedingte Strafaussetzung“, „bedingter Straferlaß“ 129.	
II. Die Rechtsnatur der verschiedenen geltenden Spielarten 129 — 1. Kein bedingter Akt 131 — Die Voraussetzungen der Bedingung: a) Hinausragen über den gesetzlichen Inhalt — b) ipso iure-Wirkung 131 — Fehlen des Hinausragens über den gesetzlichen Inhalt 131 — Fehlen der ipso iure-Wirkung im geltenden Recht 132 — Die konstitutive Kraft des Widerrufsakts 132 — Charakter der „besonderen Pflichten“ und „besonderen Maßnahmen“ 134 — 2. Ein befristeter Akt mit Widerrufsvorbehalt 135 — 3. Charakter des Straferlasses als eines Strafvollstreckungsaufhebungsgrundes 137 — 4. Zusammenfassung 138.	
III. Übersicht über Einzelheiten des geltenden Rechtszustandes 138 — 1. Der Umfang der Anwendbarkeit der Strafaussetzung bzw. des Straferlasses auf Wohlverhalten 139 — 2. Die Voraussetzungen 140 — 3. Die Anordnung 142 — 4. Die nähere Ausgestaltung 142 — 5. Entscheidungen vor Ablauf der Probefrist 143 — 6. Entscheidungen nach Ablauf der Probefrist 144 — Würdigung des bestehenden Rechtszustandes 145.	
IV. Der Entwurf 27 145 — 1. Straferlaß auf Wohlverhalten — kritische Stellungnahme 145 — 2. Einzelheiten 146 — 3. Aussetzung von Maßregeln der Besserung und Sicherung 147 — 4. Einzelheiten 147.	
V. Die Festlegung des möglichen Sitzes des „freien Ermessens“ 147.	

	Seite
§ 12. Das Wesen der Aussetzung auf Wohlverhalten . . . . .	148
I. Die verschiedenen Erscheinungsformen und ihre wesentlichen Merkmale 148 — Das englisch-amerikanische System 148 — Das französisch-belgische System 150 — Die Besonderheiten der einzelnen Systeme hinsichtlich des Zeitpunkts der Maßnahme im Gang des Strafverfahrens, der Wirkung der Maßnahmen auf den Gang des Strafverfahrens und des Inhalts der Maßnahmen 150 — Die gemeinsamen Merkmale: Verpflichtung zur guten Führung, Aussicht auf Nichtdurchführung des Strafverfahrens 151 — Bestimmte Probezeit kein Wesenserfordernis 152 — Ausdehnung der Aussetzung auf Wohlverhalten, auf Maßnahmen der Besserung und Sicherung 152 — Zusammenfassung 152.	
II. Versuche der Einreihung unter bekannte Rechtsbegriffe 153 ff. — Übersicht über die verschiedenen Ansichten 153 — Gesetzgeberische Unsicherheiten 153 — Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten ihrem Wesen nach keine Strafe 154 — Kein Akt der Strafbemessung 155 — Kein Besserungs- und Sicherungsmittel 156 — Kein Gnadenakt 156 — Auch die deutsche Strafaussetzung auf Wohlverhalten kein Gnadenakt 156 — Die deutsche Strafaussetzung eine auf Gewohnheitsrecht beruhende Rechtseinrichtung 157 — Die Kraft und Bedeutung des landesrechtlichen Gewohnheitsrechts 158 — Die Strafaussetzung materiellen Rechtscharakters 159 — Die Vereinbarkeit der Strafaussetzung auf Wohlverhalten als Rechtsfolge mit dem geltenden Recht 161 — Das Verhältnis von Reichs- und Landesrecht bei der Strafaussetzung 162 — Ablehnung der Lohntheorie 165 — Eigene Eingruppierung 166 — Strafökonomie 167 — Reaktionsökonomie 167 — Reaktionsbeweglichkeit 168.	
§ 13. Die Anordnung der Aussetzung auf Wohlverhalten . . . . .	168
I. Die Bedeutung der Strafzwecke für die Anordnung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten im allgemeinen 168 — Die Besonderheiten des JGG. 169.	
II. Die aus dem Grundgedanken sich ergebenden Voraussetzungen der Strafaussetzung auf Wohlverhalten: Die Tatverträglichkeit — Die Täterwürdigkeit — Die Tätergeeignetheit 170.	
III. Die aus den Grundgedanken herzuleitenden Einschränkungen in der Anwendung der Strafaussetzung als Rechtseinrichtung 171 — 1. Die Frage des Ausschlusses bestimmter Delikte 172 — 2. Die Frage des Ausschlusses bei bestimmter Strafhöhe 173 — 3. Die Erschwerung in der Anordnung der Strafaussetzung auf Grund des Charakters des Delikts 176.	
IV. Der Anordnungsvorgang 179 — Die Voraussetzungen unter besonderer Berücksichtigung der Tätergeeignetheit 180.	
V. Keine Ermessensfreiheit bei der Anordnung der Strafaussetzung 182.	
§ 14. Die Nebenanordnungen . . . . .	183
A. Die Festsetzung der Nebenanordnungen 183.	
I. Die auf dem Vergeltungsgedanken beruhenden Maßnahmen 184 — 1. Erschwerungsanordnungen 184 — 2. Wiedergutmachungsanordnungen 186.	
II. Die nicht auf dem Vergeltungsgedanken beruhenden Maßnahmen 188 — Die beiden Gruppen von Maßnahmen: Führungs- und Erziehungsanordnungen 188 — Erfordernisse und Schranken der Anordnungen: — Allgemeines 190 — 1. Erfordernisse und Schranken der Führungsanordnungen 191 — a) möglich 191 — b) zumutbar 191 — c) erheblich 191 — d) übereinstimmend mit der allgemeinen Bewertung 192 — 2. Erziehungsanordnungen 192 — a) Erfordernisse: — aa) Geeignetheit des Mittels 192 —	

α) helfend und unterstützend 192 — β) möglich 194 — γ) bestimmt und klar 194 — δ) überwachbar 194 — ε) innerlich 194 — bb) Angemessenheit 196 — α) Beziehung zur Tat 196 — β) verhältnismäßig 196 — γ) erforderlich 196 — δ) auf die Probezeit beschränkt 196 — b) Schranken 197 — Die Stellung der Literatur 197 — Kritik 198 — Die Schranken im einzelnen 200 — aa) Die Schranken der Reichsverfassung 200 — α) Ausscheidung der speziell polizeibegrenzenden Grundrechte 201 — αα) Vereins- und Versammlungsfreiheit 202 — ββ) Freizügigkeit 202 — β) Die generell-gerichteten Grundrechte 202 — αα) die reichsverfassungskräftigen Grundrechte 202 — ααα) Äußerungsfreiheit nach Art. 118 RV. 203 — βββ) Religionsfreiheit 205 — γγγ) Freiheit der Kunst und Wissenschaft 206 — δδδ) Politische Freiheit 207 — εεε) Wirtschaftliche Freiheit 208 ββ) Die lediglich-gesetzkräftigen Grundrechte 208 — bb) Die Schranken einfacher Gesetze 212 — cc) Die guten Sitten als Schranken 213 — dd) Zusammenfassung 213 — 3. Die Wirksamkeit einer unzulässigen Anordnung 213 — Grundsätzliches zur Frage der Unwirksamkeit eines fehlerhaften Staatsakts 214 — Unwirksamkeit einer generell bei der Strafaussetzung unzulässigen Maßnahme 216 — Folgen der Unwirksamkeit 218 — Rechtsbehelfe 218.

III. Das freie Ermessen bei der Bestimmung der Nebenanordnungen 219.

B. Die Abänderung der Nebenanordnungen 219.

§ 15. Die endgültige Entscheidung . . . . . 221

I. Die endgültigen Entscheidungen vor Ablauf der Probezeit 221.

II. Die endgültigen Entscheidungen nach Ablauf der Probezeit 224.

§ 16. Anhang. Prozessuale Fragen . . . . . 225

1. Strafaussetzung und mangelnde Entscheidungsreife hinsichtlich der Strafaussetzung zur Zeit der Urteilsfällung 225 — 2. Strafaussetzung und Nichterscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung 226 — 3. Strafaussetzung und Anrechnung der Untersuchungshaft 227 — 4. Strafaussetzung und Berufungsverfahren 228 — 5. Strafaussetzung und Privatklageverfahren 230 — 6. Strafaussetzung und Verzicht 230.

B. Aussetzung auf Wohlverhalten bei Maßnahmen der Besserung und Sicherung.

§ 17. Die Aussetzung von Maßregeln der Besserung und Sicherung nach dem Entwurf 27. . . . . 231

Dritter Abschnitt.

§ 18. Das politische Ermessen des Strafrichters (Zusammenfassung) . . . . . 233

Quellenverzeichnis . . . . . 239

Sachverzeichnis . . . . . 245

## Verzeichnis der allgemeinen Literatur.

ALLFELD, PHILIPP (Meyer, Hugo), Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. Leipzig, Erlangen 1922. ANSCHÜTZ, GERHARD: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 13. Aufl. 1930. — Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, Berlin 1912. ASCHAFFENBURG, GUSTAV: Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 3. Aufl. Heidelberg 1923. BELING, ERNST: Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930. — Deutsches Reichsstrafprozeßrecht. Berlin, Leipzig 1928. BERNER, ALBERT FRIEDRICH: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. Aufl. Leipzig 1891. BINDING, KARL: Handbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1885. — Grundriß des Strafprozeßrechts, 5. Aufl. Leipzig 1904. — Grundriß, Allg. Tl., 8. Aufl. 1913. BÖHMER, GEORG WILHELM: Handbuch der Literatur des Kriminalrechts mit besonderer Berücksichtigung der Kriminalpolitik. Göttingen 1816. BÜHLER, OTTMAR: Die Reichsverfassung vom 11. August 1913, 3. Aufl. Leipzig, Berlin 1929. VAN CALKER, FRITZ: Strafrecht, 3. Aufl. München 1927. COENDERS, ALBERT: Strafrechtliche Grundbegriffe. Düsseldorf 1909. DOERR: Deutsches Strafrecht. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1920. GRAF VON DOHNA, ALEXANDER: Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 1929. EBERMAYER, LOBE u. ROSENBERG: Das Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl. Berlin, Leipzig 1929. EXNER, FRANZ: Theorie der Sicherungsmittel. Berlin 1919. FEUERBACH, ANSELM (Mittermaier): Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. Gießen 1847. FINGER, AUGUST: Strafrecht, 1. Bd., Berlin 1904. FLEINER, FRITZ: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928. FRANK, REINHARD: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931. GARRAUD, R.: Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3. Bd. 3. Aufl. Paris 1913, 1914, 1916. — Précis de droit criminel, 10. Aufl. 1909. GEYER, AUGUST: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, I. Bd. München 1884. GERLAND, HEINRICH: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin, Leipzig 1922. — Der deutsche Strafprozeß. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927. GIESE: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 8. Aufl. 1931. GOLDSCHMIDT, JAMES: Der Prozeß als Rechtslage. Berlin 1925. — Zivilprozeßrecht. Berlin 1929. HAFTER, ERNST: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allg. Tl. Berlin 1926. HÄLSCHNER, HUGO: Das gemeine deutsche Strafrecht, 1. Bd. Bonn 1881. HATSCHKE, JULIUS (Kurtzig): Deutsches und preußisches Staatsrecht, 2. Aufl. 2 Bde. 1930. HEFFTER: Lehrbuch, 6. Aufl. 1857. HEIMBERGER, JOSEF: Strafrecht. Berlin, Wien 1931. HELFRITZ, HERMANN: Grundlagen des Verwaltungsrechts. Tübingen 1921. HENKE, EDUARD: Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik. Berlin, Stettin 1823. VON HIPPEL, ROBERT: Deutsches Strafrecht, 1. u. 2. Bd. Berlin 1925, 1930. VON HOLTZENDORF: Handbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1871/1877. JELLINEK, WALTER: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931. Kelsen, HANS: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925. KÖHLER: Deutsches Strafrecht, Allg. Tl. Leipzig 1917. KOHLRAUSCH (Liszt-Delaquis): Strafgesetzbuch, 29. Aufl. Berlin, Leipzig 1930. KÖSTLIN, REINHOLD: System des deutschen Strafrechts, Allg. Tl. Tübingen 1855. VON LISZT, FRANZ: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, besorgt von

Eberhard Schmidt, Berlin, Leipzig 25. Aufl. 1927, 26. Aufl. 1932. LÖWE-ROSENBERG: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1929. LUCAS-DÜRR: Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. I. Tl.: Das formelle Strafrecht. Berlin 1931. LUCAS-EBERMAYER: Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 2. Tl.: Das materielle Strafrecht. Berlin 1929. MAYER, MAX-ERNST: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. Heidelberg 1923. MAYER, OTTO: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2 Bde. München, Leipzig 1924. MERKEL, ADOLF (Liepmann): Die Lehre vom Verbrechen und Strafe. Stuttgart 1912. MERKEL, PAUL: Grundriß des Strafrechts, 1. Tl., Allg. Tl. Bonn 1927. MERKL, ADOLF: Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien, Berlin 1924. MEZGER, EDMUND: Strafrecht. München, Leipzig 1931. MEYER, GEORG (Dochow): Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl. Mannheim, Leipzig 1913. NAGLER, JOHANN: Die Strafe, 1. Hälfte. Leipzig 1918. NAWIASKY, HANS: Bayrisches Verfassungsrecht. München, Berlin, Leipzig 1923. VON OLSHAUSEN: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 11. Aufl. Berlin 1927. POETSCH-HEFFTER: Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. Berlin 1928. RADBRUCH, GUSTAV: Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. u. 8. Aufl. Leipzig 1929. ROSENFELD, ERNST: Der Reichsstraßprozeß. Berlin 1912. — Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin, Leipzig 1926. ROUX, J. A.: Cours de droit criminel français. Paris 1927. SAUER, WILHELM: Grundlagen des Strafrechts. Berlin, Leipzig 1927. — Grundlagen des Prozeßrechts. Stuttgart, 2. Aufl., 1929. — Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie. Berlin 1929. SCHMIDT, RICHARD: Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. Leipzig 1931. SCHMITT, CARL: Verfassungslehre. München, Leipzig 1928. STAMMLER, RUDOLF: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1928. STIER-SOMLO, FRITZ: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. Berlin, Leipzig 1924. STOOS, CARL: Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, 2 Bde. Basel, Genf 1892. — Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl. Wien, Leipzig 1913. THOMSEN, ANDREAS: Das deutsche Strafrecht, Allg. Tl. Berlin 1906. VIDAL, MAGNOL: Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires, 7. Aufl. Paris 1928. WACHENFELD, FRIEDRICH: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914. WALDECKER, LUDWIG: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1927. WULFFEN, ERICH: Kriminalpsychologie. Hamburg 1926. ZIMMERMANN, LEOPOLD: Aufbau des Strafrechtssystems. Tübingen 1930.

## Verzeichnis der Abkürzungen.

Aarg. Rspr.	= Vierteljahrsschrift für aargauische Rechtsprechung.
Alsberg, OLGE. Str. Proz.	= Alsberg, Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, 3 Bde. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
Arch.f.Rechts-u.Wirtschph.	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.
Arch. f. Krim. Anthrop.	= Archiv für Kriminal-Anthropologie u. Kriminalistik.
Arch. f. Sozialw.	= Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.
Arch. öff. R.	= Archiv des öffentlichen Rechts.
DJZ.	= Deutsche Juristenzeitung.
DJT.	= Deutscher Juristentag.
DRZ.	= Deutsche Richterzeitung.
DStZ.	= Deutsche Strafrechtszeitung.
Fischers Z.	= Fischers Zeitschrift.
GA.	= Goldammer, Archiv für Strafrecht.
GS.	= Gerichtssaal.
Höchst. RR.	= Höchststrichterliche Rechtsprechung.
IKV.	= Internationale Kriminalistische Vereinigung.
Jahresb. d. GörresG.	= Jahresbericht der Görresgesellschaft.
Jahrb. f. Nationalökon.	= Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik.
Jahrb. öff. R.	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts.
JBl.	= Juristische Blätter.
Jur. Rdsch.	= Juristische Rundschau.
Justiz	= Die Justiz.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
LZ.	= Leipziger Zeitschrift.
Monatsschrift	= Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
Öst. Zentralblatt	= Zentralblatt für die Juristische Praxis.
OVG.	= Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Pasic	= Pasicrisie Belge Recueil général de la Jurisprudence des Cours et Tribunaux de Belgique. Brüssel.
Prag. JZ.	= Prager Juristenzeitung.
R.	= Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Recht	= Das Recht.
Rev. int.	= Revue internationale de droit pénal.
Rev. pénit.	= Revue pénitentiaire et de droit pénal.
Rhein. Z.	= Rheinische Zeitung.
Schmollers Jahrb.	= Schmollers Jahrbuch.
Schweiz. JZ.	= Schweizer Juristenzeitung.

Schweiz. Z. f. Str.	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
Tschech. JZ.	= Juristenzeitung für das Gebiet der Tschechoslowakischen Republik.
Veröffentlichungen	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer.
Verw. Arch.	= Verwaltungsarchiv.
Z.	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Zentralblatt	= Zentralblatt für die Juristische Praxis (Österreich).
Zentralblatt f. Vormundsch.	= Zentralblatt für Vormundchaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.
Z. f. ges. Staatsw.	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
Z. f. Pol.	= Zeitschrift für Politik.
Zürch. Bl.	= Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.
Z. Verw.	= Zeitschrift für Verwaltung (Österreich).

## Erster Abschnitt.

# Grundlagen.

### § 1: Der Begriff der Kriminalpolitik.

#### Literatur:

BEROLZHEIMER, FRITZ: Methodik und Abgrenzung der Politik, Handbuch der Politik, S. 1 ff., 1920. — Politik als Wissenschaft, Arch. f. Rechts- u. Wirtschph., I., S. 210 ff., 1907/08. BLUNTSCHLI, J. C.: Allgemeine Staatslehre. Stuttgart 1886. VAN CALKER, FRITZ: Politik als Wissenschaft. Straßburg 1898. — Das Problem der richtigen Politik, in Festgabe für Rudolf Stammler. S. 71 ff. Berlin, Leipzig 1926. — Einführung in die Politik. Leipzig 1927. — Wesen und Sinn der politischen Parteien. Tübingen 1928. VON ECKARD, HANS: Grundriß der Politik. Breslau 1917. VON FREYTAGH-LORINGHOVEN, AXEL: Politik. München 1919. FLEINER, FRITZ: Politik der Wissenschaft. Zürich 1917. — Politische Selbsterziehung, 1918. HAUSHOFER, MAX: Das Volk und sein Staat (Politik aus dem Nachlaß von Max Haushofer), hg. von Arthur Cohn 1914. GRAF HERTLING (J. Seipel): Politik, im Staatslexikon, 5. Aufl., Bd. 4, S. 250, 1931. VON HOLTZENDORFF, FRANZ: Die Prinzipien der Politik, 2. Aufl. Berlin 1879. HÜBNER, RUDOLF: Joh. Gust. Droysens Vorlesungen über Politik, ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte und Begriffsbestimmung der wissenschaftlichen Politik. Z. f. Pol., Bd. 10, S. 325 ff., 1917. KJELLÉN, RUDOLF: Grundriß zu einem System der Politik. Leipzig 1920. KOELLREUTHER: Die politischen Parteien im modernen Staat. Breslau 1926. VON MOHL, ROBERT: Enzyklopädie der Staatswissenschaften. Tübingen 1859. RATHENHOFER, GUSTAV: Wesen und Zweck der Politik, 2 Bde. Leipzig 1893. REHM, HERMANN: Allgemeine Staatslehre. Freiburg 1899. SCHÄFFLE, A.: Über den wissenschaftlichen Begriff der Politik, Z. f. d. ges. Staatsw. LIII., S. 579. Tübingen 1897. SCHMIDT, RICHARD: Politik, Wörterbuch 3, S. 83 ff., 1914. — Wesen und Ziel der Politik, Z. f. Pol., Bd. 1, S. 1 ff. 1908. SCHMITT, CARL: Der Begriff des Politischen, Arch. f. Sozialw. 58, S. 1 ff., 1927. SCHOLLENBERGER, J.: Politik in systematischer Darstellung. Berlin 1903. STIER-SOMLO, FRITZ: Politik, 6. Aufl. Leipzig 1926. TRIEPEL, HEINRICH: Staatsrecht und Politik, Rektoratsrede. Berlin, Leipzig 1926. ULAR, ALEXANDER: Die Politik. Frankfurt a. M. ZIEGLER, WILHELM: Einführung in die Politik. Berlin 1927.

AMONN, ALFRED: Der Begriff der Sozialpolitik, Schmollers Jahrb. 48, 1924 S. 159. VON BORKIEWICZ, L.: Der Begriff der Sozialpolitik, Jahrb. f. Nationalökon. 3. Folge Bd. 17 S. 332 ff. 1899. VAN DER BORGH, A.: Grundzüge der Sozialpolitik 2. Aufl. Leipzig 1923. BRIEFS, GOETZ: Caritative Bestrebungen im Handw. d. Staatsw. 4. Aufl. 3. Bd. S. 135 ff. 1926. ELSTER, ALEXANDER: Spezialbiologische Bemerkungen zum Strafgesetzentwurf, 1925 Z. 46 S. 65 ff. 1926. FELISCH: Wesen und Aufgaben der Jugendpolitik. Berlin 1918. — Vom Wesen der Wohlfahrtspflege. Berlin 1918. FUHR, KARL: Strafrechtspflege und Sozialpolitik. Berlin 1892. GALLAS, WILHELM: Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik. Berlin, Leipzig 1931. GANTZ, WERNER: Aufgaben und Aufbau der Gerichtshilfe. Z. 50 S. 235 ff. 1930. GRÜNHUT, MAX: Kriminalpolitik, Handw. d. R. 3 S. 786 ff. 1928. GÜNTHER,

ADOLF: Sozialpolitik, 1. Teil: Theorie der Sozialpolitik. Berlin, Leipzig 1922. HEYDE, LUDWIG: Abriss der Sozialpolitik. Leipzig 1920. JASTROW: Sozialpolitik, Handw. d. Kommunalw. Bd. 3 S. 732 ff. — Sozialpolitik und Verwaltungswissenschaft. Berlin 1902. KLUMKER: Armenwesen, Handw. d. Staatsw. Bd. 3 S. 926 ff. 1923. — Fürsorgewesen, Handw. d. Staatsw. 4. Aufl. Bd. 4 S. 534 ff. 1927. KOHLRAUSCH, EDUARD: Kriminalpolitische Rückschritte im Strafgesetzentwurf, DJZ. 32 Sp. 136 ff. 1927. KRYLENKO, N.: Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht. LIESE, WILHELM: Wohlfahrtspflege und Caritas. München-Gladbach 1914. VON LISZT, FRANZ: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2 Bde. Berlin 1902, S. 126 ff. 290 ff. LOMBROSO, CESARE: Die Ursachen und Bekämpfung des Verbrechens, übersetzt von Hans Kurella und E. Jentsch. Berlin 1902. LUPPE: Wohlfahrtspflege, Handw. d. Kommunalw. 4 S. 494 ff. 1924. MASSNER, JOH.: Sozialpolitik, Staatslexikon 4, S. 1707 ff. 1931. MUTHESIUS, HANS: Die Wohlfahrtspflege. Berlin 1925. — Fürsorgerecht. Berlin 1928. PHILIPPOVICH, EUGEN: Die Entwicklung der wirtschaftspolitischen Ideen im 19. Jahrh. Tübingen 1910. POTTHOFF, HANS: Die Sozialpolitik, Handw. d. Wohlfahrtspflege, S. 361 ff. Berlin 1924. PRIBRAM, CARL: Die Wandlungen des Begriffs der Sozialpolitik. Festgabe für L. Brentano, München. Leipzig 1925. SIMON, HELENE: Aufgaben und Ziele der neuzeitlichen Wohlfahrtspflege. Stuttgart, Berlin 1922. SALOMON, A.: Leitfaden der Wohlfahrtspflege, 2. Aufl. Leipzig 1922. SPANN, OTHMAR: Kurzgefaßtes System der Gesellschaftslehre. Berlin 1924. SPINDLER, LORE: Zur Begriffsbestimmung der Sozialpolitik und Wohlfahrtspflege, Kölner Vierteljahrsheft f. Sozialw. 1 S. 58 ff. 1922. THOMSEN, ANDREAS: Grundriß des deutschen Verbrechensbekämpfungsrechts, Allg. Teil. Berlin 1905. — Gesetzgeberische Bekämpfung neuzeitlicher Delikte, DRZ. 1912 Sp. 89. — Fragebogen der DRZ. 1912 Sp. 399 ff., 501 ff. —, Denkschrift an den deutschen Reichstag. Münster. WEBER, H.: Das Lebensrecht der Wohlfahrtspflege. Essen 1920. VON WIESE, LEOPOLD: Einführung in die Sozialpolitik, 2. Aufl. Leipzig 1921. — Sozialpolitik, Handb. d. Staatsw. Bd. 7 S. 612 4. Aufl. 1926. WRONSKY: Wohlfahrtspflege, Handw. d. Wohlfahrtspflege, S. 442 ff. Berlin 1924. ZWIEDINECK-SÜDENHORST, OTTO: Sozialpolitik. Leipzig, Berlin 1911.

Der Begriff der Kriminalpolitik wird in verschiedenem Sinn gebraucht.

Die ältere Literatur<sup>1</sup> versteht unter Kriminalpolitik vorwiegend die gesetzgeberischen Bestrebungen auf zweckmäßige Gestaltung der Strafgesetze. In diesem Sinne spricht FEUERBACH<sup>2</sup> von Kriminalpolitik als gesetzgebender Staatsweisheit und versteht BÖHMER<sup>3</sup> unter Kriminalpolitik den Inbegriff der Regeln der Gesetzgebung in Rücksicht auf Verbrechen und Strafen. Oder von HOLTZENDORFF<sup>4</sup> sieht in der Kriminalpolitik diejenige Betrachtungsweise der Strafrechtswissenschaft, die sich mit der Anwendbarkeit der Lehren durch den Gesetzgeber befaßt. GEYER<sup>5</sup> endlich setzt Kriminalpolitik und Strafgesetzbildungspolitik gleich.

Bei manchen wird der Begriff der Kriminalpolitik jedoch darüber hinaus auch auf die Gesetzesanwendung ausgedehnt. So bezeichnet

<sup>1</sup> Vgl. hierzu die Übersicht über die ältere Literatur bei VON HIPPEL I S. 535 A: 1. Nach VON HIPPEL ist das Wort „Kriminalpolitik“ seit etwa 1800 gebräuchlich.

<sup>2</sup> FEUERBACH: in Feuerbach-Mittermaier 14. Aufl. S. 40, vgl. auch 11. Aufl. (1836) S. 10.

<sup>3</sup> BÖHMER: § 41. <sup>4</sup> VON HOLTZENDORFF: I S. 12.

<sup>5</sup> GEYER: I S. 2.

MITTERMAIER<sup>1</sup> als Kriminalpolitik „die Grundsätze, welche nach den Forderungen der Vernunft bei Erlassung von Strafgesetzen und bei Anwendung dieser Gesetze leiten müssen“. Ähnlich, jedoch in einer allgemeineren Fassung kennzeichnet HEFFTER<sup>2</sup> die Kriminalpolitik als die „Klugheitslehre von dem besten und den öffentlichen Interessen gemäßesten Gebrauch der strafrechtlichen Machtbefugnisse“. Wohl mehr einen Unterschied in der Darstellung als in dem sachlichen Gehalt bedeutet es, wenn HENKE<sup>3</sup> die Aufgabe der Kriminalpolitik darin sieht, dass sie „überall nach der Eigentümlichkeit des Zeitalters und der räumlichen Verhältnisse das Ideal in die Wirklichkeit einführen“ soll.

Auch die neuere Literatur betont in weitem Umfang den Zusammenhang von Kriminalpolitik und Strafrechtsgesetzgebung. So versteht GERLAND<sup>4</sup> unter Kriminalpolitik die Lehre von dem Strafrecht, wie es sein soll. In gleicher Richtung liegen die Begriffsbestimmungen von MERKEL<sup>5</sup> und MEYER-ALLFELD<sup>6</sup>. Kriminalpolitik bedeutet nach dieser Auffassung kritische Betrachtung des gesamten Strafrechts mit dem Ziele der Strafrechtsverbesserung<sup>7</sup>. Diese Betrachtung umschließt in sich „die Betrachtung der Wirksamkeit des Strafrechts unter dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit“. In dieser Betrachtungsweise sieht VON HIPPEL<sup>8</sup> das Wesentliche der Kriminalpolitik. Die Einfügung des Zweckmäßigkeitsgesichtspunktes weist der Gesetzeskritik eine bestimmte Richtung an und führt demnach zu einer engeren Umgrenzung des Begriffs, als es die GERLANDSche Auffassung tut. Den Zweckmäßigkeitsgesichtspunkt in der Kritik der Wirksamkeit des Strafrechts schiebt auch WULFFEN<sup>9</sup> in den Vordergrund. Er bezeichnet als Problem der Kriminalpolitik die Frage, „gegen welche Verbrechen und mit welchen Mitteln die strafrechtliche Wirksamkeit sich überhaupt oder vorwiegend zu richten hat“. Die praktische Auswirkung der Behandlung dieses Problems sieht er in der Gestaltung und Fortentwicklung des Strafrechts und der Weiterentwicklung der Poenologie.

Noch enger zieht VON LISZT den Kreis, wenn er in seinen „Kriminalpolitischen Aufgaben“<sup>10</sup> 1889 als Kriminalpolitik den „systematischen Inbegriff der auf die wissenschaftliche Untersuchung der Ursachen des Verbrechens wie die Wirkung der Strafe gestützten Grundsätze, nach welchen der Staat den Kampf gegen das Verbrechen mittels der Strafe und der ihr verwandten Einrichtungen zu führen hat“<sup>11</sup>. Die Kriminal-

<sup>1</sup> MITTERMAIER: in Feuerbach-Mittermaier S. 2.    <sup>2</sup> HEFFTER: S. 1.

<sup>3</sup> HENKE: S. 154.    <sup>4</sup> GERLAND: Strafrecht S. 26.

<sup>5</sup> MERKEL, PAUL: Grundriß S. 6.    <sup>6</sup> MEYER-ALLFELD: S. 26.

<sup>7</sup> So mit aller Deutlichkeit LAMMASCH-RITTLER: Grundriß des österreichischen Strafrechts, 5. Aufl. (1926) S. 11.

<sup>8</sup> VON HIPPEL: I S. 534.    <sup>9</sup> WULFFEN: Kriminalpsychologie S. 71.

<sup>10</sup> VON LISZT: Aufsätze und Vorträge I S. 292.    <sup>11</sup> Ähnlich HAFTER: S. 244.

politik befaßt sich hier nicht mit dem Strafrecht in seiner Gesamtheit, sondern nur mit den strafrechtlichen Mitteln, freilich nicht nur im Hinblick auf ihre Ausgestaltung, sondern auch auf ihre Anwendung. In der Folgezeit ist VON LISZT, der die Aufgaben der Kriminalpolitik von verschiedenen Betrachtungsweisen ausgehend keineswegs immer einheitlich auffaßt<sup>1</sup>, zu einer noch weiteren Einengung des Begriffs gelangt. In seinem Lehrbuch<sup>2</sup> bezeichnet er als Kriminalpolitik — wenigstens in erster Linie — „Bekämpfung des Verbrechens durch individualisierende Einwirkung auf den Verbrecher“. Diese Begriffsbestimmung enthält gegenüber der früheren auch insofern etwas Neues, als sie in der Kriminalpolitik nicht mehr eine Lehre, sondern den Vorgang der Verbrechensbekämpfung sieht. Sie ist auf die Tat abgestellt. Sie bringt das zur Wirklichung drängende kriminalpolitische Programm VON LISZT's zum Ausdruck: Anpassung der sozialen Abwehr, insbesondere der Strafe als Zweckstrafe, an die Eigenart des Verbrechers.

In begrifflicher Hinsicht liegt die Bedeutung der von VON LISZT gegebenen Umschreibungen des Begriffs der Kriminalpolitik darin, daß in ihrem Mittelpunkt das Ziel: die Verbrechensbekämpfung<sup>3</sup> gesetzt wird. Das, was Verbrechen ist, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, um den Verbrechenstatbestand als erfüllt anzusehen, wie die Voraussetzungen im einzelnen gestaltet sein müssen, all das ist aus seiner Begriffsbestimmung ausgeschieden. Die durch das Strafrecht gegebene Lösung wird als gegeben hingenommen. Damit enthält aber auch der Begriff der Kriminalpolitik nicht mehr die Kritik des gesamten Strafrechts. Sie ist nicht mehr die bloße Kehrseite der strafrechtlichen Betrachtung. Sie hat vielmehr ein Teilproblem des Strafrechts zum Gegenstande, das eine Vertiefung und Erweiterung über das Strafrecht hinaus ermöglicht.

Der von VON LISZT beschriebene Weg ist von anderen weiter begangen worden. Die Begrenzung der Mittel der Verbrechensbekämpfung auf die individualisierende Maßnahme, auf die Strafe oder die ihr verwandten Mittel, wird wieder fallen gelassen. Es werden nicht nur die strafrechtlichen, sondern auch die nichtstrafrechtlichen Maßregeln, d. h. die dem Verbrechen vorangehenden als Gegenstand der Kriminalpolitik bezeichnet. Unter diese Gruppe fallen BELING<sup>4</sup>, FINGER<sup>5</sup>, GRÜNHUT<sup>6</sup>, THOMSEN<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. etwa VON LISZT: Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Aufsätze und Vorträge II S. 75 ff., 78 (1893), Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität, Aufsätze und Vorträge II S. 433 (1902).

<sup>2</sup> LISZT-SCHMIDT: 26 Aufl. S. 16, vgl. auch die einleitenden Worte S. 2.

<sup>3</sup> So auch mit aller Deutlichkeit VON LISZT: Aufsätze und Vorträge II S. 78 f., sich ihm im wesentlichen anschließend EXNER: Sicherungsmittel S. 49.

<sup>4</sup> BELING: Grundriß S. 112. <sup>5</sup> FINGER: S. 3. <sup>6</sup> GRÜNHUT: S. 786.

<sup>7</sup> THOMSEN: I S. 34, s. auch Grundriß I S. XLI;

Freilich auch die Gruppe derjenigen, die als Gegenstand der Kriminalpolitik auch die nicht dem Strafrecht angehörenden Maßnahmen erachten, stimmt in der Fassung und Umgrenzung des Begriffs der Kriminalpolitik nicht überein. Je nachdem, ob Kriminalpolitik als ein Wissensgebiet<sup>1</sup> oder aber als ein Inbegriff von Handlungen<sup>2</sup> aufgefaßt wird, wird sie auf die Lehre der Verbrechenursachen (Kriminologie) ausgedehnt<sup>3</sup> oder auf die Anwendung der Maßnahmen beschränkt, während sich die Lehre der Verbrechenursachen dann als eine Hilfswissenschaft darstellt.

Die Einbeziehung der außer dem Strafrecht liegenden Maßregeln<sup>4</sup> in den Begriff der Kriminalpolitik bedeutet den Schritt zur Aufhebung der engen Anlehnung der Kriminalpolitik an das Strafrecht und ihre Verselbständigung<sup>5</sup>. Freilich ergibt sich daraus eine Annäherung an andere staatliche oder gesellschaftliche Tätigkeitsbereiche, namentlich an die Sozialpolitik. Tatsächlich glaubt man vielfach in der Ausdehnung des Begriffs der Kriminalpolitik über das Strafrecht hinaus ein Abgleiten in das Gebiet der Sozialpolitik feststellen zu können<sup>6</sup>.

Wie verschieden auch die einzelnen Fassungen des Begriffs der Kriminalpolitik sein mögen, so können doch im wesentlichen zwei Gruppen gegenübergestellt werden. Die eine läßt Kriminalpolitik sich mit der Frage befassen: was ist auf dem Gebiete des Strafrechts rechtens und was soll rechtens sein, die andere sieht das Problem in der Frage: was geschieht zur Verbrechensbekämpfung und was soll geschehen. Das eine Mal ist die Strafrechtsordnung der Mittelpunkt der begrifflichen Bestimmung, das andere Mal ist es die Anwendung und Wirksamkeit von Maßnahmen im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel. Es handelt sich um den von SAUER<sup>7</sup> schlagwortartig gekennzeichneten Unterschied von Kriminalpolitik und Kriminalpolitik.

Die Auffassung der zweiten Gruppe verdient den Vorzug. Der Nachweis der Richtigkeit einer begrifflichen Umschreibung ist naturgemäß

<sup>1</sup> So z. B. FINGER a. a. O.    <sup>2</sup> So z. B. GRÜNHUT: a. a. O.

<sup>3</sup> Vgl. FINGER: a. a. O., der als Gegenstand der Kriminalpolitik „die Erörterung der das Verbrechen (als soziale Erscheinung) erzeugenden individuellen und sozialen Faktoren, die möglichen Arten der Bekämpfung des Verbrechens usw.“ bezeichnet.

<sup>4</sup> Auf die von GRÜNHUT: S. 786 erwähnte weitere Gruppe, die unter den Begriff der Kriminalpolitik nur die außerstrafrechtlichen Maßregeln zusammenfaßt mag hingewiesen werden. Die Ausscheidung der strafrechtlichen Maßnahmen bedeutet eine offensichtlich ungerechtfertigte Einengung des Begriffs. GRÜNHUT bezeichnet mit Recht diese Abgrenzung systematisch als höchst problematisch. Ihr praktischer Wert erscheint ebenfalls zweifelhaft.

<sup>5</sup> Mit Recht lehnt VON HIPPEL: I S. 534, von seinem Standpunkt aus ab, Kriminalpolitik als eine selbständige Wissenschaft anzusehen.

<sup>6</sup> Vgl. etwa DROST: Ermessen des Strafrichters S. 173, VON HIPPEL: I S. 536, Sauer: Rechtsphilosophie S. 279, Strafrecht S. 82.

<sup>7</sup> SAUER: Strafrecht S. 72.

nicht zu erbringen, da es an einem absoluten Maßstab fehlt. Die Beschreitung des einen oder anderen Weges kann nur mehr oder weniger berechtigt sein. Der Grad der Berechtigung ergibt sich aus der Zweckmäßigkeit des Ergebnisses für die praktischen und theoretischen Bedürfnisse.

Lehnt man den Begriff der Kriminalpolitik an die Strafrechtsordnung an, so scheidet man dadurch wichtige Erscheinungsformen der Verbrechensbekämpfung aus. Die Anlehnung des Begriffs der Kriminalpolitik an das Strafrecht erschien in einer Zeit gerechtfertigt, in der sich die Verbrechensbekämpfung im wesentlichen innerhalb des Strafrechts vollzog.

In der Verbrechensbekämpfung hat man jedoch immer mehr bewußt die durch das Strafrecht gesetzten Grenzen überschritten. Die Erweiterung hielt Schritt mit der tieferen Erfassung der Verbrechensursachen. Die wesentliche Erweiterung liegt in der Erkenntnis, daß das Verbrechen nicht erst im Stadium des Verbrechens zu bekämpfen ist, sondern auch vorbeugend im Stadium der Verwahrlosung<sup>1</sup> (vgl. etwa Jugendwohlfahrtsgesetz) oder schon gar in einem Stadium, wo eine unmittelbare Gefahr der Verwahrlosung oder Verbrechensbegehung noch gar nicht besteht (z. B. Maßnahmen zur Förderung der Gesundheit oder schon mehr in der Richtung der Verwahrlosung liegend: Maßnahmen zur Förderung des Wohnungsbaus). Die bewußte Vermehrung und Erweiterung der Methoden in der Verbrechensbekämpfung machen aber auch eine Ausdehnung des nunmehr zu eng gewordenen, noch in den Rahmen des Strafrechts gepreßten Begriffes der Kriminalpolitik erforderlich.

Die verschiedenartigen Bekämpfungsmethoden des Verbrechens innerhalb und außerhalb des Strafrechts zu einer Einheit zusammenzufassen, sie auf die Gemeinsamkeit der sie beherrschenden Grundsätze, aber auch auf ihre wesentlichen Verschiedenheiten zu prüfen, ist durchaus kein zweckloses Beginnen. Eine solche Zusammenfassung und Betrachtungsweise läßt Gewinn für Theorie und Praxis der Verbrechensbekämpfung erwarten, indem sie erst die Kenntnis der Vielheit sowohl der materiellen als auch der organisatorischen Probleme und ihre tiefere Würdigung von größeren Gesichtspunkten aus ermöglicht.

Dann aber kann es nicht gerechtfertigt erscheinen, die Kriminalpolitik nur als einen eng an das Strafrecht angelehnten Begriff zu erfassen<sup>2</sup>. Vielmehr erscheint es durchaus zweckmäßig und erforderlich,

<sup>1</sup> Der Gedanke der Vorbeugung vor dem Stadium des Verbrechens bringt bereits VON LISZT 1892 in der Aufsatzreihe Kriminalpolitische Aufgaben, Z. 12 S. 171 zum Ausdruck.

<sup>2</sup> Auf der anderen Seite führt die Auffassung der Kriminalpolitik als eine besondere Betrachtungsweise des Strafrechts zu einer übermäßigen Ausdehnung des Begriffs, insofern zahlreiche Fragen der Ausgestaltung des Strafrechts vom

außer den strafrechtlichen Verbrechensbekämpfungsmitteln auch die außerstrafrechtlichen unter einen Begriff, den der Kriminalpolitik, zu bringen.

Das Bedürfnis zur Zusammenfassung besteht hinsichtlich aller Verbrechensbekämpfungsmaßnahmen. Eine Unterscheidung, je nachdem, ob es sich um generelle oder aber individuelle Maßnahmen handelt, erscheint nicht angängig.

Die von LISZT'sche Begriffsbestimmung der Kriminalpolitik als Bekämpfung des Verbrechens durch individualisierende Einwirkung auf den Verbrecher ist zu eng. Sie ist die Wiedergabe des Inhalts eines umkämpften Programms. In ihm sahen die Anhänger der modernen Schule das wesentliche Ziel neuzeitlicher Kriminalpolitik. Sie setzten dieses Ziel wegen seiner hervorragenden Bedeutsamkeit als Charakteristikum der Kriminalpolitik überhaupt. Weist die von LISZT'sche Begriffsbestimmung schon eine Einseitigkeit auf, so verliert sie aber an Bedeutsamkeit, indem der Kampf abflacht und das Programm in mehr oder weniger verschiedener Weise Anerkennung und Entgegenkommen erlangt.

Die weite Ausdehnung des Gegenstandes der Kriminalpolitik über die Maßnahmen und Mittel der Strafrechtsordnung hinaus, weist als ein äußeres Zeichen darauf hin, daß von ihr aus der Ausgangspunkt für die begriffliche Klärung nicht zu nehmen ist. Es tritt aber noch ein weiterer innerer Grund dazu, der das Recht überhaupt als einen ungeeigneten Ausgangspunkt erscheinen läßt.

Das Recht ist der Inbegriff von Normen. Die Normen leben als Idee. Das Recht befaßt sich mit den tatsächlichen Geschehnissen nur, 1. insoweit es zu deren den Normen entsprechenden Beurteilung dient, 2. insoweit sich die Geschehnisse als Begleit- oder Folgeerscheinung der Normenanwendung darstellen (z. B. Straf- oder Zivilverfahren, Bestrafung, Anwendung eines Sicherungsmittels, Scheidung einer Ehe usw.). Insoweit werden die Geschehnisse oder Maßnahmen auch nur von einer rechtlichen Betrachtungsweise umfaßt. Alle Geschehnisse und Maßnahmen können nun zwar einer rechtlichen Beurteilung, d. h. einer solchen vom Standpunkt der bestehenden Rechtsnormen aus, unterliegen. Aber in der vielfach überwiegenden Zahl der Geschehnisse liegt zu einer rechtlichen Würdigung kein Bedürfnis und kein Anlaß vor, oder die rechtliche Betrachtung tritt gegenüber anderen Betrachtungsweisen in den Hintergrund, so daß bei einer rechtlichen Würdigung diese Geschehnisse überhaupt keine oder nur unvollkommene Geltung finden. Das trifft für die Verbrechensbekämpfung zu.

Aus diesem Grunde muß es verfehlt erscheinen, den Begriff Kriminal-

---

Standpunkt der Verbrechensbekämpfung aus von untergeordnetem Interesse sind. Vielmehr kann die Verbrechensbekämpfung das jeweils geltende Strafrecht ohne kritische Stellungnahme zugrunde legen.

politik vom Recht aus erklären zu wollen. Der Ausgangspunkt muß vielmehr ein anderer sein. Schon das Wort Kriminalpolitik, in dem der Begriff des Rechts überhaupt nicht zum Ausdruck kommt, sollte ein genügender Hinweis auf die Unzweckmäßigkeit dieses Weges sein. Mit aller Deutlichkeit zeigt es auf den zweckmäßigen Ausgangspunkt hin.

Das ist der Begriff der Politik. Das Wort Politik wird bald im Sinne einer Lehre, bald im Sinne des Inbegriffs von Maßnahmen gebraucht. Je nachdem unterscheidet man theoretische oder praktische Politik<sup>1</sup>. Es ist ein erfreuliches Zeichen, daß sich die Tendenz in der neueren Wissenschaft stärker dahin neigt, das Wesentliche im Begriff der Politik in dem Handeln zu erblicken und Politik in erster Linie als Inbegriff von Maßnahmen aufzufassen<sup>2</sup>. Diese Auffassung entspricht dem überwiegenden Sprachgebrauch. Sie wird auch der politischen Praxis gerecht. Das Wort Politik hat in diesem Sinne auch in Art. 56 R.V. („Der Reichskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik“) seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden. Aus diesen Erwägungen heraus wird Kriminalpolitik hier als Tätigkeit, nicht aber als Lehre von der Tätigkeit aufgefaßt.

Alle politische Tätigkeit wird von der überwiegenden Meinung<sup>3</sup> auf den Staat bezogen. Diese Auffassung wird jedoch von manchen als zu eng aufgefaßt. SPANN<sup>4</sup> führt aus, Politik sei nicht staatlichen, sondern

---

<sup>1</sup> Ein grundsätzlich gleichwertiges Nebeneinanderstellen von Politik als Lehre und als Tätigkeit: vgl. bei BEROLZHEIMER: S. 15; VAN CALKER: Politik als Wissenschaft S. 7; VON FREYTAGH-LORRINGHOVEN: Politik S. 10; HAUSHOFER: S. 1, 2; SCHOLLENBERG: S. 5, 8; SPANN: S. 395; STIER-SOMLO: S. 21, 24; vgl. auch SCHMIDT: Wörterbuch S. 83.

<sup>2</sup> So legen das Schwergewicht auf das Handeln: VAN DER BORGH: S. 2; FLEINER: Politik als Wissenschaft S. 4; GÜNTHER: S. 5; HELFRITZ: S. 13 ff., 16; HEYDE: S. 7; ONCKEN: S. 9; SAUER: Rechtsphilosophie S. 175; SCHÄFFLE: S. 593; STAMMLER S. 342, wohl auch WALDECKER S. 311 ff.; besonders scharf betont bei AMONN: S. 185; VAN CALKER: Parteien S. 8; Politik S. 1; VON WIESE: Sozialpolitik S. 110 (vgl. auch Handb. d. Staatsw. Bd. 7 S. 614); ULAR: S. 196 u. a. m. Dazu im Gegensatz die älteren, die wie TREITSCHKE, DAHLMANN Politik als Staatslehre auffassen (vgl. hierzu REHM: S. 9). Politik als die Lehre vom Sein-sollenden bei G. JELLINEK: Staatslehre S. 13, 15. Als Lehre von den Mitteln: VON MOHL: S. 541, HUE DE GRAIS-PETERS: S. 2. Politik als die Lehre vom Vaterland: KJELLÉN: S. 8. Vereinzelt steht RATZENHOFER: I S. 28, der Politik als einen inneren Vorgang bezeichnet. („Politik ist beiläufig der geistige und moralische Prozeß, welcher in einem jeden Menschen bei den praktischen Fragen des Lebens zum Entschlusse und weiter zur Tat führt.“) VAN CALKER: Richtige Politik S. 80 verlegt das Wesen der Politik in das Wollen, wobei er jedoch die Möglichkeit anderer Auffassungen durchaus anerkennt.

<sup>3</sup> BEROLZHEIMER: S. 15; VON FREYTAGH-LORRINGHOVEN: S. 10; HAUSHOFER: S. 2; HÜBNER: Z. f. Politik 17 S. 325; RICHARD SCHMIDT: Z. f. Politik I S. 18 f.; SCHÄFFLE: S. 593; STIER-SOMLO: S. 24.

<sup>4</sup> SPANN: S. 396.

öffentlichen Charakters. WALDECKER<sup>1</sup> spricht von Politik auf dem bewegten Boden des gesellschaftlichen Lebens. WIESE<sup>2</sup> betont das Vorkommen politischen Handelns auch außerhalb des Staates. GÜNTHER<sup>3</sup> ist zwar der Ansicht, daß Politik als solche Politik des Staates und in bezug auf den Staat ist, daß aber Sozialpolitik darüber hinaus griffe. So stellt er neben die „staatliche Politik“ die „gesellschaftliche Politik“<sup>4</sup>. Von Politik als Tätigkeit der Gesellschaft spricht auch ULAR<sup>5</sup>.

Eine politische Tätigkeit ohne Beziehung auf den Staat ist nicht denkbar<sup>6</sup>. Der Staat — oder was dem hiergleichsteht, der staatsähnliche Verband — braucht zwar keineswegs das Subjekt der Politik zu sein. Auch die Partei, die Gewerkschaften, die Verbände, die Gemeinschaften aller Art, ja der Einzelne üben politische Tätigkeit aus. Ebenso ist aber auch nicht nur der Staat oder der staatsähnliche Verband der unmittelbare Gegenstand politischer Betätigung. Auch hier ist der Umkreis ebensoweit wie der der Subjekte. Es ist sogar zuzugeben, daß weder Subjekt noch unmittelbares Objekt der Staat oder der staatsähnliche Verband zu sein braucht, um von politischer Tätigkeit sprechen zu können. Man denke z. B. an die Tätigkeit einer Partei, die in erster Linie das Interesse der Partei verfolgt (Parteipolitik) oder im entsprechendem Sinn an Klassenpolitik, Interessenpolitik usw.

Dennoch würde es unrichtig sein, die Politik vom Staate oder dem staatsähnlichen Verband lösen zu wollen. Eine mittelbare Beziehung besteht stets. Das ergibt sich aus dem wesentlichen Inhalt des Begriffs der Politik. Politik zielt auf Machtentfaltung, Machterhaltung und Machtvermehrung. Gegenstand dieses Strebens kann in erster Linie sowohl der Staat oder der staatsähnliche Verband als auch die übrigen Politik treibenden Subjekte sein. Macht und Organisation stehen in enger Wechselbeziehung. Da nun die menschliche Gesellschaft im Staate und in den staatsähnlichen Verbänden ihre — zur Zeit wenigstens — unumgängliche Organisation findet, kann ein Machtstreben nicht außerhalb des Staates oder außerhalb des staatsähnlichen Verbandes liegen. In diesem Sinne bezieht sich die Politik stets auf den Staat oder den staatsähnlichen Verband.

Die Beziehungen von Staat und Politik sind aber noch engere. Bisher sind die Beziehungen zwischen Machtstreben und Staat nur rein äußerlich als Tatsache gewürdigt. Dabei ist ein Unterschied danach, ob

<sup>1</sup> WALDECKER: S. 314, vgl. auch schon S. 313.

<sup>2</sup> VON WIESE: in von CHR. ECKERT hrsg. Taschenbuch für Kaufleute, S. 195 bis 231 (1923).

<sup>3</sup> GÜNTHER: S. 49.

<sup>4</sup> Die Darstellung wird jedoch von GÜNTHER auf S. 53 wieder wesentlich eingeschränkt.

<sup>5</sup> ULAR: S. 196. <sup>6</sup> Vgl. STIER-SOMLO: S. 24.

diese Beziehungen nur zufällige und nebensächliche oder aber ob sie erstrebte und hauptsächlich sind, nicht gemacht. Nur im letzten Fall sind aber die in Frage kommenden Handlungen als politische anzusehen.

Ein logischer Nachweis läßt sich freilich für eine solche Einschränkung nicht führen. Jedoch wird sie einmal gerechtfertigt durch den Sprachgebrauch des Wortes Politik, dann aber auch durch das praktische und theoretische Bedürfnis nach Zusammenfassung im Wesen gleichgerichteter und Abgrenzung im Wesen verschieden gerichteter Lebenserscheinungen, durch das Bedürfnis, die Lebenserscheinung in Lebensgebiete einzuordnen und zu sondern. Der Mittelpunkt eines Lebensgebietes kann sowohl ein gedanklicher als auch ein stofflicher sein, immer ist es ein solcher, daß sich kraft seiner Bedeutung für den Menschen oder die menschliche Gemeinschaft das menschliche Tun, Handeln und Denken nach ihm und um ihn strebt und sich bewegt. All das menschliche Streben, das in dieser Richtung liegt, stellt kraft dieses Mittelpunktes eine Einheit dar.

Einen derartigen Mittelpunkt in der menschlichen Gemeinschaft bildet der Staat. Das Handeln, Wirken und Denken um ihn und in ihm ist das Staatsleben. Es besteht weiterhin das Bedürfnis, aus einer derartigen Gesamterscheinung Teilerscheinungen abzusondern, so daß sich um diese wiederum gesonderte im Gesamterlebensgebiet enthaltene Gebiete lagern. Das Staatsleben tritt in Erscheinung als bestehende, ruhende Ordnung und als sich bewegende, sich wandelnde, sich entwickelnde Ordnung. Als bestehende, ruhende Ordnung bewährt sich das Staatsleben vor allem in der Rechtsordnung. Freilich auch die Rechtsordnung wandelt und entwickelt sich. Ihr Schwerpunkt liegt aber in ihrer Geltung, in der dadurch gewährten Rechtssicherheit. Dadurch wird sie ihrer Natur nach zu etwas Konstantem. Dieses Konstante ist für das Staatsleben von hervorragender Bedeutung, so daß es als wesentliche Erscheinung des Staatslebens einen besonderen Lebenskreis im Staatsleben darzustellen geeignet ist.

Die Bewegung, Wandlung und Entwicklung des Staatlebens findet ihren Ausdruck im Kampf um die Machtordnung und in der Gestaltung der Verwaltungsordnung. Während es sich bei der Verwaltungsordnung lediglich um die Lösung eines alltäglichen, den geordneten Gang der Verwaltung betreffenden Aufgabenkreises, den eine jede Gemeinschaft mit sich bringt, handelt, betrifft die Machtordnung das Staatsleben in seinem Wesen und seinem tieferen Inhalt. Das Streben um die Machtordnung bedeutet der Wille des Sichdurchsetzens, des Durchsetzens der Interessen und der Idee des Machthabers. In diesem Sinne geht nicht nur das Streben des Staats, sondern auch der in ihm, sei es für ihn oder in eigenem Interesse handelnden Kräfte, auf Machtentfaltung, Macht-

erhaltung und Machtvermehrung. Das ist der Sinn der politischen Handlung<sup>1, 2</sup>.

Der Weg zu dem Ziele läßt sich nicht durch feste Regeln festlegen. Die Entscheidung liegt vielmehr in der Hand des Handelnden. Er hat seiner Maßnahme die ihm zur Erreichung des Ziels zweckmäßige Ausgestaltung<sup>3</sup> zu geben. Er hat zu prüfen, welche Möglichkeit vorhanden ist, wie die bestehende Lage auf Grund der gegebenen Verhältnisse auswertbar ist, er hat zu berechnen, wie sich die in Betracht kommenden Maßnahmen voraussichtlich auswirken werden. All diese Erwägungen stellen das politische Denken dar, ein Denken, das zwar sowohl die Gegenwart als auch die Vergangenheit<sup>4</sup> — diese namentlich als Symptom — zum Gegenstand hat, dessen Schwerpunkt aber in der Zukunft liegt. Auf Grund dieser Erwägungen fällt der Handelnde seine —grundsätzlich freie — Entscheidung. Die Gestaltung, die die Maßnahme so erhält erlangt sie entscheidend aus der Persönlichkeit des Handelnden heraus. Sie enthält daher etwas Schöpferisches<sup>5</sup>. Sie stellt einen Schöpfungsakt dar.

Gleiches, wie bezüglich des Staatslebens, gilt auch entsprechend bezüglich der Kommune.

Aus dem Vorstehenden ergeben sich demnach als Merkmale der Politik: 1. das Streben um Machterhaltung, Machtentfaltung und Machtvermehrung, 2. die Beziehung zu Staat oder Kommune, 3. ein Handeln nach Zweckmäßigkeitserwägungen, 4. ein schöpferisches Handeln.

Als *Politik* ist demnach anzusehen der *Inbegriff der auf zweckmäßige Gestaltung gerichteten staatlichen oder kommunalen oder aber auf den Staat oder die Kommune bezogenen schöpferischen Tätigkeit mit dem Ziele der Machterhaltung, Machtentfaltung oder Machtvermehrung.*

Das große Gebiet der Politik macht zum Begreifen ihres Wesens und Inhalts, zur Beherrschung ihrer Probleme und zur Mitwirkung neben ihrer Erfassung als einer Einheit eine fernere Gliederung der Erscheinungen zu wiederum in sich abgeschlossenen Teilgebieten erforderlich.

Gerade für die Staatspolitik, die im Rahmen dieser Arbeit allein interessiert, ergibt sich durch das universelle Machtstreben des Staates ein weiter Aufgabenkreis, der sich auf alle Lebensvorgänge in weiterem

<sup>1</sup> Ähnlich BLUNTSCHLI: S. 2 f., vgl. auch die S. 9 angegebene Äußerung von WALDECKER S. 313, ferner S. 324.

<sup>2</sup> WALDECKER S. 314, 315, 317 legt den Schwerpunkt auf die Organisation (Politik als Organisationskunst). Die organisierende Tätigkeit ist jedoch nur der Weg, und zwar nur ein Weg zu dem Endziel: die Macht.

<sup>3</sup> Über die teleologische Einstellung des politischen Denkens vgl. WALDECKER S. 317, 315.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu STAMMLER: Rechtsphilosophie S. 354.

<sup>5</sup> Vgl. VAN CALKER: Politik S. 2.

oder engerem Umfang erstreckt, dessen Erfüllung Machterhaltung, Machtentfaltung und Machtvermehrung bedeutet. Aus der Vielheit des Aufgabenkreises ergibt sich eine weitgehende sachliche Einteilung, die in Begriffen wie: Finanzpolitik, Wirtschaftspolitik, Verkehrspolitik, Lohnpolitik, Wehrpolitik, Schulpolitik u. dgl. mehr ihren Ausdruck findet.

Jedes begangene Verbrechen beweist eine Schwäche des Staates, der seinem Interesse — die Durchführung der Rechtsordnung — nicht genüge geleistet hat. Es mindert seine Autorität und die auf diese gegründete Macht. Das Verbrechen bedeutet überdies aber auch in weitem Umfang eine Schädigung der im Staat vorhandenen für seine Macht ausnutzbaren Kräfte. Der Kampf um die Verhütung und Verminderung des Verbrechens ist also ein Kampf um das Ansehen und die Macht des Staates. Die Verbrechensbekämpfung ist demnach durchaus als Teilgebiet der Politik anzusehen. Dieses Teilgebiet heißt Kriminalpolitik.

Freilich nicht schon jede politische Maßnahme, die der Verbrechensbekämpfung dient, ist dadurch eine kriminalpolitische.

Ob eine politische Maßnahme sich als kriminalpolitische darstellt, hängt von der Zweckrichtung<sup>1</sup> der Maßnahme ab. Würde man alle Handlungen, die tatsächlich, ohne daß ihr Zweck darauf gerichtet ist, einer Verhütung und Verminderung der Verbrechen zu dienen, als kriminalpolitisch bezeichnen, so würde bei dieser weiten Fassung des Begriffs die Möglichkeit einer Abgrenzung gegen verwandte Gebiete entfallen. Auf der anderen Seite würde diese Fassung aber auch eine zu große Beschränkung bedeuten, da es wie beim Begriff der Politik überhaupt nicht darauf ankommt, daß das Ziel tatsächlich erreicht wird, nicht einmal darauf, ob die Handlung dazu überhaupt geeignet war<sup>2</sup>, sondern nur darauf, ob sie der Zielrichtung zu dienen bestimmt war.

Nach vorstehenden Ausführungen ist demnach *Kriminalpolitik der Inbegriff der auf zweckmäßiger Gestaltung gerichteten staatlichen oder kommunalen oder aber auf den Staat oder die Kommune bezogenen schöpfe-*

<sup>1</sup> So betont GARRAUD: I S. 34 richtig die Zielrichtung indem er sagt: „la politique criminelle qui n'est autre chose que l'art d'adapter les institutions sociales au but, que l'on veut atteindre, la diminution de la criminalité.“ Ebenso AMONN: S. 186: „Die einzelnen Gruppen der Politik unterscheiden sich durch ihre letzten Ziele.“ (Gegen AMONN: Příbram S. 226 Anm. 1.) Richtig auch VAN DER BORGHT, S. 2.

<sup>2</sup> Abzulehnen ist daher die Formulierung von GRÜNHUT, der als „Kriminalpolitik alle diejenigen Maßnahmen, welche zur Verhütung und Überwindung der Kriminalität geeignet sind“ ansieht. KOHLRAUSCH: Rückschritte, DJZ. 32 Sp. 1366, spricht von einer zweckmäßigen Bekämpfung des Verbrechens. SAUER: Philosophie S. 175 betont zwar richtig als Ziel der Politik die Erreichung bestimmter Zwecke stellt jedoch dann die Anwendung der geeignetsten Mittel als Merkmal auf.

*rischen Tätigkeit mit dem Ziele der Verhütung und Verminderung der Verbrechen<sup>1</sup> und ihre Wirkung<sup>2</sup>.*

Maßnahmen, die gleichfalls für die Verbrechensbekämpfung von Bedeutung sind, ohne daß sie kriminalpolitischen Charakters sind, finden sich zahlreich vor. Teils fehlt ihnen der Charakter des Kriminalpolitischen, weil die Verbrechensbekämpfung nicht ihr Zweck, sondern nur ihre Begleiterscheinung ist, teils weil sie überhaupt nicht politische Maßnahmen sind, teils weil beide Unterscheidungsmerkmale vorliegen. Hier kommen in Betracht: die Sozialpolitik, die Wohlfahrtspolitik, die Caritas, das Wirken der Kirche im Kampf gegen das sittliche Unrecht und sich rein auf das Privatleben beschränkende Vorgänge.

Hinsichtlich des Inhalts der Begriffe Sozialpolitik und Wohlfahrtspolitik, häufig Wohlfahrtspflege<sup>3</sup> genannt, bietet die Literatur ein buntes Bild.

Sozialpolitik und Wohlfahrtspolitik werden zuweilen nicht als nebeneinanderstehende, sondern als einander untergeordnete Begriffe aufgefaßt. So sieht WRONSKY<sup>4</sup> in der Sozialpolitik ein Teilgebiet der Wohlfahrtspflege. Was hier mit Wohlfahrtspolitik bezeichnet wird, bezeichnet WRONSKY als Fürsorge. In der vorliegenden Abhandlung werden die Begriffe, wie es überwiegend geschieht, als nebengeordnet verwandt.

Bei aller Verschiedenheit der Fassung des Begriffs der Sozialpolitik<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Zum Verbrechensbegriff vgl. FRANK: S. 1 ff., 6 f., VON HIPPEL: II S. 86 ff., LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 145, MEZGER: Lehrbuch S. 89. Im Rahmen der Kriminalpolitik ergibt sich jedoch die Frage, ob nicht der durch die Strafrechtslehre ausgebildete Verbrechensbegriff sowohl gewisser Ausdehnung als auch der Einengung bedarf, einer Ausdehnung insofern, als das Merkmal der Schuld in Rede steht (vgl. etwa EXNER: Sicherungsmittel S. 49, der unter Verbrechen auch das bloße objektive Unrecht einbezieht, s. a. § 56 E 27), einer Einengung insofern, als es sich um Bagatelldelikte handelt. Hier gewinnt der Unterschied kriminelles und polizeiliches Delikt Bedeutung (vgl. hierzu statt aller VON HIPPEL: II S. 103 ff. mit Literaturangaben).

<sup>2</sup> Die Lehre von der Kriminalpolitik stellt der Strafrechtslehre gegenüber ein selbständiges Wissensgebiet dar (vgl. etwa FINGER: I S. 3, GRÜNHUT: S. 798). Ihre engen sachlichen Beziehungen zur Strafrechtslehre lassen sie als strafrechtliche Hilfswissenschaft erscheinen. Ihr Verhältnis zu den anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften ist derart, daß sie auf der Kriminologie mit ihren einzelnen Zweigen: Kriminalbiologie (Kriminalpsychologie und Kriminalsomatologie) und Kriminalsoziologie aufbaut, die Poenologie jedoch in sich aufnimmt. Zu den Begriffen vgl. im einzelnen LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 9 ff. S. 2. Das Verhältnis Kriminalpolitik und Poenologie stellt sich nach LISZT-SCHMIDT: S. 2 so dar, daß die Poenologie ebenso wie die Kriminologie Grundlage der Kriminalpolitik ist.

<sup>3</sup> Der Begriff der Wohlfahrtspflege wird aber auch in einem weiteren Sinne gebraucht, insofern er nicht das Politische enthält.

<sup>4</sup> WRONSKY: S. 444.

<sup>5</sup> Über den Begriff der Sozialpolitik gibt es eine umfangreiche Literatur: Vgl. AMONN: Begriff der Sozialpolitik S. 187; VAN DER BORGHT: S. 2; GÜNTHER:

herrscht heute<sup>1</sup> Einmütigkeit darüber, daß sie die verschiedenen Gesellschaftsklassen zum Gegenstand hat. Einig ist man auch darüber, daß es sich um den Ausgleich von Klassengegensätzen handelt. Dagegen weichen die Meinungen hinsichtlich des begrifflichen Umfangs der Sozialpolitik insoweit ab, als die einen auch die Hebung der einzelnen Klassen in den Begriff der Sozialpolitik einbeziehen<sup>2</sup>, während die anderen diese Aufgabe der Wohlfahrtspolitik zurechnen<sup>3</sup>. Wer der ersten Meinung ist, beschränkt dann den Begriff der Wohlfahrtspolitik auf das Verhältnis des Staates zum einzelnen, so daß sich die Wohlfahrtspolitik auf eine Einflußnahme auf eine individuelle Lage richtet<sup>4</sup>.

Die Auffassung, die auch die Hebung der einzelnen Klassen zum Gegenstand der Sozialpolitik nimmt, verdient den Vorzug. Wenn auch Ausgleich der Klassengegensätze und die Hebung der einzelnen Klassen nicht immer parallellaufende Ziele sind, so berühren sie sich aufs engste. Ihre begriffliche Trennung würde ein sachlich kaum zu rechtfertigendes Auseinanderreißen nahverwandter Tätigkeiten bedeuten. Umgekehrt fehlt eine solche nahe Beziehung zwischen Hebung der Klassen und den allgemein anerkannten Aufgaben der Wohlfahrtspolitik. Die Bezeichnung „Wohlfahrt“ erweckt die Vorstellung einer hilfsbedürftigen Lage<sup>5</sup>. Von Hilfsbedürftigkeit spricht man nur bei dem einzelnen, selbst wenn eine große Anzahl oder ganze Gruppen von Menschen in einer derartigen Lage sind oder zu kommen drohen. Die Hilfe, die diesen Menschen zukommt, bedeutet noch keine Hebung einer Klasse oder Gruppe, auch wenn sie sich weit erstreckt. Die Hebung einer Klasse ist, wie der Ausgleich der Klassengegensätze, auf einen dauernden Zustand der sozialen Verhältnisse gerichtet, sie will mehr als nur dem Elend oder der Not

---

S. 5, 49, 51; HEYDE: S. 7; JASTROW: S. 782; KÜHNE: S. 11; LIESE: S. 1; PHILIPPOVICH: Wirtschaftspolitische Ideen S. 79, 91; PRIBRAM: S. 255, 256; SAUER: Philosophie, S. 24; SPANN: Volkswirtschaftslehre, S. 155; VON WIESE: Sozialpolitik S. 16, Handwörterbuch S. 613 ff.; v. ZWIEDINECK-SÜDENHORST: Sozialpolitik S. 38, Schicksal der Sozialpolitik S. 109. Eine Übersicht über die verschiedenen Ansichten vgl. insbesondere in der Abhandlung von PRIBRAM, ferner bei GÜNTHER: S. 467, 407.

<sup>1</sup> Über die älteren Anschauungen, die von der modernen Auffassung erheblich abweichen: BORTKIEWICZ: S. 342 ff., der sich mit STAMMLER, A. WAGNER und SOMBART eingehend auseinandersetzt.

<sup>2</sup> Vgl. etwa VAN DER BORGHT: S. 3; MESSNER: Staatslexikon 4 S. 1707; ZWIEDINECK-SÜDENHORST: Schicksal der Sozialpolitik S. 109; ferner L. SPINDLER, die den Begriff der Sozialpolitik infolge Beschränkung auf die Hebung der Arbeitnehmerklasse zu stark einengt.

<sup>3</sup> Namentlich BRIEFS S. 136.

<sup>4</sup> So KLUMKER: Fürsorgewesen S. 535; LUPPE: S. 495; MESSNER: S. 1707; POTT-HOFF: S. 362; L. SPINDLER: S. 66, 68; vgl. auch HEYDE: S. 7; dagegen LIESE: S. 1; ALOMON: S. 2; SIMON: S. 5; VON WIESE: S. 289.

<sup>5</sup> Über Hilfe, Hilfsbedürftigkeit und Wohlfahrtspolitik vgl. MUTHESIUS: Fürsorgerecht S. 1f. Zu recht betont GANTZ Z. 51 S. 238, daß die Hilfe dem einzelnen im Interesse der Gemeinschaft zukommt.

steuern, wenngleich diese den Anlaß zu einer Maßnahme geben können, sie will das Niveau der Klasse ändern. Die Hilfe dagegen beschränkt sich darauf, über eine bestehende oder drohende Notlage<sup>1</sup> hinwegzuführen, wobei das Klassenniveau unberührt bleibt, es auf eine Klassenzugehörigkeit des Betroffenen überhaupt nicht ankommt. Es handelt sich um Hilfe in der Not, um eine Hilfe, die anders als bei der Hebung der Klasse stets auf eine wirtschaftliche Not sich bezieht, wenn diese gleichzeitig auch eine geistige oder sittliche sein kann<sup>2</sup>. Mit dem Einbeziehen der Hebung der Klassen in den Begriff der Wohlfahrtspolitik schwindet die Möglichkeit einer klaren Grenzziehung, so daß damit der Wert der Begriffseinteilung für die Wissenschaft und Praxis ohne innere Notwendigkeit gemindert wird<sup>3</sup>.

Als Sozialpolitik kann man demnach den Inbegriff der auf zweckmäßige Gestaltung gerichteten, staatlichen oder kommunalen, oder auf den Staat oder die Kommune bezogenen schöpferischen Tätigkeit mit dem Ziele der Hebung der einzelnen Klassen in ihrer Gesamtheit und dem Ausgleich der Klassegegensätze bezeichnen. Wohlfahrtspolitik dagegen ist der Inbegriff der auf zweckmäßige Gestaltung gerichteten staatlichen oder kommunalen oder auf den Staat oder die Kommune bezogenen schöpferischen Tätigkeit mit dem Ziele der Milderung der Hilfsbedürftigkeit einzelner oder auch einer Mehrheit von Menschen.

Nummehr kann die Kriminalpolitik von der Sozialpolitik und Wohlfahrtspolitik abgegrenzt werden. Es bestehen grundlegende Unterschiede.

Die Voraussetzungen der Sozialpolitik und Kriminalpolitik sind verschiedene. Für die Sozialpolitik ist das Vorhandensein verbrecherischer

<sup>1</sup> WEBER, H.: S. 2 spricht bei Wohlfahrtspflege von „Maßnahmen mit vorwiegend vorbeugendem Charakter“.

<sup>2</sup> Die Wohlfahrtspolitik ist stets „Fremdhilfe“, die Sozialpolitik kann auch „Selbsthilfe“ der Klasse sein. Somit erscheint der in der Literatur zuweilen vertretene Gegensatz: Fremdhilfe-Eigenhilfe nicht unberechtigt. Dagegen VON WIESE: S. 289.

<sup>3</sup> Es ist hier nicht der Platz weiter die Einzelheiten und aufgestellten Unterscheidungen zu verfolgen. Erwähnt sei noch die Ansicht H. MAIERS: Die Stellung der sozialen Fürsorge in der neuen Zeit, Soziale Praxis XXIX S. 37, 38, der sich VON WIESE anschließt. „Bei der Sozialpolitik ist der Grund aller Ansprüche und Bezugsrechte die geleistete Arbeit, bei der Wohlfahrtspflege schon die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft.“ Diese Unterscheidung bezieht sich lediglich auf den Grund der Maßnahme, nicht auf den Inhalt. BRIEFS a. a. O. bezieht gleichfalls Sozialpolitik und Wohlfahrtspflege auf Gruppen. Die Steuerung der Einzelnot faßt er als Aufgabe der Wohltätigkeit auf, während er das Ziel der Wohlfahrtspflege in der Hebung gesellschaftlicher Gruppen erblickt.

Über die Unterscheidung gesetzliche freie Hilfe als Maßstab der Begriffe Sozialpolitik-Wohlfahrtspolitik, vgl. L. SPINDLER: S. 67. Sie lehnt mit überzeugenden Gründen die von manchen vertretene Auffassung, Wohlfahrtspflege sei eine nicht gesetzliche, sondern der freien Initiative entspringende Tätigkeit ab (so LIESE: S. 1; H. WEBER: S. 2) ab. Zum Unterschied Sozialpolitik und Armenpflege vgl. VAN DER BORGH: S. 7.

Neigungen oder eine gefährliche Lage in bezug auf das Verbrechen keine wesentliche Voraussetzung. Die Verbrechensbekämpfung ist nicht ihr Ziel. Umgekehrt ist für die Kriminalpolitik nicht der Gegensatz der Klassen oder das Vorhandensein einer, gerade das Verbrechen begünstigenden Lage einzelner Klassen wesentlich. Das Verbrechen besteht auch dort, wo ein Klassengegensatz oder Verbrechen fördernde Verhältnisse der Klasse nicht in Betracht kommen.

Auch hinsichtlich des Objektes besteht ein Unterschied. Die Sozialpolitik will Förderung der Klassen und Ausgleich ihrer Gegensätze. Ihr Objekt ist demnach eine menschliche Gemeinschaft. Die Kriminalpolitik beherrscht die Tatsache des Verbrechens. Wie weit auch gesellschaftliche Einflüsse und Verhältnisse das Verbrechen fördern, es bleibt in seinem Kern Sache des Einzelnen, auch wenn die Zahl der Verbrecher eine gewaltige ist. So tritt in dem Verhältnis Sozialpolitik-Kriminalpolitik der Gegensatz Gemeinschaft-Individuum in Erscheinung.

Die Richtung sozialpolitischer und kriminalpolitischer Maßnahmen ist verschieden. Die Klasse ist eine sich als Einheit fühlende Gemeinschaft, in der das Streben nach Hebung, Vorwärtskommen und Machtvermehrung vorhanden ist. Es ist nicht Sinn der Sozialpolitik dieses Streben zu vernichten, sondern unter Anerkennung dieses regelmäßig durchaus gesunden Strebens, in dessen Richtung, wengleich auch unter Umständen hemmend, zu wirken<sup>1</sup>. Umgekehrt bedeutet die kriminalpolitische Maßnahme gerade die Bekämpfung, Vernichtung und Ausschaltung der bereits vorhandenen oder zu erwartenden Strebens nach dem Verbrechen<sup>2</sup>.

Die Wohlfahrtspolitik hat zwar mit Kriminalpolitik gemein, daß sie sich auf den einzelnen bezieht. Sie unterscheidet sich jedoch von der Kriminalpolitik durch ihre Tendenz. Die Wohlfahrtspolitik hat die Tendenz der Hilfe, bei der Kriminalpolitik wiegt die Tendenz der Abwehr vor, wengleich in der Durchführung der Abwehr eine Hilfe in sittlicher, geistiger oder auch wirtschaftlicher Hinsicht enthalten ist.

Die Caritas ist das Gegenstück zur Wohlfahrtspolitik auf nicht-politischem Gebiete. Die Richtung der caritativen Tätigkeit ist die gleiche wie bei der Wohlfahrtspolitik. Sie tritt daher in gleicher Weise in den Gegensatz zur Sozialpolitik und Kriminalpolitik. Hinzu kommt

<sup>1</sup> So führt PHILIPPOVICH: Wirtschaftspolitische Ideen, S. 93 aus: „In den wechselnden und mannigfachen Ordnungen der geschichtlich sich verändernden Gesellschaft jedem Teile, den Gruppen und den Einzelnen Lebenssicherheit und freie Entwicklung auf Grund eigener Kraftentfaltung zu ermöglichen, das wird das Ideal der Sozialpolitik bleiben.“

<sup>2</sup> Zwischen Kriminal- und Sozialpolitik besteht demnach ein qualitativer Unterschied. Zu eng ist die nur einen quantitativen Unterschied sehende Auffassung, es käme für die Unterscheidung darauf an, ob es sich um einen einzelnen Mißstand oder allgemeine Mißstände handle. So offenbar VON HIPPEE: I S. 536.

jedoch noch bei der Caritas, daß sie als unpolitische Tätigkeit weder vom Staat oder der Kommune vorgenommen noch auf den Staat oder die Kommune bezogen wird. Sie ist vom Staate oder der staatsähnlichen Körperschaft losgelöste, ethische, das Gebot der Nächstenliebe verwirklichende Tätigkeit<sup>1</sup>.

Das Wirken der Kirche im Kampf gegen das sittliche Unrecht, dessen Begriff sich freilich mit dem von der staatlichen Gesetzgebung bestimmten Verbrechensbegriff keineswegs deckt, durch Spendung ihrer Heilmittel, durch ihre Lehre, ihre Hirtentätigkeit, ihre Fürsorge, die Gründung von Vereinen und dgl. mehr, ist für die Verbrechensbekämpfung von höchster Bedeutsamkeit. Jedoch ist diese kirchlich-religiöse Tätigkeit keine Kriminalpolitik, da ihr das Merkmal des Politischen fehlt. Sie ist nicht auf den Staat bezogen. Die Verehrung Gottes und die Regelung der Beziehungen von Mensch zu Gott sind Gegenstand des kirchlichen Handelns. Auch dort, wo, wie bei der katholischen Kirche eine starke Organisation vorhanden ist, die staatsähnliche Züge aufweist, tritt die Organisation in den Hintergrund. Das Ziel der inneren Stärkung und Kräftigung dieser Organisation — auch durch die Verbrechensbekämpfung — verleiht, so bedeutsam es auch sein mag, doch nicht dem kirchlichen Handeln das Gepräge. Oberstes und höchstes Ziel ist stets nur Gott. Entsprechendes gilt für die Religionsgesellschaften.

Neben den bisher genannten, in das öffentliche Leben eingreifenden Gebieten, gibt es sich allein im Privatleben äußernde Vorgänge, welche für die Verbrechensbekämpfung von außerordentlicher Bedeutung sind. Es sei namentlich auf das Familienleben hingewiesen, auf die Bestrebungen der Frau etwa, die ihren Mann von dem verbrecherischen Treiben zurückhält. Dergleichen ist keine Kriminalpolitik. Es fehlt sowohl das Politische, wie die Zielrichtung der Verbrechensbekämpfung.

Im Einzelfall ist die Einreihung eines Geschehens in die verschiedenen Tätigkeitsarten nicht einfach. Das gilt in erster Linie bei der Einreihung einer politischen Maßnahme in eines der politischen Teilgebiete. Da nach der hier vertretenen Auffassung nicht das äußere Geschehen, sondern die innere Zielrichtung das Ausschlaggebende ist, so kann ein und dasselbe entweder Gegenstand der Kriminalpolitik oder der Sozialpolitik oder der Wohlfahrtspolitik oder falls unpolitisch der Caritas sein. Es kann aber eine politische Maßnahme auch verschiedenen Gebieten angehören. In zahlreichen Fällen wird eine politische Maßnahme verschiedenen mannigfachen Zwecken zu dienen bestimmt sein. So kann z. B. der Wohnungsbau ebenso wie die Verbrechensbekämpfung als auch

---

<sup>1</sup> Zum Begriff der Caritas vgl. BRIEFS: S. 136; KELLER: Sp. 1172, die Auffassung VON LIESE: S. 2, die den Begriff der Caritas auf die im Gotteswillen geübte Nächstenliebe beschränkt und so zur Unterscheidung von Caritas und Humanität gelangt.

die Hebung einer bestimmten Klasse und den Ausgleich der Klassen-  
gegensätze sowie die Hilfe für die notleidende Bevölkerung bezwecken.  
Es liegt dann eine gemischt politische Tätigkeit vor. Auch die politische  
und nicht politische Tätigkeit sind nicht immer leicht zu unterscheiden,  
und es können namentlich Zweifel obwalten, ob eine Maßnahme ein Akt  
der Kriminalpolitik oder der Caritas bedeutet. Solche Zweifel entstehen  
vor allem dadurch, daß das Subjekt der Kriminalpolitik keineswegs der  
Staat zu sein braucht. Man denke etwa an weite Gebiete der Gefangenener-  
fürsorge. In jedem Einzelfall bedarf es hier einer genauen Prüfung.

Auch im übrigen sind kriminalpolitische und nichtpolitische Tätig-  
keit nicht ohne Zusammenhang. Die nichtpolitische Verbrechens-  
bekämpfung kann in den Rahmen der Kriminalpolitik einbezogen  
werden, so z. B. der Staat fördert das Religionswesen, er begünstigt  
die caritative Tätigkeit oder unterstützt die Familie<sup>1</sup>.

## § 2. Das politische Ermessen.

### Literatur:

ALLEMANN, PAUL: Das richterliche Ermessen. Diss. Freiburg 1919. AUER,  
GEORG: Über die Freiheit des richterlichen Ermessens im Strafgesetzentwurf 1925,  
LZ. 20 Sp. 787 ff., 1926. BENDIX, LUDWIG: Das Problem der Rechtssicherheit.  
Berlin 1914. — Gewisses und ungewisses Recht. Leipzig 1930. BIRKMEYER,  
KARL: Das richterliche Ermessen im deutschen Entwurf verglichen mit dem  
österreichischen. GS. 77 S. 353, 1911. BÜHLER, OTTMAR: Die subjektiven öffent-  
lichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin,  
Stuttgart, Leipzig 1914. BÜLOW, OSKAR: Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.  
DROST, HEINRICH: Das Ermessen des Strafrichters. Berlin 1930. DYROFF, ANTON:  
Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 5. Aufl. Ansbach 1917. FRIEDRICH, KARL:  
Ermessen, Handwb. d. Rechtswiss., hg. von Stier-Somlo und Elster, Bd. 2 S. 337 ff.,  
1927. GRÜNHUT, MAX: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht.  
Tübingen 1926. — Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, Monats-  
schrift, Beiheft 3 S. 1 ff. 1930. HAGEMANN: Die Stellung der Staatsanwaltschaft  
nach den Entwürfen einer Novelle zum GVG. und des Gesetzes über den Rechts-  
gang in Strafsachen. GA. 69 S. 13 ff. HEILBRON, BRIGITTE: Freies pflicht-  
mäßiges Ermessen des Richters. Breslau 1929; dazu FINGER: GS. 98 S. 448.  
HEIMBERGER, JOSEF: Freiheit und Gebundenheit des Richters im weltlichen und  
kirchlichen Strafrecht, Sammlung „Frankfurter Universitätsreden“. Frankfurt  
1928. HOFACKER, WILHELM: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsform.  
Berlin, Stuttgart, Leipzig 1919. JELLINEK, WALTER: Gesetz, Gesetzesanwendung  
und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913. — Arch. öff. R. 27 S. 462 ff.,  
1911. KELSEN, HANS: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.  
VON LAUN, RUDOLF: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig, Wien 1910.  
— Zum Problem des freien Ermessens, Festschrift für Ernst Zittelmann. Mün-  
chen, Leipzig 1913. MANNHEIM, HERMANN: Beiträge zur Lehre von der Revision  
wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Berlin 1925. NEUWIEM,  
ERHARD: Die kommunalen Zweckverbände in Preußen. Liegnitz 1919. OBOR-  
NIKER: Grundprobleme der Strafrechtsform und freies richterliches Ermessen,

<sup>1</sup> Vgl. z. B. GARRAUD: I S. 34.

Justiz II S. 144 ff., 1926/27. OERTMANN, PAUL: Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Rede bei Antritt des Prorektorats. Erlangen 1908. — Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden, Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 18. November 1911. Leipzig, Dresden 1911. — Freies und unfreies Ermessen, DJZ. 17 Sp. 186, 1912. POPITZ, JOHANNES: Rechtsfragen und Ermessensfragen im Schulunterhaltungsrechte, Preuß. Volksschularchiv 15, S. 1, 1916. RITTLER, THEODOR: Gesetztes und ungesetztes Strafrecht, Z. 49 S. 451 ff. 1929. — Freiheit und Gebundenheit des Richters nach dem Schweizerischen Strafgesetzentwurf, Schweiz. Z. f. Str. 46, S. 39 ff. SCHELCHER, WALTER: Justiz und Verwaltung. Leipzig 1919. SCHEUNER, ULRICH: Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, Verw.-Arch. 1928, S. 68 ff. SCHOEN, PAUL: Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren, Verw. Arch. 27, S. 85 ff., 1919. SEUFFERT, LOTHAR: Über richterliches Ermessen, Akademische Festrede. Gießen 1880. STIER-SOMLO: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Festgabe für Laband II S. 443 ff. Tübingen 1908. TETZNER, FRIEDRICH: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Leipzig, Wien 1924. ZITTELMANN, ERNST: Lücken im Recht. Leipzig 1903.

Die Bedeutung der kriminalpolitischen Stellung des Strafrichters richtet sich nach dem Umfang des ihm gewährten freien Ermessens. Soll dieses zum Ausgangspunkt gemacht werden, so bedarf es der Klarheit darüber, was man unter ihm zu verstehen hat. An einer einheitlichen Auffassung fehlt es. Die grundlegenden Werke von STIER-SOMLO<sup>1</sup>, von LAUN<sup>2</sup>, W. JELLINEK<sup>3</sup> und BÜHLER<sup>4</sup> vor etwa zwei Jahrzehnten haben das Problem nicht zur Ruhe kommen lassen. Gerade in neuerer Zeit hat sich die Literatur in großem Umfang wieder mit der Frage des freien Ermessens befaßt. Von strafrechtlicher Seite kommen vor allem die Werke von MANNHEIM<sup>5</sup> und DROST<sup>6</sup> in Betracht. Wenn es im Rahmen dieser Abhandlung auch nicht am Platze ist, die verschiedenen Auffassungen in ihren Einzelheiten darzustellen, so erscheint es doch erforderlich, die Hauptrichtungen zu skizzieren und die eigene Stellungnahme darzutun, um so eine feste Grundlage für die weitere Darstellung zu gewinnen.

Bei aller Verschiedenheit der Auffassungen kann als allgemein anerkannt die Erkenntnis gelten, daß das freie Ermessen ein Akt individueller Beurteilung zur Herbeiführung einer von mehreren als gleichwertig hinzunehmenden Entscheidungen ist<sup>7</sup>. Für die Auswahl der

<sup>1</sup> STIER-SOMLO: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Festschr. f. LABAND II, 1908.

<sup>2</sup> VON LAUN: Das freie Ermessen und seine Grenzen 1910.

<sup>3</sup> JELLINEK, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913.

<sup>4</sup> BÜHLER: Die subjektiv-öffentlichen Rechte 1914.

<sup>5</sup> MANNHEIM: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren 1925.

<sup>6</sup> DROST: Das Ermessen des Strafrichters 1930.

<sup>7</sup> Ob die verschiedenen Entscheidungen der Idee nach tatsächlich gleichwertig sind oder nur eine Entscheidung rechtlich vollwertig, die verschiedenen Entschei-

Entscheidung ist die individuelle Beurteilung von der Rechtsordnung mit Erheblichkeit ausgestattet. Mit diesen Erklärungen ist freilich das Ermessensproblem noch nicht erschöpft. Es fehlt sowohl eine Angabe über den Gegenstand der Beurteilung als auch über die Bedeutung der auf ihr beruhenden Entscheidung. Gegenstand der Beurteilung können Vorgänge, Geschehnisse, in der Vergangenheit liegende Tatsachen oder aber erst geplante Verwirklichungen, in der Zukunft liegende Handlungen sein.

Die Beurteilung der der Vergangenheit angehörenden Tatsachen kann zunächst erfolgen, um sich aus den Tatsachen heraus ein Bild von den wirklichen Vorgängen zu machen. Die Beurteilung dient hier dazu, um den Sachverhalt festzustellen. Sie begründet die Überzeugung der Behörde von dem Hergang und Umfang des Geschehnisses. Auf einem derartigen Beurteilungsakt beruht die richterliche Überzeugung oder die richterliche Schätzung<sup>1</sup>. Die Beurteilung hält sich hier im Rahmen der Tatsachenfeststellung.

Liegen die Tatsachen fest, so kann ihre Beurteilung erfolgen, um den Vorgang als solchen zu charakterisieren und ihn durch einen der Rechtsordnung entnommenen Begriff zu kennzeichnen. Die Beurteilung des Vorgangs kann aber auch geschehen, um von ihm aus zu einer Charakterisierung der Persönlichkeit des Handelnden zu gelangen und diese durch einen rechtlich erheblichen Eigenschaftsbegriff, wie z. B. gefährlich, zu bezeichnen. In beiden Fällen ist Ziel der Beurteilung die Einreihung der Tatsachen unter einen Rechtsbegriff zur Erlangung des anzuwendenden Rechtssatzes. Anlaß zu einer derartigen Beurteilungsweise gibt das Gesetz durch die Verwendung unbestimmter Begriffe, von denen vorwiegend die Wertbegriffe, erst in zweiter Linie die Seinsbegriffe<sup>2</sup> in diesem Zusammenhang Bedeutung haben.

Die Beurteilung eines Vorgangs kann endlich zum Zwecke der Kritik geschehen. Es handelt sich dabei um die Bestimmung des Gewichts und der Bedeutung des Vorgangs unter einem bestimmten Gesichtspunkt. Aufgabe einer Behörde kann aber nicht die bloße Kritik sein, vielmehr muß sie innerhalb des Aufgabenkreises der Behörde irgendwie verwertet werden. Entweder soll die Kritik zur Charakterisierung des Vorgangs und seiner Einreihung unter einen Gesetzesbegriff führen, oder sie soll

---

dungen aber mangels Feststellungsmöglichkeit der vollwertigen Entscheidung als gleichwertig hingenommen werden müssen, ist nicht unbestritten. Der Idee nach sehen nur eine Entscheidungsmöglichkeit als vollwertig an: KÖRNER: Z. Verw. (Österreich) 1923 S. 28 ff., 122 ff.; FINGER: GS. 98 S. 451, anders jedoch die überwiegende Meinung.

<sup>1</sup> JELLINEK, W.: Gesetz S. 191 f. spricht von der Schadensberechnung als einer Frage des Augenmaßes.

<sup>2</sup> Vgl. über Wert- und Seinsbegriffe DROST: S. 20 ff.

als Grundlage für die Anknüpfung oder Begründung gewisser Folgen dienen. Im ersten Fall handelt es sich um einen Fall der Tatsacheneinreihung, der zu der im vorigen Absatz behandelten Tätigkeit gehört. Im zweiten Fall stellt die Kritik schon einen Akt dar, der zu dem Schaffensvorgang führt, den die Behörde vorzunehmen gedenkt. Sie ist ein Teil dieses Schaffensvorgangs. Sie ist erforderlich, um die vorzunehmende Verwirklichung zutreffend werten zu können. Sie kann daher dem Beurteilungskreis der nunmehr zu behandelnden zweiten Gruppe zugerechnet werden.

Den Gegensatz der drei Beurteilungsmöglichkeiten hinsichtlich geschehener Vorgänge kann man dahin zusammenfassen, daß im ersten Fall die Beurteilung auf der Feststellung des Seins, im zweiten Fall auf die Festlegung der rechtlichen Bedeutung und im dritten Fall auf die Bestimmung des tatsächlichen Gewichts des Vorgangs für den im Einzelfall zur Rede stehenden Gesichtspunkt abzielt.

Die Beurteilung eines erst geplanten Vorgangs hat seine Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit, seinen Wert oder Unwert zum Gegenstand. Sie erfolgt, damit die nach Ansicht der Behörde beste der möglichen Handlungen verwirklicht wird. Sie kann verschiedenen Umfang annehmen, je nachdem ob sie sich lediglich auf die Art und Weise, die Ausgestaltung der Handlung oder aber auch auf ihren Zweck bezieht. Dem Gegenstand nach sind die zu beurteilenden Verwirklichungen zu scheiden in solche, die einen selbständigen Charakter aufweisen, um ihrer selbst willen geschehen und einen gewissen Abschluß bilden, und in solche, die keinen selbständigen Charakter haben, um eines anderen festliegenden Zieles willen geschehen und nur einen Hilfsvorgang bedeuten. Zu dieser zweiten Gruppe von Handlungen gehören die prozeßführenden Maßnahmen, wie z. B. Umfang und Reihenfolge in der Zeugenvernehmung, die Beeidigung der Zeugen nach § 66 III StPO. Hier wird die richterliche Beurteilung beherrscht durch das Ziel, die Tatsachen festzustellen, so daß sie als zum Gebiet der Tatsachenfeststellung gehörig erachtet werden kann. Wo sich die Beurteilung auf Verwirklichungen abschließenden Charakters bezieht, gehört sie dem Gebiete der Tatsachenschaffung an.

Von den im vorstehenden geschilderten Beurteilungsmöglichkeiten scheidet als freies Ermessen diejenige Beurteilung aus, die aus gegebenen Tatsachen den gesamten Vorgang festzustellen unternimmt. Um freies Ermessen handelt es sich hier nicht, weil nur ein Ergebnis hinnehmbar ist. Jede Feststellung, die mit dem nicht übereinstimmt, was tatsächlich war, ist fehlerhaft. Insoweit herrscht Einigkeit.

Im übrigen lassen sich jedoch zwei Hauptgruppen unterscheiden: nach der einen Ansicht ist freies Ermessen nur dort gegeben, wo sich

die Beurteilung auf eine geplante Verwirklichung bezieht<sup>1</sup> (zu eng als Ermessen in der Rechtsfolge<sup>2</sup> bezeichnet), nach der anderen Ansicht umfaßt der Begriff auch diejenige Beurteilung, die die Einreihung eines geschehenen Sachverhaltes unter das Gesetz erstrebt (Tatbestands-ermessen)<sup>3</sup>. Nicht im Zusammenhang mit dem Umfang des Ermessens steht die Theorie, die das Ermessensproblem als Auslegungsproblem<sup>4</sup> ansieht. Diese Meinung bezieht sich nicht darauf, was das Ermessen ist, sondern als was für eine Erscheinungsform es zu erklären ist.

Die Auffassung, die das freie Ermessen auf das Handeln beschränkt, geht davon aus, daß in Wahrheit nur beim Ermessen in der Rechtsfolge eine Mehrheit von gleichwertigen Entscheidungen zur Verfügung stehe, während bei der Beurteilung eines Sachverhaltes zum Zwecke der Subsumtion unter einen gesetzlichen Tatbestand nur ein Ergebnis richtig sein könne, das Ergebnis durch das Gesetz festgelegt sei<sup>5</sup>. Aber gerade hier können in erheblichem Maß die Bedenken einsetzen. Sie ergeben sich aus der Verwendung der unbestimmten Begriffe im Gesetz. Es fehlt ihnen ein eindeutig im Wege der Logik feststellbarer Inhalt. Das gilt nicht nur von den Wertbegriffen, sondern auch von den Seinsbegriffen. Bei beiden Arten von Begriffen kann die Möglichkeit einer allgemeingültigen Auslegung fehlen. Es besteht die Möglichkeit, daß man bei der Auslegung derartiger Begriffe an eine Grenze stößt, hinter der es keine andere Entscheidung mehr gibt, als die individuelle Beurteilung<sup>6</sup>. Infolgedessen kann die Beurteilung eines Sachverhaltes im Hinblick auf den unbestimmten Begriff unter Umständen zu verschiedenen Ergebnissen führen. Es steht dann Ansicht gegen Ansicht, ohne daß die Fehlerhaftigkeit einer von ihnen aufzudecken ist oder auch überhaupt nur bestehen muß. Das Gesetz deckt unter Umständen verschiedene Ansichten. Die Ansicht, daß wenigstens der Idee nach nur ein Ergebnis richtig sei, gibt keine praktisch verwertbare Lösung<sup>7</sup>. Da eine objektive

---

<sup>1</sup> So namentlich VON LAUN: S. 62; W. JELLINEK: Gesetz S. 89; vgl. auch V. R. S. 32; BÜHLER: S. 26, 34; FINGER: GS. 98 S. 451; FLEINER: S. 142; FRIEDRICH: Ermessen S. 337; HEILBRON: S. 26; vgl. auch TEZNER: S. 17 ff.; ebenso auch wohl NEUWIEM: S. 84.

<sup>2</sup> Vgl. HEILBRON: S. 16 ff. Es handelt sich jedoch nicht nur um die Begründung rechtlicher Folgen, sondern um die Schaffung von Tatsachen schlechthin.

<sup>3</sup> So namentlich STIER-SOMLO: a. a. O. S. 466 ff.; HEIMBERGER: Freiheit und Gebundenheit S. 19, vgl. auch MANNHEIM: S. 148 ff., 150. In gleicher Richtung liegen auch wohl die Ausführungen von DROST: S. 20 ff., 38 ff., der jedoch zum Begriff des freien Ermessens keine abschließende Stellung nimmt.

<sup>4</sup> SCHEUNER: S. 83, vgl. auch S. 84 Anm. 30, ferner MANNHEIM: S. 148. Dieselbe Grundanschauung kommt auch bei HEIN: Identität der Partei zum Ausdruck, S. 290 Anm. 16.

<sup>5</sup> JELLINEK, W.: V. R. S. 30, 39, VON LAUN: S. 50.

<sup>6</sup> Vgl. namentlich DROST: S. 20 ff. <sup>7</sup> VON LAUN: S. 59.

Feststellung, welches Ergebnis das richtige ist, — wenn es überhaupt eine solche gibt! — nicht möglich ist, können die verschiedenen Ergebnisse rechtlich nur als gleichwertig erachtet werden. Die Einheit und Sicherheit des Rechts sichert erst wenigstens im gewissen Umfang das übergeordnete oberste Gericht. Wo es mehrere höhere nebengeordnete Gerichte gibt, läßt sich die Einheit vielfach überhaupt nicht gewinnen. Es ist hier nicht der Platz, diesen Gedanken im einzelnen nachzugehen, da sie weder auf die Begriffsbestimmung des freien Ermessens von entscheidender Bedeutung sind, noch gerade im Rahmen dieser Arbeit von besonderer Wichtigkeit sind, wo es sich um den Zusammenhang der politischen Betätigung und des freien Ermessens handelt, ein solcher Zusammenhang aber nur insoweit bestehen kann, als das freie Ermessen sich auf die zu schaffenden Folgen bezieht. Hinsichtlich der grundsätzlichen Einzelheiten kann auf die außerordentlich beachtlichen Ausführungen von DROST verwiesen werden<sup>1</sup>.

Selbst wer Zweifel an der Richtigkeit der Auffassung trägt, daß eine Gleichwertigkeit des Ergebnisses nur dort vorkommen kann, wo ein Handeln zur Rede steht, wird den Begriff des freien Ermessens gleichfalls auf das Gebiet des Handelns beschränken können. Wenn auch dort, wo mehrere Entscheidungsmöglichkeiten in Betracht kommen, stets die individuelle Beurteilung den Ausschlag für das Ergebnis gibt, bestehen doch erhebliche Unterschiede in dem Grad der Mitwirkung des handelnden Organs an der Entstehung des Ergebnisses. Soweit es sich um die Beurteilung einer geschehenen Tatsache im Hinblick auf das Gesetz handelt, bedient sich das Organ nur des Inhalts des Gesetzes. Das Gesetz selbst ist zwar mehrdeutig, aber es umfaßt inhaltlich das vom Organ herbeigeführte Ergebnis. Wie die Entscheidung auch ausfällt, immer ist es das Gesetz, auf dem sie beruht. Das Organ spricht nur in der Sprache des Gesetzes. Das Organ tut nur kund, was seiner Ansicht nach das Gesetz erklärt. Nicht was es für gerecht, angemessen und zweckmäßig hält, was seiner unmittelbar aus dem Inneren gewonnenen Überzeugung entspringt, sondern das, was seiner rechtlich gebildeten Überzeugung, seiner Rechtsüberzeugung, entspricht, ist maßgeblich. Es besteht Bindung an das (zwar unter Umständen mehrdeutige) Gesetz<sup>2</sup>. Anders dort, wo das Gesetz das Handeln dem Organ freistellt. Hier enthält das Gesetz nur die Ermächtigung zum Handeln. Darüber hinaus aber schweigt es. Hier spricht das Organ eine eigene Sprache. Es wiederholt nicht etwas, was schon im Gesetze irgendwie enthalten ist. Es schafft hier etwas Selbständiges. Es besteht hier Freiheit vom

<sup>1</sup> DROST: S. 20 ff. Vgl. auch OERTMANN: DJZ. 17, Sp. 188, GRÜNHUT: Unabhängigkeit S. 10.

<sup>2</sup> Vgl. zum Vorstehenden STIER-SOMLO: a. a. O. S. 466 ff., 492 ff.; HEILBRON: S. 20 ff.; OERTMANN: Staatsbürgerliche Freiheit S. 14 ff.

Gesetzesinhalt<sup>1</sup>. Freilich will eine neuere Richtung<sup>2</sup> das freie Ermessen schlechthin nur als ein Auslegungsproblem aufgefaßt wissen. So stellt SCHEUNER<sup>3</sup> den Ermessensbegriff dahin fest: „Ermessen<sup>4</sup> liegt vor, soweit aus dem Gesetz für einen Vollzugsakt kein anderer Maßstab sich ergibt als der Zweck, unter dem der Staat das Lebensgebiet geregelt hat, das die Norm behandelt“. Dem schließt er den Satz an: „Das Ermessen ist also Auslegungsproblem, Schwierigkeit, den Inhalt des Gesetzes zu ermitteln.“ Der Begriff der Auslegung setzt voraus, daß das Gesetz entschieden hat. Mithin muß im Sinne dieser Ansicht das Gesetz dort, wo Ermessen waltet, bereits entschieden haben. Diese Auffassung entbehrt der Einfachheit und Natürlichkeit. Sie läßt das Gesetz etwas sagen, was niemand finden kann, sie läßt das Gesetz etwas regeln, was es gar nicht regeln kann. Der Gesetzgeber kann die Vielgestaltigkeit des Lebens nicht von vornherein übersehen, er kann nicht alle Möglichkeiten und Entwicklungen erschöpfend erfassen. Wie soll er eine Entscheidung treffen, die sich nur nach der Lage der Umstände richten kann? Wie soll er den Weg deuten, wo es sich abstrakt nicht sagen läßt, welcher Weg der beste ist? Möglich auch, daß objektiv ein richtiger Weg nicht auffindbar ist oder das mehrere gleichwertige Wege vorhanden sind. Das ist oft Ansichtssache. Es ist daher nur ein Gebot der Klugheit des Gesetzgebers von einer Regelung, die er einwandfrei nicht geben kann, abzusehen, zu schweigen und das Organ zum eigenen, selbständigen Handeln, zum Handeln nach seinem Dafürhalten zu ermächtigen. Dabei können sich aus dem Gesetze durch die Bestimmung näherer Zwecke gewisse Richtlinien für das Handeln ergeben. Damit ist nur die Richtung, die das Organ einzuschlagen hat, angedeutet. Über das Wie ist auch in diesem Fall noch nichts gesagt. Die Konstruktion des Ermessens allgemein als eines Auslegungsvorgangs wird den Tatsachen nicht gerecht. Es bedarf ihrer nicht. Auch der Rechtsstaatsgedanke erfordert sie nicht. Er verlangt nicht, daß alles unmittelbar gesetzlich geregelt ist, sondern nur, daß alles innerhalb des Rahmens des Gesetzes, wenn auch nur auf Grund einer Ermächtigung, geschieht<sup>5</sup>. Das freie Ermessen kann als Auslegungsvorgang nur insoweit in Betracht kommen, als es sich darum handelt, Vorgänge den Gesetzesbegriffen zu unterstellen.

Gibt sowohl bei der Einreihung eines Vorgangs unter einen be-

<sup>1</sup> JELLINEK, W.: V. R. S. 30; MERKL: S. 152; FLEINER: S. 142; HOFACKER: S. 186.

<sup>2</sup> Nachweise s. S. 22, Anm. 4.      <sup>3</sup> SCHEUNER: S. 83.

<sup>4</sup> Ermessen wird von SCHEUNER auch im Sinn von freiem Ermessen gebraucht.

<sup>5</sup> Vgl. etwa W. JELLINEK: V. R. S. 88 ff. Unzutreffend ist die Ansicht von OERTMANN: Staatsbürgerliche Freiheit S. 28, daß, soweit das freie Ermessen rage, die Ausgestaltung des Rechtsstaates nicht nur nicht vollzogen, sondern auch undurchführbar sei.

stimmten Begriff, als auch bei der Verwirklichung einer neuen Tatsache, soweit ein mehrfaches Ergebnis überhaupt in Rede steht, die individuelle Beurteilung den Ausschlag, so haben sich doch zwischen den Beurteilungsvorgängen in beiden Fällen erhebliche Unterschiede ergeben. Einmal zielt die Beurteilung lediglich auf Rechtsanwendung, das andere Mal stellt sie ein über den Gesetzesinhalt hinausgehende Auswertung einer gesetzlichen Ermächtigung dar. Die Funktion, die die Beurteilung auszuüben hat, ist in beiden Fällen eine verschiedene. Um diese Verschiedenheiten klar zutage treten zu lassen, empfiehlt sich eine begriffliche Trennung der Beurteilungsvorgänge. Die von VON LAUN<sup>1</sup>gegebene Unterscheidung zwischen gebundenem und freiem Ermessen erscheint trotz zahlreicher Abweichungen zu der Darstellung VON LAUNS insoweit jedenfalls verwertbar. Die Scheidung in verschiedene Arten von Ermessen wird zwar vielfach nicht anerkannt<sup>2</sup>.

Ist nunmehr als Beurteilungsgegenstand des freien Ermessens eine von der Behörde geplante Verwirklichung festgelegt, so bleibt noch die nähere Umgrenzung des Gegenstandes offen. Ist jede von der Rechtsordnung mit Erheblichkeit ausgestattete Beurteilung einer Verwirklichung „freies Ermessen“ oder ist sie es nur unter näher bestimmten Voraussetzungen? Es ist nicht unbestritten, ob man von freiem Ermessen nur dann sprechen kann, wenn sich die Beurteilung auf die Zweckwahl bezieht, oder auch dann, wenn sie lediglich auf die Wahl der Mittel gerichtet ist. VON LAUN<sup>3</sup> und NAWIASKY<sup>4</sup> beschränken das Ermessen auf die Zweckwahl. Für eine solche Einschränkung fehlt es aber sowohl an einem inneren Grunde als auch an einem praktischen Bedürfnis. Die Fälle, in denen Zweckwahl gegeben ist, und die, in denen der Behörde nur die Wahl des Mittels zur Verfügung steht, zeichnen sich nur durch einen verschiedenen Grad der Ermessensfreiheit aus. Hier besteht ein qualitativer Unterschied nicht. Die Trennung nach Zweckwahl und

<sup>1</sup> VON LAUN: S. 50, ferner scheiden NAWIASKY: S. 395; OERTMANN: Staatsbürgerliche Freiheit S. 15 f. „gebundenes“ und „freies“ Ermessen. DROST unterscheidet zwischen „freiem“ und „richterlichem“ Ermessen. Vgl. etwa S. 43, 51.

<sup>2</sup> Ausdrücklich gegen die Unterscheidung von „freiem“ und „gebundenem“ Ermessen MERKL: S. 153; FLEINER: S. 142 setzt ausdrücklich „freies Ermessen“ und „Ermessen“ gleich. Auch FRIEDRICHS: S. 337 und SCHEUNER: S. 83 verzichten auf das Beiwort „freies“. Die Verwertung des Begriffes „Ermessen“ schlechthin beruht auf der Auffassung, daß zwischen „gebundenem Ermessen“ und „freiem Ermessen“ nur ein quantitativer Unterschied bestehe (so auch KELSEN: A. St. L. S. 243; HERRNRITT: S. 297; SCHEUNER: S. 81. Weitere Literaturangaben bei DROST: S. 43, Anm. 106). Auf der anderen Seite wird auch unter „freiem Ermessen“ jede Ermessensbetätigung verstanden: so z. B. STIER-SOMLO: a. a. O. S. 443 ff., der dann aber zwischen „freiem richterlichen Ermessen“ und „freiem Ermessen der Verwaltungsbehörde“ unterscheidet.

<sup>3</sup> VON LAUN: S. 62.    <sup>4</sup> NAWIASKY: S. 395.

Wahl der Mittel führt zu einer Zerreißung einheitlicher Vorgänge und zu einer Trennung gleichgerichteter Beurteilungsvorgnge<sup>1</sup>.

Eine andere Frage ist es, ob man diejenigen Handlungen, die nur auf eine unselbständige Verwirklichung gerichtet sind, als Gegenstand freien Ermessens behandeln oder aus seinem Bereiche ausschließen soll. Wie schon dargelegt, kommen hier Verwirklichungen in Betracht, die der Tatsachenfeststellung dienen. Der Beurteilungsvorgang ist seinem Wesen nach kein anderer, als wenn die Handlung auf dem Gebiete der Tatsachenverwirklichung lge. Immerhin aber ist das Ziel der Handlungen ein solch verschiedenes, der Kreis der der Tatsachenfeststellung unterstehenden Maßnahmen ein derart abgeschlossener, daß es gerechtfertigt erscheint, die Handlungen, die auf keine selbständige Verwirklichung gerichtet sind, aus dem Gebiete des freien Ermessens auszuschließen, um auf die Weise das freie Ermessen als eine Form staatlicher Organtätigkeit innerhalb eines bestimmten staatlichen Aufgabenkreises, der Verwirklichung neuer selbständiger Tatsachen, zu kennzeichnen. Freilich handelt es sich bei dieser Abgrenzung nur um eine Frage der Zweckmäßigkeit<sup>2</sup>.

Zusammenfassend läßt sich das *freie Ermessen* bezeichnen als *die individuelle, von der Rechtsordnung mit Erheblichkeit ausgestattete Beurteilung über den Wert oder Unwert einer Verwirklichung oder Nichtverwirklichung oder der Art der Verwirklichung*. Das freie Ermessen ist ein Vorgang, der auf dem Gebiet der Tatsachenschaffung liegt<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Die Einschränkung des freien Ermessens auf die Zweckwahl wird vorwiegend abgelehnt. Vgl. zur VON LAUNschen Begriffsbestimmung: W. JELLINEK: Arch. d. ffentl. Rechts 27 S.464; ferner zur Frage: W. JELLINEK: V. R. S. 35, Gesetz S. 87; BÜHLER: S. 25 Anm. I; FRIEDRICHs: S. 337.

<sup>2</sup> Wie hier: BÜHLER: S. 26 Anm. 44; andere Ansicht HERRNRITT: S. 291 Anm. I; W. JELLINEK: Gesetz S. 191 f.; HEILBRON: S. 25.

<sup>3</sup> Die hier vertretene Auffassung über das freie Ermessen steht sachlich am nächsten der Definition Bhlers. BÜHLER: S. 34 versteht unter freiem Ermessen: „Die Freiheit bei der Bildung eines Werturteils über eine geplante Maßnahme und die Möglichkeit, nach diesem Werturteil dann die Entscheidung zu treffen.“ Den im letzten Satzteil enthaltenen Gedanken bringt die oben gegebene Definition in den Worten: „Von der Rechtsordnung mit Erheblichkeit ausgestattet“ zum Ausdruck. Die obige Definition berührt sich auch mit der von W. JELLINEK: Gesetz S. 88 gegebenen Begriffsbestimmung, nach der das freie Ermessen (in erster Linie) die vom Recht mit Maßgeblichkeit ausgestattete, fehlerfrei zustande gekommene, individuelle Anschauung über den Wert oder Unwert einer Verwirklichung“. Diese abgekürzte Definition verdient den Vorzug vor der unmittelbar vorhergegebenen Definition (vgl. auch V.R. S. 32), in der W. JELLINEK das freie Ermessen als die vom Gesetze für maßgeblich erklärte, fehlerfrei zustande gekommene individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs innerhalb seiner beiden äußersten Grenzen, insbesondere die individuelle Auffassung über den Wert einer Verwirklichung bezeichnet. Die in dieser Definition gebrauchten Worte „Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs“ könnten zu der Auffassung verleiten, als wollte W. JEL-

Das freie Ermessen bildet die Grundlage jeder schöpferischen Tätigkeit des staatlichen Organs<sup>1</sup>. Als hervorragende schöpferische Tätigkeit kommt die politische Tätigkeit in Betracht. Sie ist aber nur eine der schöpferischen staatlichen Tätigkeiten, die auf freiem Ermessen beruht. Es bleibt die Frage, ob der politischen Tätigkeit ein besonders gearteter Beurteilungsvorgang entspricht, ob aus dem freien Ermessen sich ein engerer Ermessenskreis: das politische Ermessen herauschälen läßt.

Die Lösung läßt sich aus einer kurzen Zusammenfassung der bei der Begriffsbestimmung der Politik gegebenen Ausführungen zum Gegensatz des politischen und nichtpolitischen Handelns gewinnen.

Das Wesen des politischen Handelns ist darin gesehen worden (S. 10), daß es den bewegenden, wandelnden und sich entwickelnden Staat zum Gegenstand hat. Schöpferische Tätigkeit kann aber auch den ruhenden Staat, den Staat als bestehende Ordnung, den Staat als Träger ruhender, absoluter Prinzipien — etwa den Staat als Träger der Gerechtigkeit — betreffen. Wenn das Organ nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit das Ziel seines Handelns setzt und nach derartigen Grundsätzen die nähere Ausgestaltung bestimmt, kann nach der Darstellung über das Wesen der Politik keine politische Handlung vorliegen.

Freilich soll auch der sich bewegende und entwickelnde Staat unter absoluten Prinzipien fortschreiten. In einem so gearteten Fortschreiten findet die Verbindung des ruhenden und sich bewegenden Staates ihren Ausdruck. Grundlagen des Fortschrittes bilden die fortdauernd geltenden, die zum Wesen des Staates oder seiner Ordnung gehörenden, den ruhenden Staat darstellenden Ideen. Die Bewegung selbst aber vollzieht sich nach anderen meist relativen Gesichtspunkten. Als bedeutsamster kommt der Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit in Betracht. Dieser be-

---

LINEK das Ermessensproblem als Frage der Auslegung charakterisieren. Dieser von HEILBRON S. 18 Anm. 16 tatsächlich gezogene Schluß würde aber irrig sein. Denn da W. JELLINEK das Wesen der Ermessensfreiheit als Freiheit vom Gesetzesinhalt bezeichnet, die Auslegung aber gerade Feststellung des Gesetzesinhalts ist, kann es sich bei der Ermessensfreiheit, wie sie W. JELLINEK auffaßt, nicht um ein Auslegungsproblem handeln. Er scheidet überdies die Auslegungsfreiheit ausdrücklich aus dem Rahmen des freien Ermessens aus. Vgl. ferner FLEINER: S. 142.

<sup>1</sup> Nicht jede auf freiem Ermessen beruhende Handlung braucht den Charakter des Schöpferischen aufzuweisen. Besteht etwa eine Verordnung, die Polizei habe dafür zu sorgen, daß alle kranken Tiere zu töten seien, ohne daß die Art der Tötung vorgeschrieben ist, und ordnet die Polizei eine bestimmte Art der Tötung an, so wird man zwar von Betätigung freien Ermessens sprechen können, nicht aber von einer schöpferischen Tätigkeit, da sowohl das Handeln als auch das Ergebnis des Handelns bereits festgelegt war, und nur die Art der Durchführung noch offenstand, der eine selbständige Bedeutung nicht zukam.

herrscht die Fortbewegung im weitesten Umfang<sup>1</sup>. Er konnte für die politische Tätigkeit sogar als wesentlich bezeichnet werden (S. 10).

Aber auch nicht jede sich auf den dynamischen Staat beziehende Tätigkeit stellt politische Tätigkeit dar. Vielmehr ergab sich hier eine Unterscheidung nach der Bedeutung der Maßnahmen (S. 10). Das täglich fort und fort fließende Leben der Gemeinschaft verlangt nach einer fortdauernden Regelung und Anordnung, ohne daß gerade dadurch der Bestand, die Dauer und Sicherheit des Staats gewährleistet werden sollte und gewährleistet wird. Diese Tätigkeit, die als Tätigkeit des Alltags bezeichnet werden kann, ist keine politische Tätigkeit. Qualitativ kommt sie ihr regelmäßig gleich. Auch der Schutzmann, der den Verkehr regelt, handelt nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit, er handelt aber nicht politisch, da sein Handeln nicht auf die Macht der organisierten Gemeinschaft abzielt.

Das Ermessen, das bei politischer Tätigkeit ausgeübt wird, weist folgende typische Züge auf:

1. Es beruht auf Erwägungen der Zweckmäßigkeit (Gegensatz: Dynamik und Statik).

2. Die Zweckmäßigkeitserwägungen beziehen sich auf die Machterhaltung, Machtentfaltung oder Machtbegründung der Gemeinschaft, für die das Organ tätig ist (Gegensatz: Machtordnung — Verwaltungsordnung).

Soll der Begriff des *freien* Ermessens im Sinn von *politischem* Ermessen gebraucht werden, so kann es angesehen werden als die *individuelle, von der Rechtsordnung mit Erheblichkeit ausgestattete Beurteilung über den Wert oder Unwert eines schöpferischen Handelns oder Nichthandelns oder der Art des Handelns unter dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit für das Ansehen, die Macht oder die Stärke der Gemeinschaft.*

---

<sup>1</sup> Aber nicht nur: etwa eine Baugenehmigung wird nicht erteilt, da das geplante Gebäude verunstaltend wirkt. Das geschieht nicht auf Grund von Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern auf Erwägungen des Geschmacks oder der Schönheit.

## Zweiter Abschnitt.

# Die Bestimmung der Strafrechtsfolgen.

### L i t e r a t u r :

ALSBERG, MAX: Preistreibereistrafrecht. Leipzig 1922. ASCHROTT, PAUL FELIX: Strafsystem und Gefängniswesen in England. Berlin, Leipzig 1887. — Strafen, sichernde Maßnahmen, Schadenersatz in Aschrott-Liszt Reform I. Bd. S. 67 ff. 1910. — Die mildernden Umstände und die besonders leichten Fälle im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. — Ein Beitrag zur Lehre der Strafzumessung, Z. 32 S. 134 ff. 1911. BAER, F.: Der Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 23. Juli 1918. Das Strafmaß, Schweiz. JZ. 15. Jahrg. S. 269 ff. 1919. BAMBERGER, GEORG: Zur Einschränkung der Gefängnisstrafe, DRZ. 9 Sp. 277 ff. 1917. — Geldstrafe statt Gefängnis. Stuttgart 1917. BAUMGARTEN, ARTHUR: Das Wesen der Strafrechtswissenschaft, Schweiz. Z. f. Str. Bd. 44 S. 22 ff. 1925. BELING, ERNST: Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht. Leipzig 1908. — Unschuld, Schuld und Schuldstufen. Leipzig 1910. — Der amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, GS. Bd. 91 S. 348 1925. — Zur Allgemeinwürdigung des StGB.-Entwurfs von 1925 LZ. 1926 Sp. 1163 ff. BIERLING, ERNST RUDOLF: Juristische Prinzipienlehre. Tübingen 1905. BOHNE, GOTTHOLD: Die Freiheitsstrafe in den italienischen Stadtrechten, 2 Tle. Leipzig 1922/25. — Psychoanalyse im Strafrecht, Z. 47 S. 439 ff. 1926. BONDY, CURT: Zur Frage der Erziehbarkeit, Z. 48 S. 329 ff. 1927. — Arbeitshaus und Bewahrungsanstalt Z. 50 S. 524 ff. 1929. BRANDT, ARTHUR: Mängel der Strafzumessung, JW. 54. Jahrg. S. 2719. 1925. BUERSCHAPER, HANS, Soziale Strafrechtspflege, Leipzig 1929. BUMKE, ERWIN: Wandlung der Strafe, Monatsschrift 17 S. 359. 1926. VAN CALKER, FRITZ: Die Bestimmung der Strafart nach der Gesinnung, aus welcher die Handlung entsprungen ist (§ 20 StGB.), vgl. Darst., Allg. Tl. Bd. 3 S. 173 ff. Berlin 1908. COENDERS, ALBERT: Richtlinien aus den Lehren Feuerbachs für die moderne Strafrechtsform. Tübingen 1914. — Zur Schuldlehre, insbesondere vom bedingten Vorsatz, GS. 87 S. 296 ff. 1920. — Zum neuen Strafgesetz in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Berlin, Leipzig 1929. S. 260 ff. CHRZESCINSKI: Schwankende Begriffe, DJZ. 29. Jahrg. S. 773 ff. 1924. DANIEL, GERHARD: Gefährlichkeit und Strafmaß im Sinne der positiven Kriminalistenschule. Leipzig 1927. DELAQUIS, ERNST: Welche Maßnahmen sind gegen erwachsene gefährliche Anormale (Zurückgebliebene, geistig Minderwertige) angebracht? Z. 46 S. 98 ff. 1926. GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER: Der innere Konnex von Freiheits- und Ehrenstrafen, Monatsschrift Bd. 17 S. 352 ff., 1926. DUCAS, GEORG B.: Verbrechen und Strafe, Z. 49 S. 31 ff. 1929. EHLERT, FRIEDRICH: Der Zweck der Strafgesetze. Kassel 1915. ELSTER, ALEXANDER: Sozialbiologische Bemerkungen zum Strafgesetzentwurf 1925, Z. 46 S. 65 ff. 1926. EXNER, FRANZ: Theorie der Sicherungsmittel. Berlin 1914. — Die bessernden und sichernden Maßregeln im deutschen Entwurf 1919 unter Mitberücksichtigung des schweizerischen Entwurfs von 1918, Schweiz. Z. f. Str. 34 S. 183 ff. 1921.

— Gesellschaftliche und staatliche Strafjustiz, Z. 40 S. 1 ff. 1919. — Gerechtigkeit und Richteramt, Zwei akademische Antrittsreden. Leipzig 1922. — Die psychologische Einteilung der Verbrecher, Schweiz. Z. f. Str. 38, S. 1 ff. 1925. — Zur Praxis der Strafzumessung, Monatsschrift 17 S. 365 ff. 1926. — Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte. Leipzig 1931. FEISENBERGER, A.: Das Verhältnis der mildernden Umstände zu den besonders leichten und besonders schweren Fällen, Z. 31 S. 948 ff. 1911. — Strafzwecke und Verbrechensbekämpfung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Z. 31 S. 1 ff. 1911. FEISLER, OSWALD: Die Ehrenstrafen und ihre Berechtigung, Z. 42 S. 438 ff. 1921. FINGER, AUGUST: Der objektive Tatbestand als Strafzumessungsgrund. Wien 1888. — Die richterliche Strafzumessung, Gutachten, Verhandlungen des 29. deutschen Juristentags, Bd. 2 S. 37 ff. Berlin 1908. FLÜGGGE, LUDWIG: Strafe und Strafverfahren unter dem Gesichtspunkt der natürlichen Auslese, LZ. XXII S. 1443 ff. 1928. FRANK, REINHARD: Über den Aufbau der Strafrechtsschuld, in der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen, S. 519 ff. Gießen 1907. FREUDENTHAL, BERTHOLD: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Tübingen 1922. — Der Sinn der Strafe, Monatsschrift 17 S. 22 ff. 1926. — Maßregeln der Besserung und Sicherung in Reform, S. 153 ff. 1926. GERLAND, HEINRICH: Der Entwurf 1925, Allg. Tl. Berlin, Leipzig 1925. — Strafzumessung, in Handw. d. Rechtsw. 5, S. 796, 1928. GEORGIADES, JEAN B.: Peines et mesures de sûreté, Schweiz. Z. f. Str. 34 S. 146 ff. 1921. GÖBEL: Zur Einschränkung der Gefängnisstrafe, DRZ. 9 Sp. 400. 1917. GOETZE, EBERHARD: Die mildernden Umstände, Diss. Göttingen 1893. GOLDSCHMIDT, JAMES: Der Notstand ein Schuldproblem, Österr. Ztschr. IV S. 129 ff. 1913. — Normativer Schuldbegriff, Festgabe für Reinhard von Frank I S. 428 ff. Tübingen 1930. — Besprechung zu Guckenheimers „Der Begriff der ehrlosen Gesinnung“, JW. 51 S. 11 ff. 1922. GRÜNBAUM-SACHS, HILDE: Tiefenpsychologie und Rechtsprechung, Justiz I S. 436 ff. 1925/6. GRÜNHUT, MAX: Die Abschaffung der Ehrenstrafen, Z. 46 S. 260 ff. 1925. — Die Stellung des Richters im künftigen deutschen Strafrecht, Monatsschrift 18 S. 13 ff. 1927. — Gefährlichkeit als Schuldmoment, Monatsschrift Beiheft 1 S. 87 ff. 1928. GUCKENHEIMER, ED.: Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht. Hamburg 1921. HAFTER, ERNST: Strafe und sichernde Maßnahmen im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Schweiz. Z. f. Str. 17 S. 211 ff. 1904. HAUCK: Das Leugnen des Angeklagten als Strafschärfungsgrund, Z. 27 S. 926 ff. 1907. HEINITZ, ERNST: Der Strafzweck bei der richterlichen Strafbemessung mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwürfe, Arch. f. Rechts- u. Wirtschph. XXII S. 259 ff. 1928/29. HEINDL, ROBERT: Strafrecht und öffentliche Sicherheit, DJZ. 35 Sp. 40 ff. 1930. HELLWIG, ALBERT: Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldigen als Strafzumessungsgrund, Monatsschrift 12 S. 126 1921. — Kinderschutz und Strafzumessung, Monatsschrift 13 S. 210 ff. 1922. VON HENTIG, HANS: Zur Psychologie der Ausrede, Monatsschrift Beiheft 1 S. 97 ff. 1926. — Über den Einfluß der Sicherungsverwahrung auf die englische Kriminalität, Z. 49 S. 60 ff. 1929. VON HIPPEL, ROBERT: Die mildernden Umstände in den Entwürfen, Monatsschrift Beiheft 1 S. 19 ff. 1926. HOEGEL: Die richterliche Strafzumessung verbunden mit der strafrechtlichen Behandlung des Versuchs, Gutachten, DJT. 1 S. 3 ff. 1905. — Die gesetzliche Regelung der Strafzumessung, GS. 71 S. 378 ff. 1908. HURWICZ, E.: Zur Revision der strafrechtlichen Schuldlehre, Z. 33 S. 813 1912. JUNG: Betrachtungen zur Strafrage, Jur. Rdsch. 1931 S. 16 ff. KAHL, WILHELM: Reform der Strafzumessung, DJZ. 11 Sp. 895 ff. 1906. — Ehrenstrafen, DJZ. 28 Sp. 508 ff. 1923. KLANN: Ziele und Grenzen der Entwicklung der Strafverfahren, DJZ. 35 Sp. 136 ff. 1930. KLEE: Grenzen des spezialpräventiven Gedankens im Strafrecht, DJZ. 32 Sp. 1677 1927. KISS, GEZA: Billigkeit und Recht, Arch. f. Recht- u. Wirtschph. III S. 536 ff. 1909/10. KOHLER, JOSEF: Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts, Leipzig

1909. KÖHLER, AUGUST: Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, GS. 95 S. 433 ff., 96 S. 91 ff. 1927/28. KOHLRAUSCH, EDUARD: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Berlin 1903. — Die Schuld, Reform 1910. — Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, Festgabe für Güterbock. Berlin 1920. KOLLMANN, HORST: Der symptomatische Verbrechensbegriff, Z. 28 S. 449 ff. 1908. KÜHNE, OTTO: Soziale Auslese oder soziale Anpassung. Greifswald 1925. LANG: Die Strafzumessung, Diss. Freiburg 1921. LICHTENSTEIN, SCHIMA: Die Strafzumessung im Anschluß an das russische Strafgesetzbuch von 1903, Diss. Leipzig 1912. VON LILIENTHAL, KARL: Rechtsstrafe und Sicherungsstrafe und der Entwurf 1925. Monatsschrift Beiheft I 1926. — Strafen und sichernde Maßnahmen in der Reichstagsvorlage, Z. 48 S. 300 ff. 1928. VON LISZT, FRANZ, Strafbemessung in Reform 1910. MANNHEIM, HERMANN: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Berlin 1925. — Über Gleichmäßigkeit und Systematik in der richterlichen Strafzumessung, Z. 42 S. 40 ff. 1921. MAYER, MAX ERNST: Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht. Leipzig 1901. — Das Leugnen des Angeklagten als Strafschärfungsgrund, Z. 27 S. 921 ff. 1907. MERKEL, ADOLF: Die Strafanwendung durch den Richter in Holtzendorff, Handbuch des Strafrechts II S. 547 ff. Berlin 1871. — Hinterlassene Fragmente und gesammelte Abhandlungen, II. Tl. 1. Hälfte. Straßburg 1899. MEYER, K.: Das richterliche Ermessen nach dem Strafgesetzentwurf, DJZ. 31 Sp. 1313 ff. 1926. MEYER VON SCHAUENSEE: Strafzumessung und Strafmilderung nach dem Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Schweiz. Z. f. Str. 7 S. 129 1894. MEZGER, EDMUND: Die subjektiven Unrechtselemente, GS. 89 S. 207 ff. 1924. — Moderne Strafrechtsprobleme, Rede bei der Reichsgründungsfeier der Universität Marburg, 1927. — Vermindert Zurechnungsfähige und Gewohnheitsverbrecher, GS. 96 S. 69. 1928. — Kriminologische Grundlagen von Strafe und Sicherung im Strafgesetzentwurf 1927, Z. 49 S. 171 ff. 1929. Strafzumessung im Entwurf, Z. 51 S. 855 ff. 1931. MIŘČKA, AUGUST: Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung. Leipzig 1903. MITTERMAIER, WOLFGANG: Die Polizeiaufsicht, DJZ. 12 Sp. 26 ff. 1907. — Kritische Beiträge zur Lehre von der Strafrechtsschuld. Gießen 1909. — Über Wesen und Maß der Schuld nach dem Strafgesetzbuch-Entwurf 1925, Monatsschrift 17 S. 339 ff. 1926. MOHR, KARL: Die Bemessung der Geldstrafe. Breslau 1913. MORRIS, GEORG: Geschichte und System der mildernden Umstände im deutschen Strafrechte und Prozeß. Berlin 1887. NAGLER, JOHANN: Die Grundlagen des Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, GS. 86 S. 376 1919. — Die Verständigung der Strafrechtsschulen, GS. 70 S. 6 ff. 1907. POHLE, RUDOLF: Revision und neues Strafrecht. Leipzig 1930. RADBRUCH, GUSTAV: Die gesetzliche Strafänderung. Vgl. Darst. Allg. Tl., Bd. 3 S. 189 ff. 1908. FREIHERR VON REDWITZ: Die polizeilichen Maßregeln des Reichsstrafgesetzbuchs und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen. Breslau 1909. REISSNER: Vorschläge zur Strafbemessung, Monatsschrift 17 S. 374. 1926. RITTLER, THEODOR: Die Ehrenstrafen im künftigen Strafrecht, Schweiz. Z. f. Str. 37 S. 373 ff. 1924. VON ROHLAND, W.: Die soziologische Strafrechtslehre. Leipzig 1911. ROSENBERG: Das altruistische Motiv im Strafrecht, Z. 42 S. 453 ff. 1921. ROSENFELD, ERNST: Die Nebenklage des Reichsstraßprozesses. Berlin 1900. — Die richterliche Strafzumessung, Vgl. Darst. Allg. Tl. 3 S. 93. 1908. — Schuld und Vorsatz im von Lisztschen Lehrbuch, Z. 32 S. 466 ff. 1911. RÜMELIN, MAX: Die Gerechtigkeit. Tübingen 1920. SACHS: Beweiswürdigung und Strafzumessung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932. SAUER, WILHELM: Der Strafzweck nach Auffassung der Entwürfe, DJZ. 33 Sp. 907 ff. 1928. — Strafbemessung und Persönlichkeit, Z. 50 S. 679 ff. 1930. SCHMIDT, EBERHARD: Die Gestaltung der Ehrenstrafe im künftigen Strafrecht, Z. 45 S. 10 ff. 1924. SCHMIDT, RICHARD: Aufgaben der Strafrechtspflege und Strafrechtsreform. Leip-

zig 1895. — Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung. Leipzig 1912. SCHULTZ: Berechtigung und Ziel der Strafe, LZ. XXII Sp. 295 ff. 1928. SCHUMACHER, OSKAR: Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927. SEELIG, ERNST: Grundsätzliches zur Straf bemessung nach dem Entwurf 1925, Monatsschrift 18 S. 237 ff. 1927. STAMMLER, RUDOLF: Der Richter. Donauwörth, Berlin 1924. STOOSS, CARL: Das Motiv im Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Schweiz. Z. f. Str. 9 S. 167. 1896. — Sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldigen bei der Geldstrafe ein Strafzumessungsgrund? Z. 37 S. 694. 1915. — Die sichernden Maßnahmen des deutschen Strafgesetzentwurfs, Schweiz. Z. f. Str. 38 S. 23 ff. 1925. STURM, FRIEDRICH: Strafrechtswissenschaft und Strafmaß, GS. 85 S. 112 ff. 1917. — Zur Lehre von der Urteilsbegründung im Strafverfahren, Arch. f. Krim. Anthrop. 45 S. 46 ff. 1912. — Zur Lehre vom Strafmaß, Z. 34 S. 64 ff. 1913. THORMANN, PHILIPP: Schweizerisches Strafrecht, Rektoratsrede. Bern 1919. — Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe, Festgabe für Eugen Huber, dargebracht von der juristischen Fakultät der Universität Bern S. 155. 1919. VUILLEUMIER, JOHN: Das Gewohnheitsverbrechertum und seine Bekämpfung, Zürch. Diss. 1918. WACH, ADOLF: Die Reform der Freiheitsstrafe. Leipzig 1890. WACHENFELD, FRIEDRICH: Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925, GA. 69 S. 209, 257, 353. WEBER, Zum Problem der Strafzumessung, Prag. JZ. 31 Sp. 355 ff. 1931. WEHLI: Beiträge zur Analyse der Urteilsfällung in der Festschrift für Wach 1913. WERTHAUER, JOHANNES: Strafunrecht. Berlin 1919. WIMMER, AUGUST: Gestehen und Leugnen im Strafprozeß, Z. 50 S. 538 ff. 1930. WOLF, ERIK: Strafrechtliche Schuldlehre, I. Teil, Mannheim 1928.

### **§ 3. Die nähere Umgrenzung der Lage des „freien Ermessens“ im Strafrecht.**

Ob im Einzelfalle der Strafrichter nach freiem Ermessen handeln darf, ergibt sich nur durch Auslegung der in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschrift. Aus dem Begriff des freien Ermessens folgt die rechtliche Möglichkeit verschiedenen Verhaltens verschiedener Organe in gleichliegenden Angelegenheiten. Der Frage, ob im Einzelfall freies Ermessen gegeben ist, ist insbesondere dann näher zu treten, wenn sich das Gesetz eines solchen Ausdrucks bedient, daß es wenigstens dem Ausdruck nach einen Spielraum für das Verhalten des Richters zu gewähren scheint.

Aber auch ohne daß das Gesetz sich solcher unbestimmten oder zwar bestimmten, aber doch begrifflich eine Wahl ermöglichenden Begriffe bedient, kann die Frage nach dem Vorliegen freien Ermessens auftauchen. Die Möglichkeit der Wahlfreiheit ergibt sich dann nicht schon aus irgendeinem einzelnen Ausdruck. Sie muß vielmehr aus dem gesamten Inhalt der Vorschrift oder aus ihrer Verbindung mit anderen Vorschriften erschlossen werden. Wenn das Gesetz z. B. sagt: „Wer stiehlt, wird mit Gefängnis bestraft“ und es in einer weiteren Vorschrift heißt: „Der Höchstbetrag der Gefängnisstrafe ist 5 Jahre, ihr Mindestbetrag ist 1 Tag“, so ergibt sich zwar nicht aus einem einzelnen Wort, wohl aber aus dem Inhalt der beiden Sätze, daß auch hier die Möglichkeit einer Wahl in der Entscheidung in Betracht kommt.

Bei der Prüfung der Frage, in welchen Fällen nun freies Ermessen vorliegt oder nicht, erhält das zu untersuchende Gebiet schon durch den Begriff des freien Ermessens eine erhebliche Beschränkung. Es ist dargelegt, daß das freie Ermessen sich nur auf das Gebiet der Tatsachenschaffung beschränkt. Die Gebiete der Tatsachenfeststellung<sup>1</sup> und der Tatsacheneinreihung scheiden demnach aus der Betrachtung aus.

Auf dem Gebiete der Tatsacheneinreihung verdient in diesem Zusammenhang vor allem die Feststellung des außerordentlichen Strafrahmens Beachtung.

Neben den gewöhnlichen Strafrahmen stellt das Gesetz in zahlreichen Fällen einen außerordentlichen (erweiterten) Strafrahmen. Dieser kann sowohl ein milderer als auch ein härterer im Vergleich zum ordentlichen sein. Der mildere Strafrahmen<sup>2</sup> findet Anwendung, wenn „mildernde Umstände“<sup>3</sup> vorliegen oder „minder schwere Fälle“<sup>4</sup>, oder „besonders leichte Fälle“<sup>5</sup> gegeben sind. Der härtere Strafrahmen greift bei „besonders schweren Fällen“<sup>6</sup> oder bei einer besonderen Gefährlichkeit<sup>7</sup> Platz.

Ob die Feststellung des außerordentlichen Strafrahmens zur Tatsacheneinreihung oder Tatsachenschaffung gehört, kann Zweifeln unterliegen. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Feststellung des Strafrahmens schon ein Akt der Strafschaffung selbst ist oder erst ein Vorbereitungsakt. Der Entwurf 27, der die den außerordentlichen Straf-

<sup>1</sup> Es mag betont werden, daß die Tätigkeit des Richters bei der Tatsachenfeststellung auch kriminalpolitisch, d. h. vom Standpunkt der Verbrechensbekämpfung aus gesehen, nicht bedeutungslos ist. Von der Art der Prozeßleitung wird es z. B. unter Umständen abhängen, ob ein Zeuge einen Meineid leistet oder nicht. Hing der Meineid tatsächlich von der Prozeßleitung ab, so hat der Richter das Endziel, dem auch die Prozeßleitung untersteht, nicht erreicht. Das Endziel ist nämlich nicht nur das richtige Ergebnis bei der Tatsachenfeststellung, das trotz eines Meineides möglich ist, sondern auch die möglichste Sicherung des Ergebnisses.

<sup>2</sup> Bei KOHLRAUSCH-LISZT-DELAQUIS zu § 1 Anm. 2 wird die Ansicht vertreten, daß durch Zulassung mildernder Umstände kein neuer Strafrahmen gebildet wird.

<sup>3</sup> Übersicht über die Fälle, bei denen mildernde Umstände in Anwendung kommen, bei VON OLSHAUSEN: Vorb. 13 zu Teil I Abschn. 4 S. 257, — zum Entw. 27 vgl. § 74.

<sup>4</sup> Vgl. § 90 StGB.

<sup>5</sup> „Besonders leichte Fälle“ sind dem geltenden StGB. dem Ausdruck nach unbekannt, der Sache nach kommen sie in §§ 199, 232 StGB. vor. Vgl. auch § 153 StPO. Umschreibung des Begriffes in § 76 Entw. Die Außerordentlichkeit des Strafrahmens liegt hier in der Erweiterung zum „Absehen von der Strafe“.

<sup>6</sup> Im StGB. ursprünglich unbekannt, jetzt jedoch in dem durch Ges. vom 30. April 1926 neu eingeführten § 210a. Vorher nur in Nebengesetzen: § 1 VO. gegen verbotene Ausfuhr vom 13. Juli 1923 (RGBl. I S. 705) oder § 12 der außer Kraft getretenen Preistreibeiverordnung vom 13. Juli 1923 (RGBl. I S. 705). Im Entw. 27: § 77.

<sup>7</sup> § 78 Entw. 27.

rahmen begründenden Tatsachen im Abschnitt „Strafbemessung“ anführt, hält damit offenbar die Feststellung für einen Akt der Strafschaffung. In gleicher Weise werden die mildernden Umstände häufig auch von der Praxis verwertet, indem diese sie zur Erweiterung der gesetzlichen Strafrahmen benutzt, um so zu der für angemessen gehaltenen Strafgröße zu gelangen<sup>1</sup>. Dieser Gebrauch findet bei RADBRUCH<sup>2</sup> auch eine theoretische Stütze. Nach RADBRUCHS Ansicht sind mildernde Umstände solch schwerwiegende Umstände, daß das Mindestmaß des ordentlichen Strafrahmens zu streng erscheint. Wäre diese Ansicht richtig, so würde der Richter zunächst die Strafe ohne Rücksicht auf den ordentlichen Strafrahmen zu bilden, dann festzustellen, ob die Strafe innerhalb des Strafrahmens liegt und verneinendenfalls, soweit möglich, mildernde Umstände anzunehmen haben. Diese Ansicht ist jedoch mit dem geltenden Recht nicht vereinbar, nach dem das Höchstmaß des außerordentlichen Strafrahmens in zahlreichen Fällen über dem Mindestmaß des ordentlichen liegt (vgl. z. B. § 113, 187, 228, 246, 263 u. a. m.)<sup>3</sup>.

Von den geltend gemachten Bedenken aus müßte diese Ansicht schon dahin abgeändert werden, daß es darauf ankäme, ob der Strafrahmen in seiner Gesamtheit<sup>4</sup> zu schwer erscheint. Diese Auffassung scheidet jedoch von vornherein schon an der Unmöglichkeit ihrer praktischen Durchführung. Der Richter hat es stets mit einem konkreten Einzelfall zu tun. Er müßte nun an Hand des konkreten Einzelfalles prüfen, ob der ordentliche Strafrahmen im ganzen paßt, oder ob nicht vielleicht der außerordentliche Strafrahmen im ganzen besser sei. Der konkrete Einzelfall wird nicht in einer konkreten Strafe bemessen, sondern mit einem abstrakten Strafrahmen. Eine solche Gedankenoperation ist praktisch nicht möglich.

Der Ausgangspunkt ist nicht von der Brauchbarkeit des Strafrahmens für den Einzelfall zu nehmen. Die Lösung ist vielmehr ohne Rücksicht auf die Strafrahmen lediglich aus der Beurteilung des Vorganges selbst heraus zu finden. Es kommt darauf an, ob ein strafmildernder Umstand oder eine Mehrheit von solchen Umständen, namentlich gegenüber den straferschwerenden so stark ins Gewicht fällt, daß die Tat dadurch einen leichten Charakter erhält<sup>5</sup>. Wann das der Fall ist, kann all-

<sup>1</sup> Zur Frage der Verwendung mildernder Umstände vgl. ASCHROTT: S. 135, auch EXNER: Monatsschrift 17 S. 370.

<sup>2</sup> RADBRUCH: S. 198, wohl auch VON LISZT-SCHMIDT: 26 S. 431, vgl. auch die Motive zum StGB. Reichstag 1870 Bd. III Nr. 5 S. 106f.

<sup>3</sup> So auch richtig FRANK: Anm. zu § 2 II 2 b.

<sup>4</sup> So v. HIPPEL: Monatsschrift, Beiheft 1 S. 24.

<sup>5</sup> Diese Ansicht unterscheidet sich von der Auffassung KÖHLERS, S. 682, der sie im übrigen nahesteht, im wesentlichen dadurch, daß diese noch das Merkmal der Abweichung vom Regelfall enthält. Unter Regelfall können nur solche Fälle verstanden werden, wie sie durchschnittlich vorkommen. Häufig weist aber

gemein nicht bestimmt werden. Das ist vielmehr durch ein Abwägen aller für die Strafbemessung überhaupt in Betracht kommender, sowohl der objektiven wie der subjektiven, vor oder nach der Tat liegenden Gründe<sup>1</sup> zu erschließen. Die Bewertung durch den Richter spielt daher eine entscheidende Rolle.

Damit mag freilich in zahlreichen Fällen ein verschiedenartiges Ergebnis möglich sein. Doch widerspricht das nicht dem Wesen der Tatsacheneinreihung, wie S. 22 f. festgestellt worden ist.

Die den außerordentlichen Strafrahmen begründenden Umstände gehören zu den Strafänderungsgründen. Die mildernden Umstände sind ihrer Art nach Strafmilderungsgründe<sup>2</sup>. Sie stehen in einer Stufe mit den benannten Strafmilderungsgründen, wie Nichtvollendung (§ 44 StGB. 26 Entw.), geringerer Grad der Mitwirkung (§ 49 StGB. § 30 Entw.), verminderte Zurechnungsfähigkeit (§§ 13, 14 Entw.), nicht entschuldbarer Rechtsirrtum (§ 20 Entw.), nicht entschuldbare Überschreitung der Notwehr (§ 24 Abs. 3 Entw.) oder Fehlen besonderer Eigenschaften oder Verhältnisse beim Anstifter (§ 32 Entw.). Die Tatsache, daß die mildernden Umstände unbenannte Umstände sind, oder daß bei ihnen in erhöhtem Maß der Schwerpunkt auf der Bewertung liegt, rechtfertigt nicht, sie unter dem Gesichtspunkt der Rechtsanwendung in eine andere Tätigkeitsgruppe einzureihen<sup>3</sup>. Was von den benannten Strafänderungsgrün-

---

gerade der Durchschnitt einer Verbrechens- oder Vergehensart einen leichten Charakter auf. Sollten da mildernde Umstände ausgeschlossen sein? Die Praxis gibt hierauf eine ausreichende Antwort. Sie wendet den außerordentlichen Strafrahmen bei gewissen Verbrechensarten in den überaus meisten Fällen an. Und das mit Recht; denn der Durchschnitt vieler Verbrechen zeigt einen milden Charakter.

<sup>1</sup> So die herrschende Meinung: RG. (I. Senat) Urt. vom 24. Februar 1890 (Rep. 382/90) in RG. 20 S. 266, (V. Senat) Urt. vom 25. November 1913 (5 D 282/13) in RG. 48 S. 203, (I. Senat), Urt. vom 19. Mai 1925 (1 D 207/25) in RG. 59 S. 237. Statt vieler GERLAND: S. 211; MEYER-ALLFELD: S. 286; GOETZE: S. 32. Dagegen lehnen HÄLSCHNER: S. 651; VON LISZT-SCHMIDT: 26 S. 431 die Inbetrachtung objektiver Gesichtspunkte ab. WACHENFELD trägt Bedenken gegen die Bewertung von Umständen, die der Tat voraus- oder nachgehen. — Zum Rechte des Entw. 27 vgl. § 74. Nach § 74 liegen mildernde Umstände vor, „wenn bei Abwägung der Strafbemessungsgründe die für eine milde Strafe sprechenden Umstände beträchtlich überwiegen. Eine besondere Bedeutung kommt der Fassung des § 74 Entw. 27 deswegen zu, weil er ein Abgehen von der engen Begriffsbestimmung des § 73 AE. 1925 darstellt. Nach § 73 AE. waren mildernde Umstände anzunehmen, „wenn die Tat hauptsächlich auf Ursachen zurückzuführen ist, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen“. Über den bisherigen Entwicklungsgang des Begriffes der mildernden Umstände in den Entwürfen 1909–1925 vgl. VON HIPPEL: S. 20 ff. Zu § 73 AE. vgl. dort S. 22 f., ferner VON LISZT-SCHMIDT: 26 S. 430 f.

<sup>2</sup> Vgl. FRANK: Kom. zu § 2 Anm. II 2 b.

<sup>3</sup> Niemand würde die „anderen Mittel“ des § 48 StGB. anders würdigen wie die vorher benannten Mittel.

den gilt, gilt auch von den nicht benannten. Gehört die Feststellung der Voraussetzungen jener zum Gebiete der Tatsacheneinreihung — und sie tut es —, so gilt gleiches für diese<sup>1</sup>.

Strafänderungsgründe sind auch diejenigen Umstände, die den Fall zu einem „minder schweren Fall“ oder zu einem „besonders leichten Fall“ oder zu einem „besonders schweren Fall“ machen<sup>2</sup>.

Die nach § 78 Entw. den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher charakterisierenden Tatsachen ergeben sich aus dem gleichzeitigen Vorliegen eines benannten Strafschärfungsgrund (Rückfall) und eines oder mehrerer unbenannten Strafschärfungsgründen (die den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher kennzeichnenden Umstände)<sup>3</sup>. Die Feststellung, ob diese Merkmale erfüllt sind, liegt ebensowenig auf dem Gebiete der Tatsachenschaffung wie die Feststellung des Rückfalls in §§ 244, 264 u. a. m. oder der ehrlosen Gesinnung in § 20 StGB.

In das Gebiet der Tatsacheneinreihung gehört auch die Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Anordnung oder Zulässigkeitserklärung von Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 56, 57, 58, 59, 64, Entw. 27). Die Ausfüllung der Begriffe: „erforderlich“, „gefährliche Gewohnheitsverbrecher“, „Gefahr für andere oder allgemeine Sicherheit“ ist ein Akt der Gesetzesauslegung.

Eine Tatsacheneinreihung findet zuweilen auch dort statt, wo es an einer ausdrücklich gesetzten Voraussetzung im Tatbestand fehlt, wo es äußerlich scheint, als ob kein Begriff auszufüllen, als ob lediglich eine Folge an dem bereits vollkommen eingereichten Sachverhalt anzuknüpfen wäre. Hier ist der Begriff, dem die Tatsachen einzureihen sind, aus dem Geiste der Rechtsordnung erst herzuleiten. Ein derartige versteckter

<sup>1</sup> Folgerichtig hatten daher nach § 297 StPO. a. F. die Geschworenen über das Vorhandensein mildernder Umstände zu entscheiden.

Wie hier faßte auch DROST: S. 36 die mildernden Umstände als Rechtsbegriff auf.

<sup>2</sup> Im Gegensatz zu den mildernden Umständen, bei denen sich die Milderung entweder aus einem subjektiven oder aus einem objektiven Grund ergeben kann, hängt bei einem minder schweren Fall die Anwendung des außerordentlichen Strafrahmens lediglich von der Bewertung objektiver Tatumstände ab, so RG. (II. Senat), Urt. vom 19. Mai 1925 (I D 207/25) in RG. 59 S. 237, ebenso GERLAND: S. 211, VON OLSHAUSEN zu § 90 Anm. 5, FRANK zu § 90 Anm. 2, a. A. E. R. M. G. I S. 35 und 220, 3, S. 108. Bei den besonders leichten Fällen muß der Fall gleichzeitig in subjektiver und objektiver Hinsicht milde liegen. Die Milderungsgründe müssen von besonderer Stärke sein. Strafschwerende Gründe müssen hier stets, soweit sie überhaupt vorkommen (im Gegensatz zu den mildernden Umständen) unbedeutend sein. — Die besonders schweren Fälle bezeichnet die Begründung des Entw. 27 (S. 57) als das Gegenstück der besonders leichten Fälle. Nach § 12 Preistreibereiverordnung vom 13. Juli 1923 waren sie eher als das Gegenstück zu den mildernden Umständen anzusehen.

<sup>3</sup> Zu § 78 Entw. 27 = § 77 Entw. 25 vgl. die Ausführungen GRÜNHUTS: Gefährlichkeit, S. 85 ff.

Einreihungsbegriff ist oft dort vorhanden, wo die Anwendung einer Folge dem Begriffe des „Könnens“ unterstellt ist.

Dem Begriffe des „Könnens“ kommt eine verschiedenartige Bedeutung zu. Stets liegt der Sinn zugrunde: bei Fällen der betreffenden Art sind verschiedene Lösungen zulässig. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nun bei jedem Einzelfall der Art verschiedene Lösungen möglich sind. Dort, wo das „kann“ die Möglichkeit zweier Lösungen<sup>1</sup> der Fälle der betreffenden Art eröffnen soll, gibt es hinsichtlich der Anwendung der zweiten (regelmäßig der außerordentlichen) Lösung vier Möglichkeiten: 1. Die außerordentliche Lösung ist die einzig gegebene für alle Einzelfälle der Art (im Gegensatz zu andersgearteten Fällen). 2. Die außerordentliche Lösung ist die einzig gegebene für einen Teil der Einzelfälle der Art, die regelmäßige Lösung die einzig gegebene für einen anderen Teil. 3. Die außerordentliche Lösung ist die einzig gegebene für einen Teil der Einzelfälle der Art, die regelmäßige für einen zweiten Teil, für einen dritten Teil der Einzelfälle stehen jedoch beide Lösungen gleichwertig nebeneinander. 4. Beide Lösungen stehen für alle Einzelfälle gleichwertig nebeneinander.

In den Fällen der Möglichkeit 1 und 4 liegen die an das „Können“ geknüpften Erwägungen ausschließlich auf dem Gebiete der Tatsachenschaffung. In den beiden andern Möglichkeiten ist die Anwendung der zweiten Lösung jedoch an eine weitere besondere Voraussetzung geknüpft. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, ist eine Erwägung der Sacheinreihung. Welches die Voraussetzung ist, ist im Einzelfall aus der das Wort „kann“ enthaltenen Vorschrift selbst, ihren Zweck und der Bedeutung im System zu entnehmen.

Erst wo die Sacheinreihung erledigt ist, beginnt das Gebiet der Tatsachenschaffung. Auf dem Gebiete der Tatsachenschaffung liegt die Bestimmung der strafrechtlichen Folgen<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Auch eine größere Anzahl von Lösungen sind denkbar.

<sup>2</sup> SAUER: Grundlagen des Prozeßrechts, S. 251 ff. ist der Ansicht, daß das Strafurteil (abgesehen von Verwirkungsurteilen z. B. Aberkennung der Ehrenrechte) nur deklaratorische Bedeutung habe, der Richter schaffe nichts Neues, die Strafgröße sei schon vorhanden. Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden. Mit der strafbaren Handlung entsteht zwar unmittelbar der staatliche Strafanspruch. Das besagt aber nur, daß der Staat den Täter nunmehr mit Strafe belegen darf, nicht aber daß der Täter bereits mit Strafe belegt ist. Wäre das richtig, so wäre nicht zu verstehen, warum in allen Fällen ein Strafausspruch erforderlich ist. Warum soll ein Mörder, dessen Tat unzweifelhaft feststeht und der aus Reue selbst den Tod wünscht, erst noch abgeurteilt werden, obwohl er ohnehin schon mit dem Tode bestraft ist? Es kann niemand vor seiner Verurteilung die Strafe bezahlen bzw. verbüßen oder die Gerichtskasse etwa in Fällen, in denen die Geldstrafe berechenbar ist, wie z. B. in zahlreichen Steuergesetzen, vor der Verurteilung die Geldstrafe einziehen. Die SAUERsche Auffassung widerspricht abgesehen von allem anderen auch dem allgemeinen Empfinden, das in Sätzen wie: „jemand

I. Für die Bestimmung der Hauptstrafe sind folgende gesetzliche Regelungen zu unterscheiden:

1. Das Gesetz bestimmt die Strafe absolut und nimmt dem Richter auch den geringsten Einfluß auf ihre Bildung: so bei der Todesstrafe<sup>1</sup> und der lebenslänglichen Zuchthausstrafe<sup>2</sup>, falls sie als einzige Strafen angedroht sind. Die vielfach<sup>3</sup> hierhin gerechnete Androhung absoluter (namentlich durch ein Vielfaches bestimmter) Geldstrafen gehört praktisch nicht hierin. Wenn zwar auch die Geldstrafe absolut bestimmt ist, so ist es dennoch die gerade bei Steuersachen so wichtige Ersatzstrafe nicht. Die große praktische Bedeutung der Ersatzfreiheitsstrafe in diesen Fällen, bei denen die Geldstrafe leicht ins Unermeßliche geht, rechtfertigt die Einreihung der Androhung absoluter Geldstrafen unter die folgende Gruppe:

2. Das Gesetz bestimmt die Hauptstrafe absolut, läßt aber eine nicht absolut bestimmte Ersatzstrafe zu.

3. Das Gesetz bestimmt die Strafe relativ, sie ist innerhalb eines Strafrahmens festzusetzen.

Hier ist zunächst zu entscheiden, ob die Strafe aus dem regelmäßigen oder außerordentlichen Strafrahmen entnommen werden soll. Diese Entscheidung ist keine Betätigung freien Ermessens.

Sind die Voraussetzungen des außerordentlichen Strafrahmens gegeben, so ist er in Anwendung zu bringen. An ihn ist das Gericht gebunden. Eine Wahlfreiheit zwischen dem ordentlichen und außerordentlichen Strafrahmen besteht niemals. Insofern ist die Ansicht<sup>4</sup>, der Richter habe „trotz Feststellung des Vorliegens mildernder Umstände die Wahl, ob er die Milderung eintreten lassen will oder nicht“ unzutreffend. Diese Ansicht stützt sich auf §§ 187, 189, 246, 263, 333, 340 Abs. 1 StGB., in denen es heißt: „Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf einen Tag Gefängnis ermäßigt oder auf Geldstrafe erkannt werden“, bzw. „Sind . . . vorhanden, so kann (ausschließlich) auf

---

ist durch die Tat straffällig oder strafwürdig geworden“ oder „das Gericht hat den Täter bestraft oder über ihn eine Strafe verhängt“ seinen Ausdruck findet. Zutreffend wird die konstitutive Kraft des Strafurteils anerkannt von ROSENFELD: Der Reichsstrafprozeß; S. 31, ebenso vgl. Darst., Allg. Tl. 3, S. 111; ZUCKER: Civil- und Criminalprozeß; GRÜNHUT: Z. 15 S. 327; SCHOETENSACK: Rechtsgang S. 3, 29.

<sup>1</sup> § 211 StGB., § 5 Abs. 3 Sprengstoffgesetz, § 1 Ziff. 2 Sklavenraubgesetz. — Vgl. auch § 245 Entwurf, aber auch §§ 73, 72 Entwurf — mildernde Umstände!

<sup>2</sup> Hier kommen §§ 87, 90 StGB. in Betracht. Zu beachten ist jedoch, daß nach § 90 StGB. „in minder schweren Fällen“ eine zeitige Zuchthausstrafe angedroht ist. Dadurch ist praktisch die Möglichkeit einer Wahl zum mindesten für Grenzfälle gegeben. Beide Vorschriften kennen auch mildernde Umstände.

<sup>3</sup> Vgl. EBERMAYER: Kom. zu § 2 Anm. 8; VON LISZT-SCHMIDT: 25 S. 404 ff.

<sup>4</sup> VON LISZT-SCHMIDT: 26 S. 419, unrichtig auch GERLAND: S. 211; WACHENFELD: S. 265; GOETZE: S. 34 u. a. m.

Geldstrafe erkannt werden. Dieses „kann“ hat jedoch mit der Frage der Anwendung des milderen Strafrahmens nichts zu tun, sondern bezieht sich nur auf die Bestimmung der Strafgröße, indem es anzeigt, daß die zu erkennende Strafe nicht eine solche sein muß, die unter dem Strafminimum des gewöhnlichen Strafrahmens oder innerhalb der milderen Strafart liegt. Der Gesetzgeber hat offenbar durch die Einfügung des Wortes „kann“ nur diesen Gedanken verwirklichen wollen. Wo jedoch die Verdeutlichung dieses Gedankens nicht erforderlich ist, wo der Strafrahmen für den Fall des Vorliegens mildernder Umstände gesondert in ausschließender Weise im Gesetz niedergelegt ist (vgl. außer den Verbrechenfällen, wo bei mildernden Umständen Gefängnis eintritt, z. B. §§ 113 Abs. 2, 114 Abs. 2, 117 Abs. 3), vermeidet das Gesetz das Wort „kann“, verwendet vielmehr einen klar auf die Eindeutigkeit des Ergebnisses hinweisenden Ausdruck: „tritt ein“, ausnahmsweise auch in § 102 StGB. „wird bestraft“. Ebenso ist auch in §§ 73, 74, 78 Entw. 27 die Benutzung des Wortes „kann“ auf ähnliche gesetzestechnische Erwägungen zurückzuführen. Für eine grundsätzlich besondere Behandlung der Fälle, in denen das Wort „kann“ benutzt ist, fehlt ein sachlicher Grund<sup>1</sup>.

Bezüglich des in Betracht kommenden Rahmens gilt folgendes:

Die Rahmen sind verschieden weit. So stellt das Gesetz verschiedene Strafarten zur Auswahl nebeneinander<sup>2</sup>. Oder es schreibt die gleichzeitige Verhängung zweier Strafarten neben der Verhängung einer von diesen vor<sup>3</sup>.

Droht das Gesetz nur eine Strafart an, so kann es einmal den für die Strafart gewöhnlichen Strafrahmen gelten lassen, es kann aber diesen Strafrahmen auch enger ziehen durch Einführung einer Mindest-<sup>4</sup> oder Höchstgrenze<sup>5</sup> oder einer Mindest- und Höchstgrenze zusammen<sup>6</sup>.

Der Entwurf von 1927 bringt gegenüber dem geltenden Zustand bezüglich der Festsetzung keine grundsätzlichen Neuerungen. Aus mehr oder weniger weit gefaßten Strafrahmen hat der Richter auch hier die Strafe

<sup>1</sup> Die Anwendung des außerordentlichen Strafrahmens ist auch dann, wenn die konkrete Strafe über dem Minimum des ordentlichen liegen sollte, nicht bedeutungslos. Denn es ist durchaus möglich, daß die Verschiedenheit der Strafrahmen auf die Bestimmung der konkreten Strafe einwirkt. Vgl. hierzu MANNHEIM: S. 172. In der Praxis wird in derartigen Fällen allerdings wohl kaum von „mildernden Umständen“ die Rede sein.

<sup>2</sup> Beispiele: Todesstrafe und lebenslanges Zuchthaus: dem StGB. unbekannt, § 1 des nicht mehr geltenden Republiksschutzgesetzes vom 21. Juli 1922: Zuchthaus und Festung: §§ 81, 88 StGB., Festung und Gefängnis: § 104 StGB., Gefängnis und Geldstrafe: § 223, Gefängnis, Haft und Geldstrafe: § 21 PressGes. Endlich ist generell neben allen Gefängnisstrafen unter drei Monaten gemäß § 27 b Geldstrafe anwendbar.

<sup>3</sup> Z. B. § 1 Gesetz betr. Entziehung elektrischer Arbeit.

<sup>4</sup> Z. B. §§ 250, 251 StGB. <sup>5</sup> Z. B. §§ 246, 248 a Abs. 1, 254 StGB.

<sup>6</sup> Z. B. § 9 des Sprengstoffgesetzes.

für den Einzelfall zu bestimmen. Die Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Strafarten ist nach dem zukünftigen Rechte keine geringere. Die Festungshaft wird durch die Einschließung ersetzt, für die § 72 des Entwurfs 1927 gegenüber der zur Zeit möglichen Festungsstrafe einen erweiterten Anwendungsbereich gibt, indem er sie an die Stelle der angedrohten Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe treten läßt, „wenn der Täter ausschließlich aus achtenswerten Beweggründen gehandelt hat und die Tat nicht schon wegen der Art und Weise ihrer Ausführung oder wegen der vom Täter verschuldeten Folgen besonders verwerflich ist“. Auch die Haftstrafe bleibt allerdings in beschränkterem Umfang (vgl. §§ 384, 386, Entwurf) bestehen. Durch den Ausbau des Systems der Milderungsgründe ergeben sich im ganzen nach dem Entwurf noch eine erheblich größere Anzahl möglicher Strafgrößen als nach dem geltenden StGB.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Sieht man von § 73, Entwurf ab, so ergibt sich bezüglich des Strafrahmens nach dem Entwurf wie er sich nach den nicht unerheblichen Änderungen durch die Beschlüsse der ersten Lesung des Deutschen Reichstagsausschusses und den deutschen und die österreichischen Strafrechtskonferenzen darstellt, folgendes Bild:

I. Zuchthaus. 1. Der gewöhnliche Strafrahmen (1—15 Jahre § 35): §§ 90, 91, 92, 129, 215, 225—230, 262 Abs. 2, 283, 308, 332 Abs. 1, 338 Abs. 1; ferner in besonders schweren Fällen, in denen sonst eine geringere Strafe bzw. mildere Straftat angedroht ist, §§ 234, 257, Abs. 3. 2. Verkleinerung des gewöhnlichen Strafrahmens: a) durch Einfügung einer Höchstgrenze: aa) 1—5 Jahre: §§ 87, 88, 88a, 88e Abs. 3, 93, 94 Abs. 3, 124 Abs. 1, 125 Abs. 2, 126 Abs. 1, S. 2 u. Abs. 2, S. 1, § 154 Abs. 4, 156 Abs. 3, 184 Abs. 1, 185a Abs. 2, 186 Abs. 1, 195 Abs. 3, 216 Abs. 4, 249—251, 260 Abs. 1, 290 Abs. 1, 291 Abs. 3, 292 Abs. 4, 306, 309, 310, 311a, 330, 331; ferner „in besonders schweren Fällen“: §§ 100 Abs. 3, 118 Abs. 2, 119 Abs. 3, 120 Abs. 3, 121 Abs. 3, 152, 154 Abs. 4, 183a Abs. 1, 185a Abs. 1, 186 Abs. 1, 188 Abs. 1, 203 Abs. 4, 204 Abs. 3, 205 Abs. 3, 206 Abs. 4, 207 Abs. 3, 208 Abs. 3, 218 Abs. 4, 238 Abs. 3, 239 Abs. 3, 241 Abs. 2, 265, Abs. 2, 282 Abs. 3, 293 Abs. 4, 297 Abs. 2, 329 Abs. 2, 333 Abs. 3, 346 Abs. 3, 348 Abs. 3, 350 Abs. 3, bb) 1—10 Jahre: §§ 88b, 94 Abs. 1 u. 2, 125a, 126 Abs. 2 Satz 2, 137 Abs. 1, 138 Abs. 1, § 172 Abs. 2, 184 Abs. 1, 253 Abs. 6, 260 Abs. 2, 262 Abs. 1, 276 Abs. 2, 285, 286, 330, 331, 340 Abs. 3, 341, 344, 351, 365; ferner in besonders schweren Fällen: §§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 3, 132 Abs. 4, 133 Abs. 4, 134 Abs. 3, 176 Abs. 2, 184 Abs. 2, 252 Abs. 3, 275 Abs. 3, 276 Abs. 2, 339 Abs. 3, 340 Abs. 3; b) durch Einführung einer Mindestgrenze: aa) 3—15 Jahre: 235 (oder lebenslang) § 246 Abs. 1, 287 (im Falle des Todes oder lebenslang); bb) 5—15 Jahre: §§ 86 Abs. 3, 95 Abs. 1, 99; ferner in besonders schweren Fällen: §§ 234, 332 Abs. 2, 338 Abs. 2; cc) 10—15 Jahre oder lebenslang: §§ 86 Abs. 1, 332 Abs. 3, 338 Abs. 3; ferner in besonders schweren Fällen: §§ 95 Abs. 2, 246 Abs. 1; c) durch Einführung einer Höchst- und Mindestgrenze 3—10 Jahre: so § 276 Abs. 2 vor Abänderung durch den Reichstagsausschuß.)

II. Gefängnis: A. Gefängnis als einzige Straftat: 1. der gewöhnliche Strafrahmen (1 Tag bis 5 Jahre § 35 Abs. 2): §§ 88e, 98a, 101, 104—109, 112, 115 Abs. 1, 118 Abs. 1, 119 Abs. 1, 121 Abs. 1, 124 Abs. 2, 125 Abs. 1, 126 Abs. 1, 130 Abs. 1, 136 Abs. 1, 141—144, 149, 149a, 172 Abs. 1, 175, 177 Abs. 1, 183, 185a Abs. 1, 193 Abs. 1, 194 Abs. 1, 195 Abs. 1, 196—199, 206 Abs. 1, 207 Abs. 1, 208 Abs. 1, 209, 216 Abs. 1, 231—233, 238 Abs. 1, 239 Abs. 1, 241 Abs. 1, 243, 247, 248, 253, 257 Abs. 1, 258, 261,

Im kommenden Strafrecht ist demnach die Frage, wie ist die Strafe innerhalb des Strafrahmens zu bemessen (Strafbemessung), inwieweit herrscht dabei richterliche Ermessensfreiheit, nicht weniger bedeutsam als im geltenden Recht.

## II. Ebensovienig sind die Nebenstrafen und Nebenfolgen<sup>1</sup> im gelten-

274, 275 Abs. 1, 276 Abs. 1, 277 Abs. 2, 279, 289, 294, 305, 307, 311, 313, 316, 325 Abs. 4, 327, 328, 340 Abs. 1, 343, 346 Abs. 1, 348 Abs. 1 u. 2, 350 Abs. 1, 359, (vgl. weiter unter „Gefängnis oder Geldstrafe“). 2. Verkleinerung des gewöhnlichen Strafrahmens: a) durch Einführung einer Höchstgrenze: aa) 1 Tag bis 6 Wochen: § 370; bb) 1 Tag bis 3 Monate: § 362 Abs. 1, 372 (vgl. weiter unten); cc) 1 Tag bis 6 Monate: § 303 (vgl. weiter unten); dd) 1 Tag bis 1 Jahr: §§ 113 Abs. 1, 265 a, 267, 271, 361 Abs. 1 (vgl. weiter unten); ee) 1 Tag bis 2 Jahre: §§ 110, 146, 147 Abs. 4, 169, 170, 179, 184 Abs. 2, 186a, 214, 280, 288, 290 Abs. 2, 299, 315, 342 (vgl. weiter unten); ff) 1 Tag bis 3 Jahre: §§ 156 Abs. 1, 266 (vgl. weiter unten); b) durch Einführung einer Mindestgrenze: aa) 1 Monat bis 5 Jahre: §§ 113 Abs. 2, 152, 192 Abs. 1, 203 Abs. 1, 204 Abs. 1, 205 Abs. 1, 218, 329 Abs. 1, 339 Abs. 1, 362 Abs. 3; bb) 3 Monate bis 5 Jahre: §§ 118 Abs. 2, 119 Abs. 3, 120 Abs. 1, 131 Abs. 1, 132 Abs. 1, 133 Abs. 1, 134 Abs. 1, 154 Abs. 1, 155, 176 Abs. 1, 183a Abs. 1, 244, 265 Abs. 1, 270 Abs. 1, 284 Abs. 1, 314 Abs. 2, 361 Abs. 2; cc) 6 Monate bis 5 Jahre: §§ 96 Abs. 1, 252 Abs. 1, 297 Abs. 1; dd) 1 Jahr bis 5 Jahre: §§ 100 Abs. 1; ee) 2 Jahre bis 5 Jahre: § 270 Abs. 2; ff) 3 Jahre bis 5 Jahre: § 270 Abs. 2; c) durch Einführung einer Höchst- und Mindestgrenze: 1 Monat bis 3 Jahre: § 319. B. Gefängnis neben Geldstrafe (§ 37). 1. Der gewöhnliche Strafrahmen der Gefängnisstrafe neben Geldstrafe: §§ 173, 200, 201, 242 Abs. 1, 333 Abs. 1, 334 (vgl. auch oben). 2. Der verkleinerte Strafrahmen der Gefängnisstrafe neben Geldstrafe: a) Verkleinerung des Gefängnisstrahmens durch Einführung einer Höchstgrenze: aa) 1 Tag bis 6 Wochen: §§ 336, 345; bb) 1 Tag bis 3 Monate: §§ 217, 352, 368, 371; cc) 1 Tag bis 6 Monate: §§ 162, 163, 167, 168, 174, 210, 219, 324, 325, 366; dd) 1 Tag bis 1 Jahr: §§ 114, 123, 138 Abs. 2, 147 Abs. 1 u. 2, 159, 161, 177 Abs. 2, 192 Abs. 2, 224, 241 Abs. 3, 242 Abs. 2, 278, 314 Abs. 1, 317, 320, 321, 337, 347, 355; ee) 1 Tag bis 2 Jahre: §§ 96 Abs. 3, 115 Abs. 2, 145, 147 Abs. 4, 160, 165, 171, 181, 182, 211, 220, 240, 255, 256, 268, 277 Abs. 1, 298, 301, 302, 354, 356, 357, 367; ff) 1 Tag bis 3 Jahre: §§ 178, 236, 259, 281, 326; b) Verkleinerung des Gefängnisstrahmens durch Einfügung einer Mindestgrenze—; c) Verkleinerung des Gefängnisstrahmens durch Einfügung einer Höchst- und Mindestgrenze. — 3. Erweiterter Strafrahmen bei der Geldstrafe: a) Geldstrafe bis 100 000 RM. neben Gefängnis (vgl. 2a, cc): § 224; b) sonstige Erweiterung des Strafrahmens der Geldstrafe ergibt sich aus § 38 bis zur Höhe von 100 000 RM. Zu erwähnen ist ferner, daß nach § 38 in jedem Falle in dem die Tat auf Gewinnsucht beruht, auch wenn das Gesetz keine Geldstrafe androht, diese neben der Freiheitsstrafe bis zur Höhe von 100 000 RM. zulässig ist.

Neben jede Freiheitsstrafe tritt unter den Voraussetzungen des § 72 Einschließung (Erweiterung des Strafrahmens durch andere Strafart!).

Endlich ist in diesem Zusammenhang noch auf §§ 73/74 hinzuweisen. (Besondere Milderungsgründe und mildernde Umstände.) Durch diese Vorschriften wird der § 27 b StGB. nicht voll ersetzt. Eine Umwandlung der Gefängnisstrafe in Geldstrafe ist im Entwurf (vgl. Schlußsatz des § 73) nur vorgesehen, wenn besondere Milderungsgründe oder mildernde Umstände vorliegen. Das ergibt sich aus der Stellung des Schlußsatzes (vgl. auch die Begründung S. 55).

<sup>1</sup> Unter „Nebenstrafen und Nebenfolgen“ werden hier zunächst alle Maßregeln zusammengefaßt, die nicht ausschließlich dem Besserungs- oder Erziehungs-

den Strafgesetzbuch oder im Entwurf eindeutig bestimmt. Die Wege, die der Gesetzgeber eingeschlagen hat bei der Androhung einer Nebenstrafe ergeben sich aus folgender Übersicht.

1. Die Anwendung der Nebenstrafe ist eindeutig vorgeschrieben und zwar:

a) unter genauer Umschreibung des Umfanges, sei es, daß diese gesetzlich oder aus der Natur der Sache sich ergibt. Irgendwelche richterliche Bestimmungen kommen hier nicht in Betracht. Im geltenden Recht ist das der Fall in § 161 StGB. bei der dauernden Eidesunfähigkeit oder in einigen Fällen der Einziehung<sup>1</sup>, sowie bei der Unbrauchbarmachung<sup>2</sup>.

b) Die Nebenstrafe ist vom Richter innerhalb eines gesetzlich bestimmten Rahmens im Einzelfall genau zu bestimmen. Hierhin gehören nach dem geltenden Strafrecht die Fälle, in denen auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen ist<sup>3</sup>. Der Richter hat die Zeitdauer festzusetzen. Weiterhin ist hierin die obligatorisch vorgeschriebene Bekanntmachung von Urteilen zu zählen<sup>4</sup>.

2. Die Anwendung der Nebenstrafe oder Nebenfolge ist dem Begriff des „Könnens“ unterstellt. Sie „kann“ von dem Richter angewandt werden. Auch hier gibt es die beiden Unterschiede:

a) Die Nebenstrafe bzw. Nebenfolge ist der näheren Bestimmung durch den Richter entzogen. Hierin gehören aus dem geltenden Recht: die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte neben der Todes- oder lebenslangen Zuchthausstrafe, da sie hier auf Lebensdauer auszusprechen ist<sup>5</sup>, ferner der Ausspruch des Verlustes der bekleideten öffentlichen Ämter und der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte<sup>6</sup>.

---

zweck dienen. Vgl. Überschrift zum 7. Abschnitt im Entwurf 27. Im einzelnen werden die Eingruppierungen hier ohne Stellungnahme zu Ansichten der Literatur vorgenommen. Auf die rechtliche Charakterisierung einzugehen, ist an dieser Stelle, wo es sich lediglich um eine Übersicht darüber handelt, ob und inwieweit der Gesetzgeber eindeutig Folgen an den Schuldausspruch geknüpft hat, nicht der Platz.

<sup>1</sup> Hier sind zu nennen: §§ 152, 284 b Satz 1, 295, 296 a, 335. Im Entwurf 27 vgl. §§ 128, 221, 358 Satz 1, 364 Abs. 1 (s. aber auch Abs. 2).

<sup>2</sup> Vgl. § 41 StGB., ferner Entwurf §§ 53, 221 Abs. 3.

<sup>3</sup> §§ 161, 181, 302 d u. e StGB., § 48 Auswanderungsgesetz vom 9. 6. 1897. — Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ist in dem Entwurf unbekannt.

<sup>4</sup> §§ 165, 200 StGB. Sie kommt namentlich auch in Lebensmittel- und Steuergesetzen vor. Im Entwurf vgl. §§ 101 Abs. 2, 323.

<sup>5</sup> RG. (I. Senat) Urt. vom 10. März 1887 (Rep. 448/87) in RG. S. 175.

<sup>6</sup> §§ 81, 83, 84, 87—91 StGB., § 8 SpionGes., nach § 33 StGB. bewirkt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte den dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurteilten hervorgegangenen Rechte, der öffentlichen Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen. Hier handelt es sich, ebenso wie in §§ 31, 34 StGB., §§ 46, 49 Abs. 1, Entw. 27 um unmittelbare Folgen einer Strafe,

Weiterhin gehört hierin die Einziehung in einem Teil der Fälle des geltenden Rechts, sowie in §§ 52, 53 Abs. 2, Entwurf 27.

b) Die Nebenstrafe ist vom Richter innerhalb eines gesetzlich bestimmten Rahmens genau zu bestimmen. Beispiele hierfür sind die Abkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bei zeitiger Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe im geltenden Recht<sup>1</sup>, sowie der Ausspruch des Verlustes der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter im geltenden Recht<sup>2</sup> und Entwurf<sup>2</sup> und der Ausspruch des Verlustes des Wahl- und Stimmrechts im Entwurf<sup>3</sup>. In diesen Fällen hat der Richter die Zeitdauer des Verlustes zu bestimmen. Im Falle des § 319 StGB., in dem es sich um die Unfähigkeitserklärung zur Beschäftigung im Eisenbahn- und Telegraphendienst handelt, richtet sich die Bestimmung durch den Richter auf den Umfang der Unfähigkeitserklärung.

Eine besondere Stellung nimmt die Buße im geltenden Recht ein<sup>4</sup>. Wie sie rechtlich auch immer aufzufassen ist<sup>5</sup>, sie kann doch als eine Nebenfolge der Straftat bezeichnet werden. Bezüglich ihrer Anwendung bedient sich das Gesetz regelmäßig<sup>6</sup> der Wendung: Es „kann“ auf Buße erkannt werden. Die Buße muß sich im Rahmen von 3 bis 10000 RM. halten<sup>7</sup>.

III. Bezüglich der Maßregeln der Besserung und Sicherung sind folgende Möglichkeiten zu scheiden:

1. Die Anwendung der Maßregel ist eindeutig vorgeschrieben, falls ihre Voraussetzungen als erfüllt angesehen werden.

Hier kommen die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt (§ 56), die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Entziehungsanstalt (§ 57) und die Unterbringung in einem Arbeitshaus (§ 58). Liegen die Voraussetzungen der Maßregel vor, so ordnet das Gericht sie an. Bei der näheren Ausgestaltung der Maßregeln wird das Gericht insoweit tätig, als es vor Ablauf der in § 60 festgesetzten Dauer der Maßregeln, soweit deren Überschreitung überhaupt möglich ist, deren Verlängerung bestimmt (nämlich dann, wenn noch die Voraussetzungen für die Unterbringung vorliegen). Bei dieser Verlängerung kann das Gericht eine kürzere als die gesetzliche Frist zur erneuten Prüfung bestimmen.

---

nicht aber um eine selbständige Nebenstrafe oder Nebenfolge. Derartige sich erst aus der Strafe, aber unmittelbar an sie anknüpfende Folgen werden im Text nicht erwähnt.

<sup>1</sup> § 32 StGB.    <sup>2</sup> § 35 StGB. — § 47 Entwurf, ferner §§ 89, 98 Entwurf.

<sup>3</sup> § 49 Abs. 2 und 3 Entwurf, ferner §§ 89, 98 Entwurf.

<sup>4</sup> Die Buße wird im Entwurf nicht geregelt.

<sup>5</sup> Über die Natur der Buße vgl. VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 417.

<sup>6</sup> §§ 188, 231 StGB. Vgl. auch im Urheber-, gewerblichen Schutzrecht.

<sup>7</sup> Art. IV der Verordnung über Vermögensstrafen vom 6. November 1924 (RGBl. 1924 I, S. 44).

2. Die Entscheidung ist dem Begriff des „Könnens“ unterstellt. Hinsichtlich der Tragweite der Entscheidung sind zwei Fälle zu unterscheiden.

a) Die Entscheidung enthält die Anordnung der Maßnahme. Ein solcher Fall fehlt dem geltenden Recht. Aus dem Entwurf kommt hier die Sicherungsverwahrung (§ 59) in Betracht.

b) Die Entscheidung enthält nur die Erklärung der Zulässigkeit der Anordnung von Maßnahmen durch die Polizeibehörde. Das geltende Recht kennt die Polizeiaufsicht<sup>1</sup>, die Überweisung an die Landespolizeibehörde<sup>2</sup>, ferner die Zulässigkeit der Reichsverweisung. Der Entwurf kennt von diesen Maßnahmen nur die letztgenannte<sup>3</sup>.

3. Bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung ist endlich zu prüfen, ob bei der Festsetzung der Dauer oder Verlängerung der Maßnahme Raum für freies Ermessen ist.

IV. Als Maßnahme der Aussetzung der Vollstreckung der Urteilsfolgen kommt der „bedingten“ Aussetzung<sup>4</sup>, namentlich der Strafe, (über „bedingte“ Aussetzung der Maßregeln der Besserung und Sicherung vgl. § 61 Entw.) eine immer wachsende Bedeutung zu. Die Gerichte „können“ diese Maßnahme anwenden (§ 40 Entw. 27), oder sie sind zu deren Anwendung „ermächtigt“ [§ 1 der A.V. d. Preuß. Justizministers vom 19. Oktober 1920 (JMBl. S. 564) in der Fassung der A.V. vom 15. Juni 1921 (JMBl. S. 349) und vom 19. Juni 1921 (JMBl. S. 370)]. Das Gericht kann dem Verurteilten besondere Pflichten auferlegen (§ 42 Entw. 27, § 3 angef. A. V. Einzelheiten s. in § 11 d. Abh.).

Aus der vorstehenden Übersicht ergeben sich als Tätigkeiten des Strafrichters, die auf das Vorliegen freien Ermessens zu untersuchen sind:

1. Die Strafbemessung hinsichtlich der Hauptstrafe, soweit die Bemessung innerhalb eines Rahmens erfolgt.

2. Die Festsetzung der Nebenstrafen und Nebenfolgen,

a) soweit ihre Anwendung zwar eindeutig vorgeschrieben, ihre Ausgestaltung jedoch vom Richter näher zu bestimmen ist, und

b) soweit ihre Anwendung dem Begriffe des „Könnens“ unterliegt, sei es, daß die nähere Bestimmung dem Richter entzogen, sei es daß sie ihm übertragen ist.

3. Die Bestimmung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, soweit sie dem Begriffe des „Könnens“ unterliegt, sowie die Mitwirkung des

<sup>1</sup> §§ 38, 39 StGB. — fehlt im Entwurf.

<sup>2</sup> §§ 181a, 362 II StGB. — fehlt im Entwurf.

<sup>3</sup> §§ 64, 89, 98, 122, 360 Entwurf. Der Strafrechtsausschuß des Reichstags hat die „Mußvorschrift“ des § 64 Entw. 27 in eine „Kannvorschrift“ verwandelt. Vgl. DJZ. 33, Sp. 76.

<sup>4</sup> Über die verschiedenen Formen und Bezeichnungen der bedingten Aussetzungen vgl. § 11.

Gerichts bei der Verlängerung der gesetzlichen Dauer gewisser Maßregeln der Besserung und Sicherung, soweit das Gericht eine Prüfungsfrist festsetzen kann.

4. Die bedingte Aussetzung.

## I. Die Strafbemessung.

### A. Hauptstrafen.

#### § 4. Gesetzlicher Strafrahmen und Ermessensgrenze.

Darüber, ob bei der Strafbemessung freies Ermessen obwaltet oder nicht, herrscht keine Einigkeit. Gegen die Annahme der Ermessenfreiheit sprechen sich aus: BÜHLER<sup>1</sup>, DROST<sup>2</sup>, HERRNRITT<sup>3</sup>, VON LAUN<sup>4</sup>, LOBE<sup>5</sup>, MANNHEIM<sup>6</sup>, NAWIASKY<sup>7</sup>, RADBRUCH<sup>8</sup>, STIER-SOMLO<sup>9</sup> und WEHLI<sup>10</sup>. Freies Ermessen bei der Strafbemessung nehmen an: ALDAG<sup>11</sup>, FRIEDRICH<sup>12</sup>, GERLAND<sup>13</sup>, HAFTER<sup>14</sup>, HÄLSCHNER<sup>15</sup>, HEILBRON<sup>16</sup>, HOFACKER<sup>17</sup>, W. JELLINEK<sup>18</sup>, KISS<sup>19</sup>, M. E. MAYER<sup>20</sup>, MERKL<sup>21</sup>, MEZGER<sup>22</sup>, OERTMANN<sup>23</sup>, SCHEUNER<sup>24</sup> und ZORN<sup>25</sup>, wohl auch HEIMBERGER<sup>26</sup>.

Nicht alle, die die Ermessensfreiheit bei der Strafbemessung bejahen, haben eine Umgrenzung der Ermessensfreiheit gegeben<sup>27</sup>. Aus der Annahme der Ermessensfreiheit folgt noch nichts für deren Umfang. Jedenfalls erscheint es nicht gerechtfertigt, aus der Bejahung der Ermessensfreiheit den Schluß zu ziehen, daß sie lediglich im gesetzlichen Strafrahmen ihre Grenzen fände. Denn der Strafrahmen braucht nicht die beiden äußeren Grenzen zu bilden, die Grenzen können vielmehr in einem bedeutend kleineren, zwar innerhalb des Strafrahmens befindlichen Spielraum liegen.

<sup>1</sup> BÜHLER: Subjektives öffentliches Recht, S. 34.    <sup>2</sup> DROST: S. 43.

<sup>3</sup> HERRNRITT: S. 291 Anm. 1.    <sup>4</sup> VON LAUN: S. 57.

<sup>5</sup> LOBE: Gutachten zum 32. deutschen Juristentag S. 136.

<sup>6</sup> MANNHEIM: S. 174.    <sup>7</sup> NAWIASKY: S. 396.

<sup>8</sup> RADBRUCH: JW. 1929 S. 1005 zu Nr. 5.

<sup>9</sup> STIER-SOMLO: Festgabe II S. 457 ff.

<sup>10</sup> WEHLI: S. 18.    <sup>11</sup> ALDAG: Gleichheit vor dem Gesetz, S. 101.

<sup>12</sup> FRIEDRICH: Hdwbuch. S. 337.    <sup>13</sup> GERLAND: Strafzumessung S. 796.

<sup>14</sup> HAFTER: S. 345, 355.    <sup>15</sup> HÄLSCHNER: S. 637.    <sup>16</sup> HEILBRON: S. 28.

<sup>17</sup> HOFACKER: S. 192, s. auch Grenzabscheidung zwischen Strafrechtssprechung und Verwaltung, S. 23.

<sup>18</sup> JELLINEK, W.: Gesetz, S. 193. VerwR. S. 40.

<sup>19</sup> KISS: S. 548 und Anm. 44.    <sup>20</sup> MAYER, M. E.: S. 486.

<sup>21</sup> MERKL: S. 151.    <sup>22</sup> MEZGER: Lehrbuch S. 498, Z. 51 S. 856.

<sup>23</sup> OERTMANN: Freiheit S. 17, DJZ. 1912, Sp. 188.    <sup>24</sup> SCHEUNER: S. 81

<sup>25</sup> ZORN: VerwArch. Bd. 2 S. 142.

<sup>26</sup> HEIMBERGER: Freiheit und Gebundenheit, S. 18 ff.

<sup>27</sup> So z. B. SCHEUNER, wohl auch MERKL und W. JELLINEK.

Freilich sind manche<sup>1</sup> der Ansicht, daß das Ermessen sich frei innerhalb des Strafrahmens betätigt, daß nur dieser die Schranken des freien Ermessens gibt.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Würde das freie Ermessen nur in dem Strafmaximum und -minimum seine Grenzen finden, so müßten zwei Entscheidungen zweier Gerichte in annähernd gleichliegenden Sachen, von denen die eine 1 Tag Gefängnis und die andere 5 Jahre ausspricht, rechtlich gleichwertig sein.

Eine solche ungleiche Anwendung des Gesetzes kann nicht rechtens sein. Sie ist es auch nicht.

Sie wird durch den Grundsatz der Gerechtigkeit ausgeschlossen. Gerechtigkeit<sup>2</sup> ist der Grundsatz, ein menschliches Tun oder Denken nach seinem Werte oder Unwerte für eine objektive Ordnung zu bewerten. Maßgebend als Ausgangspunkt für die Bewertung ist der Inhalt der Ordnung. Aus ihm ergeben sich die für die Bewertung als Grundlage in Frage kommenden Gesichtspunkte. Daher kann es vorkommen, daß das, was nach der einen Ordnung gerecht erscheint, vom Standpunkt der anderen Ordnung ungerecht<sup>3</sup> ist. Die Bestrafung eines nicht einmal bedeutsamen Betrugers ist von der Rechtsordnung aus gesehen gerecht, die Bestrafung einer üblen, den Maschen des Gesetzes entgehenden Schiebung würde jedoch ungerecht sein, falls nach den gemäß der Rechtsordnung anzuwendenden Gesichtspunkten dieser Vorgang strafrechtlich unbedeutsam ist, so daß er keiner rechtlichen Bewertung unterliegt<sup>4</sup>. Anders vom Standpunkt der Sittlichkeitsordnung: der Betrugsfall würde auch hier verwerflich, die Schiebung aber bei weitem verwerflicher sein. Von diesem Standpunkt aus würde eine Gleichgültigkeit gegenüber den Schiebungsvorgängen ungerecht erscheinen.

Ebenso wie es auf den Inhalt der Rechtsordnung ankommt, ob ein Vorgang wertvoll oder verwerflich oder indifferent ist, kommt es auch auf den Inhalt der Rechtsordnung an, welche Maßprinzipien der Bewertung zugrunde gelegt werden sollen. Für die Bewertung einer strafbaren

<sup>1</sup> So am deutlichsten GERLAND, HAFTER, HOFACKER, M. E. MAYER, OERTMANN (in Freiheit), ferner auch FRIEDRICH, KISS.

<sup>2</sup> Die Literatur über den Begriff der Gerechtigkeit ist außerordentlich umfangreich. Die Ansichten weichen stark voneinander ab. Eine knappe Übersicht über verschiedene Definitionen bei SAUER: Grundlagen des Prozeßrechts, S. 31, vgl. auch MAX RUMELIN: Gerechtigkeit, S. 14 ff. 60 Anm. 2; ferner COENDERS: Richtlinien, S. 15 f.; STIER-SOMLO: a. a. O. S. 482.

<sup>3</sup> Das höchste Ideal liegt in der Übereinstimmung aller Ordnungen unter Anlehnung an die höchste: die göttliche Ordnung. Die Rechtsordnung kommt freilich diesem Ideal nur schwach nach. Sie strebt das geringere: die Rechtssicherheit und Ordnung, und leistet auch so zweifellos hohe kulturelle Werte. SAUER: Rechtsphilosophie, S. 229 bezeichnet die durch die Rechtsanwendung als solche erfolgenden Gerechtigkeit als „konkrete Gerechtigkeit“.

<sup>4</sup> Zutreffend STIER-SOMLO: a. a. O. S. 493.

Handlung kann etwa: der Abschreckungs-, der Besserungs-, Sicherungs- oder Ausgleichungsgesichtspunkt in Frage kommen. Dieser letzte Gesichtspunkt, bei dem es sich um den Ausgleich der verletzten Rechtsordnung durch die Strafe handelt, ist die Vergeltung<sup>1</sup>. Gerechtigkeit und Vergeltung werden zuweilen als eins behandelt<sup>2</sup>. Jedoch zu unrecht. Vergeltung ist ebensowenig Gerechtigkeit wie Abschreckung, Sicherung oder Besserung. Gerechtigkeit vom Standpunkt der Rechtsordnung kann und soll unter jedem Maßprinzip verwirklicht werden<sup>3</sup>. Es gibt ebensogut eine gerechte Sicherung oder Abschreckung wie eine gerechte Vergeltung. Trotz der Möglichkeit verschiedener Ergebnisse kann etwa im FEUERBACHSchen Abschreckungsstrafrecht oder im FERRISchen Sicherungsstrafrecht ebensowohl Gerechtigkeit geübt werden wie im Vergeltungsstrafrecht, und in jedem der Systeme kann Ungerechtigkeit stattfinden<sup>4</sup>. Eine andere Frage, die hier nicht näher zu behandeln ist, ist die, ob unter einem bestimmten Maßprinzip der Rechtsordnung die Ergebnisse am ehesten als auch von einer anderen Ordnung, etwa der Sittlichkeitsordnung, aus als gerecht erscheinen.

Mag die Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips unter den verschiedenen Gesichtspunkten je nach dem Inhalt der Rechtsordnung zu verschiedenen Ergebnissen führen und zwar zu Ergebnissen, die von anderen Gesichtspunkten als ungerecht erscheinen, so bewährt doch die Gerechtigkeit unter jedem System ihre den Rahmen der möglichen Strafgrößen einschränkende Kraft.

Die Gerechtigkeit bedeutet zunächst eine Bewertung eines Tuns oder Denkens. Dieser Bewertung tritt ein zweiter bewertender Vorgang hinzu wenn es sich um die Anknüpfung einer dieser Bewertung entspringenden Folge handelt, die in einer zu der Größe des Wertes oder des Unwertes entsprechendes Verhältnis gebracht werden muß. Die Herbeiführung dieses Verhältnisses setzt eine Bewertung auch der Folge voraus. Jede Bewertung enthält ein immerhin bedeutsames Maß an Subjektivem. Dadurch ist aber die Möglichkeit der Auffindung einer einzigen Entscheidung durch verschiedene bewertende Menschen zwar keineswegs vollständig ausgeschlossen, aber unsicher und von einer zufälligen Übereinstimmung in der Bewertung abhängig. Die Bewertung desselben Sachverhalts unter dem gleichen Maßprinzip kann und wird oftmals gerade hier, wo es sich um eine mehrfache Bewertung handelt, eine verschiedene sein. Diese Tatsache wird von der Allgemeinheit auch anerkannt. Entscheidungen

<sup>1</sup> Über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes Vergeltung s. S. 58 f.

<sup>2</sup> So z. B. BIRKMEYER: Z. 16 S. 97, keine scharfe Unterscheidung auch bei VON HIPPEL: I S. 497, 508, 509. — Eine scharfe Trennung bei M. E. MAYER: S. 435, vgl. auch SAUER: Strafrecht, S. 95, 105 ff., 112.

<sup>3</sup> Ähnlich VON LISZT in der von RICHARD SCHMIDT: Strafrechtsreform S. 73 angegriffenen Äußerung Z. 3 S. 31.

<sup>4</sup> So auch hinsichtlich der Vergeltung VON HIPPEL: I S. 497.

innerhalb eines gewissen Rahmens werden als zutreffend und zubilligend hingenommen. Die Grenzen liegen dort, wo erkennbar wird, daß nicht die Sache selbst, sondern die Person den überragenden Anteil an dem Bewertungsergebnis hat<sup>1</sup>, daß der sachliche Wert oder Unwert der Handlung, die sachliche Beziehung der Folge zum Wert oder Unwert durch die Persönlichkeit des Bewertenden zurückgedrängt ist. Dieser Fall ist gegeben, wenn die Bewertung sich nicht mehr innerhalb der von der Allgemeinheit bei Anwendung des gleichen Maßprinzips anerkannten Bewertungsskala hält, wenn sie einem billig denkenden Durchschnittsmenschen, der vom gleichen Maßprinzip ausgeht, nicht mehr als haltbar und vernünftig erscheint. Solange aber die Bewertung innerhalb dieses Rahmens sich hält, liegt ein Verstoß gegen die Gerechtigkeit nicht vor<sup>2</sup>.

Die Geltung des Gerechtigkeitsgrundsatzes bei der Bestimmung der strafrechtlichen Folgen ergibt sich aus dem Wesen und Zweck des Rechts und der Rechtsordnung. Sie ist bezüglich der Rechtsanwendung auch niemals angezweifelt worden. Einer ausdrücklichen positiven gesetzlichen Bestätigung bedarf der Gerechtigkeitsgrundsatz nicht.

In neuerer Zeit hat man vielfach in Art. 109 Abs. 1 RV. eine positivrechtliche Wiedergabe des Gerechtigkeitsgrundsatzes sehen wollen. Tatsächlich ist denn auch der Satz von der Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 109 Abs. 1 RV.<sup>3</sup>) mit der Strafbemessung in Zusammenhang gebracht worden. So hat RICHARD SCHMIDT<sup>4</sup> aus dem Gleichheitssatz

<sup>1</sup> Die Grenzüberschreitung braucht keineswegs auf eigentlich „unsachlichen“, subjektiv verwerflichen Gründen zu beruhen, sie kann sich vielmehr aus einer außergewöhnlich starken Subjektivität des Beurteilenden ergeben.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu auch JOH. NAGLER S. 610 ff. (vom Standpunkt des Vergeltungsrechts).

<sup>3</sup> Außer der bereits angeführten Literatur seien zum Problem der Gleichheit vor dem Gesetz noch genannt: ALDAG, HEINRICH: Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung. Berlin 1925. BREIHOLODT: Das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz, Pr. Verw. Bl. 47 S. 126 ff. 1926. FRIEDRICH, KARL: Gleichheit vor dem Gesetz, JW. 56 S. 425 ff. 1927. VON HIPPEL, ERNST: Zur Auslegung des Art. 109 I RV., Arch. öff. R. N. F. 10 S. 124 ff. 1926. KAUFFMANN, ERICH: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 3 S. 2 ff. Berlin, Leipzig 1927. LEIBHOLZ, GERHARD: Die Gleichheit vor dem Gesetz 1925. — Verw. Arch. 31 S. 231 ff. 1926. — Arch. öff. R. N. F. 12 S. 1 ff. 1927. MAINZER: Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht. Berlin 1929. NAWIASKY, HANS: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung in den Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer, S. 25 ff. Berlin, Leipzig 1927. RÜMELIN, M.: Die Gleichheit vor dem Gesetz 1929. SANDER, FRITZ: Der Sinn des Satzes von der Gleichheit vor dem Gesetz, Prag. J. Z. 11 Sp. 273 ff. 1931: SCHMITT, CARL: Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz 1926. STIER-SOMLO, FRITZ: Art. 109, Gleichheit vor dem Gesetz, in Nipperdey: Grundrechte, Grundpflichten der Reichsverfassung, 1. Bd. (1929) S. 158 ff. TRIEPEL, HEINRICH, Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien 1924.

<sup>4</sup> SCHMIDT, RICHARD: Veröffentlichung III S. 46.

die Forderung an den Gesetzgeber zum Erlaß von eine gleichmäßige Strafbemessung garantierenden Vorschriften entnommen. Während dem Gleichheitssatz nach dieser Äußerung nur eine programmatische Bedeutung zuerkannt wird<sup>1</sup>, sieht ALDAG<sup>2</sup> in ihm das Verbot einer Strafe, welche bei weitem das Übliche übersteigt.

Der Auslegung des Art. 109 Abs. 1 RV. ist in den letzten Jahren eine besondere Aufmerksamkeit zugewandt. Es stehen insbesondere zwei Fragen im Mittelpunkt: 1. Bindet Art. 109 Abs. 1 RV. nur die Rechtsprechung und Verwaltung oder auch den Gesetzgeber? 2. Welches ist der Inhalt des Gleichheitssatzes?

Die erste Frage ist im Rahmen dieser Abhandlung von keiner grundsätzlichen Bedeutung<sup>3</sup>. Der Streit der Meinungen interessiert hier nur insoweit, als diejenigen, die in dem Gleichheitssatz eine Bindung des Gesetzgebers sehen, im allgemeinen zu einer weiteren Deutung des materiellen Inhalts des Gleichheitssatzes gelangen.

Hinsichtlich des Inhalts des Gleichheitssatzes lassen sich die Ansichten im wesentlichen in zwei Gruppen einteilen. Die einen erblicken in ihm lediglich den Grundsatz der persönlichen Gleichheit, während die anderen in ihm auch den Grundsatz der sachlichen Gleichheit niedergelegt wissen wollen<sup>4</sup>.

Die persönliche Gleichheit bedeutet, daß eine unterschiedliche Behandlung eines Staatsbürgers mit Rücksicht auf seine Person nicht stattfinden darf. Es darf für die Entscheidung nicht maßgeblich sein, welcher Religion, Konfession, Weltanschauung oder Partei, welchen Stammes oder Berufsstandes der Staatsbürger ist. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse als solche sind unbeachtlich. Ein Staatsbürger ist so gut wie der andere. Beachtlich sind solche Unterschiede nur, insofern ihnen von der sachlichen Seite Bedeutung zukommt, insofern der Schwerpunkt bei der sachlichen Betrachtung liegt und diese eine Unterscheidung nach der Persönlichkeit erfordert<sup>5</sup>. Den Grundsatz der persönlichen

<sup>1</sup> In ähnlichem Sinn spricht das Bayr. Oberst. LG. in DJZ. 31 Sp. 904 Art. 109 Abs. 1 als Programmsatz an.

<sup>2</sup> ALDAG: S. 101 f. Ähnlich auch DROST: S. 43.

<sup>3</sup> Vgl. zu diesem Punkte ANSCHÜTZ zu Art. 109 mit reicher Literaturangabe.

<sup>4</sup> Über kritische Äußerungen zur Unterscheidung der persönlichen und sachlichen Gleichheit s. S. 51.

<sup>5</sup> So berücksichtigt das Bayr. Oberst. LG. (III Z. S.; 4. Juli 1925) in DJZ. 30 Sp. 1594 mit Recht die Parteizugehörigkeit bei der Bestellung eines Vormunds. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt hier auf der sachlichen Seite. Die Frage war: eignet sich ein Vormund mit völlig politisch anderen Anschauungen zu dieser Stellung? nicht aber — und dann hätte der Schwerpunkt bei der persönlichen Seite gelegen — eignet sich ein Vormund dieser politischen Richtung überhaupt zum Vormund? Diese letzte Fragestellung würde mit Art. 109 Abs. 1 RV. unvereinbar sein. Daß hier der Schwerpunkt auf dem Sachlichen liegt, ergibt sich daraus, daß,

Gleichheit hat unter Auswertung des positiven verfassungsrechtlichen Materials in besonderer Schärfe NAWIASKY<sup>1</sup> betont. Im gleichen Sinn legt W. JELLINEK<sup>2</sup> den Gleichheitsartikel aus. ANSCHÜTZ<sup>3</sup> gibt dem Gedanken der persönlichen Gleichheit für die Rechtsanwendung Ausdruck, indem er ihm die Bedeutung verleiht, „daß das Gesetz, einerlei, was es enthält und wer der ist, an den es sich richtet, rückhaltlos angewandt werden soll“, daß „die Gesetze ohne Ansehung der Person vollzogen“ werden sollen. Gleiches besagen ausdrücklich die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes vom 17. November 1928 in RGZ. 122 S. 36 (Nr. 1073) und des Badischen Verwaltungsgerichtshofes vom 9. April 1929 in JW. 1930 S. 1776 f. Nr. 4.

Nach der zweiten Ansicht bedeutet der Gleichheitssatz den Grundsatz der gleichen Behandlung gleicher Tatbestände. So formuliert ALDAG<sup>4</sup> den Inhalt des Gleichheitssatzes des Art. 109 Abs. 1, „daß in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gleiche Tatbestände gleich behandelt werden müssen“. In einer sachlich gleichbedeutenden Definition bezeichnet LEIBHOLZ<sup>5</sup> als Gleichheit aller Deutschen vor dem Gesetz „die nach dem jeweiligen Rechtsbewußtsein nicht willkürliche Handhabung des an die Adresse von Rechtssubjekten gerichteten Rechtes durch den Gesetzgeber und die Vollziehung (Justiz und Verwaltung)“. Den gleichen Standpunkt vertreten u. a. HATSCHKE<sup>6</sup>, KAUFMANN<sup>7</sup>, POETSCH-HEFFTER<sup>8</sup>, TRIEPEL<sup>9</sup> und neuerdings STIER-SOMLO<sup>10</sup>.

Ähnliche Formulierungen wie bei ALDAG finden sich auch in der Rechtsprechung, namentlich in Entscheidungen des Hamburgischen Obergerichtshofes<sup>11</sup>. Auch das Reichsgericht<sup>12</sup> hat — was JUNCK<sup>13</sup> als bemerkenswert hervorhebt — einmal erklärt: „Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz kann nur die Bedeutung haben, daß Tatbestände<sup>14</sup>

falls etwa der verstorbene Vater dieselbe politische Richtung wie der Vormund gehabt hätte, die Bestellung erfolgt wäre. Die Schwierigkeit lag also nicht in der Person, sondern in der Sache.

<sup>1</sup> NAWIASKY: Veröffentlichung III S. 35 ff.    <sup>2</sup> JELLINEK, W.: V. R. S. 165.

<sup>3</sup> ANSCHÜTZ: Verfassungsurkunde, S. 108 f. RV. zu Art. 109 Anm. 1; vgl. MAX RÜMELIN, Gerechtigkeit, S. 21 f.; ebenso auch SANDER: Prag. JZ. 11 Sp. 289. 1931.

<sup>4</sup> ALDAG: S. 51.    <sup>5</sup> LEIBHOLZ: Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 87.

<sup>6</sup> HATSCHKE: St. R. 1. Aufl. 1 S. 196. In der 2. Aufl. HATSCHKE-KURTZIG I S. 242 ff. ist zwar die Ansicht der Bindung des Gesetzgebers wieder aufgegeben worden. Bezüglich des materiellen Inhalts ist jedoch die alte Auffassung beibehalten.

<sup>7</sup> KAUFMANN: Veröffentlichungen III S. 9 f.

<sup>8</sup> POETSCH-HEFFTER zu Art. 109, S. 399, 401.    <sup>9</sup> TRIEPEL: a. a. O. S. 26 ff.

<sup>10</sup> STIER-SOMLO in: Grundrechten I S. 177.

<sup>11</sup> Hamb. OVG. Entsch. vom 16. Mai 1929 (AZ 22/29) in JW. 1930 S. 2099 Nr. 1, vom 9. Oktober 1929 (AZ. 88/29) in JW. 1930 S. 1630 Nr. 5.

<sup>12</sup> Urt. vom 4. November 1925 (V 621/24) in RGZ. 111 S. 320 ff., insbesondere S. 328 f.

<sup>13</sup> JUNCK in DJZ. 1929 Sp. 1259.    <sup>14</sup> Hier gesperrt gedruckt.

von dem Gesetz als gleich zu behandeln sind, die ungleich zu behandeln Willkür bedeuten würde.“

Es könnte immerhin den Anschein erwecken, als ob das Reichsgericht damit den Grundsatz der sachlichen Gleichheit als Inhalt des Gleichheitssatzes bezeichnen will. An der Richtigkeit einer solchen Auslegung der Reichsgerichtsentscheidung bestehen jedoch begründete Bedenken. Die Frage nach dem Inhalt des Gleichheitssatzes stand in der Entscheidung nicht zur Behandlung, sondern die Frage, ob der Gesetzgeber an Art. 109 Abs. 1 gebunden ist oder nicht. Die Stellungnahme zur neuen Lehre umgeht das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung, ebenso wie in seinen sonst hier in Betracht kommenden Entscheidungen<sup>1</sup>, indem es davon ausgeht, daß die Frage ungleicher Behandlung erst bei gleichen Tatbeständen auftauchen könne, da dem Gleichheitssatz nur die Bedeutung gleicher Behandlung bei gleichen Tatbeständen zukommen könne. Damit sollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß gleiche Tatbestände Voraussetzung der Anwendbarkeit der neuen Lehre wären. Nicht aber sollte entschieden werden, daß Art. 109 Abs. 1 nicht nur besage, daß mit Rücksicht auf die Person keine Unterschiede gemacht werden dürfen, sondern daß überhaupt Gleiches gleich zu behandeln sei.

Die Unterscheidung zwischen persönlicher und sachlicher Gleichheit wird von manchen<sup>2</sup> abgelehnt und als undurchführbar bezeichnet. Wenn auch jede persönlich ungleiche Behandlung eine sachlich ungleiche darstellt, so wird dadurch doch nicht die Möglichkeit genommen, Unterschiede in der Ursache der ungleichen Behandlung dahin zu machen, ob die Ungleichheit entscheidend auf die Person als solche zurückzuführen ist, oder aber ob die Person als solche nicht das ausschlaggebende war. Eine fehlerhafte Ungleichheit braucht sich keineswegs aus der Person, auf die sich die Staatstätigkeit bezieht, herzuleiten. Das ist dann nicht der Fall, wenn die ungleiche Behandlung ebenso erfolgt wäre, wenn zufällig irgendeine beliebige andere Person der Betroffene wäre. Die die Unterscheidung zwischen persönlicher und sachlicher Gleichheit ablehnende Ansicht verweist zwar zu Recht auf die Schwierigkeiten einer solchen Unterscheidung hin, geht aber zu weit, indem sie sie ablehnt.

Den Vorzug verdient namentlich aus politisch-historischen Gründen die Ansicht derjenigen, die in dem Gleichheitssatz lediglich den Grundsatz persönlicher Gleichheit begründet sehen.

Der Gleichheitssatz hat als politischer Grundsatz seine Aufnahme in

<sup>1</sup> RG. Urt. vom 29. Januar 1926 (II 188/25) in RGZ. 113 S. 6 ff. (13), Urt. vom 17. September 1929 (III 515/28) in JW. 1929 S. 3380 Nr. 9, Beschl. vom 3. Dezember 1929 (VII 257/29) in RGZ. 128 S. 165 ff. (169 ff.). Vgl. auch Preuß. OVG. Urt. vom 16. Februar 1920 (II 671/25) in OVG. 80 S. 42 ff.

<sup>2</sup> TRIEPEL: Veröffentlichung III S. 51. STIER-SOMLO: a. a. O. S. 193.

die Reichsverfassung gefunden. In ihm kommt ein Fundamentalsatz demokratischen Denkens und Wollens zum Ausdruck<sup>1</sup>. Er proklamiert die Gemeinsamkeit des Menschentums und des Volkstums trotz aller persönlicher Verschiedenheiten. Unter diesem Gesichtspunkte werden die Verschiedenheiten verschwindend klein. Gesellschafts-, Religions-, Konfessions-, Rasse-, Berufs-, Vermögens- und Schicksalsunterschiede werden unter dem Gedanken des Menschentums und des Volkstums rechtlich unbeachtlich. In diesem Sinne hat der demokratische Gleichheitssatz sich von seinem Ursprung an entwickelt und verbreitet und auch in nicht demokratischen Verfassungen Aufnahme gefunden.

Die Umdeutung des Satzes von der Gleichheit der Person in den von der sachlichen Gleichheit im Sinne „gleicher Behandlung, gleicher Tatbestände“ bedeutet eine Verschiebung des Problems. Die Frage ist zunächst gerade die: Was ist gleich? Es kann als selbstverständlich gelten, daß unwesentliche Ungleichheiten der Gleichheit keinen Abbruch tun. Was ist aber unwesentlich ungleich? Ist der Stand, die Rasse, die Religion usw. wesentlich? Es scheint uns heute so, daß rechtlich von einem wesentlichen Unterschied keine Rede sein kann. Das ist aber keineswegs selbstverständlich. Es erscheint einem im Zeitalter demokratischer Gedanken aufgewachsenen Geschlecht allerdings selbstverständlich<sup>2</sup>. Vorher erschienen jedoch derartige Unterschiede wesentlich. Die Beseitigung solcher einer anderen Zeit wesentlich erscheinener Unterschiede war der Zweck des Gleichheitssatzes. Der Kampf ging demnach um die Frage: was ist gleich? Der Satz: Gleiches ist gleich zu behandeln galt auch schon, bevor die Gleichheit der Person anerkannt war.

Wo die Gleichheit der Person anerkannt ist, da verliert der Gleichheitssatz seinen ursprünglich auf Kampf abgestellten Charakter. Seine Bedeutung schrumpft zusammen. Er ist zu einer Kontrollvorschrift geworden, die die Beachtung einer allgemeinen Forderung enthält:

<sup>1</sup> Über den Zusammenhang von Demokratie und Gleichheit vgl. LEIBHOLZ: a. a. O. S. 16 ff.

<sup>2</sup> Daß der Gleichheitsgedanke, so wie er sich in der Demokratie entwickelt hat, keineswegs selbstverständlich ist, beweisen nicht nur frühere Zustände, sondern auch moderne Strömungen. Nicht nur ein Zufall ist das Fehlen des Gleichheitssatzes in der Deklaration der Sowjets in Rußland (vgl. ALEXEJEW: Die Entwicklung des russischen Staats in den Jahren 1923—1925 im Jahrb. Ost. R. XIV S. 324).

Dem Gleichheitssatz widersprachen Art. 47 Ziff. c, 48 Ziff. b des Russ. Verbrechenbekämpfungsg. B. von 1922. Nach Art. 47 Ziff. c war eine besondere, eine Strafschärfung begründende Gefährlichkeit des Täters darin zu sehen, daß er zum Stande der Exploytierenden gehört oder gehörte. Als Milderungsgrund galt dagegen die Zugehörigkeit zum Stand der Arbeiter oder Bauern. Da — wie SCHWARTZKOPF: Strafrecht Sowjetrußlands, S. 20 zu Recht betont — die jetzige oder frühere Zugehörigkeit zu einem Stande kein Merkmal des Grades der Gefährlichkeit sein kann, liegt hier ein Unterschied der Person vor.

nämlich die Beachtung der Gleichheit der Person<sup>1</sup>. Qualitativ ist so kein Bedeutungswandel eingetreten, nur quantitativ.

Die Gegenansicht führt aber zu einem qualitativen Bedeutungswandel. Mag sie sich auch auf eine bedeutsame ausländische Rechtsentwicklung berufen, irgendwelche Tatsachen, daß der Gleichheitssatz auch bei uns durch die Änderung der verfassungsrechtlichen Grundlage oder im Verlauf der weiteren Entwicklung erfahren hat, liegen nicht vor<sup>2</sup>. Wie NAWIASKY<sup>3</sup> überzeugend dargelegt hat, hat im wesentlichen nur die persönliche Gleichheit in der Reichsverfassung ihren Ausdruck gefunden. Es kann daher nicht angenommen werden, daß gerade der Gleichheitssatz eine Ausnahme machen soll, ohne daß zwingende Gründe dafür vorliegen. Ob die Bedeutung des Grundsatzes der Gleichheit bei der hier vertretenen Deutung eine große oder geringe ist<sup>4</sup>, kann für seine wissenschaftliche Auslegung keine Rolle spielen. Überdies fragt es sich, ob ihm nicht gerade im Hinblick auf die Ideenwelt der russischen Revolution erneut politische Bedeutung zukommt<sup>5</sup>. Aber auch abgesehen davon — politisch gesehen — konnte der Satz in einer demokratischen Verfassung nicht fehlen, denn in ihm spiegelt sich zum größten Teil der Geist der Demokratie und der Sinn ihrer früheren Kämpfe wieder.

Bedeutet Art. 109 Abs. 1 RV. lediglich persönliche Gleichheit im Sinne eines Verbots unterschiedlicher Behandlung mit Rücksicht auf die Person, so ergibt sich aus diesem Artikel für die Frage, ob die Grenzen des Ermessens im Einzelfall durch das gesetzliche Strafmaximum und -minimum gebildet werden, nichts. Die Auffassung, daß sich die Strafe innerhalb eines unter Umständen erheblich engeren Rahmens halten muß, läßt sich demnach nicht aus dem Gleichheitssatz Art. 109 Abs. 1, sondern nur aus dem allgemeinen Grundsatz der Gerechtigkeit erklären.

Die Ansicht, daß der Strafraumen die Grenzen des freien Ermessens begründe, ist auch mit dem Gedanken des Rechtsstaats nicht vereinbar. In der Weim. RV. hat dieser Gedanke in Art. 116 seinen Niederschlag gefunden. Danach kann eine Handlung nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Trotz der nicht wörtlichen Überein-

<sup>1</sup> Die Ansicht von THOMA: Grundrecht und Polizeigewalt, S. 219, daß Art. 109 Abs. 1 überhaupt keinen materiellen Inhalt habe, geht jedoch zu weit.

<sup>2</sup> So richtig Anschütz zu Art. 109 Anm. 2 II.

<sup>3</sup> NAWIASKY: Veröffentlichungen III S. 31 ff.

<sup>4</sup> Es gilt bezüglich der neuen Lehre für die Rechtsprechung das gleiche, was THOMA: a. a. O. S. 220 für das Verwaltungsrecht sagt: die Praxis hat die neue Krücke nicht nötig.

<sup>5</sup> Vgl. BREIHDOLDT: Pr. V. Bl. 47 S. 112.

stimmung hat Art. 116 Weim. RV. dieselbe Bedeutung wie § 2 StGB.<sup>1</sup> Er bringt den Grundsatz *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* zum Ausdruck<sup>2</sup>, von dem hier nur die 2. Hälfte in Betracht kommt. Wer der Ansicht ist, daß das Ermessen sich innerhalb des Strafrahmens frei betätigen könne, verstößt zwar nicht gegen den Wortlaut des Grundsatzes, denn nach dieser Auffassung sagt ja gerade das Gesetz: Strafe mit einem Tag oder mit zwei Tagen oder . . . mit fünf Jahren! Also sowohl die Strafe von einem Tag wie die von fünf Jahren ist gesetzlich. Aber wenn das Gesetz solche Verschiedenheiten zulassen würde, dann würde es in Wahrheit so sein, als ob das Gesetz überhaupt fehle. Der Zustand würde als gesetzloser anzusehen sein. Denn das, was der Satz „*nullum crimen*“ verwirklichen soll, nämlich die Garantie staatsbürgerlicher Freiheit und Rechtssicherheit, würde nicht erfüllt.

Freiheit und Rechtssicherheit schließen nun keineswegs freies Ermessen überhaupt aus, wohl aber ein solches Ermessen, das grenzenlos ist oder doch als grenzenlos angesehen wird, das als die Freiheit und die Rechtssicherheit gefährdend erscheint und gefühlt wird. Auch von diesem Standpunkt aus gesehen läßt sich eine scharfe Grenze nicht ziehen, die jedoch keine andere ist wie vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus; denn was der Freiheit und der Rechtssicherheit zuwider ist, wird nicht als gerecht erscheinen, und was der Gerechtigkeit zuwider ist, hat als mit der Freiheit und Rechtssicherheit unvereinbar zu gelten.

Ebenso wie die Gewährung eines lediglich durch Strafmaximum und -minimum begrenzten freien Ermessens zu einer Gefährdung der individuellen Freiheit führen würde, würde sie eine Gefährdung des staatlichen Strafanspruchs mit sich bringen. Dieser ist nicht in gleicher Weise befriedigt, wenn in annähernd gleichen Fällen eine Strafe von fünf Jahren und ein Tag rechtmäßig verhängt werden können. Es kann nicht ohne genügenden Grund angenommen werden, daß der Staat derartig seinen Strafanspruch auf das Spiel setzt. Das ist auch nicht der Sinn des Strafrahmens.

<sup>1</sup> Ebenso ANSCHÜTZ zu Art. 116 Anm. 1; POETSCH-HEFFTER: Art. 116 Anm. 2; KÄCKELL: S. 682; DÜRINGER: JW. 1919 S. 702; EBERMAYER: Kom. 4. Aufl. zu § 2 Anm. I, 1.

<sup>2</sup> Zu Unrecht wird von RICHARD SCHMIDT a. a. O. der dem Art. 116 zugrundeliegenden Idee als eine Seite — also als ein wesentliches Stück — der Gerechtigkeit angesehen. Der Satz *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* hat weder im katholischen Kirchenrecht noch im geltenden russischen Recht Geltung. Wenn freilich bei Fehlen des Grundsatzes auch die Gefahr der Willkür oder einer ungleichen Behandlung bestehen mag, so ist doch derartige nicht die unbedingte Folge des Fehlens des Satzes. Umgekehrt ist sogar denkbar, daß sein Fehlen in manchen Fällen gerade eine besonders gleiche Behandlung erst ermöglicht, indem er die Bestrafung eines Falles zuläßt, der zwar nicht mehr unter den gesetzlichen Tatbestand fällt, aber ihm annähernd gleich ist. Das kann aber nicht als ungerecht angesehen werden. Vgl. auch JOH. NAGLER: S. 76.

Die Auffassung, daß die Grenzen des freien Ermessens das angeordnete Strafmaximum und -minimum darstellten, wird nicht der Einrichtung des Strafrahmens gerecht. Die Notwendigkeit des Strafrahmens ergibt sich daraus, daß der Tatbestand des Gesetzes nicht eine einzige bestimmt geartete Handlung umfaßt, sondern eine ganze Kategorie zwar gleichgearteter, aber doch verschiedener Handlungen<sup>1</sup>. Die weite Fassung der Tatbestände dient dazu, um der einzelnen Fälle, die zu der Kategorie gehören, gerecht werden zu können. Sie dient der Individualisation. Der Zweck des Strafrahmens ist also keineswegs der, dem Richter bei einem bestimmten Fall die freie Auswahl aus einer Unmenge von Strafgrößen zu gewähren, sondern der, daß dem Richter die Möglichkeit gewährt wird, eine Strafgröße zu finden, die der Bedeutung der Handlung in der unter Strafe gestellten Kategorie entspricht<sup>2</sup>. Die Strafgröße für den Einzelfall wird zwar immer zwischen dem Maximum und Minimum liegen, niemals aber stehen dem Richter für den Einzelfall sämtliche Strafgrößen zwischen dem Maximum und Minimum gleichwertig zur Verfügung.

Diese Gedanken folgerichtig durchgeführt könnten dazu führen, das freie Ermessen bei der Strafbemessung überhaupt zu leugnen. Die Erwägungen müßten etwa folgender Art sein: Dem Strafmaximum entspreche die schwerste Handlung einer Kategorie, dem Strafminimum die leichteste, jeder dazwischen liegenden Größe eine Handlung entsprechender Schwere. Wie der schwersten und leichtesten Handlung eine bestimmte Strafgröße entspreche, so entspreche auch den dazwischen liegenden Handlungen eine der zwischen dem Maximum und Minimum liegenden Größen. Diese eine Größe zu finden, sei die Aufgabe des Richters. Das Ziel sei eindeutig theoretisch bestimmt und daher kein freies Ermessen geben<sup>3</sup>.

Das Ergebnis der Theorie, daß die Strafgröße eindeutig bestimmt sei, ist angesichts der Handhabung der Strafbemessung, wie sie in der Praxis erfolgt und vor allem erfolgen muß, unhaltbar. Sie läßt die Strafbemessung als ein unlösbares Rätsel erscheinen, als Akt der Gesetz- und Rechtlosigkeit; ein Ergebnis, das nicht nur für jeden Richter niederschmetternd sein, sondern auch die Strafjustiz und damit die staatliche Sicherheit erschüttern müßte.

---

<sup>1</sup> Lediglich, wo auch der mildeste Fall die schwerste Strafe verdient, ist eine absolute bestimmte Strafe am Platze. Auf diesem Gedanken beruht die alleinige Androhung der Todesstrafe beim Mord.

<sup>2</sup> Freilich ist das nicht der einzige Sinn des Strafrahmens. Aber auf ihn kommt es hier allein an. Bedeutungsvoll ist insbesondere die Weite des Strafrahmens auch dafür, daß es einem Strafgesetz eine längere Dauer ermöglicht, indem auf diese Weise einer Änderung in den Strafanschauungen Rücksicht gewährt werden kann.

<sup>3</sup> So namentlich VON LAUN: S. 59; HEINZE bei Holtzendorff I S. 314 f.; vgl. auch GALLAS: S. 13.

Das wäre wirklich der Sinn des Gesetzes? Es sollte von dem Richter die Feststellung einer Strafgröße verlangen, die er höchstens infolge eines glücklichen Zufalls ausnahmsweise einmal richtig trifft. Und dabei kann auch niemand verraten, welches nun im Einzelfall die richtige Größe ist. All das wissen nur die Götter — und die schweigen! Die Strafrichter versuchen indessen hoffnungslos den Willen des Gesetzes zu verwirklichen. Die Erfahrungen des Lebens, bestätigt durch die Statistik<sup>1</sup>, lassen erkennen, wie weit die Gerichte davon entfernt sind, den „eindeutigen“ Willen des Gesetzes erkannt zu haben.

Zu einer solchen Auffassung besteht aber keine Veranlassung. Das Gesetz verträgt auch eine andere Deutung.

Verschiedenartigkeiten in Lösungen läßt das Gesetz in der Regel zu: a) wenn ihm an der festen Entscheidung nichts liegt, b) wenn es sich über die Grundsätze, nach denen die Entscheidung zu treffen ist, selbst nicht im klaren ist<sup>2</sup>, c) wenn es mehrere gleichwertige Lösungen gibt, sei es, daß die Lösungen absolut gleichwertig sind, sei es, daß sie nur als gleichwertig anzusehen sind, weil eine Lösung als die beste nicht festzustellen ist. Die Voraussetzung zu a) kann bei der Strafbemessung von vornherein ausgeschieden werden. Ob der Punkt b) vorliegt, kann zweifelhaft sein. Erst die weiteren Ausführungen werden eine verneinende Stellungnahme ermöglichen. Dagegen trifft das letzte bei der Strafbemessung zu.

Ob in einem Einzelfall eine Verurteilung zu 6, 7, 8 oder 12 Monaten Gefängnis die beste Lösung ist, läßt sich nicht feststellen. Man kann da verschiedener Ansicht sein. Innerhalb eines gewissen Rahmens läßt sich keine Entscheidung als falsch bezeichnen. Sie müssen daher als gleichwertig bezeichnet werden.

Nun wäre es ja immer noch möglich, daß das Gesetz trotzdem nur eine Entscheidung will und der Richter nach ihr zu suchen hat. Dann müßten aber schon besondere Gründe vorliegen, die trotz der Unmöglichkeit<sup>3</sup>, eine einzige Entscheidung als beste herauszufinden, zu einer solchen Auslegung des Gesetzes zwingen. Derartige Gründe gibt es aber nicht. Weder die Gerechtigkeit noch die staatsbürgerliche Freiheit oder Rechtssicherheit verlangen eine einzige Entscheidung (vgl. S. 47 f, 54).

Ebensowenig läßt die Erwägung, daß der Strafrahmen im wesentlichen dazu dient, die Strafe der Straftat anpassen zu können, den Schluß zu, daß nur eine Strafgröße der Tat entspreche. Ein solcher Schluß ist nicht zwingend. Zwingend ist nur der Schluß, daß nicht alle Strafgrößen innerhalb des Strafrahmens zur freien Auswahl stehen.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu: EXNER, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, Leipzig 1931.

<sup>2</sup> Vgl. zu a und b MANNHEIM: S. 150.

<sup>3</sup> Daß man hier von einer Unmöglichkeit sprechen kann, beweist die Praxis.

Es lassen sich demnach keine ausschlaggebenden Gründe dafür anführen, daß das Gesetz die Strafe innerhalb des Strafrahmens im Einzelfall auch nur der Idee nach als eindeutig bestimmt ansieht. Es fehlt vielmehr an einer Eindeutigkeit. Daher kommt insoweit die Überlassung der Straffestsetzung im Einzelfall an die Organe in Frage, d. h. die Straffestsetzung bleibt insoweit dem freien Ermessen überlassen.

Das Ergebnis ist demnach: Bei der Strafbemessung waltet freies Ermessen des Richters. Die Grenzen des freien Ermessens bilden nicht das Strafmaximum und -minimum des Strafrahmens. Eine solche Grenzziehung würde weder mit dem Zwecke der Strafrahmen noch mit dem Gedanken der Gerechtigkeit, der staatsbürgerlichen Freiheit und der Rechtssicherheit vereinbar sein. Die Grenzen liegen zwar innerhalb des allgemeinen Strafrahmens, aber sie müssen enger gezogen sein.

Die Bestimmung dieser engeren Grenzen ist nun die nächste Aufgabe.

## § 5. Die Bewertungsgrundlagen.

I. Die Bestrafung ist die Begründung und Gestaltung einer Rechtsfolge. Die Möglichkeit der verschiedenartigen Begründung und Gestaltung der an ein Ereignis angeknüpften Folgen kann sich aus mehreren Gründen ergeben. 1. Einmal setzt man Folgen, die ein verschiedenes Wesen aufweisen und verschiedenen Zwecken dienen oder die das gleiche Wesen haben und dieselben Zwecke verfolgen, wobei jedoch den einzelnen Zwecken ein verschiedenartiger Grad ihrer Bedeutung zuerkannt wird. In diesen Fällen sind die inhaltlichen Grundlagen der Folgen verschieden. Oder man setzt Folgen gleichen Wesens unter Anerkennung gleicher, auch gleichgewichteter Zwecke, man beurteilt jedoch 2. das Ereignis nach verschiedenen Gesichtspunkten oder 3. man betrachtet es zwar nach gleichen Gesichtspunkten, aber man bewertet diese nach verschiedener Richtung, oder 4. man bedient sich zwar gleicher Gesichtspunkte, beurteilt sie auch in gleicher Richtung, legt jedoch einen verschiedenen Maßstab zugrunde oder 5. endlich auch der Maßstab ist der gleiche, der Grad der Bewertung ist trotzdem ein verschiedener.

Von diesen fünf Gründen läßt der erste die Grundlagen berührende Grund die größte Spannweite der Grenzen zu, innerhalb derer die Folge liegt. Die folgenden von gleicher Grundlage ausgehenden Gründe verringern fortschreitend die Spannweite. Die Beurteilung wird eine immer ähnlichere. Die Gleichheit der Beurteilung und damit auch der Folge ist schließlich erreicht, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. Gleichheit der Bewertungsgrundlagen, d. h. Wesen, Zwecke und Grad der Zwecke der Folgen liegen fest; 2. Gleichheit der Bewertungspunkte, d. h. die gleichen einzelnen Gesichtspunkte werden der Beurteilung zugrunde gelegt; 3. Gleichheit der Bewertungsrichtung, d. h. die

einzelnen Gesichtspunkte werden in gleicher Weise als positiv und negativ gerichtet berücksichtigt; 4. Gleichheit des Bewertungsmaßstabes; 5. Gleichheit des Bewertungsgrades.

Diese Stufenfolge ist auch für die Strafbemessung bedeutsam. In ihr findet der gesetzliche Strafraumen die Einengung zu dem besonderen Strafraumen.

Die vorstehende Übersicht weist der Abhandlung ihren ferneren Gang zu. Auszugehen ist von dem Wesen und Zweck der Strafe.

II. Die Strafe<sup>1</sup> ist ein Übel. Das wird, von wenigen Ausnahmen abgesehen, allgemein anerkannt. Das Übel ist das Wesen der Strafe<sup>2</sup>. Es ist nicht nur etwas Zufälliges. Durch ihre Übelsnatur unterscheidet sich die Strafe von anderen Erscheinungen des Rechts, die eine Einbuße oder Beschränkung der Rechtsgüter mit sich bringt. Auch der Schadensersatz<sup>3</sup> oder das Sicherungsmittel<sup>4</sup> ist ein Übel. Das Wesen des ersten besteht jedoch in der Wiedergutmachung, das Wesen des letzten in der Verbrechensvorbeuge. Das Übel ist hier nur eine Begleiterscheinung. Die Strafe jedoch wird verhängt, weil sie ein Übel ist. — Im Einzelfall kommt es allerdings nicht auf das Urteil des Betroffenen an<sup>5</sup>. Wesentlich ist vielmehr, daß das angewandte Mittel von der Öffentlichkeit allgemein als ein Übel angesehen wird.

Vielfach wird der Begriff der Vergeltung mit dem Wesen der Strafe

<sup>1</sup> Der Begriff „Strafe“ wird hier in seinem eigentlichen Sinn gebraucht, nämlich als die den Angeklagten betreffende Tatsache, nicht etwa als der Vorgang der Bestrafung; vgl. in diesem Sinne ausnahmsweise §§ 45, 204 StGB. Auch die Literatur verwendet das Wort Strafe häufig im Sinne von Bestrafung, vgl. VON HIPPEL I S. 457.

<sup>2</sup> Die gegenteilige Ansicht von KOHLRAUSCH auf der Karlsruher Tagung des JKV. (N. F. 3. Bd. S. 6, 15) widerspricht der allgemeinen Auffassung. Gegen KOHLRAUSCH wandten sich auf der Tagung ROSENFELD (vgl. S. 113), SAUER (vgl. S. 87, wohl auch RADBRUCH (S. 92). Ferner wie hier BINDING: S. 484; DROST: S. 150; FINGER: S. 38; GERLAND: S. 1 f.; HAFTER: S. 237; VON HIPPEL: I S. 493; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 364; MERKEL-LIEPMANN: S. 194; SAUER: Strafrecht S. 101; WACH: S. 19; vgl. auch COENDERS: Zum neuen Strafrecht, S. 268. Lediglich als einen formalen Rechtsbegriff charakterisiert HOFACKER S. 275 die Strafe, indem er wenig befriedigend erklärt, „die Strafe ist eine strafrechtliche Folge der strafbaren Handlung“. Das Element des Übels leugnet ferner VON BAR: Handbuch I z. B. S. 260, 299, 321; HEINZE: S. 321.

<sup>3</sup> Zu dem Unterschiede Strafe und Schadensersatz: VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 368; SAUER: Strafrecht S. 72.

<sup>4</sup> Vgl. insbesondere VON HIPPEL: I S. 493 f.; FRANK: Vorb. z. I. Tl., I. Abschn. S. 44 f.; MERKEL-LIEPMANN: I. Aufl. S. 195; vgl. auch RG. (II. Senat) Urt. vom 28. Mai 1886 (Rep. 1171/86) in GR. 14 S. 161.

<sup>5</sup> Der Vagabund freut sich, ein warmes Winterquartier durch die Bestrafung zu erhalten. SAUER: Strafrecht, S. 141 f. trennt die Idee von dem realen Begriff der Strafe. Das Übel sei nur der Idee nach dem Strafbegriff wesentlich. Vgl. S. 145. Damit kommt SAUER zum gleichen Ergebnis.

in Verbindung gebracht. Bald soll die Strafe Vergeltung sein<sup>1</sup>, bald soll ihr wesentlicher Zweck Vergeltung sein, bald soll sowohl die Strafe Vergeltung als auch die Vergeltung zum Zwecke haben. Die Nichtbeachtung der Tatsache, daß Vergeltung eine mehrfache Bedeutung hat, hat viel unnötigen Streit verursacht<sup>2</sup>. Die einen erblicken nämlich das Wesen der Vergeltung lediglich darin, daß die Strafe sich als Folge an die Tat anknüpft<sup>3</sup> (I), die anderen sehen darüber hinaus das Wesen der Vergeltung in einer wertentsprechenden Behandlung<sup>4</sup> (II) oder, was sachlich keinen bedeutenden Unterschied ausmacht, in dem Ausgleich der verletzten Rechtsordnung<sup>5</sup> (III).

Bei I. ist der Begriff der Vergeltung jedoch lediglich ein formeller, bei II. und III. weist er einen materiellen Inhalt auf.

Für die Wesensumschreibung des Begriffs der Strafe ist der Vergeltungsbegriff nicht zu gebrauchen. Will man den Vergeltungsbegriff nicht einen völlig verblaßten Sinn zukommen lassen, so muß als Mindestvoraussetzung verlangt werden, daß die Strafe den Täter wegen einer von ihm begangenen strafbaren Handlung trifft<sup>6</sup>. Die Strafe setzt aber weder eine strafbare Handlung voraus, noch erfordert sie begrifflich die

<sup>1</sup> Die Ausdrucksweise „die Strafe ist Vergeltung“ ist freilich nicht einwandfrei. Die Strafe als eine konkrete Tatsache kann keine Beziehung darstellen. Der Zwiespalt in der Wesensgleichung: Strafe gleich Vergeltung tritt deutlich in Erscheinung, wenn man etwa in der Urteilsformel: „Der Angeklagte wird zu einer Strafe von zwei Monaten Gefängnis verurteilt“ das Wort Strafe durch Vergeltung ersetzt. Das ist sachlich unmöglich. Auch der Sprachgebrauch des StGB. widerspricht der Gleichsetzung von Strafe und Vergeltung. Über die Verwendung des Wortes Strafe im StGB. vgl. J. NAGLER S. 557, Anm. 3. Die „Strafe“ kann nur „Vergeltung“ zum Ausdruck bringen oder darstellen. Richtig freilich, wenn man die von HIPPEL I S. 457 Strafe = Bestrafung setzt. Das ist aber bei dem Sprachgebrauch des StGB. keineswegs angebracht. Es ist auch nicht anzuerkennen, daß man, wie VON HIPPEL: a. a. O., vgl. auch S. 497, meint, nicht vom Zwecke der Strafe sprechen kann. Auch ein Mittel hat einen Zweck, dessen Verwirklichung durch die Anwendung erstrebt wird.

<sup>2</sup> Auf der Verkennung dieser Tatsache beruht, wie DROST S. 151 f. zu Recht darlegt, der Streit darüber, ob Vergeltung, Zweck und Wesen der Strafe sein kann. Näheres hierzu DROST: a. a. O., dazu kommt auch noch, worauf VON HIPPEL I, S. 497, hinweist, daß auch der Begriff der Strafe verschiedene Bedeutung hat.

<sup>3</sup> So z. B. VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 31 f. (insbesondere Anm. 2 „weil die Strafe in allen Fällen Vergeltung ist“); KOHLRAUSCH: Sollen und Können, S. 18, hierin ist wohl auch M. E. MAYER: S. 422 ff. zu rechnen. Weitere Literaturangaben bei DROST: S. 151, Anm. 92.

<sup>4</sup> Vgl. SAUER: Strafrecht S. 92, sowie die dort in Anm. 2 zitierten.

<sup>5</sup> Vgl. die eingehende Übersicht bei NAGLER: S. 563 Anm. 2; s. auch die Übersicht bei VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 31, Anm. 2. Es ist hier nicht der Platz auf die verschiedenen Ableitungen in der Begriffsbestimmung einzugehen.

<sup>6</sup> Zu weit faßt SAUER: Strafrecht S. 95 den Begriff, wenn er die einem Unschuldigen zugefügte Behandlung als Vergeltung bezeichnet. Das geht über den Sprachgebrauch hinaus.

Bestrafung des wirklichen Täters. Auch das zu Unrecht, sei es wegen unrichtiger Tatsacheneinreihung, sei es wegen falscher Tatsachenfeststellung verhängte Übel ist Strafe. Wesentlich ist lediglich, daß es sich um ein Übel handelt, das über jemand verhängt wird, der als Übertreter eines Verbots oder Gebots angesehen wird. Die wertgemäße Behandlung oder der Ausgleich der Rechtsordnung durch die Strafe ist dieser gleichfalls nicht wesentlich. Denn dort, wo die Strafe einen Unschuldigen trifft, findet eine wertgemäße Behandlung oder ein Ausgleich nicht statt. Beides kann daher nur als das Ziel, der Zweck der Strafe in Betracht kommen. Diese Zweckrichtung ist jedoch der Strafe nicht wesentlich. Welchen Zweck die Strafe hat, läßt sich nur aus dem positiven Recht entnehmen. Es kann aber den Vergeltungszweck ausschließen und etwa wie das Feuerbachsche Bayrische StBG. von 1813 oder der Code pénal den Abschreckungszweck als Strafzweck<sup>1</sup> setzen. Es sind also Fälle denkbar, wo weder tatsächlich wertgemäße Behandlung oder ein Ausgleich erfolgt, noch bezweckt wird und dennoch Strafe vorliegt: Verurteilung eines Unschuldigen nach einem Abschreckungsstrafrecht. Die wertgemäße Behandlung oder der Ausgleich können daher weder dem Wesen noch dem Zweck nach notwendiger Gehalt der Strafe sein.

Strafe ist vielmehr lediglich<sup>2</sup> zu kennzeichnen als das Übel, das über jemand verhängt wird, der als Übertreter eines Verbots oder Gebots angesehen wird.

Mit dieser Kennzeichnung hat das Wesen der Strafe aber eine solche Umschreibung erhalten, daß aus ihm für die Frage der Strafbemessung nur geringe Ausbeute gezogen werden kann. Da der Richter nur gesetzlich festgelegte Strafarten zur Anwendung bringen kann, diese aber durch das Gesetz schon den Charakter der Strafe erhalten haben, so wird er sich bei der Verhängung der Strafe jedenfalls regelmäßig nicht darüber Rechenschaft zu geben brauchen, ob er überhaupt ein Übel verhängt, sondern nur darüber, ein wie schwerwiegendes Übel er verhängt. Bei der Lösung dieser Frage gibt das Wesen der Strafe als eines

<sup>1</sup> Auch das neue russische Verbrechenbekämpfungsrecht baut auf der General- und Spezialprävention auf und lehnt die Vergeltung ab (so ausdrücklich § 9 des Verbrechenbekämpfungsgesetzes von 1926). Freilich handelt es sich hier nicht um Strafen, da die Übelsnatur nur Begleiterscheinung ist, § 9 erklärt, daß „die Maßnahmen der sozialen Verteidigung“ sich nicht die Aufgabe der Strafe stellen. Andere Ansicht SCHWARTZKOPF: Das Strafrecht Sowjetrußlands 1929, S. 11 Anm. 15. Vgl. hierzu auch GALLAS S. 44 ff.; MAURACH, RICHARD: Das Sowjetstrafrecht 1919 bis 1931, Z. f. Ostrecht 5 S. 414.

<sup>2</sup> Bei der Wesensbestimmung gilt das gleiche, was M. E. MAYER von den Begriffsbestimmungen der Strafe sagt: „Sie sind im allgemeinen zu lang, sie sagen zu viel, und zwar entweder indem sie auf den Zweck der Strafe Bezug nehmen oder . . .“ (das weitere interessiert hier nicht).

Übels, das in der Regel als selbstverständliche Voraussetzung hingenommen wird, keinerlei Aufschluß.

Nur ausnahmsweise mag die Übelsnatur der Strafe für die Straf bemessung von Bedeutung sein. Aus ihr läßt sich das Verbot lediglich formeller Strafe herleiten. So würde in einem Falle, in dem ein größerer Fabrikant etwa wegen Vergehens gegen die Arbeitszeitverordnung, die das Gericht — wenigstens in diesem Fall — als unzweckmäßig ansieht, mit der Mindeststrafe von 3 RM. bestraft wird, nur formell eine Strafe vorliegen. Keiner der Beteiligten oder die Allgemeinheit würden das Empfinden haben, daß hier eine Strafe ausgesprochen ist. Das Urteil würde ein „verkleidetes Absehen von Strafe“ bedeuten. Es würde daher eine Verletzung des Satzes, daß die Strafe ein Übel sein soll, darstellen. Für die im Mittelpunkt der Strafbemessung stehende Frage: ein wie schweres Übel zu verhängen ist, kann demnach nicht von dem Wesen, sondern von dem Zweck der Strafe aus gelöst werden.

III. Ausgangspunkt für die Feststellung der Zwecke der Strafe muß das positive Recht sein<sup>1</sup>. Einen Strafzweck, der Allgemeingültigkeit in dem Sinne hat, daß er aus dem Wesen der Strafe folgt, also immer das Ziel der Strafe ist, gibt es nicht. Einen Hinweis auf die Richtigkeit dieses Satzes sollte der Kampf der Strafrechtstheorien bieten<sup>2</sup>.

Die Herleitung von Zwecken einer rechtlichen Erscheinung aus allgemeinen (sei es philosophischen oder soziologischen) Gesichtspunkten enthält immer eine große Gefahr. Je allgemeiner die Grundlage eines Gesichtspunktes ist, um so mehr wurzelt die Betrachtungsweise in der inneren Persönlichkeit, um so mehr untersteht sie deren subjektiven Anschauungen, um so leichter gestaltet sich ein Bild, nicht dessen, was ist, sondern dessen, was sein soll. Die Notwendigkeit des Ergebnisses ist nur scheinbar eine allgemeingültige, in Wahrheit nur eine solche, die aus der Persönlichkeit sich ergibt.

Die Herleitung von Zwecken aus dem Begriff und dem Wesen einer rechtlichen Erscheinung kann nur dann als zulässig erachtet werden, wenn die Erscheinung stets oder doch zum mindesten in den letzten Zeitepochen, die noch immer auf die Gegenwart einen sichtlichen Einfluß ausüben, nur die betreffenden Zwecke eindeutig verfolgt hat und in absehbarer Zukunft verfolgen wird. Diese Voraussetzungen sind bei der Strafe nicht gegeben.

In der Regel hat man die Strafzwecke aus allgemeinen Gesichtspunkten, insbesondere aus dem Wesen herleiten wollen. Freilich kam

<sup>1</sup> So zu Recht besonders betont von JOH. NAGLER: Die Strafe, z. B. S. 10, 23, 106.

<sup>2</sup> Eingehende Literaturangaben zum „Schulenstreit“ bei VON HIPPEL: I S. 484 Anm. 3.

es im allgemeinen bei dem Kampf um die Straftheorien weniger auf das geltende Recht, als auf Reformen an. So wurde das Augenmerk schon ohne weiteres mehr auf das gerichtet, was sein sollte, als auf das, was ist. Daher mag sich auch die besondere Heftigkeit erklären, mit der der Kampf lange Zeit geführt wurde.

Ausgang und Ziel des Kampfes der Straftheorien mögen die Ursache dafür sein, daß gerade hier die Wissenschaft so wenig Einfluß auf die Praxis gehabt hat und der Praxis alles andere als eine Führerin gewesen ist<sup>1</sup>.

Erschwert wird freilich der Ausgang vom positiven Recht aus dadurch, daß das Gesetz sich über den Strafzweck nirgends ausdrücklich ausspricht. Das hat zu der Ansicht geführt, daß der Zweck der Strafe aus dem Strafgesetz nicht zu entnehmen sei. Das Oberlandesgericht Kiel<sup>2</sup> hat noch in neuerer Zeit ausgesprochen: „Im Strafgesetzbuch ist der Strafzweck nicht festgelegt“ Eine ähnliche Ansicht kommt in dem später noch näher zu behandelnden Reichsgerichtsurteil vom 20. Dezember 1928 (JW. 1929 S. 1005, Nr. 5 [2 D 1149/26]) zum Ausdruck. Zu gleichem Ergebnis kommt man auch in der Theorie<sup>3</sup>. Diese Ansicht würde nur dann richtig sein, wenn sich auch aus der Gesamtheit der Bestimmungen des Strafgesetzbuches, seinem Ausbau und Geiste nach nichts hinsichtlich der Strafzwecke ergäbe. Das ist aber nicht der Fall.

Die Zwecke der Strafe können in drei Richtungen liegen: Vergeltung, Generalprävention, Spezialprävention<sup>4</sup>. Welche oder welchen dieser Zwecke das geltende Strafrecht verfolgt, ist umstritten<sup>5</sup>. Einer näheren Umschreibung der Begriffe bedarf es hier nicht. Ihr wesentlicher Inhalt ist bekannt. Vergeltung kann hier nur in materiellem Sinn verstanden werden. Wie man im einzelnen auch den Vergeltungsbegriff fassen mag, immer liegt ihm der Gedanke zugrunde, daß durch eine Handlung die

<sup>1</sup> Vgl. auch VON HIPPEL: I, S. 459 f. über das Verhältnis von Wissenschaft und Praxis auf dem Gebiete der Strafzumessung.

<sup>2</sup> OLG. Kiel (18. April 1928, 545/28) Höchst. R. R. 4, Nr. 2061.

<sup>3</sup> Vgl. W. JELLINEK: V. R. S. 40; DANIEL: S. 4, Anm. 2.

<sup>4</sup> Zum folgenden insbesondere J. NAGLER: a. a. O. S. 110 ff., VON HIPPEL: I, S. 490 ff.; DROST: S. 151 ff.; vgl. auch BOHNE: Freiheitsstrafe, I S. 195 ff.

<sup>5</sup> EBERMAYER: Kom. zu § 27 b, Anm. 1 sieht den Strafzweck ausschließlich in der Vergeltung; FRANK zu § 27 b, Anm. I, 3 bezeichnet als Strafzweck „den Ausgleich des ideellen Verbrechensschadens“ und stellt in erster Linie die Vergeltung, daneben auch die Generalprävention. HEILBRON: S. 28, Anm. 42. VON OLSHAUSEN: S. 114, zu § 27 b, Anm. 8 hält alle Strafzwecke vorwiegend der Vergeltung für gegeben. MANNHEIM: S. 178 spricht von Vergeltung und Abschreckung. LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 423 ziehen entscheidend die Spezialprävention heran. COENDERS: Grundbegriffe, S. 8 ff., Richtlinien S. 5 ff. legt den Schwerpunkt auf die Generalprävention. Die vorstehende Übersicht mag genügen, um die Mannigfaltigkeit der Auffassungen zu skizzieren. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts wird besonders behandelt. Vgl. S. 70 ff.

Rechtsordnung gestört ist und daß diese Störung durch eine Gegenhandlung ausgeglichen werden soll. Der Ausgleich soll, was mit der Vergeltung oft nur stillschweigend in Verbindung gesetzt wird, gerecht sein, er soll durch eine der Bedeutung der Handlung entsprechende Reaktion erfolgen. Je nachdem ob man mehr den Ausgleich oder mehr die wertgemäße Behandlung im Auge hat, gibt man dem Vergeltungsbegriff ein verschiedenes äußeres Gewand, ohne jedoch einen begrifflichen Unterschied zu machen.

Die Generalprävention hat die Abhaltung anderer von der Begehung strafbarer Handlungen durch die über den Täter verhängten Strafe, während die Spezialprävention die Abhaltung des Täters selbst von der Begehung strafbarer Handlungen zum Ziele hat. Das geschieht bei der Spezialprävention durch die Einzelabschreckung, die Besserung im Sinne der Erziehung zur Achtung vor dem Gesetz und die Sicherung im Sinne einer zeitweiligen oder dauernden Unschädlichmachung des Täters.

Alle drei Zweckrichtungen stehen im Dienste der Zukunft. Während aber das Präventionsrecht sich im Einzelfall unmittelbar an der Idee der Zweckmäßigkeit orientiert, scheidet beim Vergeltungsrecht die Orientierung am Zweckmäßigkeitsgedanken aus, wohl aber trägt die Einzelentscheidung eine konstante, sich aus der Idee der Vergeltung ergebende Zweckmäßigkeit in sich. Der Vergeltungsstandpunkt bewertet den Vorgang als etwas Abgeschlossenes. Die Prävention legt ihn als Erscheinung der Entwicklung des Täters (Spezialprävention) oder der allgemeinen Verbrechensneigung (Generalprävention) der Bewertung zugrunde. Bei der Vergeltungsstrafe liegt der Schwerpunkt auf der Tat mit der ihr durch die Täterpersönlichkeit verliehenen Bedeutung. Bei der Generalprävention steht die allgemeine Verbrechensneigung im Vordergrund. Die Tat, freilich nicht in ihren Einzelheiten und Feinheiten, sondern als Typ — nur als solche kann sie sich wiederholen — ist nur ein Symptom für die allgemeine Verbrechensneigung. Die Täterpersönlichkeit tritt ganz zurück. Umgekehrt bildet gerade bei der Spezialprävention die Täterpersönlichkeit den Mittelpunkt, die Tat ist hier nur ein Symptom für die Persönlichkeit.

Ob ein Strafrechtssystem diesen oder jenen Zweck verfolgt, ob eine Häufung mehrerer Zwecke unter einer gewissen Rangfolge steht, ist aus dem Gesamtzuschnitt<sup>1</sup> der positiven Bestimmungen zu entnehmen.

Ein bestimmter Umfang der gesetzlichen Regelung ergibt sich aus keinem der Zwecke. Ein jeder Zweck ist sowohl mit einem Mindestmaß von Bestimmungen als auch mit einer eingehenden Regelung vereinbar. Die Frage, inwieweit eine Regelung erfolgen soll, inwieweit Ermessens-

---

<sup>1</sup> NAGLER, J.: S. 106.

freiheit bestehen soll, beruht auf rechtsstaatlichen Gesichtspunkten<sup>1</sup>. Ausschlaggebend ist der materielle Gehalt der Bestimmungen.

Das geltende Strafrecht und in gleicher Weise trotz einiger Verfeinerungen auch der Entwurf 27 beruhen auf einer umfangreichen Wertunterscheidung der Rechtsgüter und auf einer ins einzelne gehenden Differenzierung der Rechtsgutverletzung nach Art und Weise ihrer Durchführung. So sind die strafbaren Handlungen gegen die Vermögensrechte in vielfache Gruppen geteilt. Sie werden unterschieden je nachdem es sich um dingliche Rechte, Zueignungsrechte, Forderungsrechte oder spezielle Vermögensrechte handelt<sup>2</sup>. Die dinglichen Rechte sind wieder geschieden in Eigentums-, Nießbrauch- und Pfandrechte. Die Verletzung des Eigentums wird gesondert nach der Art der Verletzung: Beschädigung (Zerstörung), Aneignung, Gebrauchsanmaßung (§ 290). Bei der Aneignung wird unterschieden, ob sie durch Wegnahme oder nicht durch Wegnahme erfolgt. Die Wegnahme teilt sich wieder in eine heimliche oder gewaltsame. Dabei wird wieder unterschieden, ob sie etwa unter näher bezeichneten Umständen erfolgt. Eine derartige auf Grund objektiver Vorgänge bis ins einzelne gehende Unterscheidung wiederholt sich bei anderen Deliktsarten in ähnlicher Weise.

Eine derartige objektive Wertunterscheidung in den Rechtsgütern und eine besondere Tatbestandsbildung nach Art und Weise der Durchführung entspricht sowohl der Vergeltung als auch der Generalprävention. Hinsichtlich der Vergeltung ist ein weiterer Hinweis nicht erforder-

---

<sup>1</sup> Es ist ebensogut ein Vergeltungsstrafrecht mit einem einzigen Satz: „Schurken sind zu bestrafen!“ wie ein Spezialpräventionsstrafrecht mit dem Satz: „Gefährliche sind zu bestrafen!“ denkbar. — Das wird für das Vergeltungsstrafrecht zu Unrecht von DROST S. 159 bestritten. Richtig ist zwar, daß die Verwirklichung der gesetzlich-gewollten Äquivalenz zwischen bestimmter Tat und Strafe ohne nähere gesetzliche Regelung schwierig und zu zahlreichen Fehlern führen kann, daß in diesem Falle eine Rechtsunsicherheit besteht. Entsprechendes gilt aber auch für die übrigen Zweckrichtungen. Richtig wird von DROST S. 198 ff. eine weitgehende Bindung durch das Gesetz im Spezialpräventionsrecht unter dem Gesichtspunkte des Rechtsstaatsgedankens gefordert. Wenn man allgemein für das Vergeltungsstrafrecht eine strengere Bindung als für das Spezialpräventionsrecht fordert, so liegt das daran, daß die Grundgedanken des Vergeltungsstrafrechts zur Zeit allgemein bekannter und greifbarer scheinen und es weitgehender auch sind als die eines Spezialpräventionsrechts. Es besteht daher die Möglichkeit, schon durch den Gesetzgeber eine weitergehende Bindung festzulegen, d. h. daß der Gesetzgeber dem Richter einen Teil der Aufgabe vorwegnimmt. Für ein Spezialpräventionsrecht fehlt es noch an einem System einer kriminellen Symptomatologie (so richtig DROST, S. 201). Eine enge gesetzliche Bindung ist daher nicht möglich. Für eine allgemeine Vorwegnahme eines Teils der Aufgabe fehlen dem Gesetzgeber die sicheren Grundlagen. Die Frage einer engeren oder weiteren Bindung liegt jedoch hier ebenso wie im Vergeltungsstrafrecht außerhalb des Strafzweckes.

<sup>2</sup> Die Darstellung schließt sich an die Gruppierung von LISZT-SCHMIDT an: Lehrb. 25, S. 606.

lich. Vom Standpunkt der Generalprävention erscheint es gleichfalls zweckentsprechend, die Strafe je nach der Bedeutung des verletzten Rechtsguts und der Schwere der Tat mit Rücksicht auf ihre Durchführung abzustufen<sup>1</sup>, denn je nachdem ist das Abschreckungsbedürfnis bald größer, bald geringer. Anders jedoch bei der Spezialprävention. Die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts und die Art und Weise der Verletzung lassen zwar auch in manchen Fällen einen Schluß auf die Persönlichkeit des Täters, namentlich der Gefährlichkeit seiner Gesinnung zu<sup>2</sup>. Die Gesinnung des Mörders ist regelmäßig eine andere als die des Diebes, des Diebes eine andere als die des Sachbeschädigers, des Räubers eine andere als die des Diebes. Eine auf objektiver Grundlage beruhende Differenzierung würde aber im Rahmen der Spezialprävention nur in grober Weise möglich sein. Das Subjektive vermag die Objektivierung der Tatbestände nur ungenau zu erfassen. Mit Recht verlangen die Anhänger der Spezialprävention eine allgemeine Psychisierung der Tatbestände<sup>3</sup>. Eine der Idee der Spezialprävention entsprechende Subjektivierung findet sich in § 78 Entwurf 27.

Die selbständige Bedeutung des Erfolges gegenüber der subjektiven Seite des Delikts ergibt sich sowohl nach geltendem Recht als auch nach dem Entwurf 27. Zwei Gruppen sind hier zu unterscheiden: 1. der Erfolg entspricht zwar dem Verschulden in psychologischer Hinsicht, nicht aber dem Verschulden in normativer Hinsicht. Das sind die Fälle, in denen der Erfolg sich zwar innerhalb des Vorstellungsbereichs hält, die Verwerfbarkeit der Motivation aber in einem Mißverhältnis zum Erfolge steht. Unbedeutend gewollter oder vorgestellter Erfolg, bedeutende Schuld oder umgekehrt. 2. Der Erfolg entspricht weder dem Verschulden in psychologischer Hinsicht, noch dem Verschulden in normativer Hinsicht. Geringerer oder größerer Erfolg als erwartet oder zu erwarten war. Es liegt eine Abweichung von Willens- oder Vorstellungsbereich vor, dem Steigen oder Sinken des Erfolges entspricht kein Steigen oder Sinken der Verwerfbarkeit.

Für die erste Gruppe sind diejenigen Bestimmungen von Bedeutung, die eine Erweiterung des Strafrahmens nach oben oder unten von einem sich entsprechenden Verhältnis von Erfolg und Schuld abhängig machen, so z. B. § 76 Entw. 27 (entsprechend § 153 StPO.) § 77 Entw. 27 (besonders leichte und besonders schwere Fälle). Vom Standpunkt der Vergeltung und Allgemeinabschreckung ist die Heranziehung des Erfolges verständlich, nicht aber vom Standpunkt der Spezialprävention, die die Entscheidung auf die Innenseite abstellen muß.

<sup>1</sup> Richtig DROST S. 171, der von einer rationellen Differenzierung der Generalprävention spricht.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu auch ZIMMERL: S. 177; BELING: Vergeltungsidee, S. 62, 64.

<sup>3</sup> Näheres bei DROST, S. 187.

Für die zweite Gruppe kommen die Bestimmungen der Erfolgshaftung und des Versuchs in Betracht. Im Entwurf 27 ist zwar die Haftung für nicht wenigstens fahrlässig herbeigeführte Folgen beseitigt, die Strafherabsetzung für den Versuch ist aber beibehalten. Die schwerere und mildere Bestrafung lediglich des Erfolges oder Nichterfolges wegen ist nur mit dem Vergeltungsstandpunkt vereinbar, da die Störung der Rechtsordnung auch durch den rein äußerlichen Vorgang bestimmt wird. Im Präventionsrecht gleich welcher Art ist eine Bestrafung lediglich mit Rücksicht auf den Erfolg sinnlos. Die Allgemeinabschreckung soll und kann naturgemäß nur auf das Wollen und die Vorstellung der anderen einwirken, um diese von strafbaren Handlungen abzuhalten. Die Beeinflussung des Wollens und der Vorstellung geschieht folgerichtig durch eine strafrechtliche Behandlung des Wollens und der Vorstellung des Täters. Wo aber der Erfolg außerhalb des Wollens oder des erforderlichen Vorstellungsbereichs liegt, ist er unbeachtlich<sup>1</sup>. Daß der Erfolg als solcher für die Beurteilung der Täterpersönlichkeit und damit für die Speziäprävention gleichgültig ist, bedarf keiner Darlegung.

Das geltende Recht und in noch stärkerem Maß der Entwurf 27 stellen weite Strafraumen auf, die eine Abstimmung der Strafe nach ihrer Bedeutung für die Rechtsordnung in weitem Umfang zuläßt und auch die eingehende Beachtung der Schuldseite und psychologischer Feinheiten ermöglicht. Vom Standpunkt der Allgemeinabschreckung aus würde eine solche Weite der Strafraumen nicht erforderlich sein. Da es hier nur auf die Tat als Typ ankommt, die Tatbestandsregelung die Typisierung schon in weitem Umfang vorgenommen hat, kann der Strafraumen ein enger sein. Unrichtig ist aber die Ansicht<sup>2</sup>, daß auch der Vergeltungsgedanke einen engen Strafraumen erfordert. Da nach der Bedeutung der subjektiven Verbrechenenseite, insbesondere der Schuld des Täters, der Grad der Störung der Rechtsordnung sich bemißt, die subjektive Verbrechenenseite eine weite Differenzierung nötig macht, verträgt der Vergeltungsgedanke keine Einpressung in enge Rahmen. Daher ist auch das Institut der mildernden Umstände im Vergeltungsrecht zweckentsprechend<sup>3</sup>. Von ihm aus ist auch die Erweiterung der Rahmen im Entwurf zu begrüßen. Insoweit stimmen die Bedürfnisse der Vergeltung und der Spezialprävention überein<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Anderer Ansicht DROST: S. 170. Zutreffend GALLAS: S. 35 ff.

<sup>2</sup> DROST: S. 163.

<sup>3</sup> DROST: S. 163 hält sie vom Vergeltungsstandpunkt für „nicht unbedenklich“.

<sup>4</sup> Wenn von Anhängern der Spezialprävention (so DROST: S. 178) die Abschaffung der gesetzlichen Strafraumen als der Idee entsprechend angesehen wird, so ist auch vom Standpunkt der Spezialprävention das eine zu weit gehende Folgerung, da gewisse Delikte (etwa Mord, Totschlag, Meineid, Notzucht) selbst bei denkbar größter Leichtigkeit des Falls immerhin einen solchen Grad asozialer Gesinnung aufweist, daß eine gewisse Strafart und Strafhöhe stets angebracht erscheint.

Aus der Gestaltung der Reaktionsmittel läßt sich ein Schluß hinsichtlich der Strafzwecke nicht ziehen. Die Hauptstrafen sind mit jedem Strafzweck vereinbar. Die Nebenstrafen und Nebenfolgen, wie z. B. Polizeiaufsicht und Überweisung an die Landespolizeibehörde, sowie die damit als möglich verbundene Unterbringung in ein Arbeitshaus, eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder ein Asyl (§ 362 Abs. 3 StGB.) u. a. m., bilden, selbst wenn sie im Gegensatz zum eigentlichen Strafzweck andere Zwecke verfolgen, nur eine Ergänzung, nicht aber eine Umgestaltung des Systems. Ebenso gibt die Einführung der „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ im Entwurf keine Entscheidung hinsichtlich des Zwecks der Strafe. Wenn die Sicherungsmittel auch ausschließlich spezialpräventiven Zwecken dienen, so handelt es sich doch bei ihnen um von der Strafe losgelöste Mittel. Um den Zweck der Strafe zu bestimmen, kann man nicht auf Bestimmungen zurückgreifen, die ein andersgeartetes Institut regeln. Endlich kann auch dem „bedingten Straferlaß“ keine entscheidende Bedeutung in der Feststellung des Strafzwecks beigemessen werden, denn der bedingte Straferlaß ist von einem bestimmten Strafrechtssystem unabhängig, er kann sich innerhalb jeden Systems, wenn auch in verschiedenem Umfang entwickeln (vgl. darüber § 12).

Die Frage nach dem Strafzweck ist demnach ohne Rücksicht auf die Ausgestaltung der Reaktionsmittel zu entscheiden. Die Untersuchungen über die Tatbestandsbildung und die Ausgestaltung der Strafraumen<sup>1</sup> haben ergeben, daß bald der Gedanke der Generalprävention, bald der der Spezialprävention zu einer anderen Regelung geführt haben würde. Sowohl das geltende Recht als auch das Recht des Entwurfs lassen erkennen, daß sie der Vergeltungsgedanke beherrscht<sup>2</sup>. Erwägungen der Rechtsentwicklung bestätigen das Ergebnis.

Dem muß in jeder Stufe der Strafverwirklichung Rechnung getragen werden. Die Strafe verwirklicht sich in drei Stufen: Strafandrohung, Strafausspruch und Strafvollzug. Aber nicht erst die Gemeinsamkeit der Stufen erfüllt den Geist des Gesetzes, sondern jede einzelne Stufe umfaßt ihn, wenngleich rein äußerlich der Natur der Sache entsprechend der eine oder andere Gedanke stärker hervortritt. Jede der drei Stufen

<sup>1</sup> Eine in allen Einzelheiten dringende Untersuchung, welche Regelungen des geltenden Rechts oder des Entwurfs auf Vergeltungsgedanken oder Gedanken anderer Art zurückzuführen sind, ist nicht erforderlich, da die gegebenen Darlegungen hinreichend Aufklärung geben. Als Einzelheit sei noch die Ansicht von DROST S. 163 hervorgehoben, daß die Regelung der Realkonkurrenz in § 74 StGB. als Abweichung vom Vergeltungsstandpunkt aufzufassen sei. Das Asperationsprinzip bei Freiheitsstrafen rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß die Kumulation zu einem verstärkten Übel führen würde. Diese wäre also gerade vom Standpunkt der Vergeltung nicht zu billigen.

<sup>2</sup> Ebenso HEINTZ: Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsph., 22, S. 262 ff.

bildet, wenn sie in der konkreten Strafe auch zur Einheit verwachsen ist, eine selbständige Größe. Jede dieser Größen muß bei ihren engen Beziehungen zueinander von dem gleichen Geist getragen sein, wenn man der Rechtsordnung nicht den Vorwurf der Inkonsequenz machen und einen Zwiespalt in sie hineinragen will.

Daher kann die Ansicht von LISZTS<sup>1</sup>, daß der Richter darauf verzichten müsse, die Tat vergelten oder die Allgemeinheit generalprävenierend beeinflussen zu wollen, daß dafür der Gesetzgeber durch die Aufstellung verschiedener Strafrahmen zu sorgen habe, nicht als richtig anerkannt werden. Diese Auffassung geht von einer unzureichenden Erkenntnis der Tätigkeit des Gesetzgebers und des Gesetzanwenders aus. Der Gesetzgeber kann zwar stets dem Geist des Gesetzes Ausdruck verleihen, aus seiner Verwirklichung kann er aber gerade infolge der Notwendigkeit weiter Strafrahmen im Strafrecht regelmäßig keinen entscheidenden Einfluß ausüben. Das ist nur in den Fällen des absolut bestimmten Strafmaßes der Fall. Im übrigen aber ist es erst der Richter, der den Geist des Gesetzes zur Tat umsetzt. Daß sich dabei aus dem Wesen der Strafbemessung Besonderheiten ergeben, bedarf kaum der Erwähnung. Demnach hat auch der Richter bei der Straffestsetzung von der Vergeltung als der Grundlage der Strafe auszugehen.

Wenn auch der Vergeltungsstandpunkt unter Umständen bereits zu einer konkreten Strafe führen kann<sup>2</sup>, so läßt sich doch von ihm aus in zahlreichen Fällen nur ein Rahmenergebnis erzielen, das näher auszugestalten ist. Innerhalb<sup>3</sup> dieses Rahmens können die anderen Zwecke zur Geltung gebracht werden. Mit der Heranziehung der anderen Zwecke wird in das Gesetz nichts Neues hineingetragen. Sie haben bereits im Gesetz im größeren und geringeren Umfang ihren Ausdruck gefunden. Zum mindesten ergibt sich nichts gegen die Heranziehung.

Soweit es sich um die Zwecke der Spezialprävention handelt, ergibt sich aus der Intensität des Eingriffs, der je nach den Zwecken ein schwerer ist, eine Rangänderung der Zwecke. Der Zweck, der den wenigst schwersten Eingriff erfordert, ist zuerst zu prüfen. Das ist die Abschreckung. Erst wenn der Täter durch die Tatsache der Strafe allein nicht mehr abzuschrecken ist, bedarf es der Erziehung (Besserung) und, wo diese versagt, der Sicherung. Diese Rangfolge ergibt sich aus Grundsätze der Sparsamkeit in der Ausübung staatlicher Eingriffe, eines Grundsatzes, der überall gilt, wo nach Zweckmäßigkeit zu handeln ist.

<sup>1</sup> VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 423.

<sup>2</sup> So zutreffend SAUER: Strafrecht S. 170, zu weitgehend POHLE: S. 62, andere Ansicht von HIPPEL: I, S. 502 f., 514 f.

<sup>3</sup> HEINITZ: Arch. f. Rechtsph., 22, S. 269 läßt die Generalprävention auch darüber hinaus zu.

Es bleibt das Verhältnis zwischen General- und Spezialprävention festzulegen. Der Vorrang der Generalprävention läßt sich aus dem Gesetz mit Sicherheit nicht entnehmen. Die Objektivierung erklärt sich aus dem Vergeltungszweck. Auch die nähere Beziehung der Generalprävention zur Vergeltung<sup>1</sup> läßt einen bestimmten Schluß nicht zu. Eine Lösung im Sinne des Vorrangs der Generalprävention würde allerdings gegeben sein, wenn diese stets zu einem zweiten (innerhalb des Vergeltungsrahmens liegenden) Rahmen führen würde, dessen Ausfüllung sich aus der Spezialprävention ergäbe<sup>2</sup>. So stellt VON HIPPEL<sup>3</sup> die Reihenfolge: Vergeltung — Generalprävention — Spezialprävention als maßgeblich auf. Aber eine derartige Ineinanderschachtelung der Zwecke ist keinesfalls zwangsweise gegeben. Sie kann zwar vorliegen, braucht es aber nicht. Der Zweck der Generalprävention kann erst oberhalb des Vergeltungsrahmens erfüllt sein, während gleichzeitig dem Einzelabschreckungszweck schon weit unterhalb des Strafrahmens Genüge geschehen ist<sup>4</sup>. Oder Generalprävention und Spezialprävention lassen sich zwar beide innerhalb des Vergeltungsrahmens verwirklichen, die Präventivzwecke liegen jedoch — im Bilde zweier Kreise gesprochen — nicht ineinander, sei es, daß die unterste Grenze der Generalprävention oberhalb der untersten Grenze der Spezialprävention liegt<sup>5</sup>, sei es, daß — was gleichfalls möglich ist — die Spezialprävention eine höhere Bestrafung als die Generalprävention verlangt<sup>6</sup>. Diese Möglichkeiten zeigen, daß eine Gruppierung: Vergeltung — Generalprävention — Spezialprävention eine natürliche Reihenfolge mit immer größerer Annäherung an die auszusprechende Strafe nicht darstellt.

Da sich auch im übrigen nichts für eine solche Rangordnung, soweit es sich um die Präventivzwecke handelt, ergibt, muß auf eine rangmäßige Gegenüberstellung von Generalprävention und Spezialprävention verzichtet werden. Beide stehen gleichwertig nebeneinander. Daher muß die Strafe beiden gerecht werden. Da beide der zweckmäßigen Ausgestaltung der Strafe dienen, also dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit unterstehen, wäre es auch nicht einzusehen, warum nicht

<sup>1</sup> Vgl. R. SCHMIDT: Reform, S. 72 ff; SCHULTZ: LZ. 22, Sp. 297; vgl. ferner HEINITZ: a. a. O. S. 267; kritisch GALLAS: S. 10.

<sup>2</sup> Bildlich stellt nach dieser Auffassung die Vergeltung den äußeren Kreis dar, der die Generalprävention als kleineren Kreis umfaßt, in den sich die Spezialprävention als kleinster Kreis oder gar als Punkt einschleibt.

<sup>3</sup> VON HIPPEL: I, S. 515.

<sup>4</sup> 1. Beispiel: Vergeltungsrahmen 3—6 Monate Gefängnis, Generalprävention erfordert 1 Jahr Gefängnis. Der Einzelabschreckung würde schon mit 1 Tag Genüge geschehen sein.

<sup>5</sup> 2. Beispiel: Vergeltungsrahmen 3—6 Monate Gefängnis, Generalprävention 6 Monate, Spezialprävention 3 Monate.

<sup>6</sup> 3. Beispiel: Wie in Anm. 5 unter Umkehrung der Werte für General- und Spezialprävention.

die Strafe so zweckmäßig wie möglich, also beiden Zweckrichtungen entsprechend gebildet werden soll. Wenn auch der eine Zweck zu einer Erhöhung der Strafe führt, die aus dem anderen Zweck nicht erforderlich ist, so vereitelt die Erhöhung der Strafe diesen nicht. Es besteht daher durchaus die Möglichkeit gleichwertiger Behandlung der Präventivzwecke<sup>1</sup>.

Es ergibt sich demnach an erster Stelle stets der Vergeltungszweck, dann gleichwertig Generalprävention (Allgemeinabschreckung) und Spezialprävention. Löst man die letzte in die Einzelzwecke auf, so steht hier an erster Stelle die Einzelabschreckung, es folgt dann Besserung und schließlich Sicherung. Der Abschreckung kommt, da sie, sofern die Vergeltung überhaupt einen Rahmen läßt, als Allgemeinabschreckung stets und als Einzelabschreckung in erster Linie in Betracht kommt, von dem Präventivzwecken das Hauptgewicht zu<sup>2</sup>.

IV. Das Reichsgericht hat Anlaß zur wiederholten Behandlung der Frage der Strafzwecke bei Beurteilung des durch das Geldstrafengesetz vom 27. April 1923 eingeführten § 27 b StGB. gefunden, der den Begriff des Strafzweckes benutzt und gerade dadurch für die Theorie und Rechtssprechung von hervorragender Bedeutung ist.

Von den älteren Entscheidungen ist vor allem das Urteil des ersten Strafsenats vom 23. März 1908<sup>3</sup> beachtenswert. Dort heißt es: „Der Strafrichter hat dadurch, daß er die Abschreckung anderer von der Begehung gleicher Straftaten bezweckt und darum zu einer empfindlichen Strafe gegriffen hat, seine Befugnis, die Strafe nach freiem Ermessen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu bemessen, nicht rechtsirrig überschritten. Kein Rechtssatz besteht, daß für das Gericht beim Ausmaß der Strafe grundsätzlich nur der Gesichtspunkt der Sühne des Verbrechens die Richtschnur bilden darf, und daß nicht in den Bereich der Strafzumessung ein Umstand gezogen wird, der zwar in keiner unmittelbaren Beziehung zur Tat oder zum Täter steht, wohl aber, ohne mit dem inneren Wesen der Strafe unvereinbar zu sein, sich als ihre notwendige, gegen außen wirksame Folge darstellt. Wer sich des Bruches der Rechtsordnung schuldig gemacht hat, kann sich mit Grund nicht beschweren, wenn ihm gegenüber bei Wiederherstellung der von ihm mißachteten Rechtsordnung durch Ausspruch einer Strafe auch

<sup>1</sup> Unter Beachtung der dargestellten Grundsätze würde in jedem der drei Beispiele auf 6 Monate Gefängnis zu erkennen sein.

<sup>2</sup> Das hier gewonnene Ergebnis hinsichtlich der Strafzwecke stimmt im wesentlichen mit der Auffassung der Vereinigungstheorie überein. Vgl. statt aller VON HIPPEL: I, S. 487 ff., insbesondere § 22; ferner BOHNE: Freiheitsstrafe I, S. 195 ff.; SAUER: Strafrecht, S. 170. Gegen die Möglichkeit eines Vereinigungssystem neuerdings GALLAS: S. 13.

<sup>3</sup> DJZ. 1908, Sp. 763; G. A.: 55, S. 308 (I D 84/08).

das allgemeine Interesse der Zurückdrängung und Verhinderung des Verbrechens zur Geltung kommt.“

Eine völlige Klärung der Frage nach dem Strafzwecke gibt diese Entscheidung nicht. Sie legt ausdrücklich nur fest, daß nicht nur der Gesichtspunkt der Vergeltung, sondern auch der der allgemeinen Abschreckung für die Strafbemessung in Betracht kommt. In welchem Verhältnis diese beiden Zwecke zueinander stehen, ob sie gleichzeitig und zwar unter Vorwiegen der Vergeltung oder getrennt, je nach dem freien Ermessen des Richters Anwendung finden sollen, ist aus der Entscheidung nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Es scheint allerdings, als ob das Reichsgericht von der Ansicht ausgeht, daß die Strafzwecke im positiven Rechte nicht bestimmt seien, so daß der Richter alle Zwecke nach seinem Ermessen verfolgen dürfe, die nicht durch das Wesen der Strafe ausgeschlossen sind<sup>1</sup>.

Eine klare Stellungnahme hat der I. Senat in der Entscheidung vom 12. Februar 1924 eingenommen. Sie ist die bedeutsamste Entscheidung des Reichsgerichts zu der Frage der Strafzwecke<sup>2</sup>. Hier heißt es: „Die Grundlage für die Bemessung des ordentlichen und außerordentlichen Strafrahmens durch den Gesetzgeber und für die Versagung oder Zubilligung mildernder Umstände durch den Richter bildet somit die Höhe des Verschuldens und die Bedeutung der Tat für die durch sie verletzte Rechtsordnung, maßgebend ist also in erster Linie das Sühnebedürfnis, der Vergeltungszweck der Strafe, daneben auch noch der Abschreckungszweck. Die sonstigen Strafzwecke, der Besserungs- und Sicherungszweck treten demgegenüber in den Hintergrund.“

Diese Entscheidung ist im Hinblick auf die Strafzwecke aus zwei Gesichtspunkten besonders beachtenswert: Sie gibt einmal erschöpfend die Strafzwecke als Zwecke des geltenden Rechts wieder, dann ordnet sie die einzelnen Zwecke nach ihrer Bedeutung ein: zunächst Vergeltung, als zweiter Abschreckung (wobei zwischen General- und Einzelabschreckung nicht geschieden wird) und als dritter weiter zurücktretend in gleicher Linie Besserung und Sicherung. Die Entscheidung stimmt demnach mit dem Ergebnis überein, zu dem die vorliegende Abhandlung gelangt ist.

Der I. Senat hat in der Folgezeit noch häufiger Gelegenheit gehabt zu der Frage der Strafzwecke Stellung zu nehmen.

In einer Entscheidung vom 11. November 1927<sup>3</sup>, die sich die in einem Urteil des IV. Senats vom 3. Juli 1923 ausgesprochene Ansicht zu eigen

<sup>1</sup> In diesem Sinne faßt W. JELLINEK: VR., S. 40 das Urteil auf. Gegen ihn MANNHEIM: S. 167 im Anschluß an M. E. MAYER: Verhandlungen des 29. deutschen Juristentags, Bd. 15 S. 535.

<sup>2</sup> RG. 58 S. 106 ff., insbesondere S. 109 (I D 979/23).

<sup>3</sup> RG. 61 S. 417 = JW. 1928 S. 798 Nr. 14 = LZ. 1928 Sp. 1260 = Recht 1928 S. 100 Nr. 14 (I D 941/27).

macht, erklärt der Senat, „die Strafe bezwecke in erster Linie eine gerechte Sühne des begangenen Unrechts, wenn sie auch daneben zugleich den Verurteilten bessern und andere vor gleichen Straftaten abschrecken solle“.

In einem kurz nach diesen Entscheidungen ergangenen Urteil vom 15. November 1927<sup>1</sup> erklärt der I. Senat: „Die Strafkammer hat die Anwendung des § 27 b StGB. mit der Begründung abgelehnt, daß durch eine Geldstrafe bei der Häufigkeit der meist auf zu rasches Fahren zurückzuführenden tödlichen Unfällen der Strafzweck ‚besonders hinsichtlich der abschreckenden Wirkung einer Bestrafung‘ nicht erreicht werden könne. Der Gesetzgeber hat den Begriff des Strafzweckes in § 27 StGB. nicht näher erläutert. Es ist davon auszugehen, daß durch die Strafe allerdings in erster Reihe eine Vergeltung für das begangene Unrecht herbeigeführt werden soll. Daneben verfolgt die Strafe aber auch den Zweck, die Allgemeinheit der Staatsbürger durch den Hinweis auf die entsprechende Ahndung solcher Straftaten von deren Begehung abzuhalten (sog. Generalprävention) und im besonderen den Angeklagten von der Wiederholung der Straftat abzuschrecken (sog. Spezialprävention).“

Unter Bezugnahme auf das Urteil vom 11. November 1927 führt der Senat in einem Urteil vom 13. November 1928<sup>2</sup> aus: „Was unter dem Strafzweck zu verstehen sei ist weder im Gesetz selbst noch in seiner Begründung erläutert. Unverkennbar geht aber der Gesetzgeber davon aus, daß der Strafzweck der der Vergeltung ist. . . . Daneben soll die Strafe zugleich den Verurteilten bessern und andere abschrecken.“

Diese Entscheidungen erweisen zwar kein so umfassendes Eingehen auf die Strafzwecke und ihr gegenseitiges Verhältnis auf wie das ältere Urteil vom 12. Februar 1924. Sie liegen aber auf der gleichen Linie. Auch sie lassen den Vorrang der Vergeltung<sup>3</sup> erkennen. Die anderen Strafzwecke, von denen im Urteil vom 15. November 1927 neben der Allgemeinabschreckung<sup>4</sup> die Einzelabschreckung und in den Urteilen vom 11. November 1927 und 13. November 1928 die Besserung erwähnt, werden jedoch nicht in eine Rangfolge zueinander gesetzt. Der Sicherungszweck wird überhaupt nicht erwähnt. Daraus darf freilich nicht auf eine Aufgabe dieses Zweckes geschlossen werden, da die Nichterwähnung sich offenbar daraus ergibt, daß zu seiner Hervorhebung mit Rücksicht auf den abzuurteilenden Vorgang kein besonderer Anlaß bestand.

<sup>1</sup> JW. 1928 S. 1748 Nr. 27 (1 D 794/27).

<sup>2</sup> Höchst. RR. 1929 Nr. 452 (1 D 917/28).

<sup>3</sup> Zu dem gleichen Ergebnis kommt das OLG. Jena in seinem Urteil vom 20. Dezember 1929 (J 263/29) in Höchst. RR. 6 Nr. 1079.

<sup>4</sup> Den allgemeinen Abschreckungszweck betont weiterhin der I. Senat in einem Urteil vom 10. Januar 1928 (LD 1203/27) nur in der Überschrift abgedruckt in JW. 1928 S. 913 Nr. 37.

Einen deutlichen Anklang an das Urteil vom 23. März 1908 weist dagegen wieder das Urteil des I. Senats vom 16. Februar 1930<sup>1</sup> auf, in dem es heißt, daß das Schwurgericht „weder durch Gesetz noch durch Rechtsgrundsätze gehindert war, die Strafe aus Gründen der Abschreckung Gleichgesinnter empfindlich zu bemessen“. Die negative Fassung läßt eine klare Stellungnahme zu den Strafzwecken vermissen.

In noch stärkerer Weise ist die Stellungnahme des II. Senats, wie sie in seiner Entscheidung vom 20. Dezember 1928<sup>2</sup> zum Ausdruck kommt, als ein Rückschritt anzusehen. Nachdem er zunächst den Schutz der Allgemeinheit vor dem Treiben des Angeklagten als einen Strafzumessungsgrund bezeichnet, fährt er fort: „Bestimmte Vorschriften über die Gesichtspunkte, nach denen die Strafe zu bemessen ist, sind aber weder in der StPO. noch im StGB. gegeben. Die bemängelte Strafzumessungsbegründung verstößt gegen keinen geltenden Rechtssatz.“ Das Urteil steht offenbar ebenso wie das Oberlandesgericht Kiel in der bereits erwähnten Entscheidung vom 18. April 1928<sup>3</sup> auf dem Standpunkt, daß das positive Recht keinen bestimmten Strafzweck verfolge, der Richter die Strafe aber nach allen möglichen Zwecken bestimmen dürfe, sofern sie nur gegen keinen Rechtssatz verstoße. Mit Recht weist RADBRUCH in der Besprechung des Urteils darauf hin, daß die Berücksichtigung des Sicherungszwecks, um den es sich in der Entscheidung handelt, nicht nur gegen keinen Rechtssatz verstoße, sondern sogar durch den Sinn des Gesetzes erfordert würde. Besser erkennt der Senat die Strafzwecke in einem Urteil vom 30. Mai 1929<sup>4</sup>, indem er ausgehend vom Wesen und Zweck der Strafe davon spricht, daß sie „jedenfalls auch wenn nicht in erster Linie dazu dienen soll, den verbrecherischen Willen des Missetäters für die Zukunft zu beseitigen oder zu schwächen“. Hier legt der Senat nicht nur dar, daß neben die Spezialprävention andere Strafzwecke treten, sondern daß die Spezialprävention nicht an erster Stelle steht. Alle Strafzwecke als Strafzweck im Sinne des § 27 b StGB. hat der II. Senat ausdrücklich in einem Urteil vom 29. November 1928 anerkannt<sup>5</sup>. Auf nur einen von mehreren Strafzwecken weist der II. Senat in dem Urteil

<sup>1</sup> JW. 1931 S. 1613 Nr. 71 (1 D 1131/30).

<sup>2</sup> JW. 1929 S. 1005 Nr. 5 (2 D 1149/28).

<sup>3</sup> Höchst. RR. 4 Nr. 2061 (545/28).

<sup>4</sup> Höchst. RR. 5 Nr. 1709 (2 D 1072/28).

<sup>5</sup> JW. 1929 S. 1006 Nr. 6 = Höchst. RR. 5 Nr. 669 (2 D 1138/29). Dagegen hält das OLG. Dresden in einer Entscheidung vom 17. Mai 1922 (III 148/22) = JW. 1923 S. 421 Nr. 7 — hinsichtlich des Strafzweckes im Sinne des § 3 Abs. 1 des Geldstrafengesetzes nur die Vorstellung von der zukünftigen Wirkung auf den Täter für maßgebend. In der Besprechung erkennt HELLWIG es als richtig an, daß es abgesehen von der Rücksicht auf den Verletzten nur auf die zukünftige Wirkung ankomme, aber nicht nur auf den Täter, sondern auch auf die Allgemeinheit. (Spezial- und Generalprävention.) Richtigerweise bedeutet aber Strafzweck hier wie überall alle Strafzwecke.

vom 30. April 1930<sup>1</sup> hin, in dem es heißt, „daß zu dem Strafzweck, den § 27 b im Auge hat, auch die erziehliche Wirkung gehört“. Spezialpräventive Gesichtspunkte erwähnt neuerdings das Urteil des II. Senats vom 31. Dezember 1931<sup>2</sup>.

Lassen freilich auch die dem Urteil des I. Senats vom 12. Februar 1924 nachfolgenden Entscheidungen die Klarheit dieses Urteils vermissen, so bedeuten doch die weiteren Entscheidungen, abgesehen allerdings von dem vereinzelt dastehenden Urteil vom 20. Dezember 1928 kein Abgehen von der älteren Entscheidung des I. Senats. Sie liegen vielmehr in derselben Richtung. Ihr inhaltlicher Unterschied mag sich durch die Verschiedenheit der abzuurteilenden Fälle erklären.

V. Für die Strafbemessung ergibt sich demnach, daß der Richter zum mindesten in den Grundlagen weder in der Auswahl der Zwecke noch in der Bemessung des Bedeutungsgrades der Zwecke frei ist.

## § 6. Bewertungsgesichtspunkte und Bewertungsmaßstab.

**I. Vergeltung und Strafbemessung.** Die Feststellung der Strafzwecke und die Festlegung ihrer Reihenfolge gibt die weitere Richtung für die Bestimmung der Strafe an. Die Strafe soll in erster Linie Vergeltung sein. Sie soll den Ausgleich der durch die Tat gestörten Rechtsordnung sein. Sie muß daher in einem Verhältnis zur Rechtsstörung gesetzt werden.

Die Rechtsordnung soll der Rechtsgemeinschaft Ordnung und Sicherheit gewährleisten. Jede strafbare Handlung verletzt Ordnung und Sicherheit. Sie tut es nicht nur durch ihren Erfolg, sondern in hervorragendem Maße durch ihr Dasein als ein sozialwidriger Vorgang. Der Vorgang als solcher enthält einen die Rechtsordnung und die durch sie geschützten sozialen Erfordernisse nicht achtenden Angriff oder Eingriff. Jeder derartige Angriff und Eingriff in die Rechtsordnung ist ihrem Ansehen und Geiste entgegengerichtet. Jeder strafbare Handlung birgt daher wenigstens ein Mindestmaß von Gefährlichkeit in sich. So bilden Sozialschädlichkeit und Sozialgefährlichkeit<sup>3</sup> die Grundlagen der Störung der Rechtsordnung. Sie sind aber nicht die einzigen Voraussetzungen der strafbaren Handlung. Auch der Geisteskranke oder das Kind betätigt sich unter Umständen sozialschädlich und sozialgefährlich. Die Rechtsgemeinschaft billigt auch die durch sie hervorgerufene Störung nicht, aber sie macht sie dem Täter nicht zum Vorwurf. Erst dort, wo die Rechtsgemeinschaft die Tat dem Täter zurechnet, entsteht der Vorwurf gegen ihn.

<sup>1</sup> RG. 64 S. 110 (2 D 1356/29). Auf spezialpräventive Ges.

<sup>2</sup> RG. 66 S. 45, 47 (2 D 1242 u. 1250/31).

<sup>3</sup> In ähnlicher Weise erklärt SCHUMACHER: S. 80 Gefährlichkeit und Schädlichkeit der Tat als den Gegenstand der Reaktion. SAUER: Z. 50, S. 682 spricht von sozialer Schädlichkeit oder Gefährlichkeit. Die beiden Begriffe decken sich jedoch bei ihm (vgl. auch S. 686).

Sozialschädlichkeit, Sozialgefährlichkeit und Vorwerfbarkeit der Tat sind die Komponenten der Strafbemessung. In welcher Weise sie für die Strafbemessung Bedeutung erlangen, ergibt die begriffliche Erläuterung.

Die Sozialschädlichkeit beruht auf den schädlichen Folgen, die die Tat mit sich bringt. Es kommt hier einmal die nach außen hin in Erscheinung tretende Verletzung geschützter Rechtsgüter in Betracht. Dieser äußere Erfolg bietet jedoch zur Beurteilung nur einen rohen Anhaltspunkt. Der Erfolg ist vielmehr in Beziehung zu dem individuellen Lebenskreis des verletzten Individuums und zu den Bedürfnissen der Allgemeinheit zu setzen. In je stärkerem Maße die Lebensordnung des Verletzten und die Ordnung der Allgemeinheit von ihrer Linie abgedrängt wird oder die Gefahr einer derartigen Abdrängung besteht, um so schwerer ist der Erfolg<sup>1</sup>. Neben der gegenständlichen Seite der Schädigung verdient aber auch der Erfolg in ideeller Hinsicht Beachtung. Die Straftat deckt eine Schwäche der Rechtsordnung auf, sie bringt dadurch Beunruhigung und enthält den Anreiz zu neuen Rechtsverletzungen durch den Täter oder andere. Hier ist ein gewisser Berührungspunkt zwischen Vergeltung und Generalprävention, indem auf die Verbrechensneigung anderer abgestellt wird. Während es sich bei der Vergeltung aber um die Steigerung der allgemeinen Verbrechensneigung durch die Straftat handelt, betrifft die Generalprävention die ohnehin sich steigernde Verbrechensneigung.

Die Sozialgefährlichkeit einer Handlung ergibt sich äußerlich aus ihrem Ziel, der Intensität und Art ihrer Durchführung<sup>2</sup>. Wesentlich ist aber der Geist, von dem die Handlung getragen ist, denn er verleiht erst der Tat ihren Charakter und ihre Bedeutung. Je rechtsordnungswidriger und sozialwidriger der die Tat beherrschende Geist ist, um so gefährlicher ist die Tat. So rückt hier die Gesinnung des Täters in den Mittelpunkt. Die Gefährlichkeit des Täters<sup>3</sup> wird Beurteilungsgrundlage für die Gefährlichkeit der Tat.

Die Gefährlichkeit der Tat beruht darauf, daß der Täter anders handelt, wie er soll, daß er sich anders verhält, wie es ein nach der Rechts-

---

<sup>1</sup> Als Schädigung der allgemeinen Ordnung kommt z. B. die Schädigung der Wirtschaftsordnung in Betracht. Dieser häufig zu wenig beachtete Gesichtspunkt ist namentlich bei Konkursvergehen oder -verbrechen, größeren Unterschlagungen und Betrugsfällen von Bedeutung.

<sup>2</sup> Hier kommen in Betracht die angewandten Mittel, vgl. z. B. die besonderen Tatbestände der §§ 223a, 243, Ziff. 4, StGB., §§ 267, 330 Ziff. 1 Entw. 27, die Überwindung besonderer Schwierigkeiten, z. B. § 243, Ziff. 2, StGB., § 330, Ziff. 1, Entw. 27, der Grad der Beteiligung, z. B. § 49 StGB., § 30, Entw. 27 u. a. m.

<sup>3</sup> Zu eng ist die vielfach vertretene Ansicht: Gefährlichkeit sei die Gefahr der künftigen Begehung von Delikten, vgl. statt aller VON HIPPEL: II, S. 275, Anm. 4. Diese Gefahr ist nur der Ausfluß der Gefährlichkeit. Gefährlichkeit ist vielmehr ein Charakteristikum für Tätereigenschaften. Vgl. GRÜNHUT: Gefährlichkeit als Schuldmoment, S. 95, VON LISZT-SCHMIDT: 26. S. 230, DANIEL: S. 29.

ordnung lebender Mensch, ein ordentlicher Staatsbürger getan hätte. Die Beurteilung der Gefährlichkeit der Tat ergibt sich aus dem Abweichen vom Sollen, sie geschieht an Hand eines generellen Maßstabs. Die Rechtsordnung verlangt Zurückstellung asozialer Lustempfinden und Einstellung auf die sozialen Bedürfnisse. Sie fordert um so mehr Hemmungen und Gegenvorstellungen, je sozialwidriger, hartnäckiger, rücksichtsloser und andauernder das Lustempfinden ist. Anzeichen für die Bestimmbarkeit des Grades der Sozialwidrigkeit stellen Verwerflichkeit, Erheblichkeit und Schädlichkeit des erstrebten oder möglichen Erfolges, die Verwerflichkeit der Motive und der Mittel zur Durchführung, die Verwerflichkeit der Art der Durchführung<sup>1</sup> dar. Die Zurückführbarkeit der Tat auf den Charakter des Täters, derart, daß sie einer im Täter verwurzelten Rechtsordnungsfeindlichkeit entspringt, weist auf eine besonders starke Intensität der in der Straftat zum Ausdruck gebrachten Gesinnung hin. Unter diesem Gesichtspunkte wird es bedeutsam, inwieweit die Tat auf persönlichkeits-eigene oder persönlichkeitsfremde Reize zurückzuführen ist. Die Persönlichkeit umfaßt in diesem Zusammenhang auch krankhafte Anormalitäten<sup>2</sup>. Je mehr die Tat der Persönlichkeit des Täters, so wie sie sich in der Entwicklung darbietet, entspricht, eine um so höhere Bedeutung kommt ihr zu, um so gefährlicher ist sie<sup>3</sup>.

Ob und inwieweit die Tat der Persönlichkeit entspricht, erfordert neben der zunächst zu treffenden Feststellung der charakteristischen Tatmerkmale, sowie insbesondere ihrer äußeren Ursachen<sup>4</sup>, sowohl eine Wür-

<sup>1</sup> Z. B. etwa Rücksichtslosigkeit, Rohheit (vgl. z. B. §§ 223a Abs. 2, 251, 360 Ziff. 13 StGB., §§ 265, 366, Entw. 27), Hinterlist: § 181 Abs. 1 Ziff. 1 StGB., § 306 Abs. 2 Entw. 27.

<sup>2</sup> Die Frage, welche Umstände als persönlichkeits-eigen und welche persönlichkeitsfremd anzusprechen sind, wird in der Regel im Zusammenhang mit dem Problem Schuld und Persönlichkeit behandelt. Während MEZGER: Lehrbuch S. 278 f, Persönlichkeit S. 23 ff., 34, Z. 47, S. 486, Z. 49, S. 183, Z. 51, S. 865 f. unter Persönlichkeit nur die normale versteht, sieht SEELIG: Monatsschrift 16, S. 21; 18, S. 248 f. auch krankhafte Anormalitäten als persönlichkeits-eigen an. Die Frage hat eingehende Behandlung bei SAUER: Z. 50, S. 692 ff. gefunden, der die kriminalbiologische Grenzziehung von SEELIG für juristisch nicht vertretbar hält.

<sup>3</sup> Insofern hat der von M. E. MAYER: freilich in der Schuldlehre aufgestellte Satz „Die Motive entlasten, der Charakter belastet“ (Schuldhaftes Handeln S. 190, Lehrb. S. 497) einen richtigen Kern. Zu dem MAYERSCHEN Satz vgl. kritisch SEELIG: Monatsschrift 18, S. 247, SAUER: Z. 50, S. 700, Anm. 24.

<sup>4</sup> Hier kommen in Betracht: I. die Verhältnisse des Täters. a) Wirtschaftliche Verhältnisse: Armut, Not (vgl. §§ 248a, 264a StGB., §§ 336, 345 Entw. 27). b) Soziale Verhältnisse: Umwelt, z. B. Wohnungsverhältnisse. Über das Wohnungselend im rheinisch-westfälischen Industriebezirk vgl. TÖBBEN: Gefährdung und Schutz der Jugend des rheinisch-westfälischen Industriegebietes in der dt. Ztschr. d. ges. gerichtlichen Medizin, Bd. 13 S. 177 ff. 1929. II. Einflüsse anderer Personen: Verführung, Drohung.

digung des Verhaltens nach der Tat<sup>1</sup> als auch die Aufdeckung des Vorlebens<sup>2</sup>, von dem freilich nicht alle Einzelheiten zu erforschen sind, sondern nur die für die konkrete Strafbemessung erheblichen Verhaltensweisen<sup>3</sup>.

Sollen Sozialschädlichkeit und Sozialgefährlichkeit für die Bestrafung von Erheblichkeit sein, so muß die Vorwerfbarkeit hinzutreten. Die Vorwerfbarkeit bedeutet freilich der Sozialschädlichkeit gegenüber etwa anderes als der Sozialgefährlichkeit gegenüber. Die Sozialschädlichkeit ist vorwerfbar, sofern nur der Erfolg von der Schuld psychologisch erfaßt wird. Auf die normative Schuld kommt es hier nicht an. Anders bei der Sozialgefährlichkeit. Für die Frage der Strafbemessung hat die Schuld nur als normative Interesse, da sie nur dann Grundlage für eine steigerungsfähige Bewertung abzugeben geeignet ist. Von ihr ist im folgenden die Rede.

Darüber, worauf der Vorwurf, den die Rechtsgemeinschaft dem Täter macht, zu gründen ist, gehen die Ansichten auseinander: die einen werfen dem Täter vor, daß sein Handeln und seine Gesinnung vom Gebote des Sollens abweichen<sup>4</sup>, die anderen darin, daß sein Handeln nicht den Kräften seines Könnens nachkomme<sup>5</sup>. Die erste Auffassung entspricht eher dem Determinismus, die andere mehr dem Indeterminismus. Eine durchgehende Scheidung zwischen den Anhängern der einen oder der anderen

<sup>1</sup> Hier kommen in Betracht: I. straferschwerend: Verstocktheit, Leugnen (vgl. hierzu die eingehende Angabe der Rechtsprechung, auch der Literatur bei LÖWE-ROSENBERG, zu § 367 Anm. 7, insbes. auch ROSENFELD: Vgl. DARST: Allg. T. III, S. 156, BOHNE: Z. 47, S. 439 ff.; SACHS: S. 88 ff.; WIMMER: Z. 50, S. 538 ff.; Schweigen (vgl. RG. 2. Senat, Urt. vom 30. Mai 1929 (2 D 1072/28) in JW. 1930, S. 713, Nr. 16), Verweigerung der Auskunft über Verbleib gestohlener oder erschwindelter Gegenstände, Mangel an Reue (vgl. RG. III 10. Mai 1920 angeführt bei LÖWE-ROSENBERG: a. a. O.), Gleichgültigkeit, Rache gegen den Anzeigenden, gemeine und niedrige Gesinnung bei Auswahl der Verteidigungsmittel (RG. I 22. September 1913, angeführt bei LÖWE-ROSENBERG: a. a. O.); II. strafmildernd: Wiedergutmachung, Abbitte, Widerruf einer Kränkung, Reue, Geständnis (vgl. die bei Leugnen angeführte Literatur). Zu Einzelheiten vgl. JUNG: Jur. Rdsch. 1931, S. 21 f.

<sup>2</sup> Zu beachten etwa: der geistige, sittliche und körperliche Entwicklungsgang, das Auftreten wesentlicher Tatmerkmale bei früheren Verhaltensweisen, strafbarer oder nichtstrafbarer Art (Vorstrafen).

<sup>3</sup> Es ist zu beachten, daß nicht jede Verhaltensweise und Willensregung ermittelt werden muß. Vielmehr sind, wie SAUER: Z. 50, S. 689 zu Recht ausführt, „alle nebensächlichen, für die Strafbemessung im Einzelfall unerheblichen Verhaltensweisen und Willensregungen auszuschneiden“. SAUER weist zutreffend darauf hin, daß vom Vorleben nur ein kleiner Teil für die Strafbemessung von Bedeutung ist.

<sup>4</sup> Vgl. etwa VON HIPPEL: II, S. 285.

<sup>5</sup> Vgl. etwa VON LISZT-SCHMIDT: 25, S. 219, in Anm. 14, Literaturangaben, 26. Aufl., S. 234, SAUER: Strafrecht S. 503 ff., 506, 548, GOLDSCHMIDT: Schuldbefriff, S. 442.

Richtung läßt sich allerdings nicht machen. Beide Auffassungen führen praktisch zu demselben Ergebnis.

In beiden Fällen ist Maßstab ein Persönlichkeitstyp. Wer dem Täter den Vorwurf macht, anders gehandelt zu haben, als er konnte, muß zwar bestrebt sein, zu erkennen, was der Täter tun konnte. Dabei kommt man jedoch nicht ohne Generalisierung aus. Man ist genötigt, das Handeln des Täters zum Verhalten anderer Menschen in Vergleich zu setzen, freilich nicht, um aus dem Verhalten anderer zu schließen, was der Täter sollte, sondern, was er konnte. Trotz grundsätzlich subjektiven Ausgangspunkts gelangt man zu einem objektivierte Maßstab<sup>1</sup>.

Soweit man dem Täter ein Abweichen von einem Sollensgebot zum Vorwurf macht, sind als Maßstab, der den Anforderungen des Sollens zugrunde zu legen ist, zwei Möglichkeiten denkbar: 1. man verlangt von dem Täter, was man von einem ordentlichen Staatsbürger überhaupt verlangt<sup>2</sup>; 2. man verlangt von dem Täter, was man von einem Staatsbürger mit ähnlichen Fähigkeiten verlangt<sup>3</sup>. Die erste Alternative ist abzulehnen. Sie würde der gleiche Maßstab sein, den man der Gefährlichkeit der Tat zugrunde zu legen hat. Der Maßstab der Tatgefährlichkeit und der Maßstab der Schuld würde zusammenfallen. Die Schuld würde ausgestrichen werden können. Das Schuldstrafrecht würde von dem Gefährlichkeitsstrafrecht verdrängt<sup>4</sup>.

Ein solches Ergebnis würde mit der Auffassung des StGB. und Entwurf 27 unvereinbar sein. Der Schuldmaßstab kann nur ein solcher Typus sein, der nach der Persönlichkeit des Täters gerichtet ist. Der Charakter des Täters ist für die Typenbildung unbeachtlich. Was man von einem Menschen fordert, um ihm aus seinem Handeln einen Vorwurf machen zu können, richtet sich nicht nach seinem Charakter, sondern nach dem Maß an Einsichtsfähigkeit und Willenskraft, dessen Vorhandensein man bei dem Täter annimmt. Die Aufstellung eines Typs ähnlichen Charakters würde zu einer Prämierung des schlechten und zu einer Bestrafung des guten Charakters führen. Man gelangt so zu dem Typ eines Staats-

<sup>1</sup> Zutreffend führt EXNER: Schweiz. Z. f. Str. 38, S. 11 aus: „Wenn nun diese Entscheidung (Strafzumessung, bedingte Strafaussetzung usw.) nicht Ausfluß reiner Willkür, reinen Zufalls sein soll, so kann sie nur so zustandekommen, daß der Richter wenigstens pro foro interno das Allgemeingültige des Falles zu erkennen sucht, das Individuum einem auch sonst vorkommenden Typus einordnet, über dessen Würdigung sich praktische Erfahrungen gebildet haben.“ Vgl. ferner insbesondere GOLDSCHMIDT: a. a. O. S. 453.

<sup>2</sup> So nimmt GOLDSCHMIDT: a. a. O. S. 453, 464 den Durchschnittsmensch als Vergleichsmaßstab.

<sup>3</sup> Zutreffend KÖHLER: GS. 96, S. 106.

<sup>4</sup> So tatsächlich der FERRISCHE Entwurf, wobei jedoch zu beachten ist, daß es sich dort entsprechend der spezialpräventiven Grundlage um die Gefährlichkeit des Täters handelt. Vgl. auch FERRI: S. VI im Geleitwort zu DANIEL: Gefährlichkeit und Strafmaß.

bürgers, der die Willenskraft hat, die der Täter hat oder aber hätte haben sollen. Auch das „hätte haben sollen“ ist, was zuweilen übersehen wird, bedeutsam<sup>1</sup>. Das Sollensgebot verlangt auch Erhaltung und Förderung der Fähigkeiten und Kräfte.

Der so gewonnene Typ ist kein anderer, als er vom Standpunkt des „Andershandelnskönnens“ als Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist. Kann man von Personen mit einer im wesentlich ähnlichen Einsicht und Willenskraft oder einer ähnlichen Veranlagung zur Erhaltung und Ausbildung der Einsicht und Willenskraft ein rechtsordnungsgemäßes Handeln erwarten, so nimmt man an, daß es auch der Täter konnte. In je stärkerem Maße die Erwartung begründet ist, um so stärkere Anforderungen stellt man an das Können des Täters<sup>2</sup>.

Der Schuldgrad ist demnach in derselben Weise zu bestimmen, ganz gleich, ob man annimmt, der Täter sollte anders handeln, oder ob man annimmt, daß er es konnte. Die Bedeutung des Unterschieds der Auffassung zeigt sich erst bei dem Problem der Rechtfertigung der Strafe.

Um zu dem erforderlichen Vergleichstypus zu gelangen, bedarf es zunächst der Feststellung des Maßes der Einsicht des Täters hinsichtlich der Tatgefährlichkeit<sup>3</sup>, des Maßes seines den asozialen Reizen gegenüber verfügbaren Willenskraft<sup>4</sup> und des Maßes der Einsicht und des Willens, das man von dem Täter bei einem seinen Fähigkeiten und Anlagen entsprechenden Bemühen hätte erwarten sollen. Der Typus, der als Maßstab gewonnen werden kann, kann unter Umständen mit dem eines ordentlichen Staatsbürgers zusammenfallen. Tut er es nicht, so kommt nur ein Typus, der sozial minderwertiger ist, als der des ordentlichen Staatsbürgers, in Betracht. Denn die Intensität dessen, was man von dem Sollen oder Können des Täters verlangt, kann niemals über das hinausgehen, was ein ordentlicher Staatsbürger soll.

Schuldbeurteilung und Tatgefährlichkeitsbeurteilung beruhen auf der

<sup>1</sup> Vgl. hierzu zutreffend ZIMMERL: S. 228; MITTERMAIER: Monatsschrift 17, S. 348; SEELIG: Monatsschrift 18, S. 252. Hier greifen erbblologische Gesichtspunkte ein (erbliche Belastung). Beachtung verdient z. B. auch die Erziehung, das soziale Milieu, der Beruf u. a. m.

<sup>2</sup> Ob es sich hierbei um eine „staatsnotwendige Fiktion“ des Könnens handelt, wie KOHLRAUSCH: Sollen und Können, S. 26 meint, oder um ein tatsächliches Andershandelnkönnen, ist eine Frage, deren Behandlung über den Rahmen der Abhandlung hinausgehen würde.

<sup>3</sup> Diese richtet sich nach Alter, Bildung, Erfahrung, Erziehung, Aufklärung, Verwarnung, unter die auch Vorstrafen fallen können, Beruf (so ist Stellung als Rechtsanwalt als erschwerend anerkannt von RG. I, 27. Oktober 1919 (I D 384/15) s. bei LÖWE-ROSENBERG: zu § 367, Anm. 7), soziale Stellung und nicht zum mindesten nach der natürlichen Veranlagung.

<sup>4</sup> Diese hängt insbesondere ab von der geistigen, seelischen, aber auch körperlichen Gesundheit.

Bewertung derselben Vorgänge. Verschieden ist lediglich der Maßstab<sup>1</sup>. Da der Maßstab der Schuld niemals strenger ist als der der Gefährlichkeit, kann der Schuldgrad den Gefährlichkeitsgrad nicht übersteigen.

Für das Strafmaß sind außer dem Grad der Sozialschädlichkeit, die ganz (so im Entwurf) oder doch wenigstens teilweise (so im StGB.: Erfolgsdelikte) von der Schuld (psychologisch) umfaßt sein muß, der Grad der Sozialgefährlichkeit und der Grad der Vorwerfbarkeit der sozialgefährlichen Tat maßgebend. Sowohl aus steigender Sozialgefährlichkeit als auch aus steigender Vorwerfbarkeit ergibt sich die Straferhöhung<sup>2</sup>. Weist die Tat eines vermindert Zurechnungsfähigen eine erhöhte Tatgefährlichkeit<sup>3</sup> auf, so drückt sich diese durch ein Ansteigen des Gefährlichkeitsgrades und eine entsprechende Bewertung bei der Strafbemessung aus. Nur der Grad der Vorwerfbarkeit bleibt zurück. Dadurch ist die Strafe eine niedrigere, als sie bei voller Zurechnungsfähigkeit sein würde. Immerhin ist aber die durch den Reichstagsausschuß in die Tat umgesetzte Auffassung, daß eine Minderung der Strafhöhe stets in solchem Maß eintrete, daß der gewöhnliche Strafrahmen zu schwer sei, und daher ein milderer Strafrahmen Platz greifen müsse<sup>4</sup>, nicht unbedenklich.

Der Ausgleich der gestörten Rechtsordnung erfolgt, soweit das Ausgleichsbedürfnis besteht. Eine Abschwächung des Bedürfnisses kann sich aus dem zeitlichen Zwischenraum zwischen Tat und Urteilsspruch ergeben. Das Ausgleichsbedürfnis schwindet schließlich überhaupt (Fälle der Strafverfolgungsverjährung).

---

<sup>1</sup> Aus der Darstellung ergibt sich die Beziehung zwischen Schuld und Tatgefährlichkeit. Beide sind das Bewertungsergebnis unter verschiedenen Blickwinkeln. In gleicher Weise ist aber auch die Tätergefährlichkeit ein Ergebnis der Bewertung von verschiedenem Standpunkt aus. Zu dem Problem „Schuld und Gefährlichkeit“ vgl. insbes. GRÜNHUT: *Gefährlichkeit als Schuldmoment*, Monatsschrift, Beiheft 1, S. 87, dazu MEZGER: *Z.* 49, S. 171 ff.; KÖHLER: *GS.* 96, S. 153; LIEPMANN: *IKV.* 1922, S. 131; VON LISZT-SCHMIDT: 26, S. 230; MITTERMAIER: *Monatsschrift* 17, S. 349; SEELIG: *Monatsschrift* 18 S. 240; ZIMMERMANN: *S.* 233. — Zentralblatt 47, S. 421 ff. GRÜNHUT und im Anschluß an ihn VON LISZT, ferner KÖHLER sehen in der Gefährlichkeit ein Schuldmoment, während nach der hier vertretenen Auffassung die Gefährlichkeit neben der Schuld steht, so namentlich LIEPMANN, MITTERMAIER.

<sup>2</sup> SAUER: *Z.* 50, S. 686 macht die Strafhöhe in entsprechender Weise von zwei Gesichtspunkten abhängig: Sozialschädlichkeit, die er im Sinne von Gefährlichkeit verwendet, und Persönlichkeitseigenheit. Die Auffassung SAUERs unterscheidet sich jedoch von der hier vertretenen dadurch, daß er beide Gesichtspunkte als Schuldmomente auffaßt.

<sup>3</sup> Vom Vergeltungsstandpunkt aus handelt es sich aber immer nur um den Ausgleich der gestörten Rechtsordnung. Diesen Grundgedanken unterliegt auch die Auswertung der Tätergefährlichkeit.

<sup>4</sup> An Stelle des „kann“, wie es im Entw. 27 in § 13, II ursprünglich hieß, hat die Reichstagskommission ein „muß“ gesetzt.

Der Ausgleich findet statt durch die Verhängung eines der Störung entsprechenden Übels über den Täter. In ihm soll ein gewisses Maß an Leid- und Unlustgefühl hervorgerufen werden. Eine zahlenmäßig bestimmte Strafgröße vermag von der tatsächlichen Größe des Übels kein zutreffendes Bild zu geben. Es muß vielmehr zu der Strafempfindlichkeit des Täters<sup>1</sup> in Beziehung gestellt werden. Das gilt sowohl für die Geldstrafe als auch für die Freiheitsstrafe. Die Strafempfindlichkeit richtet sich bei der Geldstrafe nach den wirtschaftlichen Verhältnissen<sup>2</sup> (vgl. § 27 c). Bei der Freiheitsstrafe ist in erster Linie die seelische, geistige und körperliche Empfänglichkeit<sup>3</sup> zu beachten. Daneben kommt den zu erwartenden Nachteilen der Bestrafung für den Verurteilten<sup>4</sup> selbst sowie für seine Familie<sup>5</sup> Bedeutung zu<sup>6</sup>.

Die gegebene Skizze mag genügen, um darzutun, inwieweit der Vergeltungszweck der von dem Richter bei der Strafbemessung<sup>7</sup> einzuschlagende Weg festliegt.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu KÖHLER: Lehrb. S. 692; SAUER: Strafrecht S. 654; ferner ASCHAFFENBURG: S. 289; BRANDT: JW. 1925, S. 2721; BUMKE: Monatsschrift 17, S. 359; BURSCHAEPER: Strafrechtspflege S. 114 ff.; — Schweiz. JZ. 19, S. 241.

<sup>2</sup> S. hierzu STOSS: Z. 37, S. 697 ff.; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 421 f.; ferner SAUER: Strafrecht S. 655, bei dem die wirtschaftlichen Verhältnisse als außerstrafrechtliche Gesichtspunkte unter der Rubrik „technisch-prozessuale Gründe“ für die Strafbemessung Beachtung finden. Vgl. ferner RADBRUCH: Besprechung eines Urteils des 2. Senats RG. vom 25. Oktober 1928 (2 D 616/28) in JW. 1929, S. 443, Nr. 11).

<sup>3</sup> Unter diesem Gesichtspunkte hat das Vorleben Bedeutung, als Einzelgesichtspunkte kommen etwa: Unbescholtenheit, gute Führung, Familienstand, soziale Stellung, Alter, Geschlecht, Gesundheit in Betracht.

<sup>4</sup> Z. B. Herausreißen aus dem bisherigen Lebens- und Wirkungskreis, aus der Lebensgewöhnung, Verlust der Verdienstmöglichkeit.

<sup>5</sup> Auf die zu erwartenden Nachteile weist die A. V. d. Preuß. JM. vom 8. März 1926 über die Strafzumessung hin.

<sup>6</sup> Ob man richtigerweise bei den hier in Betracht kommenden Gesichtspunkten von Strafbemessungsgründen spricht, ist eine Frage von nur theoretischer Bedeutung. Wesentlich ist es, daß es sich bei den genannten Umständen um derartige handelt, die mit der Tat als solche nicht in Verbindung stehen. Aber immerhin handelt es sich hier doch um Gründe, die für die Strafbemessung eine Rolle spielen. Man mag sie die allgemeinen Strafbemessungsgründe nennen im Gegensatz zu den besonderen, die mit der Tat als solcher in Zusammenhang stehen. Ausgeschlossen ist es allerdings dabei nicht, daß ein Grund sowohl als allgemeiner als auch als besonderer auftaucht. Vgl. über den Stand der Frage VON LISZT-SCHMIDT 26. Aufl. S. 421, Anm. 5.

<sup>7</sup> Die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft betrifft nicht die Strafbemessung, sondern die Strafvollstreckung. Es entspricht Billigkeitserwägungen, daß im Laufe des Verfahrens durch die Untersuchungshaft erlittene Übel in Anrechnung zu bringen. Nach § 60 StGB. „kann“ das Gericht eine erlittene Untersuchungshaft ganz oder teilweise anrechnen. Trotz des „kann“ ist das Gericht jedoch an den Zweck und Sinn der Vorschrift gebunden. Ist die Anrechnung billig, was das Gericht zu entscheiden hat, so hat es die Untersuchungshaft anzurechnen.

**II. Generalprävention und Strafbemessung.** Die Generalprävention bezweckt, durch Strafe der Entstehung verbrecherischer Neigungen entgegenzuwirken und bei bereits bestehenden verbrecherischen Neigungen zur Unterlassung strafbarer Handlungen zu motivieren. Die über den Täter verhängte Strafe soll in anderen eine, sei es bewußt oder unbewußt<sup>1</sup>, wirkende Motivation zum Unterlassen eines rechtswidrigen Handelns begründen. Die Generalprävention hat die der Rechtsgemeinschaft von anderen als dem Täter drohende Gefahr zum Gegenstand.

Soll die Generalprävention für die Strafbemessung<sup>2</sup> ausgewertet werden, so bedarf es zunächst der Klarheit darüber, inwiefern die Strafe überhaupt geeignet ist, eine generalprävenierende Wirkung auszuüben. Sie ist es in dreifacher Hinsicht. 1. als Zeichen dafür, daß die staatliche Autorität wacht und den Schuldigen zur Verantwortung zieht; 2. als ein eindringliches Bild von dem Übel, das der Rechtsbrecher zu erdulden hat; 3. als ein klarer Hinweis für die Verwerflichkeit eines Handelns, wie es der Verurteilte verwirklicht hat.

Die Strafe als das Zeichen wachsender Staatsgewalt übt ihre Wirksamkeit durch die Tatsache der Bestrafung als solche aus. Die Strafhöhe fällt hier nicht ins Gewicht. Dagegen läßt die Strafhöhe erst ein abgeschlossenes Bild von dem über den Täter verhängten Übel gewinnen. Die Strafhöhe stellt erst die Verwerflichkeit der Tat in ihrer vollen Bedeutung vor Augen.

Jede Strafe als solche gibt zu erkennen, daß es ein Risiko ist, eine strafbare Handlung überhaupt zu begehen. Sie zeitigt daher eine motivierende Kraft gegenüber Straftaten schlechthin. Sie tut das in um so höherem Maße, wenn sie ein Glied in einer langen, die Delikte möglichst weitgehend erfassenden Kette von Strafen ist. Umgekehrt kann naturgemäß die Strafe als Hinweis auf die Verwerflichkeit der Tat nur darauf abzielen, das Gewissen der Allgemeinheit hinsichtlich gleichartiger Hand-

---

In welchem Umfang es sie anzurechnen hat, richtet sich nach der Schwere des Leidens, das die Untersuchungshaft dem Angeklagten gebracht hat. Hier greift die richterliche Bewertung ein. Die Anrechnung der Untersuchungshaft ist in § 267 a (Art. 67, Ziff. 142) des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetze obligatorisch vorgeschrieben. Das Gericht kann von einer Anrechnung ganz oder teilweise Abstand nehmen, wenn der Angeklagte durch sein eigenes Verhalten die Untersuchungshaft verursacht oder verlängert hat. Auf eine Freiheitsstrafe ist sie, falls nicht die erwähnte Besonderheit eintritt, voll anzurechnen. Bei einer Geldstrafe ist der Umfang der Anrechnung dem Gericht überlassen. Vgl. zur Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft OETKER: GS. 98, S. 321 ff., SACHS: S. 145 ff.

<sup>1</sup> Die bedeutsame Wirkung der Strafe auf das Unterbewußtsein wird mit Recht von COENDERS: Richtlinien, S. 16, 21, 28 ff. betont; vgl. auch Zum neuen Strafgesetz S. 268.

<sup>2</sup> Vgl. zum Wesen der Generalprävention insbesondere GALLAS: Kriminalpolitik S. 23 ff.

lungen zu schärfen. Die Strafhöhe hat hier nicht die Abhaltung von strafbaren Handlungen schlechthin als Motivationsziel.

Besonderheiten gelten, soweit es sich um die Wirksamkeit der Strafhöhe als Maß des zu erleidenden Übels handelt. Diese wirkt vorwiegend als Motivation nur, wenn strafbare Handlungen gleichen Charakters in Betracht kommen. Unter Handlungen gleichen Charakters sind solche zu verstehen, die sowohl durch ihre äußeren charakteristischen Ziele und Kennzeichen im wesentlichen den gleichen Typ aufweisen (z. B. Taschendiebstähle, Fahrraddiebstähle, Wohnungseinbrüche, Geschäftseinbrüche usw.) als auch auf der gleichen geistigen Einstellung, den gleichen wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnissen beruhen.

Die Strafhöhe stellt sich dem von ihr nicht unmittelbare Betroffenen regelmäßig nur als eine Art Rechnungsgröße dar, die dieser, wenn sich in ihm eine verbrecherische Neigung oder Regung bildet, ein verbrecherischer Plan reift oder er sich in einer ähnlichen zu einer Straftat führenden Gelegenheit befindet, zu seiner Lage bewußt oder unbewußt in Beziehung setzt. In seinem Interessenkreis liegt dann nur eine Strafe, die bei einem gleichartigen Verhalten ausgesprochen worden ist. Andere Bestrafungen sind ihm zu fern, als daß sie bei der Entschlußfassung von Wirksamkeit sein könnten. Betreffen die Bestrafungen Handlungen anderer Strafart, so fehlt es an der erforderlichen sachlichen Nähenbeziehung zwischen dem erwogenen Verhalten und der abgeurteilten Tat. Hat sich die letztere auf anderer geistigen wirtschaftlichen oder sozialen Grundlage abgespielt, so fehlt es an der erforderlichen persönlichen Nähenbeziehung zwischen der Persönlichkeit des durch die Strafe abzuschrecken und der Persönlichkeit des Verurteilten oder den Verhältnissen des Verurteilten. Eine Beachtung von Strafen, die wegen Handlungen anderer Art oder unter anderen Verhältnissen verhängt worden ist, würde überdies eine unmögliche Gedankenoperation erfordern. Es müßte eine bewußte oder unbewußte Umrechnung stattfinden, welcher Strafhöhe bei jener Straftat die Strafe des nunmehr geplanten Delikts entsprechen würde. Sind die Straftaten ungleichartig oder die Verhältnisse wesentlich anders, so fehlt es an einem Vergleichsmaßstabe. Selbst wenn der Versuch eines Vergleichs unternommen würde, würde dieser zugunsten des geplanten Verhaltens ausfallen. Wer unter dem Reize zum strafbaren Handeln steht, wird etwaige Bedenken aus der Höhe der Strafe für eine andere oder unter anderen Verhältnissen begangene Straftat dadurch entkräftigen, daß er sich sagt, die Verhältnisse liegen hier ja ganz anders, was dort so schwerwiegend war, fehlt hier usw. Mit Recht spricht daher das Reichsgericht<sup>1</sup> in dem Urteil vom 23. März 1908 von „der Abschreckung anderer von der Begehung gleicher Straftaten“.

<sup>1</sup> RG. (I D 84/08) in DJZ. 1908 Sp. 763, GA. 55 S. 308.

Freilich erleidet der Grundsatz Ausnahmen. Aus der Allgemeinheit ist der Kreis der dem Verurteilten besonders nahestehenden Personen, wie nahe Anverwandte, Freunde, nahe Bekannte, auszusondern. Während auf die entfernter stehenden Personen die Lebendigkeit des Eindrucks fehlt, wird die Bestrafung bei den nahestehenden zu einem eigenen Erlebnis. Ähnlich wie bei dem Verurteilten in dem Bewußtsein die Tat zurücktritt, und der Gedanke an die Bestrafung sowie das Maß der Strafe beherrscht, verlegt sich auch bei den ihm Nahestehenden der Schwerpunkt der Beachtung auf das Übel, das Leiden. Auch in ihnen wird das Übel in seiner Schwere lebendig. Sie erleben in gewissem Maße die Strafe mit. Das gilt vor allem von der Freiheitsstrafe, unter Umständen auch von der Geldstrafe. Sie wissen daher, was es heißt, zu einer Strafe von der betreffenden Höhe verurteilt zu werden. Die Strafhöhe als solche übt hier motivierende Kraft.

Trotz Gleichartigkeit des Handelns oder Bestehens eines persönlich besonders nahen Personenkreises wirkt das Urteil regelmäßig nur, wenn eine gewisse räumliche Beziehung zwischen den zu Motivierenden und dem Ort der Strafverhängung vorhanden ist. Ein in München gesprochenes Urteil mag zwar mit dazu beitragen, die Autorität der Strafjustiz in Deutschland zu heben, einen unmittelbaren Einfluß durch die Strafhöhe auf die Bewohner Norddeutschlands übt es regelmäßig nicht aus.

Ein allgemeiner Satz, wie weit ein Urteil in räumlicher Beziehung hinsichtlich der Strafhöhe Wirkungen ausstrahlt, ist nicht aufstellbar. Es kommt auf den konkreten Fall an. Es gibt Straftaten, denen kraft ihres besonderen Erfolges oder kraft ihrer Durchführung oder kraft ihrer grundsätzlichen Bedeutung eine solche Erheblichkeit zukommt, daß die Abstände verschwinden, daß trotz einer weiten räumlichen Entfernung die Beziehungen näher werden. Je bedeutender die Straftat, um so weiter der Wirkungsraum der Strafe. Nur innerhalb des im Einzelfall festzustellenden Wirkungsraums wirkt die Strafe. Was außerhalb dieses Raumes liegt, ist unbeachtlich.

Bei der Bestimmung der Strafe unter dem Gesichtspunkte der Generalprävention kann nicht jede allgemein bestehende Gefahr der Begehung von Verbrechen durch andere in Betracht gestellt werden. Die durchschnittlichen Verhältnisse werden bereits durch die gesetzlichen Strafrahmen erfaßt. Es ist davon auszugehen, daß der Strafrahmen auch unter oder trotz Berücksichtigung der Begehung des betreffenden Delikts in einem durchschnittlichen, üblichen Maß festgesetzt ist. Erst dort, wo besondere Umstände hervortreten, die weder in dem gesetzlichen Tatbestand enthalten sind, noch sich im Rahmen des Üblichen halten, erlangt der Gedanke der Generalprävention für die Strafbemessung Bedeutung.

Solche Umstände, die eine Bemessung der Strafe unter dem Gesichtspunkte der Generalprävention erfordern, sind:

a) Die zunehmende Verbrechensneigung. Grundlage bildet die Feststellung, ob die Verbrechensneigung in der Zunahme begriffen ist. Sie erfordert genaue Kenntnis der Verbrechenskurve innerhalb des Wirkungsraums der Strafe. Da der Strafhöhe regelmäßig nur hinsichtlich gleicher Verbrechen Bedeutung zukommt, kann regelmäßig nur die Neigung zu einem Verbrechen gleichen Charakters in Betracht kommen.

Beruhet die Zunahme der Verbrechensneigung auf einer sich ausbreitenden, im Gegensatz zum Gesetz tretenden Anschauung hinsichtlich des Delikts, wie etwa bei der Abtreibung, so wirkt dieser Vorgang vom Standpunkt der Generalprävention aus strafe erhöhend. Der in dem Gesetze enthaltene Auffassung ist Geltung zu verschaffen. Die Generalprävention tritt hier mit der Aufgabe ein, die Verwerflichkeit des Handelns darzutun und auf das Rechtsgewissen der Allgemeinheit einzuwirken. Über das durch die Vergeltung gebotene Maß darf freilich nicht hinausgegangen werden.

b) Eine naheliegende Verbrechensneigung. Innerhalb des dem Verurteilten besonders nahestehenden Kreises wird eine verbrecherische Neigung zu einem Delikte, wenn auch nicht gleicher Art, festgestellt. Bei den nahen Beziehungen zum Täter läßt sich eine Einwirkung durch erhöhte Strafe auf die verbrecherische Neigung erwarten. In diesem Falle würde eine Straferhöhung zulässig sein. Da eine Verwertung der Neigung zu Delikten anderer Art nur innerhalb des Rahmens der Vergeltung in Betracht kommt, bestehen dagegen keine Bedenken. Soll die Strafe als solche vom Standpunkt der Generalprävention ein Zeichen wachender Staatsautorität sein und dadurch der allgemeinen Verbrechensneigung entgegentreten, so muß folgerichtig, soweit es überhaupt möglich ist, die Strafhöhe in den Dienst der Bekämpfung der allgemeinen Verbrechensneigung gestellt werden. Beispiel: Erhöhte Bestrafung des Vaters mit Rücksicht auf die wenn auch andersgeartete verbrecherische Neigung der Söhne oder mit ihm verkehrender Bekannter. Findet der Gesichtspunkt der Generalprävention Anwendung, so führt er zur Straferhöhung.

c) Die steigende Verbrechensgefahr. Hier handelt es sich darum, daß ein Verbrechen besonderer Bekämpfung bedarf, nicht weil sich eine gesteigerte Neigung zu ihm kundtut, sondern weil das Verbrechen eine größere Gefahr für die Allgemeinheit aufweist, als unter gewöhnlichen Zuständen, z. B. Sprengstoffattentate in politisch gespannten Zeiten.

**III. Spezialprävention und Strafbemessung.** Die Spezialprävention zielt darauf ab, mittels der Strafe der Begehung weiterer

Straftaten durch den Täter vorzubeugen<sup>1</sup>. Sie setzt somit die Gefahr der Begehung weiterer strafbarer Handlungen voraus<sup>2</sup>. In erster Linie handelt es sich dabei um die Vorbeugung gegenüber solchen Straftaten, die auf derselben fehlerhaften Neigung<sup>3</sup> wie die abgeurteilte Tat beruhen. Zweifelhaft kann es jedoch sein, ob auch andere in der Untersuchung hervortretende Neigungen zu Delikten als Gegenstand der Bekämpfung bei der Straffestsetzung verwertet werden dürfen. Daß die Strafe dazu geeignet sein kann, auch verbrecherischen Neigungen anderer Art entgegenzutreten, bedarf keiner weiteren Erwähnung. DROST<sup>4</sup> beschränkt bei der Darstellung eines spezialpräventiven Strafrechts das Ziel der Spezialprävention auf die Neigung zu Delikten gegen das gleiche oder gleichartige Rechtsgut im Hinblick auf den Rechtsstaatsgedanken. Eine gewisse, nicht so weit gehende Einschränkung wie sie DROST<sup>5</sup> vornimmt, würde zwar in einem rein spezialpräventiven Strafrecht unentbehrlich sein, da bei einer geringfügigen Straftat die Bestrafungsmöglichkeiten in das Uferlose steigen könnten, ohne daß die Strafe noch in irgendwelcher Beziehung zu dem Anlaß zu stehen brauchte, der das Strafverfahren ausgelöst hat. Die Strafe würde zu einer Bestrafung einer bloßen Gedankenschuld führen<sup>6</sup>. Im Vergeltungsstrafrecht dagegen handelt es sich nur darum, unter dem Gesichtspunkte der Spezialprävention innerhalb des von der Vergeltung umfaßten Rahmens die Strafe näher zu bestimmen, so daß dadurch die Strafe auf jeden Fall in einer sachlichen Beziehung zur Straftat steht. Innerhalb dieses Rahmens erscheint es unbedenklich, auch andersgearteten verbrecherischen Neigungen entgegenzutreten. Praktisch werden derartige Neigungen allerdings nicht schwer in das Gewicht fallen, da das Verfahren nur im Hinblick auf die Straftat zu führen

<sup>1</sup> Zum Wesen der Spezialprävention vgl. insbesondere DROST: S. 173; GALLAS: S. 16 ff.

<sup>2</sup> Wo die Gefahr der Begehung einer weiteren strafbaren Handlung ausgeschlossen ist, kommt die Spezialprävention nicht in Betracht. Der Einbrecher hat z. B. seine Augen verloren. Vgl. auch die im Anschluß an LIEPMANN VON DROST: S. 214 behandelten Fälle: Der Einbrecher ist durch Lotteriegewinn zu einem Müßiggang in Reichtum gelangt, die Kindesmörderin hat mit der Geburt des Kindes ihre Konzeptionsfähigkeit verloren. Weitere Fälle bei VON HIPPEL: I, S. 517 Anm. 1. Vgl. auch ZIMMERMANN: Zentralblatt 47 S. 422. Von einer kritischen Stellungnahme im einzelnen mag abgesehen werden. Es wird trotz Fortfallens der nächsten Gelegenheit zu beachten sein, ob nicht die geoffenbarte Gefährlichkeit des Täters sich auf andere Weise deliktisch auswerten wird. Im folgenden wird das Bestehen der Gefahr der Wiederholung einer strafbaren Handlung als selbstverständliche Voraussetzung der Spezialprävention als gegeben angenommen.

<sup>3</sup> Vgl. die psychologische Bewertung der Delikte bei ASCHAFFENBURG: S. 11.

<sup>4</sup> DROST: S. 214: Monopol des verletzten Rechtsgutes als Bezugsobjektes der Gefährlichkeit.

<sup>5</sup> Diese Einschränkung ist noch enger als die Beschränkung auf Delikte, die auf derselben fehlerhaften Neigung beruhen.

<sup>6</sup> DROST: S. 212.

ist, außerhalb derselben Neigungen nur selten Gegenstand der Verhandlung werden. Sie bleiben daher im folgenden außer Betracht.

Die Strafe kann als vorbeugendes Mittel gegenüber dem Täter auf dreierlei Art wirken: 1. indem sie in dem Täter für den Fall der Entstehung neuer Neigungen zum Verbrechen durch den Hinweis auf das Verwerfliche seines Handelns und durch die Erinnerung an das erlittene Übel ein Gegenmotiv setzt (Mahnung und Abschreckung); 2. indem sie die Persönlichkeit des Täters mit einem neuen rechtsordnungsfreundlichen Gehalt erfüllt (Besserung); 3. indem sie ihm durch Ausschluß aus der Rechtsgemeinschaft unschädlich macht (Sicherung). Während der Abschreckungs- und Sicherungszweck durch den bloßen Vollzug der Strafe erreicht wird<sup>1</sup>, kann eine Besserung nur erwartet werden, wenn während des Strafvollzuges eine Beeinflussung des Verurteilten zu einer ordentlichen Führung erfolgt. Hier ruht der Schwerpunkt der Verwirklichung des Strafzweckes in der Ausgestaltung und der Art der Durchführung des Strafvollzuges.

Den drei Wegen der Verbrechensvorbeugung entsprechend hat man eine Klassifizierung der Verbrecher vorgenommen. VON LISZT<sup>2</sup> hat drei Typen aufgestellt: die Augenblicks- oder Gelegenheitsverbrecher, die verbesserlichen und die unverbesserlichen Zustandsverbrecher. Einen weiteren Ausbau dieser Einteilung stellt die Dreiteilung von HAFTER<sup>3</sup> dar: Verbrecher aus Leichtsinns und Gelegenheit, Verbrecher aus Liederlichkeit und Willensschwäche, Gewohnheits- und gewerbsmäßige Verbrecher. Dieser Dreieinheit setzt HAFTER die Dreieinheit der Wege der Spezialprävention entgegen. Die Ersetzung der LISZTschen verbesserlichen Zustandsverbrecher durch die Verbrecher aus Liederlichkeit und Willensschwäche und der unverbesserlichen Zustandsverbrecher durch die gewohnheits- und gewerbsmäßigen Verbrecher unterliegt jedoch erheblichen Bedenken, da Verbrecher aus Liederlichkeit und Willensschwäche und gewohnheits- und gewerbsmäßige Verbrecher keine einander ausschließende Gruppen sind, auch den Unterscheidungen nicht die Trennung zwischen verbesserlich und unverbesserlich notwendig entspricht. Die HAFTERSche Einteilung kommt daher über den Gegensatz: Augenblicks- (Gelegenheits-) und Zustandsverbrecher nicht hinaus.

Aber auch schon diese Zweiteilung ist für die Frage, welchen Weg der

<sup>1</sup> Von der Möglichkeit, daß unter Umständen der Abschreckungszweck schon durch die bloße Verhängung der Strafe mit der Androhung ihrer Vollstreckung bei schlechter Führung (bedingte Strafaussetzung) erreicht wird, sei hier abgesehen.

<sup>2</sup> VON LISZT: Aufsätze und Vorträge 2, S. 170ff.; LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 12. Eine weitere Auswertung der VON LISZTschen Einteilung bei ASCHAFFENBURG: S. 227 ff., dazu kritisch EXNER: Schweiz. Z. f. Str. 38, S. 8, Anm. 1; STOOSS: Schweiz. Z. f. Str. 37, S. 30 ff.

<sup>3</sup> HAFTER: S. 250 mit Literaturangaben.

Richter im Rahmen der Spezialprävention einschlagen soll, von Erheblichkeit. Sie scheidet solche Täter, bei denen die persönlichkeitsfremden Umstände im Verhältnis zu den persönlichkeits-eigenen überwiegen, und solche, bei denen das nicht der Fall ist. Bei den ersteren genügt eine auf Abschreckung zielende Strafe, bei den letzteren ist entweder Besserung oder Sicherung am Platze<sup>1</sup>. Das Verhältnis von persönlichkeits-eigenen und persönlichkeitsfremden Umständen ist der Maßstab für die Einteilung der Verbrecher in zwei Gefährlichkeitsklassen<sup>2</sup>. In der oberen Klasse tritt eine weitere Scheidung auf Grund der Strafzugänglichkeit ein. Diese bedeutet: kann und will der Verurteilte auf die Strafe reagieren. Die Strafzugänglichkeit setzt voraus: die Fähigkeit der Erkenntnis des Unsozialen der Tat und der sie stützenden Gesinnung, sowie der Notwendigkeit einer gesetzmäßigen Führung, den Willen zum sozialen Verhalten und die Willenskraft oder doch die Befähigung zur Ausbildung einer derartigen Willenskraft, gemäß der Erkenntnis und dem Willen zu leben. Wo diese Voraussetzungen fehlen, ist Besserung ausgeschlossen, wo sie vorhanden sind, ist die Hoffnung auf Besserung begründet.

Ob die Voraussetzungen für die Anwendung der Abschreckens-, Besserungs- oder Sicherungsstrafe vorliegen, erfolgt durch eine Prüfung<sup>3</sup>, die noch in das Gebiet der Tatsacheneinreihung gehört. Erst wenn diese erfolgt ist, kommt es im Hinblick auf den Strafzweck zur Bewertung der Vorgänge und der Bestimmung der Strafhöhe, d. h. der Schaffung der Strafe.

Handelt es sich um die Bestrafung eines Täters, von dem eine Besserung nicht zu erwarten ist und dessen Sicherung zu erstreben ist, so kommt eine Abstufung der Strafe nicht in Betracht. Der Sicherungszweck erfordert vielmehr die höchstmögliche Strafe. Die Strafhöhe fällt hier mit der obersten Grenze des vom Vergeltungsstandpunkt aus gewonnenen Strafrahmens zusammen. Hier liegt demnach das Ergebnis vom Sicherungsstandpunkt aus fest, die Möglichkeit der Verschiedenheit des Ergebnisses ergibt sich aus der Anwendung des Vergeltungszwecks. Dagegen liegt weder die Abschreckungsstrafe noch die Besserungsstrafe der Höhe nach fest. Unter dem Gesichtspunkte der Abschreckung kommen in Betracht: 1. die Stärke der Umweltreize. Hier ist zu prüfen, ob

<sup>1</sup> Vgl. VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 423 f.    <sup>2</sup> Vgl. hierzu DANIEL: S. 28.

<sup>3</sup> Die Schwierigkeit namentlich der Scheidung zwischen Verbesslichen und Unverbesslichen ist außerordentlich. Ob sie überhaupt durch den Richter in befriedigender Weise gelöst werden kann, kann stark in Zweifel gezogen werden. Es bedarf hier häufig einer langen, eingehenden Untersuchung, die im Ermittlungsverfahren kaum möglich ist. Über verschiedene Methoden der Charakterisierung der Verbrecher vgl. bei EXNER: Schweiz. Z. f. Str. 38, S. 15 ff. Dort auch Würdigung der bayrischen Versuche, die sich die Betonung der Vererbungs-idee und der psychologischen und körperlichen Qualifizierung nach der Typisierung KRETSCHMERS (Körperbau und Charakter, 3. Aufl., Berlin 1925) kennzeichnen.

die für die Tat maßgebenden Umstände fortbestehen oder sogar stärker geworden sind (etwa Andauern oder Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage); 2. die Stärke der in dem Täter vorhandenen Gegenmotivationen; 3. die Stärke des Willens und der Willenskraft des Täters, die Gegenmotivationen in sich wirken zu lassen; 4. die Strafempfindlichkeit. Je stärker die Reize, je schwächer die Gegenmotivationen und der Wille oder die Willenskraft, je unempfindlicher der Täter der Strafe gegenüber ist, eines um so stärkeren Eingriffs bedarf es, um den Motivationen zur gesetzmäßigen Führung bei dem Eindringen der Reize zum Durchbruch zu verhelfen. Wird eine längere Freiheitsstrafe ausgesprochen, so bietet sich im Falle ihres Vollzuges Gelegenheit, bessernd auf den Täter einzuwirken. Derartige Strafen bilden Übergang von der Abschreckungs- zur Besserungsstrafe.

Für die Höhe der Besserungsstrafe ist maßgebend, welcher Zeitraum erforderlich ist, um den Verurteilten zu einer rechtsordnungsmäßigen Führung zu erziehen. Als Bewertungsgesichtspunkte kommen seine Gesinnung<sup>1</sup>, seine Einsicht und Einsichtsfähigkeit, sein Wille und seine Willenskraft und seine Empfänglichkeit für die erzieherischen Einflüsse in Betracht. Je stärker seine Gesinnung von der eines ordentlichen Staatsbürgers abweicht, je schwächer die Erkenntnis der Mängel seiner Gesinnung oder die Fähigkeit der Erkenntnis, je weniger entschlossen sein Wille zu einem sozialen Verhalten, je weniger stark seine Willenskraft oder die Fähigkeit zur Bildung der Willenskraft ist, um so gefährlicher ist der Täter, um so erforderlicher ist eine intensivere Einflußnahme auf den Verurteilten. Sie muß um so andauernder sein, je schwerer der Verurteilte für Beeinflussungen empfänglich ist.

Die Bemessung der Strafe sowohl auf Grund des Abschreckungszwecks als auch des Besserungszwecks erfordert ebenso wie vom Vergeltungsstandpunkte aus eine eingehende Würdigung der Tat, des Verhaltens des Täters nach der Tat, vor allem seines Vorlebens, darüber hinaus auch unter Umständen seiner Abstammung. Auf einzelne Umstände, die als Indizien in Frage kommen können, ist bei der Behandlung der Vergeltungsgesichtspunkte bereits hingewiesen worden, so daß es deren Wiederholung nicht bedarf.

<sup>1</sup> Zur Bedeutung der Gesinnung vgl. etwa VON LISZT: Aufsätze und Vorträge 2. S. 16, VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 231. Gegen VON LISZT, DROST: S. 211 ff. indem er die Verwendung der verbrecherischen Gesinnung als Maßstab der Präventivstrafe für unrichtig erachtet. Die Gesinnung sei zwar Gegenstand der Prüfung des Richters, aber nur die Gefährlichkeit Gegenstand seiner Beurteilung. Zutreffend ist, daß die Gesinnung nur ein Moment der Gefährlichkeit ist, und zwar ist sie es in solchem Maße, daß sie den Kern der Gefährlichkeit darstellt. Wenn auch im ganzen gesehen die Gefährlichkeit der Gegenstand der Beurteilung ist, so schließt das nicht aus, die Gesinnung als Moment der Gefährlichkeit mit Rücksicht auf die Strafhöhe zu bewerten. Die Beurteilung des Ganzen kann nur durch eine Bewertung der einzelnen Momente erfolgen.

Bleibt das durch die Spezialprävention erforderte Maß der Strafhöhe unter dem Mindestmaß des sich aus der Vergeltung ergebenden Strafrahmens, so übt sie nur die Wirkung aus, daß, falls auch nicht die Generalprävention eine höhere Strafe erfordert, die geringste mit dem Vergeltungsgedanken vereinbarte Strafhöhe angesetzt wird. Über den durch die Vergeltung gesetzten Rahmen hinaus kann die Spezialprävention niemals führen. Nur eine mit der Vergeltungsstrafe vereinbarte Strafgröße kann das Ergebnis sein.

### § 7. Das freie Ermessen bei der Strafbemessung.

Der Versuch, das Ermessensgebiet des Strafrichters bei der Strafbemessung einzuschränken, hat zu folgenden Ergebnissen geführt: Wesen und Zweck der Strafe liegen fest. Die Erreichung der Strafzwecke erfordert die Beachtung bestimmter Gesichtspunkte. Aus dem Zweckgedanken ergibt sich, ob im Einzelfall der Gesichtspunkt strafehöhend oder strafmindernd in Betracht kommt. Derselbe Gesichtspunkt kann dabei unter den verschiedenen Zweckgedanken in verschiedener Richtung bewertet werden<sup>1</sup>.

All diese Umstände weisen jedoch nur den Weg für die Strafbestimmung. Diese selbst geschieht durch eine Bewertung der Gesichtspunkte in der durch die Strafzwecke gegebenen Richtung. Die Bewertung findet ihren Ausdruck in der konkreten Strafgröße.

Die Bewertung und Ansetzung der ihr entsprechenden Strafgröße (Umwertung) erfolgt durch den Richter. Die bisherigen Ausführungen lassen noch die für die Kennzeichnung des richterlichen Ermessens bedeutsame Frage offen, ob der Maßstab der Bewertung seine eigene Auffassung oder aber die Auffassung der Gemeinschaft ist.

Unbrauchbar ist als gemeinschaftlicher Maßstab die Auffassung der „Gesellschaft“. Der Begriff<sup>2</sup> ist zu unklar. Der Sprachgebrauch verwendet ihn in den verschiedensten Bedeutungen, die eine klare, faßbare Vorstellung nicht gewähren. Im Leben viel verwandt werden doch nur wenige eine deutliche Aufklärung geben können, was sie unter dem Begriffe verstehen und was er enthält. Er liegt im Nebelhaften. Eine wissenschaftliche Begriffserklärung kann zwar im engeren Kreise Klarheit und Sicherheit der begrifflichen Grundlagen herbeiführen, läßt aber einen Gewinn für den täglichen Sprachgebrauch kaum erwarten. Der Begriff ist zu schwierig und zu fein, als daß er in allgemeiner Verwendung klar und einheitlich erfaßt werden könnte.

Der Begriff der Gesellschaft ist aber auch viel zu weit, um für die Lösung von Fragen verwandt zu werden, die im Rahmen der Rechtsord-

<sup>1</sup> Dagegen zu unrecht MEZGER: Z. 49, S. 182.

<sup>2</sup> Zum Begriff der Gesellschaft vgl. SAUER: Philosophie S. 136 ff. mit Literaturangaben, zur geschichtlichen Entwicklung vgl. G. JELLINER: Allg. St. L. S. 84 ff.

nung entstehen. Es bedarf hier einer Beschränkung auf einen engeren Kreis von Gesellschaftsmitgliedern. Im Zusammenhang mit der Rechtsordnung kann unter Gesellschaft nur der Kreis derjenigen Menschen verstanden werden, die der Rechtsordnung unterstehen<sup>1</sup>. Selbst dieser Kreis ist noch nicht eng genug. Aus ihm ist noch der Kreis derer auszuscheiden, die die Rechtsordnung ablehnen. Es würde daher als Maßstab nur die Auffassung derjenigen, die der Rechtsordnung unterstehen und sie anerkennen, d. h. die Auffassung der Rechtsgemeinschaft in Betracht kommen.

Eine einheitliche Auffassung der Rechtsgemeinschaft, die der Beurteilung der Straftat zugrunde gelegt werden könnte, besteht nicht. Religiöse, konfessionelle, weltanschauliche, sogar politische, auch wirtschaftliche und soziale Anschauungen wirken sich in der Beurteilung der Straftat aus. Rasse- und Stammeseigenarten spiegeln sich in ihr wieder. Beruf, Stand und Herkunft üben Wirksamkeit aus. Die Umwelt (Großstadt, Kleinstadt, Land) bleibt nicht ohne Einfluß. So lassen sich die verschiedensten Auffassungsgruppen unterscheiden. Freilich stehen sie nicht scharf getrennt nebeneinander. Die Gemeinsamkeit des Rechtsbewußtseins, die Gemeinschaftlichkeit des Lebens und das verschiedenfache Übereinandergreifen der Besonderheiten lassen Abstufungen und Übergänge entstehen, aber nicht die Bedeutung der verschiedenartigen Auffassungen verschwinden.

Neben die allgemeinen Besonderheiten treten die persönlichen Besonderheiten. Verstand, Gefühl, Auffassungs- und Urteilsgabe, Kenntnisse, Befähigungen, Interessen bilden eine weitere bedeutsame Grundlage für die Beurteilung. Sie scheiden wieder neue Auffassungsformen aus den Auffassungsgruppen aus.

Der Richter, der es unternehmen würde, die Auffassung der Rechtsgemeinschaft aufzudecken, müßte feststellen, daß es eine ungezählte Menge von Auffassungsgruppen und Auffassungsformen gibt. Der Versuch, eine von diesen Auffassungsgruppen und Auffassungsformen als die zutreffende auszuscheiden, muß scheitern, da die Rechtsordnung sie in gleicher Weise deckt, mit Ausnahme derjenigen Auffassungsformen, die auf Persönlichkeitseigenarten beruhen, die aus dem Rahmen des Vernünftigen, Haltbaren und Erträglichen herausfallen. Maßstab für diesen Rahmen bildet ein billig denkender Durchschnittsmensch der Rechtsgemeinschaft. Im übrigen aber ist keine Auffassungsgruppe oder Auffassungsform der anderen überlegen. Die Rechtsordnung muß sie als gegebene Tatsache hinnehmen. Besteht aber kein Vorrang einer bestimmten Auffassungsform, so muß auch die Auffassung des Richters, wenn sie sich innerhalb des Vernünftigen und Haltbaren bewegt, von

---

<sup>1</sup> In diesen Sinne gebraucht DROST: S. 25 den Begriff der Gesellschaft.

der Rechtsordnung erfaßt sein. Dann aber bleibt kein Grund dafür, daß der Richter seine eigene Persönlichkeitsart nicht unmittelbar auswirken lassen dürfte. Warum sollte er erst eine fremde Auffassung, eine Auffassung eines größeren oder kleineren Kreises der Rechtsgemeinschaft zugrunde legen? Besteht nicht überdies begründeter Zweifel, ob er wirklich eine Auffassungsgruppe oder Auffassungsform der außer ihm liegenden Rechtsgemeinschaft sich zu eigen macht oder nicht vielmehr auf dem Umweg zu seiner eigenen Auffassung zurückgelangt?

Die Bewertung der für die Strafbemessung beachtlichen Gesichtspunkte und die Umwertung in eine Strafgröße kann der Richter nur auf Grund seiner persönlichen Auffassung verwirklichen. Es gibt keine Möglichkeit, sie von seiner Persönlichkeitseigenart loszulösen. Dieser Teil der Straffestsetzung muß seinem Verantwortungsgefühl unterstellt werden. Eine gewisse Sicherung gegen zu starken Einseitigkeiten bietet eine umfassende, gründliche Ausbildung. Schon jetzt ist die lange Ausbildungszeit geeignet, sein Denken und Fühlen zu beeinflussen und eine zu starke Subjektivität einzuschränken. Kollegialgerichte, Instanzenzug, Mitwirkung der verschiedenen Prozeßbeteiligten, Staatsanwalt, Rechtsanwalt, der Verkehr mit den Berufsgenossen wirken im Sinne einer Angleichung<sup>1</sup>. Der Richter, selbst ein Mitglied der Rechtsgemeinschaft, bleibt durch das Laienrichtertum in Verbindung mit dem Volke. So bestehen tatsächliche Sicherungen dafür, daß das Wertungsergebnis sich innerhalb eines vom Durchschnittsstandpunkt aus als haltbar und vernünftig erscheinenden Rahmen hält.

Innerhalb dieses Rahmens bewegt sich die Bewertung und Umwertung<sup>2</sup> frei. Hier ist freies Ermessen gegeben<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ein Angleich im Ergebnis kann auch auf psychologisch wirkende Umstände, wie z. B. einem gewissen Zahlenkult und Abrundungsbedürfnis beruhen. Wenn auch an Gefängnisstrafengrößen mehr als 1825 zur Verfügung stehen, so werden doch praktisch kaum mehr als 50 Strafgrößen verwandt. Schon bei den kleineren Strafen werden solche von 4, 8, 11, 13 Tagen eine Seltenheit sein. Über 15 Tage wird die Strafe wohl immer in Wochen berechnet. Die Verhängung von Strafwochen ist über 6 Wochen sicherlich selten. Strafen von etwa 2 Monaten, 2 Wochen werden noch vorkommen. Über 6 Monate werden die Wochen ganz verschwinden. Je höher die Strafe, um so mehr Größen fallen aus. Zwischen 2 und 3 Jahren etwa werden Strafen außer 2 Jahre, 3, 6, 9, 10 Monaten wohl äußerst selten vorkommen. Zahlreiche Größen sind noch niemals erkannt worden und werden auch niemals erkannt werden. Eine eingehende Untersuchung auf Grund statistischen Materials wird ein aufschlußreiches Bild ergeben.

<sup>2</sup> Wer im Wege der Fiktion die Meinung der Rechtsgemeinschaft als Maßstab für die richterliche Bewertung ansieht, kann das freie Ermessen bei der Strafbemessung erst in der Umwertung sehen.

<sup>3</sup> Wie sich die richterliche Persönlichkeit in der Bewertung auswirkt, welche äußeren und inneren Umstände mitspielen, welchen Einwirkungen sie untersteht,

## § 8. Gesetzesverletzungen bei der Strafbemessung.

I. Freies Ermessen wird dort betätigt, wo das Gesetz selbst schweigt und lediglich dem Organ eine Ermächtigung zu einer Entscheidung nach seinem individuellen Urteil erteilt hat. Innerhalb des Rahmens der Ermächtigung kann daher eine Gesetzesverletzung nicht gegeben sein. Eine solche kommt erst in Betracht, wenn es sich darum handelt, ob das Organ die Ermächtigung, ihren Raum und Umfang richtig erkannt und angewandt hat<sup>1</sup>. Um Raum und Umfang, innerhalb deren sich das freie Ermessen betätigen darf, festzustellen, darf man nicht allein von dem Wortlaut einer Bestimmung ausgehen, vielmehr muß man den Gesamtgehalt der Rechtsordnung heranziehen.

Die Abhandlung hat versucht, den Raum des freien Ermessens bei der Strafbemessung darzulegen. Sie hat sich dabei auf die positive Umgrenzung der Ermessensfreiheit beschränkt. Das Bild würde aber kein vollständiges sein, wenn nicht wenigstens ein Überblick über die Gesetzesverletzungen, soweit sie mit der Ermessensfreiheit im Zusammenhang stehen, gegeben würde. Die damit behandelten Gesichtspunkte bilden die Grundlage für das neuerdings die Literatur in höherem Maß interessierende Problem der Revision bei der Strafbemessung<sup>2</sup>.

Es scheiden im Rahmen dieser Arbeit diejenigen Fälle einer Gesetzesverletzung aus, bei denen die Frage der Ermessensfreiheit nicht zur Rede steht. Um eine Gesetzesverletzung dieser Art handelt es sich in der bei MANNHEIM<sup>3</sup> angeführten Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. Januar 1883 (3. Senat)<sup>4</sup>. Hier war der Vorderrichter bei Anwendung des § 21 StGB. davon ausgegangen, daß das Verhältnis von Gefängnis zu Zuchthaus  $8:6 = 4:3$  betrüge, während es  $12:8 = 3:2$  ist. Das Reichsgericht hob das vorinstanzliche Urteil aus dem Bedenken heraus auf, daß bei der Strafbemessung die Annahme des unrichtigen Verhältnisses zum Nachteil des Angeklagten eingewirkt haben könne.

Die rechtlichen Mängel<sup>5</sup> können hinsichtlich der Ermessensfreiheit würde ein reizvoller Gegenstand der Untersuchung bilden. Sie führt aber über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus und muß einer späteren Arbeit vorbehalten bleiben.

<sup>1</sup> Über die Grenzen des Ermessens als Rechtsfrage vgl. etwa FLEINER: S. 145; W. JELLINEK: Gesetz S. 337 ff.; VON LAUN: S. 220 ff.; SCHEUNER: S. 74, 85; ferner DROST: S. 58 ff.

<sup>2</sup> Vgl. namentlich DROST: S. 58 ff.; B. HEILBRON: S. 63 ff.; MANNHEIM: S. 146 ff.; POHLE: S. 56 ff.

<sup>3</sup> MANNHEIM: S. 165 f.    <sup>4</sup> RG. 8, S. 76 ff. (Rep. 3224/82).

<sup>5</sup> Den Gegensatz bilden die für die Revision unbeachtlichen tatsächlichen Mängel, z. B. der Richter hat ein bestimmtes Milieu, bestimmte Vorgänge aus dem Leben usw. festgestellt, ohne daß sie tatsächlich vorliegen. Die Bewertung ergreift also unrichtige Tatsachen. Der Mangel liegt also auf dem Gebiete der Tatsachefeststellung, während die hier in Betracht kommenden Rechtsmängel auf dem der Tatsacheneinreihung und -schaffung liegen.

darin liegen 1. daß das Ermessensproblem überhaupt nicht erkannt wird, 2. daß umgekehrt das Ermessen angewandt wird, wo es überhaupt nicht anzuwenden ist, 3. daß das Ermessensgebiet, d. h. das Gebiet, innerhalb dessen der Raum der Ermessensfreiheit zu suchen ist, verschoben wird und 4. endlich, daß das Ermessen seinem Umfang nach über die durch die Gebundenheit gesetzten Grenzen hinaus oder nicht bis zu diesen angewandt wird. Nur in dem letzten Fall handelt es sich um das eigentliche Ermessensproblem.

In den drei ersten Fällen erscheint das Verhältnis zwischen Ermessen und Gebundenheit in falscher Lagerung. Der Fehler ist schon begründet, ohne daß es, weil es, oder ehe es zur Ermessensbetätigung kommt.

Ein Beispiel für das Übersehen des Vorliegens des Ermessensproblems würde es sein, wenn das Gericht in den Fällen der §§ 86, 287, 332 Abs. 3, 338 Abs. 2 lebenslange Zuchthausstrafe aussprechen würde, ohne die Möglichkeit einer zeitigen Strafe erkannt zu haben. Hierhin gehört auch das Übersehen der Zulässigkeit einer Nebenstrafe<sup>1</sup>. Soweit sich das Ermessen auf sie bezieht, ist es nicht betätigt worden.

Eine Anwendung von Ermessen, wo es nicht zu betätigen ist, würde z. B. dann gegeben sein, wenn das Gericht eine Strafe ausmißt, die gesetzlich fest bestimmt ist (z. B. festbestimmte Geldstrafen).

Die Verschiebung des Ermessensraums kann darauf beruhen, daß 1. ein unrichtiges Strafgesetz angewandt wird, das einen anderen Strafrahmen hat, wie das anzuwendende Gesetz, 2. der Rahmen zu eng oder aber auch zu weit aufgefaßt wird, 3. daß die Anwendbarkeit mehrerer Strafarten nebeneinander nicht erkannt wird oder 4. daß das Vorhandensein mehrerer Strafrahmen übersehen wird.

Die Anwendung eines unrichtigen Strafgesetzes mit anderem Strafrahmen, als ihn das anzuwendende Gesetz hat (z. B. § 242 anstatt § 246 StGB.) bedeutet zwar dadurch, daß das Ermessen sich in einem falschen Rahmen betätigt, stets eine Gesetzesverletzung. Die Revisionsgerichte heben jedoch, wie MANNHEIM an Hand verschiedener Urteile nachweist<sup>2</sup>, das Vorderurteil nicht auf, wenn sie die Möglichkeit, daß der

<sup>1</sup> Vgl. RG. (IV. Senat) Urt. vom 8. Juni 1986 (Rep. 1342/86) in RG. 14, S. 302 (irriges Annahme, bei Totschlag und mildernden Umständen dürften die bürgerlichen Ehrenrechte nicht abgesprochen werden), RG. (II. Senat) Urt. vom 14. Mai 1909 (2 D 397/09) in RG. 42, 334 (das Gericht will in den Urteilgründen erkennbar die Höchststrafe aussprechen, vergißt aber die bürgerlichen Ehrenrechte abzuerkennen). Beide Urteile sind bei W. JELLINEK: Gesetz S. 338, Anm. 10 u. 321 erwähnt. Das erste als Beispiel fehlerhafter Erwägungen durch unrichtige Gesetzesauslegung und das andere als ein Vorstoß gegen die Pflicht zur Folgerichtigkeit.

<sup>2</sup> MANNHEIM: S. 169 ff. Die von ihm erwähnten Urteile sind: RG. (V. Senat) Urt. vom 18. September 1906 (5 D 416/06) in RG. 39, S. 155 ff., Urt. vom 21. Oktober 1919 in GA. 68, S. 279; (IV. Senat) Urt. vom 26. November 1897 in GA. 46,

Vorderrichter bei Anwendung des richtigen Strafgesetzes zu einer anderen Strafe gekommen wäre, verneinen. Dieses Verfahren ist rechtlich einwandfrei<sup>1</sup> und praktisch begrüßenswert. Mag der Strafausspruch auch auf einer Gesetzesverletzung beruhen, so fehlt es doch an einer Beschwerne. Es wird allerdings häufig schwierig sein, mit Sicherheit festzustellen, daß das vorinstanzliche Gericht bei richtiger Tatsacheneinreihung zu der gleichen Strafe gelangt wäre.

Beispiele einer Verschiebung des Ermessensgebietes durch unrichtige Auffassung über die Weite des Strafrahmens stellen die von DROST<sup>2</sup> und W. JELLINEK<sup>3</sup> angeführten Fälle dar: ein Richter verhängt eine Gefängnisstrafe von fünf Jahren in der Meinung, der Strafrahmen betrüge 1—10 Jahre, oder die Behörde straft mit 30 RM., in der Meinung, die Höchststrafe sei 50 RM., während diese in Wirklichkeit 30 RM. betrug. Eine derartige Verschiebung kann zu einer anderen Strafe führen, als sie bei Verwendung des richtigen Ermessensgebietes verhängt worden wäre. Ob das Urteil aufzuheben ist oder nicht, richtet sich nach den gleichen Grundsätzen, wie im vorhergehenden Absatz.

Ein Fehler, der auf dem Übersehen mehrerer nebeneinander gegebenen Strafarten beruht, würde gegeben sein, wenn das Gericht glaubt, nur auf eine oder zwei Strafarten erkennen zu dürfen, während zwei oder drei gegeben sind.

Den Fall des Übersehens des Vorhandenseins mehrerer Strafrahmen behandelt das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 11. Mai 1925<sup>4</sup>. Es hob das angefochtene Urteil im Strafmaß auf, da das Gericht infolge Verkennung des Begriffs der mildernden Umstände oder Übersehens des § 228 StGB. die Nachprüfung unterlassen hatte, ob mildernde Umstände gegeben waren, trotzdem nach den Verhältnissen eine solche Prüfung geboten schien. Als entsprechender Fall kann das Nichterkennen der Möglichkeit des Absehens von Strafe wo eine solche Möglichkeit besteht, hier eingereicht werden<sup>5</sup>. Auch das Übersehen der Anwendbarkeit des § 27b ist hierhin zu rechnen.

Bei dem letzten der vier auf der Vorseite dargestellten Fehlermöglichkeiten handelt es sich um die falsche Grenzziehung zwischen Gebundenheit und Ermessen. Es handelt sich um Fälle, in denen Ermessensfreiheit besteht, ihr Vorliegen auch erkannt und das Gebiet innerhalb dessen das Er-

S. 36/37, KG. Urt. vom 21. Oktober 1919 in GA. 68, S. 303, Bayr. Oberst. L. Urt. vom 23. Oktober 1919 in JW. 1920, S. 56, Nr. 3.

<sup>1</sup> Andere Ansicht MANNHEIM: S. 171; Kern: in JW. 1920, S. 56 Besprechung zu 3.

<sup>2</sup> DROST: S. 64.

<sup>3</sup> JELLINEK, W.: Gesetz S. 390: angeführt als Beispiel fehlerhafter Erwägungen bei irriger Annahme der Freiheit vom Gesetz.

<sup>4</sup> JW. 1925 S. 2138 Nr. 3 (2 D 96/25).

<sup>5</sup> Vgl. RG. (IV. Senat) Urt. vom 6. Februar 1906 (Rep. 839/05) in RG. 38, S. 339 (Nichtanwendung der Ermessensfreiheit im Falle des § 199 StGB.).

messen zu suchen ist, auch richtig erfaßt wird, der Raum der Ermessensfreiheit jedoch zu eng oder zu weit gezogen wird. Der Fehler kann hier sowohl in der Nichtbeachtung der äußeren als auch der inneren Grenzen beruhen. Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch stehen einander gleich<sup>1</sup>. Es handelt sich in beiden Fällen um eine Gesetzesverletzung.

Die Gesetzesverletzung kann in zweifacher Hinsicht gegeben sein: 1. die Grenzen der Gebundenheit werden zu weit vorgeschoben, 2. die Grenzen des freien Ermessens werden zu weit vorgeschoben.

1. Bei der Verschiebung der Grenzen zugunsten der Gebundenheit sind zwei Fälle möglich:

a) Das Organ nimmt Gebundenheit an, wo eine solche überhaupt nicht gegeben ist. Das Organ geht z. B. von dem Mittel des Strafrahmens oder von dem Minimum aus, indem es einen solchen Ausgangspunkt als gesetzlich vorgeschrieben erklärt. Einen derartigen Fall behandelt das RG. (1. Senat) Urteil vom 23. Mai 1908<sup>2</sup>. Die Strafkammer hatte in der angefochteten Entscheidung einen Rechtssatz aufstellen wollen, nachdem auf das rechnerische Mittel des Strafrahmens zu erkennen wäre, wenn nicht tatsächliche Strafzumessungsgründe eine Abweichung nach oben oder unten angezeigt erscheinen lassen<sup>3</sup>. Das Reichsgericht hob das Urteil hinsichtlich der Strafbemessung auf.

b) Das Organ nimmt Gebundenheit in einer Art an, in der sie nicht gegeben ist. Es hält Gesichtspunkte bei der Strafbemessung nicht nur für beachtenswert, sondern für ausschließlich beachtenswert. Andere Gesichtspunkte, die gleichfalls von Bedeutung sind, und einen Bewertungsmaßstab für die Strafbemessung bilden, bleiben daher unbeachtet. Durch diese fehlerhafte Grenzziehung, die auf die Annahme einer zu starken Gebundenheit an bestimmte Gesichtspunkte zurückzuführen ist, betätigt sich das freie Ermessen in einer ihm nicht zukommenden Weise. Diese Mängel würden z. B. vorliegen, wenn der Richter nur einen Strafzweck (etwa nur die Vergeltung) verfolgen zu dürfen glaubt.

2. Bei der Verschiebung der Grenze zugunsten der Ermessensfreiheit sind drei Fälle zu unterscheiden. Der Fehler kann darin liegen, daß 1. der Richter gewisse Gesichtspunkte überhaupt nicht zu beachten oder festliegende Gesichtspunkte in beliebiger Rangfolge verwerten zu dürfen glaubt, 2. daß er die Bewertung als solche falsch vornimmt, 3. daß er nichtbeachtliche Tatsachen und Vorgänge wertet.

a) Hier kommt in erster Linie als Gesetzesverletzung die Auffassung in Betracht, die Strafzwecke seien nicht festgelegt, der Richter dürfe sie frei auswählen oder nach einer beliebigen Rangordnung verwerten.

<sup>1</sup> Vgl. FLEINER: S. 146, auch SCHEUNER: S. 74.    <sup>2</sup> DJZ. 1908, Sp. 1108.

<sup>3</sup> Unrichtig auch HÄLSCHNER: S. 641, der das mittlere Strafmaß als Durchschnittsmaß ansieht.

Als ein Fehlurteil wird es demgemäß von SAUER<sup>1</sup> mit Recht bezeichnet, wenn ein Gericht anstatt einer dem Vergeltungsstandpunkt allein entsprechenden Geldstrafe eine Freiheitsstrafe verhängte. Ebenso würde es eine Gesetzesverletzung sein, wenn die Strafe mit Rücksicht auf die Generalprävention über den Vergeltungsstandpunkt hinaus erhöht würde<sup>2</sup>. Inwieweit die Strafzwecke und ihre Reihenfolge gesetzlich festgelegt sind, ist im einzelnen oben abgehandelt.

Eine Gesetzesverletzung würde es sein, wenn das Gericht glaubt, in der Auswahl der zu bewertenden Umstände frei zu sein. Es ist oben dargestellt, daß sich aus den Strafzwecken ein System der zu bewertenden Strafgesichtspunkte ergibt. Übersieht das Gericht einen Gesichtspunkt, der für die Strafbemessung in dem zu entscheidenden Fall von Bedeutung sein kann, so liegt ein Fehler vor, der zwar nur dann zu einer falschen Beurteilung führt, wenn er für die Strafbemessung tatsächlich im Einzelfall von Erheblichkeit war.

In der gerade hier bedeutsamen bereits erwähnten (S. 95) Entscheidung des RG. (2. Senat)<sup>3</sup> vom 11. Mai 1925 ist der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß auch die Nichtanstellung von Erwägungen bei der Strafbemessung Gesetzesverletzung sei. Was in diesem Urteil für die Beachtung des im Gesetz zwar ausdrücklich betonten Gesichtspunktes der mildernden Umstände gilt, muß in folgerichtiger Weiterdurchführung des Gedankens auch bezüglich der übrigen im Gesetz liegenden Gesichtspunkte Anwendung finden. Das OLG. Kiel<sup>4</sup> hat demgemäß ein angefochtenes Urteil hinsichtlich der Strafbemessung neben andern Gründen aufgehoben, weil die Persönlichkeit des Täters nicht berücksichtigt worden war.

Die Fehler, die auf der Verschiebung der Grenzen zugunsten der Ermessensfreiheit beruhen, wie sie im vorstehenden dargetan sind, und die sich aus der Verschiebung der Grenzen der Gebundenheit ergeben wie sie unter 1 b (S. 96) behandelt sind, werden praktisch oft schwer zu trennen sein.

b) Der Fehler in der Bewertung kann ein zweifacher sein: Die Bewertung liegt in der falschen Richtung (ein strafmindernd wirkender Gesichtspunkt wird zur Straferhöhung verwandt oder umgekehrt), oder die Bewertung ist eine zu große oder zu geringe. Ein Beispiel der Bewertung eines Gesichtspunktes in falscher Richtung ist in dem von STEIN<sup>5</sup> angeführten, übrigens unrichtig ausgewerteten Fall gegeben, daß

<sup>1</sup> SAUER: DJZ. 33, S. 909.

<sup>2</sup> HEINITZ: Arch. f. Rechts- u. Wirtschph. 22, S. 268 läßt eine Überschreitung des durch die Vergeltung gebotenen Maßes in besonderen Fällen zu.

<sup>3</sup> Siehe auch die Besprechung dazu von MAMROTH: JW. 1925, S. 2138, Nr. 3.

<sup>4</sup> OLG. Kiel: Urt. vom 18. April 1928 (545/28) in Höchst. RR. 4, Nr. 2061.

<sup>5</sup> STEIN: Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893, S. 135 f., dazu mit zutreffender Kritik DROST: S. 61.

das hohe Objekt eines Diebstahls als strafmindernd in Betracht gezogen wird. Bei der zweiten Fehlergruppe findet die Ermessensfreiheit des Richters bei der Bewertung der Tatsachen ihre Grenzen in den nach positivem Recht geltenden Gedanken der Gerechtigkeit, Freiheit und Rechtssicherheit. Eine Bewertung, die sich innerhalb der von der Allgemeinheit anerkannten Bewertungsskala hält, die auch von einem billig denkenden Durchschnittsmenschen (den ordentlichen Staatsbürger) als noch haltbar und vernünftig angesehen wird, die als mit der Freiheit und Rechtssicherheit noch vereinbar erscheint, bewegt sich innerhalb der gesetzlichen Ermessensgrenzen. Die Feststellung der Überschreitung dieser Grenzen ist zwar im Einzelfall schwierig, aber doch möglich.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Zugrundelegung eines rechtlichen Begriffes bei der Bewertung. Die Strafe ist ein Übel für ein Verhalten. Das Verhalten des Täters spiegelt sich in Tatsachen wieder. Der Richter mag nun die Tatsachen unter einem rechtlichen Begriff zusammenfassen, z. B. Eigentum, Wahrnehmung berechtigter Interessen. Immer hat er nur die zugrundeliegenden Tatsachen zu bewerten. Es darf regelmäßig angenommen werden, daß es auch lediglich die Tatsachen sind, die für die Strafbemessung maßgeblich sind. Daher ist es in der Regel bedeutungslos, ob der Richter die die Strafbemessung stützenden Vorgänge einen falschen Rechtsbegriff einreicht. Erst wenn die unrichtige Bezeichnung, der Begriff als solcher, die Strafbemessung beeinflußt, liegt eine unrichtige Bewertung vor. Unter diesem Gesichtspunkte ist der vom RG. (IV. Senat) durch Urteil vom 26. November 1897 entschiedene Fall zu würdigen<sup>1</sup>. Hier hatte der Vorderrichter, der die Straflosigkeit aus § 193 StGB. wegen der Form der beleidigenden Äußerung abgelehnt hatte, den Umstand, daß es sich „um eine Ausschreitung der Redefreiheit unter dem Schutze des § 193 eod.“ handle, ausdrücklich als ein bei der Strafbemessung, zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigendes Moment hervorgehoben. Nach der Ansicht des RG. konnte jedoch von einer Wahrnehmung berechtigter Interessen keine Rede sein. Das RG. ließ zutreffend die Revision zu und gab ihr statt mit der Begründung: „Sobald bei der Strafbemessung eine falsche Rechtauffassung zur Geltung kommt, kann die Straffestsetzung dieserhalb mit der Revision angefochten werden.“ Der Fehler des aufgehobenen Urteils liegt nicht darin, daß die Tatsachen, die zur Annahme des Vorliegens der Wahrnehmung berechtigter Interessen geführt haben, überhaupt bewertet wurden, sondern darin, daß ihnen kraft der unrichtigen Rechtauffassung eine zu erhebliche Bedeutung beigemessen wurde.

c) Neben der Bewertung von Tatsachen, die zwar zu bewerten,

<sup>1</sup> GA. 46 S. 36.

jedoch nicht richtig bewertet sind, tritt die Bewertung von Tatsachen, die überhaupt nicht zu beachten sind. Die Pflicht, gewisse Tatsachen nicht zu beachten, kann sich ebenso auf sachliche Erwägungen beziehen, wie auf unsachliche. Sachlich ist eine Erwägung dann, wenn die in ihren Kreis gezogenen Tatsachen von dem zu beurteilenden Vorgang mit umfaßt werden.

aa) Eine sachliche Erwägung kann bei der richterlichen Strafbemessung ausgeschlossen sein, einmal weil der Gesetzgeber den Gesichtspunkt abschließend beachtet hat, dann, weil die Beachtung des Gesichtspunktes als solcher gegen das positive Recht verstoßen würde.

a) Aufgabe des Gesetzgebers allein ist es darüber Entscheidung zu treffen, ob und unter welchen Bedingungen ein Tatbestand mit Strafe belegt wird und aus welchem Strafraumen die Strafe für den Einzelfall zu bestimmen ist. Eine Bewertung des Sachverhalts unter Gesichtspunkten, die tatsächlich zu einer Nachprüfung der Strafbestimmung oder des Strafraumens führen, ist unzulässig. Solche Gesichtspunkte sind vor allem auch allgemeinpolitische, von diesen insbesondere allgemein kriminalpolitische, d. h. solche auf die Verbrechensbekämpfung gerichteten Gesichtspunkte, die hier zwar anläßlich eines Einzelfalles und zunächst unter Bezug auf ihn angestellt werden, jedoch darüber hinaus (bewußt oder unbewußt) die Grundlage für die Betätigung allgemeiner Zweckmäßigkeitserwägungen darstellen.

Hierhin gehört der bereits erwähnte Fall, daß das Gericht einen größeren Fabrikanten wegen Vergehens gegen die Arbeiterschutzverordnung, da es deren Anwendung wenigstens in dem zu entscheidenden Fall für unzumutbar hielt, die Mindeststrafe in Ansatz brachte. Die Entscheidung beruht auf gesetzeskritischen Erwägungen, die nicht unsachlich waren, weil sie den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt zum Gegenstande hatten, die aber unzulässig waren, weil sie einen Eingriff in die gesetzgeberischen Aufgaben darstellten.

Ferner ist hierhin ein von den Gerichten sehr häufig und vom Reichsgericht und den sonstigen oberen Gerichten in ständiger Rechtsprechung gerügter Fehler zu rechnen: die Bewertung eines Umstandes, welcher Tatbestandsmerkmal oder Gesetzesgrund ist, als eines besonderen Strafzumessungsgrunds<sup>1</sup>. Die Verwertung eines Tatbestandsmerkmals als Strafzumessungsgrund liegt vor, wenn als strafscharfender Grund in Betracht gezogen wird: bei der Tötung die Vernichtung eines Menschenlebens<sup>2</sup>, bei der Körperverletzung mit Todeserfolg oder bei

<sup>1</sup> Vgl. hierzu JUNG: Jur. Rdsch. 1931, S. 16 ff., ferner die Übersicht bei LÖWE-ROSENBERG zu § 267 Anm. 8 b.

<sup>2</sup> RG. (III. Senat) Urt. vom 21. November 1912 (3 D 794/12) in DJZ. 1913 Sp. 412, (IV. Senat) Urt. vom 12. Oktober 1923 (4 D 653/23) in RG. 57 S. 379, (III. Senat) Urt. vom 18. Dezember 1924 (3 D 923/24) in JW. 1925 S. 2773 Nr. 6.

der Schlägerei (§ 226 StGB.) der Eintritt des Todes des Verletzten<sup>1</sup>, bei der fahrlässigen Körperverletzung gemäß § 230 II StGB. der Umstand, daß die Tat in Ausübung des Berufs erfolgt ist<sup>2</sup>, bei der Blutschande die Begehung der Handlung mit dem eigenen Kinde<sup>3</sup>, beim Beamtendelikt die Eigenschaft als Beamter<sup>4</sup>, bei der Urkundenfälschung die Eigenschaft der Urkunde als Beweismittel im Rechtsverkehr<sup>5</sup>, bei der Sachbeschädigung gemäß § 304 StGB. der Umstand, daß es sich um die Zerstörung eines dem öffentlichen Nutzen dienenden Gegenstand handelt<sup>6</sup>, beim Notdiebstahl die Not<sup>7, 8</sup>. Verwertung des Gesetzesgrundes würde beispielsweise gegeben sein, wenn berücksichtigt würde: bei der Abtreibung die Gemeingefährlichkeit für die Sittlichkeit und Kraft des Volkes<sup>9</sup>, bei Meineid die Gefährdung der Rechtspflege durch Leistung eines Meineids<sup>10</sup>, bei der falschen eidesstattlichen Versicherung die schweren wirtschaftlichen Schäden durch derartige Erklärungen<sup>11</sup>, bei der Brandstiftung die die Volkswirtschaft berührende Gemeingefährlichkeit<sup>12</sup>, bei der fahrlässigen Tötung die Gefährlichkeit des Handelns<sup>13</sup>, bei

(I. Senat) Urt. vom 5. März 1926 (1 D 26/26) in DRZ. 18 Nr. 524, Urt. vom 10. Januar 1928 (1 D 1203/27) in JW. 1928 S. 913 Nr. 37. OLG. Hamm Urt. vom 13. Mai 1925 (S 53/25) in Höchst. RR. 1 S. 391.

<sup>1</sup> RG. (I. Senat) Urt. vom 16. Oktober 1925 (1 D 483/25) in JW. 1926 S. 818 Nr. 1 = Jur. Rdsch. 1 Nr. 1943. In einer älteren Entscheidung hat das Reichsgericht (V. Senat) es allerdings nicht für rechtswidrig angesehen, daß die Strafkammer „die Tatsache, daß durch die von dem Angeklagten hervorgerufene Schlägerei ein Menschenleben vernichtet worden sei, mit den von ihr bei der Strafzumessung in Betracht gezogenen Tatumständen als strafscharfend berücksichtigt hat“. Urt. vom 19. Januar 1909 in GA. 56 S. 96 (5 D 9/09).

<sup>2</sup> RG. (II. Senat) Urt. vom 19. Juni 1930 (2 D 243/30) in JW. 1931 S. 879 Nr. 22.

<sup>3</sup> Vgl. JUNG: a. a. O.

<sup>4</sup> RG. (II. Senat) Urt. vom 17. März 1911 (2 D 199/11) in Sächs. Arch. 1911 S. 225.

<sup>5</sup> RG. (II. Senat) Urt. vom 11. März 1929 (2 D 1183/28) in DRZ. 1929 Nr. 410.

<sup>6</sup> Vgl. KORSCHEL: S. 71. <sup>7</sup> Vgl. JUNG: a. a. O.

<sup>8</sup> Die Verwertung eines Umstandes, der zwar im strengen Sinn nicht Tatbestandsmerkmal ist, aber dennoch besonderen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, liegt in dem von KORSCHEL: S. 71 erwähnten Fall vor, daß bei der Verleitung zum Meineid als strafferhöhend der Umstand bewertet wurde, daß zu einer mit Zuchthaus angedrohten Handlung verleitet wurde.

<sup>9</sup> RG. (I. Senat) Urt. vom 17. November 1925 (1 D 495/25) in JW. 1926 S. 2196 Nr. 6 = RG. 59 S. 426, (III. Senat) Urt. vom 11. November 1926 (3 D 811/26) in DRZ. 19 Nr. 73.

<sup>10</sup> RG. (I. Senat) Urt. vom 24. März 1925 (1 D 144125) in Höchst. RR. 1 Nr. 250 Urt. vom 21. September 1928 (1 D 641/28) in JW. 1928 S. 2976 Nr. 6 a, (II. Senat), Urt. vom 20. September 1928 (2 D 470/28) in JW. 1928 S. 2976 Nr. 6 b = DRZ. 1928 S. 382 Nr. 832.

<sup>11</sup> RG. Urt. vom 9. Februar 1931 (2 D 757/30), JW. 1931 S. 1568 Nr. 26.

<sup>12</sup> RG. (Fer.-Senat) vom 27. August 1926 (3 D 604/26), JW. 26 S. 2687 Nr. 2.

<sup>13</sup> RG. (I. Senat) Urt. vom 6. Dezember 1929 (1 D 1167/29) in JW. 1929 S. 1595 Nr. 3.

der Untreue die Gefährdung des geschäftlichen Verkehrs<sup>1</sup>, bei der Hehlerei das Vorschubleisten zugunsten der Diebe<sup>2</sup>, beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte die Notwendigkeit des energischen Schutzes für Vollstreckungsbeamte<sup>3</sup>, beim Glücksspiel die Möglichkeit der Ausbeutung der Unüberlegtheit und Spielsucht des Publikums<sup>4</sup>, bei den Körvorschriften die Gefährdung des gesunden Viehbestandes<sup>5</sup>. Das Reichsgericht hat in einer nicht bedenkenfreien Entscheidung<sup>6</sup> hinsichtlich eines Wahlvergehens beanstandet, daß die Bedeutung der Wahlhandlung gerade im Volksstaate als Strafbemessungsgrund angesehen wurde. „Wenn“, so erklärt das Reichsgericht, „die Änderung der Staatsform eine Verschärfung des Strafrahmens für Wahlvergehen erfordert hätte, so wäre eine Änderung des Gesetzes erfolgt.“ Die Beweisführung ist nicht stichhaltig, zumal der Strafrahmen ohne gesetzliche Änderung es ermöglichte, den neuen Zeitverhältnissen gerecht zu werden<sup>7</sup>.

Die Verwertung eines Umstandes, der Tatbestandsmerkmal oder Gesetzesgrund ist, als eines besonderen Strafzumessungsgrundes, ist jedoch nur insoweit unzulässig, als der Umstand in der die Strafe bestimmenden Vorschrift Berücksichtigung gefunden hat. Im Falle der Idealkonkurrenz<sup>8</sup> kann daher sehr wohl ein Tatbestandsmerkmal oder Gesetzesgrund Strafbemessungsgrund sein. So darf bei der Verurteilung eines Vormunds wegen unzüchtiger Handlungen mit seinem noch nicht 14 Jahre alten Mündel die Eigenschaft als Vormund, trotzdem sie Tatbestandsmerkmal in § 174 Ziff. 1 StGB. ist, als Strafbemessungsgrund verwertet werden, da die Strafe aus § 176 Ziff. 3 StGB. zu entnehmen ist<sup>9</sup>.

Die unrichtige Heranziehung eines Tatbestandsmerkmals oder Gesetzesgrund als eines Strafbemessungsgrundes führt in der Revisionsinstanz zur Aufhebung des Urteils. Eine Aufhebung läßt sich nur dort

<sup>1</sup> RG. (III. Senat) Urt. vom 12. Februar 1931 (3 D 1129/30) in JW. 1931 S. 1612 Nr. 70.

<sup>2</sup> RG. (IV. Senat) Urt. vom 14. März 1924 (4 D 131/24) in JW. 1925 S. 1403 Nr. 8.

<sup>3</sup> KG. (II. Senat) Urt. vom 15. Februar 1928 (2 S 33/28) in JW. 1928 S. 1070 Nr. 5.

<sup>4</sup> RG. (I. Senat) Urteil vom 31. Mai 1927 in Jur. Rdsch. 3 Nr. 1620. Dagegen hat das RG. (II. Senat) Urt. vom 20. Oktober 1908 (2 D 597/08) in GA. 56 S. 73 Gewinnsucht beim Glücksspiel als Strafschärfungsgrund zugelassen, soweit nicht § 285 StGB. vorliegt.

<sup>5</sup> KG. (I. Senat) Urt. vom 22. Juni 1926 (I S 497/26) in Höchst. RR. 3 S. 29.

<sup>6</sup> RG. (II. Senat) Urt. vom 15. November 1928 (2 D 1009/28) in JW. 1929 S. 1145 Nr. 21.

<sup>7</sup> Gegen die Entscheidung auch GRAF ZU DOHNA in der Besprechung, vgl. vorige Anm.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu JUNG: Jur. Rdsch. 1931 S. 19. <sup>9</sup> So richtig JUNG: a. a. O.

vermeiden, wo aus dem angefochtenen Urteil ersichtlich ist, daß mit den in Frage kommenden Worten ein zulässiger Strafbemessungsgrund gemeint ist. So hat das Reichsgericht (I. Senat) in dem bereits erwähnten Urteil vom 21. November 1928<sup>1</sup>, in dem Satze: „Da der Eid fast das einzige Mittel der Gerichte darstellt, um die Wahrheit aus Zeugenbekundungen zu erforschen, so muß ein derartig leichtfertiges Umgehen mit dem Eide, wie es die Tat des Angeklagten darstellt, streng bestraft werden“ die Worte „ein derartig leichtfertiges Umgehen“ als Hervorhebung der Gröblichkeit der Fahrlässigkeit gedeutet und so das angefochtene Urteil bestehen lassen. Da häufig die Fehler lediglich in einer ungeschickten Begründung liegen, wird eine derartige Umdeutung in vielen Fällen dem wahren Willen des vorinstanzlichen Gerichts gerecht werden.

β) Die Frage, ob und wie bestraft werden soll, ist im vorstehenden dem Gesichtspunkte der Abgrenzung des gesetzgeberischen und richterlichen Aufgabenkreises unterstellt worden. Die Unzulässigkeit sachlicher Erwägungen kann sich aber auch daraus ergeben, daß das positive (materielle oder prozessuale) Recht den Gesichtspunkt als solchen überhaupt nicht angewandt wissen will.

Ein Verstoß gegen das materielle Recht ist die Heranziehung eines Gesichtspunktes als Strafbemessungsgrund, der nach dem Gesetze unbeachtlich ist. So würde es unzulässig sein, den Umstand, daß eine Dirne außerhalb der früheren Bordellstraßen in strafbarer Weise Unzucht treibt (§ 361 Ziff. 6 StGB.), als strafscharfend in Betracht zu ziehen, da das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927 (RGBl. I, S. 61), wie aus der besonderen Hervorhebung der Örtlichkeit in Ziff. 6a, sowie aus der gerade durch das Gesetz herbeigeführten Aufhebung der Kasernierung folgt, die Eigenart des Begehungsortes offenbar unbeachtet lassen will<sup>2</sup>.

Auch verfassungsrechtliche Bestimmungen können die Bewertung eines an sich sachlichen Gesichtspunktes ausschließen. Die Heranziehung eines Strafbemessungsgrundes darf z. B. nicht gegen den Gleichheitssatz (Art. 109 Abs. 1 RV.) verstoßen. Hierhin fällt das von BRANDT<sup>3</sup> erwähnte Beispiel, daß ein Dieb schärfer bestraft wird, weil der Diebstahl sich gegen eine Gerichtsperson richtete. In diesem Beispiele ist die Persönlichkeit des Verletzten zum Gegenstande ungleicher Beurteilung gemacht worden. Ob auch Fälle der Unzulässigkeit der Beachtung sachlicher Umstände auf der Täterseite denkbar sind, muß bezweifelt werden. Soweit persönliche Unterschiede zur Feststellung der Schuld

<sup>1</sup> JW. 1928 S. 2976 Nr. 6 (I D 641/28).

<sup>2</sup> OLG. Kiel Urt. vom 18. April 1928 (S 545/28) in Höchst. RR. 4 Nr. 2061; OLG. Naumburg Urt. vom 27. März 1929 (S. 56/29) in Höchst. RR. 5 Nr. 1415.

<sup>3</sup> BRANDT: in JW. 1925 S. 2721.

als auch der Empfindlichkeit des Strafübels bedeutsam sind, verstößt ihre Beachtung nicht gegen den Gleichheitssatz, weil die Unterschiede nicht als solche, sondern nur zur Herbeiführung einer den Strafzwecken entsprechenden gerechten Strafe beachtet werden. Werden sie aber unter anderen Gesichtspunkten als denen des Strafzweckes oder Strafübels bewertet, so würde ihre Heranziehung unsachlich sein. Überdies stände ihrer Verwertung auch Art. 109 Abs. 1 RV. entgegen.

Einen prozeß rechtlichen Verstoß bedeutet die Nichtbeachtung des Grundsatzes, daß der Angeklagte nur wegen nachgewiesener Tatsachen verurteilt werden darf. Eine nicht erwiesene Tatsache darf der Richter nicht als Strafbemessungsgrund bewerten. In einem solchen Falle betätigt er Ermessen, wo Gebundenheit herrscht. So dürfen, wenn der Täter weiterer gleicher Verbrechen oder der schwereren Art der Verbrechenbegehung nicht überführt, sondern nur verdächtig ist, die nichterwiesenen Handlungen nicht als Strafbemessungsgrund für die abzuurteilende beachtet werden<sup>1</sup>. Geschieht das, so ist das zwar fehlerhaft, braucht jedoch nicht auf unsachlichen Erwägungen zu beruhen. W. JELLINEK<sup>2</sup> führt den Fall, daß jemand wegen zweier Straftaten angeklagt wird, wegen der ersten verurteilt, wegen der zweiten freigesprochen wird und das Gericht nun für die erste Straftat eine besonders harte Strafe ansetzt mit der Begründung, daß der Angeklagte des zweiten Delikts dringend verdächtig sei, als Beispiel der Berücksichtigung unsachlicher Gesichtspunkte an. Mit einer solchen Auffassung wird man aber des Vorgangs nicht gerecht. Denkbar ist es zwar, daß der Gedankengang des Gerichts bei der Erhöhung der Strafe für die nachgewiesene Tat etwa der ist: „die anderen Handlungen konnten allerdings nicht nachgewiesen werden; gewesen ist es der Angeklagte sicher. Er muß zwar freigesprochen werden, aber er kann doch noch gefaßt werden, indem die Strafe bei dem erwiesenen Fall angebracht wird“. Diese Erwägungen wären unsachlich. Denn die Verurteilung erfolgte wegen eines Sachverhaltes, der mit der abgeurteilten Tat nur rein äußerlich in Zusammen-

<sup>1</sup> So RG. (IV. Senat) Urt. vom 22. April 1892 (Rep. 1105/92) in RG. 23 S. 91, Urt. vom 28. März 1923 (4 D 893/22) in JW. 1924 S. 320 Nr. 41, Urt. vom 22. Januar 1924 und 29. Februar 1924 (4 D 925/23, 4 D 62/24) in JW. 1924 S. 1770 Nr. 20, 21; (III. Senat) Urt. vom 21. November 1912 (3 D 973/12) in DJZ. 1913 Sp. 468; Urt. vom 22. März 1915 (3 D 105/15 in L. Z. 1915 Sp. 1031 Nr. 57; (I. Senat) Urt. vom 11. Juli 1922 (1 D 418/22) in JW. 1923 S. 394 Nr. 34; (III. Senat) Urt. vom 28. November 1929 in JW. 1930 S. 937 Nr. 49; ferner Bayr. Oberst. L. G. Urt. vom 16. April 1907 in Bayr. Oberst. L. G. 7 S. 130. Vgl. auch die bei LÖWE-ROSENBERG zu § 267 Anm. 7 erwähnte Entscheidung des I. Senats vom 27. Oktober 1922, nach der die Höhe der Versuchsstrafe nicht auf die Erwägung gestützt werden darf, daß eine große Wahrscheinlichkeit für die Vollendung des Delikts gegeben sei. Zutreffend BELING: StPO. S. 238 Anm. 2; DROST: S. 64; vgl. auch SACHS: S. 15 ff., 145 ff.

<sup>2</sup> JELLINEK, W.: Gesetz S. 344.

hang gebracht ist und in dieser Weise mit ihr nichts zu tun hat. Der Gedankengang des Gerichts kann aber auch ein anderer sein: „der Angeklagte muß zwar in den anderen Fällen freigesprochen werden; er ist aber der Tat auch dort dringend verdächtig. Der Verdacht allein läßt den Angeklagten als einen gefährlichen rechtsordnungsfeindlichen Menschen erscheinen. Er zeigt, daß bei der nachgewiesenen Tat die Schuld eine erheblichere ist, als man auf Grund der nachgewiesenen Tat allein annehmen müßte.“ Die Handlungen deretwegen der Freispruch erfolgt ist, würden dann nur als Symptom für das Verschulden bei der nachgewiesenen Tat verwertet. Eine solche Betrachtungsweise ist durchaus sachlich. Sie verstößt jedoch gegen den Grundsatz in dubio pro reo<sup>1</sup>.

Ist die herangezogene Handlung jedoch als erwiesen anzusehen, so wird sie zu Recht bei der Strafbemessung berücksichtigt<sup>2</sup>. Denn gerade darauf, daß der Täter die gleiche Tat wiederholt begeht, läßt sich der Schluß ziehen, daß jeder einzelnen Tat eine höhere Bedeutung zukommt als es aus ihr allein zu schließen ist.

Gegen die Verwertung von feststehenden aber noch nicht abgeurteilten Handlungen sind aus dem prozessualen Gesichtspunkte: Ne bis in idem Bedenken erhoben worden. So hat das Reichsgericht<sup>3</sup> die Erhöhung der Strafe, die das Berufungsgericht vorgenommen hatte, weil der Angeklagte nach der erstinstanzlichen Verurteilung wiederum Kuppelei getrieben hatte, wegen der Gefahr doppelter Bestrafung für unzulässig erklärt. Die vom Reichsgericht gegebene Begründung ist jedoch nicht überzeugend. Vielmehr verdient das Verhalten des Berufungsgerichts Billigung. Die Erhöhung der Strafe stellt keine Vorwegbestrafung für die zweite Straftat dar, sondern nur die Würdigung der ersten, die erst die zweite Straftat in vollem Umfang ermöglichte. Es liegt hier nichts anders, als wenn eine bereits erfolgte Bestrafung in Betracht gezogen wird. Auch in diesem Falle wird die früher abgeurteilte Straftat nicht zum zweiten Male bestraft.

Eine prozessuale Schranke der Heranziehung sachlicher Gesichtspunkte bildet die Rechtskraft des Schuldausspruches. So darf das Berufungsgericht, das nur über das Strafmaß zu entscheiden hat, die Strafe nicht unter dem Gesichtspunkte der Mittäterschaft festsetzen, wenn das erstinstanzliche Gericht rechtskräftig Beihilfe festgestellt hat<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Auf dem prozessualen Gesichtspunkt beruhen auch die in der Anm. 1 der vorigen Seite aufgezählten Reichsgerichtsurteile.

<sup>2</sup> So trotz Bedenken ALSBERGS richtig RG. (IV. Senat) Urt. vom 27. Mai 1924 (4 D 477/24) in JW. 1924 S. 1770 Nr. 22.

<sup>3</sup> RG. (III. Senat) Urt. vom 5. Juli 1928 (3 D 356/28) im Recht 1928 S. 494 Nr. 2043 = DRZ. 1928 Nr. 661.

<sup>4</sup> RG. (I. Senat) Urt. vom 22. Februar 1927 (1 D 873/26) in RG. 61 S. 209.

Aus prozessualen Gesichtspunkten ist die Ablehnung der Erhöhung der Strafe bei Gewährung bedingter Strafaussetzung zu rechtfertigen<sup>1</sup>. Die Frage, ob bei Gewährung der Strafaussetzung die Strafe zu erhöhen ist oder nicht, kann durchaus zweifelhaft sein. Für eine Erhöhung können sehr wohl zutreffende Gründe angeführt werden<sup>2</sup>. Die Verbüßung der erhöhten Strafe kommt nur in Betracht, wenn der Täter sich schlecht führt. Führt er sich trotz Gewährung bedingter Strafaussetzung schlecht, so kann daraus wenigstens unter Umständen ein Rückschluß auf die Bedeutung der Tat gezogen werden, da das spätere Verhalten dazu geeignet sein kann, die schon durch die Tat geoffenbarte Gefährlichkeit des Täters in deutlicherem Lichte zu zeigen und die Schwere der Tat stärker hervortreten zu lassen, so daß eine stärkere Reaktion als ursprünglich für richtig gehalten, vom Standpunkt der Vergeltung am Platze sein kann. Daß eine Erhöhung der Strafe bei Gewährung der Strafaussetzung sowohl die Allgemeinheit als auch den Einzelnen in höherem Maße dazu angetan ist, zu einem ordentlichen Verhalten zu motivieren (General-, Spezialprävention) braucht nicht mehr dargetan zu werden. Wenn sie trotzdem abzulehnen ist, so beruht das auf dem den Strafprozeß beherrschenden Prinzip, daß für die Strafbemessung wenigstens grundsätzlich der Zeitpunkt des Urteilspruchs maßgebend ist.

In dem umgekehrten Fall, daß die Strafe herabgesetzt wird, damit sie die der bedingten Strafaussetzung gesetzte Grenze nicht überschreitet, würde es sich um die Beachtung eines unsachlichen Gesichtspunktes handeln. Hier würde die bedingte Strafaussetzung als solche für die Höhe der Strafe maßgebend sein. Damit würde das Verhältnis von bedingter Strafaussetzung und Strafhöhe umgekehrt werden. Die bedingte Strafaussetzung soll von der Höhe der Strafe, nicht aber die Höhe der Strafe von der bedingten Strafaussetzung abhängig sein<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Gegen die Erhöhung der Strafe bei der bedingten Strafaussetzung: Bayr. Oberst. L. G. (I. Strafsenat) Urt. vom 5. März 1926 (Rev. Reg. I 786/26) in DRZ. 1926 Nr. 532; ferner Zürch. Obergericht Urt. vom 22. Januar 1924 in Schweiz. JZ. 20 S. 359, Nr. 250, Aarg. Obergericht Urt. vom 30. Januar 1925 in Aarg. Rspr. 27 S. 91 Nr. 36. Ebenso GRAU-SCHÄFER: Preuß. Begnadigungsrecht S. 280.

<sup>2</sup> COENDERS tritt dafür ein, daß der bedingt Begnadigte im Fall des Mißbrauchs des auf ihn gesetzten Vertrauens ein stärkeres Maß von Strafe zu erdulden haben solle. COENDERS: Grundbegriffe S. 26, vgl. ferner NOETZEL: DRZ. 1929 S. 14.

<sup>3</sup> Selbstverständlich wird das Gericht, wo die Strafe um die für die Gewährung der Strafaussetzung zulässige Höchstgrenze liegt, besonders sorgsam zu prüfen haben, ob nicht schon durch eine niedrigere Strafe den Strafzwecken Genüge geschieht. Damit wird aber die bedingte Strafaussetzung noch nicht zu einem Strafbemessungsgrund. Hält das Gericht von vornherein die Strafaussetzung für geboten, so wird es auch ohnedies zu einer innerhalb der Höchstgrenze liegenden Strafgröße gelangen können. Vgl. hierzu die entgegengesetzten Entscheidungen des Zürch. Obergerichts (Urt. vom 1. September 1921) und des Kassationsgerichts (Urt. vom 19. Dezember 1921), Zürch. Bl. 21 Nr. 72 S. 180 ff.

b) Unsachliche Erwägungen können solche sein, deren Inbetrachtung von straffremden Zwecken getragen wird ( $\alpha$ ), als auch solche, deren Beachtung unter Verfolgung gesetzlicher Strafzwecke geschieht ( $\beta$ ). Sie brauchen keineswegs auf einer an sich verwerflichen Grundlage zu beruhen. Sie können vielmehr durchaus ernst und beachtlich sein.

a) Unsachlich können kriminalpolitische Gesichtspunkte sein. Kriminalpolitische Erwägungen dürfen bei der Strafbemessung nur insoweit in Betracht gezogen werden, als sie sich aus der Tat und der mit ihr zusammenhängenden Umständen selbst heraus ergeben und mit dem Strafzweck vereinbar sind oder infolge des Wesens der Strafe Beachtung erheischen. Ein Beispiel für unsachliche kriminalpolitische Erwägungen würde die Inbetrachtung des Umstandes als Strafbemessungsgrund sein, daß die Verurteilung des Angeklagten, Vaters einer großen Familie, zu einer Freiheitsstrafe die Familie nicht nur in Not bringen, sondern voraussichtlich auch zu strafbaren Handlungen treiben würde. Dieser Umstand hat mit der strafbaren Handlung nichts zu tun, eben so wenig mit dem Wesen oder Zweck der Strafe. Diese soll zwar den Rechtsbrecher treffen. Die Ausgestaltung der heutigen Strafmittel bringt es aber stets als mittelbare Wirkung mit sich, daß auch Dritte von ihr betroffen werden. Hier Abänderung oder Milderung zu schaffen ist eine Gesetzgebungs- oder Verwaltungsaufgabe, nicht aber eine solche der Rechtssprechung. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Familienverhältnisse für die Strafbemessung nun überhaupt bedeutungslos sind. Unsachlich ist ihre Heranziehung unter der obenbezeichneten Betrachtungsweise. Das schließt aber nicht aus, daß gerade erst die Familienverhältnisse die Tat erklären und sie erst in das rechte Licht setzen oder daß gerade die Familienverhältnisse es sind, die die Freiheitsstrafe für den Verurteilten besonders drückend gestalten. In der ersten Alternative wirken die Familienverhältnisse bei der Bestimmung der Strafschwere, in der zweiten bei der Festsetzung der der Strafschwere im Einzelfall entsprechenden Strafgröße mit. In diesem Sinne ist es zu billigen, wenn die AV. des preuß. Justizministers vom 8. März 1926 anordnet, daß bei der Strafbemessung namentlich zu berücksichtigen seien: e) . . . die durch die Verurteilung oder die Strafvollstreckung für ihn (den Täter) oder seine Familie zu erwartenden Nachteile (Verlust einer Stellung usw.).“

Unsachlich sind Erwägungen, die auf die Volksgesundheit oder die Verhütung oder Erschwerung der Schaffung einer Nachkommenschaft zielen. Es mag zweckmäßig sein, einen Kranken oder minderwertigen Täter aus derartigen Gesichtspunkten für längere Zeit festzusetzen, z. B. wenn der Täter kurz vor der Verheiratung steht und eine ernstliche ärztliche Behandlung, wie sie gerade in einem Gefängnis oder einer Strafanstalt möglich ist, vorerst angeraten erscheint; zulässig ist

ein solcher Gesichtspunkt jedoch nicht. Auch hier ist es nicht Aufgabe des Richters einzugreifen.

Unsachlich ist die Verwertung finanzpolitischer Gesichtspunkte bei der Bestimmung der Strafe, namentlich hinsichtlich der Auswahl der Straftat<sup>1</sup>.

Ebensowenig würde es regelmäßig als sachlich anzusehen sein, wenn Tatsachen zum Zwecke der Verfolgung allgemeiner politischer Ziele herangezogen würden (z. B. die politische Lästigkeit eines Staatsbürgers dient als Grund dafür, ihn möglichst lange festzusetzen). Eine Ausnahme, die auch eine politische Betrachtungsweise sachlich erscheinen läßt, bilden die politischen Delikte. Aber auch in diesem Falle steht die politische Bewertung einer Tat nicht dem Richter, sondern dem Gesetzgeber zu.

Prozeßökonomische Gesichtspunkte, d. h. solche, die eine Verminderung der Strafprozesse, ihre glatte und sachliche Durchführung bezwecken, sind für die Strafbemessung gleichfalls unbeachtlich. So darf unter diesem Gesichtswinkel der Antrag auf gerichtliche Entscheidung<sup>2</sup>, die Einlegung eines Rechtsmittels<sup>2</sup>, die Ablehnung eines Vergleichs<sup>3</sup>, das ungebührliche Verhalten des Angeklagten in der Hauptverhandlung<sup>4</sup>, das Leugnen, Schweigen oder Gestehen<sup>5</sup> als Strafzumessungsgrund nicht in Betracht gezogen werden. Alle diese Umstände können für die Strafbemessung nur insoweit beachtet werden, als aus ihnen auf die Tatumstände selbst, zu denen auch die Gesinnung gehört, geschlossen werden kann. Die Betätigung eines Rechtes als solche kann kein Strafzumessungsgrund sein. Wer aber einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellt oder ein Rechtsmittel einlegt, oder einen Vergleich ablehnt, unter Umständen auch wer leugnet, erhebt an sich nur den ihm zustehenden Anspruch auf den Nachweis seines strafbaren Handelns durch das Gericht.

Unsachlich würde weiterhin die Verwertung der Tatsache sein, daß der Angeklagte sich in Untersuchungshaft befindet. Die Tatsache der Untersuchungshaft vermag in Fällen, in denen eine Strafe von kürzerer Dauer als die Untersuchungshaft oder gar eine Geldstrafe an sich angebracht wäre, aus staatsautoritativen Gründen leicht dazu führen, eine

<sup>1</sup> Vgl. hierzu namentlich HELLWIG: Geldstrafengesetz S.20 gegen BAMBERGER: Geldstrafe statt Gefängnis S. 23.

<sup>2</sup> KG. (I. Senat) Urt. vom 14. November 1924 (1 S. 1001/24) in Höchst. RR. 1 S. 24 = DJZ. 1925 Sp. 349, (II. Senat) Urt. vom 13. Mai 1925 (2 S. 292/25) in Jur. Rdsch. 1 Nr. 1473.

<sup>3</sup> Bayr. Oberst. L. G. (I. Senat) Urt. vom 5. November 1924 (Rev. Reg. 594/24) in DJZ. 1925 Sp. 592.

<sup>4</sup> OLG Jena (II. Senat) Urt. vom 2. Oktober 1925 (S. 133/25) in JW. 1925 S. 2234 Nr. 11.

<sup>5</sup> Vgl. Anm. 1 S. 77.

Freiheitsstrafe von der Dauer der Untersuchungshaft festzusetzen, also strafferhöhend zu wirken<sup>1</sup>.

Unzulässig ist endlich die Beachtung von Tatsachen, die auf eine Befriedigung persönlicher Zwecke herauslaufen, wie das persönliche Verhältnis (Feindschaft, Freundschaft usw.) des Richters zum Täter.

β) Nicht minder bedeutsam ist die Heranziehung unsachlicher Gesichtspunkte unter Verfolgung der gesetzlichen Strafzwecke. Der Richter will zwar mit der Strafe den gesetzlichen Zwecken dienen, er wird ihnen jedoch nicht gerecht. Die Beachtung unsachlicher Tatsachen wird hier vielfach unbewußt erfolgen. Solche Umstände können etwa sein das Aussehen und die Gewandtheit des Täters, die ihm Sympathie oder Antipathie verschaffen können, der Reiz, den eine Angeklagte ausübt. Die Beachtung kann aber auch bewußt geschehen, so, wenn die Eigenschaft des Täters als Ausländer als Strafbemessungsgrund verwertet wird<sup>2</sup>.

Ob eine persönliche Eigenschaft von sachlicher Bedeutung für die Straftat ist oder nicht, wird häufig schwierig zu beurteilen sein. Aber auch wenn ihre sachliche Bedeutung feststeht, ist noch zu prüfen, ob nicht Art. 109 Abs. 1 RV. Platz greift.

II. Die Feststellung der Gesetzesverletzung bei der Strafbemessung kann nur durch Nachprüfung der Urteilsgründe erfolgen. Gemäß § 267 StPO. müssen diese jedoch — von dem hier nicht interessierenden Abs. 2 abgesehen — nur die erwiesenen Tatsachen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, angeben und das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen. Unter Umständen läßt sich schon hieraus ein Mangel bestimmen. Um festzustellen, ob eine Bewertung eines Sachverhalts die durch die Gerechtigkeit gezogenen Grenzen überschreitet oder doch zum mindesten möglicherweise überschreitet, wird unter Umständen ein bloßer Vergleich des Urteilstenors mit den das Merkmal der strafbaren Handlung ausmachenden Tatsachen genügen. Ist der Angeklagte, um ein klar liegendes Beispiel zu geben, zu fünf Jahren Gefängnis verurteilt worden und ergibt der Tatbestand, er habe einen Knopf gestohlen, so läßt sich schon hieraus eine Rechtsverletzung herleiten. Auch aus der Bezeichnung des angewandten Gesetzes mag zuweilen auf ein Übersehen oder eine Verschiebung des Er-

<sup>1</sup> Gegen diesen sich aus psychologischen Gründen ergebenden Fehler SACHS: S. 148.

<sup>2</sup> Das erachten LÖWE-ROSENBERG zu § 267 Anm. 7 für zulässig. Die Eigenschaft als Ausländer kann als solche jedoch nicht in Betracht kommen, da sie die Bedeutung der Tat nicht beeinflußt. Wohl aber kann unter Umständen die Tat eines Ausländers eine Verletzung des Gastrechts sein, die für die Beurteilung der Tat und des Täters von Bedeutung ist. Dann ist jedoch die Verletzung des Gastrechts, nicht aber die Ausländereigenschaft als solche Strafbemessungsgrund.

messensraumes geschlossen werden können. Regelmäßig wird es aber für die Feststellung der Mängel erforderlich sein, die Umstände zu kennen, welche für die Strafbemessung bestimmend gewesen sind. Diese Umstände aber müssen nicht, sondern sollen nur in den Urteilsgründen angeführt werden (§ 267 Abs. 3 StPO.).

Die Mängel dieser Vorschrift sind zu bekannt, als daß sie wiederholt werden müssen<sup>1</sup>. Der Art. 67 Ziff. 142 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz stellt im § 267e Abs. 3 die Einführung des Begründungszwangs hinsichtlich der Strafbemessung in Aussicht. Das bedeutet einen zweifellosen Fortschritt. Der Begründungszwang zwingt vor allem die Praxis zu einer gründlichen Behandlung der Strafbemessung. Er schränkt die Gefahr, daß die Strafbemessung mehr nach einem unklaren Gefühl als nach sachlichen Gesichtspunkten geschieht, erheblich ein, man muß sich eben ganz anders über die Gründe der Strafbemessung klar werden, wenn man sie in den Urteilen niederschreiben muß, als wenn man mit einigen Worten darüber hinweggehen kann.

Endlich ist der Begründungszwang vom Standpunkt der Rechtssicherheit und Rechtseinheit zu begrüßen. Er läßt eine fruchtbringende Tätigkeit der Revisionsinstanz in einem bisher noch nicht möglichen Umfang und damit eine Förderung und Ausbau des Rechts der Strafbemessung erwarten.

## ***B. Nebenstrafen und Nebenfolgen.***

### **§ 9. Das freie Ermessen bei Anwendung der Nebenstrafen und Nebenfolgen.**

Während bei der Hauptstrafe, die Frage, ob gestraft werden soll oder nicht, im Hinblick auf die Ermessensfreiheit des Richters auch nach dem Rechte des Entwurfs 1927 nur von geringerer Bedeutung ist (vgl. die Fälle des Absehens von Strafe), spielt bei den Nebenstrafen und Nebenfolgen<sup>2</sup> die Frage der Anwendung eine große Rolle. Aus der Übersicht S. 41 ff. ergibt sich, daß die Anwendung der Nebenstrafen und Nebenfolgen nur in einigen wenigen Fällen eindeutig bestimmt ist, daß sie aber in der Regel dem Begriffe des Könnens oder unbestimmten Begriffen unterstellt sind.

Welche Bedeutung dem Worte „kann“ im Sinne der oben aufgezählten vier Möglichkeiten<sup>3</sup> zukommt, läßt sich mit Sicherheit nur an

<sup>1</sup> Vgl. neuerdings DROST: S. 56, 224, aus der früheren Literatur namentlich ROSENFELD: V. D. Allg. T. 3 S. 159.

<sup>2</sup> Entsprechend der Systematik des Entwurfs werden hier Nebenstrafen und Nebenfolgen zusammen behandelt.

<sup>3</sup> Vgl. S. 37.

Hand des positiven Rechts unter Inbetrachtziehung des Wesens und Zweckes der betreffenden Maßnahmen feststellen.

I. Die die Ehre berührenden Maßnahmen. Die (völlige oder teilweise) Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bedeutet eine Schmälerung der öffentlichen Rechtsfähigkeit<sup>1</sup>. Als solche stellt sie ein Übel dar. Mag sie in zahlreichen Einzelfällen vom Täter infolge seiner Gesinnung auch nicht als Leid empfunden werden, so sieht sie doch die Allgemeinheit als ein Übel an<sup>2</sup>. Das Leid ist nicht nur tatsächlich vorhanden, sondern ist der Zweck der Maßnahme. Sie ist daher eine Strafe. Die Ansicht, sie sei eine Sicherungsmaßnahme<sup>3</sup> ist abzulehnen. Die Aberkennung dürfte — wäre diese Ansicht richtig — nur dann zulässig sein, wenn die Straftat einen Mißbrauch der öffentlichen Rechtsfähigkeit hinsichtlich der in §§ 33, 34 StGB. bezeichneten Rechten erwarten ließe. Bei dem — gerade auch im Entwurf 1927 (§ 49) genannten — Wahl- und Stimmrecht ist ein Mißbrauch jedoch nicht einmal möglich, weil es sich dabei um Betätigung freien Ermessens handelt. Eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ist auch für Fälle zwingend vorgeschrieben, aus denen auf eine künftige Gefahr irgendeines Mißbrauchs öffentlicher Rechte nicht zu schließen ist, nämlich für alle Meineidfälle (§ 161 StGB.) obwohl in zahlreichen Fällen ein Mißbrauch der in Betracht kommenden Rechte durch den Meineidigen nicht zu erwarten steht. Sicherlich hat die Aberkennung von Ehrenrechten auch einen künftigen Sinn. Sie dient dazu, wenigstens in einigen Fällen es zu verhüten, daß der Täter unter Umständen unmittelbar vom Zuchthaus oder Gefängnis zur Wahlurne eilt oder nach seiner Entlassung die anderen namentlich genannten Rechte ausübt. Daß dieser Zweck aber nicht ausschlaggebend ist, beweist schon, daß nicht einmal jede Zuchthausstrafe den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte mit sich bringt.

Die Frage ist, wie müssen die Fälle beschaffen sein, um die Ehrenrechte oder einen Teil von ihnen abzuerkennen? Zwingend vorgeschrieben ist sie nach geltendem Recht für die Fälle des Meineids, der schweren Kuppelei und des gewerbsmäßigen Wuchers. Bei den beiden letztgenannten Verbrechen handelt es sich um solche, die im Einzelfall einen besonders schweren Verstoß gegen das sittliche Allgemeinempfinden be-

<sup>1</sup> Vgl. EBERHARD SCHMIDT: Z. 45 S. 11; GRÜNHUT: Z. 46 S. 261.

<sup>2</sup> SCHMIDT, EBERHARD: a. a. O. S. 16 ff., verneint die Übelsnatur, da er maßgeblichen Wert darauf legt, was der Betroffene empfindet. GRÜNHUT: a. a. O. S. 266 hält die Annahme, daß dem Bestraften der Verlust seiner Rechte gleichgültig sei, „für ein durch nichts gerechtfertigtes Vorurteil“.

<sup>3</sup> So THOMSEN: S. 191. Aus dem Worte „neben“ in § 32 StGB. läßt sich nicht schließen, daß die Aberkennung keine Strafe sei. Wie hätte sich der Gesetzgeber anders ausdrücken sollen? Mit mehr Recht könnte man aus der Überschrift des Abschnittes („Strafen“) auf die Strafnatur schließen.

deuten. Bei ihnen tritt ein besonders niedriges, ein ehrenloses Verhalten zutage, d. h. ein solches Verhalten, das allgemein anerkannte Werte bewußtermaßen opfert um ethisch überhaupt niedrig stehender, zu mindesten aber gegenüber dem verletzten Wert unverhältnismäßig niedrig stehender Interessen willen<sup>1</sup>. Ein ehrloses Verhalten stellte in diesem Sinne auch der Meineid dar, solange er religiös fundiert war. Denn das höchste irdische Interesse erscheint gegenüber der im religiösen Meineid liegenden bewußten Gottesverletzung stets niedrig. Nach Fortfall der bewußt religiösen Fundierung des Eides liegt der Schwerpunkt des Meineides in der Verletzung der staatlichen Autorität. Es ist nun sehr wohl denkbar, daß jemand einen Meineid leistet um eines Wertes willen, den er der Staatsautorität gleichsetzt (z. B. etwa wegen angeblichen Interesses des Staates selbst, aus nationalem oder internationalem Idealismus). In derartigen Fällen läßt sich die Aberkennung der Ehrenrechte aus dem Gedanken heraus rechtfertigen, daß ein derartig schwerer Angriff auf die Staatsautorität, wie sie jeder Meineid allein angesichts der Schädigung der Rechtspflege bedeutet, es als gerecht erscheinen läßt, daß der Täter für einige Zeit in der Ausübung der öffentlichen Rechte beschränkt wird.

Zwei Gesichtspunkte lassen also die notwendigen Fälle der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nach dem geltenden Recht erkennen: einmal das ehrlose Verhalten, dann die Verletzung der Staatsautorität. Der letzte Gesichtspunkt hat aber keine allgemeine Bedeutung, wie sich aus dem Umstande erkennen läßt, daß bei nicht ehrlosem Hoch- und Landesverrat auf Verlust der bekleideten Ämter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte nur erkannt werden kann<sup>2</sup>. Von allgemeiner Bedeutung ist allein der Gesichtspunkt der Ehrlosigkeit. Sie ist die Voraussetzung für die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte. Ob das Verhalten ehrlos ist, ist eine Frage der Auslegung, also der Gesetzeseinreihung, nicht aber eine Frage der Bewertung.

Wird ein ehrloses Verhalten in einem Einzelfall angenommen, so

<sup>1</sup> Man spricht besser von einem ehrlosen Verhalten als von einer ehrlosen Gesinnung. Die Begriffe decken sich nicht völlig. Zum Begriffe des ehrlosen Handelns und der ehrlosen Gesinnung vgl. GUCKENHEIMER S. 87, ferner im Anschluß zu GUCKENHEIMER GRAF ZU DOHNA: Monatschrift 17 S. 359. Nach GUCKENHEIMER handelt ehrlos, „wer um ethisch niedrig stehender, insbesondere auch egoistischer, kleinlicher Interessen wegen höhere Werte im Bewußtsein dieser Divergenz auf Spiel setzt“. Von ehrloser Gesinnung ist dann — nach GUCKENHEIMER — zu sprechen, „wenn dieses Verhalten durch die psychische Eigenart des Täters erklärt wird, die dem konstanten Grundstock seines psychischen Verhaltens entstammt und im Einzelfall auf die Willensbetätigung im Bewußtsein des Handelnden eingewirkt hat“. Mit Recht hält GOLDSCHMIDT: JW. 1922 S. 11 ff. die Kennzeichnung des Ehrlosen für zu eng. Diesem Mangel will die obige Begriffsbestimmung, die sich an GUCKENHEIMER anschließt, durch den Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit des erstrebten Interesses zum verletzten Wert abhelfen.

<sup>2</sup> §§ 81, 83, 84, 87—91 StGB.

braucht das doch nicht zur Aberkennung zu führen. Das ergibt sich daraus, daß die Anwendung der Zuchthausstrafe bei Hoch- und Landesverrat kraft Gesetzes eine ehrlose Gesinnung voraussetzt oder daß einige Delikte, wie etwa Zuhälterei im Sinne des § 181 a Abs. 2 StGB. ohne ehrloses Verhalten undenkbar sind, ohne daß hier zwingend die Aberkennung vorgeschrieben ist. Es sind also in diesen Fällen auch Verurteilungen ohne Aberkennung kraft Gesetzes möglich.

Demgemäß ist zwar ein ehrloses Verhalten Voraussetzung der Ehrenstrafe, nicht aber ist diese die notwendige Folge des ehrlosen Verhaltens. Ob die Ehrenstrafe zu verhängen ist, ist an Hand der Strafzwecke, von denen die der Besserung und Sicherung naturgemäß zurücktreten, zu prüfen. Mag es nun Fälle geben, bei denen die Aberkennung ein Gebot der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ist oder umgekehrt, bei denen sie ausgeschlossen erscheint, so ist doch auf einem weiten Gebiete eine eindeutige Entscheidung ausgeschlossen. Ob vom Vergeltungsstandpunkt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte neben der Strafe auszusprechen ist oder nicht hängt von der Bewertung der Tat und der Beachtung aller für die Vergeltung und sonstigen Strafzwecke, in Betracht kommenden Gesichtspunkte ab, namentlich aber von einem Abwägen des Grades der Ehrlosigkeit gegenüber den anderen Strafbemessungsumständen. Ferner sind vom Standpunkt der Übelnatur der Strafe die Wirkungen der Aberkennung und ihrer Empfindlichkeit für den Täter in Betracht zu ziehen. Ob die Ehrenrechte völlig oder nur teilweise und für welche Zeit sie abgesprochen werden, richtet sich nach dem Ergebnis der Bewertung. In dieser Bewertung ist der Richter frei. Sie ist ein Akt freien Ermessens<sup>1</sup>.

In gleicher Weise besteht Ermessensfreiheit hinsichtlich der Erklärung des Verlustes öffentlicher Ämter, sowie der aus den öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechten (vgl. §§ 81, 83, 84, 87—91 StGB.).

Nicht anders steht es bezüglich der Unfähigkeitserklärung zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienst, gemäß § 319 StGB. Auch diese ist Nebenstrafe<sup>2</sup>. Das ergibt sich aus ihrer inneren Verwandtschaft der Amtsverlusterklärung. Es besteht auch keine Notwendigkeit, sie als ein Sicherungsmittel aufzufassen, da für die Sicherheit die Verwaltung ohne Rücksicht auf die Stellungnahme des Gerichtes in geeigneter Weise Sorge tragen kann. Aus dem Wesen als Strafe folgt, daß auch für die Anwendung des § 319 StGB. der Vergeltungsgedanke

<sup>1</sup> Freies Ermessen ohne die hier gemachte Einschränkung nehmen an: VON OLSHAUSEN zu § 92 Anm. 3; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 402; MANNHEIM: S. 152.

<sup>2</sup> Ebenso GOLDSCHMIDT: VD. Allg. Tl. IV S. 269; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 404; VON LISZT-DELAQUIS zu § 319 RG. (I. Senat) Urt. vom 5. Januar 1882 (Rep. 3063/81) RG. 5 S. 420; andere Ansicht FRANK zu § 319; VON OLSHAUSEN zu § 319 Anm. 1; EBERMAYER zu § 319 Anm. 1; M. E. MAYER: S. 474.

im Vordergrund steht, daß aber nicht die Gefahr einer Wiederholung das Maßgebende ist.

Nach dem Entw. 1927 kann der Verlust der Amtsfähigkeit, abgesehen von einer Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe neben einer wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens verhängten Gefängnisstrafe von mindestens 1 Jahr treten (§ 47). Gemäß § 72 ist die Erklärung des Verlustes der Amtsfähigkeit in den Fällen nicht möglich, in denen der Täter ausschließlich aus achtenswerten Beweggründen gehandelt hat und die Tat nicht schon wegen der Art und Weise ihrer Ausführung oder wegen der vom Täter verschuldeten Folgen besonders verwerflich ist, da dann auf eine Einschließung zu erkennen ist. Die Verlusterklärung ist weder an irgendwelche bestimmte Tatbestände noch an die Feststellung eines ehrlosen Verhaltens geknüpft. Die Begründung des Entwurfs betont ausdrücklich die Abschaffung aller Ehrenstrafen<sup>1</sup>, und der Entwurf vermeidet mit voller Absicht den Begriff der ehrlosen Gesinnung.

Die Amtsverlusterklärung ist nach dem Entw. 27 Strafe. Dafür spricht die Entwicklung der Einrichtung aus dem geltenden Recht, die Einreihung unter den Abschnitt „Nebenstrafen und Nebenfolgen“ im Gegensatz zum Entwurf 1925, wo der Amtsverlust dem Abschnitt über die sichernden Maßregeln eingereiht war, und endlich die offenbar gewollte Gleichstellung mit dem Verlust des Wahl- und Stimmrechts, der aus bereits angeführten Gründen nicht als Sicherungsmittel dienen kann. Die Anwendung der Amtsverlusterklärung untersteht daher in erster Linie dem Vergeltungsgedanken. Soweit es mit ihm vereinbar ist, wird allerdings auch der Sicherungsgedanke zur Geltung kommen. Ob die Amtsverlusterklärung eintritt oder nicht untersteht — von unzweifelhaften Fällen abgesehen — der Ermessensfreiheit. Gleiches gilt für die Bestimmung der Dauer des Verlustes.

In ähnlicher Weise ist Ermessensfreiheit bei der Verlusterklärung hinsichtlich des Wahl- und Stimmrechts gegeben, nur mit der Einschränkung, daß der Sicherungsgedanke hier nicht in Betracht kommt, da es infolge der mit diesen Rechten verbundenen weitgehenden Ermessensfreiheit eine Fehlerhaftigkeit, vor der die Rechtsgemeinschaft zu sichern wäre, nicht gibt. Das Wort „kann“ ist in den vorliegenden Fällen im Sinne der Möglichkeit 3 (S. 37) gebraucht.

Dagegen ist verschiedener Natur die Urteilsbekanntmachung. Bald ist sie Strafe, bald ein Akt der Privatgenugtuung, bei dem das Übel nur Begleiterscheinung, nicht aber Zweck ist<sup>2</sup>. Privatgenugtuung ist sie so-

<sup>1</sup> Entwurf 1927, Begründung S. 39, deutlicher noch Entwurf 1925, Begründung S. 44, die hier trotz der grundsätzlich verschiedenen Auffassung über die Natur des Amtsverlusts herangezogen werden darf.

<sup>2</sup> Die Begründung des Entw. 1927 (S. 40) spricht von einer dreifachen Anwendung der Urteilsbekanntmachung als Warnung vor dem Verurteilten, als Mittel der Generalprävention und als Genugtuung für den Verletzten.

wohl in §§ 165, 200 StGB<sup>1</sup> als auch §§ 51, 323 Entw. 27<sup>2</sup>. In § 101 Abs. 5 stellt sie eine Genugtuung im öffentlichen Interesse dar. Daneben kommt die Bekanntmachung aber auch als Strafe vor, so in § 285 a StGB., und zahlreichen Nebengesetzen<sup>3</sup>. Der Unterschied ist für die Anwendung der Maßnahme, sofern sie wie in § 285 a StGB., § 51 Entw. 27 nur erfolgen „kann“, sowie für die Ausgestaltung im Einzelfall bedeutsam. Als Genugtuung zielt sie auf Wiederherstellung des guten Rufes des Verletzten, bedeutet sie einen ideellen Schadensersatz. Ein Genugtuungsbedürfnis besteht aber nicht nur dann, wenn der Ruf schon geschmälert ist, sondern bereits dann, wenn die Möglichkeit einer Gefährdung besteht. Ob das der Fall ist, ist im Wege der Tatsachenfeststellung zu prüfen. Ermessensfreiheit spielt dabei keine Rolle. Ist die Möglichkeit einer Gefährdung bejaht, so hat der Richter die Urteilsbekanntmachung zuzulassen. Das „kann“ im § 51 Entw. hat hier den Sinn der Möglichkeit 2 (S. 37). Das ergibt sich daraus, daß dort, wo eine Genugtuung gesetzlich zugelassen ist, offenbar ein Recht des Verletzten auf Genugtuung begründet werden soll, ferner daß der Entwurf in § 323, 101 Abs. 5, wo die Möglichkeit einer Gefährdung stets besteht, die Bekanntmachungsbefugnis zwingend vorschreibt, endlich daß § 51 eine verallgemeinernde Weiterentwicklung der §§ 165, 200 StGB. ist, die beide die Bekanntmachungsbefugnis ebenfalls zwingend vorschreiben. Wenn eine Umwandlung zu einer „Kann-Vorschrift“ stattgefunden hat, so hat das seinen Grund darin, daß nach §§ 165, 200 StGB. in zahlreichen Fällen die Bekanntmachungsbefugnis ausgesprochen werden mußte, ohne daß sie eine Bedeutung hatte.

Wo dagegen in einer „Kann-Vorschrift“ die Urteilsbekanntmachung eine Strafe ist, da untersteht die Anwendung in erster Linie dem Vergeltungsgedanken. Das „kann“ hat dort den Sinn der Möglichkeit 3 (vgl. S. 37). Zwischen unzweifelhaften Fällen liegt eine weite Anwendungsmöglichkeit der Bewertungsfreiheit.

<sup>1</sup> Ebenso VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 368; FRANK: Vorb. z. I. Teil, 1. Abschn. III 1 S. 44; ebenso zu § 200 S. 416; dagegen RG. (IV. Senat) Urt. vom 1. Juli 1919 (4 D 1199/18) in RG. 53 S. 290, besonders vgl. die Entscheidung der vereinigten Strafsenate vom 17. April 1882 ((Rep. 3151/81) in RG. 6 S. 180 ff. Die dort angeführten Gründe sind nicht durchschlagend. Das Reichsgericht begründet seine Ansicht damit, daß die Bekanntmachung stets ein Übel sei, der Anspruch zwingend vorgeschrieben und die Vollstreckung mit Hilfe der Behörde erfolge; ferner verweist es auf die Rechtsgeschichte. Daß die Bekanntmachung ein Übel ist, wird nicht bestritten, nur daß sie stets ein Übel bezweckt. Mag der Anspruch in §§ 165, 200 auch zwingend vorgeschrieben sein, so ist doch gerade die tatsächliche Bekanntmachung in das Belieben des Verletzten gestellt. Die Hilfe der Behörde beweist, wie ein Blick auf das Zwangsvollstreckungsrecht zeigt, nichts; ebensowenig die Rechtsgeschichte. — Unter Hinweis auf die Entscheidung in RG. 6 S. 160 ff. ist der Ansicht des RG. auch EBERMAYER zu § 200 Anm. 1 beigetreten.

<sup>2</sup> Vgl. § 101 Abs. 2 in der Fassung nach den Beschlüssen der ersten Lesung des deutschen Reichstagsausschusses.

<sup>3</sup> So in § 16 Lebensmittelgesetz, § 399 RAO. u. a. m.

Kommt es zum Ausspruch der Bekanntmachungsbefugnis, sei es daß sie zwingend vorgeschrieben, sei es, daß sie von Gericht beschlossen ist, so ist die Ausgestaltung (Ort und Frist der Veröffentlichung) durch Zweck und Ziel der Bekanntmachung festgelegt. Sie hat keinen selbständigen Charakter. Wesentlich kann es hier sein, ob die Bekanntmachung im Einzelfall Genugtuung oder Strafe sein soll: z. B. für die Frage, in welchen Zeitungen das Urteil zu veröffentlichen ist. Soll sie Genugtuung sein, so steht im Vordergrund die Person des Verletzten, soll sie Strafe sein, die Person des Täters. Je nachdem kann die Auswahl der Zeitung verschieden ausfallen. Innerhalb dieses Rahmens ist ein freilich geringer Raum von Ermessensfreiheit gegeben<sup>1</sup>.

II. Die die Freiheit berührenden Maßnahmen: vgl. § 10.

III. Die das Vermögen berührenden Maßnahmen. Nach dem geltenden Recht kommen hier im Rahmen einer „Kann“-vorschrift die Einziehung und die Buße, nach dem Entwurf 1927 die Einziehung gemäß §§ 52, 53 Abs. 2 in Betracht. Die Natur der Einziehung ist umstritten. Nach der herrschenden Ansicht<sup>2</sup> ist die Einziehung in den Fällen, in denen sie sich kraft gesetzlicher Bestimmungen lediglich gegen den Täter oder Teilnehmer richtet, Strafe, in denen auch ein unbeteiligter Dritter betroffen werden kann, Sicherungsmittel. Nach einer anderen Meinung kommt es darauf an, gegen wen sich die Einziehung im Einzelfall richtet. Die beiden Auffassungen liegen zwischen den Meinungen, nach denen die Einziehung stets ein Sicherungsmittel<sup>3</sup> oder stets Strafe<sup>4</sup> bedeutet. Daraus, daß die Einziehung nicht dem Täter gehöriger Gegenstände möglich ist, schließt die herrschende Lehre mit Recht, daß die Einziehung nicht immer Strafe bedeuten kann, denn in einem derartigen Fall ist nicht die Zufügung des Leidens das Wesentliche. Es kann aber der herrschenden Lehre nicht zugegeben werden, daß dort

<sup>1</sup> Das RG. spricht bei der Ausgestaltung der Bekanntmachungsbefugnis von „richterlichem Ermessen“, s. LZ. 1914 Sp. 1399 (Urt. vom 16. April 1914, Rep. 166/14), R. 10 S. 564 (III. Senat Urt., vom 12. Oktober 1988, Rep. 2184/88).

<sup>2</sup> So EBERMAYER zu § 40 Anm. 1; FRANK zu § 40 Anm. 1; VON OLSHAUSEN zu § 40 Anm. 1; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 411; SAUER: Strafrecht S. 193, sowie das RG. in ständiger Rechtsprechung RG. (I. Senat) Urt. vom 30. Juni 1919 (I D 190/19) in RG. 53 S. 124 = JW. 1920 S. 53 Nr. 1; Urt. vom 16. Juni 1917 (I D 377/16, 453/16) in RG. 50 S. 386, 392; Urt. vom 20. Oktober 1922 (I D 633/22) in RG. 57 S. 3; (II. Senat) Urt. vom 28. Mai 1886 (Rep. 1171/86) in RG. 14 S. 161; insbesondere (IV. Senat) Urt. vom 18. Juni 1912 (4 D 180/12) in RG. 46 S. 131; (V. Senat) Urt. vom 13. Juli 1923 (5 D 225/22) in RG. 57 S. 334; ferner Bayr. Oberst. LG. Beschl. Nr. 194/16 vom 10. Juni 1916 in DJZ. 21 S. 737; OLG. Stuttgart Urt. vom 9. Dezember 1903 J. Württ. Rpfl. 16 S. 223.

<sup>3</sup> So J. GOLDSCHMIDT: V. D. 4 S. 282; BELING: Grundzüge des Strafrechts S. 109; VAN CALKER: S. 100; GERLAND: S. 166.

<sup>4</sup> So RG. (II. Senat) Urt. vom 30. April 1886 (Rep. 833/86) in R. 8 S. 330; HOFACKER: S. 278.

wo sich, wie in § 40 StGB. die Einbeziehung lediglich gegen den Täter richtet, ihr Wesen in der Zufügung eines Übels besteht. Diese Auffassung verbietet sich wegen § 42 StGB<sup>1</sup>. Nach § 42 ist eine Einziehung sogar nach dem Tode des Täters zulässig. Dort kann also die Übelszufügung nicht das Ziel sein. Der Gedanke aber, daß die Einziehung im § 42 anderer Natur sei wie in § 40, ist bei dem engen Zusammenhang der Vorschriften abzulehnen. Ist die Übelszufügung als Ziel der Einziehung auch in § 40 nicht anzuerkennen, so muß es in etwas anderem liegen. Soweit es sich um die instrumenta sceleris handelt, kann nur noch der Sicherungsgedanke in Betracht kommen, bei den producta sceleris außerdem aber noch der Gedanke der Gewinnentziehung<sup>2</sup>. Die producta sceleris können unter Umständen völlig ungefährlich sein. Dennoch würde es unbillig sein, daß das Verbrechen irgendeinen Gewinn hervorbrächte. Das soll verhütet werden, ganz gleich ob man durch die Gewinnentziehung den Täter trifft (§ 40) oder nicht (unter Umständen § 42). Auch Dritten kann (abgesehen von § 42) das productum sceleris zugute kommen, freilich wird man nur in Fällen des unentgeltlichen Erwerbs den Besitz des productum sceleris als unbillig empfinden und nur insoweit kann eine Gewinnentziehung in Frage kommen. Aus all dem ergibt sich, die Einziehung verfolgt zwei Ziele: stets die Sicherung der Allgemeinheit und bei den producta sceleris die Entziehung unbilligen Gewinns. Diesen Zweckgedanken untersteht die Einziehung, wo sie immer vorkommt. Da die beiden Ziele nicht in gleicher Richtung liegen, kann sie nicht im Sinne eines der Ziele — etwa als Sicherungsmittel — charakterisiert werden. Negativ läßt sich nur sagen: sie hat keinen Strafcharakter<sup>3</sup>.

Die Einziehung als Sicherungsmittel setzt die Gefahr eines Mißbrauchs des Gegenstandes zu einem rechtswidrigen Verhalten voraus. Die Gefahr kann sich sowohl aus der Natur der Sache als auch aus der Persönlichkeit des Täters als auch aus beiden ergeben. Die Feststellung des Bestehens der Gefahr ist kein Akt der Tatsachenschaffung. Auf dem Gebiete der Tatsachenschaffung liegt lediglich die Würdigung der Gefahr im Hinblick darauf, ob die Einziehung auszusprechen ist oder nicht. Ob es zur Einziehung kommt, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, die zwar in manchen Fällen eindeutig zu lösen ist, aber in zahlreichen Fällen verschieden entschieden werden kann. Insoweit betätigt sich freies Ermessen (Möglichkeit 3 bezüglich des Begriffs „kann“, vgl. S. 37); soweit es sich dagegen um die Gewinnentziehung handelt, ist freies Ermessen nicht gegeben<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> So namentlich M. E. MAYER: S. 476; BELING: a. a. O.

<sup>2</sup> Der Gedanke der Gewinnentziehung taucht auch in §§ 335, 27 c StGB. auf. Dort ist er aber mit der Strafe verbunden.

<sup>3</sup> Zu dem gleichen negativen Ergebnis bezüglich der Charakterisierung kommt in anderer Weise M. E. MAYER: S. 476.

<sup>4</sup> Gegen freies Ermessen bei der Einziehung MANNHEIM: S. 152 für den Fall, daß die Natur der Einziehung geklärt ist, andernfalls sei dem Richter freies Ermessen

Die Buße ist keine Strafe. Sie ist ein Akt der Privatgenugtuung, eine zivilrechtliche Entschädigung für erlittenen materiellen oder ideellen Schaden mit der besonderen Eigenart, daß der Schaden im Strafverfahren geltend gemacht werden kann. Die Verneinung des Strafcharakters der Buße kann heute als allgemein geltende Meinung<sup>1</sup> angesehen werden. Diese Ansicht verdient vollen Beifall. Zweck der Gewährung des Bußanspruches ist einmal die Vermeidung überflüssiger, langandauernder Zivilprozesse<sup>2</sup>, dann aber auch die Vorbeugung gegenüber der Gefahr, daß der Verletzte im Zivilprozeß wegen der Schwierigkeiten der ihm dort obliegenden Beweisführung überhaupt keinen Ersatz zugesprochen erhält<sup>3</sup>. Der Verletzte soll bequemer, billiger, schneller und sicherer zu dem Ersatz kommen. Damit verbunden ist eine Arbeits- und Aufwandsersparnis für Gericht, Sachverständige, Zeugen und sonstige Beteiligten. Aus dem Sinne der Buße ergibt sich die Auslegung des Begriffes „kann“. Die einzuräumen. Gebundenes Ermessen nimmt VON LAUN: Freies Ermessen, S. 85 Anm. 2 an.

Daß das „kann“ in § 42 StGB. im Sinne der Möglichkeit 1 (S. 37) zu verstehen ist, nimmt auch RG. (IV. Senat) Urt. vom 31. Januar 1896 (Rep. 4500/95) in RG. 28 S. 122 an.

<sup>1</sup> So das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung: (I. Senat) Urt. vom 29. November 1883 (Rep. 2373/83) in RG. 9 S. 223; Urt. vom 7. März 1887 (Rep. 187/87) in RG. 15 S. 352; Urt. vom 6. Dezember 1897 (Rep. 3442/97) in RG. 30 S. 367; Urt. vom 19. November 1898 (Rep. 2950/98) in RG. 31 S. 334; — (II. Senat): Urt. vom 3. März 1882 (Rep. 299/82) in R. 4 S. 323; Urt. vom 26. Juni 1882 (Rep. 1301/82) in R. 4 S. 590 = RG. 6 S. 398; Urt. vom 6. Juli 1883 (Rep. 1506/83) in R. 5 S. 507; Urt. vom 22. Mai 1885 (Rep. 1163/83) in RG. 12 S. 223; Urt. vom 9. März 1888 (Rep. 477/88) in RG. 17 S. 190; Urt. vom 31. Januar 1905 (Rep. 6598/05) in RG. 37 S. 400; Urt. vom 3. Dezember 1925 (2 D 642/25) in RG. 60 S. 12; Urt. vom 1. März 1926 (2 D 640/26) in Höchstst. RR. 2 S. 183. — (III. Senat): Urt. vom 1. Juli 1882 (Rep. 1249/82) in RG. 7 S. 12; Urt. vom 20. November 1893 (Rep. 3429/93) in RG. 24 S. 398; Urt. vom 10. April 1913 (3 D 101/13) im Recht 1913 Nr. 1540; Urt. vom 16. November 1914 (3 D 584/14) im Recht 1915 Nr. 1450; Urt. vom 20. Dezember 1920 (3 D 1205/20) in RG. 55 S. 188. — (IV. Senat): Urt. vom 24. Oktober 1905 (Rep. 124/05) in RG. 38 S. 194; Urt. vom 9. Juni 1914 (4 D 517/14) in RG. 48 S. 328 (333). — (V. Senat): Urt. vom 17. Januar 1911 (5 D 207/10) in RG. 44 S. 294; ferner ebenso OLG. Königsberg Urt. vom 19. Februar 1925 (6 V 247/24) in Höchstst. RR. 1925 S. 221; OLG. Hamburg Urt. vom 29. März 1926 in (R. 21 58/26) in Höchstst. RR. 3 S. 20; OLG. Breslau (I. Strafsenat) Urt. vom 17. Februar 1927 (18 S 420/27) in Höchstst. RR. 4 Nr. 2163. — Aus der Literatur: EBERMAYER zu § 188 Anm. 1; FRANK: Vorb. z. 1. Teil 1. Abschn. III, 2; VON OLSHAUSEN zu § 188 Anm. 1; ROSENFELD: Nebenklage, S. 174; GRAF ZU DOHNA: vgl. Darst. S. 225; BUSSE: S. 44; GERLAND: Strafrecht S. 199, Strafprozeß S. 133; HÄLSCHNER: S. 601; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 417; OETKER: GS. 66 S. 329. Die Ansicht, daß die Buße allein Privatstrafe sei, wird vertreten u. a. von HEINZE bei VON HOLTZENDORFF II S. 636; LOENING: S. 449; die Ansicht, daß sie eine Kombination von Strafe und Schadensersatz sei, u. a. von MERKEL-LIEFMANN: S. 292.

<sup>2</sup> Vgl. RG. 44 S. 296, OLG. Breslau Höchstst. RR. 4 Nr. 2163.

<sup>3</sup> Vgl. RG. 60 S. 13.

Ansicht, es stände im freien Ermessen des Richters, ob er dem Verletzten die Buße zusprechen will oder nicht<sup>1</sup>, ist mit ihrem Zwecke nicht vereinbar. Es kann nicht in das Belieben des Richters gestellt werden, ob jemand leichter oder schwerer zu seinem Rechte kommt, ob jemand, obwohl das Gesetz einen anderen Weg zuläßt, benachteiligt wird. Läßt das Gesetz für eine bestimmte Art von Fällen einen für einen Beteiligten günstigeren Weg zu, kann das nichts anderes bedeuten, als daß er, falls die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, auch beschritten werden muß<sup>2</sup>. Allein davon, ob die Voraussetzungen vorliegen oder aber ob gesetzliche Hindernisse gegeben sind, hängt die sachliche Erledigung des Bußanspruchs ab. Ein solches Hindernis, das einer Erledigung des Bußanspruchs entgegensteht, ist insbesondere der Umstand, daß die erforderlichen Unterlagen für ihre Festsetzung nicht vorhanden sind und ihre Beschaffung eine Vertagung erforderlich machen würde<sup>3</sup>. Eine Verzögerung des Strafprozesses um privater Vorteile wegen würde mit dem Geiste unseres Strafprozesses (vgl. § 398 StPO.) nicht in Einklang stehen, würde auch dem Zweck der Buße, der Zeit- und Kostenersparnis, entgegenstehen.

Der Bußanspruch selbst gründet sich auf die in Betracht kommenden strafrechtlichen Vorschriften. Ob ihm jedoch Einwendungen oder Einreden entgegenstehen oder entgegengesetzt werden können, richtet sich nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen. Diese darf der Richter nicht nur beachten<sup>4</sup>, sondern muß es sogar<sup>5</sup>. Das ergibt sich aus dem Wesen und Zweck der Buße. Das Strafverfahren mit seinen

<sup>1</sup> So FRANK zu § 188 Anm. 2, VON OLSHAUSEN zu § 188 Anm. 7; GERLAND: Strafrecht S. 200, Strafprozeß S. 459; GRAF ZU DOHNA: S. 44; ferner RGZ. 16 S. 15; EBERMAYER zu § 188 A. 4 spricht von „pflichtgemäßem Ermessen“.

<sup>2</sup> So namentlich RG. 60, S. 14 (wenn auch nicht in der Verwertung des Begriffes „freies Ermessen“ noch nicht ganz einwandfrei); ferner RG. in Höchst. RR. 2 S. 183, sowie RG. (IV. Senat) Urt. vom 7. November 1899 (Rep. 3619/99) in RG. 32 S. 348; (II. Senat) Urt. vom 9. März 1888 (Rep. 477/88) in RG. 17 S. 190; GRAF ZU DOHNA: S. 238; DROST: S. 66; MANNHEIM: S. 153; OETKER G. S.: S. 66, 347 f.; ROSENFELD: Nebenklage S. 177, 196 f.; wohl auch LÖWE-ROSENBERG zu § 404 Anm. 2.

<sup>3</sup> Vgl. neben zahlreichen anderen Entscheidungen die in der vorigen Anm. genannten; ferner ROSENFELD a. a. O.; LÖWE-ROSENBERG a. a. O.

<sup>4</sup> So RG. 55 S. 188; OLG. Hamburg Höchst. RR. 3 S. 20. Es hätte mehr im Gedankengang des letztgenannten Urteils gelegen, wenn es die Beachtung bürgerlich-rechtlicher Bestimmungen für notwendig erklärt hätte, zumal es dem Vorderichter — zurecht — die Nichtanwendung des in § 254 BGB. enthaltenen Gedanken vorwirft.

<sup>5</sup> Richtig erklärt ROSENFELD: Nebenklage S. 185, daß der Bußbeklagte jede Einwendung des bürgerlichen Rechts geltend machen könnte. Vgl. auch OETKER: GS. 66, 337. Daß der Bußbeklagte nicht mit einer Gegenforderung aufrechnen könne (so EBERMAYER zu § 188 Anm. und VON OLSHAUSEN zu § 188) ist nur insoweit richtig, als § 393 BGB. Anwendung findet. Ebenso ROSENFELD a. a. O. S. 185.

prozessualen Vorteilen für den Verletzten darf und soll nicht dazu führen, diesem einen materiell-rechtlichen Vorteil zu gewähren, der ihm nach allgemein geltenden Bestimmungen nicht zusteht<sup>1</sup>. Insoweit kann von einem Ermessen überhaupt nicht die Rede sein.

Die Feststellung der Höhe des Bußanspruches bestimmt sich nach dem eingetretenen Schaden. Der Vermögensschaden steht regelmäßig in Geld ziffernmäßig fest. Der ideelle Schaden dagegen muß erst bewertet und so in einen Geldbetrag umgerechnet werden. In dem letzten Falle schafft der Richter jedoch nichts Neues. Aus der Natur des Bußanspruchs als eines privatrechtlichen Entschädigungsanspruchs folgt, daß er auch hinsichtlich der Zeit seiner Entstehung wie ein rein privatrechtlicher Schadensersatzanspruch zu behandeln ist. Daß er vor dem Urteil vorhanden ist, ergibt sich daraus, daß er schon vorher vom Täter erfüllt werden kann. Der Bußanspruch hat nur deklaratorische Bedeutung. Der Richter erklärt nur, daß ein solcher Anspruch besteht, schafft ihn jedoch nicht erst<sup>2</sup>. Es handelt sich hier um eine Schadensschätzung, die dem Gebiete der Tatsachenfeststellung angehört. Für freies Ermessen ist daher hier kein Platz. Die Festsetzung der Buße erfolgt mithin unter Ausschluß jeder Ermessensfreiheit.

## II. Maßnahmen der Besserung und Sicherung.

### § 10. Das freie Ermessen bei Maßnahmen der Besserung und Sicherung.

I. Maßnahmen, deren Anordnung durch das Gericht erfolgt:

Die Sicherungsverwahrung. Voraussetzung der Sicherungsverwahrung (§ 59 E) ist 1. die Verurteilung zu Zuchthaus oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens einem Jahr wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens<sup>3</sup>; 2. eine zweimalige Vorbestrafung wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens, von denen die eine Vorstrafe (entweder in Todesstrafe oder) in Zuchthausstrafe und die andere in einer Strafe von mindestens 6 Monaten Gefängnis bestanden haben muß, und 3. die Feststellung, daß der Täter auf Grund der neuen Tat in Verbindung mit den früheren Taten ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Ausgeschlossen ist die Sicherungsverwahrung dann, wenn eine oder mehrere der drei Straftaten ausschließlich oder wesentlich Hochverrat, Landesverrat (§§ 86—98a E), ein Verbrechen oder Vergehen gegen §§ 99—116; 169, 170, 171, 175 E. (Verbrechen

<sup>1</sup> Vgl. OLG. Hamburg Höchst. RR. 3 S. 20.

<sup>2</sup> Andere Ansicht OETKER: GS. 66, 346.

<sup>3</sup> Diese Voraussetzung hat der Strafrechtsausschuß eingefügt. Vgl. DJZ. 33, Sp. 76.

und Vergehen mit im wesentlichen politischen Charakter), oder ein Beleidigungsdelikt (§§ 317, 319, 328 E.) darstellen.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, so „kann“ das Gericht die Sicherungsverwahrung anordnen. Die „Kann“-Bestimmung mag zunächst auffallend erscheinen<sup>1</sup>. Der Entwurf hat die Voraussetzungen für die Sicherungsverwahrung an eine Reihe strenger Voraussetzungen gebunden, so daß bei ihrem Vorliegen kaum mehr bezweifelt werden kann, daß der Verurteilte auch in Zukunft erneut straffällig werden wird, daß mithin zur Sicherung der Gesellschaft seine Unschädlichmachung am Platze ist.

Der Sicherungszweck, den die Sicherungsverwahrung in erster Linie verfolgt<sup>2</sup> — wenn auch die Möglichkeit einer Besserung nicht vollkommen außer acht gelassen werden soll — kann freilich in manchen Fällen auch schon durch die Strafe erreicht werden. Die Begründung weist mit Recht auf den Fall einer lebenslänglichen Strafe oder einer Strafe von einer solchen Dauer hin, daß der Verbrecher nach Ablauf der Strafe schon wegen seines Alters nicht mehr in der Lage ist, sich seiner früheren Gewohnheit entsprechend zu betätigen. Die Sicherungsverwahrung ist in solchen Fällen, obwohl zur Zeit der Entscheidung zweifellos die Gefährlichkeit des Verbrechers vorhanden ist, entbehrlich. Liegen die Umstände so, dann ist auf Sicherungsverwahrung nicht zu erkennen.

Die Begründung erklärt die fakultative Anordnung der Sicherungsverwahrung lediglich durch den Hinweis auf die Fälle, in denen durch die Strafe der Sicherungszweck erreicht ist. Daraus könnte man den Schluß ziehen, daß die Sicherungsverwahrung auch nur mit Rücksicht auf derartige Fälle im Entwurf ihre fakultative Regelung gefunden hätte. Wäre diese Auffassung zutreffend, dann würde das „kann“ in § 59 bedeuten, daß regelmäßig die Sicherungsverwahrung auszusprechen ist, daß sie aber unter gewissen Umständen nicht anzuordnen ist, daß mithin die Entscheidung je nach den gegebenen Umständen festliegt. Das „kann“ würde dann im Sinne der Möglichkeit 2 (vgl. oben S. 37) verwertet sein. Freies Ermessen wäre dann nicht gegeben.

Gegen eine derartige Auslegung des „kann“ sprechen aber erhebliche Bedenken. Wenn das „kann“ tatsächlich nur die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung für die Fälle bedeuten sollte, in denen durch die Strafe oder in sonstiger Weise die zur Zeit der Entscheidung bestehende Gefährlichkeit für die Zukunft ausgeräumt ist, so hätte dieser Gedanke sicherlich im Entwurf seinen Niederschlag gefunden. Das wäre ein einfaches gewesen.

Das „kann“ erklärt sich vielmehr aus der Schwere des Eingriffs, der durch die Sicherungsverwahrung in das Leben des Verurteilten erfolgt.

<sup>1</sup> Vgl. kritisch GERLAND: S. 78.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu VON LISZT-SCHMIDT: 26 S. 415.

Sie mahnt den Gesetzgeber zur Vorsicht und Beschränkung. Die neueren Einengungen in den Voraussetzungen, die der Strafrechtsausschuß vorgenommen hat, lassen die gleiche Tendenz erkennen, nicht nur die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung aufs eingehendste zu umschreiben, sondern auch möglichst sparsamen Gebrauch von ihr zu machen. Das „kann“ ist ein Mittel zu seltenerer Anwendung der Sicherungsverwahrung. Daneben haben wohl die Unerprobtheit der Sicherungsverwahrung im deutschen Recht und die Ungewißheit über die Auslegung des Begriffs: „eines für die öffentliche Sicherheit gefährlichen Gewohnheitsverbrechers“ eine Mußvorschrift unangebracht erscheinen lassen, um nicht durch sie die Sicherungsverwahrung in unerwünschte Bahnen einlenken zu lassen. Eine Mußvorschrift würde auch dazu geeignet sein, die Auslegung des § 78 ungünstig zu beeinflussen, indem sie die Gefahr begründen würde, daß die Gerichte den Begriff des für die öffentliche Sicherheit gefährlichen Gewohnheitsverbrechers, da sich an ihn wenigstens bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 59, dessen schweren Folgen geknüpft hätten, in einer starken Weise einengen. Derartige Erwägungen lassen die Kannvorschrift tatsächlich begründet erscheinen.

Die fakultative Anordnung der Sicherungsverwahrung bedeutet, daß nicht jeder Verurteilte, auf den die Voraussetzungen des § 59 zutreffen, in Sicherungsverwahrung zu nehmen ist. Demnach muß nicht jeden für die öffentliche Sicherheit gefährlichen Gewohnheitsverbrecher die Sicherungsverwahrung treffen. Der maßgebende Gesichtspunkt für die Auswahl der Täter zum Zwecke ihrer Unterbringung in die Sicherungsverwahrung kann nur der Grad seiner Gefährlichkeit hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Rückfalls und der zu erwartenden Schwere der Rückfallstat sein. Die Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer strafbarer Handlungen ist eine um so größere, je mehr die bisherigen Straftaten der Persönlichkeit des Täters adäquat sind, je stärkere Gegenmotive er beim Entschluß zu seinen Straftaten und bei deren Durchführung hätte auf sich wirken lassen sollen. Auch hier läßt sich ein Bild nur durch eine eingehende Erforschung der Persönlichkeit des Täters und seines Vorlebens gewinnen. Damit erhalten die gleichen Gesichtspunkte, wie sie an anderer Stelle skizziert sind, Bedeutung. Verschieden ist nur der Blickwinkel, unter dem die Gesichtspunkte beachtet werden. Hinsichtlich der Schwere der zu erwartenden strafbaren Handlung kommt als objektives Moment die Schwere der bisherigen Taten im Hinblick auf die Art, die Durchführung und den Erfolg, soweit dessen Umfang nicht lediglich auf äußere Umstände (Störung des Täters, zufällige Fortschaffung des Gutes, auf das es der Täter abgesehen hatte usw.) beruht.

Ob die Sicherungsverwahrung anzuordnen ist, mag in besonders schwerwiegenden Fällen eindeutig festliegen. Sieht man von diesen

Fällen ab, so liegt die Anordnung der Sicherungsverwahrung im freien Ermessen des Richters. Der Raum der Ermessensfreiheit ergibt sich aus dem Wesen und Zwecke der Sicherungsverwahrung. Die Ermessensfreiheit besteht in der freien Bewertung der Vorgänge unter dem Maßstab der Gefährlichkeit.

Die Bestimmung der Dauer der Sicherungsverwahrung (§ 60 Abs. 1, 6, 62) richtet sich nicht nach dem Grade der Gefährlichkeit, sondern danach, ob ein die Sicherungsverwahrung rechtfertigende Gefährlichkeit gegeben ist. Hat das Gericht das bejaht, so hat es die Sicherungsverwahrung so lange andauern zu lassen, als eine derartige Gefährlichkeit besteht. Die Anordnung hinsichtlich der Dauer ergibt sich zwingend aus der Annahme einer die Sicherungsverwahrung rechtfertigende Gefährlichkeit. Mindert sich die Gefährlichkeit, etwa durch innere Wandlung des Verurteilten oder sonstige Umstände wie Krankheit oder Alter, derart, daß eine Gefährlichkeit überhaupt nicht mehr besteht oder nur noch in einem solchen Grad, der das Gericht zur Sicherungsverwahrung nicht veranlaßt hätte, so ist sie aufzuheben (§ 60 I). Bei all diesen Anordnungen besteht Gebundenheit<sup>1</sup>.

II. Maßnahmen, deren Anordnung durch die Polizei, deren Zulässigkeitserklärung durch das Gericht erfolgt: Hier kommen Polizeiaufsicht, Überweisung an die Landespolizeibehörde und Reichsverweisung in Betracht. Bei diesen Maßnahmen handelt es sich nicht um Strafen, sondern um Sicherungsmaßregeln<sup>2</sup>.

Der Begründung dieser Auffassung sind zwei Sätze vorzuschicken: 1. Die Natur einer jeden der drei Maßnahmen kann bei ihrer nahen innerlichen Verwandtschaft eine verschiedene nur sein, wennschwerwiegende Gründe dafür vorliegen; 2. die Zulässigkeitserklärung und die Durch-

<sup>1</sup> Entsprechendes gilt für die übrigen Fälle des § 60 E.

<sup>2</sup> Das ist sehr umstritten, wie hier EBERMAYER zu § 38 Anm. 1; FRANK: zu §§ 38/39 Anm. 1, zu § 362, Anm. II; VON OLSHAUSEN: zu § 38 Anm. 1, zu § 362 Anm. 2; BELING: Grundzüge, S. 109 f.; BINDING: Grundriß, S. 264; GOLDSCHMIDT: V. D. 4, S. 275, 278; M.E. MEYER: S. 471, 472; THOMSEN: S. 188, 189 u. a.; ferner Bayr. Oberst. LG. (2. Senat) Urt. vom 21. Dezember 1925 (II 420/25) in Höchst. RR. 1925 S. 293 ausdrücklich für die Überweisung an die Landespolizeibehörde. Andere Ansicht FINGER: S. 489, 493; HÄLSCHNER, S. 626, 628; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 396 ff.; MERKEL-LIEPMANN: S. 269 ff.; MEYER-ALLFELD: S. 263, 264; ferner ausdrücklich für die Polizeiaufsicht: RG. (I. Senat) Urt. vom 22. Dezember 1887 (Rep. 2995/87) in RG. 17 S. 193; (IV. Senat) Urt. vom 5. Dezember 1899 (Rep. 4646/99) in RG. 32 S. 439; das preuß. OVG. Urt. vom 2. November 1909 in GA. 58 S. 208; ausdrücklich für die Überweisung an die Landespolizeibehörde RG. (II. Senat) Urt. vom 12. Juni 1988 (Rep. 1272/88) in RG. 17 S. 431; (III. Senat) Urt. vom 17. Juni 1901 (3 D 2055/01 in GA. 48 S. 356). Eine Zwischenstellung nimmt HOFACKER S. 279 ein, der den gerichtlichen Anspruch für Strafe, die Durchführung für polizeiliche Maßnahme hält. GERLAND: Strafrecht S. 166 f. hält die Stellung unter Polizeiaufsicht und die Reichsverweisung für sichernde Maßnahmen, die Überweisung an die Landespolizeibehörde für Strafe. Weitere Literatur in den Kommentaren.

führung der Maßnahmen können nicht verschiedener Natur sein, da beide in gleicher Richtung liegen. Die Zulässigkeitserklärung ist nur die Einleitung, die Durchführung die Fortleitung einer Maßnahme. Nach geltendem Recht ist es nun bei der Überweisung an die Landespolizeibehörde am klarsten, daß sie keinesfalls als Strafe angesehen werden kann. Als Strafe müßte sie dem Vergeltungsgedanken unterstehen. Mit diesem ist es aber unvereinbar, jemand wegen einer Übertretung neben der an sich schon verwirkten Strafe die Freiheit auf zwei Jahre zu entziehen (vgl. §§ 362 Abs. 2, 361 Ziff. 3—8). Diese durchaus zu billigende Maßnahme kann nur als Vorbeugungsmittel gerechtfertigt werden. Dafür daß die Stellung unter Polizeiaufsicht oder die Reichsverweisung anderer Natur als die Überweisung an die Landespolizeibehörde sein sollte, ist kein Grund ersichtlich. Gegen die Strafnatur der drei Maßnahmen spricht ferner, daß die Polizeibehörde sie nicht nur vollstreckt, sondern daß die Vollstreckung in deren freiem Ermessen liegt. Auch das ist mit der die Strafe beherrschenden Vergeltungsidee nicht vereinbar<sup>1</sup>.

Für die Anwendung dieser Maßnahmen ist daher der Sicherungsgedanke maßgebend. Es muß Vorsorge gegen ein erneut straffälliges Verhalten der gleichen oder doch verwandten Art getroffen werden. Die Persönlichkeit des Täters muß eine solche sein, daß sie ohne einschneidende Maßnahmen — sei es der Besserung und Erziehung: so bei der Überweisung an die Landespolizeibehörde, sei es der Überwachung: so bei der Polizeiaufsicht, sei es der Entfernung: so bei der Reichsverweisung voraussichtlich wieder in erheblicher Weise in den Gegensatz zur Rechtsordnung treten.

Grundlage dieser Maßnahmen ist die Gefährlichkeit des Täters. Ob eine solche gegeben ist, ist eine Frage der Tatsachenfeststellung und -einreihung. Ist die Gefährlichkeit festgestellt, so liegt damit jedoch der Ausspruch der Maßnahmen noch nicht fest. Es kommt vielmehr auch hier auf den Grad der Gefährlichkeit an. Die Entscheidung wird nur bei einem besonders geringen oder hohen Gefahrgrad eindeutig festliegen, so daß auch hier innerhalb eines dazwischen liegenden Raumes Ermessensfreiheit<sup>2</sup> gegeben ist.

<sup>1</sup> Vgl. namentlich FRANK a. a. O.

<sup>2</sup> Nur mit den hier gemachten Einschränkungen kann dem Urteil des Bayr. Oberst. LG. vom 23. November 1925 (II 349/25) in Höchst. RR. 2 S. 306 zugestimmt werden, indem es heißt: „Der Ausspruch der Überweisung ist keine notwendige, sondern nur eine mögliche Folge der Verurteilung aus § 361 Nr. 5 StGB. Ob er getroffen werden soll, ist dem Ermessen des Tatrichters anheimgestellt. Solch reine Ermessensfragen können vom Revisionsgericht nicht nachgeprüft werden. — VON LAUN: Freies Ermessen, S. 85, Anm. 2 führt § 38 Abs. 1 StGB. als Beispiel gebundenen Ermessens an.“

### III. Aussetzung auf Wohlverhalten.

#### L i t e r a t u r.

ALLFELD, PHILIPP: Der bedingte Straferlaß, Festschrift der Universität Erlangen 2. Bd. Erlangen und Leipzig 1901. ALTMANN-JACOB-WEISER: Die österreichische Strafgesetzgebung, 5. Aufl. Wien 1926. APPELIUS, H.: Die bedingte Verurteilung und die anderen Ersatzmittel für kurzzeitige Freiheitsstrafen. Kassel 1890. ARNDT: Bedingter Straferlaß, JW. 1925 Sp. 2750. ASCHER, BERNHARD: Zwangsmäßiger Straferlaß, Jur. Rdsch. 1929 S. 241 ff. — Die Verbürgerlichung des Strafrechts, DJZ. 34 Sp. 569 ff. 1929. AUER, GEORG: Neues ungarisches Strafrecht, Z. 51 S. 991 ff. 1931. BACHEM, JULIUS: Die bedingte Verurteilung. Köln 1894. Begründung zum Jugendgerichtsgesetz, Reichstag I, 1920/22 Nr. 5171. BARNES, HARRY: The repression of crime. New York 1926. BIACH, SIMON: Zum Gesetz über die bedingte Verurteilung, Tschech. JZ. I S. 77, 133, 158. Prag, Brünn 1920. BRIGGS, ISAAC: Reformatory Reform. London 1924. VON BÜCHLER, O.: Strafrecht, Strafsystem und Strafvollzug in der Republik Litauen, Z. 46 S. 389 ff. 1926. BUHL, KONRAD: Zur Aussetzung der Strafvollstreckung, Z. 28 S. 158 ff. 1908. BUMKE, ERWIN: Das deutsche Jugendgerichtsgesetz, Schweiz. Z. f. Str. 36, S. 164 ff. DELAQUIS, ERNST: Der Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Kanton Freiburg vom 15. September 1922, Schweiz. Z. f. Str. 35 S. 257 ff. 1927. Der bedingte Straferlaß bei Automobilunfällen, Schweiz. Z. f. Str. 39 S. 243 ff. 1926. Denkschrift eines Untersuchungsgefangenen über Zweck und Sinn der Bewährungsfrist, DJZ. 35 Sp. 619. 1930. DENMAN, ARTHUR: A digest of the law practice and procedure relating to indictable offences, 2. Aufl. London 1918. DOERR, FR.: Das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1922, Z. 44 S. 213 ff. 1924. GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER: Die reichsrechtliche Regelung der bedingten Strafaussetzung. Monatsschrift Beiheft 1 S. 82 ff. 1926. DOLENC, METHOD: Stand der Strafgesetzgebung im Königreiche der Serben, Kroaten und Slowenen, Z. 44 S. 195 ff. 1924. DÜRR: Die neuen bayrischen Begnadigungsvorschriften vom 31. Dezember 1927, DJZ. 33 Sp. 284 ff. 1928. EBERMAYER, LUDWIG: Die Bestimmungen über bedingte Strafaussetzung und ihre Anwendung durch die Gerichte, Polizei Bd. 21 S. 153 ff. 1924. — Bedingte Strafaussetzung und bedingte Verurteilung, Handwörterbuch I S. 554. 1926. ECKSTEIN, ERNST: Bedingte Anklage statt bedingter Verurteilung, GA. 69 S. 40 ff. 1925. FISCHER, HEINRICH: Die bedingte Strafaussetzung, Diss. Würzburg 1927. FRANCKE, HERBERT: Das Jugendgerichtsgesetz, 2. Aufl. Berlin-München 1926. FRANGEN, HEINRICH: Gnadenwesen und Strafmilderung in Preußen. Köln 1927. FREUND, HEINRICH: Strafgesetzgebung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung Sowjet-Rußlands. Mannheim-Berlin-Leipzig 1925. GATTIE, R.: in Stephens Commentaries on the Laws of England, 17. Aufl., 4. Bd.: Crimes and Criminal Procedure. London 1922. GAUTIER, ALFRED: A propos de la condamnation conditionelle, Schweiz. Z. f. Str. 3 S. 299 ff. 1890. — Un projet de loi sur la peine conditionelle à Genève, Schweiz. Z. f. Str. 5 S. 17 ff. 1892. GEHRING, OTTO: Die bedingte Verurteilung, Diss. Würzburg 1927. GELPE, ALHARD: Die bedingte Verurteilung in psychologischer Beleuchtung, Schweiz. Z. f. Str. 37 S. 99 1924. GERLAND, HEINRICH: Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Jugendgerichtsgesetzes in der Festschrift für EDUARD ROSENTHAL: S. 69 ff. 1923. — Begnadigung, Handwörterbuch I S. 570 ff. 1926. GRAF GLEISFACH, WENZISLAUS: Das österreichische Strafverfahren, S. 368 ff. Wien 1924. GILLIN, JOHN, LEWIS: Criminology and penology. New York und London 1926. GOEDSEELS, JOS. M. C. H.: Commentaire de code pénal belge. Brüssel 1928. GRAU-SCHÄFER: Das preußische Gnadenrecht. Berlin 1931. GROOVE: Ruht bei Aussetzung der Ersatzfreiheitsstrafe die Verpflichtung zur

Zahlung einer Geldstrafe? DJZ. 1932 Sp. 166. GRÜNHUT, MAX: Bedingter Straferlaß, Reform des Strafrechts, S. 142 ff. Berlin-Leipzig 1926. HACKER, ERWIN: Die neueren Ergebnisse der Strafgesetzgebung in Ungarn. Mannheim-Berlin-Leipzig 1922. HAFTER, E.: Bedingter Straferlaß, Bericht über Dr. TOBLER, Bedingter Straferlaß im Kanton Appenzell a.Rh., Schweiz. Z. f. Str. 40 S. 200. 1927. HARRIS, S. F.: Principles of the criminal law, 10. Aufl. 1904. HAMMERSCHLAG, HEINZ ERICH: Die Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz. Breslau 1927. HASLER, K.: Die bedingte Verurteilung im Zürcherischen Strafrecht, Schweiz. JZ. 17 S. 273. HEINITZ, ERNST: Der Strafzweck bei der richterlichen Strafbemessung mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwürfe, Arch. f. Rechts- u. Wirtschphil. 22 S. 259 ff. 1928/29. HÉLIE, FAUSTIN: Pratique criminelle des cours et tribunaux, 2. Teil. Paris 1928. HELLWIG, ALBERT: Die bedingte Strafvollstreckung in Preußen. Berlin 1921. — Die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung in Preußen und dem Reich. Berlin 1922. — Das Geldstrafengesetz. München-Berlin 1923. — Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1923. — Zwangsmäßiger Straferlaß, Jur. Rdsch. 1930 S. 42 ff. HERR: Strafenwesen und Strafvollzug in den Vereinigten Staaten von Amerika. Allg. Tl. IV S. 477 ff. 1908. HERRNSTADT, IGNAZ: Das Institut der bedingten Begnadigung, 2. Aufl. Berlin 1912. VON HIPPEL, ROBERT: Tagesfragen, Z. 42 S. 192 ff. 1921. HOEFER, FRIEDRICH: Bewährungsfrist vor dem Urteil. Berlin 1931. HOFFMANN, E. H.: Bedingte Strafaussetzung unter Auflage (Fall Hau), GA. 70 S. 289 ff. 1926. IGNATIUS, KAARLO: Die bedingte Verurteilung in England, Z. 21 S. 732 ff. 1901. — Die juristische Natur der bedingten Verurteilung, Z. 23 S. 250 ff. 1903. JUNCK, JOHANNES: Das Reichsgericht und die Grundrechte der Reichsverfassung, DJZ. 1929 Sp. 1254 ff. KÄCKELL, LOTHAR: Der Einfluß der neuen Reichsverfassung auf Straf- und Prozeßrecht, Z. 41 S. 680 ff. 1920. KENNY, C. ST.: Outlines of criminal law, 12. Aufl. Cambridge 1926. KERN, EDUARD: Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade, Z. 43 S. 588 ff. 1922. KIESOW, WILHELM: Jugendgerichtsgesetz. Mannheim-Berlin-Leipzig 1923. KLAMM: Ziele und Grenzen der Entwicklung des Strafverfahrens, DJZ. 35 Sp. 136 ff. 1930. KOHLRAUSCH, EDUARD: Kriminalpolitische Rückschritte im Strafgesetzentwurf, DJZ. 32 Sp. 1366 ff. 1927. KOLLMANN, HORST: Bedingte Begnadigung im Felde durch Oberbefehlshaber und Gerichtsherren, Z. 40 S. 342 ff. 1918. KRIEGSMANN, HERMANN: Einführung in die Gefängnis-kunde. Heidelberg 1912. KRÖNIG, GEORG: Richter und Strafvollzug, Schweiz. Z. f. Str. 46 S. 82 ff. 1932. LAMMASCH-RITTLER: Grundriß des österreichischen Strafrechts, 5. Aufl. Wien 1926. LEDERER, MAX: Der gegenwärtige Stand des probation system in den Vereinigten Staaten, Z. 28 S. 391 ff. 1908. LENZ, ADOLF: Die anglo-amerikanische Reformbewegung im Strafrecht. Stuttgart 1908. VON LILIENTHAL, KARL: Der Haftbefehl gegen KARL HAU, DJZ. 30 Sp. 1861 ff. 1925. VON LISZT, FRANZ: Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung, Allg. Tl. Bd. 3 S. 1 ff. 1908. LOEWENTHAL, ERNST: Verbürgerlichung des Strafrechts, Jur. Rdsch. 1931 S. 39 ff. LO-WEN-KAN u. RAOUL DUFOR: Projet de Code Chinois Revue pén. 45 S. 183 ff. 1921. LUDWIG, CARL: Bewährungsfrist und Verjährung, Schweiz. Z. f. Str. 42 S. 164 ff. 1929. — Anrechnung der Untersuchungshaft und bedingter Straferlaß, Schweiz. Z. f. Str. 42 S. 256 ff. 1929. MAKAREWICZ, JULIUS: Der polnische Strafgesetzentwurf, Schweiz. Z. f. Str. 35 S. 165. 1922. MINTZ, PAUL: Das Strafrecht der Republik Lettland, Z. 44 S. 361 ff. 1923. MANTEL, H. A.: Die Ergebnisse des bedingten Straferlasses in Deutschland, Belgien, Frankreich und Schweiz. Diss. Zürich 1912. MAYER, CHARLOTTE: Aus der Praxis der sozialen Gerichtshilfe. Z. 51 S. 284 ff. 1930. MIRIČKA: Strafen und sichernde Maßnahmen im tschechoslovakischen Strafgesetzentwurf, Z. 44 S. 281 ff. 1922. MITTERMAIER, WOLFGANG: Einige Bemerkungen zu der Einrichtung des sog.

bedingten Strafaufschubes in der Schweiz, Schweiz. Z. f. Str. 14 S. 259 ff. 1901. — Der bedingte Straferlaß, Schweiz. Z. f. Str. 16 S. 31 ff. 1903. — Die bedingte Verurteilung (der bedingte Straferlaß) in der Anl. I zur Begründung des Entw. 27, 1927. MÜNSTER: Richterliches Ermessen bei Freiheitsstrafen und Begnadigungsrecht, DRZ. 20 S. 399 ff. 1928. OETKER: Strafe und Lohn, GS. 70 S. 321 ff. 1907. — Strafe und Lohn, Festrede. Würzburg 1907. FREIHERR VON OVERBECK: Grundlagen und Grundfragen der Strafrechtsreform, Jahrb. d. Görresgesellschaft 1927/28 S. 123 ff. Köln 1929. PAASCH: Vereinfachung und Verbesserung der Strafvollstreckung und des Verfahrens in Gnadensachen, DJZ. 31 Sp. 1751 1926. PARSONS, PHILIP: Crime and the criminal. New York und London 1926. PELLA, VESPASIAN: Rapport sur un avant-projet de Code pénal romain Rev. pén. 48 S. 258 ff. 1924. PERRIN, TELL: De la remise conditionnelle des peines. Genf-Basel 1904. — Quelques, considérations sur la Remise conditionnelle des peines, Schweiz. Z. f. Str. 18 S. 137 1905. — La remise conditionnelle des peines, Schweiz. Z. f. Str. 52 S. 657 ff. 1911. PFENNINGER, H. F.: Die Zürcherische Strafprozeßreform, Schweiz. Z. f. Str. 32 S. 340. 1919. — Bedingte Verurteilung oder bedingter Strafvollzug im schweizerischen Strafrecht, Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1928 S. 137 ff. Zürich 1928, dazu GRÜNHUT: Z. 51 S. 295. PICH: Der Haftbefehl gegen HAU und Art. 118 RV. DRZ. 1926 S. 49. PICOT, ERNEST: La peine conditionnelle, Schweiz. Z. f. Str. 9 S. 10 ff. 1896. PROCHASKA, EDMUND: Bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung, Tschech. JZ. I S. 9, 18 1920. — Bedingte Verurteilung in der Rechtsmittelinstanz, Tschech. JZ. I S. 185 ff. 1920. — Einige Zweifelsfragen zum Gesetze über die bedingte Verurteilung, Tschech. JZ. I S. 98, 108, 1920. — Formales zur bedingten Verurteilung, Tschech. JZ. 5 S. 4 ff., 13 ff. 1924. PROUDHOMME, HENRI: Le nouveau Code pénal argentin Rev. pén. 49 S. 105 ff. 1925. QUENTIN: Aus der Praxis der bedingten Strafaussetzung, DRZ. 1929 S. 255. RADBRUCH, GUSTAV: Jugendgerichtsgesetz, Zentralbl. f. Vormundschafswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung, 14, S. 249 ff. 1923. RICHTER, MAX: Die Strafaufhebungsgründe, Diss. Zürich 1920. RISS-WERTPERT-RICHTER: Jugendgerichtsgesetz. München 1926. ROEDER, JOHN: Bedingte Strafaussetzung. Halle 1913. ROSENFELD, ERNST: Welche Strafmittel können an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden? Berlin 1890. RUMPF, MAX: Der Richter und die Verbrechensbekämpfung im neuen Strafrecht, DRZ. 1913 Sp. 768 ff. ROTHENBÜCHER, KARL: Über einen Fall der Präventionspolizei und die Theaterzensur, Festgabe für FLEINER, S. 211 ff. 1927. SACHS: Der Strafrichter, Festschrift: zum 50jährigen Bestehen des Landgerichts II. Berlin 1929. SALEILLES, R. L'individualisation de la peine. Paris 1898. SCHÄFER, K.: Nicht bei bedingter Aussetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe die Verpflichtung zur Zahlung der Geldstrafe? DJZ. 37 Sp. 350 1932. SCHARFMESSE, HEINRICH: Bedingte Verurteilung, JBl. 50 S. 98 ff. 1921. SCHORN: Auflagen bei bedingter Strafaussetzung, DRZ. 1931 S. 407 ff. SCHMIDT (Essen): Der bedingte Straferlaß im neuen deutschen Strafgesetzentwurf, Z. 47 S. 144 ff. 1927. SCHOETENSACK: Die Revision des Strafgesetzes für den Kanton Basel Stadt vom 10. Juli 1919, GS. 87 S. 444. 1920. SCHWARTZKOPF, HEINZ: Das Strafrecht Sowjet-Rußlands. Breslau 1929. SIEGFRIED, PAUL: Der bedingte Strafvollzug im Kanton Basel Stadt, Schweiz. Z. f. Str. 26 S. 325 f. SUTHERLAND, EDWIN: Criminology, Philadelphia und London 1924. STEPHEN, J. F.: A Digest of the Criminal Law. London 1926. STOOSS, CARL: Zur bedingten Verurteilung, Z. f. Schweiz. Str. 5 S. 473 ff. 1892. — Freie Schutzmaßregeln gegen Verbrechen, Schweiz. Z. f. Str. 47 S. 192 ff. 1928. STRÄULI, HANS: Gesetze betreffend die Zürcherische Rechtspflege, 3. Teil, Gesetz betreffend den Strafprozeß. Zürich 1924. STRUWE, KARL: Die strafrechtliche Behandlung der Jugend in England. Berlin 1914. THOMSEN, ANDREAS:

Gesetzgeberische Bekämpfung neuzeitlicher Delikte, DRZ. 1912 Sp. 89. — Fragebogen der DRZ. 1912, Sp. 399 ff., 501 ff. — Zum Thema II des dritten deutschen Richtertages „Der Richter und die Verbrechensbekämpfung im neuen deutschen Strafrecht“, DRZ. 1913 Sp. 491 ff., 533 ff. — Denkschrift an den deutschen Reichstag. Bonn (ohne Jahreszahl). THORMANN, PHILIPP: Der bedingte Straferlaß, Z. f. Schweiz. R. 52 S. 519 ff. 1911. — Welches ist die wirksamste Art, die Überwachung der Verurteilten oder der bedingt Freigelassenen durch den Staat, durch Vereine oder durch Privatpersonen zu regeln? Schweiz. Z. f. Str. 39 S. 165. 1926. TÖBBEN: Die Jugendverwahrlosung und ihre Bekämpfung, 2. Aufl. Münster 1927. Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins XLIX, Jahresversammlung 1911 in Luzern, Z. f. Schweiz. R. 30 N. F. S. 477 ff. 1911. WACH, ADOLF: Der Strafaufschub ein Akt der Gnade oder der Rechtspflege? DJZ. 7 S. 157 ff. 1902. WACHENFELD: Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs 1925, GA. 69 S. 209, 257, 253. 1925. VON WEBER HELLMUTH: Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts. Reichenberg 1929. — Vom Strafrecht in der Tschechoslowakei, GS. 98 S. 396 ff. Stuttgart 1929. WEGNER, ARTHUR: Strafrechtliches aus England, Z. 46 S. 284 ff., 423 ff. 1925. — Jugendwacht, Berlin 1929. WIDMER, MARIA: Die bedingte Verurteilung im Kanton Zürich. Diss. Zürich 1925. WÜST: Die bedingte Verurteilung, Schweiz. JZ. 6 S. 153 ff., 171 ff. ZAITZEFF, LEO: Das neue Gerichtswesen und Strafrecht in Sowjet-Rußland, Z. 44 S. 328 ff. 1924. ZIMMERL, LEOPOLD: Die strafrechtstheoretischen Grundlagen der unbestimmten und der bedingten Verurteilung. Zentralblatt f. d. juristische Praxis 47 S. 417 ff. 1929. ZUCKER: Noch ein Wort zur Frage der sog. bedingten Verurteilung, GS. 47 S. 255 ff. 1892. ZÜRCHER, EMIL: Bemerkungen zum Institut der bedingten Verurteilung, Festgabe für EMIL ZÜRCHER. Bern 1920. — Der bedingte Straferlaß, seine Wirkungen im Kanton Zürich und die geplante Einführung im Kanton Thurgau, Schweiz. Z. f. Str. 39 S. 1 ff. 1926. Weitere Literatur vgl. § 14.

## A. Strafaussetzung auf Wohlverhalten.

### § 11. Grundlagen.

Die „bedingte Strafaussetzung“ ist reichsrechtlich bisher nur im Jugendgerichtsgesetz geregelt (§§ 10 ff.). Die in Betracht kommenden Vorschriften sind nicht nur von den Jugendgerichten, sondern auch von den ordentlichen Gerichten anzuwenden. Soweit es sich um jugendliche Angeklagte handelt, kann die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte durch Verbindung mit Strafsachen gegen Erwachsene begründet werden (§ 26 II JGG.). Als zweite Gruppe von Personen, auf die §§ 10 ff. JGG. zur Anwendung kommen und deren Aburteilung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unterliegt, falls die Staatsanwaltschaft die Sache nicht vor das Jugendgericht bringt, kommen diejenigen in Frage, die zur Zeit der Tat jugendlich waren, zur Zeit der Erhebung der Anklage aber nicht mehr jugendlich, jedoch noch jünger als einundzwanzig Jahre sind (§ 17 II JGG.). Die alleinige Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in Fällen, in denen die Anwendung der Strafaussetzung gemäß dem JGG. zu prüfen ist, ist bei solchen Personen gegeben, die zwar zur Zeit der Tat jugendlich waren, zur Zeit der Aburteilung aber nicht mehr jünger als einundzwanzig Jahr sind, und endlich bei solchen, die bereits als Jugend-

liche verurteilt und unter Bewährung gestellt worden waren und die, bevor über die Bewährung entschieden ist, zu einer Zeit, als sie bereits nicht mehr jugendlich waren, eine neue Straftat begangen haben und deswegen abgeurteilt werden (§ 13 I JGG.). Der letztgenannte Fall ist der einzige, bei dem auf von Erwachsenen begangenen Straftaten die rechtsrechtlich geregelte bedingte Strafaussetzung Platz greift.

Regelmäßig untersteht die bedingte Strafaussetzung bei Aburteilung von Straftaten Erwachsener der landesrechtlichen Regelung. Es kommen folgende Bestimmungen in Betracht<sup>1</sup>:

Anhalt: Es ist noch der landesherrliche Erlaß vom 29. April 1897 in Kraft, dessen Bestimmungen teils durch das Jugendgerichtsgesetz, teils durch die Praxis überholt sind. Letzte Ausführungsverfügung vom 16. September 1908 (Nr. 3836). (Veröffentlichung nicht bekannt.)

Baden: §§ 16 ff. der Begnadigungsbestimmungen vom 12. Juni 1930 (vgl. amtliche Ausgabe der Vorschriften für Strafsachen 1930 S. 219 ff.).

Bayern: § 13 ff. der Begnadigungsvorschriften vom 31. Dezember 1927 (JMBl. S. 83) mit Änderungen und Ergänzungen vom 14. März 1928 (JMBl. S. 27), vom 24. September 1928 (JMBl. S. 252), vom 22. Mai 1930 (JMBl. S. 116) — s. a. GS. S. 97, S. 65 ff.

Braunschweig: Verfügung über Strafbefristung vom 18. Juni 1921 (Nr. R 3982) und Verfügung über Erlaß, Milderung und Umwandlung von Strafen vom 18. Juni 1921 (Nr. R 3983).

Bremen: Verordnung betreffend die bedingte Strafaussetzung und die Ablösung von Freiheitsstrafen durch Geldbußen vom 11. August 1929 (Brem. GBl. S. 159).

Hamburg: Verordnung, betreffend den bedingten Strafaufschub in der Fassung vom 27. September 1929 (Hamb. Gesetz- und Verordnungsblatt S. 463 ff., Hamb. Justizverwaltungsblatt S. 55), Ausführungsverordnung vom 28. September 1929 (Hamb. JVBl. S. 59).

Hessen: Durch Gesetz vom 10. Dezember 1930 ist der Justizminister ermächtigt worden, die Gewährung bedingten Strafaufschubs, die zur Zeit noch durch den Justizminister erfolgt, den Gerichten zu übertragen. Die Übertragung an die Gerichte steht bevor.

Lippe-Detmold: Allgemeine Verfügung vom 29. Januar 1921 betreffend Gnadensachen (Lippische Gesetzessammlung 1921 S. 401, 402), abgeändert durch die allgemeine Verfügung vom 24. Januar 1924 (Lipp. GS. S. 463), ferner Vfg. des Lippischen Landespräsidiums vom 5. Februar 1923 (J. Nr. 1429) (nicht gedruckt).

Lübeck: Verordnung vom 30. April 1921, betreffend den bedingten Strafaufschub durch die Gerichte mit Nachtrag vom 5. November 1921 (Lübeckisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1921 S. 95, 295).

Mecklenburg-Schwerin: Verordnung vom 14. November 1902 betreffend die sogenannte bedingte Begnadigung (veröffentlicht im Regierungsblatt für Mecklenburg-Schwerin). Dazu die Rundschreiben vom 14. November 1902, 28. März 1913 und 16. März 1921.

Mecklenburg-Strelitz: Rundschreiben betreffend die sog. bedingte Begnadigung vom 7. Juni 1907 (nicht veröffentlicht).

Oldenburg: Verfügung vom 4. März 1926 betreffend die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung für den Landesteil Oldenburg (abgedruckt in Verfügungen für den Landesteil Oldenburg betreffend A. Die Zuständigkeit und das Verfahren

<sup>1</sup> Eine Übersicht über die in den größeren deutschen Ländern geltenden Bestimmungen findet sich auch bei GRAU-SCHÄFER S. 261.

in Gnadensachen usw., B. Die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung, Oldenburg 1926.

Preußen: Allgemeine Verfügung des Justizministers über die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung vom 19. Oktober 1920 in der Fassung der Allgemeinen Verfügung vom 15. und 29. Juni 1921 (JMBl. 1920 S. 565, 1921 S. 349, 370).

Sachsen: Bekanntmachung der neuen Fassung der Verordnung über den bedingten Aufschub der Strafvollstreckung vom 22. Juli 1925 (Sächs. JMBl. 1925 S. 65), ferner ergänzende Verordnungen vom 17. März 1926 (Sächs. JMBl. S. 24), vom 12. August 1926 (Sächs. JMBl. S. 93), vom 7. August 1928 (Sächs. JMBl. S. 111).

Schaumburg-Lippe: Allgemeine Verfügung über die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung vom 26. Januar 1926 (Schaumb.-Lipp. Landesverordnungen 1926 (S. 41). Diese übernimmt die preußischen Bestimmungen.

Thüringen: Gesetz über die Ausübung des Begnadigungsrechts durch Gerichte und Strafvollstreckungsbehörden vom 27. Januar 1923 (Gesetzsamml. für Thüringen S. 59), ferner Ges. vom 15. April 1930 (G. S. 49).

Württemberg: Verordnung des Justizministers über gnadenweis Behandlung von Strafe von 8. April 1930 (Amtsblatt des Württemb. Justizministeriums 1930 S. 39 ff.).

Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten kommt in Deutschland in drei Spielarten<sup>1</sup> vor: als sog. „bedingte Begnadigung“, so in Anhalt, Braunschweig, Lippe-Detmold, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Württemberg und zur Zeit noch in Hessen, als sog. „bedingte Strafaussetzung“ im technischen Sinn, so abgesehen vom JGG. in Preußen, Baden, Hamburg, Lübeck, Lippe, Oldenburg, Preußen, Sachsen, Schaumburg-Lippe, und als sog. „bedingter Straferlaß“, so in Bayern, und, trotz der Bezeichnung, als „bedingte Strafaussetzung“ in Bremen (§ 19).

„Bedingte Begnadigung“ und „bedingte Strafaussetzung“ haben gemeinsam, daß zunächst lediglich die Strafe für eine meist näher zu be-

<sup>1</sup> Auch in der Schweiz ist es bisher zur Vereinheitlichung nicht gekommen. Hier ist teilweise die „bedingte Verurteilung“ (so die romanischen Kantone, ferner Zürich und Schaffhausen), teils der „bedingte Straferlaß“ (so in den meisten deutschen Kantonen) eingeführt. In einigen Kantonen (Uri, Schwyz, Nidwalden, Zug und Appenzel I. R.) gibt es weder das eine noch das andere. Die bis 1911 in Kraft getretenen Gesetze abgedruckt bei THORMANN: Z. f. Schweiz. R. Bd. 30 n. F. S. 634 ff., ferner APPENZEL A. R.: (26. April 1914) Schweiz. Z. f. Str. 32 S. 192; SCHAFFHAUSEN (November 1916): Schweiz. Z. f. Str. 32 S. 188; AARGAU (13. Oktober 1919): Schweiz. Z. f. Str. 33 S. 193; GLARUS (3. Mai 1925): Schweiz. Z. f. Str. 38 S. 230; THURGAU (25. November 1927): Schweiz. Z. f. Str. 42 S. 411; Zürich Novelle 4. Mai 1919; STRÄULI: StPO. S. 277 ff. — Tabellarische Übersicht über die bis 1920 in Geltung getretenen Bestimmungen bei Richter nach S. 50, ferner vgl. HAFTER: S. 331 ff. Die schweizerische Literatur über den „bedingten Straferlaß“ und die „bedingte Verurteilung“ ist außerordentlich umfangreich (s. Literaturverzeichnis oben). Auch die in Frage kommende Rechtsprechung ist von Bedeutung. — Österreich dagegen hat die Frage einheitlich im Sinne des „bedingten Straferlasses“ durch Bundesgesetz vom 23. Juli 1920 (G. Bl. Nr. 373 über die bedingte Verurteilung und den dazu ergangenen Erlaß vom 27. Juli 1922 (J. A. Bl. Nr. 58). Die Bezeichnung „bedingte Verurteilung“, die neben der Bezeichnung „bedingter Strafnachlaß“ im Gesetz gebraucht wird, ist unzutreffend. Vgl. ZIMMERMANN: Zentralblatt 47 S. 436.

stimmende Frist ausgesetzt und erst nach Ablauf dieser Frist über den Erlaß der Strafe entschieden wird. Es liegen hier zwei Entscheidungen vor. Die zunächst ausgesprochene Entscheidung über die Strafaussetzung enthält eine Befristung derselben in ihrem Endpunkte. Erst die zweite Entscheidung über den Straferlaß führt zu einer endgültigen Lösung. Die Strafaussetzung ist nur eine Vorstufe zu der endgültigen Entscheidung. Sie hat nur vorbereitende Natur. Der Straferlaß ist ihr Ziel. Der Unterschied der „bedingten Begnadigung“ von der „bedingten Strafaussetzung“ ist ein solcher in den ausführenden Organen. Bei der „bedingten Begnadigung“ entscheidet die Verwaltungsbehörde, meist die oberste Justizbehörde (jedoch in Braunschweig die Strafvollstreckungsbehörde über die Strafaussetzung, nicht aber über den Erlaß, in Lippe auch der Oberstaatsanwalt), während die Entscheidungen bei der „bedingten Strafaussetzung“ durch die Gerichte getroffen werden. Ein materieller Unterschied — etwa in dem Sinn, daß die „bedingte Begnadigung“ stets ein Akt der Gnade sei, während die bedingte Strafaussetzung derartige nicht sein könne — ist nicht feststellbar.

Beim „bedingten Straferlaß“ fehlt dagegen die bezeichnete Zweiteilung. Bei ihm gibt es nur eine Entscheidung, die entweder im Straferkenntnis selbst oder in einem sich an dieses zeitlich möglichst anschließenden Beschluß ausgesprochen wird. In dieser Entscheidung wird die Strafe erlassen. Der Erlaßausspruch kann zweierlei Bedeutung haben: entweder der Erlaß wird sofort wirksam oder aber er tritt erst mit Ablauf einer auch hier meist (vom Gericht) bemessenen Frist ein, während vorher eine Anwartschaft auf Straferlaß entsteht. Die Anwartschaft führt sowohl als tatsächliche wie auch als rechtliche Notwendigkeit Strafaussetzung für die Zeit der Befristung herbei. Bei der ersten Möglichkeit kann von einer Strafaussetzung keine Rede sein, weil die Strafe dort bereits erlassen ist. Soweit der „bedingte Straferlaß“ in Deutschland eingeführt ist, handelt es sich stets um die zweite Abart des „bedingten Straferlasses“. Wenn im folgenden von „bedingtem Straferlaß“ ohne besonderen Hinweis gesprochen wird, ist stets diese gemeint.

Wesentlich sowohl für die „bedingte Begnadigung“ und die „bedingte Strafaussetzung“ als auch für den „bedingten Straferlaß“ (jeder Art) ist der sich über eine gewisse Dauer ausdehnende Zustand der Ungewißheit über die endgültige Gestaltung der Lage des Verurteilten. Ob es zum Ausspruch des Straferlasses überhaupt kommt, ob der ausgesprochene Straferlaß eintreten oder ob es bei dem eingetretenen Straferlaß bewenden wird, entscheidet sich erst nach einer Frist (der Probefrist), die bei der „bedingten Begnadigung“ und der „bedingten Strafaussetzung“ dadurch, daß bis zum Ausspruch der Entscheidung über den Straferlaß noch ein gewisser Zeitraum hinzutritt, sich um eine weitere Zeitdauer verlängert (vgl. III Ziff. 4 der Hamb. Ausführungsbest.). Innerhalb der

Probefrist ist es ungewiß, ob es bei der erlassenen Anordnung (der Strafaussetzung oder des Straferlasses) bleibt. Ob das geschieht oder nicht hängt vom Verhalten des Verurteilten ab.

Diese Ungewißheit wird durch den Zusatz „bedingt“ zum Ausdruck gebracht. Das Wort „bedingt“ gibt jedoch zu Bedenken Anlaß<sup>1</sup>. Von einer Bedingung im juristischen Sinn kann nur dann die Rede sein, wenn einem Rechtsakt ein über den gesetzlichen Inhalt hinausgehendes weiteres Erfordernis beigefügt wird, von dessen Erfüllung der Bestand oder Weiterbestand des Rechtsaktes automatisch abhängig gemacht wird<sup>2</sup>. Zwei Merkmale dieser Begriffsbestimmung der Bedingung sind hier von Bedeutung: a) ihr Hinausragen über den gesetzlichen Inhalt, b) ihre „ipso iure“-Wirkung.

Zu den gesetzlichen Erfordernissen tritt, soll eine Bedingung vorliegen für den Eintritt einer Rechtswirkung noch „ein weiteres außerhalb des Geschäftsinhalts befindliches Erfordernis“<sup>3</sup>) hinzu. Erst dort, wo der gesetzliche Inhalt des Rechtsaktes durch den Willen des zum Handeln Berufenen ergänzt wird, kommt der Begriff der Bedingung in Frage.

Wo wie im Jugendgerichtsgesetz die Strafaussetzung gesetzlich als Rechtsakt<sup>4</sup> geregelt und die Fortdauer der Strafaussetzung und die Anordnung des Straferlasses an die Voraussetzung des Wohlverhaltens gesetzlich gebunden ist, liegt eine Bedingung nicht vor. Das handelnde Organ — in diesen Fällen das Gericht — fügt dem gesetzlich festgelegten Rechtsakt kein neues Erfordernis hinzu. Es ist nicht so, als ob das Gesetz dem Gericht die Strafaussetzung schlechthin als Maßnahme zur Verfügung stellt und das Gericht in eigener Willensentscheidung das Erfordernis des Wohlverhaltens mit der Strafaussetzung verbindet. Das Gericht hat vielmehr nur das Mittel der an ein bestimmtes Verhalten gebundenen Strafaussetzung. Das Wohlverhalten ist ein zum gesetzlichen Inhalt der Rechtseinrichtung gehöriges Erfordernis.

Anders freilich dort, wo die Strafaussetzung Betätigung des Gnadenrechts ist. Das Gnadenrecht ist grundsätzlich unbeschränkt. Die Hinzufügung des Erfordernisses des Wohlverhaltens würde ein Hinausgehen

<sup>1</sup> M. E. MAYER: S 531 Anm. 6 hält im Falle der bedingten Strafaussetzung die Schuldigsprechung für unbedingt und die Bestrafung (Vollstreckung) für suspensiv bedingt; KIESOW: S. 81 spricht von einer aufschiebenden Bedingung, an die der Straferlaß geknüpft sei; ebenso HAFTER, S. 334. STROOSS: Schweiz. Z. f. Str. 5, S. 474 nimmt beim bedingten Straferlaß eine resolutiv bedingte Strafe an. — Zur bedingten Verurteilung s. S. 135 Anm. 3.

<sup>2</sup> Vgl. über den Begriff der Bedingung FLEINER: Inst. S. 187; KORMANN, KARL: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910, S. 135 ff., aus der zivilrechtlichen Literatur etwa Enneccerus Nipperdey I, 1, § 181.

<sup>3</sup> KORMANN: a. a. O. S. 136.

<sup>4</sup> Die Ansicht GERLANDS: Festschrift S. 89, daß die Strafaussetzung auf Wohlverhalten im BGB. ein Gnadenakt sei, steht vereinzelt. Vgl. VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 451; HELLWIG: S. 132; KIESOW: S. 82.

über den gesetzlichen Inhalt bedeuten und könnte daher als Bedingung gestaltet werden.

Zu beachten ist aber, ob es sich wirklich um eine Betätigung des Gnadenrechts handelt, nicht aber lediglich um einen Akt, der historisch betrachtet zwar Ausfluß des Gnadenrechts ist, gewohnheitsrechtlich aber einem gesetzlichen Akt gleichkommt. Ob und inwieweit das im geltenden Recht der Fall ist, kann nur nach Kenntnis des Wesens der Rechtseinrichtung und ihrer praktischen Übung entschieden werden.

Soll ein durch das Verhalten bedingter Rechtsakt vorliegen, so muß weiterhin der Eintritt oder Nichteintritt von Rechtsfolgen unmittelbar von dem Verhalten abhängig sein. Soweit es sich um die „bedingte Begnadigung“ und die „bedingte Strafaussetzung“ handelt, kommt nur eine auflösende Bedingung in Betracht, denn die Strafaussetzung ist sofort wirksam geworden. Auch beim „bedingten Straferlaß“ steht, falls der Straferlaß sofort eintritt, eine auflösende Bedingung in Frage. Wird der Straferlaß erst nach Ablauf der Probefrist wirksam, so würde, falls überhaupt ein bedingter Akt vorliegt, ein doppelt bedingter gegeben sein: der Straferlaß würde aufschiebend, die bereits eingetretene Strafaussetzung auflösend bedingt sein.

Während bei vorzeitiger Beendigung der Strafaussetzung sich nach geltendem Recht stets ein besonderer von der die Strafaussetzung gewährenden Behörde ausgehender Akt erforderlich ist, tritt der nach einer bestimmten Probefrist erfolgende Straferlaß automatisch ein. Damit ist aber der Beweis für das Vorliegen einer Bedingung nicht erbracht. Es ist vielmehr festzustellen, ob dieser Eintritt des Straferlasses auf Grund des guten Verhaltens erfolgt. Das ist nur dann der Fall, wenn bei schlechtem Verhalten der Straferlaß nicht erfolgt. Nun schiebt sich aber auch hier, ähnlich wie bei der vorzeitigen Beendigung der Strafaussetzung, ein besonderer Akt ein, der den Nichteintritt des Straferlasses dartut.

Für die Entscheidung, ob es sich um „bedingte Staatsakte“ handelt, ist der Charakter dieses besonderen Aktes, der sich bald als Widerruf darstellt, bald die „Anordnung der Strafvollstreckung“ (vgl. z. B. § 12 IV JGG.) enthält, von ausschlaggebender Bedeutung. Zwei Möglichkeiten sind gegeben: entweder gibt dieser Akt nur eine bereits bestehende Rechtslage kund oder aber er schafft eine neue Rechtslage. Im ersten Fall hat er nur deklaratorische Bedeutung, die Rechtsgestaltung erfolgt auf Grund des Verhaltens des Verurteilten, im anderen Fall hat er konstitutive Kraft.

Dem Widerruf ist in dem geltenden deutschen Recht konstitutive Kraft beizumessen. Da die geltenden deutschen Rechte den Begriff des schlechten oder guten Verhaltens nicht formell auffassen, wie andere Rechte, in dem Sinne, daß schlechtes Verhalten nur im Falle einer erneuten Verurteilung zu einer bestimmten Strafe, anderenfalls aber gutes Verhalten vorliegt, sondern den Begriff des Verhaltens materiell erfassen,

bietet die Feststellung und Würdigung des Verhaltens häufig erhebliche Schwierigkeiten. Selbst wenn die Tatsachen bekannt sind, werden sowohl bei der Strafvollstreckungsbehörde als auch bei dem Verurteilten Zweifel obwalten, ob das Verhalten die Beendigung der Strafaussetzung und den Nichteintritt oder den Eintritt des Straferlasses herbeizuführen geeignet ist. Es ist nicht anzunehmen, daß die Gesetze oder sonstige Bestimmungen unklaren Verhältnissen unmittelbar rechtliche Wirkungen verleihen, ohne daß hierfür besondere Gründe sprechen. Hinzu kommt, daß häufig das tatsächliche Verhalten nicht offenkundig wird. Es kann sich jemand schlecht verhalten, ohne daß es den Behörden zur Kenntnis gelangt. Besäße das Verhalten unmittelbare Wirkung, so würde die Strafaussetzung erlöschen und der Straferlaß nicht eingetreten sein, ohne daß jedoch die Strafvollstreckung erfolgen kann. Es besteht kein ausreichender Anlaß, derartig zwiespältige Verhältnisse als gegeben anzusehen. Gründe der Klarheit sprechen vielmehr für die konstitutive Natur des Widerrufsakts.

Das Ergebnis wird durch die positiv-rechtliche Regelung bestätigt:

1. Der Umstand, daß stets ein ausdrücklich die Strafaussetzung aufhebender Akt erforderlich ist, gleich ob das schlechte Verhalten ganz offensichtlich ist, etwa schon durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellt oder nur schwer erkennbar ist, ob es der von der Strafaussetzung Betroffene bestreitet oder nicht, spricht für die konstitutive Wirkung.

2. Gegen den deklaratorischen Charakter spricht die Fassung des § 12 III JGG., wonach bei schlechter Führung die Vollstreckung der Strafe angeordnet werden „kann“. Würde diese Anordnung nur deklaratorisch sein, so müßte es z. B. heißen „wird angeordnet“, besser noch „wird für zulässig erklärt“.

3. Die Bezeichnung „Widerruf“, der Ausdruck „Anordnung der Vollstreckung“ (vgl. § 12 IV JGG.), sowie die zuweilen erfolgende Nebeneinanderstellung von Verlängerung der Bewährungsfrist, welche zweifellos konstitutiver Natur ist, und Widerruf (vgl. z. B. § 26 Abs. 2 Bad. Begn. Best., § 12 Hamburg. § 1 Abs. 1 Ziff. 2 Sächs. V.), sprechen für die konstitutive Natur des Widerrufsakts<sup>1</sup>.

4. Nach § 12 III JGG. ruht die Verjährung während der Probezeit. Die Probezeit erlischt mit der Strafaussetzung. Entfällt diese aber automatisch durch das schlechte Verhalten, so würden in Fällen, in denen das schlechte Verhalten überhaupt nicht bekannt wird oder der Zeitpunkt des schlechten Verhaltens nicht feststellbar ist, bezüglich des Beginns des Laufes der Strafvollstreckungsverjährung völlige Unklar-

<sup>1</sup> Die Vollstreckung einer nicht widerrufenen Strafe ist daher, selbst wenn die Voraussetzungen des Widerrufs vorliegen, nicht nur formell, sondern auch materiell unzulässig. Sie ist strafbar nach § 345 StGB. Vgl. hierzu RG.: (IV, Senat) Urt. vom 30. Oktober 1923 (4 D 542/23) in RG. 57, S. 393.

heit herrschen, unter Umständen, namentlich wenn sich die Vollstreckung aus irgendwelchen Gründen hinauszögert, würden sogar Zweifel entstehen können, ob nicht überhaupt Verjährung eingetreten ist.

Nach geltendem Recht ist demnach das Erfordernis des Wohlverhaltens keine Bedingung. Soweit sich dieses Erfordernis kraft eines gesetzten oder gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes ergibt, handelt es sich lediglich um eine gesetzliche Verpflichtung. Im Falle eines Gnadenaktes ist eine Auflage gegeben.

Auch die dem von der Strafaussetzung Betroffenen auferlegten „besonderen Pflichten“ oder „besonderen Maßnahmen“ rechtfertigen nicht die Bezeichnung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten als einer „bedingten“. Es ist zwar denkbar, daß eine derartige Verpflichtung oder Maßnahme in Form einer Bedingung gekleidet werden kann. Die Preuß. AV. hat die Verpflichtung des Verurteilten, nicht aus der Fürsorge- oder Anstaltserziehung zu entweichen, als Bedingung ausgestaltet (vgl. § 11 I, S. 5). Bei dieser Regelung handelt es sich jedoch um eine Ausnahme. § 3b Preuß. A. V. spricht von der „Auflage“ einer Buße. Auch § 12 II Preuß. A. V. behandelt die auferlegten Maßnahmen nicht als Bedingungen. Er schreibt die Prüfung des Gesamtverhaltens gegen Ablauf der Probefrist vor. Dabei soll das Gericht insbesondere prüfen, ob der Verurteilte „die in ihn gesetzten besonderen Erwartungen (Unterstellung unter Schutzaufsicht, Eintritt in die Lehre, Leistung von Schadensersatz, Enthaltung von geistigen Getränken usw.) entsprochen hat“. Die hier vorgenommene Verbindung der Erfüllung der festgesetzten Verpflichtungen mit dem Begriff der guten Führung weist darauf hin, daß die Nichterfüllung als solche — was bei Vorliegen einer Bedingung der Fall sein müßte — die Strafaussetzung noch nicht beseitigt hat, daß es vielmehr auf das Gesamtverhalten ankommt. Der Bedingungscharakter der besonderen Maßnahmen verleiht der Strafaussetzung eine Starrheit, da mit Nichteintritt der Bedingung die Strafaussetzung, ganz gleich, auf welchem Grund die Nichterfüllung beruht, fortfällt. Ein solche kann nicht im Sinne der Strafaussetzungsvorschriften liegen. Endlich führt die Auffassung der besonderen Maßnahme als einer Bedingung zu Unklarheiten, über den Zeitpunkt des Fortfalls der Strafaussetzung, was namentlich dort, wo die Strafvollstreckungsverjährung ruht, zu Unträglichkeiten führen würde. Aus diesen Gründen ist, sofern nicht ausdrücklich eine Maßnahme als Bedingung ausgestaltet ist, der Bedingungscharakter abzulehnen<sup>1</sup>. Vielmehr handelt es sich bei

<sup>1</sup> Vgl. zum vorstehenden GRAU-SCHÄFER: S. 290, die zwar die Gestaltung als Auflage regelmäßig für angebrachter halten, jedoch beide Formen nebeneinander zuzulassen. Dadurch entstehen aber auch praktische Schwierigkeiten. Wie soll der Richter — etwa wenn die Richter wechseln — wissen, ob eine Bedingung oder Auflage vorliegt. Die Lösung kann nur eine einheitliche sein. Zutreffend lehnt FRANKE: S. 58 den Bedingungscharakter an.

den „besonderen Pflichten“ um Auflagen<sup>1</sup>. Bei den „besonderen Maßnahmen“ ist eine Besonderheit gegeben. Soweit sich der Begriff mit dem der „besonderen Pflichten“ deckt, ist die Natur der Auflage gegeben. Während aber unter „besonderen Pflichten“ begrifflich nur solche Anordnungen verstanden werden können, deren Ausführung in die Hand des Verurteilten gelegt wird<sup>2</sup>, umfaßt darüber hinaus der Begriff der „besonderen Maßnahmen“ auch solche Umstände, deren Verwirklichung vom Willen des Verurteilten unabhängig sind. Hierbei kann es sich mangels Entstehung einer Verpflichtung nicht um eine Auflage, mangels einer ipso iure-Wirkung nicht um eine Bedingung handeln. Es liegt vielmehr eine Beschwerde sui generis vor.

Weder bei der „bedingten Begnadigung“ noch bei der „bedingten Strafaussetzung“ oder dem „bedingten Straferlaß“ handelt es sich um einen bedingten Staatsakt<sup>3</sup>. Bei jeder Spielart wie sie in Deutschland

<sup>1</sup> So zutreffend das Zürcher Obergericht III Beschluß vom 14. Februar 1922 (Zürch. Bl. 21, Nr. 104, S. 256).

<sup>2</sup> Inhaltlich mit dem Begriffe „Pflichten“ stimmt der in der Schweiz übliche Ausdruck „Weisungen“ überein.

<sup>3</sup> Die Bezeichnung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten und anderer Spielarten dieser Rechtseinrichtung als „bedingte“ hat sich in weitem Umfang eingebürgert. Die Verwendung des Wortes „bedingt“ in den zur Zeit in den Ländern geltenden Bestimmungen ergibt sich schon aus den oben im Text wiedergegebenen Überschriften (z. B. „bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung“ in Preußen, „bedingter Strafaufschub“ in Hamburg). Uneinheitlich ist der Sprachgebrauch in den Badischen Bestimmungen. Während in §§ 6, 7 Begn. V. O. vom 17. Dezember 1919 (Amtl. Ausg. S. 216 ff.) von „bedingter Strafaussetzung“ die Rede ist, bedienen sich die Begnadigungsbestimmungen des Ausdrucks „Strafaufschub auf Wohlverhalten“. Das JGG. vermeidet eine Bezeichnung. Demgegenüber bedeutet die Bezeichnung „bedingter Straferlaß“ in den Entwürfen trotz ihrer Volkstümlichkeit und der klaren Wiedergabe des Inhalts der Einrichtung keinen Fortschritt. Der Gesetzgeber sollte bestrebt sein, sich einer einwandfreien juristischen Begriffsbildung zu bedienen.

Unser Sprachgebrauch ist beeinflußt und wird gestützt durch den ausländischen Sprachgebrauch. Von entscheidendem Einfluß ist die Bezeichnung des belgischen Gesetzes „sur la libération et la condamnation conditionelle“ vgl. hierzu GARRAUD III S. 425 Anm. 4. Namentlich in der Gesetzgebung der Schweizer Kantone finden sich Benennungen wie: „bedingter Straferlaß“, „bedingter Strafvollzug“, „bedingte Verurteilung“. Das Tessiner Gesetz vom 14. November 1900 (geändert 8. Mai 1906) spricht von „suspensione condizionale delle pena“. Das österreichische Gesetz vom 23. Juli 1920 (G. Bl. Nr. 373) spricht von „bedingter Verurteilung“ und „bedingtem Strafnachlaß“. Vgl. ferner z. B. das Tschech. Gesetz vom 17. Oktober 1919 über die bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung (Sammlung der Gesetze und Verordnungen S. 937), das Norwegische Gesetz über „bedingede Straffedomme“. Weitere Beispiele bei MITTERMAIER: Begründung S. 55. Im Probation of Offenders Act 1907 heißt es: „the Court may . . . make an order discharging the offender conditionally on his entering into a recognisance . . . to be of good behaviour and to appear for sentence . . .“

Die Literatur über entsprechende Einrichtungen des Auslandes kann hier nur mit Vorsicht herangezogen werden. Ob es sich bei den ausländischen Instituten um

gilt, liegt vielmehr ein Akt mit Widerrufsvorbehalt vor. Es bleibt der Widerruf, der durch die Anordnung der Strafaussetzung oder des Straferrlasses erfolgten Rechtsgestaltung vorbehalten. Soweit der Widerruf an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, handelt es sich um einen beschränkten Widerruf. Tritt er wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung

bedingte handelt oder nicht, ist nur auf Grund der Kenntnis der rechtlichen Ausgestaltung im Einzelfall zu entscheiden. Soweit in den Schweizer Kantonen „bedingter Straferlaß“ gegeben ist, dürfte das Ergebnis das gleiche sein wie in Deutschland.

Eher in Betracht kommt jedoch die Annahme einer Bedingung bei der „bedingten Verurteilung“. Ihre Natur besteht darin, daß der Täter zwar verurteilt wird, die Verurteilung aber dann als nicht geschehen, comme non avenue, angesehen werden soll, wenn sich der Täter innerhalb einer bestimmten Frist gut führt. Hier ist das Vorliegen einer Bedingung tatsächlich denkbar.

Als bedingt kommt die auf dem Urteil beruhende Rechtsgestaltung in Betracht, die sich aber nicht in der Strafvollstreckung erschöpft. Der Auffassung, daß in Wirklichkeit nur eine bedingte Strafvollstreckung in Rede stehe (so GARRAUD III S. 425 Anm. 4: *la décision de sursis n'est autre chose qu'une condamnation pure et simple avec exécution conditionnelle de la peine*“, ähnlich GAUTIER: Schweiz. Z. f. Str. 3 S. 300; STOOS: Schweiz. Z. f. Str. 5 S. 474) ist nicht beizutreten. Die Auffassung führt zu einer Vermischung des Systems der bedingten Verurteilung mit dem bedingten Straferlaß. Grundsätzlich richtiger Ausgangspunkt bei HAFTER: S. 334; PFENNIGER: Bedingte Verurteilung S. 167; THORMANN: S. 628; SCHWARZKOPF: S. 22; PROCHASKA: Tschech. J. Z. 1920 S. 9; PERRIN: Remise S. 156, *Quelques considérations* S. 149. Während HAFTER, PFENNIGER, THORMANN und SCHWARZKOPF eine Resolutivbedingung annehmen, hält PROCHASKA eine Suspensivbedingung für gegeben. Auffallend ist bei PERRIN die Zweiteilung in der Rechtsgestaltung. Das Urteil enthält nach PERRIN sowohl einen (resolutiv bedingten Freispruch als auch eine (suspensiv bedingte) Verurteilung. Von einem Freispruch kann aber keine Rede sein (unrichtig auch Ignatius Z. 23 S. 266).

Das Gericht hat, wenn es verurteilt, zwei Möglichkeiten der Entscheidung. Es verurteilt entweder schlechthin oder nur für den Fall, daß sich der Täter während einer Probefrist schlecht führt. Während es beim Straferlaß nur eine Art des Erlasses gibt, entscheidet bei der „bedingten Verurteilung“ das Gericht zwischen zwei Arten der Verurteilung. Das Gesetz überläßt die Entscheidung bezüglich einer Modifikation der Verurteilung dem Gericht.

Insoweit steht dem Vorhandensein einer Bedingung nichts entgegen. Die Entscheidung, ob eine Bedingung als gegeben anzusehen ist, hängt von der Wirksamkeit des Verhaltens ab. Bringt diese automatisch Wirkungen für die Verurteilung hervor, so kann man von einer durch das Verhalten bedingten Verurteilung sprechen, bedarf es aber, um Wirkungen für die Verurteilung hervorzurufen, eines besonderen Aktes, so liegt eine Bedingung nicht vor. Jedoch ist auch hier im Einzelfall zu prüfen, ob ein etwa erforderlicher Beschluß oder eine besondere Verfügung nur deklaratorische oder konstitutive Bedeutung hat. Wird das Verhalten rein formal aufgefaßt, etwa so, daß eine neue Verurteilung zu einer bestimmten Strafe schlechtes Verhalten und die Nichtverurteilung gutes Verhalten darstellt, so wird man dem Widerruf nur deklaratorische Bedeutung zuerkennen. Denn hier gibt der Widerruf nur eine klare Rechtslage wieder, er wird nur „der Ordnung halber“ ausgesprochen. Anders aber, wo der Begriff des schlechten Verhaltens materiell aufgefaßt wird. Hier gilt das oben (S. 132) Gesagte. Daher ist die „bedingte Verurteilung“ kein bedingter Akt in der Tschechoslowakei (a. A. PROCHASKA), Polen, Lettland, Zürich,

tung ein, so ist er als Widerruf kraft Verwirkung<sup>1</sup> zu bezeichnen. Erfolgt er, da eine von dritter Seite zu erfüllende Beschwerde nicht verwirklicht ist, so kann man von „Widerruf kraft nicht eingetretener Voraussetzungen“ sprechen. Die Widerrufsmöglichkeit ist befristet. Sie besteht nur während des Schwebezustandes.

Ziel der Strafaussetzung und des Straferlasses auf Wohlverhalten ist der endgültige Straferlaß. Der zunächst eintretende Zustand der Strafaufsetzung ist nur ein vorübergehender. Die Strafaussetzung ist im Endpunkt befristet<sup>2</sup>. An sie schließt sich bei Wohlverhalten entweder durch besonderen Beschluß oder automatisch der endgültige Straferlaß an. Im System des „bedingten Straferlasses“ ist der Straferlaß bereits befristet (mit Widerrufsvorbehalt) ausgesprochen.

Über die rechtliche Charakterisierung des Straferlasses bestehen gleichfalls Zweifel. Manche<sup>3</sup> bezeichnen den Straferlaß als einen Strafaufhebungsgrund, SAUER<sup>4</sup> schlägt für den auf Grund des Wohlverhaltens erfolgende Straferlaß die Bezeichnung Schuldauhebungsgrund vor. Diese letzte Bezeichnung ist abzulehnen. Die einmal vorhandene Schuld kann nicht durch einen Rechtsakt aufgehoben werden. Aufhebbar sind nur die rechtlichen Folgen, die das Gesetz an die Straftat knüpft. Ob man hier von einem Strafaufhebungsgrund sprechen kann, hängt davon ab, wieweit man dessen Begriff faßt. Man versteht unter ihm einen Umstand, der nach Begehung der Straftat eintritt und den bereits entstandenen Strafanspruch aufhebt. Eine Aufhebung liegt nur dann vor, wenn es aus rechtlichen Gründen zu einer Durchführung des Strafanspruches überhaupt nicht kommen kann, nicht etwa dann, wenn der Strafanspruch schon verwirklicht ist. Der Strafanspruch verwirklicht

---

Schaffhausen, dagegen erscheint die Annahme einer im Rechtssinn bedingten Verurteilung für Frankreich, Belgien, die französischen Kantone der Schweiz, Rußland gerechtfertigt. Das schließt nicht aus, daß die Tatsache der — wenn auch nur bedingt erfolgten — Verurteilung im Falle einer neuen Verurteilung bedeutsam ist, daß z. B. die bedingte Verurteilung bei einer neuen Strafuntersuchung verwertbar ist oder bei erneuter Verurteilung einer abermaligen bedingten Verurteilung entgegensteht (z. B. GENÉ, WAADT, WALLIS. Über Belgien: vgl. GOEDSELS S. 180 Nr. 677).

Soweit eine im Rechtssinn bedingte Verurteilung nicht vorliegt, handelt es sich um eine Verurteilung mit befristeter Strafaussetzung unter Vorbehalt des Widerrufs, dessen Nichterfolgen gesetzliche Voraussetzung für den Eintritt der Rehabilitation ist. Diese Rehabilitation wird (im Gegensatz zum Straferlaß) nicht schon im Urteil ausgesprochen, sondern tritt von Gesetzes wegen ein. Über den Zusammenhang von bedingter Verurteilung und Rehabilitation vgl. GARRAUD: II S. 669.; VIDAL-MAGNOL: S. 728; DOLENC: S. 206.

<sup>1</sup> KORMANN: a. a. O. S. 403 ff.

<sup>2</sup> Vgl. die Braunschweigische Fassung, die von Strafbefristung spricht.

<sup>3</sup> VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 450; BELING: StPO. S. 522; RICHTER: S. 2. Gegen diese Auffassung: MITTERMAYER: Anlage S. 55; PERRIN: Remise, S. 149 ff.

<sup>4</sup> SAUER: Prozeßrecht S. 343 f.

sich nun aber in zwei Stufen: in dem Strafausspruch und in der Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe. Die Frage ist daher: kann man oder will man von Strafaufhebung nur sprechen, wenn keine der Stufen verwirklicht war, oder schon dann, wenn nur eine Stufe nicht verwirklicht ist.

Mit Rücksicht auf eine klare Systematik und eine scharfe Begriffserfassung ist der Begriff des Strafaufhebungsgrundes auf die Fälle zu beschränken, wo beide Stufen nicht verwirklicht sind. Wenn es auch nur zum Strafausspruch gekommen ist, so beweist das, daß ein Strafanspruch rechtliche Wirksamkeit ausgeübt hat, also da war und jetzt noch, wenn auch nur als insoweit verwirklichter Anspruch da ist. Der Straferlaß berührt den geschehenen Strafausspruch nicht in seinem Bestand. Der Strafausspruch bleibt ebenso bestehen wie etwa im Falle der Strafverbüßung. Der Straferlaß betrifft nur die zweite Stufe: die Vollstreckung. Er ist daher nicht als Strafaufhebungsgrund zu bezeichnen. Will man diese Rechtslage zutreffend zum Ausdruck bringen, so spricht man zweckmäßig von einem Strafvollstreckungsaufhebungsgrund. Als solcher steht der Straferlaß in einer Reihe mit der Strafvollstreckungsverjährung, welche regelmäßig als Strafaufhebungsgrund<sup>1</sup> angesehen wird.

Zusammenfassend kann demnach der „bedingte Straferlaß“ als eine anfänglich befristete Strafvollstreckungsaufhebung<sup>2</sup> mit dem Vorbehalt befristeten Widerrufs bezeichnet werden. Es besteht zunächst der Zustand des Strafvollstreckungsaufschubs. Die bedingte Strafaussetzung ist ein im Endpunkt befristeter Aufschub der Strafvollstreckung unter Vorbehalt des Widerrufs mit der Anwartschaft auf eine spätere Strafvollstreckungsaufhebung bei ordnungsgemäßem Verhalten<sup>3</sup>.

Der zur Zeit in Deutschland geltende Rechtszustand auf dem hier in Frage kommenden Gebiet bietet im einzelnen ein buntes Bild. Um zu erkennen, wo das Ermessensproblem beginnt, ist es erforderlich, wenigstens einen Überblick in großen Zügen zu gewinnen. Eine solche Übersicht für das geltende Recht fehlt.

Dabei werden der gestellten Aufgabe entsprechend im wesentlichen nur diejenigen Rechte behandelt, in denen eine Übertragung auf die Gerichte stattgefunden hat. Das System der „bedingten Begnadigung“ wird nur insoweit Beachtung finden, als Besonderheiten oder Über-

<sup>1</sup> Vgl. statt aller MEZGER: Lehrbuch S. 496.

<sup>2</sup> Tritt der Straferlaß — was in Deutschland nicht der Fall ist — sofort ein, so handelt es sich um eine unbefristete Strafvollstreckungsaufhebung.

<sup>3</sup> ROEDER: S. 51 Anm. 12 bezeichnet die „bedingte Strafaussetzung“, wie sie in der Preuß. A. V. vom 11. November 1912 niedergelegt war, als „die einem durch die bürgerlichen Strafgerichte Verurteilten mit Aussicht auf einen späteren Gnadenbeweis gewährte, bei schlechter Führung widerrufliche Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe“.

einstimmungen der Erwähnung für wert erachtet werden. Freilich kann auch hier unter Umständen das Gericht mit der Frage der Begnadigung beschäftigt werden, insofern es geeignete Fälle der Verwaltungsbehörde zum Vorschlag bringen kann (vgl. B II Ziff. 4 Meckl.-Strelitz). Eine Übertragung an die Gerichte hat stattgefunden in Baden, Bayern, Braunschweig, Hamburg, Lübeck, Oldenburg, Preußen, Sachsen, Schaumburg-Lippe, Thüringen. Daß es sich in den Staaten teils um Strafaussetzung, teils um Straferlaß auf Wohlverhalten handelt, steht einer gemeinschaftlichen Behandlung in der folgenden Übersicht entgegen, da abgesehen von den Besonderheiten, die sich für die Strafaussetzung aus der Notwendigkeit einer zweiten Entscheidung ergeben, die gleichen Fragen auftauchen. Es handelt sich im wesentlichen um folgende Punkte: 1. Umfang der Anwendbarkeit der Rechtseinrichtung, 2. Voraussetzungen, 3. Anordnung, 4. Ausgestaltung, 5. die Entscheidung vor Ablauf der Probezeit und 6. bei der Strafaussetzung: die Entscheidungen nach Ablauf der Probezeit.

1. Der Umfang der Anwendbarkeit der Strafaussetzung bzw. des Straferlasses auf Wohlverhalten.

Die Möglichkeit der Aussetzung von Zuchthausstrafen besteht in Preußen und Schaumburg-Lippe. Es besteht jedoch die Beschränkung, daß nur ein Teil dieser Strafe, der nicht mehr als sechs Monate betragen darf, ausgesetzt werden kann. Wenn im Jugendgerichtsgesetz zwar von Freiheitsstrafe schlechthin die Rede ist (§ 10), so sind doch offenbar nur die nach § 9 JGG. möglichen Arten der Freiheitsstrafe gemeint. § 10 hat in erster Linie die Aussetzung von Straftaten Jugendlicher im Auge. Erst im Wege über § 13 kommt § 10 auch auf Straftaten Erwachsener zur Anwendung. Bei diesen kann nun auf Zuchthaus erkannt werden. Wenn eine ausdrückliche Ausschließung dieser Strafart zwar auch nicht erfolgt ist, so darf dennoch nicht angenommen werden, daß dem Richter bei der Aburteilung von Straftaten Erwachsener eine weitergehende Befugnis zustehen soll als bei Jugendlichen<sup>1</sup>.

Bei Gefängnisstrafen bestehen Unterschiede in der Höhe der Strafe, bei der eine Strafaussetzung möglich ist. Keine Grenze kennt das JGG. (§ 10), die Preuß. A.V. (§ 1), die Oldenburg. Vfg. (§ 1) und die Lübeckische V. O. (§ 1 I). Bayern (§ 25), Sachsen (§ 1) und Thüringen (§ 1) lassen sie bis zu einem Jahr zu. Im übrigen sind Gefängnisstrafen von mehr als sechs Monaten ausgeschlossen (z. B. § 16 Bad. Begn. Best., § 1 Hamb. VO., § 1 Brem. VO.).

Die Aussetzung von Festungsstrafen ist überall in demselben Umfang wie bei Gefängnisstrafen zulässig. Auch Arrest- und Haftstrafen sind aussetzbar.

<sup>1</sup> Anderer Ansicht KIESOW: zu § 10 JGG. Anm. 2 a; HELLWIG: JGG. S. 137.

Die Regelung hinsichtlich der Geldstrafen ist eine verschiedene. Geldstrafen können ausgesetzt werden schlechthin in Baden (§ 16 I) und Thüringen (§ 1), ferner in Sachsen, soweit die Ersatzfreiheitsstrafe nicht ein Jahr überschreitet (§ 1). Dagegen kennen das Reich, Preußen, Bayern, Hamburg, Lübeck, Oldenburg, Schaumburg-Lippe die Aussetzung von Geldstrafen nicht, wohl aber die Aussetzung der Ersatzfreiheitsstrafe.

Uneinheitlich ist die Regelung bezüglich der Aussetzung eines Strafteils. Sie ist ausdrücklich zugelassen in Preußen (§ 3 a), Oldenburg (§ 5), Bremen (§ 1 III), Lübeck (§ 1 I), neuerdings auch in Hamburg (§ 2). Hier handelt es sich nur um Freiheitsstrafen. In Sachsen ist bei Freiheitsstrafen von längerer Dauer und auch bei erheblicheren Geldstrafen eine Teilaussetzung möglich (§ 3 I). In Baden ergibt die ausdrückliche Hervorhebung, daß Geldstrafen auch zum Teil ausgesetzt werden können (§ 16 II), während hinsichtlich der Freiheitsstrafen nichts gesagt wird, daß eine Teilaussetzung von Freiheitsstrafen nicht möglich ist. Soweit nichts bestimmt ist, wie im JGG., ist die Frage aus dem Wesen der Einrichtung und ihren Zwecken zu lösen. Die herrschende Ansicht läßt sie mit Recht zu<sup>1</sup>.

2. Über die Voraussetzung der Aussetzung oder des Straferlasses liegen teilweise überhaupt keine Bestimmungen vor, so z. B. Thüringen, ferner das JGG. Die einzige in Betracht kommende Bestimmung des JGG., des § 10, nach dem die Strafe insbesondere dann ausgesetzt werden soll, wenn der sofortige Strafvollzug eine Erziehungsmaßregel gefährden würde, ist, wenn es sich um die Straftat eines Nichtjünglichen handelt, bedeutungslos, da in diesem Falle eine Erziehungsmaßregel nicht angeordnet werden kann.

Regelmäßig finden sich jedoch nähere Angaben über die Voraussetzungen vor. So soll in Preußen (ebenso Oldenburg) die Aussetzung der Strafvollstreckung „in der Regel nur dann gewährt werden, wenn die begangene Verfehlung nicht durch Verdorbenheit und verbrecherische Neigung, sondern durch Leichtsinn, Unerfahrenheit, Verführung oder Not veranlaßt worden ist, und wenn erwartet werden kann, daß der Verurteilte sich durch gute Führung während der Bewährungsfrist eines künftigen Gnadenerweises würdig erzeigen wird“ (§ 2). Wird ein Teil der Vollstreckung ausgesetzt, so kann die Strafe auch ausgesetzt werden, wenn die Tat nicht durch Leichtsinn, Unerfahrenheit, Verführung oder Not veranlaßt ist (§ 3 a).

Sachsen stellt die Voraussetzungen für die Gesamt- und Teilaussetzung gemeinsam auf. Die ähnliche Fassung wie in Preußen, ist daher

<sup>1</sup> So KIESOW zu § 10 Anm. 2 f.; FRANCKE zu § 10 Anm. II; HELLWIG zu § 10 Anm. 5. Für das Französische Recht wird die Frage von GARRAUD III S. 482 verneint.

für den Regelfall weitergehend. Während in Preußen die Straftat regelmäßig in der Verdorbenheit und verbrecherischen Neigung ihren Grund überhaupt nicht finden darf, kommt es in Sachsen nur darauf an, daß sie vorwiegend auf Leichtsinn, Unerfahrenheit oder Not beruht, dagegen ein Mitwirken der Verdorbenheit oder verbrecherischen Gesinnung nicht ausgeschlossen ist („weniger auf . . . als auf“ § 2 Abs. 1 Ziff. 1). Als fernere Voraussetzung führt die sächsische Verordnung an, „daß die Bewilligung einer Bewährungsfrist auch wegen der sonstigen Umstände der Tat oder ihrer Folgen nicht als eine zu weitgehende Maßnahme erscheint.“

Nach § 30 Bayr. V. und § 18 Bad. Begn. Best. soll Strafaufschub auf Wohlverhalten „nur dann bewilligt werden, wenn die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat die Erwartung begründen, daß er künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde“, ähnlich auch Bremen § 5 unter Fortlassung des Hinweises auf das Vorleben und Einschränkung bei verbüßten schwereren Vorstrafen (Zuchthaus, Gefängnis von mehr als sechs Monaten). Die Hamburgischen Ausführungsbestimmungen (II Ziff. 1) stellen auf die berechnete Erwartung zukünftig straffreier Führung ab.

Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an sofortiger Strafvollstreckung schreiben allgemein die Bayr. VO. (§ 30) und die Bad. Begn. Best. (§ 18) vor. Die Sächs. V. schreibt Rücksichtnahme auf das Volksempfinden vor. Im übrigen beachtet sie das öffentliche Interesse in einzelnen Beziehungen: von der Strafaussetzung ist abzusehen bei einem überwiegenden berechtigten Interesse einer Behörde, die Frage der Strafaussetzung ist besonders zu prüfen bei Verfehlungen gegen die im Interesse des Volkswohls erlassenen Vorschriften (z. B. Nahrungsmittelfälschung § 2 Abs. 2). Die Preuß. AV. führen Schleichhandel und Wuchervergehen (§ 2 Abs. 2, vgl. auch § 1 III Lüb. V.), ferner strafbare Handlungen nach dem Alt- und Edelmetallgesetz (AV. vom 11. Juli 1923, JMBL. S. 530) als solche Straftaten an, bei denen „mit besonderer Sorgfalt zu prüfen ist, ob die Aussetzung der Strafvollstreckung mit dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Bekämpfung dieser gemeingefährlichen Vergehen vereinbar ist“. Auf dem öffentlichen Interesse beruhen die die Anhörung von Behörden oder Vorgesetzten vorschreibenden Bestimmungen, wie z. B. bei Militärpersonen (§ 2 II Preuß. AV.) vgl. bei Münzverbrechen Anhörung der Reichsbank. (Preuß. AV. vom 26. Oktober 1922 JMBL. S. 462.)

Eingeschränkt wird der Umfang in der Anwendung der Strafvollstreckung in manchen Rechten durch die Anordnung, daß Rücksicht auf die Interessen des Verletzten zu nehmen ist (so § 30 Bayr. V. § 2 Abs. 2, 5 Sächs. V., § 18 Bad. Begn. Best., V.).

Auch dem Interesse des Verurteilten an der Nichtaussetzung (z. B.

wegen Antritts einer neuen Stellung) wird zuweilen ausdrücklich die Bedeutung beigemessen, daß es die Strafaussetzung unzulässig macht (§ 5 Abs. 1 Sächs. V., vgl. auch schon ähnlich B Ziff. 3, 2c Meckl.-Str.).

3. Übereinstimmung herrscht bei allen Regelungen darin, daß die Anordnung der Strafaussetzung oder des Straferlasses unbestimmt gelassen wird, sei es daß das Wort „können“ selbst im Gesetz enthalten ist, wie in § 10 JGG., § 12 Ziff. 1 Thür.Ges., § 16 Bad. Begn. Best., sei es daß die Gerichte zur Aussetzung der Strafe ermächtigt werden (§ 1 Preuß. AV., § 1 Sächs. V., § 1 Hamb. V., § 1 Oldenb. V., § 1 Brem. V.).

4. Die nähere Ausgestaltung wird im Einzelfall den Gerichten überlassen. So setzen die Gerichte die Dauer der Bewährungsfrist fest. Die Regelung ist in den einzelnen Vorschriften verschieden. Bald wird ohne jede nähere Bestimmung ein Rahmen zur Verfügung gestellt, so § 12 JGG. (2—5 Jahre), § 1 Brem. V. (1—5 Jahre), bald wird in ähnlicher Weise ein Rahmen gegeben, jedoch mit dem Hinweis, daß das Ende der Frist auf eine bestimmte Zeit vor Eintritt der Strafvollstreckungsverjährung festzusetzen ist, so § 10 Hamb. V. (2—5 Jahre, bei Haft jedoch mindestens ein Jahr, in Hamburg Ende drei Monate vor Ablauf der Vollstreckungsverjährung<sup>1</sup>, ähnlich auch Lübeck § 10). Oder für den Regelfall wird eine bestimmte Frist festgesetzt, ein Abweichen von der regelmäßigen Frist ist jedoch möglich. So beträgt in der Regel in Baden die Bewährungsfrist bei zweijähriger Verjährung der Strafvollstreckung  $1\frac{1}{2}$  Jahre und bei fünfjähriger Verjährung drei Jahre. Die Dauer der Bewährungsfrist kann aber je nach den Umständen des einzelnen Falles und nach der Schwere der ausgesprochenen Strafe anders festgesetzt werden, ohne daß sie jedoch den Zeitpunkt des Ablaufs der Verjährungsfrist erreichen soll (§ 19 Bad. Begn. Best.). Preußen, Sachsen und Oldenburg unterscheiden einen Regelfall und einen besonderen (leichteren) Fall. Als Regel ist eine feste Dauer der Bewährungsfrist vorgeschrieben. Sie beträgt in der Regel drei Jahre, in leichteren Fällen zwei Jahre und in Fällen nahe bevorstehender Verjährung ist die Frist zu bemessen, daß sie mindestens drei Monate vor dem Eintritt der Verjährung abläuft. Eine nachträgliche Verlängerung bis auf fünf Jahre, jedoch nicht über den Eintritt der Vollstreckungsverjährung hinaus, „kann“ erfolgen.

In der Regel kann das Gericht Strafaussetzung und Straferlaß von „besonderen Maßnahmen“ oder „besonderen Pflichten“ abhängig machen (vgl. § 12 JGG., § 3 Preuß. AV., § 33 Bayr. V., § 20 Bad. Begn. Best.,

<sup>1</sup> Damit beträgt die gerichtlich festzusetzende Höchstdauer tatsächlich nur 4 Jahre 9 Monate, da Strafaussetzung durch Gerichte nur bei Freiheitsstrafe nicht über 6 Monaten und bei Geldstrafe angeordnet werden kann, die Verjährung der Vollstreckung gemäß § 70 Ziff. 5 StGB. spätestens in 5 Jahren eingetreten ist.

§ 9 Hamb. V., § 4 Oldenb. V., § 3 Brem. V., § 9 Lübeck V.). § 3 Preuß. V. bezeichnet als solche Maßnahmen: Unterbringung in eine passende Lehr- oder Dienststelle, Fürsorgeerziehung, Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts, Unterstellung unter Schutzaufsicht einer Vertrauensstelle (Jugendgerichtshilfe, Fürsorger, Fürsorgeausschuß, Kreiswohlfahrtsamt, Jugendamt, Fürsorgeverein, Arbeiterkolonie, Gefängnisverein, Trinkerfürsorgestelle, Berufsorganisation usw.). Hinzu kommt nach § 3 b Preuß. V. die Auferlegung einer Buße. Häufig wird auch die Schadensgutmachungspflichtung angeführt (§ 20 Bad. VO., § 9 Hamb. VO.). Immer handelt es sich bei der Aufführung derartiger Maßnahmen oder Pflichten in den einzelnen Bestimmungen um Beispiele. Das Gericht kann auch andere Anordnungen treffen.

Die Fassung der Sächs. Verordnung läßt Bedenken zu, ob auch hier das Gericht „besondere Verpflichtungen“ auferlegen kann. § 4 spricht nur von Auferlegung einer Geldbuße. Erst bei der Behandlung des Widerrufs ist von den „auferlegten besonderen Verpflichtungen“ die Rede (§ 16). Es kann nicht angenommen werden, daß in § 16 lediglich die in § 4 genannte Geldbuße gemeint ist, vielmehr muß der Ausdruck so ausgelegt werden, wie es im deutschen Rechtskreis allgemein üblich ist. Es ist daher aus § 16 die Zulässigkeit der Auferlegung von Verpflichtungen in dem gleichen Umfang wie in den anderen Bundesstaaten zu schließen<sup>1</sup>.

##### 5. Entscheidungen vor Ablauf der Probefrist.

Als Maßnahmen während der Probefrist kommen in Betracht: Widerruf oder Anordnung der Strafvollstreckung, Verlängerung oder Verkürzung der Probezeit, Auferlegung neuer und Änderung der bestehenden Auflagen und Beschwerungen. Diese Anordnungen unterstehen regelmäßig dem Begriffe des „Könnens“ oder „Ermächtigtseins“ (vgl. § 12 IV JGG., § 11 Preuß. AV., § 16 Ziff. 2 Bad. Bagn. Best., § 16, 1 Ziff. 2 Sächs. V.). Nur in Bayern und Hamburg ordnet das Gericht die Strafvollstreckung bei erneuter Bestrafung grundsätzlich an. Hält in Hamburg das Gericht jedoch mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit der neuen Verurteilung die Fortdauer der Strafaussetzung für angebracht, so entscheidet über Fortdauer oder Widerruf die Landesjustizverwaltung (III Ziff. 3 Abs. 2 Hamb. Ausf. Best.). Bei Verletzung der auferlegten Verpflichtungen und bei Aussichtslosigkeit der Maßnahmen erfolgt in Bayern stets der Widerruf (§ 35).

Eine Aufhebung<sup>2</sup> der Strafaussetzung „kann“ nach § 12 IV JGG.

<sup>1</sup> Die Praxis wird in Sachsen auch dementsprechend gehandhabt, vgl. BUERSCHAPER: Soziale Strafrechtspflege S. 140.

<sup>2</sup> § 12 IV JGG. spricht zwar auch hier von Widerruf. Vorzuziehen ist aber die in den Bad. Bagn. Best. gebrauchte Bezeichnung „Aufhebung“.

(ähnlich § 24 Bad. Begn. Best.) erfolgen, wenn nachträglich Umstände bekannt werden, die, wenn sie bereits zur Zeit der Aussetzung bekannt gewesen wären, bei Würdigung des Wesens der Aussetzung zu ihrer Versagung geführt haben würden.

#### 6. Die Entscheidung nach Ablauf der Probefrist.

Folgende Entscheidungsmöglichkeiten sind denkbar: Erlaß der Strafe (völliger Erlaß, teilweiser Erlaß, bedingter Erlaß), Umwandlung der Strafe, Verlängerung der Probefrist (soweit deren Höchstfrist noch nicht erreicht war), Anordnung der Strafvollstreckung. Das Jugendgerichtsgesetz (§ 15) kennt nur den vorbehaltlosen Erlaß und die Anordnung der Strafvollstreckung, Baden (§ 26), Hamburg (§ 12) lassen außerdem die Verlängerung zu, Sachsen (§ 19) und Thüringen (§ 1 Ziff. 1) kennt den teilweisen Straferlaß und die Strafumwandlung, Preußen (§ 13 II) und Oldenburg (§ 17 II) den bedingten Straferlaß<sup>1, 2</sup>.

Eine klare Bestimmung, welche der möglichen Entscheidungen im Einzelfall anzuwenden ist, fehlt im allgemeinen. Auch hier machen die Begriffe des „Könnens“ und „Ermächtigtseins“ oder sonstige Fassungen eine Untersuchung erforderlich, ob und inwieweit die Entscheidung dem freien Ermessen des Richters überlassen ist (vgl. § 13 Preuß. AV., § 26 Bad. Begn. Best., § 19 Sächs. V. u. a. m.). Im Gegensatz hierzu schreibt das JGG. (§ 15) eindeutig für den Fall der Bewährung den Straferlaß und für den Fall der Nichtbewährung die Anordnung der Strafvollstreckung vor. Ob das eine oder andere gegeben ist, ob gute

<sup>1</sup> Vgl. § 13 II Preuß. A. V.: „Hält das Gericht zwar einen Gnadenerweis, aber nicht den vorbehaltlosen Erlaß der Strafe für angezeigt, so kann es dem Verurteilten nachlassen, die Strafvollstreckung durch Zahlung einer Geldbuße abzuwenden“. Diese Fassung schließt sich in unglücklicher Weise ganz offensichtlich an die Zivilprozeßordnung an (vgl. § 713 II ZPO.). Zum Verständnis des § 13 ist jedoch der zivilprozessuale Nachlaß der Zwangsvollstreckungsabwendung nicht verwertbar. Es handelt sich um völlig verschiedene Dinge. Während die Strafvollstreckung schon die Durchführung des urteilsmäßig festgestellten Anspruchs ist, dient die Zwangsvollstreckung diesem nur. In § 13 handelt es sich um Sein oder Nichtsein des Vollstreckungsanspruchs, in § 713 II steht aber nicht — was entsprechend der Fall sein müßte — das Sein oder Nichtsein des Leistungsanspruchs zur Rede. In § 13 II handelt es sich um eine endgültige sachliche Regelung, in § 713 II bleibt die sachliche Regelung völlig unberührt. Man könnte schon eher Beziehungen zwischen § 117 StPO. und § 713 II feststellen. — In § 13 wird ein im Rechtssinn bedingter Straferlaß gegeben. Die Einführung der Bedingung beruht auf einer Entscheidung des Gerichts. Sie hat auch ipso iure Wirkung. Es liegt eine aufschiebende Bedingung vor. Wenn auch der Eintritt der Bedingung im Willen des Verurteilten liegt, so kann hier von einem (etwa der Wahlschuld entsprechenden) Wahlzustand keine Rede sein, da keine gleichgerichteten Möglichkeiten, sondern entgegengerichtete gegeben sind.

<sup>2</sup> Einen „bedingten Straferlaß“ kennt z. B. auch Mecklenburg-Strelitz B III, 6. Rundschreiben.

oder schlechte Führung<sup>1</sup> vorliegt, ist eine auf dem Gebiete der Tatsacheneinreihung liegende Frage.

Die vorstehenden Ausführungen geben ein ausreichendes Bild von der Unübersichtlichkeit und der Vielfältigkeit des zur Zeit noch in Deutschland geltenden Rechts. Verschiedene Spielarten des Systems, verschiedener Ausgangspunkt in Reich und Ländern, mannigfache äußere Formen der in Betracht kommenden Bestimmungen, teilweise bedeutungsvolle Unterschiede in den Einzelbestimmungen, so z. B. hinsichtlich des Umfangs der Anwendbarkeit des Instituts, der Dauer der Probestrafung, der zu treffenden Entscheidung! Auch der verschiedenartige Wortlaut und Umfang der einzelnen Regelungen ist dazu geeignet, auch nur eine einigermaßen einheitliche Praxis in den verschiedenen Ländern zu erschweren. Der gegenwärtige Zustand ist im höchsten Maß bedauerlich. Es kann unter Umständen von entscheidender Bedeutung sein, welches Landesgericht entscheidet. Man nehme einmal an, jemand, der in Preußen wohnt, begeht in Hamburg eine strafbare Handlung. Sowohl das preußische (§ 8 StPO.) wie das hamburgische Gericht (§ 7 StPO.) ist zuständig. Wenn die Strafe acht Monate Gefängnis beträgt, so kann sie das preußische Gericht aussetzen, das hamburgische nicht. Welches Gericht entscheidet, ist häufig eine Frage des Zufalls.

Wohl mag die wissenschaftliche Klärung des Wesens, des Zwecks und der Stellung der Rechtseinrichtung im Gesamtsystem zu einer gewissen Vereinheitlichung führen. Eine endgültig befriedigende Lösung vermag jedoch erst eine einheitliche reichsrechtliche Regelung zu bringen, die — wenn auch nur als Einzellösung getrennt von der allgemeinen Strafrechtserneuerung — möglichst bald erfolgen sollte<sup>2</sup>.

Die Entwürfe sehen eine solche Vereinheitlichung vor. Bedauerlicherweise wird nicht die bereits durch das JGG. eingeführte Strafaussetzung, sondern der Straferlaß auf Wohlverhalten in Aussicht gestellt.

Dadurch daß der Straferlaß bereits im Straferkenntnis enthalten ist oder doch bald nach seinem Ausspruch erfolgt, geht ein erzieherisch wirksamer Abschluß, durch den dem Verurteilten sowohl die Straftat als auch der Erfolg seines Wohlverhaltens vor Augen geführt wird, verloren.

<sup>1</sup> Der Begriff der „guten Führung“ wird in einigen Bestimmungen näher erläutert: vgl. z. B. § 12 Preuß. A. V., § 26 I Bad. Begn. Best. namentlich auch zur Frage der „guten Führung“ und erneuten Verurteilung.

<sup>2</sup> Eine Parallele zu den bei uns gegebenen Verhältnissen bieten die schweizerischen: Auch dort außer den verschiedenartigen Spielarten des Systems Verschiedenheiten im Umfang der Anwendbarkeit, Verschiedenheiten bezüglich der Probezeit (bald feste Größen, bald verschiedenartige Rahmen gegeben) u. a. m. Bedeutsam ist der Unterschied, daß in einigen (und zwar den deutschsprachigen Kantonen) die Auferlegung von Verpflichtungen möglich ist, während die romanischen Kantone irgendwelche Weisungen nicht kennen.

Ein ausdrücklicher Erlaßbeschuß am Ende der Probezeit bedeutet eine Sicherung dafür, daß das Gericht die je nach den Umständen erforderliche Nachforschung sorgfältig angestellt hat. Da gemäß § 44 II E. 27 das Gericht die Vollstreckung der Strafe anordnet, wenn der Verurteilte den auferlegten Verpflichtungen zuwider handelt, oder wenn nach seiner Führung nicht mehr zu erwarten ist, daß er künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde, ist sowieso eine Nachforschung erforderlich. Oder sollte es das Gericht auf den Zufall ankommen lassen, ob es darüber etwas zu hören bekommt? Allein dort, wo schlechte Führung nur im Falle einer erneuten Bestrafung gesehen wird, die durch das Strafregister dem Gericht bekannt wird, ist es angebracht, weitere Nachforschungen nicht anzustellen. Müssen sie aber angestellt werden, dann sollte dem Verurteilten auch ihr Ergebnis bekannt gemacht werden und damit offensichtlich kund getan werden, daß es mit dem Gebote des Wohlverhaltens und der Erfüllung der auferlegten Pflichten ernst genommen wird. Daß die Nachforschungen zu beschleunigen und nicht weiter als nötig auszudehnen sind, versteht sich von selbst. Die hierauf gestützten Bedenken der Begründung schlagen nicht durch. Der bedingte Straferlaß, wie er im Entw. 27 niedergelegt ist, ist ein unglückliches Gemisch des belgisch-französischen Systems der bedingten Verurteilung und englisch-amerikanischen Probationssystems<sup>1</sup>.

Der Entwurf bringt den Straferlaß auf Wohlverhalten in der Form des anfänglich befristeten Erlasses (vgl. § 45 Entw. 27). Es läßt ihn bei Gefängnis- und Einschließungsstrafe bis zu einem Jahr, Haft und Geldstrafe zu (§§ 40, 388). Auch hier ist die Anordnung nicht bindend vorgeschrieben. Das Gericht „kann“ den bedingten Straferlaß anordnen. Die Anordnung ist nur dann zulässig, wenn die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat die Erwartung begründen, daß er künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde. Sie soll nicht getroffen werden, wenn das öffentliche Interesse oder die Rücksicht auf den Verletzten die alsbaldige Vollstreckung der Strafe erfordert. Die Probezeit ist innerhalb eines Rahmens von 2—5 Jahren, bei Übertretungsstrafen innerhalb eines solchen von 1—2 Jahren zu bestimmen (§§ 42 I, 388 II). Das Gericht „kann“ die Probefrist gemäß § 42 II verlängern. Die sofortige oder spätere Anordnung der Schutzsicht, die Auferlegung von besonderen Pflichten, sowie deren spätere Änderung oder Wiederaufhebung unterliegt auch hier dem Begriffe des „Könnens“. Lediglich die Verpflichtung, den durch die Tat angerichteten Schaden wieder gut zu machen, soll das Gericht dem Verurteilten auferlegen, soweit es seine wirtschaftliche Lage zuläßt. Die Anordnung der Vollstreckung der Strafe untersteht in § 44 Entw. klarer gesetzlicher

<sup>1</sup> Vgl. hierzu EBERMAYER: Handwörterbuch S. 556 ff.; — auch bei EBERMAYER-LUCAS: Anleitung S. 58; RÖMER: DRZ. 1926 S. 206 f.

Bindung. Das Gericht ordnet die Vollstreckung an, 1. wenn der Verurteilte wegen einer nach Bewilligung des bedingten Straferlasses begangenen Tat vor Ablauf der Bewährungsfrist verurteilt oder bereits verfolgt und später verurteilt wird<sup>1</sup>, 2. wenn der Verurteilte den vom Gericht getroffenen Anordnungen gröblich zuwiderhandelt, oder wenn nach seiner Führung nicht mehr zu erwarten ist, daß er künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde.

Eine bedeutsame Neuerung des Entwurfes in grundsätzlicher Beziehung<sup>2</sup> ist die „bedingte Aussetzung“ von Maßregeln der Besserung und Sicherung. Die Aussetzung beschränkt sich also nicht nur auf Strafen.

Sie ist in ähnlicher Weise wie der „bedingte Straferlaß“ ausgestaltet. Auch hier ist bereits in der Anordnung der Aussetzung der Erlaß der Vollstreckung der Maßregel enthalten (§ 61 III). Sie ist eine anfänglich befristete Aufhebung der Vollstreckung einer Maßregel der Besserung und Sicherung mit dem Vorbehalt befristeten Widerrufs. Bewährt sich der Betroffene, kommt es nicht zur Vollstreckung der Maßnahme. Damit entfällt hier im Gegensatz zur Strafaussetzung jede rechtliche Wirkung der Anordnung des Besserungs- und Sicherungsmittels.

Nach § 61 „kann“ das Gericht die Unterbringung eines vermindert Zurechnungsfähigen in einer Heil- oder Pflegeanstalt und die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt oder in einem Arbeitshaus aussetzen. Die Probefrist kann höchstens auf zwei Jahre festgesetzt werden. Zwingend ist jedoch die gleichzeitige Anordnung der Schutzaufsicht vorgeschrieben. Bewährt sich der Betroffene nicht, so ist das Gericht zum Widerruf verpflichtet. Erfolgt kein Widerruf, so darf die Unterbringung nicht mehr vollzogen werden.

Sowohl in den geltenden Vorschriften als auch in den Vorschriften des Entwurfs sind in weitem Umfang Anordnung, nähere Ausgestaltung, Aufhebung, Widerruf und sonstige Entscheidungen den Begriffen des „Könnens“ und „Ermächtigtseins“ unterworfen, für die Festsetzung der Probefrist ist vielfach ein Rahmen gegeben, bei der Auflage von Verpflichtungen oder Maßnahmen ist durchweg die Auswahl weiterer Maßnahmen

<sup>1</sup> Das „kann“ des § 44 III S. 1 E. im Regierungsentwurf ist in der ersten Lesung des Deutschen Reichstagsausschusses durch „darf“ ersetzt worden. Aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß falls die Voraussetzungen des § 44 III E. vorliegen, das Gericht die Vollstreckung anzuordnen hat. Diese Vorschrift scheidet daher für die weitere Betrachtung aus.

<sup>2</sup> Grundsätzliche Ausführungen über die Vereinbarkeit von Sicherungsmittel und Aussetzung auf Wohlverhalten bei EXNER: Sicherungsmittel, S. 182 ff. Der 10. internationale Strafrechts- und Gefängniskongreß in Prag sprach sich grundsätzlich gegen die bedingte Aussetzung von Sicherungsmaßnahmen aus. Vgl. DJZ. 35 Sp. 1315. Dagegen trat die Karlsruher Tagung der IKV. für die Zulassung der bedingten Strafaussetzung bei der Sicherungsverwahrung ein.

als der in den Vorschriften genannten den Gerichten überlassen. Hier ist überall zu prüfen, ob und in welchem Umfang freies Ermessen gegeben ist. Bei der Untersuchung werden zweckmäßig folgende Vorgänge getrennt behandelt: 1. die Anordnung der Strafaussetzung bzw. des Straferlasses auf Wohlverhalten, 2. die nähere Ausgestaltung der Anordnung und zwar sowohl hinsichtlich der Auferlegung von Maßnahmen und Verpflichtungen, als auch hinsichtlich der Dauer der Bewährungsfrist, 3. Änderung der zu 2. genannten Nebenanordnungen, 4. die nach Ablauf der Probezeit ergehenden Entscheidungen im System der Strafaussetzung auf Wohlverhalten. Die Lösung des Ermessungsproblems kann nur auf Grund der Kenntnis des Wesens<sup>1</sup> und Zweckes der Rechtseinrichtung und ihrer Stellung im gesamten System gewonnen werden. Von hier ist daher der Ausgang zu nehmen.

## § 12. Das Wesen der Aussetzung auf Wohlverhalten.

I. Das Wesen der Aussetzung auf Wohlverhalten hat eine eingehende Klärung noch nicht gefunden. Es bestehen noch zahlreiche grundlegende Zweifelsfragen, die einer von Grund ausgehenden Untersuchung bedürfen.

Als Wesen einer Erscheinung ist derjenige Gehalt zu bezeichnen, der stets gegeben ist, wie auch immer die Erscheinung gestaltet ist, was über diesen Gehalt hinausgeht, betrifft die Ausgestaltung im Wesen gleicher Erscheinungen, ihre Form. Soll das Wesen erkannt werden, so sind die Ausgestaltungsmerkmale auszusondern. Ausgestaltungsmerkmale sind solche Merkmale, die einer Erscheinung im Gegensatz zu einer anderen Erscheinung der gleichen Art beigegeben sind, die also bei der anderen Erscheinung fehlen.

Die Strafaussetzung, der Straferlaß und die Begnadigung auf Wohlverhalten sind gleichartige Erscheinungen. Darüber hinaus gehören in dieselbe Gruppe aber auch alle diejenigen Erscheinungsformen, denen im Rechtsleben eine entsprechende Bedeutung zukommt, die historisch die Wurzel bilden oder gleichfalls auf dieselbe Wurzel zurückzuführen sind. Es sind das vor allem das englisch-amerikanische und das belgisch-französische System der Aussetzung.

In England ist außer dem common law<sup>2</sup> der Probation of Offenders Act von 1907<sup>3</sup> maßgebend. Dieser läßt zwei Möglichkeiten offen: die

<sup>1</sup> Es sei hier auf den bereits angeführten § 12 IV JGG. verwiesen, der von dem „Wesen der Aussetzung“ spricht.

<sup>2</sup> Über das Verhältnis von common law und gesetztem Recht vgl. die Ausführungen bei PERRIN: Remise, S. 35, die wenn auch aus der Zeit vor dem Probation of Offenders Act heute noch entsprechend gelten.

<sup>3</sup> STRUVE: S. 111; vgl. auch STEPHEN: Digest S. 26; DENMANN: Digest S. 547, soweit es sich um das ordentliche Verfahren (indictment) handelt. — Zu der Rechtslage in England neuerdings HOEFER: S. 46 ff.

Aussetzung des Schuldspruchs<sup>1</sup> und die Aussetzung des Strafausspruchs (suspension of sentence). Die erste Möglichkeit besteht nur für das summarische Verfahren (Verfahren vor den Untergerichten). Die Aussetzung des Strafausspruchs erfolgt mit der Maßgabe, daß sich der Täter bei Verfall einer bestimmten Summe verpflichtet, sich künftig gut zu führen und zur Verkündigung des Strafausspruchs im Falle der Ladung, die binnen einer festgesetzten nicht drei Jahre übersteigenden Frist erfolgen kann, zu erscheinen. Dabei kann das Gericht Schutzauflage (probation) anordnen, sowie Auflagen (besondere Pflichten) festsetzen. In den Staaten der Nordamerikanischen Union kommt die Aussetzung sowohl in Form der Aussetzung des Urteilspruchs (suspension of the imposition of sentence) vor, als auch in der Form der Aussetzung der Strafvollstreckung (suspension of the execution of a sentence)<sup>2</sup>. Kennzeichnend ist die Verbindung der Aussetzung mit der zuerst in Massachusetts gesetzlich geregelten Probation.

Auf dem europäischen Festland war das englisch-amerikanische System der Urteilsaussetzung (*sursis au prononce du jugement*) vorübergehend in geringem Umfang in Neuenburg (1891—1904) eingeführt<sup>3</sup>.

Dem englisch-amerikanischen System, dessen Besonderheit der Aufschub des Urteils ist, stehen nahe die übrigen Formen der „Bewährungsfrist vor dem Urteil“<sup>4</sup>: so „die bedingte Unterlassung der Anklage“<sup>5</sup> und „der bedingte Aufschub des gerichtlichen Strafverfahrens“<sup>6</sup>. Immer handelt es sich um die Aussetzung der Strafverfolgung<sup>7, 8</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen von LISZTS: V. D. A. T. 3 S. 11 zum Summary Jurisdiction Act von 1879, die entsprechend gelten.

<sup>2</sup> Vgl. PARSON S. 334; SUTHERLAND: S. 559.

<sup>3</sup> Näheres bei PERRIN: a. a. O. S. 48 ff.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu HÖEFER, FRIEDRICH: Bewährungsfrist vor dem Urteil. Berlin, Leipzig 1931.

<sup>5</sup> Angewandt in Norwegen, Dänemark, Holland, Japan, ferner wurde sie in Sachsen auf Grund der Verordnung vom 25. März 1895 geübt, seit der Verordnung vom 24. März 1919 bis zum Inkrafttreten des Jugendgerichtsgesetzes nur bei Jugendlichen. Vgl. zu all dem HÖEFER: S. 9, 13.

<sup>6</sup> Angewandt im ungarischen Jugendrecht, ferner § 85 Norweg. StPO., vgl. HÖEFER, S. 38 ff.

<sup>7</sup> Eine Strafverfolgungsaussetzung ist auch im Rahmen des heute geltenden Reichsrechts möglich und zwar über § 153 StPO. Bei Übertretungen wird sie allerdings mit Rücksicht auf die kurze Vollstreckungsverjährung praktisch nicht bedeutsam werden können, anders aber bei Vergehen. Es liegt ein Vergehen leichter Art vor, bezüglich dessen die Staatsanwaltschaft Abstand von der Anklage nehmen würde, falls sie die Gewißheit hätte, daß es sich um eine vereinzelt Tat des Täters handelt. Dieser Umstand läßt sich aber nur im Laufe eines längeren Zeitraums feststellen. Die Staatsanwaltschaft wartet daher den Ablauf der Zeit ab. Bevor sie die Frist zur Wiedervorlage der Akten verfügt, fragt sie beim Amtsrichter an, ob er bei Stellung des Antrags auf Zustimmungserklärung die Zustimmung voraussichtlich erteilen würde. Bejaht der Amtsrichter die Frage, so ist er in seiner späteren Entschließung zwar rechtlich nicht gebunden. Er wird jedoch tatsächlich nicht

Das belgisch-französische System ist das System der bedingten Verurteilung ohne Anordnung einer Schutzaufsicht oder Auferlegung von Weisungen. Über die näheren Ausgestaltungsmöglichkeiten und Einzelheiten vgl. oben S. 135, Anm. 3.

Daneben kommt eine Mischung des französisch-belgischen Systems der „bedingten Verurteilung“ mit dem englisch-amerikanischen Probationssystem vor, so z. B. in der Tschechoslowakai<sup>1</sup>, in Zürich<sup>2</sup> und Schaffhausen. Hier ist die Möglichkeit der Schutzaufsicht in das System der „bedingten Verurteilung“ eingebaut.

Aus der Gesamtheit der Erscheinungen ist ihr Wesen festzustellen<sup>3</sup>. Die Besonderheiten sind auszuschalten. Besonderheiten und Verschiedenheiten kommen in Betracht: hinsichtlich des Zeitpunkts der Maßnahme im Gang des Strafverfahrens, der Wirkung der Maßnahme auf den Gang des Strafverfahrens und hinsichtlich des Inhalts der Maßnahme.

Bei der Strafverfolgungsaussetzung erfolgt die Anordnung im vorbereitenden Verfahren, bei der Aussetzung des Strafausspruchs und bei der bedingten Verurteilung im Urteilsstadium, bei dem Straferlaß auf Wohlverhalten in oder nach, bei der Strafaussetzung und der Begnadigung auf Wohlverhalten nach dem Urteilsstadium.

Im teilweisen Zusammenhang hiermit steht der Umfang der Wirkung auf den Gang des Strafverfahrens. Während die Strafverfolgungsaussetzung schon das Verfahren in seinen vorbereitenden Stadium erfaßt und Urteilsvorbereitung (namentlich auch Hauptverhandlung), Urteil und Urteilsvollstreckung aussetzt und bei Wohlverhalten auf diese drei Stufen des Verfahrens verzichtet, betrifft die Aussetzung des Strafaus-

---

seiner Zusage zuwider handeln. Eröffnet nun die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten, sie werde bei guter Führung die Zustimmung des Gerichts zur Einstellung beantragen, so liegt eine Strafverfolgungsaussetzung auf Wohlverhalten vor.

Dieser Weg der Strafverfolgungsaussetzung ist in der Praxis bisher nicht gebräuchlich geworden. Dagegen mehren sich in letzter Zeit die Fälle, in denen die Hauptverhandlung vertagt wird unter Inaussichtstellung der Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 StPO. wenn der Angeklagte binnen einer bestimmten Frist den Schaden wieder gut macht und die Gerichtskosten bezahlt. — Zu der voraussichtlichen Neugestaltung des § 153 StPO. vgl. HOEFER S. 13, 38. Der amtliche Entwurf des „Einführungsgesetzes zum Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz“ legt die Möglichkeit „bedingter Unterlassung durch die Anklagebehörde und bedingten Aufschubs des gerichtlichen Strafverfahrens“ ausdrücklich nieder.

<sup>8</sup> Eine weitere besondere Art der Strafverfolgungsaussetzung wird von ECKSTEIN: G. A. 69 S. 40 in der „bedingten Anklage“ vorgeschlagen. Die Anklage wird zwar erhoben, aber die Hauptverhandlung wird zurückgestellt und im Falle guter Führung wird die Anklage fallen gelassen.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu PROCHASKA: Tschech. JZ. 1920 S. 9 f.; VON WEBER: S. 61 ff.

<sup>2</sup> STRÄULI, S. 272. <sup>3</sup> Richtiger Ausgangspunkt bei IGNATIUS: Z. 23 S. 252.

spruchs die beiden letzten Stufen, erfaßt „bedingte Verurteilung“, sowohl im Falle einer rechtlichen Bedingung als auch im Falle der Rehabilitation, zwar nicht das Urteil, das bestehen bleibt, wohl aber den Urteilsinhalt, wodurch die Wirkungen sich nicht lediglich auf die letzte Stufe beschränken<sup>1</sup>, wie das bei Straferlaß, Strafaussetzung und Begnadigung der Fall ist.

Gemeinsam ist den Maßnahmen die Verpflichtung zur guten Führung. Der Inhalt dieses Begriffes ist aber ein sehr verschiedener, so daß je nachdem der Rechtseinrichtung eine mehr oder weniger große Bedeutung für die Verbrechensbekämpfung zukommt. Bald wird der Begriff formell gefaßt und das Schwergewicht auf die Nichtbestrafung wegen einer nach Gewährung der Aussetzung begangenen Straftat gelegt (so das belgisch-französische System), bald wird er materiell gesehen und auf das Gesamtverhalten abgestellt (englisch-amerikanisches und deutsches System). Dort, wo es nur auf die Nichtbestrafung ankommt, fehlt es an der Möglichkeit der Anordnung von Schutzaufsicht, besonderen Maßnahmen und Verpflichtungen.

Es ergibt sich demnach, daß der Zeitpunkt, zu dem die Maßnahme im Strafverfahren angesetzt wird, unwesentlich ist. Gleiches gilt auch bezüglich des Umfangs der Wirkung. Aus den sämtlichen Systemen läßt sich aber immerhin ein einheitlicher Grundgedanke hinsichtlich der Wirkungen feststellen. Immer ist die Maßnahme geeignet, eine nicht vollständige Durchführung des Strafverfahrens, die Unterlassung eines Akts des Strafverfahrens herbeizuführen. Bald handelt es sich um einen größeren, bald um einen geringeren Teil des regelmäßigen Strafverfahrens. Es kommt zwar nicht immer zur Unterlassung des Akts. Bei schlechtem Verhalten wird vielmehr das gesamte Strafverfahren durchgeführt. Die Geeignetheit der Maßnahme zur Herbeiführung der Unterlassung des Akts ist jedoch immer gegeben. Ob darüber hinaus die Aussetzung eines Akts des Strafverfahrens stets als gegeben und daher als zum Wesen gehörig bezeichnet werden kann, hängt davon ab, ob die gesetzliche oder wissenschaftliche Konstruktion der aufschiebend bedingten Verurteilung und des auflösend bedingten Straferlasses denkbar ist. Ist nämlich die Verurteilung aufschiebend bedingt, so kann von einer Aussetzung der Strafvollstreckung keine Rede sein, denn die Strafvollstreckung kann nur ausgesetzt werden, wenn sie an sich möglich ist. Sie ist es aber nicht bei einer aufschiebend bedingten Verurteilung, da diese noch nicht wirksam ist. Ähnlich ist es beim auflösend bedingten Straferlaß. Die Strafe ist zunächst erlassen. Die Vollstreckung der Strafe ist daher auch hier nicht aussetzbar. Beide Konstruktionen sind

---

<sup>1</sup> Zu eng daher PFENNIGER: Festschrift S. 169, wenn er bei der „bedingten Verurteilung“ lediglich von einer Modifikation der Strafvollstreckung spricht.

denkbar<sup>1</sup>. Es würde daher zu eng sein, den Zustand der Aussetzung als wesentlich anzusehen<sup>2</sup>.

Ob das Strafverfahren durchgeführt wird oder nicht, hängt von dem Verhalten des Verurteilten ab. Ein Mindestmaß an guter Führung wird stets verlangt. Eine Bindung des Betroffenen zu gutem Verhalten geschieht zwar regelmäßig auf eine festbestimmte Zeit (Probezeit) ist aber nicht erforderlich. Der Probation of Offenders Act von 1911 bestimmt zwar sowohl für das summarische Verfahren als auch für das ordentliche Verfahren eine Höchstfrist bis zu drei Jahren. Der bis zu diesem Act für das summarische Verfahren geltende Summary Jurisdiction Act bestimmte jedoch keine Frist. Ebenso wird bei der Urteilsaussetzung auf Grund des Common Law keine Frist festgesetzt<sup>3</sup>. Da das Institut der Verjährung in England unbekannt ist, ist ein dauernder Schwebezustand gegeben.

Zwei Merkmale sind es demnach, die das Wesen der Rechtseinrichtung kennzeichnen. Die Aussicht auf Nichtdurchführung des Strafverfahrens und das Erfordernis der guten Führung. Das Wesen der Strafaussetzung auf Wohlverhalten und der gleichartigen Erscheinungsformen besteht also in der Aussicht auf Nichtdurchführung des Strafverfahrens bei guter Führung.

Die Aussetzung auf Wohlverhalten ist ihrem Wesen nach jedoch nicht nur auf das Strafverfahren beschränkt. Es gibt auch eine Aussetzung, die sich auf das Verfahren zur Anwendung von Besserungs- und Sicherungsmitteln bezieht. Sie ist sogar eine Maßnahme, die überhaupt überall dort anwendbar ist, wo jemand ein Übel zugefügt wird. Freilich bei einer so weiten Ausdehnung würde sich der Inhalt des Begriffs verflüchten und seine typische Bedeutung verlieren. Seiner Entwicklung nach ist die Aussetzung eine Rechtseinrichtung des Strafrechts. Zu einer begrifflichen Weitung besteht kein Anlaß. Wohl aber ist die Wesensumschreibung so weit zu fassen, daß sie auch der Tatsache der Anwendbarkeit im Zusammenhang mit anderen Reaktionsmitteln gegen verbrecherische Handlungen als der Strafe gerecht wird. Der Ausdruck Strafverfahren ist daher durch einen weiteren Begriff zu ersetzen. Es empfiehlt sich hier die Einführung des Begriffes: Verbrechensbekämpfungsverfahren.

Das Wesen der Aussetzung auf Wohlverhalten ist die Aussicht auf Nichtdurchführung des Verbrechensbekämpfungsverfahrens.

<sup>1</sup> In der bedingten Verurteilung sehen PERRIN: Remise S. 156, Quelques Considérations S. 149, und PROCHASKA: Teschsch. JZ. 1920 S. 9 einen suspensiv bedingten Akt.

<sup>2</sup> Nur der Kürze halber wird im folgenden ganz allgemein von „Aussetzung auf Wohlverhalten“ gesprochen.

<sup>3</sup> IGNATIUS: Z. 21 S. 732 ff.

II. Von dieser Wesensumschreibung aus ist die Beziehung der Aussetzung zu anderen Rechtseinrichtungen zu untersuchen und zu den Versuchen, die Aussetzung ihrer juristischen Natur nach bekannten Rechtsbegriffen einzureihen, Stellung zu nehmen. Die juristische Natur, die von der im vorigen Paragraphen behandelten juristischen Form der Aussetzung zu unterscheiden ist, ist stark umstritten.

Die einen sehen in der Aussetzung eine Strafe<sup>1</sup>. Vielfach wird sie mit Strafbemessung<sup>2</sup> in Zusammenhang gebracht. Andere fassen sie als Maßnahme der Sicherung und Besserung<sup>3</sup> auf. Wieder andere sehen in ihr einen Gnadenakt<sup>4</sup>. Eine weitere Auffassung hält sie für eine Maßnahme der Belohnung<sup>5</sup>. Endlich wird sie als Akt der Strafökonomie<sup>6</sup> bezeichnet.

Die Zweifel in der Auffassung von der Natur der Aussetzung auf Wohlverhalten spiegeln sich in der Unsicherheit in der Gesetzgebung hinsichtlich ihrer Anordnung im Gesetz wieder. Einen rechtsvergleichenden Überblick gibt MITTERMAIER<sup>7</sup>. Auch hier finden die verschiedenen Auffassungen ihren Niederschlag. Während im allgemeinen die Regelung innerhalb des materiellen Rechts erfolgt, haben einige Staaten, so Zürich, Italien u. a.<sup>8</sup> die Aussetzung auf Wohlverhalten in die Strafprozeßordnung aufgenommen. Von Interesse ist hier die Stellungnahme der verschiedenen Entwürfe. Der Vorentwurf brachte die „bedingte Strafaussetzung“ unter dem Abschnitt: „Strafen, Sichernde Maßnahmen, Schadenersatz“ und zwar im Anschluß an die Hauptstrafen vor den Sichernden Maßnahmen. (§§ 38—41.) Der Gegenentwurf reihte die Aus-

<sup>1</sup> So BACHEM: S. 45; FISCHER: S. 36; GEHRING: S. 54; GRÜNHUT: Z. 51 S. 295; HAFTER: S. 331; VON HIPPEL: I S. 554 Anm. 2; LANG: Z. f. Schweiz. R. 30 N. F. Verhandlungen des Schweiz. Jur. V. S. 761; VON LISZT: V. D. A. T. 3. S. 89; MANTEL: S. 85; MITTERMAIR: Bedingter Strafaufschub S. 265; THORMANN: Z. f. Schweiz. R. 52 S. 611; ULRICH: S. 48. — Über ähnliche Auffassungen in der englisch-amerikanischen Literatur: SUTHERLAND: S. 560; BRIGGS: S. 124; STEPHEN: Digest S. 12 spricht von „the punishment of putting under recognisance“. Recognisance ist das auch mit der Aussetzung verbundene Versprechen, einen Geldbetrag zu zahlen, wenn der Begünstigte eine ihm auferlegte Verpflichtung bricht. (Weitere Angaben über die ältere Literatur bei VON LISZT a. a. O.)

<sup>2</sup> VON HIPPEL: a. a. O.; — Z. 42 S. 198; vgl. auch HELLWIG: Bed. Aussetzung in Reich und Preußen S. 14; VON OLSHAUSEN: Komm. zu § 10 JGG. Anm. 1; EBERMAYER, vor § 10 JGG. Anm. 1; vgl. ferner im folgenden die Entwicklung in den Entwürfen.

<sup>3</sup> HERRNSTADT: S. 5; WIDMER: S. 18 ff.; Zürcher: S. 70; Zürch. Kassationsgericht (Urt. vom 19. Dezember 1921), Zürch. Bl. 21 Nr. 72 S. 183.

<sup>4</sup> ALLFELD: S. 193; APPELIUS: S. 14; GERLAND: Jugendgerichtsgesetz S. 89; ROSENFELD: Strafmittel S. 148, vgl. auch HEINITZ: Arch. f. Rechtsph. 22 S. 267. — Vgl. ferner Anm.

<sup>5</sup> OETKER: Strafe und Lohn, S. 20 ff., GS. 70 S. 362 ff.

<sup>6</sup> PFENNIGER: S. 384; vgl. auch VON OVERBECK: S. 133.

<sup>7</sup> MITTERMAIR: Anlage S. 55 ff. <sup>8</sup> Weiteres s. bei MITTERMAIR: a. a. O.

setzung auf Wohlverhalten dem Abschnitt: Strafbemessung ein (§§ 92 bis 94). Der Kommissionsentwurf von 1913 und der Entwurf von 1919 behandeln die „bedingte Strafaussetzung“ in einem besonderen Abschnitt. Dieser liegt zwischen den Abschnitten: „Strafen“ und „Nebenfolgen“. Den Nebenstrafen folgt dann der Abschnitt: „Maßregeln der Besserung und Sicherung“. (§§ 74—78 KE., §§ 63—68 Entw. 1919.) Im Entwurf 1925 findet sich der „bedingte Straferlaß“ als besonderer Abschnitt zwischen den Abschnitten „Strafen“ und „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ (§§ 35—41), da der in den vorangehenden Entwürfen vorhandene Abschnitt „Nebenstrafen und Nebenfolgen“ hier weggefallen und teilweise in den Abschnitt der Sicherungsmaßnahmen hinübergenommen ist. Der Entwurf fügt den Abschnitt: „Nebenstrafen und Nebenfolgen“ wieder ein und somit erhielt der „bedingte Straferlaß“ wieder dieselbe Stellung wie in den Entwürfen 1913 und 1919. Die Begründung des Entwurfes<sup>1</sup> erklärt zwar den bedingten Straferlaß als Maßnahme der Strafbemessung, die aber erst mehrere Abschnitte später behandelt wird.

Der Ansicht, daß die Aussetzung auf Wohlverhalten ihrer Natur Strafe sei, steht entgegen, einmal daß sie schon zu einem Zeitpunkt erfolgen kann, wo von einer Strafe noch keine Rede sein kann, wo eine Hauptverhandlung noch nicht stattgefunden hat (Strafverfolgungsaussetzung), dann, daß sie auch nach erfolgtem Urteil möglich ist (Strafaussetzung, Straferlaß und stets Begnadigung auf Wohlverhalten). Sie ist aber auch dort, wo sie im Strafurteil selbst ausgesprochen wird, niemals Strafe. Zwischen dem Wesen der Aussetzung und der Strafe besteht keine Gleichheit. Das Wesen der Strafe ist die Verhängung eines Übels als Übel. Die Aussetzung auf Wohlverhalten bringt in zahlreichen Fällen überhaupt kein Übel mit sich. Der Verweis, der in ihr enthalten sein soll, ergibt sich schon aus der Verhängung der Strafe, nicht aber erst aus dem Ausspruch der Aussetzung oder Auflage. Ebenso folgt die Möglichkeit der späteren Vollstreckung der Strafe aus der Tatsache der Verurteilung, nicht aber aus der Tatsache der Aussetzung oder der Bedingtheit der Verurteilung. Der Schwebezustand, der vielfach als Übel angesehen wird, findet also gleichfalls seinen Ursprung in der Bestrafung. Abgesehen hiervon widerspricht es dem gesunden Empfinden, einen Umstand, der in zahlreichen Fällen als Wohltat empfunden wird, als Übel zu bezeichnen. Möglicherweise können allerdings mit der Aussetzung auf Wohlverhalten Beschränkungen und Entbehnungen infolge der Auflage von Verpflichtungen und Anordnung der Schutzaufsicht verbunden sein, die sich als Übel darstellen. Hier aber fehlt es an dem der Strafe eigentümlichen Merkmal, daß das Übel als

<sup>1</sup> Begründung des Entwurfs 27, S. 36.

solches wirken soll. Es ist nur Begleiterscheinung von Maßnahmen, die der Besserung des Verurteilten dienen sollen, die dazu dienen sollen, ihm den sittlichen Halt zu geben, Wegweiser für seine Besserung und Mittel für den Nachweis sein sollen, daß er sich von der Tat losgelöst hat. Hinzu kommt, daß die Aussetzung auf Wohlverhalten auch bei Besserungs- und Sicherungsmitteln möglich ist, wo von Strafen überhaupt keine Rede sein kann.

Abzulehnen ist die Auffassung der Aussetzung auf Wohlverhalten als eines Akts der Strafbemessung. Die Systematik des Gegenentwurfs ist erfreulicherweise in die späteren Entwürfe nicht aufgenommen worden. Die Strafbemessung stellt den Hergang einer Rechtsgestaltung dar, die Aussetzung auf Wohlverhalten ist selbst eine Rechtsgestaltung. Es besteht daher keine Möglichkeit der Einreihung der Aussetzung unter die Strafbemessung. Der Verbindung von Strafbemessung und Aussetzung kann nur die Bedeutung zukommen, daß zur Prüfung der Anordnung der Aussetzung dieselben Erwägungen anzustellen sind, wie bei der Strafbemessung, entweder, weil die Aussetzung selbst Strafe oder aber eine in engem Zusammenhang mit der Strafe stehenden Maßnahme ist. Aber nur im Falle der ersten Alternative kann der zur Aussetzung führende Vorgang als ein Akt der Strafbemessung mit Recht bezeichnet werden. Im anderen Falle mag zwar eine vergleichende Gegenüberstellung zur Strafbemessung angebracht, eine Gleichsetzung systematisch unrichtig sein und nur zu Unklarheiten und Fehlern führen. Mit der Ablehnung der Strafnatur ist daher auch die Bezeichnung der Anordnung der Aussetzung als Strafbemessung zu verwerfen<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Zur Frage Strafbemessung und „bedingte Verurteilung“ vgl. die Entscheidung des Zürch. Obergerichts III v. 1. September 1921 (Zürch. Bl. 21, Nr. 72, S. 180 ff.) und dazu das Urteil des Kassationsgerichts vom 19. Dezember 1921 (ebendort). Es handelt sich dort um die Frage, ob eine wegen des Strafmaßes von der Staatsanwaltschaft eingelegte Berufung auch die in erster Instanz erfolgte bedingte Verurteilung erfasse. Das Zürch. Obergericht bejaht die Frage mit der Begründung, daß die Bestrafung und bedingte Verurteilung in engster Beziehung zueinander ständen. Das Kassationsgericht mißbilligt diese Ansicht, indem es erklärt, es handle sich um ganz verschiedene Dinge, einmal handle es sich um Strafe, das andere Mal um Sicherungsmittel. Die Berufung wegen des Strafmaßes treffe daher nicht die bedingte Verurteilung. — Im Ergebnis ist das Urteil des Obergerichts zu billigen. Ob Strafbemessung und Gewährung der bedingten Verurteilung in engem Zusammenhang stehen, ist für die Entscheidung zwar unerheblich, ebenso auch, ob die bedingte Verurteilung ein Sicherungsmittel ist. Die Entscheidung ist vielmehr darauf abzustellen, was die Anfechtung des „Strafmaßes“ besagt. Regelmäßig wird damit gemeint sein, daß die ausgesprochenen Rechtsfolgen insgesamt nicht ausreichend oder zu schwer erscheinen, daß also auch die Frage der bedingten Verurteilung mitumfaßt sein soll. Später hat das Obergericht III in einem Urteil vom 10. Mai 1928 (Zürch. Bl. 28, Nr. 36, S. 61 = Schweiz. JZ. 25 S. 314 Nr. 220 eine Berufung der Staatsanwaltschaft wegen des Strafmaßes nicht auf die bedingte Verurteilung bezogen, indem es richtig vom Willen der Staatsanwaltschaft ausging und erklärte,

In zahlreichen Fällen wird die Strafaussetzung den Zweck haben, den Täter zu bessern. Aber dieser Zweck ist der Strafaussetzung nicht wesentlich. Häufig wird sie dort angewandt, wo von ihr ein bessernder Einfluß nicht erwartet wird, weil es einer Besserung nicht bedarf. Es ist daher unrichtig, in der Aussetzung ihrer Natur nach ein Besserungs- oder Sicherungsmittel zu sehen.

Abzulehnen ist endlich die Ansicht, daß die Aussetzung auf Wohlverhalten die Natur der Begnadigung habe. Begnadigung<sup>1</sup> ist ein Verwaltungsakt, der die Nichtdurchführung des Strafverfahrens anordnet<sup>2</sup>. Strafverfahren ist auch hier in dem weiten Sinn gebraucht, nachdem der Begriff die gesamten staatlichen Maßnahmen, die die Reaktion gegen eine strafbare Handlung in einem geordneten Verfahren darstellen, umfaßt. Inhaltlich beschränkt wird der Begriff durch die Zweckbestimmung der Begnadigung. Dem Sinne nach handelt es sich um Härten oder Nachteile, die durch besondere Lagerung des Falles oder der Fallgruppe entstehen und daher beseitigt werden sollen. Nicht dagegen richtet sich die Gnadengewalt auf allgemein auftretende Gesetzhärten oder -nachteile. Die Besonderheit des Falles oder der Fallgruppe bildet die Grundlage für den Begnadigungsakt. Bezieht sich der Gnadenakt auf die Beseitigung einer rechtskräftig erkannten Strafe, in einem Einzelfall, so liegt eine Begnadigung im engeren Sinn vor, bezieht er sich auf eine Fallgruppe, so spricht man von Amnestie.

Die Aussetzung auf Wohlverhalten kann ohne Zweifel durch Gnadenakt erfolgen. Aber bei der Frage der Strafaussetzung handelt es sich im wesentlichen nicht um Einzelfälle oder Fallgruppen mit Besonderheiten, vielmehr steht in Frage, wie ein ganzer Personenkreis ohne Rücksicht auf den Fall vor allgemein in Erscheinung tretenden Härten und Unzweckmäßigkeiten, die mit der Gesetzesanwendung verbunden sind, bewahrt bleiben kann. Die Aussetzung begnügt sich also nicht mit dem Charakter einer besonderen Einzelercheinung. Sie strebt vielmehr danach Regel zu sein. Immer wieder auftretende Schäden will sie beseitigen und anstatt dessen immer wieder erforderliche Maßnahmen

---

wenn die Staatsanwaltschaft bei Kenntnis der Stellungnahme des Kassationsgerichts nur das Strafmaß anfecht, so ergebe sich daraus, daß die Staatsanwaltschaft offenbar auch nur die Strafe angreifen wolle. — Für die Ausdehnung des wegen des Strafmaßes angemeldeten Rechtsmittels auf die bedingte Verurteilung auch PROCHASKA: Tschech. JZ. I, S. 187.

<sup>1</sup> Zum Begriff der Begnadigung GERLAND: Begnadigung S. 570.; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 439; VON HIPPEL: II, S. 570; MERKEL-LIEPMANN: S. 303 ff.; WACH: DJZ. 7, Sp. 159 f.; ANSCHÜTZ: zu Art. 49, RV.; ferner LÖWE-ROSENBERG: GVG. 2 Titel, Anm. I B, 9 ff.; vgl. GRAU-SCHÄFER: S. 49.

<sup>2</sup> Dieser weite Begriff der Begnadigung umfaßt auch die Niederschlagung. In dieser Hinsicht ebenso GERLAND: Begnadigung, S. 570; vgl. auch GRAU-SCHÄFER: a. a. O.

setzen, soweit es zugänglich ist. Hat man diese Aufgabe der Aussetzung in vollem Umfang erkannt und glaubt man sie auf einen gewissen größeren Kreis nicht mehr als Einzelpersonlichkeit erscheinender Menschen anwenden zu sollen, so reicht eine Ausnahmehandlung nicht mehr aus oder selbst, wenn die Aussetzung in der Form des Einzelakts geübt würde, so würde es sich materiell doch um einen generellen, einen allgemein und dauernd verwirklichten Akt handeln.

In richtiger Erkenntnis der der Aussetzung innewohnenden Gedanken hat die ausländische Gesetzgebung ganz allgemein den Weg der generellen Lösung beschritten und die Rechtseinrichtung gesetzlich geregelt. Das deutsche Jugendgerichtsgesetz ist diesem Beispiel gefolgt, auch Thüringen ist zur gesetzlichen Regelung übergegangen. Damit besteht hier auch äußerlich kein Zusammenhang zur Begnadigung mehr. Die Auffassung, die trotz dieser gesetzlichen Regelung einen Gnadenakt als vorliegend ansieht, ist nicht zu billigen. Ihr steht auch die Tatsache entgegen, daß die Gesetze die Aussetzung zu einem Akt der Rechtsprechung gemacht haben. Würde die im Jugendgerichtsgesetz geregelte Strafaussetzung ein Akt der Gnade sein, wie GERLAND<sup>1</sup> meint, so würde das Reich mit dieser Regelung seine Zuständigkeit überschritten haben, da das Begnadigungsrecht in den durch die Landesgerichte abgeurteilten Sachen den Ländern zusteht. Von diesem Standpunkt aus könnte auch die Aufnahme des Straferlasses auf Wohlverhalten im Entwurf nicht gebilligt werden. Tatsächlich aber kann von einer Zuständigkeitsüberschreitung keine Rede sein<sup>2</sup>.

Schwieriger liegen die rechtlichen Verhältnisse, soweit in Deutschland die Regelung durch Verwaltungsvorschriften erfolgt ist. Die deutschen Bundesstaaten haben, ganz gleich um welche Spielart es sich handelt, die Strafaussetzung aus dem Gnadenrecht entwickelt. Dieser Entwicklungsgang ist verständlich. Im Anfang ihrer Einführung konnte sie tatsächlich noch als Ausgleich für besonders gelagerte Einzelfälle angesehen werden. Heute aber hat die Anwendung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten einen solchen Umfang angenommen, daß sie zu einer allgemeinen Einrichtung geworden ist. Materiell ist kein Unterschied zu der Rechtslage im Ausland oder wie sie im JGG. niedergelegt ist. Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten verrichtet dieselbe Funktion. Der Sinn der Gnade ist verloren gegangen. Mit dem plötzlichen Wegfall würde eine Lücke in der Strafrechtsordnung entstehen. Zehntausende von Verurteilten würden plötzlich einer anderen Behandlung unterliegen. Die Voraussetzung, wenn auch vielfach noch unklar, sind doch in so

<sup>1</sup> GERLAND: Festschrift S. 89.

<sup>2</sup> Gleiche Erwägungen treffen bei dem Absehen von der Strafverfolgung oder von Strafe zu, die zuweilen ebenfalls unrichtig als Gnade angesehen werden. (§ 153 StPO).

bestimmter Weise niedergelegt und durch die gerichtliche oder behördliche Praxis umgrenzt, daß der Täter bei ihrem Vorliegen mit der Aussetzung rechnen kann. Sollte er grundlos sie nicht erhalten, so würden das der Verurteilte und die Rechtsgemeinschaft zwar auch als Willkür, daneben aber vor allem als eine Verletzung des Rechts empfinden, als eine rechtlich nicht zu vereinbarende Zurücksetzung gegenüber den anderen.

Der formelle Entwicklungsgang hat zwar mit dem materiellen nicht Schritt gehalten. Vielfach wird die Strafaussetzung noch durch die Instanz ausgesprochen, die regelmäßig die Gnade übt. In anderen Bundesstaaten ist die Ausübung von der eigentlichen Gnadeninstanz getrennt und in die Hand der Gerichte als „Gnadenbefugnis“ gelegt. Formell ist das durchaus möglich, materiell beweist das aber, daß ein Gefühl der Besonderheit der Strafaussetzung nicht mehr besteht, daß sie vielmehr als eine allgemeine Erscheinung gewertet wird<sup>1</sup>. Wie wenig man sich des Gnadencharakters bewußt ist, ergibt die Tatsache, daß die Strafaussetzung in die Hand dessen gelegt wird, der den von der Gnade betroffenen Akt gesetzt hat. Ein und dieselbe Behörde soll im gleichen Fall Recht und Gnade üben, ja man kann sagen in einem Atemzuge. Wird doch regelmäßig vom Gericht während derselben Beratung in unmittelbarem Anschluß, wenn nicht gar gemeinsam mit der Straffestsetzung Entschließung gefaßt. Straffestsetzung und Strafaussetzung erwachsen dort zu einem einheitlichen Vorgang. Die Zweiteilung, hier Rechtsverfahren, hier Gnadenverfahren tritt selbst dem Berufsrichter, geschweige dem Laienrichter nicht in das Bewußtsein. Gerade hier erweist sich neben der materiellen Loslösung von der Gnade eine weitgehende formelle Trennung<sup>2</sup>.

Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten ist gewohnheitsrechtlich zur Rechtseinrichtung geworden<sup>3</sup>. Der Möglichkeit der Entstehung von

<sup>1</sup> Die Übertragung der Strafaussetzung an die Gerichte ist weniger erfolgt, weil sie sich durch Kenntnis des Sachverhalts besonders gut als Gnadeninstanz eignen, als weil ein kriminalpolitischer Gedanke, der im Ausland bereits verwirklicht war und im Inland zur Verwirklichung hindrängt, im Rechtsleben eingeführt werden sollte. Wäre die Eignung der Gerichte das Maßgebende, so hätte wahrscheinlich die Übertragung des Gnadenrechtes in noch weiterem Umfang erfolgen müssen.

<sup>2</sup> Zutreffende Bemerkungen bei FRANGEN: S. 59.

<sup>3</sup> Die Ansicht, daß ein Gnadenakt vorliege, wird in Literatur und Praxis noch fast allgemein vertreten von LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 450, 446, jedoch mit dem Hinweis, daß das der Gnade eigentümliche Wesen verleugnet und Sinn und Bedeutung der Gnade immer mehr umgebogen und erschüttert wird. ALLFELD: S. 193; BELING: StPO. S. 522 f.; GRAU-SCHÄFER: S. 253; HELLWIG: Reich und Preußen S. 13, Anm. 1a; LEWY: S. 188 u. a. m. s. auch Begründung zum Entw. 27, S. 35; VON HIPPEL: II, S. 584 weicht von der herrschenden Ansicht ab, insofern er nur von einer Berührung im gewissen Umfang von Gnade und bedingter Begnadigung, bedingter Strafaussetzung und bedingtem Straferlaß spricht. Den Gnadencharakter

Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Strafrechts werden zwar durch den Satz: *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (vgl. auch Art. 116 RV.), Schranken gesetzt. Dieser Satz greift aber hier nicht ein. Die Aussetzung auf Wohlverhalten hat keine Strafnatur oder auch nur strafähnliche Natur. Weitere Schranken bestehen nach dem bezeichneten Grundsatz nicht.

Fraglich kann es jedoch sein, ob gewohnheitsrechtliche Sätze des Inhalts, wie sie hier zur Rede stehen, rechtswirksam sind. Die Bedenken könnten daraus hergeleitet werden, daß es sich um landesrechtliches Gewohnheitsrecht handelt.

Gewohnheitsrecht hat in dem gleichen Umfang Wirksamkeit, wie es gesetztes landesrechtliches Recht haben würde. Auf dem Gebiete des Strafrechts steht den Ländern soweit das Gesetzgebungsrecht zu, als das Reich von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht (Art. 12, 7 Ziff. 2, RV.). Wieweit das Reich von seiner Strafgesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, ist aus den materiellen und prozessualen Strafgesetzen, in erster Linie des Strafgesetzbuchs und der Strafprozeßordnung, zu ersehen. Nähere Bestimmungen über das Verhältnis zum landesrechtlichen Recht befinden sich in den Einführungsgesetzen.

Hier ist Klarheit darüber erforderlich, ob die Aussetzung auf Wohlverhalten materiell oder prozessualen Charakter hat. Das materielle Strafrecht hat zum Gegenstande die Umschreibung der strafbaren Handlung und die Festsetzung der an die strafbare Handlung geknüpften Rechtsfolgen<sup>1</sup>. Das prozessuale Strafrecht umfaßt den Gang der Strafrechtsschutzfähigkeit<sup>2</sup>. Die Aussetzung auf Wohlverhalten ist in beiden Formen denkbar. Sie kann so ausgestaltet sein, daß sie lediglich in den Gang des Strafverfahrens eingreift, ohne die Rechtsfolgen der Straftat unmittelbar zu berühren. Dieser Fall kann bei der Strafverfolgungs-

---

der bedingten Strafaussetzung leugnet zutreffend FRANGEN: S. 60, richtige Hinweise auch bei NOETZEL: DRZ. 1929, S. 14. Aus der Rechtsprechung RG. Urt. vom 30. Oktober 1923 (4 D 524/23) in RG. 57, S. 393; OLG. Celle Beschl. vom 21. Februar 1927 (W 490/26) in GA. 71 S. 313 = Alsberg, OLGE. Str. Proz. III Nr. 257 S. 415 entgegen dem zutreffenden Standpunkt in einem nicht veröffentlichten Beschluß vom 23. April 1923 (W 164/23); OLG. Jena in einer bei LÖWE-ROSENBERG zu § 331 Anm. 4a angeführten Entscheidung vom 13. März 1925; OLG. Kiel: Beschl. vom 8. Januar 1925 (H III 2/7) in Höchst. RR. 1 S. 233 = Alsberg, OLGE. Str. Proz. I S. 14 Nr. 14; Beschl. vom 20. Oktober 1925 (W 195/25) in JW. 1925, S. 2816 Nr. 16; OLG. Königsberg, Urt. vom 17. Dezember 1928 (S. 413/28) in JW. 1929, S. 2776. Auf richtigem Empfinden beruht die Erklärung des Bayr. Just. Min. zu der Einführung des Straferlasses auf Wohlverhalten, „daß der bedingte Erlass der ganzen Strafe durch das Gericht der Bedeutung eines Gnadenaktes entkleidet wird“, mitgeteilt von DÜRR, DJZ. 33, Sp. 285.

<sup>1</sup> Vgl. VON HIPPEL: I, S. 1; VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 1.

<sup>2</sup> Vgl. BELING: StPO. S. 1.

aussetzung gegeben sein. Es kann unbedenklich dort angenommen werden, wo die Aussetzung bei geringfügigen Straftaten zulässig ist<sup>1</sup>. Die Rechtsfolgen sind in derartigen Fällen an sich anwendbar, sie würden im Falle der Anwendung zu Recht bestehen, sie kommen jedoch nicht zur Anwendung. Es liegt nur eine Durchbrechung des Verfolgungszwangs vor. Der materielle Anspruch des Staates auf die Rechtsfolgen und deren Durchführung besteht weiter.

Grundsätzlich anders ist es jedoch, wo es zum Ausspruch der Rechtsfolgen und im Anschluß an diesen Ausspruch, sei es in einer gemeinsamen oder besonderen Entscheidung, zur Aussetzung der Rechtsfolgen kommt. Hier steht der Anspruch auf die Durchführung der Rechtsfolgen zur Rede. Mögen die Wirkungen der Rechtseinrichtung je nach der Spielart auch verschiedene sein, immer aber zielt sie auf Veränderung des staatlichen Vollstreckungsanspruchs. Zwar bleibt dieser Vollstreckungsanspruch sowohl beim System der aufschiebend bedingten Verurteilung als auch in den Systemen des anfänglich befristeten Straferlasses, der Strafaussetzung und der Begnadigung auf Wohlverhalten zunächst bestehen und bei schlechtem Verhalten endgültig aufrecht erhalten. Der Anspruch jedoch hat trotzdem insofern einen Wandel erfahren, als er die naheliegende Möglichkeit, den Keim des Erlöschens oder der Aufhebung in sich trägt. Dadurch erhält der Vollstreckungsanspruch schon von vornherein eine Beschränkung. Insofern ist zwischen dem Strafaufschub der §§ 455, 456 StPO. und der Strafaussetzung auf Wohlverhalten ein grundlegender Unterschied. Dort ist die Frage, wie wird der Strafvollstreckungsanspruch verwirklicht, hier inwieweit er überhaupt besteht. Durch diese Fragestellung unterscheidet er sich von einer bloßen Durchbrechung des Strafvollstreckungszwangs, wo es sich lediglich um die Frage handelt, ob der unbeschränkt bestehende Strafvollstreckungsanspruch durchgeführt werden soll.

Die Veränderung des Strafvollstreckungsanspruchs ist eine Folge, die wie Strafe oder Sicherungsmittel an die Tat angeknüpft wird. Sie wird angewandt, weil die Tat so gelagert und die Persönlichkeit des Täters solcher Art ist. Sie ist die rechtliche Folge eines gegebenen Sachverhalts. Solange die Frage ihrer Anwendbarkeit noch nicht geprüft ist, sind die Rechtsfolgen noch nicht hinreichend erwogen.

Die Entscheidung über die Rechtsfolgen erfolgt regelmäßig im Urteil. Es entspricht daher auch der Natur der Rechtseinrichtung als einer Rechtsfolge, daß auch über sie im Urteil entschieden wird. Wo das nicht der Fall, ist ändert sich aber der Charakter nicht. Das gilt ganz unbedenklich dort, wo ein gesonderter Beschluß nur ergeht, weil für die

---

<sup>1</sup> Eine Untersuchung der englisch-amerikanischen Strafverfolgungsaussetzung würde in diesem Zusammenhang zu weit führen. Die Frage kann offen bleiben.

Frage der Aussetzung noch nicht genügende Klärung erfolgt war. Denn durch den rein äußeren Umstand einer zu langsamen Ermittlung kann der Charakter der Aussetzung nicht geändert werden. Aber auch dort, wo grundsätzlich ein besonderer Beschluß des Gerichts oder gar eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde erforderlich ist, kann mit Rücksicht auf die Gleichheit der Aufgaben und der trotz Verschiedenheit der Form bestehenden Verwandtschaft zu den vorgenannten Spielarten keine verschiedene Natur des Akts angenommen werden. Auch hier ist vielmehr erforderlich, die den Strafvollstreckungsanspruch ändernde Kraft anzuerkennen, denn niemals zielt auch hier der Akt nur auf die bloße Strafaussetzung, sondern stets auf die Aufhebung des Strafvollstreckungsanspruchs. Immer hat er auch den auf die Straftat und die Täterpersönlichkeit zurückführenden Ursprung. Seine Natur als unmittelbare rechtliche Folge der Straftatumstände verliert er niemals<sup>1</sup>.

Da es sich stets bei der Aussetzung auf Wohlverhalten, falls sie im oder nach dem Urteil erfolgt, um eine sich aus der Tat und der Täterpersönlichkeit ergebende Rechtsfolge handelt, ist sie eine Einrichtung des materiellen Rechts<sup>2</sup>. Inwieweit sie mit dem geltenden Recht vereinbar ist, ist daher an Hand des materiellen Strafrechts zu prüfen.

<sup>1</sup> Der enge Zusammenhang zwischen den durch Urteil und Beschluß ausgesprochenen Rechtsfolgen läßt keinen sachlichen Grund dafür, daß die Stellung des Richters hinsichtlich der durch Beschluß ausgesprochenen Rechtsfolgen eine andere sein soll als hinsichtlich der urteilsmäßig ausgesprochenen Folgen. Ebenso wie die Entscheidung durch Urteil ist auch die Entscheidung durch den Strafaussetzungsakt als ein Akt der Rechtsprechung anzusehen. Demgemäß besteht auch in der Frage der Strafaussetzung die richterliche Unabhängigkeit. Die vorgesetzte Verwaltungsbehörde kann daher weder Anweisungen erteilen, noch die getroffene Entscheidung zu Ungunsten des Verurteilten abändern (zugunsten des Verurteilten nur als Gnadenakt). Hinsichtlich der Abänderung ebenso HELLWIG: Bedingte Aussetzung in Preußen, S. 9. Nicht ausgeschlossen sind selbstverständlich Hinweise des Justizministers, die aber keine bindende Wirkung haben. Sie können jedoch zur Klärung zahlreicher Zweifel angebracht sein. Zweifelnd auch FRANGEN: S. 65 Anm. 57. Die entgegengesetzte herrschende Meinung (vgl. noch neuerdings GRAU-SCHÄFER: S. 275, 310; SCHÄFER: DJZ. 1932 Sp. 350, auch die preuß. A. V. vom 21. April 1922 JMBL. S. 143) beruht auf einer Verkennung des wahren Charakters der Strafaussetzung. Dem ist es auch zu verdanken, wenn bisher noch keine Bedenken dagegen erhoben worden sind, daß bei der Strafaussetzung über strafrechtliche Rechtsfolgen durch Verwaltungsbehörden entschieden wird, und zwar in Strafsachen, die vor die ordentlichen Gerichte gehören (§ 13 GVG.). Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden ist hier nur durch Annahme eines doppelten Gewohnheitsrechts (Vorbehalt des Reichsrechts zugunsten der Zuständigkeitsbegründung der Verwaltungsbehörden und Begründung ihrer Zuständigkeit zu rechtfertigen).

<sup>2</sup> So auch für die bedingte Verurteilung die ständige Praxis des Zürch. Kassationsgerichts. Urt. vom 10. Juli 1920 (Zürch. Bl. 19, Nr. 210, S. 370), Urt. vom 19. Dezember 1921 (Zürch. Bl. 21, Nr. 72, S. 183, Urt. vom 28. August 1923 (Zürch. Bl. 23, Nr. 175, S. 303), Urt. vom 29. Juni 1925 (Zürch. Bl. 25, Nr. 35, S. 57); vgl. ferner HASLER: Schw. J. Z. 17 S. 274.

§ 2 EinfGes. z. StGB. kommt für die Frage der Vereinbarkeit der landesrechtlichen Regelung der Aussetzung auf Wohlverhalten mit dem Reichsstrafrecht nicht in Betracht. § 2 handelt von „Materien“, die Gegenstand des Strafgesetzbuchs sind. Materie ist eine Gruppe von Handlungen, die durch Gleichheit der sie bewegenden Grundgedanken und der von ihnen betroffenen Rechtsgüter zu einer Einheit verbunden werden<sup>1</sup>. Nicht Rechtssätze, sondern Vorgänge<sup>2</sup>, deren Strafbarkeit in Rede steht, bilden eine Materie. Das folgt aus § 5 EinfGes. Daher bedeutet auch die Regelung der Strafen nicht eine Regelung einer „Materie“<sup>3</sup>. Auf Maßnahmen, wie sie die Strafe darstellen, ist der Begriff der Materie nicht zugeschnitten. Auch die Aussetzung auf Wohlverhalten kann daher diesem Begriff nicht unterstellt werden.

§ 6 EinfGes. bestimmt, daß nur auf die im StGB. enthaltenen Strafarten erkannt werden könne. Da die Aussetzung auf Wohlverhalten keine Strafnatur hat, paßt diese Bestimmung schon ihrem Wortlaut nach nicht. Sie hat überdies nur die Landesrechtskraft für das Landesrecht etwa in Betracht kommenden Strafarten im Auge. Hier aber handelt es sich um eine durch das Landesrecht für das Reichsrecht begründete Maßnahme. Ein derartiges Verhältnis untersteht Art. 13 Abs. 1 RV. Reichsrecht bricht Landrecht. Das Landesrecht darf keine zum Reichsrecht in Widerspruch stehende Bestimmungen erlassen.

Gegen die landesrechtliche Einführung der Aussetzung auf Wohlverhalten sind zwei Einwände denkbar: 1. die Aussetzung auf Wohlverhalten widerspricht dem in erster Linie auf dem Vergeltungsgedanken beruhenden geltenden Strafrecht<sup>4</sup>, 2. die an die Straftat geknüpften Rechtsfolgen sind im Strafgesetzbuch erschöpfend geregelt.

<sup>1</sup> Über den Begriff der „Materie“ vgl. VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 117; EBERMAYER zu § 2 EinfGes., Anm. I; FRANK zu § 2 EinfGes., Anm. II, 1; VON OLSHAUSEN zu § 2 EinfGes., Anm. 3.

<sup>2</sup> Richtig daher VON LISZT-SCHMIDT: a. a. O., wenn auf Handlungen abgestellt wird; unrichtig lediglich die Beschränkung auf strafbare Handlungen. Auch die nichtstrafbaren Handlungen gehören zur Materie. Auch sie sind häufig durch die Tatsache der Nichtstrafbarkeit ebenso wie die strafbaren Handlungen der „Materie“ Gegenstand des Strafgesetzbuches.

<sup>3</sup> Nicht ganz zutreffend die Ausführungen VON OLSHAUSEN: Vorbemerkung zum 1. Abschn., Anm. 1, S. 90; daß der 1. Abschnitt zwar nicht die „Materie der Strafen“, wohl aber die Materie derjenigen Strafarten, die in diesem Abschnitt zu finden seien, regle. Hier wird „Materie“ in einem anderen Sinn verwandt, wie ihn §§ 2, 5 EinfGes. gebrauchen.

<sup>4</sup> Vgl. die Angaben über die ältere Literatur bei BACHEM: S. 44; ferner etwa BIRKMEYER: Vorentwurf S. 55; SCHMIDT, R.: Strafrechtspflege S. 285 ff.; neuerdings DROST: S. 164; ZIMMERMANN: Zentralblatt 47 S. 435; vgl. auch SUTHERLAND: S. 560, der von einem „Distinct break with the retributive theory of punishment“ spricht. — Für die Vereinbarkeit von Vergeltungsgedanken und Strafaussetzung auf Wohlverhalten schon ZUCKER: GS. 47 S. 261; BACHEM: a. a. O.; richtig auch HAFTER: S. 332; MEZGER: Lehrbuch S. 509.

1. Der erste Einwand verlangt ein Eingehen auf die Bedeutung der Aussetzung auf Wohlverhalten. Die Einrichtung verdankt ihren Ursprung der Erkenntnis, daß die Vollstreckung der Freiheitsstrafe, selbst der bestorganisierten Freiheitsstrafe, schwere Nachteile mit sich bringt<sup>1</sup>. Sie reißt den Verurteilten aus seinem Arbeitskreis, verurteilt ihn in Zeiten des Arbeitsmangels nach Verlust seiner Arbeitsstelle zur Arbeitslosigkeit, schädigt seine wirtschaftlichen Verhältnisse, vernichtet oftmals sein gesellschaftliches Ansehen, zerstört sein Selbstbewußtsein, nimmt ihm die Scheu vor dem Gefängnis und somit die Furcht vor der Strafdrohung, bringt ihn in Beziehung zu anderen Rechtsbrechern, die ihm Unterricht im Verbrechen erteilen. Sie trifft nicht nur den Täter selbst, sondern auch seine Familie. Sie trifft darüber hinaus aber auch die Gesamtheit, der sie Werte entzieht und neues Elend und Verbrechen bringt. Die schweren Folgen der Vollstreckung ließen berechnete Zweifel an der Zweckmäßigkeit der Freiheitsstrafe aufkommen. Aber nicht nur der Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit, sondern auch der Gedanke der gerechten Vergeltung verlangt eine Beschränkung der Freiheitsstrafe. Die Vertreter der klassischen Schule haben diese Tatsache lange Zeit nicht richtig erkannt und daher erfolgte gerade von dieser Seite der schärfste Widerstand gegen eine notwendige Weiterbildung des Strafrechts im Sinne einer gerechten Vergeltung. Aber auch diese fordert eine Nachprüfung des Strafsystems zur Vermeidung von Härten und Herbeiführung eines billigen Ausgleichs. Zweckmigkeitsideen und Vergeltungsstreben laufen auch hier ein großes Stück gemeinsam.

In welcher Weise der Ausgleich der gestörten Rechtsordnung stattzufinden hat, unterliegt nicht einer stets gleichbleibenden Volksanschauung. Vielmehr wandelt sich diese. Was heute als gerechter Ausgleich erscheint, erscheint morgen als ungerechte Hrte. Das Hängen eines Diebes erschien früheren Zeiten angemessen, heute würde es für eine Grausamkeit gehalten. Wenn einer früheren Generation eine umfangreiche Anwendung der Freiheitsstrafe als gerechte Vergeltung erschien, so bedeutet das nicht, daß die heutige Generation, die die Folgen der Freiheitsstrafe anders würdigt, auf dem Standpunkt der früheren Zeitauffassung verharrt. Je stärker die nachteiligen Wirkungen der Freiheitsstrafe namentlich für den Verurteilten in Erscheinung treten, um so mehr muß auch vom Vergeltungsstandpunkt aus ein Wandel in der Auffassung über die Freiheitsstrafe eintreten.

In Deutschland hat der Kampf um die Freiheitsstrafe vorzüglich in zwei Richtungen Neuerungen gebracht: 1. der Ersatz der Freiheitsstrafen durch andere Strafarten, namentlich durch die Erweiterung der Geldstrafen (vgl. aber auch § 28 b StGB. freie Arbeit) und 2. die Aus-

<sup>1</sup> Das ist allgemein anerkannt. Vgl. PARSONS: S. 324; KENNY: S. 507; GARRAUD: III S. 424; aus der deutschen Literatur statt aller VON LISZT: V. d. Allg. Tl. III S. 6.

setzung auf Wohlverhalten. Die erste Neuerung bezieht sich vom Vergeltungsstandpunkt aus betrachtet vor allem auf diejenigen Fälle, in denen bereits durch eine Geldstrafe der Ausgleich geschaffen ist. Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen die Geldstrafe einen Ausgleich nicht schafft, in denen es des Ausspruchs bedarf, daß die Tat eine Freiheitsstrafe verdient und dem Täter wenigstens nach außen hin die Stellung eines zur Freiheitsstrafe Verurteilten gegeben werden soll, in denen jedoch die Vollstreckung der Strafe mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Täters unter Beachtung der näheren Umstände der Tat als zu hart erscheint, namentlich dann, wenn der Täter eine ständige rechtsordnungsfreundliche Gesinnung hat. Eine zu harte Maßnahme durchzuführen, widerspricht dem Gedanken des gerechten Ausgleichs. Das Persönlichkeitsbild kann der Richter zur Zeit des Urteilspruchs nur aus der Vergangenheit schöpfen. Es kann aber unter Umständen erst in Verbindung mit der Zukunft völlig erfaßt oder aber, wenn bereits die Vergangenheit ein zuverlässiges Bild gewährt, vermag die Zukunft die getroffene Diagnose zu bestätigen. In dem einen Fall begründet die Zukunft die Sicherheit, in dem andern bekräftigt sie die bereits gewonnene Überzeugung. So aber wird es möglich und sinnvoll, auch das zukünftige Verhalten in den Urteilspruch einzuschließen und auf dieses den Ausgleich abzustellen.

Die bloße Nichtbegehung neuer Straftaten gibt häufig nur ein unvollkommenes Bild der Gesinnung. Zu ihrer Klarlegung bedarf es Beweise der Rechtsordnungsfreundlichkeit. Solche Beweise zu führen, wird den Verurteilten durch die Auferlegung von Pflichten Gelegenheit geboten. Unter Umständen vermag der Verurteilte ohne Unterstützung nicht eine seinem Charakter entsprechende Lebensweise zu führen. Hier kann der Richter mit der Anordnung der Schutzaufsicht und sonstigen Maßnahmen eingreifen<sup>1</sup>.

So ergibt sich tatsächlich die Möglichkeit der Vereinbarkeit der Aussetzung auf Wohlverhalten und des Vergeltungsgedankens. Sie stellt eine Vertiefung und Veredlung der Vergeltungsidee dar. Nachdem die Bedeutung der Erfassung der Persönlichkeit bei der Strafbemessung für den Vergeltungsgedanken erkannt ist, ist es nur ein folgerichtiger Schritt auch diese Neuerung, die in erster Linie die Persönlichkeit zum Gegenstande hat, in das Vergeltungsstrafrecht einzuführen<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Hierbei handelt es sich nur um eine Seite der Bedeutung der Auflagen und Maßnahmen, sicherlich nicht um die ursprüngliche eigentliche Bedeutung. Vom Standpunkt der Vergeltung aus verdient aber auch diese Seite Hervorhebung. Darüber, daß die eigentliche Bedeutung die Erziehung und Besserung auch im Vergeltungsrecht zur Geltung kommt vgl. unten S. 192.

<sup>2</sup> Entsprechende Erwägungen führen zu der Vereinbarkeit der Aussetzung der Geldstrafen und Vergeltung. Zu beachten ist gerade die unter den heutigen Verhältnissen starke Wirkung der Geldstrafe.

Vom Standpunkt des Vergeltungsstrafrechts aus hat OETKER<sup>1</sup> durch die Lohntheorie die Vereinbarkeit der Aussetzung darzutun versucht. Dieser Weg ist von dem hier gegangenen grundsätzlich verschieden. Bei der Lohntheorie erscheint die verhängte Strafe als die angemessene Rechtsfolge, die nur zum Lohn für späteres Verhalten nicht zur vollen Durchführung gebracht wird, nach der hier vertretenen Ansicht ist die durch die Aussetzung beschränkte Strafe die angemessene Rechtsfolge. Die Lohntheorie nimmt ähnlich wie die Gnadentheorie ein Gegeneinander entgegengerichteter Maßnahmen an, während die hier vertretene Auffassung ein Ineinandergreifen von Maßnahmen in derselben Zielrichtung als gegeben ansieht. Die Lohntheorie vermag auch nicht zu erklären, warum gerade der Rechtsbrecher belohnt wird<sup>2</sup>. Es liegt hier ebensowenig ein Lohn vor, wie bei dem Diebe, der heute nicht mehr gehängt, sondern eingesperrt wird oder gar nur zahlen muß. Hier wird niemand sagen, daß dieses Minus Lohn ist. Vielmehr wird man hier von einer in der Anpassung der staatlichen Reaktion an die neuzeitlichen Anschauungen sprechen.

Auch mit der Idee der Generalprävention ist die Aussetzung auf Wohlverhalten vereinbar. Ein Widerstreit innerhalb des Vergeltungsrahmens wird zwar häufig gegeben sein, ist aber nicht stets notwendig und in zahlreichen Fällen auch nicht vorhanden. Schon die Tatsache der Verurteilung, verbunden mit der vom Verhalten abhängigen Möglichkeit der Vollstreckung der Strafe kann schon eine ausreichende Abschreckung darstellen.

Das Verhältnis von Allgemeinabschreckung und Aussetzung auf Wohlverhalten regelt sich nach der Bedeutung der Allgemeinabschreckung im Gesetz. Wo die Allgemeinabschreckung bereits durch die Verurteilung und den durch die Aussetzung (namentlich auch die damit verbundenen Anordnungen) hervorgerufenen Zustand hinreichend verwirklicht ist, besteht zweifellos für die Anwendung der Aussetzung kein Hindernis. Sind aber Allgemeinabschreckung und Aussetzung nicht miteinander vereinbar, so geht die Allgemeinabschreckung, sofern sie als allgemeiner, das ganze System beherrschender Gedanke im Gesetz niedergelegt ist, vor, es sei denn, daß das Zurücktreten des Allgemeinabschreckungsgedankens durch besondere Regelung sich aus dem Gesetz ergibt. Die Natur der Aussetzung gibt zu der Frage keine Antwort<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> OETKER: Strafe und Lohn S. 20 ff., ebenda: GS. 70 S. 362 ff.

<sup>2</sup> So zutreffend ALLFELD: S. 190.

<sup>3</sup> Die Berücksichtigung der Generalprävention erfolgt regelmäßig in der Zürch. Rechtssprechung. Vgl. als Beispiele: Urteil des Obergerichts vom 10. Juni 1920 und des Kassationsgerichts vom 10. Juli 1920, Zürch. Bl. 19, Nr. 210, S. 369 ff.; Urteil des Obergerichts vom 8. November 1927, Zürch. Bl. 27, Nr. 159, S. 317; Urteil des Obergerichts vom 28. August 1930 und des Kassationsgerichts vom 10. November 1930, Zürch. Bl. 30 Nr. 154 S. 308. — Anders die tschech. Rechtssprechung: Kassationshof: Urt. vom 28. März 1927 (ZM. I, 614/26) in Tschech. JZ. 1927, Beilage, S. 39.

Es ergibt sich demnach, daß die Aussetzung auf Wohlverhalten mit dem geltenden Strafrecht in Einklang stehen kann und insoweit eine landesrechtliche Regelung nicht ausgeschlossen ist.

2. Die Frage, ob die Rechtsfolgen für ein gegen das Strafgesetzbuch verstoßendes Verhalten, soweit es sich um im Strafverfahren anzuwendende Rechtsfolgen handelt, ausschließlich geregelt ist, muß bejaht werden. Es ergibt sich das aus dem Kodifikationsprinzip. Der Zweck der Kodifikation verbietet die Auslegung, daß das Strafgesetzbuch nur die Rechtsfolge der Strafe habe regeln wollen, nicht aber damit grundsätzlich den ganzen Komplex der Rechtsfolgen. Nur soweit ein besonderer Vorbehalt besteht, ist eine Ergänzung des Systems der Rechtsfolgen möglich. Ein solcher Vorbehalt ist im Strafgesetzbuch nicht enthalten. Wohl aber kann man die gewohnheitsrechtliche Entstehung eines Vorbehalts zur Einführung der Aussetzung auf Wohlverhalten annehmen. Die Aussetzung auf Wohlverhalten wird in sämtlichen Bundesstaaten seit annähernd einem Vierteljahrhundert<sup>1</sup> angewandt, freilich unter dem Mantel der Gnade. Welchen Schein sich die Rechtseinrichtung aber gab, ist nicht ausschlaggebend. Ausschlaggebend ist lediglich, daß die Aussetzung auf Wohlverhalten seit langer Zeit als ordentliche Rechtseinrichtung geübt, daß die Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht allgemein angenommen wurde, daß die Anwendung dieser landesrechtlichen Rechtseinrichtung bei Verurteilung auf Grund des Reichsrechts sich in einem solchen Umfang eingebürgert hat, daß die Behauptung, die Anwendung der Strafaussetzung sei rechtlich unzulässig, der allgemeinen Rechtsüberzeugung entgegen sein würde. Die Macht der Gewohnheit hat auch hier den tatsächlichen Zustand sanktioniert.

Die Kritik der Auffassungen, die die Aussetzung auf Wohlverhalten den Begriffen der Strafe oder der Sicherungsmittel einzureihen versuchen, hat zu dem Ergebnis geführt, daß die Aussetzung auf Wohlverhalten weder das eine noch das andere ist. In dem Verhältnis zur Gnade ist festgestellt, daß die Aussetzung auf Wohlverhalten ihrem Wesen nach auch keine Gnade ist. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, daß sie als Gnadenakt erfolgen kann. Tatsächlich geschieht das auch<sup>2</sup>. In diesem

<sup>1</sup> In Thüringen wurde die Aussetzung auf Wohlverhalten in den früheren Einzelstaaten geübt. Keine besondere Regelung in den beiden REUSS, so LISZT-SCHMIDT: 26. S. 478.

<sup>2</sup> Nur soweit die Strafaussetzung als regelmäßige Erscheinung sich eingebürgert hat, hat sie den Charakter einer Rechtseinrichtung. Dort, wo die Strafaussetzung durch Gerichte ausgeübt wird, hat sie schlechthin den Rechtscharakter. Die Übertragung an die Gerichte beweist gerade, daß sie mit einer gewissen Regel- und Gesetzmäßigkeit angeordnet werden soll, was auch tatsächlich geschieht. Schwierig ist die Abgrenzung dort, wo die Verwaltungsbehörde die Strafaussetzung sowohl als Rechtseinrichtung als auch als Gnadenakt übt. Wo die Grenze zu ziehen ist, mag schwierig festzustellen sein. Entscheidend ist auch hier, ob die

Fall ergibt sich ihr Sinn und ihre Bedeutung aus dem Wesen der Begnadigung. Soweit die Aussetzung auf Wohlverhalten kein Gnadenakt, sondern Rechtsfolge ist, fehlt es an einer befriedigenden, systematischen Eingruppierung. Einer solchen bedarf es zum Verständnis und zur Würdigung der Einrichtung.

Die Aussetzung auf Wohlverhalten ist keine neue selbständige Art des Verfahrens oder der Reaktionsmittel. Sie stellt vielmehr nur Umgestaltung von bereits Vorhandenem dar. Sie bedeutet eine Abschwächung der staatlichen Reaktion, insofern sie die Nichtdurchführung des Verfahrens in Aussicht stellt. Auch dann, wenn infolge der Anordnung besonderer Maßnahmen und Pflichten eine Verschärfung der staatlichen Reaktion eintritt und so die Erleichterung nicht so stark empfunden wird, so wird dadurch die Tatsache, daß eine Zurückhaltung und Abschwächung der staatlichen Reaktion vorliegt, nicht aus der Welt geschafft. Die Bezeichnung der Maßnahme als einer solchen der Strafökonomie bringt diesen Umstand zutreffend zum Ausdruck. Man würde allerdings besser von Reaktionsökonomie sprechen. Freilich ist die Aussetzung auf Wohlverhalten zweischneidig. Im Falle der Nichtbewährung kann sich die Aussetzung als Erschwerung erweisen. So namentlich im englisch-amerikanischen System bei der Urteilsaussetzung, da hier die Nichtbewährung geeignet ist, eine höhere Strafe herbeizuführen. Aber auch dort, wo das Urteil gesprochen ist, wirkt die spätere Vollstreckung unter Umständen besonders schwer. Hinzu tritt die Durchführung der besonders angeordneten Maßnahmen, etwa sogar Schutzaufsicht, und die Erfüllung der auferlegten Pflichten, denen das erhoffte Ergebnis nicht gefolgt ist.

So bedeutsam der Gedanke der Abschwächung der staatlichen Reaktion für die Wirkung der Rechtseinrichtung auf den Täter und so wichtig er auch mit Rücksicht auf die Ersparung von Reaktionsmitteln sein mag, so ergibt er doch nur ein unvollkommenes Bild, das für eine systematische Einreihung nicht ausreicht. Erst das Verhältnis der Aussetzung auf Wohlverhalten zum gewöhnlichen Verbrechensbekämpfungsverfahren und zu den ordentlichen Verbrechensbekämpfungsmitteln gibt eine ausreichende Aufklärung. Sie befreit den Verfahrensgang oder die Reaktionsmittel aus ihrer Starrheit. Sie macht sie anpassungsfähiger für die Besonderheiten der gegebenen Verhältnisse. Sie macht die staatliche Verbrechensbekämpfung elastischer und ermöglicht so erhöhte Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit und Täterverhältnisse.

Mit dieser Wirksamkeit steht die Aussetzung auf Wohlverhalten nicht als vereinzelte Maßnahme dar. In gleicher Richtung liegt die „vorläufige

---

Strafaussetzung noch bei einer gewissen Strafhöhe mit einer Regel- und Gesetzmäßigkeit ausgeübt wird. Ob die Grenze etwa bei 6 Monaten oder 1 Jahr liegt, ist eine Frage der gewohnheitsrechtlichen Bildung.

Entlassung“ (§ 23 StGB.). Systematisch gehören hierhin die der vorläufigen Entlassung verwandten Erscheinungen: „conditional release“, „commutation of sentence“ und „indeterminate sentence“<sup>1</sup>. Immer handelt es sich darum, daß dem Verfahren die Gewißheit der Reaktion genommen, daß Art oder Maß der Reaktion von den Umständen abhängig gemacht wird und so die Reaktion einen beweglichen Charakter erhält. Man kann diese Maßnahmen als *Mittel der Reaktionsbeweglichkeit*<sup>2</sup> bezeichnen.

Die Idee der Reaktionsbeweglichkeit ist Zweckmäßigkeitserwägungen entsprungen. Sie brach sich zuerst bei denen Bahn, die im wesentlichen der Verbrechensbekämpfung spezialpräventive Zwecke zuschrieben. Die Verfechter der Spezialprävention haben das Verdienst, die Idee der Reaktionsbeweglichkeit wenigstens zum Teil, namentlich soweit es sich um die Aussetzung auf Wohlverhalten in dem allgemeinen Rechtsbewußtsein Anerkennung verschafft zu haben. Damit ist sie aber nicht mehr nur noch eine Frage, die die Anhänger der Spezialprävention angeht, sondern eine solche, die von jeder Richtung Beachtung fordert. Daß sie auch vom Vergeltungsstandpunkt aus Beachtung finden muß und kann, ist bereits dargetan. Nicht mehr um die grundsätzliche Aberkennung sollte es mehr gehen, als vielmehr um den Grad der Verwirklichung der Idee<sup>3</sup>.

### § 13. Die Anordnung der Aussetzung auf Wohlverhalten.

I. Das geltende Strafrecht und das Strafrecht des Entwurfs beherrscht der Vergeltungsgedanke. Auch die Strafaussetzung auf Wohlverhalten ist mit einem Vergeltungsstrafrecht vereinbar. Rechtlich ergibt sich für das geltende Recht die Unterstellung der Aussetzung auf Wohlverhalten, soweit sie landesrechtlich begründet ist, unter den Ver-

<sup>1</sup> Systematisch richtig behandeln BARNES: S. 215 ff. u. PARSONS: S. 326 ff. the comutation of sentence for good behavior, the indeterminate sentence, the conditional release und the suspended sentence im unmittelbaren Anschluß. — MITTERMAIER: Anlage S. 55 stellt neben „die bedingte Verurteilung“ die „bedingte Entlassung“, den „unbedingten Straferlaß“, die „mildernden Umstände“ und die Unterlassung der Strafverfolgung. Gegen die systematische Gleichstellung der mildernden Umstände mit der Aussetzung auf Wohlverhalten spricht, daß die Aussetzung auf Wohlverhalten selbst Rechtsgestaltung ist, die mildernden Umstände nur eine solche herbeiführen. Beim unbedingten Straferlaß und der Unterlassung der Strafverfolgung fehlt das Kennzeichen der Beweglichkeit.

<sup>2</sup> Zur Natur der Mittel der Reaktionsbeweglichkeit gehört keineswegs die Tendenz der Abschwächung der staatlichen Reaktion. Das in diese Gruppe gehörige „unbestimmte Urteil“ führt vielmehr im allgemeinen zu einer Verschärfung. Vgl. hierzu die aufschlußreiche Übersicht bei von HENTIG: Verschärfungseffekt der unbestimmten Verurteilung, Monatsschrift 22 S. 52.

<sup>3</sup> Die geschilderte Entwicklung bietet eine treffende Bestätigung der Auffassung EXNERS: Gerechtigkeit, S. 16 ff. über das Verhältnis von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit.

geltungsgedanken aus dem Vorrang des Reichsrechts. Es verlangt von landesrechtlichen Ergänzungen die Achtung vor den Grundlagen. Ist es auch möglich, die reichsgewohnheitsrechtliche Bildung eines Vorbehalts für eine landesrechtliche Ergänzung des Reichsrechts durch Einführung einer neuen Art von Rechtsfolgen anzunehmen, so kann doch dieser Vorbehalt niemals soweit gehen, die Möglichkeit einer Aufhebung positivrechtlich festgelegter Grundlagen des Reichsrechts zu begründen. Die Idee der rechtlichen Einheit und Geschlossenheit eines Rechtssystems verlangt aber auch für den Entwurf 27 die Unterordnung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten unter die Grundgedanken des Entwurfs. Ein das Ansehen der Rechtsordnung zerstörender Zwiespalt kann nicht angenommen werden, solange noch nach Inhalt der Rechtseinrichtung und Wortlaut des Gesetzes eine andere Auffassung möglich ist. Sowohl die Begrenzung der Anwendung der Strafaussetzung auf eine Gefängnis- und Einschließungsstrafe bis zu 1 Jahr (§ 40) als auch die Voraussetzungen, die § 41 Entw. gibt, liegen durchaus innerhalb des vom Vergeltungsstandpunkt zu Fordernden<sup>1</sup>.

Neben der Berücksichtigung des Vergeltungsgedankens fordert das StGB. und der Entw. 27 die Beachtung der Generalprävention (41 Entw.). Während jedoch der Vergeltungsgedanke sich positiv auswirkt, indem er zur Strafaussetzung führt, gibt die Generalprävention nur eine negative Begrenzung.

Spezialpräventive Gedanken können den Ausschlag für die Anordnung der Strafaussetzung dann geben, wenn die Vergeltung sowohl die Anwendung wie die Nichtanwendung zuläßt und die Generalprävention der Anwendung nicht entgegen steht. Die Spezialprävention greift hier ein mit dem Ziele der Erziehung und Besserung.

Besonderheiten bestehen hinsichtlich der Strafaussetzung auf Wohlverhalten im JGG. Das JGG. begründet ein Erziehungsstrafrecht. In ihm herrschen die spezialpräventiven Ideen vor. Der Jugendliche soll vor allem auf den Weg der Besserung geführt werden. Der Vergeltungsgedanke tritt zurück. Demgemäß untersteht auch die Strafaussetzung auf Wohlverhalten der Spezialprävention, soweit das JGG. seine Ideen erstreckt.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu das Referat von KOHLRAUSCH auf der Karlsruher Tagung der J. K. V. (N. F. 3. Bd. S. 34). HEINITZ: Arch. f. Rechtsphil. 22 S. 266 entnimmt aus § 41 Entw. den Ausschluß des Vergeltungsgedankens. Ein solches Ergebnis rechtfertigt sich jedoch nicht aus dem Satz: „Wenn die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat der Erwartung begründen, daß er künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde“; denn die hier erwähnten Umstände sind auch zur Bestimmung einer der Vergeltung entsprechenden Reaktion bedeutsam. Zu eng ist es auch wenn HEINITZ in der Erwähnung des „öffentlichen Interesses“ ausschließlich die Zulassung der Generalprävention erblicken will. Der Ausdruck „öffentliches Interesse“ ist ein so weiter, daß man ihm neben der Generalprävention auch die Vergeltung unterstellen kann.

Das JGG. bezieht sich auf alle Täter, die zur Zeit der Tat jugendlich waren, ohne Rücksicht darauf, ob sie das 18. oder 21. Lebensjahr überschritten haben. Das Alter ist für die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Strafaussetzung auf Wohlverhalten als Erziehungsmaßregel belanglos, so sehr es auch bei der praktischen Anwendung von Bedeutung sein mag. Aus § 17 II JGG. läßt sich gegen diese Auffassung ein Schluß irgendwelcher Art nicht ziehen. Es schränkt den Geltungsbereich des JGG. nicht ein, sondern gibt nur eine Zuständigkeitsregelung. Zweifel, ob die Strafaussetzung nach Maßgabe des Erziehungsgedankens oder Vergeltungsgedankens erfolgen soll, sind jedoch insoweit möglich, als § 13 I S. 2 JGG. die Strafaussetzung auch bei solchen Verurteilten zuläßt, die zur Zeit der Tat nicht mehr jugendlich waren, auf die daher das JGG. grundsätzlich keine Anwendung mehr findet. Die Frage ist zugunsten des Erziehungsgedankens zu entscheiden. Der Sinn der Vorschrift ist, die mit der früheren Verurteilung eingeleitete Erziehungsaktion zu sichern, falls sie trotz der neuen Verurteilung doch Erfolg verspricht. Die Durchführung des Erziehungsverfahrens läßt nur dann ein günstiges Ergebnis erwarten, wenn der Verurteilte während des Verfahrens nach einheitlichen Grundsätzen behandelt wird. Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten im Jugendgerichtsgesetz beruht demnach, auch soweit es in das Erwachsenenstrafrecht eingreift, auf einer grundsätzlich anderen Regelung wie das ordentliche Strafrecht. Von einer weiteren Darstellung des nur ausnahmsweise für Erwachsene in Frage kommende Jugendrecht wird Abstand genommen.

II. Aus den oben skizzierten Grundlagen ergeben sich als Voraussetzungen für die Anwendung der Strafaussetzung im ordentlichen Strafrecht: 1. die Verträglichkeit der Tat mit einer derartigen Maßnahme, 2. die Würdigkeit des Täters, 3. die Geeignetheit des Täters.

Die Tatverträglichkeit ist ein sich aus der Vergeltung und Generalprävention ergebendes Erfordernis. Sie bedeutet, daß sich die Tat nach Art, Durchführung und Erfolg innerhalb eines solchen Rahmens hält, daß eine Nichtvollstreckung der Strafe sowohl mit den die Rechtsgemeinschaft beherrschenden Auffassungen als auch mit den Interessen der Rechtsgemeinschaft vereinbar erscheint. Die Täterwürdigkeit ergibt sich aus dem Vergeltungsprinzip. Sie liegt vor, wenn die durch die Tat offenbarte Gesinnung eine solche ist, daß das durch die Strafe angeregte Reaktionsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft auch ohne Strafvollstreckung befriedigt werden kann. Tatverträglichkeit und Täterwürdigkeit sind die nur negativ wirkenden Voraussetzungen, d. h. sind sie nicht gegeben, so ist die Strafaussetzung ausgeschlossen. Liegen sie vor, so ist damit noch nicht über die Anwendung der Strafaussetzung entschieden. Die positive Entscheidung ergibt sich vielmehr aus der Tätergeeignetheit. Sie ist gegeben, 1. wenn zu erwarten steht, daß der Verurteilte künftig ein gesetz-

mäßiges und geordnetes Leben führen wird, 2. wenn der Verurteilte zu der strafbaren Handlung eine ablehnende Stellung einnimmt. Beides muß erfüllt sein. Vergeltung und Spezialprävention stellen hier die gleichen Anforderungen. Steht nicht zu erwarten, daß der Verurteilte sich gut führen wird und lehnt er die Straftat nicht ab, so wird durch eine Strafaussetzung weder dem Reaktionsbedürfnis noch den Ansprüchen, die vom Gesichtspunkt der Erziehung oder Besserung zu stellen sind, genüge getan.

Die drei Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der Richter die Strafaussetzung zur Anwendung bringen kann. Für das geltende Recht gilt das unbedingt. Für das Recht des Entwurfs so weit, als nicht etwa, was jedoch nicht der Fall ist, irgendwelche gesetzliche Ausnahmen gegeben sind.

Die weite Fassung der preußischen Regelung, die die Strafaussetzung bei jeder Strafart und jeder Strafhöhe zuläßt, wenngleich bei der Zuchthausstrafe auch nur als Teilstrafaussetzung, erhält durch ihre Unterstellung unter den Vergeltungs- und Generalpräventionsgedanken eine erhebliche Einschränkung. Im Interesse einer Vereinheitlichung und Vereinfachung der preußischen Praxis ist eine Herausarbeitung der grundsätzlichen Leitgedanken, die für eine Einschränkung maßgebend sind, erforderlich. Die Einschränkung kann sich nur auf die Anordnung der Strafaussetzung als ordentliche Rechtseinrichtung beziehen. Die den Gerichten übertragene Gnadengewalt bleibt daneben bestehen. Der Unterschied ist aber bedeutsam. Im ersten Falle übt der Richter die Strafaussetzung als eine ständige Rechtseinrichtung nach festen rechtlichen Gesichtspunkten, im anderen Fall handelt es sich um eine Einzelercheinung, die im Gegensatz zum Inhalt der Rechtsordnung tritt. Es liegt nicht nur ein theoretischer Unterschied vor, sondern ein erheblich praktischer Vorstellungs- und Denkprozeß ist in beiden Fällen ein verschiedener. Dadurch wird auch das Denkergebnis betroffen. Ferner: im ersten Fall liegt ein Akt richterlicher Unabhängigkeit, im anderen Fall ein Verwaltungsakt vor. Das ist für die Frage der Anweisung und Abänderung durch die Verwaltungsbehörde von Bedeutung. Endlich vom Standpunkt des Verurteilten aus: in dem einen Fall besteht ein Rechtsanspruch, in dem anderen nicht. Im folgenden ist nur von der Strafaussetzung als Rechtseinrichtung die Rede.

III. In Preußen ist die Strafaussetzung bei allen Delikten mit Ausnahme derjenigen, die ausschließlich mit Todesstrafe bedroht sind, ohne Rücksicht auf die Höhe der Strafe dem Wortlaut nach zulässig. Eine grundsätzliche Einschränkung kann nach zwei Richtungen erfolgen: einmal durch Ausschluß bestimmter Delikte, dann durch Ausschluß bestimmter Strafhöhen.

Der Ausschluß gewisser Delikte von der Strafaussetzung würde dann gegeben sein, wenn auch im Falle ihrer denkbar leichtesten Begehung entweder vom Gesichtspunkt der Tatverträglichkeit, der Täterwürdigkeit oder auch der Tätergeeignetheit die Strafaussetzung nicht mehr gebilligt werden könnte. Die Ausschließung bestimmter Delikte ist keineswegs eine Seltenheit. Namentlich kommen hier die schweren Delikte wie Mord, schwere Körperverletzung, Sittlichkeitsverbrechen, Abtreibung durch Dritte, Raub, Münzverbrechen und gemeingefährliche Verbrechen in Frage<sup>1</sup>. Aber auch leichtere Delikte wie Pressedelikte, Nahrungsmittelfälschungen<sup>2</sup>, Ehrverletzungen und gewisse Steuerdelikte<sup>3</sup> werden ausgeschlossen<sup>4</sup>. Wenn auch nicht ausdrücklich, so ist doch in den deutschen Ländern, in denen die Strafaussetzung nur bis zu einer Gefängnis- und Festungshaft von (ausschließlich) 1 Jahr oder gar nur von (einschließlich) 6 Monaten zulässig ist, eine größere Anzahl von Delikten ausgeschlossen z. B. außer Mord Brandstiftung (§§ 306, 307 StGB.) und sonstige gemeingefährliche Delikte, Notzucht (§ 177 StGB), schwere Kuppelei (§ 181, Ziff. 1), Meineid (§§ 153, 154), Verleitung zum Meineid (§ 159) u. a. m. Im Gegensatz hierzu ist nach dem Entwurf 27 die Strafaussetzung auf Wohlverhalten bei allen Delikten mit Ausnahme derjenigen, die mit (Tod oder) lebenslangem Zuchthaus allein oder wahlweise neben zeitigem Zuchthaus bedroht sind so Mord (§ 245), Hochverrat (§ 86), räuberischer Diebstahl mit Todeserfolg (§ 332, Abs. 3) und gemeingefährliche Verbrechen mit Todeserfolg (§ 338 Abs. 3)] möglich, da beim Vorliegen besonderer Milderungsgründe oder mildernder Umstände, abgesehen von den genannten Fällen, stets unter die Jahresgrenze heruntergegangen werden kann<sup>5</sup>. Der Entwurf 27 beruht auf der Auffassung, daß grundsätzlich nicht die Rechtsgutsverletzung als solche das Entscheidende ist, sondern die gesamten mit dem Einzelfall verknüpften Tatumstände zu berücksichtigen sind, daß daher trotz erheblicher Rechtsgutsverletzung eine verhältnismäßig geringe Strafe und damit auch Straferlaß möglich ist. Es wird lediglich auf die Strafhöhe abgestellt, wobei von wesentlicher Bedeutung ist, daß die Strafhöhe sich den Bedürfnissen wohl jeden Einzelfalles anzupassen vermag.

Der Standpunkt des Entwurfs ist vom Vergeltungsstandpunkt aus zu billigen. Der Ausschluß der Strafaussetzung bei den erwähnten Verbrechen ergibt sich aus dem Fehlen der Tatverträglichkeit und dem Mangel der Täterwürdigkeit. Bei Hochverrat fehlt es häufig auch an der Tätergeeignetheit. Sieht man hiervon ab, so ist bei jeder Deliktsart eine

<sup>1</sup> Vgl. im einzelnen MITTERMAIER: Anhang S. 56; KENNY: Outlines S. 511.

<sup>2</sup> So in Frankreich Ges. vom 1. August 1905. GARRAUD: III S. 434; HÉLIE: II S. 119.

<sup>3</sup> So in Belgien vgl. Pasic. Belge 1924 II S. 129 Anm. 1.

<sup>4</sup> MITTERMAIER: a. a. O. <sup>5</sup> Vgl. hierzu Begründung S. 55.

solche Lagerung der Tatumstände denkbar, daß die Strafaussetzung angebracht erscheint und auch den Strafzwecken nicht widerspricht. Bei der einen Deliktsart werden sich die Fälle häufiger, bei der anderen seltener, praktisch vielleicht niemals ereignen. Grundsätzlich läßt sich aber ein völliger Ausschluß einer bestimmten Deliktsart nicht machen. Zutreffend ist das Abhängigmachen der Strafaussetzung bei den schweren Deliktsarten von dem Vorliegen besonderer Milderungsgründe oder mildernder Umstände. Nur dort, wo die Schwere des Erfolges oder der Tatdurchführung durch Umstände aufgewogen werden, die ihre Bedeutung zurücktreten und die Tat als Ganzes in einem mildereren Lichte erscheinen lassen, ist die Strafaussetzung mit dem Gedanken der Vergeltung und Allgemeinabschreckung in Einklang zu setzen.

In gleicher Weise ist auch für das geltende Recht der Grundsatz der Möglichkeit einer Strafaussetzung auf Wohlverhalten bei allen Delikten anzuerkennen. Schwierigkeiten entstehen hier jedoch infolge der häufig hohen Mindesttrafe. Bei den schweren Verbrechen fehlt häufig die Zulässigkeit der Zuerkennung mildernder Umstände. Die Mindesttrafe beträgt daher in diesen Fällen ein Jahr Zuchthaus. Das Gesetz sieht hier unter besonderer Bewertung der objektiven Tatseite die Tat als so schwer an, daß ihm auch in den leichtesten Fällen die Reaktion mit der schärfsten Strafart am Platze erscheint. Daß daher eine Nichtvollstreckung oder teilweise Nichtvollstreckung dem ursprünglichen Geist des Gesetzes nicht entspricht, kann mit Sicherheit angenommen werden. Der Geist des Gesetzes wird aber erfüllt, belebt und auch gewandelt durch die Auffassungen der Rechtsgemeinschaft. Die starke Betonung des Objektiven ist zurückgetreten vor der entscheidenden Bewertung des Subjektiven. Wird der neuzeitlichen Auffassung Rechnung getragen so geschieht das gerade des Vergeltungsgedankens wegen. Kann man im geltenden Recht die Strafaussetzung bei den schweren Deliktarten auch nicht allgemein von der Zuerkennung mildernder Umstände abhängig machen, so müssen doch auch hier ebenso Umstände gegeben sein, die die Schwere des Erfolges und die Bedeutung der Tatdurchführung ausgleichen, die, soweit mildernde Umstände zuerkannt werden können, auch zu deren Zuerkennung führen, soweit das Gesetz mildernde Umstände jedoch nicht zuläßt, zu ihrer Zuerkennung führen würden, falls sie möglich wären. Diese Erwägungen führen zum Ausschluß der Strafaussetzung in zahlreichen Fällen der Zuchthausstrafe.

Die Strafaussetzung ist daher von vornherein bei denjenigen Tatbeständen ausgeschlossen, bei denen Zuchthausstrafe oder eine erhöhte Zuchthausstrafe angedroht ist, weil es sich um einen besonders schweren Fall eines anderen Tatbestandes handelt (vgl. §§ 214, 215, 251, 356 II StGB., dagegen z. B. StGB. nicht § 260). Sie ist ferner in all den Fällen der Zuchthausstrafe ausgeschlossen, in denen auf diese Strafe nur bei

Nichtzuerkennung mildernder Umstände erkannt wird. Dort, wo mangels der Möglichkeit, mildernde Umstände zuzuerkennen, auf Zuchthausstrafe erkannt wird, wird falls die zugunsten des Täters sprechenden Umstände so berücksichtigenswert sind, daß von der Zuchthausstrafe Abstand genommen werden würde, falls es angängig wäre, stets auf die Mindeststrafe erkannt oder erkannt werden können. Wo das Gericht nicht mit der Mindeststrafe auskommen zu können glaubt, zeigt es, daß der Tat im Hinblick auf die objektive oder subjektive Seite eine erheblichere Bedeutung zukommt. Dann fehlt es an der Tatverträglichkeit oder Täterwürdigkeit.

Die Zulassung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten ist bei der Zuchthausstrafe auf das engste einzuschränken. Sie ist nur bei denjenigen Tatbeständen zulässig, die nicht lediglich ein besonders schwerer Fall eines anderen Tatbestandes sind und bei denen gesetzlich die Zuerkennung mildernder Umstände ausgeschlossen ist, und auch nur dann, wenn auf die Mindeststrafe erkannt ist. Diese Auffassung führt zu einem Ergebnis, durch das auf der einen Seite den Wandel des Vergeltungsbedürfnisses in der neueren Zeit, auf der anderen Seite aber auch der Strenge des Gesetzes Rechnung getragen wird.

In diesem Rahmen stimmt die preußische Regelung mit dem Vergeltungs- und Abschreckungsgedanken überein. Dadurch, daß sie bei Zuchthausstrafe nur eine Teilaussetzung<sup>1</sup> zuläßt, bleibt sie insoweit noch von der äußersten Grenze entfernt.

Soweit die preußischen Bestimmungen die Strafaussetzung bei Gefängnis und Festungshaft ohne Rücksicht auf die Höhe der erkannten Strafe zulassen, bedarf es einer Einschränkung. Wenn es auch schwierig ist, eine allgemein gültige Grenze, innerhalb deren der Vergeltungsgrundsatz keine Strafaussetzung mehr zuläßt, so wird man doch bei dem Stand

<sup>1</sup> Die Frage, ob die „vorläufige Entlassung“ die Nichtvollstreckung einer Teilstrafe ausschließlich regelt, ist zu verneinen. Die Aussetzung auf Wohlverhalten und die Entlassung auf Wohlverhalten haben, was von GARRAND: III 442 verkannt wird, eine selbständige Stellung im Strafrechtssystem, wengleich sie auch beide zur Gruppe der Mittel der Reaktionsbeweglichkeit gehören. Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten ist ein Mittel, um die Rechtsfolgen in ein der Bedeutung der Straftat entsprechendes Verhältnis zu setzen. Die Straferlassung auf Wohlverhalten berührt das Verhältnis von Strafe und Straftat nicht. Sie ist ein Mittel, um der Vollstreckung der Strafe mit Rücksicht auf die Wirkung, die diese bereits auf den Täter ausgeübt hat, einen zweckmäßigen Abschluß zu geben. Sie beruht auf dem Verhältnis Straferfolg und Täter. Es ist auch ein großer praktischer Unterschied, sowohl vom Standpunkt des Verurteilten, als auch dem des Vergeltungsbedürfnisses der Allgemeinheit, ob dem Verurteilten die Möglichkeit des Erlasses eines Teils der Strafe in einem mehr oder weniger engen Zusammenhang mit dem Strafausspruch als bestimmt in Aussicht gestellt wird oder aber ob nur eine unbestimmte Möglichkeit einer Kürzung der Strafvollstreckung je nach deren Erfolg besteht. Vgl. zu dem Unterschiede von Strafaussetzung und Straferlassung auf Wohlverhalten: GILLIN: S. 679.

der Praxis feststellen können, daß überall dort, wo die Strafe ein Jahr überschreitet, es sich um derart schwere Fälle handelt, daß eine Strafaussetzung mit dem Vergeltungsstandpunkt nicht mehr in Betracht kommt<sup>1</sup>. Eine Ausnahme muß man auch hier aus den hinsichtlich der Zuchthausstrafe dargelegten Gründen bei denjenigen nicht nur einen besonders schweren Fall eines anderen Tatbestandes umfassenden Delikten machen, die mit einer höheren Mindeststrafe als 1 Jahr bedroht sind (z. B. §§ 216, 217 StGB.).

Liegt die Strafe innerhalb der die Strafaussetzung zulassenden Grenze, so hat das Gericht von Amts wegen zu der Frage der Strafaussetzung Stellung zu nehmen<sup>2</sup>. Ein Antrages eines Prozeßbeteiligten bedarf es nicht, da es Aufgabe des Gerichts ist, die in Frage kommenden Rechtsfolgen erschöpfend in Erwägung zu ziehen<sup>3</sup>. Freilich bedarf es einer ausdrücklichen Äußerung zu der Frage der Strafaussetzung nur, wenn sie von den Prozeßbeteiligten angeschnitten ist. Die Staatsanwaltschaft sollte es sich angelegen sein lassen, in all den Fällen, in denen nach Lage der Sache das Gericht sich ernstlich mit der Prüfung der Anwendbarkeit der Strafaussetzung befassen wird, die Frage in ihren Ausführungen zu behandeln<sup>4</sup>. Eine Äußerung der Staatsanwaltschaft ist hier nicht weniger wichtig wie hinsichtlich der Schuld- und Straffrage.

---

<sup>1</sup> Die Auffassung der Gesetze sind sehr verschieden. Der Entwurf setzt die Grenze auf 1 Jahr. Zahlreiche landesrechtliche Bestimmungen auf 6 Monate. Vgl. darüber § 11 der Abhandlung. Die Grenzen sind sehr verschieden gezogen: in Ungarn: 3 Monate (vgl. AUER: Z. 51 S. 996, bis 1930 betrug die Grenze 1 Monat; HACKER: Strafgesetzbuch in Ungarn S. 6), Griechenland gleichfalls 3 Monate (MITTERMAIER: Anhang S. 55), in der Schweiz lassen einige Kantone, so Genf, Neuenburg, Obwalden die Aussetzung auf Wohlverhalten bei Gefängnis schlechthin zu, regelmäßig findet eine nach Kantonen verschiedene Begrenzung statt: 6 Monate, 8 Monate (Basel-Stadt), 1 Jahr, in Südslavien: 6 Monate bei strengem Arrest, 1 Jahr bei einfachem Arrest (DOLENC: Z. 44 S. 206), Belgien: 6 Monate Gefängnis (GOEDSEELS: S. 179 Ziff. 671), der polnische Strafgesetzentwurf: 2 Jahre Gefängnis (MAKAREWIEZ: Schweiz. Z. f. Str. 35 S. 175). Keine Begrenzung u. a. in England, Frankreich, Österreich und Sowjet-Rußland (vgl. im einzelnen MITTERMAIER: a. a. O.). Die preußische Statistik (in dem statistischen Jahrbuch für den Freistaat Preußen, vgl. für die Jahre 1929/1930) lassen leider nicht erkennen, wie oft von der Strafaussetzung bei Strafen über einem Jahr Gebrauch gemacht wird. Sie faßt die Strafaussetzungen bei Strafen über 6 Monate zusammen. Da die Zahl der Aussetzungen durch die Gerichte schon nicht sehr groß ist, kann angenommen werden, daß Strafaussetzungen bei Strafe über einem Jahr selten sind, namentlich gilt das von Gefängnisstrafen. Im Jahre 1928 setzten die preußischen Gerichte 31 208 aus, davon 1302 über 6 Monate, darunter 149 Zuchthausstrafen. Im Jahre 1927 setzten die preußischen Gerichte 33 010 aus, davon 1370 über 6 Monate, darunter 174 Zuchthausstrafen.

<sup>2</sup> Vgl. HAFTER: S. 339. § 8 Preuß. AV.

<sup>3</sup> Unrichtigerfordert Art. 4 des Tessiner Gesetzes einen Antrag der Verteidigung.

<sup>4</sup> Nach II Ziff. 4 der Hamburg. Ausführungsverordnung ist die Staatsanwaltschaft in allen Fällen, in denen auf eine Freiheitsstrafe von mehr als 1 Monat

Wenn es auch keine allgemein gültigen Regeln gibt, nach denen die Frage der Anwendbarkeit der Strafaussetzung im Einzelfalle zu entscheiden ist, so erscheint doch die Aufstellung von Grundsätzen, die eine besondere Beachtung im Einzelfalle verdienen, durchaus angebracht und erwünscht. Es kommt hier vor allem die Herausarbeitung solcher Umstände in Betracht, bei deren Vorhandensein eine grundsätzliche Erschwerung der Anwendbarkeit der Strafaussetzung anzunehmen und sie nur ausnahmsweise aus besonderen Gründen für zulässig zu erachten ist<sup>1</sup>. Namentlich die Zürcher Rechtsprechung hat in dieser Hinsicht Wertvolles geleistet<sup>2</sup>.

Ist grundsätzlich auch keine Deliktsart von der Strafaussetzung ausgeschlossen, so gibt es doch solche, die einen die Strafaussetzung erschwerenden Charakter aufweisen.

Unter dem Gesichtspunkte der Tatverträglichkeit kommen hier in Betracht:

a) diejenigen Delikte, denen ein besonders schwerer Erfolg eigentümlich ist: Totschlag, Körperverletzung mit Todeserfolg, fahrlässige Tötung<sup>3</sup>, Brandstiftung und sonstige gemeingefährliche Verbrechen;

b) diejenigen Delikte, die eine erhebliche Gefährdung einer ordnungsmäßigen Erfüllung und Erledigung staatlicher Aufgaben enthalten. Hierhin gehören die Eides-, Beamten- und Militärdelikte<sup>4</sup>, ferner auch die Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte<sup>5</sup>.

So begründet das Zürcher Obergericht<sup>6</sup> die Ablehnung der Strafaussetzung bei Abgabe eines falschen Zeugnisses unter anderem durch die

---

erkannt wird, vor jeder Entscheidung zu hören. Beantragt der Vertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung eine Freiheitsstrafe von mehr als 1 Monat und weniger als 6 Monaten, so hat er zu der Frage Stellung zu nehmen.

<sup>1</sup> Es wird hier nicht ein prinzipieller Ausschluß der bedingten Strafaussetzung angenommen, wohl aber eine prinzipielle Erschwerung in der Anwendung. Gegen prinzipielle Ausschlußgründe DELAQUIS: Schweiz. Z. f. Str. 39 S. 242.

<sup>2</sup> Vgl. HAFTER: S. 338; WIDMER: S. 47 ff.

<sup>3</sup> Einen Fall fahrlässiger Tötung aus der Baseler Praxis berichtet SIEGFRIED: Schweiz. Z. f. Str. 26 S. 347. In dem Urteil heißt es: „Der eingetretene schwere Erfolg läßt es allerdings fraglich erscheinen, ob die Beschaffenheit der Tat die Anwendung dieser Begünstigung zulasse, allein das Gericht erachtet dies nicht für ausgeschlossen.“

<sup>4</sup> Beamtendelikte sind überhaupt ausgeschlossen in Norwegen. Vgl. MITTERMAIER: Anhang, S. 56.

<sup>5</sup> Vgl. zu einem derartigen Fall: Angeklagter vernichtet einen mit 12 Unterschriften versehenen Referendumbogen, SIEGFRIED: a. a. O. S. 346. Hier gewährt das Baseler Gericht Strafaussetzung. Mangels Unterlagen eignet sich die Entscheidung nicht zur Stellungnahme.

<sup>6</sup> Zürich. Bl. 21, Nr. 72, S. 181 (Urt. vom 1. September 1921).

Eigenschaft als eines schweren Vergehens gegen die Rechtspflege. In einem in Basel abgeurteilten Meineidsfall wurde dagegen Strafaussetzung gewährt. Eine Zeugin, die zu ihrer Schande aussagen mußte, da ein Zeugnisverweigerungsrecht in Basel nicht besteht, sagte die Unwahrheit aus<sup>1</sup>. Der Umstand, daß jemand ihm unangenehme oder ihm schädigende Tatsachen unter Eid verschweigt oder wissentlich falsch wiedergibt, dürfte jedenfalls allgemein zur Gewährung der Strafaussetzung nicht genügen. Eine abschließende Kritik zu dem Urteil ist jedoch ohne genaue Kenntnis sämtlicher Umstände nicht möglich.

Weitgehend hat die Baseler Praxis die Strafaussetzung bei Beamten delikten (passive Bestechung, Unterschlagungen, Urkundenfälschungen) sogar in Fällen fortgesetzter Handlung und bei keineswegs geringem Schaden zugelassen<sup>2</sup>. Diese Praxis steht mit den Anforderungen, die man an die staatlichen Beamten mit Rücksicht auf ihre Vertrauensstellung und das Interesse der Allgemeinheit an einem einwandfreien Beamtenamtum stellen muß, kaum in Einklang<sup>3</sup>. Im Gegensatz hierzu verweigert zutreffend die Zürcher Praxis mit Hinweis auf das „Interesse an der moralischen Integrität des Beamtenstandes“ in der Regel die Strafaussetzung<sup>4</sup>. Dieselben Gesichtspunkte treffen in verstärktem Maß auf die Militärdelikte zu. Die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung einer strengen Manneszucht läßt bei einem durch eine Militärperson begangenen Delikt eine Strafaussetzung auch dann regelmäßig nicht angebracht erscheinen, wenn es sich nicht um ein Militärdelikt handelt<sup>5</sup>.

c) Diejenigen Delikte, die einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Einzelnen enthalten. Das ist bei Sittlichkeitsverbrechen<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Der Fall wird von SIEGFRIED: a. a. O. S. 243 mitgeteilt; ferner Schweiz. JZ. 18 S. 179, Nr. 146.

<sup>2</sup> Vgl. SIEGFRIED: a. a. O. S. 344 ff.

<sup>3</sup> Ablehnend auch SIEGFRIED: a. a. O. <sup>4</sup> WIDMER: S. 51.

<sup>5</sup> Die belgische und französische Praxis hat eine bedingte Verurteilung auf Grund des Ges. vom 31. Mai 1888 (Belgien) und vom 26. März 1891 (Frankreich) bei Militärpersonen, ganz gleich, ob es sich um ein militärisches oder gemeinsames Delikt handelt, nicht zugelassen. Vgl. die ständige Praxis des belgischen Kassationshofes: Urt. vom 31. Januar 1893 Pasic. 1893 I S. 92; 13. Mai 1895, Pasic. 1895 I S. 176; Urt. vom 8. Juli 1895, Pasic. 1895 I S. 239; Urt. vom 4. November 1895, Pasic. 1896 I S. 8; Urt. vom 21. Dezember 1896, Pasic. 1897 I S. 49; Urt. vom 28. März 1898, Pasic. 1898 I S. 319. Diese Rechtsprechung wurde auf die Mitglieder der Gendarmerie als Angehörige der „armée de terre“ ausgedehnt. Seit dem Gesetze vom 28. Juni 1904 ist in Frankreich die bedingte Verurteilung auch bei Militärdelikten zugelassen.

<sup>6</sup> Auch bei den Sittlichkeitsverbrechen findet sich wieder der bemerkenswerte Unterschied in der weiten Auffassung der älteren Baseler und der strengen Auffassung der neuen Zürcher Rechtsprechung. Vgl. für Basel SIEGFRIED: a. a. O. S. 346, für Zürich Urt. d. Obergerichts vom 10. April 1923 und des Kassationshofes vom 28. August 1923 in Zürich. Bl. 23 Nr. 175, S. 301 ff.

und einem Teil der Ehrverletzungen<sup>1</sup> (üble Nachrede, Verleumdung) der Fall.

d) Diejenigen Delikte, zu denen ein verbreiteter Hang besteht und bei denen die staatliche Reaktion infolge der Schwierigkeit der Entdeckung eine geschwächte Position hat. Die Reaktion bedarf daher in diesen Fällen regelmäßig der Schärfe in der Durchführung. Diesen Grundsatz hat die Zürcher Praxis wiederholt zum Ausdruck gebracht, so bei falschem Zeugnis<sup>2</sup>, bei Abtreibung<sup>3</sup>. Weiter gehören hierher Delikte wie Blutschande, Hehlerei, Fahrraddiebstähle, Steuer- und Zolldelikte<sup>4</sup>.

e) Diejenigen Delikte, die eine Gefährdung und Beunruhigung des Publikums durch die Häufigkeit ihrer Begehung darstellen. Unter diesem Gesichtspunkte hat sich in der Zürcher Rechtsprechung eine Tendenz zur Ablehnung der Strafaussetzung bei Kraftfahrzeugunfällen gebildet<sup>5</sup>.

Die Frage der Täterwürdigkeit steht im Vordergrund:

a) bei denjenigen Delikten, die auf einem ehrlosen Verhalten<sup>6</sup> beruhen, wie Zuhälterei, schwere Kuppelei;

b) bei denjenigen Delikten, die einen verbrecherischen Hang dartun: gewerbs- und gewohnheitsmäßige Verbrechen.

Bei den letztgenannten liegt in zahlreichen Fällen auch eine persönliche Ungeeignetheit vor. Eine solche besteht namentlich in den Fällen, in denen die Tat auf politischer oder religiöser oder gesellschaftlicher Überzeugung und Auffassung<sup>7</sup> zurückzuführen ist. Hier wird der Täter

<sup>1</sup> Zutreffend erwähnt das Zürch. Obergericht in einem Urt. vom 15. Februar 1921 (Zürch. Bl. 20 Nr. 52 S. 111 ff.) das Hervortreten des Interesses des Verletzten bei Ehrverletzungen.

<sup>2</sup> Urteil des Obergerichts vom 1. September 1921 (Zürch. Bl. 21 Nr. 72 S. 181), vgl. auch ALTMANN-JACOB-WEISER: S. 706.

<sup>3</sup> Urteildes Obergerichts vom 4. November 1920, Schweiz. JZ. 18 S. 71 Nr. 65. Die Praxis hat sich in den späteren Jahren zugunsten der passiven Abtreibung gemildert.

<sup>4</sup> Eine Einschränkung bei Steuerdelikten macht auch die französische und belgische Praxis. Sie erachtet hier die Aussetzung einer Geldstrafe für schlechthin ausgeschlossen. Da man sie „moins comme une peine comme une réparation civile“ auffaßt. Vgl. GARRAUD III S. 435 f., HÉLIE II S. 119. Eine Übertragung dieser Ansicht auf das deutsche Recht ist nicht möglich, da hier jedenfalls auch die Geldstrafe wegen Steuerdelikte als eine echte Geldstrafe anzusehen ist. Eine Einschränkung kann nur in dem im Text vertretenen Sinn gemacht werden. Diese erstreckt sich auf jede Strafart.

Hinsichtlich Belgien Urteil des Berufungsgerichts von LIÈGE vom 24. Oktober 1891, Pasic. 1892 II S. 251, Urt. vom 19. November 1912, Pasic. 1913 II S. 10.

<sup>5</sup> Vgl. DELAQUIS: Schweiz. Z. f. Str. 39 S. 243, Zürch. Obergericht Urt. vom 14. September 1920, Schweiz. JZ. 17 S. 209 Nr. 155, Urt. vom 8. September 1927, Zürch. Bl. 27 Nr. 159 S. 317 — Schweiz. JZ. 25 S. 169 Nr. 119; ferner Zürch. Obergericht Urt. vom 28. August 1930 und dazu Kassationsgericht Urt. vom 10. November 1930 in Zürch. Bl. 30 Nr. 152 S. 308.

<sup>6</sup> Über den Begriff s. S. 111.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu die A. V. des Preuß. Justizministeriums vom 29. Juli 1930 JMBl. S. 265) und vom 31. März 1931 (JMBl. S. 126), wo mit Recht darauf hin-

nur in den seltensten Fällen zur Ablehnung seiner Straftat gelangen. Eine Aussicht darauf, daß die Strafaussetzung den Täter zu einem rechtsordnungsmäßigen Verhalten und Denken erzieht, besteht nicht. Mit Recht führt das Zürcher Obergericht in einem Urteil vom 28. Juni 1921 in Beziehung auf politische Täter (Anstiftung zur Nötigung durch Erteilen von Anweisungen seitens Mitglieder eines Streikkomitees betreffend Abhaltung Arbeitslustiger) aus: „Sie haben aus einer Gesinnung heraus gehandelt, die sich in einem bewußten Gegensatz zur Rechtsordnung stellt, so daß nicht zu erwarten ist, daß sie durch eine bedingte Verurteilung von der Begehung weiterer besonders ähnlicher Verbrechen abhalten ließen“<sup>1</sup>. Den Einwand der Revision, daß jedes vorsätzliche Verbrechen im bewußten Gegensatz zur Rechtsordnung stehe, setzte der Kassationshof<sup>2</sup> die zutreffende Scheidung zwischen solchen Verbrechen, bei denen der Täter sich nicht weiter mit der Rechtsordnung auseinandersetzt und solchen, in denen er seine ihm moralisch gerechtfertigt erscheinende Handlung der Rechtsordnung zum Trotz durchführt. Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten ist daher regelmäßig nicht beim Zweikampf<sup>3</sup> angebracht.

An der Geeignetheit wird es vielfach auch bei Übertretungen<sup>4</sup> fehlen, da die Geringfügigkeit es hier oft zu einer Ablehnung der Tat durch den Täter nicht kommen lassen wird.

So bedeutsam die Deliktsart auch für die Frage der Strafaussetzung sein mag, so ergibt sich jedoch aus dem Vorliegen bestimmter Delikte lediglich die Notwendigkeit besonders sorgfältiger Prüfung der Frage der Strafaussetzung. Mag bei gewissen Delikten die Anwendung der Strafaussetzung erschwert sein, so wird doch die mit ihr befaßte Behörde nicht der sorgfältigen Bewertung aller wesentlichen Umstände enthoben.

IV. Die Prüfung der Anwendbarkeit der Strafaussetzung geht in zwei Stufen vor sich. Zuerst wird der gesamte Vorgang auf die Tatverträglichkeit und Täterwürdigkeit hin geprüft. Die Bedeutung der einzelnen Bewertungsgesichtspunkte liegt hier in der gleichen Richtung wie bei der Strafbemessung vom Standpunkt der Vergeltung und der Generalprävention aus. Je schwerer der Erfolg, je höher die Sozialgefährlichkeit, je größer das Verschulden, je stärker die allgemeine Verbrechensneigung, um so mehr nähert sich die Strafaussetzung der Grenze der Verträglichkeit wird, daß bei politischem Waffenmißbrauch und politischen Ausschreitungen, Aussetzung mit Bewährungsfrist nur ganz ausnahmsweise beim Vorliegen besonderer Umstände gewährt werden soll.

<sup>1</sup> Zürich. Bl. 21 Nr. 107 S. 263 ff., = Schweiz. JZ. 19 S. 28 Nr. 1, vgl. auch Obergericht, Urt. vom 3. Februar 1920; Zürich. Bl. 19 Nr. 176 S. 314.

<sup>2</sup> Urt. vom 6. März 1922; Zürich. Bl. 21 Nr. 107 S. 270 ff.

<sup>3</sup> Vgl. STRÄULI: S. 281.

<sup>4</sup> Über Strafaussetzung und Übertretungen vgl. HAFTER: S. 336, s. auch Urteil des Zürich. Obergerichts vom 26. Mai 1930, Zürich. Bl. 30 Nr. 171 S. 349.

keit und der Täterwürdigkeit. Während es aber bei der Strafbemessung auf die gradmäßige Bestimmung der Schwere der Tat ankommt, ist hier nur das Verhältnis von Tatschwere zu Tatverträglichkeit und Täterwürdigkeit grenzweise festzustellen. Wie die Tat sich ober- oder unterhalb der Grenze darstellt, ist hier nicht von Interesse.

Ist die Tatverträglichkeit und Täterwürdigkeit bejaht, so ist die Tätergeeignetheit zu prüfen. Hierbei kommt der Schwere des Erfolges der Sozialgefährlichkeit oder dem Verschulden keine Bedeutung mehr zu. Es ist für die Frage der Tätergeeignetheit auch gleichgültig, ob das Gericht mildernde Umstände angenommen hat oder nicht. Bedeutsam ist nur die Erwartung guter Führung und Ablehnung der Straftat durch den Täter.

a) Ob Aussicht auf gute Führung besteht, hängt in erster Linie von der Persönlichkeit des Täters, seinem Charakter, seiner Einsicht und seiner Willensstärke<sup>1</sup> ab. Vorleben des Täters und sein Verhalten nach der Tat bilden eine aufschlußreiche Quelle.

Auch hier lassen sich keine bestimmten Regeln aufstellen. Es gibt weder äußere Umstände noch Eigenschaften des Täters, die einen allgemeingültigen Schluß auf die Geeignetheit des Täters zulassen.

Immerhin lassen sich aber auch hier Gruppen von Personen herausstellen, bei denen die Strafaussetzung nur nach besonders eingehender Prüfung erfolgen sollte. Das ist namentlich bei solchen Personen der Fall, deren Straftat auf Schwachsinn, Willensschwäche, krankhaftem Hang<sup>2</sup> oder einem Hang zum Alkohol oder Rauschgiften zurückzuführen ist<sup>3</sup>. Hier fehlt dem Täter regelmäßig die Fähigkeit der Arbeit an sich selbst, die die Voraussetzung des Erfolgs der Strafaussetzung ist. Unter Umständen wird es allerdings möglich sein durch Auflage geeigneter Maßnahmen gewisse Mängel auszugleichen.

Regelmäßig ungeeignet sind auch solche Täter, bei denen ein Hang zum Verbrechen vorliegt<sup>4</sup>. Auf die Bedeutung der gewohnheits- und gewerbsmäßigen Verbrechen ist schon hingewiesen. In diesem Zusammenhang gewinnt das „fortgesetzte Delikt“<sup>5</sup> Erheblichkeit.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu die Darlegungen bei SUTHERLAND: S. 566.

<sup>2</sup> Namentlich in Fällen der widernatürlichen Unzucht und Erregung öffentlichen Ärgernisses zu beachten.

<sup>3</sup> SUTHERLAND: a. a. O. — Über Probation und Schwachsinnige, Gewohnheits-trinker und Gewohnheitsverbrecher, vgl. die bei GILLIN: S. 845 mitgeteilten Grundsätze des Magistrate-Court in New York aus 1922.

<sup>4</sup> Nur ausnahmsweise wird bei Zustandsverbrechen die Strafaussetzung anwendbar sein. Über Strafaussetzung und Zustandsverbrecher vgl. ZIMMERM: Zentralblatt 47 S. 435.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Zürich. Kassationshof Urt. vom 2. September 1920, Zürich. Bl. 19 Nr. 210 S. 370 ff., Aargauisches Obergericht in Aarg. Rspr. 22 S. 69 f.; ferner tschechoslowakisches Oberstes Gericht für Strafsachen E. 3935 in Prag, JZ. I Sp. 515 (1931)

Ein die Strafaussetzung erschwerendes Moment stellt auch die Vorstrafe dar, sofern es sich um eine höhere oder um eine ausgesetzte Strafe handelt. Soll aus ihr ein zuverlässiger Schluß auf die Geeignetheit gezogen werden, so bedarf es jedoch einer genauen Kenntnis des der Strafe zugrunde liegenden Vorgangs<sup>1</sup>.

b) Erheblichen Schwierigkeiten wird in der Praxis die Feststellung unterliegen, daß der Täter die Tat als etwas sozialwidriges ablehnt und sie wegen ihrer Sozialwidrigkeit bedauert. Allgemeingültige Anhaltspunkte lassen sich auch hier nicht gewinnen. Es muß der Menschenkunde des Richters überlassen bleiben, echtes und wahres Bedauern von sich verstellender Heuchelei zu scheiden. Die Entscheidung beruht auch hier auf der Bewertung der Persönlichkeit des Täters. Der Wiedergutmachung des Schadens vor der Aburteilung, wie sie vielfach in der Schweiz vorgeschrieben ist, kommt nur unter Vorbehalt Bedeutung zu. Als vollen Beweis für die Ablehnung der Tat durch den Täter kann man nur die Wiedergutmachung vor seiner Entdeckung hinnehmen. Erfolgt sie nach seiner Entdeckung oder nach Beginn der Strafverfolgung, so wird zu unterscheiden sein, ob sie geschehen ist, lediglich in der Hoffnung, eine mildere Bestrafung zu erhalten, jedoch mit dem Bedauern darüber, den Schaden wieder gutmachen zu müssen oder aber in der Einsicht der Verwerflichkeit der Tat und im Bedauern über sie, wobei es dem Täter nicht zum Nachteil gerechnet werden kann, wenn ihm die Einsicht und das Bedauern erst aus der Furcht und der Angst vor der Strafverfolgung gekommen ist<sup>2</sup>. Nicht wie der Täter zur Ablehnung seiner Tat gelangt, sondern daß es zur Ablehnung gelangt ist, ist das wesentliche. Umgekehrt ist die Unterlassung der Wiedergutmachung kein durchschlagender Beweis gegen die Tätergeeignetheit. Hier ist zu berücksichtigen, daß unter Umständen eine Wiedergutmachung überhaupt nicht möglich oder aber der Täter dazu nicht oder nicht mehr in der Lage ist, daß sie überdies einer Selbstüberführung oder einem Geständnis gleichkommt, zu dem der Täter nicht verpflichtet ist. So berührt sich das Problem der Bewertung der Wiedergutmachung mit dem der Bewertung des Geständnisses und des Leugnens, deren Auswertung hier in demselben Maß wie bei der Strafbemessung sich nach den Umständen des Einzelfalls richtet<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Mit Recht haben die deutschen geltenden Bestimmungen und der Entw. 27 im Gegensatz zu ausländischen Gesetzen davon Abstand genommen, in der Vorstrafe einen die Strafaussetzung schlechthin ausschließenden Umstand zu sehen.

<sup>2</sup> Eine derartige Unterscheidung ist praktisch sehr schwer durchzuführen. Die Wiedergutmachung wird daher regelmäßig dem Täter zugute gehalten. Auch theoretisch ist die Wiedergutmachung lediglich zur Erlangung einer geringeren Strafe nicht bedeutungslos, da die Wiedergutmachung des Schadens als solche schon das Vergeltungsbedürfnis vermindert. Zur Frage der Wiedergutmachung vgl. Aarg. Obergericht Urt. vom 22. April 1921 in Aarg. Rspr. 21 S. 170 Nr. 69.

<sup>3</sup> Gegen die Gewährung von Strafaussetzung bei Leugnenden, grundsätzlich SIEGFRIED: Schweiz. Z. f. Str. 26 S. 341 unter Darstellung der älteren Baseler

Zuweilen wird allerdings die Art der Verteidigung des Angeklagten einen sicheren Schluß auf die Stellung des Angeklagten zu dem Verbrechen zulassen. So etwa in dem Falle, daß der Angeklagte sich durch Belastung eines Unschuldigen zu entlasten sucht<sup>1</sup>.

c) Ferner kommen die den Täter umgebenden Verhältnisse in Betracht. Selbst, wenn der Täter sich unter gewöhnlichen Lebensverhältnissen zur Strafaussetzung eignen würde, können doch die Verhältnisse, in denen der Täter lebt, die Hoffnung auf eine Besserung des Täters stark eindämmen. Hier ist zu prüfen, inwieweit durch Anordnung von besonderen Pflichten und Maßnahmen eine erhöhte Aussicht auf Erfolg einer Strafaussetzung geschaffen werden kann. Daß man an die Persönlichkeit eines unter ungünstigen Verhältnissen lebenden Täters gegenüber einem unter geordneten Verhältnissen lebenden Täter unter Umständen strengere Anforderungen stellen und so die Verhältnisse zum ausschlaggebenden Faktor machen muß, ist eine unbefriedigende, aber nicht immer zu vermeidende Härte.

Bedeutungsvoll ist es auch, daß die Aussetzung gerade der verhängten Strafe den Täter zur guten Führung zu motivieren vermag. Das wird bei geringen Geldstrafen häufig nicht der Fall sein, namentlich wenn sie mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters überhaupt nicht oder kaum ins Gewicht fallen.

Die Prüfung der Voraussetzungen ist eine ebenso schwierige wie verantwortliche Aufgabe. Eine leichthin gewährte Strafaussetzung zerstört das Ansehen der Rechtsordnung. Sie bessert nicht den Täter, sondern sie verschlechtert ihn, indem sie die Achtung vor dem Staat nimmt. Sie leistet dem Vorurteil, die Strafaussetzung führe zum „einmal ist keinmal“, Vorschub. Nur dort, wo die Strafaussetzung wirklich geeignete Täter trifft, ist von ihr Segen und Erfolg zu erwarten. Nur dort, wo die Voraussetzungen einwandfrei festgestellt sind und nicht nur unsichere Hoffnungen auf Besserung bestehen. Der Satz „in dubio mitius“ hat hier keine Geltung.

V. Ob Tatverträglichkeit, Täterwürdigkeit und Tatgeeignetheit gegeben sind, ist eine Feststellung, die auf dem Gebiete der Tatsacheneinreihung liegt<sup>2</sup>. Die Tatsachen werden den drei sich aus dem Gesamtgehalt der Rechtsordnung, dem Zwecke, dem Wesen und der gesetzlichen Ausgestaltung der Strafaussetzung ergebenden Begriffen unterstellt. Die Unterstellung geschieht hier ähnlich wie bei den mildernden Umständen oder der „so tiefen Ehezerrüttung“ des § 1568 BGB. im Wege der Be-

Rechtssprechung, die in der Mehrzahl der Fälle im Leugnen keinen Hintergrund sieht. STRENGER: Das Aargauische Obergericht a. a. O. Vgl. Anm. 39.

<sup>1</sup> Mit Recht gegen Gewährung von Strafaussetzung das tschechoslowakische Oberste Gericht E. 3935 in Prag. JZ. XI Sp. 515 (1931), wenn der Angeklagte sich nicht scheut, einen unschuldig Angegriffenen ins Gefängnis zu bringen.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Aarg. Obergericht II, Urt. vom 20. Mai 1921; Aarg. Rspr. 21 S. 173.

wertung. Auf dem Gebiete der Tatsachenschaffung liegt erst der Anspruch oder die Verweigerung der Strafaussetzung.

Die Aussetzung oder Nichtaussetzung unterliegt nicht dem freien Ermessen. Bejaht das Gericht Tatverträglichkeit, Täterwürdigkeit und Tätergeeignetheit, so hat es die Strafe auf Wohlverhalten auszusetzen<sup>1</sup>. Es würde dem Grundsatz der Gerechtigkeit widersprechen, Rechtsfolgen nach anderen als sachlichen Gesichtspunkten anzuwenden oder zu versagen. Die Sachlichkeit der Prüfung, ob Strafaussetzung angebracht ist oder nicht, erschöpft sich in den drei festgestellten Voraussetzungen. Je nachdem zu welchem Ergebnis die Bewertung führt ist entweder Strafaussetzung oder Nichtstrafaussetzung sachlich begründet.

Einer solchen Auslegung steht auch nicht die Fassung der Gesetze entgegen. Wenn es in ihnen auch „kann“, „ist ermächtigt“ oder ähnlich heißt, so erklärt sich das daraus, daß die Gesetze entweder überhaupt keine Voraussetzungen angeben und nur die Möglichkeit der Strafaussetzung dartun wollen, oder daß sie nur einige Mindestvoraussetzungen festlegen, ohne eine Scheidung der passenden und nichtpassenden Fälle zu geben. Beidemale ist mangels einer erschöpfenden Herausarbeitung der Voraussetzungen eine zwingende Vorschrift („muß“, „ist“ od. dgl.) nicht möglich. Das schließt aber nicht aus, daß Wissenschaft und Praxis in erschöpfender Weise die Voraussetzungen herausarbeiten und so die Grenzen der Anwendung und Nichtanwendung festlegen.

## § 14. Die Nebenanordnungen<sup>2</sup>.

### A. Die Festsetzung der Nebenanordnungen.

Die leichteste Form der Strafaussetzung ist die Strafaussetzung mit der kürzesten zulässigen Probefrist ohne Anordnung der Verpflichtungen

<sup>1</sup> Die herrschende Ansicht nimmt freies Ermessen an. Vgl. etwa neuerdings GRAU-SCHÄFER: S. 275, 279; ferner DROST: S. 178; HAFTER: S. 338; GARRAUD: III S. 443; HÉLIE: II S. 120. Aus der Zürch. Rechtsprechung vgl. etwa Urteil des Kassationsgerichts vom 10. Juli 1920 in Zürch. Bl. 19 Nr. 210 S. 370, Urt. vom 19. September 1921 in Zürch. Bl. 21 Nr. 29 S. 47 ff.; Urteil des Obergerichts vom 8. November 1927 in Zürch. Bl. 27 Nr. 159 S. 317; Urteil des Kassationsgerichts vom 10. November 1930 in Zürch. Bl. 30 Nr. 152 S. 308. Das letztbezeichnete Urteil weist durch Einfügung und Erläuterung des Begriffs der Willkür eine beachtenswerte Beschränkung des freien Ermessens auf. Wie hier PFENNINGER: Festgabe S. 153; ALTMANN-JACOB-WEISER: S. 705; ferner die tschech. Praxis. Vgl. darüber WEBER: S. 62; PROCHASKA: Tschech. JZ. 5 S. 5. Obwohl auch hier das Gesetz von „kann“ spricht, nimmt die ständige Praxis an, daß bei erfüllten Voraussetzungen mit Gewährung von Strafaussetzung zu verurteilen ist. — Während die Gesetze die Strafaussetzung regelmäßig den Begriffen des „Könnens“, „Ermächtigtseins“ und dgl. unterstellen, erklärt der § 1 des Gesetzes des Kantons Glarus in richtigem Gefühl, daß der Richter den bedingten Erlaß des Strafvollzugs aussprechen „wird“, wenn die näher angeführten Voraussetzungen vorliegen.

<sup>2</sup> Außer der bereits angeführten Literatur sind zu nennen: EBERS, GODEHARD JOSEF: Staat und Kirche im neuen Deutschland. München 1930. GRAU, RICHARD:

oder Maßnahmen. Sie wird jedoch in zahlreichen Fällen weder vom Standpunkt der Vergeltung noch vom Standpunkt der Besserung oder Erziehung aus genügen.

I. Der Vergeltungsstandpunkt kann sich in doppelter Hinsicht bei der Anordnung der Einzelheiten der Strafaussetzung auswirken. Er läßt bald im Hinblick auf die Erheblichkeit der Tat und die Schwere ihrer Durchführung, bald im Hinblick auf die dem Verletzten zugefügte Schädigung die leichte Form der Strafaussetzung dem Reaktionsbedürfnis der Rechtsgemeinschaft nicht ausreichend erscheinen. Einmal steht die Rücksicht auf die Allgemeinheit, dann die Rücksicht auf den Verletzten im Vordergrund. Während die Schwere der Tat eine Verschärfung der Reaktion um der Verschärfung willen erfordert, begnügt sich die Rücksicht auf die Schädigung des Verletzten in zahlreichen Fällen mit einer erweiterten Ausgestaltung der Strafaussetzung um der Schadensmilderung willen. Demgemäß kommen hier Erschwerungsanordnungen und Wiedergutmachungsanordnungen in Betracht.

1. Die Erschwerung als Erschwerung kann sowohl durch Verlängerung der Mindestfrist der Probezeit<sup>1</sup> als auch durch Auflage einer Verpflichtung erfolgen. Als Erschwerungsaufgabe nennen die Bestimmungen regelmäßig die Buße. Zwar ist auch diese als Besserungsmaßnahme denkbar, indem sie den Verurteilten zu Arbeit und Sparsamkeit zwingen soll. Es würde jedoch zu eng sein, in ihr nur den Erziehungscharakter erkennen

Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen. Berlin 1922. GROH, WILHELM: Koalitionsrecht. Mannheim, Berlin, Leipzig 1923. HÄNTZSCHEL: Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und die Schranken der allgemeinen Gesetze des Art. 118 I der Reichsverfassung, Arch. öff. R., N. F. 10 S. 228 ff., 1926. HUECK-NIPPERDEY: Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Bd. 3.—5. Aufl. 1931, 2. Bd. 1. u. 2. Aufl. 1930. Mannheim, Berlin, Leipzig. KASKEL, WALTER: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928. NIPPERDEY, HANS, KARL: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Berlin, 1. Bd. 1929, 2. u. 3. Bd. 1930, vor allem die Beiträge von BOVENSIEPEN: Art. 117, Briefgeheimnis, I S. 387. DELIUS: Versammlungs- und Vereinsrecht, Art. 123 u. 124, II S. 138 ff.; EBERS, GODEHARD, JOSEF: Religionsgesellschaften, Art. 137, 138, 140, 141, II, S. 361 ff.; HELLWIG: Art. 118, Meinungsfreiheit, Zensur, II, S. 1 ff.; KITZINGER: Art. 142 S. 1: Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst, II S. 449 ff. KÖTTGEN, ARNOLD: Art. 114, 115, Freiheitsschutz und Wohnungsschutz nach der Seite der Polizei- und Finanzgewalt, I S. 348. MANNHEIM: Art. 114, 115, Freiheitsschutz und Wohnungsschutz nach der Seite der Justiz, I S. 316 ff. MIRBT, HERMANN: Art. 135, 136, Glaubens- und Gewissensfreiheit, II, S. 319 ff. NIPPERDEY, HANS, KARL: Art. 159, Koalitionsrecht, III S. 385 ff. ROHMER, FRANZ: Art. 111, Freizügigkeit, I S. 232 ff. STIER-SOMLO, FRITZ: Universitätsrecht, Selbstverwaltung und Lehrfreiheit, Arch. öff. R., N. F. 15 S. 360 ff. 1928. Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927 mit dem Berichte von KARL ROTHENBÜCHER u. RUDOLF SMEND über das Recht der freien Meinungsäußerung.

<sup>1</sup> In dem E. 27 hat der Strafrechtsausschuß folgenden Satz in § 42 Abs. 1 eingefügt: „Bei Bemessung der Probezeit ist insbesondere Art und Maß der verhängten Strafe zu berücksichtigen.“

zu wollen. Eine solche begrifflich nicht erforderliche Einengung würde zu dem Ergebnis führen, die Buße nur dort zur Anwendung bringen zu können, wo sie ihre Erziehungsfunktion ausüben kann. Wo aber — wie in zahlreichen Fällen — eine Besserung und Erziehung nicht in Frage kommt, da es einer solchen nicht bedarf, würde für die Buße kein Platz sein. Damit würde gerade ein Teil der beachtenswertesten Fälle von der Strafaussetzung ausgeschlossen sein, da ohne Buße das Reaktionsbedürfnis nicht befriedigt ist<sup>1</sup>.

Ist eine Erschwerungsmaßnahme erforderlich, der Verurteilte jedoch zur Zahlung einer Buße nicht in der Lage, so kann ihm anstatt dessen Leistung freier Arbeit für Rechnung der Staatskassen auferlegt werden<sup>2</sup>. Die Möglichkeit dieser Maßnahme folgt zwingend daraus, daß ihre Nichtzulassung der Anwendung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten zu Ungunsten der nichtbemittelten und nicht verdienenden Verurteilten eine Einschränkung erleiden würde. Die Zulassung freier Arbeitsleistung entspricht dem in § 28 b Abs. 1 StGB. niedergelegten Gedanken.

Als Erschwerungsmaßnahmen kommen andere Maßnahmen als Buße und freie Arbeitsleistung nicht in Betracht. Der strafähnliche Charakter der Erschwerungsmaßnahmen steht der Anwendung anderer als dem Strafgesetzbuch als Strafe bekannter Mittel entgegen. Wenngleich die Erschwerungsmaßnahme nicht als Strafe bezeichnet werden kann, da ihr jegliche Selbständigkeit fehlt, sie vielmehr nur in Verbindung mit der Strafaussetzung Daseinskraft besitzt, so stellt sie doch als solche betrachtet ein Übel als Übel dar. Die Übel, die als Übel verhängt werden können, sind im Strafgesetzbuch ausschließlich geregelt. Eine andere Auffassung würde durch die Strafaussetzung zu einer versteckten Erweiterung des Strafsystems gelangen.

Die landesrechtlichen Bestimmungen bieten hier keine Schwierigkeiten. Von Buße<sup>3</sup> und ihrem Ersatz, der freien Arbeitsleistung, abge-

<sup>1</sup> Soweit die Buße als Erschwerungsmaßnahme ausgesprochen wird, kommt sie wohl nur zugunsten des Staats in Betracht. Dagegen kann es als Erziehungsmaßnahme unter Umständen richtig sein, sie zugunsten von Wohltätigkeitseinrichtungen — niemals jedoch zugunsten von Privaten — auszusprechen, um den vielleicht schädlichen Anschein zu vermeiden, als ob der Staat irgendwelche Vorteile aus der Erziehungsmaßnahme zöge. Das Problem der Geldbuße ist in dieser Hinsicht oftmals behandelt worden. Vgl. statt aller HAMMERSCHLAG: S. 62 f. mit Literaturangaben; ferner SACHS: S. 106; FRANCKE: S. 46. Das Gebot der preußischen A. V. vom 12. April 1922, JMBL. S. 126, Bußen sind zugunsten der Staatskasse auszusprechen, kann, da es sich bei der Strafaussetzung um einen Akt der Rechtsprechung handelt, nur ein Hinweis des Justizministeriums darstellen, dem die bindende Kraft jedoch fehlt. Vgl. auch die vom Bayr. Justizministerium zu § 33 Bayr. Verordnung (Bayr. Justizmin. Bl.) 1927, S. 33 gegebene Anmerkung.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu preußische A. V. vom 29. Juni 1921 (JMBL. S. 368/69).

<sup>3</sup> Systematisch richtig hat die preuß. A. V. die „besonderen Maßnahmen“ und die Buße in verschiedenen Paragraphen behandelt. Der Entw. 27, auch z. B. § 33 Bayr. Verordnung lassen eine getrennte Behandlung vermissen.

sehen sind die dort genannten Maßnahmen solche, die sich auf die Führung beziehen und mit dem Vergeltungsgedanken nichts zu tun haben. Auch die Generalklausel, die dem Gerichte die Auswahl von Verpflichtungen und Maßnahmen freistellt, bezieht sich nur auf Führungs- und Erziehungsanordnungen. Sie bezweckt, solche Anordnungen zu ermöglichen, die sich aus den Besonderheiten des Einzelfalls als erforderlich und zweckmäßig ergeben, die bei der Vielgestaltigkeit der Fälle nicht erschöpfend geregelt werden können. Das trifft nur für die sich auf die Führung beziehenden und der Erziehung dienenden Maßnahmen zu, da diese eine Einstellung auf den Einzelfall erforderlich machen. Bei den Erschwerungsmaßnahmen würde dagegen einer abschließenden Regelung nichts im Wege stehen.

2. Die Schadensmilderung erfolgt durch die Wiedergutmachung. Wer den Schaden gutmacht, ist unter dem Gesichtspunkt der Schadensmilderung gleichgültig. Die Tatsache, daß der Schaden gutgemacht wird, ist das Wesentliche. Es ist daher auch nicht erforderlich, daß der Verurteilte die Wiedergutmachung auf sich nimmt. Hier zeigt sich der Unterschied zwischen der Wiedergutmachung als Schadensmilderungsmaßnahme und als Erziehungsmaßnahme. Als letztere kann sie begrifflich nur den Schädiger treffen.

Der doppelte Charakter der Wiedergutmachung hat in den Bestimmungen keine Beachtung gefunden. Sie handeln, sieht man von der Buße ab, nur von Erziehungsverpflichtungen oder Erziehungsmaßnahmen. Das Stillschweigen könnte man als Ausschluß des Abhängigmachens der Wiedergutmachung vom Verhalten Dritter zu deuten geneigt sein. Die Grundtendenz der Strafaussetzung verlangt jedoch eine andere Auslegung.

Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten will alle die Personen ergreifen, die sich als geeignet erweisen, allerdings mit der Einschränkung, daß sie mit der Tat (ihrer Schwere, Durchführung und Erfolg) verträglich und der Täter ihrer würdig ist. Die objektive Seite der Tat zwingt zu einer Einschränkung der Anwendung der Strafaussetzung. Diese Einschränkung ergibt sich als Notwendigkeit in einem auf Vergeltungsgrundlage ruhendem Strafrechtssystem. Es liegt aber kein Grund vor, die Einschränkung auch dort gelten zu lassen, wo sie nicht notwendig ist, wo ihre Notwendigkeit aus dem Weg geräumt werden kann. Man würde sonst geeignete Personen der Strafaussetzung nicht teilhaftig werden lassen, obwohl sie mit dem Gesamtgehalt der Rechtsordnung vereinbar wäre. Wo eine solche Vereinbarkeit möglich ist, verlangt es der Sinn der Strafaussetzung, daß die Möglichkeit auch ausgenutzt wird. Man muß daher die Möglichkeit einer Anordnung, die die Strafaussetzung vom Verhalten Dritter abhängig macht, einräumen.

Die Frage ist praktisch von großer Bedeutung. Die Fälle, in denen ein vermögensloser Verurteilter einen Schaden anrichtet, den wohlhabende Dritte, etwa Eltern, zu ersetzen geneigt sind, wenn sie den Verurteilten

namentlich von einer Freiheitsstrafe verschonen können, sind nicht selten. Die Anordnung der Strafaussetzung unter dem Vorbehalt, daß der Dritte den Schaden wieder gut macht, liegt sowohl im Interesse der Allgemeinheit als auch des Verurteilten und des Verletzten. Eine Verpflichtung des Dritten zur Wiedergutmachung tritt selbstverständlich nicht ein. Eine ausdrückliche Regelung im Entwurf wäre erwünscht.

Das Schöffengericht Münster hat in zutreffender Weise in einem Urteil, das sich auf einen tödlichen Kraftfahrzeugunfall bezog, die Gefängnisstrafe von zwei Monaten mit dem Vorbehalt ausgesetzt, „daß die Angehörigen nach besten Kräften den Verpflichtungen gegenüber der Familie des Getöteten nachkommen“<sup>1</sup>. Die Wiedergutmachung des Schadens durch Dritte war in diesem Fall von besonderer Bedeutung, da der Verurteilte nicht versichert war.

Der Umfang der Wiedergutmachungspflicht richtet sich nach dem eingetretenen Schaden. Einer zahlenmäßigen Bestimmung im Strafaussetzungsbeschlusse bedarf es nicht. Die Wiedergutmachung schlechthin kann angeordnet werden. Will das Gericht den Umfang der Ersatzpflicht zahlenmäßig angeben, so darf es keinen höheren Betrag einsetzen, als dem Verletzten zivilrechtlich zusteht. Auch an zivilrechtliche Vereinbarungen zwischen Verurteilten und Verletzten ist das Gericht gebunden<sup>2</sup>. Ist der Schaden bereits rechtskräftig festgestellt, so ist das Strafgericht durch diese Feststellung gebunden. Gleichfalls gebunden ist es durch eine von ihm dem Verletzten als Nebenkläger zuerkannte Buße. Ebenso ist das Gericht hinsichtlich der Art der Wiedergutmachung an die Bestimmungen des Zivilrechts gebunden. Es kann den Verurteilten nicht verpflichten, den Schaden in einer Weise wieder gutzumachen, die dem Zivilrecht unbekannt ist. Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts oder strafrechtlicher Rechtseinrichtungen, dem Verletzten Vorteile zu verschaffen, auf die er dem Umfang oder der Art nach keinen zivilrechtlichen Anspruch hat<sup>3</sup>. Als unzulässig abzulehnen ist daher unter dem Gesichts-

<sup>1</sup> Mitgeteilt im „Münsterischen Anzeiger“ vom 15. Januar 1931 S. 2.

<sup>2</sup> Die Auffassung des Zürch. Obergerichts, Beschl. 14. Februar 1922, Zürch. Bl. 21 Nr. 104 S. 255, daß der Verurteilte und Verletzte keine die Weisungen des Gerichts abändernde privatrechtliche Vereinbarungen treffen könnte, erscheint im Verfolg der oben vertretenen Ansicht nicht unbedenklich. Sie beruht darauf, daß das Zürch. Obergericht die Ersatzverpflichtung als Erziehungsmaßnahme ansieht.

<sup>3</sup> Anders der Oberste Gerichtshof in Brünn in einem Urt. vom 1. Februar 1929 (Zm. I 484/28) in Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Brünn aus den Jahren 1928/29. Brünn 1930 Nr. 953 S. 113. Der Geschädigte hatte dem Verurteilten einen Betrag von 7000 Kč. gegeben, um ein mehrfaches in falschen Hundertkronen zu liefern. Die Vorinstanz hatte bedingt verurteilt mit der Auflage, daß der Verurteilte dem Geschädigten den Schaden ersetze. Die Nichtigkeitsbeschwerde machte geltend, daß hierauf nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts kein Anspruch des Geschädigten bestehe. Der oberste Gerichtshof verwarf

punkt der Wiedergutmachung<sup>1</sup> (etwa im Falle der Körperverletzung einer Frau oder des Sittlichkeitsverbrechens an einer Frau) die Gewährung der Strafaussetzung unter dem Vorbehalt, daß der Verurteilte die geschädigte Frau heiratet<sup>2</sup>.

II. Bei den richterlichen Anordnungen, die in Form einer Auflage mit der Strafaussetzung verbunden werden, und die nicht auf dem Vergeltungsgedanken beruhen, sind zwei Gruppen zu unterscheiden. Die eine umfaßt solche Anordnungen, die nur nach außen hin den Charakter einer selbständigen Auflage haben, in Wirklichkeit aber nichts anderes als eine Anwendung des Begriffs der guten Führung, in besonderer Hinsicht darstellen, die daher nur im uneigentlichen Sinn als Auflagen bezeichnet werden können. Hier ordnet der Richter nichts an, was nicht schon gesetzlich vorgeschrieben ist. Er verweist nur auf das, worauf der Verurteilte besondere Achtung haben muß, wenn sein Verhalten als gute Führung angesehen werden soll. Er gibt nur Klarheit über Fragen, die dem Verurteilten zweifelhaft sein können. Das Gericht weist hier den Weg, den das Gesetz selbst vorschreibt. Eine solche Weisung kann oft mit Rücksicht darauf erforderlich sein, daß der Begriff der guten Führung einen variablen Inhalt hat. Gute Führung ist ein einwandfreies Gesamtverhalten<sup>3</sup>, ein Verhalten, das dem Ernst und der Schwere des über den Verurteilten verhängten Zustandes sich anpaßt. Was ein solch einwandfreies Verhalten verlangt, mag zwar in weitem Umfang generell festliegen, in gewissem Umfang richtet sich das aber auch nach Art und Bedeutung der Straftat. Einem schlechten Verhalten, das auf dieselbe Fehlerquelle zurückzuführen ist, wie die Straftat, kommt

---

die Beschwerde. Es komme nicht darauf an, ob der Geschädigte im Zivilrechtswege Schadenersatz verlangen könne. Die Zurückerstattung erfolge hier unter erzieherischen Gesichtspunkten und sei von Zivilrecht unabhängig. Diese nicht auf unser Recht zu übertragenden Ausführungen erklären sich wohl daraus, daß § 4 des Gesetzes vom 17. Oktober 1919 (Sammlung d. Ges. u. Verord. d. Tschech. Staates S. 937) als besondere Verpflichtung nur die Auferlegung von Beschränkungen hinsichtlich des Aufenthaltsorts und der Lebensweise sowie die Wiedergutmachung und Genugtuung aufzählt, nicht also eine Buße kennt, die im geschilderten Fall am Platz gewesen wäre. Die Gerichte haben daher offenbar durch Erstattung des Schadens dem Verurteilten den Gewinn entziehen wollen. Zur Frage der Auflage des Schadensersatzes im Falle, daß der Verletzte oder Getötete versichert war, vgl. ferner die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes E. 3852 in Prag. JZ. XI Sp. 189 (1931).

<sup>1</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Erziehung vgl. weiter unten S. 197, s. a. S. 212.

<sup>2</sup> Über einen solchen Strafaussetzungsbeschluß vgl. ASCHER: Jur. Rdsch. 1929 Sp. 240 f., s. auch DJZ. 34 Sp. 570. In einem neueren Fall hat das Schöffengericht Bad Kreuznach einem Verurteilten Strafaussetzung auf Wohlverhalten unter der Auflage, die Verletzte zu heiraten, gewährt. (Aktenzeichen unbekannt.)

<sup>3</sup> § 12 preuß. R. V. spricht von „zufriedenstellendem Gesamtverhalten“. Vgl. die preuß. A. V. vom 27. Juli 1931 (JMBl. S. 283).

in der Beurteilung des Gesamtverhaltens eine erheblichere Bedeutung zu, als wenn das nicht der Fall ist. Eine sittliche Verfehlung ist bei einem wegen Sittlichkeitsverbrechen Verurteilten von einer höheren Wichtigkeit als bei einem wegen Diebstahls Verurteilten. Wer wegen einer unbedeutenden das Interesse der Allgemeinheit nicht weiter in Anspruch nehmenden Straftat verurteilt wird, der mag ruhig über sich und seine Tat Aufsätze, Romane od. dgl. schreiben. Dagegen wendet niemand etwas ein. Wenn aber seine Straftat allgemeines Aufsehen erregt hat, der Prozeß mit allgemeiner Spannung verfolgt ist und der Täter im Mittelpunkt einer Sensation steht, dann kommt dem Beschreiben seiner Tat und seines Prozesses eine erheblich andere Bedeutung zu. Hier ist dann sehr wohl der Zweifel möglich, ob eine solche Beschreibung den Erfordernissen einer guten Führung entspricht. Sieht man von rechtlichen Bedenken zunächst ab, so ergeben sich schon in rein tatsächlicher Beziehung Unsicherheiten, Bedenken und Zweifel hinsichtlich dessen, was guter Führung entspricht und ihr nicht entspricht. Hier einzugreifen, hier den Weg zu weisen, ist zwar nicht die einzige Aufgabe der Anordnungen dieser Gruppe, aber eine wichtige. Als Hinweis auf gutes Verhalten tritt sie mit sicherlich nicht geringer Bedeutsamkeit neben die andere Aufgabe, dem Verurteilten in irgendeiner Beziehung die Erfordernisse seines Verhaltens besonders vor Augen zu halten und so Warnung zu sein. Zu dieser Gruppe, die im folgenden als Führungsanordnungen bezeichnet werden, gehören allgemeine Anordnungen wie die Verpflichtung zur Führung eines arbeitsamen Lebens, zur Sorge für die Familienangehörigen u. a. m. Aber auch spezielle Anordnungen wie die Verpflichtung, die Gerichtskosten zu zahlen, keine Schilderung der Straftat zu veröffentlichen<sup>1</sup>, brauchen nicht mehr als eine nähere Umschreibung der guten Führung zu sein.

Der zweiten Gruppe gehören diejenigen Anordnungen an, die einen selbständigen Charakter aufweisen. Nicht was gute Führung ist, tun sie dar, sondern wie sie zu erreichen ist, und wie sie gewährleistet wird. Sie sollen die Grundlagen für eine gute Führung herbeiführen und sichern. Die Anordnungen dieser Gruppe liegen außerhalb dessen, was sich schon gesetzlich ergibt. Durch sie schafft der Richter Neues, wozu Gesetz oder Gewohnheitsrecht ihn ermächtigt. Bei dieser Gruppe handelt es sich um Erziehungs- und Besserungsanordnungen. Bei diesen sind je nach ihrer Richtung drei Arten zu unterscheiden. Sie können sich zunächst lediglich auf die Änderung der äußeren Verhältnisse beziehen, damit sich innerhalb der gebesserten Verhältnisse die günstigen Kräfte des Verurteilten frei entwickeln können. Sie können alsdann auf die Persönlichkeit des Ver-

<sup>1</sup> Vgl. den Fall HAU: dazu VON LILIENTHAL in: DJZ. 1925 S. 186 ff. HOFFMANN: G. A. 70 S. 289 ff.; darüber, ob derartige Anordnungen mit Art. 118 V.R. in Einklang stehen, s. später S. 203 ff., dort weitere Literaturangaben.

urteilen unmittelbar gerichtet sein. Endlich können sie sowohl die äußeren Verhältnisse als auch die Persönlichkeit betreffen.

Die Führungsanordnungen können sich ihrer Natur entsprechend nur an den Verurteilten selbst wenden, während die Erziehungsanordnungen unter Umständen auch auf ein Verhalten Dritter abgestellt werden können<sup>1</sup>. Die Anordnungen beider Gruppen können gebietend oder verbietend sein. Sie können als benannte oder unbenannte vorkommen.

Für die Auswahl der Anordnung im Einzelfall bildet ihr Zweck den Ausgangspunkt. Aus dem Zweck sind die Erfordernisse herzuleiten, denen die Anordnung entsprechen muß. Daneben sind aber auch die Schranken zu beachten, die die Rechtsordnung ihr setzt.

Die Frage nach den durch die Rechtsordnung gesetzten Schranken gewinnt besondere Bedeutung bei den unbenannten Maßnahmen, ist aber auch für die benannten nicht bedeutungslos. Sie hat in der Literatur auffallend wenig Beachtung gefunden<sup>2</sup>. Und doch handelt es sich um ein Problem, an dem die Praxis in höchstem Maße interessiert ist. Eine grundsätzliche Stellungnahme muß um so eher erwünscht sein, als die Praxis im allgemeinen die Tendenz aufweist, von Führungsmaßnahmen nur sparsamen Gebrauch zu machen. Mag das zum großen Teil auch daran liegen, daß der Richter, soweit Führungsanordnungen in Betracht kommen, sich nicht in irgendeiner Richtung festlegen will, daß er, soweit es sich um Erziehungsanordnungen handelt, nur schwer sich ein Bild von ihren voraussichtlichen Wirkungen machen kann, daß er in weitem Umfang auch an der Möglichkeit der praktischen Durchführbarkeit der Anordnungen zweifelt, so ist doch die Ursache sicherlich zum anderen Teil in dem Fehlen gesetzlich<sup>3</sup> oder wissenschaftlich niedergelegter Grundsätze zu suchen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Dort, wo in den zugrunde liegenden Bestimmungen von Maßnahmen die Rede ist, ergibt sich die Möglichkeit eines Abstellens auf das Verhalten Dritter aus dem Begriff der Maßnahmen. Wo die Bestimmungen jedoch von „Pflichten“, „Weisungen“ oder dgl. sprechen, muß sie erst aus allgemeinen Erwägungen, die denen hinsichtlich der Wiedergutmachung durch Dritte entsprechen, hergeleitet werden.

<sup>2</sup> Vgl. VON LILIENTHAL: DJZ. 1925 Sp. 1862, dazu GRAF ZU DOHNA: Monatschrift, Beiheft 1 S. 85; HELLWIG zu Art. 118 S. 30; MANNHEIM zu Art. 114 S. 331 ff.; PICH: DRZ. 1926 S. 49 f.; ferner über die Erziehungsanordnungen des § 7 I Ziff. 3: HAMMERSCHLAG: S. 54 ff.

<sup>3</sup> Auch der E. 27 gibt keine Grenzen. Ein Antrag der demokratischen Partei auf Einfügung einer Bestimmung in § 43 E. dahin, daß der Richter bei der Bewilligung nicht die Pflicht auferlegen dürfe, staatsbürgerliche Rechte nicht auszuüben, wurde vom Strafrechtsausschuß der an der sachlichen Richtigkeit des Antrags keine Bedenken trug, aus praktischen Erwägungen zu Recht abgelehnt. Vgl. DJZ. 34 Sp. 40; vgl. zu dem in dieser Hinsicht gleichen E. 25 kritisch GRAF ZU DOHNA: a. a. O., S. 85.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu HAMMERSCHLAG: S. 66 hinsichtlich der Erziehungsanordnungen nach § 7 I Ziff. 3, JGG.

Es bedarf für die Herleitung der Erfordernisse und Schranken der Scheidung zwischen Führungs- und Erziehungsanordnungen.

1. Die Führungsanordnung soll ihrem Zweck entsprechend ein Verhalten bezeichnen, das wenigstens grundsätzlich Voraussetzung guter Führung ist, ohne daß, soweit nicht besondere Verhältnisse eine Ausnahme rechtfertigen, die Führung nicht als gute angesehen werden kann. Das angeordnete Verhalten muß demnach ein solches sein, wie es vom Begriff der guten Führung umfaßt und erfordert wird. Die inhaltlichen Erfordernisse der Anordnung müssen sich an dem Begriff der guten Führung orientieren. Gleichzeitig sind aber auch die Schranken für die Anordnung aus der guten Führung herzuleiten. Die Anordnung muß soviel enthalten, als der Begriff der guten Führung verlangt, sie darf aber auch nicht mehr enthalten, als er erfordert. Sie muß geeignet sein, einen Maßstab für gutes Verhalten abzugeben. Erfordernisse und Schranken bestimmen sich hier einheitlich. Sie sind gewahrt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Das angeordnete Verhalten muß möglich sein. Es darf weder überhaupt unmöglich, noch gerade dem Verurteilten unmöglich sein. Aus dem Nichtbefolgen einer unmöglichen Anordnung kann kein Schluß auf das Verhalten des Verurteilten gezogen werden. Unzulässig würde eine Anordnung sein, die einem Schwerkriegsbeschädigten regelmäßige Landarbeit aufgeben würde, zu der er nicht in der Lage ist.

b) Das angeordnete Verhalten muß zumutbar sein. Nur wenn ein Gebot oder Verbot dem entspricht, was man vernünftiger- oder billigerweise von einem Durchschnittsmenschen von der Art des Verurteilten verlangen kann, ist es möglich die Nichtbefolgung der Anordnung zu seinen Ungunsten einzusetzen. Dem wegen Beleidigung Verurteilten kann nicht auferlegt werden, dem Beleidigten mit der Ehre des Verurteilten nicht vereinbare Erklärungen abzugeben. Unter dem Gesichtspunkt der guten Führung können an die Ersatzpflicht nicht so strenge Forderungen gestellt werden wie an die nach dem Vergeltungsmaßstab angeordnete Wiedergutmachung. Dort können auch besondere Opfer, die über das für den Durchschnittsmenschen Zumutbare hinausgehen, verlangt werden.

c) Das angeordnete Verhalten muß erheblich sein. Es würde zu weit führen, in jedem schlechten Verhalten einen die gute Führung ausschließenden Umstand erblicken zu wollen. Vielmehr gibt es auch schlechtes Verhalten, das für die Frage guter Führung überhaupt nicht oder doch nicht allein von ausschlaggebender Erheblichkeit ist. Es gibt Verhaltensarten, die die Rechtsgemeinschaft zwar nicht billigt, aber doch hinnimmt, wenn es dem Gesamtverhalten keinen maßgeblichen Charakter aufdrückt. Die Tatsache der Gewährung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten läßt als solche einem derartigen fehlerhaften Verhalten eine gesteigerte Bedeutung noch nicht zukommen. Das wird erst dann der Fall, wenn es

auf dieselbe Fehlerquelle, wie die strafbare Handlung zurückzuführen oder aber mit der Entstehung und Begehung der Tat in Verbindung zu bringen ist. Unter solchen Umständen stellt sich das Verhalten in einem anderen Lichte dar. Interessiert es auch gewöhnlicherweise nicht, so kann doch unter den besonderen Verhältnissen gerade dem Unterbleiben eines derartigen Verhaltens entscheidendes Gewicht zukommen und für die Beurteilung des Verhaltens ausschlaggebende Bedeutung zuerkannt werden. Ein entsprechendes Gebot oder Verbot bei Gewährung der Strafaussetzung wird daher, wenn das Verhalten auch unter gewöhnlichen oder andersliegenden Umständen keine besondere Beachtung verdient, den Erfordernissen einer guten Führung durchaus gerecht werden. Eine derartige Beziehung zur Tat ist, um eine Führungsanordnung zu rechtfertigen, überall dort zu fordern, wo nicht ein bestimmtes Verhalten generell gute Führung ausschließt. Nur wo es generell ein gutes Verhalten ausschließt, bedarf es nicht der Tatbeziehung.

d) Das angeordnete Verhalten muß mit der allgemeinen Bewertung des Verhaltens durch Rechtsordnung und Rechtsgemeinschaft übereinstimmen.

Mit diesem Erfordernis wird die Stellung der Führungsanordnung und die Bedeutung des Begriffes der guten Führung in seiner Beziehung zur Rechtsordnung gekennzeichnet. Sie hängt davon ab, wie die Strafaussetzungsnormen überhaupt in die Rechtsordnung eingebaut sind. Die sich daraus ergebenden Schranken gelten nicht nur für den Begriff der guten Führung und damit für die Führungsanordnung, sondern auch für die Erziehungsanordnung. Im Zusammenhang mit dieser werden sie dargestellt.

2. a) Die Erziehungs- und Besserungsanordnung soll die Erreichung des Zieles der Strafaussetzung, den Verurteilten, ohne daß ihn die Nachteile der Strafvollstreckung treffen, zu einem gesetz- und ordnungsmäßigen Leben, hinführen, gewährleisten und sichern. Soll die Erziehungsanordnung diesem Zwecke entsprechen, so müssen folgende Erfordernisse erfüllt sein:

aa) Die angeordnete Maßnahme muß als Erziehungsmittel geeignet sein.

a) Zur Natur des Erziehungsmittels gehört es, helfend und unterstützend einzugreifen. Es zielt auf Erhaltung und Stärkung des Betroffenen ab. Ihm widerstrebt daher zerstörende oder hemmende Wirkung. Dadurch tritt die Erziehungsmaßnahme in Gegensatz zur Sicherungsmaßnahme. Dieser liegt nicht die Förderung des Betroffenen zugrunde, sie ist vielmehr im Interesse der Allgemeinheit auf völlige oder teilweise Ausscheidung aus der Gemeinschaft, auf Zurückdrängung und Zurücksetzung im Gemeinschaftsleben gerichtet.

Demnach scheiden zunächst die ihrem Wesen nach lediglich zur Sicherung dienenden Mittel aus. Das Gericht kann daher nicht den

Verurteilten zur Sterilisation oder Kastration verpflichtet. Ebenso sind solche Anordnungen auszuschließen, die einen vernichtenden Eingriff in die Lebenstätigkeit des Verurteilten enthalten. Hier kommt regelmäßig die Aufgabe eines an sich einwandfreien Gewerbes (etwa des Gast-, Hauderer- oder auch Hausierergewerbes) oder das Ausscheiden aus einem Beruf in Frage. Eine Ausnahme ist nur dann gegeben, wenn das gleiche Interesse des Verurteilten, dieselbe Ausbildung, dieselbe Fähigkeit und dieselbe Fortkommensmöglichkeit hinsichtlich eines anderen Gewerbes oder Berufs besteht und ein Wechsel ohne wirtschaftliche Schwierigkeiten eintreten kann. Einen zerstörenden Eingriff in den Lebenskreis des Verurteilten würde auch die Verpflanzung eines Städters auf das Land und eines Landbewohners in die Stadt, regelmäßig auch die Verpflanzung aus einer Stadt in die andere bedeuten. Ein Wechsel von Stadt und Land, von Stadt zu Stadt ist nur dann ohne erhebliche Störung möglich, wenn der Verurteilte mit seinem Aufenthaltsort noch nicht verwurzelt ist. Ein Wechsel kommt namentlich als Rücksiedlung in Betracht, so in dem Fall, daß ein vom Lande stammendes Mädchen, das in seinem Denken und Fühlen nach noch mit dem Lande in Berührung steht, in der Stadt auf die schiefe Ebene kommt.

Die zerstörenden Eingriffe brauchen sich nicht gegen die Persönlichkeit zu richten, sie sind vielmehr auch als gegen das Eigentum gewandt denkbar. Hierhin würden Anordnungen zu rechnen sein, die auf Aufgabe oder eine dauernde rechtliche Beschränkung zur Vermögenssubstanz gehöriger Eigentumsrechte zielen, wie z. B. die von THOMSEN<sup>1</sup> als Schutzmaßnahme vorgeschlagenen Aberkennung einer Wegeberechtigung. Nicht hierhin gehört die Auflegung einer Geldbuße als Erziehungsmittel, da diese nicht die Vermögenssubstanz ergreift, vielmehr vom Gewinn entrichtet werden soll.

Nicht minder wichtig ist der Ausschluß der hemmenden Maßnahmen. Das sind solche, die der Fortführung und Aufrechterhaltung einer geordneten Tätigkeit, Lebens- und Geschäftsführung des Verurteilten oder seinem Fortkommen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Der Aufrechterhaltung einer geordneten Lebensführung würden etwa der Hausarrest<sup>2</sup> oder die in Thüringen gehandhabte „Freiheitsentziehung“<sup>3</sup> widersprechen, ganz abgesehen davon, daß sie Strafcharakter aufweisen und

<sup>1</sup> THOMSEN: Denkschrift, S. 8.

<sup>2</sup> Gegen die Zulässigkeit des Hausarrests als Erziehungsmaßregel nach § 7 I Ziff. 3 HAMMERSCHLAG: S. 56 f.

<sup>3</sup> Die Freiheitsentziehung beruht darin, daß der Verurteilte sich von Samstag 16 Uhr bis Montag 6 Uhr im Gefängnis einbehalten lassen muß. Die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung bejahen GRAU-SCHÄFER: S. 288. Eine dort angeführte Verfügung des Preußischen Justizministers vom 9. Mai 1925 I 3481 hält die Vollstreckung der Freiheitsentziehung für unbedenklich.

auch dem Zwecke der Strafaussetzung widersprechen, die — wenigstens soweit es sich um Freiheitsstrafe handelt — den Verurteilten gerade vor der Freiheitsentziehung bewahren will. Als Hemmung einer geordneten Geschäftsführung würde eine Verpflichtung eines Gastwirts in Betracht kommen, keine weibliche Bedienung zu halten, da diese eine weittragende Beschränkung in seinem Wirtschaftsbetrieb bedeuten würde. Ein unzulässiger Eingriff würde auch die Auflage an einen Geschäftsmann sein, in Zukunft kein Kraftfahrzeug selbst zu fahren.

β) Die Geeignetheit eines Erziehungsmittels setzt voraus, daß die Durchführung auch möglich ist.

γ) Eine Erziehungsanordnung verspricht nur dann Erfolg, wenn sie bestimmt und klar ist. Sie muß deutlich angeben, was der Verurteilte tun oder nicht tun soll. Während bei den Führungsanordnungen es einer Bestimmtheit nicht bedarf, sie auch infolge der Unbestimmtheit des Begriffs der guten Führung nicht immer bestimmt sein können, und man sich häufig mit unklar umschriebenen Forderungen wie der Verpflichtung eines arbeitssamen Lebens, „eines Wohlverhaltens den Eltern gegenüber“ begnügen muß, ist es bei einer Erziehungs- oder Besserungsanordnung erforderlich, daß sie wenigstens im wesentlichen dem Verurteilten den Weg klar vorschreibt. Eine Auflage an den Verurteilten, in einer bestimmten Stellung zu bleiben und diese nicht ohne wichtigen Grund zu verlassen, würde ausreichend klar sein, da der Verurteilte im wesentlichen klar sieht, was er zu tun hat. Der Grundsatz der Bestimmtheit und Klarheit verlangt nicht, daß die Anordnung die Durchführung im einzelnen regelt. Diese kann vielmehr dem Verurteilten überlassen bleiben. So braucht das Gericht, wenn es den Eintritt in einen Abstinenzverein anordnen will, keinen bestimmten Verein zu benennen, sondern kann die Auswahl dem Verurteilten überlassen<sup>1</sup>.

δ) Die angeordnete Maßnahme muß, wenn auch nur in grobem Umfang überwachbar sein<sup>2</sup>. Eine Maßnahme, von der von vornherein feststeht, daß ihre Übertretung nicht feststellbar ist, schädigt das Ansehen des Staates und des Gerichts und übt einen nachteiligen Einfluß auf den Betroffenen aus. An der Unüberwachbarkeit wird im allgemeinen das Wirtshausverbot oder der Hausarrest, häufig auch ein Alkoholverbot in großen und größeren Städten scheitern. Eine Ausnahme bilden hier Verbote in Verbindung mit Anordnung der Schutzaufsicht.

ε) Die angeordnete Maßnahme darf nicht nur äußerlich sein. Wenn sich Erziehungsmaßnahmen auch gegen die äußeren Verhältnisse richten können, so geschieht die Einwirkung auf diese doch nur, damit dem

<sup>1</sup> Ob der Eintritt überhaupt in einen Verein oder einen bestimmten Verein angeordnet werden kann, ist später zu prüfen.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu FRANCKE: S. 47.

Betroffenen ein günstigerer Boden zur Führung eines gesetz- und ordnungsmäßigen Lebens geschaffen wird. Das innere Verhalten ist auch hier das Maßgebliche. Durch die Einflußnahme auf das innere Verhalten unterscheidet sich die gerichtliche Tätigkeit von der polizeilichen. Beide Tätigkeiten zielen auf die Abwehr von Störungen der öffentlichen Ordnung im Staatsinnern<sup>1</sup>. Die Polizei begnügt sich jedoch mit einer Beseitigung der äußeren Gefahr, das Gericht sucht eine Beseitigung innerer Gefährlichkeit des Täters. Hier ist Sicherung, dort Besserung und Erziehung das Ziel.

Eine rein äußerliche Maßnahme würde das Verbot an einen Kraftwagenfahrer sein, während der Probefrist nicht mehr selbst zu fahren. Zwar mag ein solches Vorbot als Übel nicht ohne Wirkung sein, aber als ein Mittel zur Steigerung der Achtsamkeit verspricht es keinen Erfolg. Im Gegenteil, es nimmt sogar die Möglichkeit, sich achtsam zu erweisen. Äußerlich sind auch die von THOMSEN<sup>2</sup> als Schutzmaßnahmen gemachten Vorschläge, einem Messerhelden zu verbieten, ein Taschenmesser bei sich zu führen, einem Wandervogel, der Nester ausnimmt, Feuer anzündet, Ausflüge zu verbieten, einem in der Nähe der Schule wohnenden Buchhändler, der unzüchtige Bilder und Schriften ausgestellt hat, drei Monate lang täglich bei Beginn und Schluß der Schule die Verhängung oder Schließung seines Ladens zu gebieten oder einem Exhibitionisten die Vermauerung eines Fensters aufzutragen.

Dagegen beschränkt sich das Gebot an ein in der Stadt befindliches Mädchen vom Lande<sup>3</sup> die Arbeitsstelle zu wechseln, nicht nur auf eine äußerliche Veränderung. Hier wird der Grund zu einer Besserung gelegt. Unter Umständen ist auch das Gebot der Kündigung einer Wohnung als Erziehungsmittel denkbar<sup>4</sup>. Der Verurteilte lebt mit seinem Vermieter in dauerndem Streit, er hat den Vermieter bedroht und verletzt, er sieht das Unrecht ein, will sich auch bessern. Sein nervöser aufgeregter Zustand hat sich durch den Streit mit dem Vermieter gesteigert und läßt erwarten, daß er sich nicht beherrschen können wird, wenn er in seiner Wohnung bleibt. Ein Wechsel der Wohnung erscheint hier als Voraussetzung für ein erfolgreiches Ansicharbeiten des Verurteilten und daher als Erziehungsmittel sehr wohl anwendbar. In den Regelfällen wird allerdings der Wohnungswechsel bei einem Streit zwischen Mieter und Vermieter nur eine äußerliche Maßnahme bedeuten. Als Erziehungsmittel ist das Gebot eines Wohnungswechsels in solchen Fällen angebracht, in denen die Zustände und Mitbewohner eine Besserung als aussichtslos erscheinen lassen.

<sup>1</sup> Über den Begriff der Polizei vgl. JELLINEK: V. R. S. 423.

<sup>2</sup> Vgl. THOMSEN: Denkschrift S. 4 ff.    <sup>3</sup> Vgl. THOMSEN: S. 7 Ziff. 3.

<sup>4</sup> Vgl. THOMSEN: S. 4 Ziffer 1.

bb) Neben die Geeignetheit muß die Angemessenheit der Erziehungsmaßnahme treten.

a) Das angeordnete Erziehungsmittel muß zu den durch die Tat in Erscheinung getretenen Mängeln in Beziehung stehen. Nur soweit die Tatumstände eine Einflußnahme erforderlich machen, ist Raum für eine gerichtliche Maßnahme. Wo ein Mangel zur Tat in überhaupt keiner Beziehung steht, fällt seine Behebung nicht in den Aufgabenkreis des Gerichts. Ein Dieb, der zufällig geschlechtskrank ist, darf nicht zur Heilung seiner Krankheit verpflichtet werden. Einem Betrüger, der gern dem Alkohol zuspricht, ohne daß jedoch Alkohol und Tat in Beziehung stehen, darf nicht das Wirtshausverbot auferlegt werden, um nebenher ihn dem Alkohol zu entwöhnen. Die erforderliche Verbindung von Tat und Erziehungsmaßnahme würde dagegen vorliegen, wenn der Betrüger die Straftat begangen hat, um sich in Besitz von Mitteln für Erwerb von Rauschgiften zu setzen, und das Gericht dem Verurteilten Strafaussetzung mit der Verpflichtung gewährt, sich einer Entziehungskur zu unterziehen.

β) Das angeordnete Erziehungsmittel darf nicht unverhältnismäßig sein. Es muß in einem angemessenen Verhältnis zur Tat, zur Strafe und zu Erziehungsempfänglichkeit des Täters stehen. Jedes Übermaß ist schädlich. Es macht die Befolgung des Erziehungsmittels unnötig drückend, unter Umständen sogar unzumutbar. Damit entsteht die Gefahr, daß auch solche, die an sich zur Besserung geeignet sind, die Vollstreckung der Strafe vorziehen, und das Erziehungswerk gefährdet wird. Je schärfer und härter das Erziehungsmittel, um so mehr bedarf es der Prüfung, ob nicht ein milderes Mittel anreicht. Wo, etwa bei einem jüngeren Verbrecher, die Unterbringung in das Elternhaus ausreichend ist, darf nicht Schutzaufsicht angeordnet werden. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann eine Lockerung der angeordneten Verpflichtungen mit der Zeit entsprechen, sei es, daß sie von vornherein oder erst später erfolgt.

γ) Eng mit der Verhältnismäßigkeit hängt der Grundsatz zusammen, daß bei gleichwertigen Erziehungsmöglichkeiten nicht mehr angeordnet werden darf, als für die Verwirklichung einer der Möglichkeiten erforderlich ist. Besteht etwa die Möglichkeit, daß der Verurteilte bei mehreren Verwandten auf dem Lande in gleichwertiger Weise Aufnahme finden kann, so hat das Gericht dem Verurteilten die verschiedenen Möglichkeiten offen zu lassen. Soll der Eintritt in einen Sportverein angeordnet werden, und sind mehrere Vereine vorhanden, so ist nur der Eintritt in irgendeinen der Sportvereine schlechthin anzuordnen.

δ) Das angeordnete Erziehungsmittel darf nur auf die Probezeit beschränkt sein. Die Strafaussetzung ist eine zeitlich beschränkte Maßnahme. Mit Ablauf der Probezeit endet sie, es folgt entweder der Straf-

erlaß oder die Strafvollstreckung. In gleicher Weise ist auch das Erziehungsmittel zeitlich gebunden. Es soll zwar über die Zeit hinaus wirken, indem es den Verurteilten zur guten Lebensführung angeleitet und hingeleitet hat. Diese Wirkung ist aber nur das Ergebnis des Erfolges der Erziehung. Die Erziehung selbst dagegen hat aufgehört. Nur für die Probezeit besteht die Ermächtigung des Gerichts in den Lebenskreis des Verurteilten regelnd einzugreifen. Unzulässig sind daher solche Maßnahmen, die eine Regelung über die Probezeit hinaus enthalten. Das Gericht darf daher den Verurteilten nicht verpflichten, auf das Land zurückzukehren und dort einen 10jährigen Vertrag abzuschließen. Ausgeschlossen ist daher auch die Verpflichtung zur Eingehung einer Ehe, da diese ihrer Idee nach dauernd sein soll<sup>1</sup>.

b) Die Schranken der Erziehungsanordnung.

Entspricht die Erziehungsanordnung auch den aufgestellten Erfordernissen, so ist damit ihre Zulässigkeit noch nicht dargetan. Sie muß vielmehr mit dem Inhalt und Geist der gesamten Rechtsordnung in Einklang stehen. Sie muß dort zurücktreten, wo sie sich zu einem von der Rechtsordnung oder Rechtsgemeinschaft höher bewerteten Interesse in Widerspruch befände. Hier findet die Erziehungsanordnung ihre Schranken. Diese Schranken bedürfen, sofern sie praktisch verwertbar sein sollen, der grundsätzlichen Klarlegung.

VON LILIENTHAL<sup>2</sup> hat nach zwei Richtungen hin Schranken aufgestellt. Die Anordnung dürfe einmal nicht gegen die guten Sitten, dann nicht gegen die in der Reichsverfassung niedergelegten Grundrechte verstoßen. Diese Ansicht hat GRAF ZU DOHNAS<sup>3</sup> der Kritik unterzogen. Die erste Schranke bezeichnet er als zu weit, die zweite als zu eng. Soweit es sich um die erste Schranke handelt, kann der Auffassung GRAF ZU DOHNAS nicht beigetreten werden. Die inhaltliche Einengung der Erziehungsanordnung, die GRAF ZU DOHNA offenbar für erforderlich erachtet, ergibt sich bereits aus den Erfordernissen der Erziehungsanordnung. Entspricht sie diesen, so gibt es unter dem Gesichtspunkte des Verhältnisses von Anordnung und Sitte keine andere Schranken, als daß die Anordnung nicht gegen die guten Sitten verstößt. Die zweite von VON LILIENTHAL aufgestellte Schranke, daß eine Erziehungsanordnung nicht in die Grundrechte eingreifen könne, hat nicht nur bei GRAF ZU DOHNA keine Anerkennung gefunden. Die Literatur geht vielmehr allgemein davon aus, daß Eingriffe in die Grundrechte als möglich anzuerkennen seien. Sie macht dabei die Einschränkung, daß aber nur solche verfassungsmäßig garantierte Rechte, die selbst durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe keine Einbuße erleiden könnten, durch die Auf-

<sup>1</sup> Vgl. dazu oben S. 188 und ferner unten S. 212.

<sup>2</sup> VON LILIENTHAL: DJZ. 1925, Sp. 1862.

<sup>3</sup> GRAF ZU DOHNA: Monatsschrift, Beiheft, S. 85.

erlegung von Erziehungsanordnungen berührt werden dürfen<sup>1</sup>. Ihre weitere Ausbildung hat diese Lehre durch MANNHEIM<sup>2</sup> gefunden. Er schränkt sie dadurch ein, daß er von den im Strafvollzug zulässigen Eingriffen in die Rechte des Verurteilten bei der Strafaussetzung nur solche für zulässig erachtet, die dem Zwecke des Strafvollzuges dienen und nicht durch dessen Beendigung gegenstandslos geworden sind. Durch die Einschränkung auf die dem Zwecke des Strafvollzuges dienenden Eingriffe sollen alle Beschränkungen bei der Strafaussetzung ausgeschlossen sein, die nur Begleiterscheinungen des Strafvollzugs sind, wie z. B. die Gebundenheit an die eintönige Gefangenekost, die Verpflichtung zur Leistung stumpfsinniger Arbeit, die Unmöglichkeit des Bordellbesuchs. Durch die Ausscheidung der durch die Beendigung des Strafvollzugs gegenstandslos gewordenen Beschränkungen soll die Unzulässigkeit von gewissen Verboten, wie das Verbot des Lesens von Büchern und Zeitungen, dargetan werden.

Richtig ist an den im Vorstehenden gekennzeichneten Auffassungen, daß durch Erziehungsanordnungen auch in Grundrechte eingegriffen werden kann. Das bedarf freilich der Begründung. Sie wird weiter unten gegeben. Unhaltbar ist aber die Hineinziehung der durch die Strafverbüßung erfolgenden Beschränkungen als Vergleichs- und Anhaltspunkt für die durch die Erziehungsanordnung in Frage kommenden Eingriffe. Diese Auffassung, die man als Theorie der begrenzenden Wirkung der Strafe bezeichnen könnte, beruht auf dem Gedanken, daß die Strafaussetzung eine Rechtswohltat sein sollte, die die Strafvollstreckung ersetze und sie als Rechtswohltat nicht in stärkerem Maß den Verurteilten beschränken dürfe, als es die Strafvollstreckung tun würde. Der Fehler dieser Auffassung liegt darin, daß sie zwei Dinge vergleichsweise nebeneinander stellt, die rechtlich überhaupt nicht zu vergleichen sind, da sie dem Wesen nach völlig verschiedene sind. Strafverbüßung und Unterworfensein unter eine Erziehungsanordnung entspricht dem Unterschiede von Strafe und Erziehungsmaßnahme. Beide verfolgen verschiedene Zwecke. Den verschiedenen Zwecken entspricht eine verschiedene Ausgestaltung. Die Ausgestaltung untersteht bei jedem der beiden Reaktionsmittel der besonderen innerlichen Gesetzmäßigkeit. Die Beschränkungen, die die Strafe notwendigerweise mit sich bringt, sind für ein von der Strafe losgelöstes Erziehungsmittel vielleicht überhaupt nicht oder nicht in der Art und Intensivität erforderlich. Dasselbe gilt aber auch umgekehrt. Das Erziehungsmittel kann, da sich hier der Verurteilte in Freiheit befindet, ganz andere Eingriffsmöglichkeiten verlangen. Die Wohnungsfreiheit wird von der Freiheitsstrafe beispiels-

<sup>1</sup> So VON LISZT-SCHMIDT: 26. Aufl. S. 449; GRAU-SCHÄFER: S. 289; vgl. auch PICH: DRZ. 1926 S. 49.

<sup>2</sup> MANNHEIM zu Art. 114, S. 331 ff.

weise unberührt gelassen. Soll es deswegen verboten sein, dem Verurteilten bei der Strafaussetzung aufzuerlegen, einem Helfer Zutritt zu seiner Wohnung mehrmals wöchentlich zu gewähren? Die Freiheitsstrafe läßt das Eigentum unberührt. Soll es deswegen verboten sein, dem wegen Mißhandlung und Beleidigung seines Nachbarn zu Gefängnis Verurteilten aufzuerlegen, sein Verhalten dem Nachbarn gegenüber so einzurichten, wie es unter ordentlichen Nachbarn üblich ist, und auch von dem Eigentumsrechte an seinem Grundstück dem Nachbar gegenüber keinen, nicht nur im Sinne der Rechtsordnung nicht schikanösen Gebrauch zu machen? Die Freiheitsstrafe läßt das Vermögen des Verurteilten unberührt. Soll es deswegen unzulässig sein, ihm, um ihn zu Arbeit und Sparsamkeit zu erziehen, eine Buße aufzuerlegen? Man mag zu den Beispielen stehen, wie man will, auf keinen Fall aber ist ersichtlich, warum derartige Anordnungen zu verneinen sein sollen, weil sie den mit dem Strafübel verbundenen Beschränkungen nicht entsprechen.

Die vergleichsweise Gegenüberstellung von Strafe und Erziehungsmittel muß ferner daran scheitern, daß die Strafe als solche schon intensiver in die Rechtssphäre des Verurteilten eingreift als das Erziehungsmittel. Die Strafe ist rechtlich gesehen die einschneidendere Maßnahme. Selbst wenn daher das Erziehungsmittel an einer Stelle schärfer eingreift als die Strafe, so steht es doch, im ganzen gesehen, rechtlich an Schwere hinter der Strafe. Daß der Verurteilte im Einzelfall das Erziehungsmittel für härter halten mag, widerspricht nicht dem Grundsatz. Gesetzlich sind auch 11 Monate Gefängnis ein weniger schlimmes Übel als 8 Monate Zuchthaus, wenn es dem Verurteilten, wie es in der Praxis sich so oft zeigt, auch 8 Monate Zuchthaus lieber sind. Was als schwerer Eingriff anzusehen ist, entscheidet sich nicht nur nach der Äußerlichkeit des Eingriffs, sondern nach seinem Gesamtgewicht. Rechtlich liegt das schwerere Gesamtgewicht stets bei der Strafe. Daher besteht auch kein Grund für die Annahme, daß die Erziehungsanordnung mit dem Ablauf der Strafzeit folgerichtig abschließen müsse, wie MANNHEIM<sup>1</sup> meint.

Auf der einen Seite führt die Anpassung des Erziehungsmittels an den Strafvollzug zu einer zu großen Einschränkung des Eingriffsumfangs des Erziehungsmittels, auf der anderen Seite bringt sie eine zu weite Ausdehnung. Der Versuch MANNHEIMS, durch gewisse Einschränkungen eine zu weite Ausdehnung zu verhindern, beseitigt diese Mängel nicht. Im Gegenteil, er führt zu einer noch weiteren Einengung der Erziehungsmittel, die zwar im ganzen zu weit, in einer Hinsicht aber nicht einmal weit genug geht. Die Freiheitsentziehung dient sicherlich dem Zwecke

<sup>1</sup> MANNHEIM: a. a. O., S. 332. Er erkennt an, daß die Praxis sich nicht zu dieser Einschränkung bekenne, daß mit ihr auch dem Erziehungsgedanken nicht gedient sei.

des Strafvollzugs in erster Linie. Eine Erziehungsmaßnahme, die gleichfalls eine Freiheitsentziehung darstellen würde, etwa Hausarrest<sup>1</sup> oder die thüringische Freiheitsentziehung<sup>2</sup>, müßte demnach als zulässig zu erachten sein, obwohl sie gerade dem Zweck des Erziehungsmittels, den Verurteilten von einer Freiheitsentziehung zu bewahren, entgegen ist.

Endlich aber paßt die Theorie der begrenzenden Wirkung der Strafe von vornherein nur auf die Freiheitsstrafe. Auf die Geldstrafe ist sie unanwendbar. Ihre Übertragung auf die Geldstrafe würde zu dem Ergebnis führen, daß nur in das Vermögen eingreifende Anordnungen zulässig sind, also etwa die Buße. Gerade diese eignet sich bei einer Geldstrafe am allerwenigsten. Praktisch würde eine Erziehungsanordnung bei der Geldstrafe unmöglich gemacht, was sicherlich nicht im Sinne der in Betracht kommenden Normen liegt.

Was an Anordnungen rechtlich zulässig ist oder nicht, dafür kann allein die Bedeutung des Erziehungsmittels als solches und seine Stellung in der Rechtsordnung als selbständige Maßnahme in Betracht kommen. Des Dazwischenschiebens eines andersgearteten Maßstabes bedarf es nicht. Es fehlt dafür auch die Rechtsgrundlage. Losgelöst von der Strafe ist zu untersuchen, welchen Schranken die Erziehungsanordnung im Verfassungsrecht — und nicht nur da, sondern auch überhaupt in der Rechtsordnung — unterliegt. Die Erziehungsanordnung der Strafaussetzung steht hier grundsätzlich auf einer Stufe mit den sonst gesetzlich begründeten Erziehungsanordnungen.

aa) Bei der Bestimmung der Schranken der Erziehungsanordnung ist vom Verfassungsrecht auszugehen. Es ist jedoch zu beachten, daß die Verfassungsbestimmungen, was wohl auch von LILIENTHAL<sup>3</sup> übersehen wird, nicht die einzigen Schranken, neben den guten Sitten darstellen, daß vielmehr auch gewöhnliche Gesetze als Schranken in Betracht kommen.

Um die Stellung der Erziehungsanordnung im Rahmen des Verfassungsrechts kennzeichnen zu können, bedarf es zunächst einmal der Ausscheidung derjenigen Bestimmungen, die sich nicht an die die Erziehungsanordnung ausübende Staatsgewalt richten. Bei den sich gegen jede staatliche Betätigung richtenden Bestimmungen ist sodann zu untersuchen, ob und in welchem Umfange sie Ausnahmen zulassen und inwieweit durch diese die Erziehungsanordnung betroffen wird. Nicht jede Erziehungsanordnung, die einen Gegenstand betrifft, auf den sich die Verfassungsbestimmung bezieht, ist schon um dessentwillen schlechthin unwirksam<sup>4</sup>. Vielmehr ist bei jeder Verfassungsbestimmung

<sup>1</sup> Gegen die Zulässigkeit von Hausarrest als Erziehungsmaßregel nach § 7 I Ziff. 3; HAMMERSCHLAG: S. 56 f.

<sup>2</sup> Vgl. S. 193 Anm. 3. <sup>3</sup> VON LILIENTHAL: a. a. O.

<sup>4</sup> So richtig MANNHEIM: Art. 114, 115, S. 331. Vgl. auch HAMMERSCHLAG: S. 54 f.; HELLWIG: Art. 118 S. 30.

zu prüfen, ob sie sich auch gegen die bei der Strafaussetzung geübten Staatsgewalt richtet, oder ob, falls sich die Bestimmung grundsätzlich gegen jede staatliche Betätigung richtet, sie doch Ausnahmen zuläßt und die Erziehungsanordnungen unter die Ausnahmen fallen. Soweit ein Eingriff als zulässig befunden ist, ergibt sich als weitere Frage, ob er unbegrenzt erfolgen kann.

a) Es ist das Verdienst von THOMA<sup>1</sup>, die Unterscheidung zwischen Grundrechten, die sich gegen jede staatliche Gewaltausübung, und solchen, die sich nur gegen gewisse Zweige staatlicher Tätigkeit richten, dargelegt zu haben. Die Unterscheidung zwischen „generellen“ und „speziellen“ Grundrechten gewinnt hier erhebliche Bedeutung. Soweit die Strafaussetzung auf Wohlverhalten Rechtsakt und nicht Gnadenakt ist, ist es gleichgültig, ob sie durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden angewandt wird. Sie ist in beiden Fällen Ausfluß eines besonderen durch die Begehung einer Straftat entstehenden Gewaltverhältnisses der staatlichen Straf Gewalt. Wo sie als Gnadenakt erfolgt, ist sie Ausfluß der dem Staate gegenüber dem Verurteilten bestehenden Gnadengewalt<sup>2</sup>. Von besonderer Bedeutung ist, daß in beiden Fällen die ausgeübte Gewalt von der staatlichen Polizeigewalt zu unterscheiden ist. Was unter Polizeigewalt zu verstehen ist, richtet sich nach materiellen Gesichtspunkten. Formelle Merkmale sind nicht entscheidend, so daß es gleichgültig ist, wer der Träger der Tätigkeit im Einzelfall ist, ob es etwa der Reichstag bei der Gesetzgebung oder die Polizeibehörde bei Erlaß eines Polizeibefehls ist. Daß die Strafaussetzung regelmäßig<sup>3</sup> durch die Justizbehörde ausgesprochen wird, ist demnach für die Frage der Polizeigewalt nicht ausschlaggebend. Es kommt vielmehr darauf an, ob „mit den Befehlen und Zwangsmaßregeln der Gehorsam des allgemeinen Gewaltverhältnisses in Anspruch genommen wird“<sup>4</sup>. Nur wenn das der Fall ist, liegt ein Akt der Polizeigewalt vor. Bei der Strafaussetzung fehlt es an einer Inanspruchnahme auf Grund eines allgemeinen Gewaltverhältnisses. Somit ist auch die mit der Strafaussetzung verbundene Erziehungsanordnung keine polizeiliche Anordnung, wenn sie auch, wie die typisch polizeigewaltliche Äußerung: der Polizeibefehl, präventiv wirkt.

Es scheiden zur Aufrichtung von Schranken daher alle Verfassungsbestimmungen aus, die lediglich polizeibegrenzende Grundrechte enthalten.

<sup>1</sup> THOMA: Festschrift, S. 201; ANSCHÜTZ: S. 456; — in JW. 1927 S. 429 f.; JELLINEK: V. R. S. 196.

<sup>2</sup> Auch diese Möglichkeit soll hier der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Die für die Strafaussetzung als Rechtsfolge geltenden Regeln gelten entsprechend für das Gnadenrecht.

<sup>3</sup> Abgesehen, wo sie als Gnadenakt durch die Landesregierung erfolgt.

<sup>4</sup> So zutreffend THOMA: S. 204.

Hier kommen in Betracht:

*αα)* Vereins- und Versammlungsfreiheit. Es herrscht darüber Einigkeit, daß die Art. 123, 124 R. V. sich ausschließlich an die Polizeigewalt richten<sup>1</sup>. Das hat zur Folge, daß gegen die Versammlungsfreiheit oder Vereinsfreiheit gerichtete Erziehungsanordnung nicht durch Art. 123, 124 R. V. ausgeschlossen sind. Zulässig ist daher die Anordnung des Eintritts in einen Verein (Abstinenzverein) oder auch des Austritts aus einem Verein<sup>2</sup>, der Untersagung der Teilnahme an Versammlungen. Ein Einwand gegen das Verbot der Mitgliedschaft einer politischen Partei oder des Besuchs politischer Versammlungen läßt sich nicht auf Art. 123, 124 R. V. stützen, würde aber aus später zu erörternden Gründen durchschlagen. Die Unzulässigkeit des Verbots der Teilnahme an Berufsversammlungen oder der Mitgliedschaft an Berufsvereinen ergibt sich gleichfalls nicht aus der Versammlungs- und Vereinsfreiheit, sondern aus der Natur des Erziehungsmittels, das keine das Fortkommen oder die Förderung des Verurteilten hemmende Anordnungen verträgt.

*ββ)* Freizügigkeit. Ebenso hat Art. 111 R. V. einen lediglich polizeigerichteten Inhalt<sup>3</sup>. Der Anordnung, die Stadt zu verlassen und in den Heimatort zurückzukehren, kann daher Art. 111 nicht entgeggehalten werden.

*β)* Die Mehrzahl der Grundrechte richten sich gegen jeden Zweig der Staatsgewalt, so Art. 114, 115, 117, 125, 126, 135 f., 142, 151, 153, 159, wohl auch Art. 112 R.V.<sup>4</sup> Ebenso gehört Art. 118 R.V. hierhin<sup>5</sup>. Eine Eingriffsbefugnis der Behörden in die freie Meinungsäußerung besteht nur innerhalb des Art. 118 R.V, nicht aber wie bei der Vereins- und Versammlungsfreiheit außerhalb der Verfassungsbestimmungen.

*αα)* Unzulässig ist ein Eingriff in die von THOMA<sup>6</sup> als „reichsver-

<sup>1</sup> So THOMA: S. 203; DELIUS: Art. 123/24 II S. 142; ANSCHÜTZ: JW. 1927 S. 429 f.; JELLINEK: V. R. S. 206.

<sup>2</sup> A. A. ALTMANN-JACOB-WEISER: S. 708; HAMMERSCHLAG: S. 55; zweifelnd RADBRUCH: JGG. zu § 7 Anm. 4. Für die Zulässigkeit derartiger Anordnungen grundsätzlich FRANCKE: S. 47 mit dem Hinweis darauf, daß das Gericht nur den Eintritt in einen Verein der Art nach vorschreiben könne, nicht aber einen bestimmten Verein bezeichnen könne, da zu berücksichtigen sei, daß in Vereinen neben dem eigentlichen Vereinszweck weltanschauliche Gesinnung gepflegt wird. Zutreffend ist, daß mit der Auferlegung der Verpflichtung zum Eintritt in den Verein in gewisse Freiheitsrechte (vgl. die weiteren Ausführungen oben) nicht eingegriffen werden darf. Häufig wird auch die Anordnung des Eintritts in einen bestimmten Verein dem Grundsatz der Beachtung gleichwertiger Möglichkeiten widersprechen. Ausgeschlossen ist aber die Anordnung des Eintritts in einen bestimmten Verein nicht. Zulässig ist z. B. die Anordnung, in einen bestimmten Verein einzutreten, der der Weltanschauung des Verurteilten entspricht.

<sup>3</sup> So THOMA: S. 203; ferner zu Art. 111 ROHMER: S. 239.

<sup>4</sup> A. A. THOMA: S. 203. <sup>5</sup> A. A. ANSCHÜTZ: JW. 1927 S. 429 f.

<sup>6</sup> THOMA: S. 191 ff.

fassungskräftig“ bezeichneten Grundrechte. In diese ist nur ein Eingriff im Wege des verfassungsändernden Reichsgesetzes möglich. Es handelt sich um die Art. 118, 125, 126, 135 f., 142, 159 R.V. Die Erziehungsanordnung darf demnach nicht die Freiheit der Meinungsäußerung<sup>1</sup>, die Wahlfreiheit, das Petitionsrecht, die Religionsfreiheit, die Freiheit von Kunst und Wissenschaft, die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit beschränken, soweit sie verfassungsmäßig gewährt sind. Wie weit die Gewährung der Freiheit geht, ist im Einzelfall zu prüfen.

aaa) Eine erhebliche Einschränkung der verfassungsmäßig gewährten Freiheit der Meinungsäußerung<sup>2</sup> enthält Art. 118 RV. in den Worten, „innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze“. Soweit allgemeine Gesetze Schranken aufstellen, besteht demnach keine unbeschränkte und unbeschränkbare Meinungsäußerung. Unter „allgemeinen Gesetzen“ sind hier die Gesetze zu verstehen, die sich nicht gegen die Meinung als solche richten<sup>3</sup>. Die allgemeinen Gesetze können die Schranken auf zwei Arten setzen: 1. sie geben die Schranken unmittelbar selbst, indem sie entweder bestimmte Formen der Meinungsäußerung oder der Meinungsverbreitung verbieten oder bei bestimmten Personenkategorien die Meinungsäußerung einschränken (Beamte, Soldaten, Studierende, Schüler), 2. sie ermächtigen die Staatsgewalt unter besonderen Umständen die Freiheit der Meinungsäußerung zu beschränken. Zur zweiten Gruppe gehören die allgemeinen Polizeigesetze.

Eine generelle unbestimmte Ermächtigung zu einem Einschreiten enthält auch die in Deutschland regelmäßig mit der Strafaussetzung verbundene Befugnis zur Auflage besonderer Pflichten. Während die polizeiliche Ermächtigung gegeben ist, um polizeiwidrige Zustände zu beseitigen, ganz gleich welche Meinung innerhalb des Zustandes geäußert werden soll, ist die Ermächtigung zur Anordnung einer Erziehungsmaßnahme gegeben, um eine sozialungünstige Gesinnungsentwicklung und Gesinnungsbetätigung des Betroffenen zu verhindern. Soll die Ermächtigung sich bei der Strafaussetzung auch auf einen Eingriff in die Äußerungsfreiheit beziehen, so ist damit notwendigerweise eine Anordnung gegen die Äußerung bestimmter Meinungen verbunden, denn nur an der Verhinderung bestimmter Meinungen kann ein Erziehungsinteresse bestehen. Trotz alledem richtet sich aber die Anordnung nicht gegen die Meinung als solche, nicht die Meinung als

<sup>1</sup> Über sich aus der RV. selbst ergebende Einschränkungen vgl. den nächsten Absatz.

<sup>2</sup> Zum Begriff der freien Meinungsäußerung vgl. ANSCHÜTZ: Preuß. V. S. 502; HELLWIG: Art. 118 S. 15 ff., wohl zu eng ROTHENBÜCHER: S. 15 ff.

<sup>3</sup> So die herrschende Ansicht. Vgl. ANSCHÜTZ zu Art. 118 S. 485; HÄNTZSCHEL: Arch. öff. R., N. F. 10 S. 228 ff.; ROTHENBÜCHER: S. 18 ff.; STIER-SOMLO: Staatsrecht S. 448.

solche soll unterbunden werden, vielmehr nur, daß dieser Verurteilte eine derartige Meinung äußert. Eine solche Einschränkung steht in Parallele zu der unmittelbar gesetzlich niedergelegten Schranke hinsichtlich der Äußerungsfreiheit gewisser Personenkategorien. Auch hier kann sich die Schranke nur auf einen Kreis bestimmter Äußerungen beziehen.

Weder, daß es sich bei der Strafaussetzung um eine generelle unbestimmte Ermächtigung handelt, noch, daß die Ermächtigung der Sache entsprechend zur bewußten Untersagung bestimmter Meinungen verwandt werden muß, steht der Begriff: allgemeine Gesetze entgegen. Eine gesetzliche Bestimmung, die die Einschränkung der freien Meinungsäußerung als Erziehungsanordnung zuläßt, ist mit Art. 118 vereinbar. Daß sich die Generalklausel, wie sie die Strafaussetzungsnormen enthalten, auch auf die freie Meinungsäußerung beziehen soll, ergibt sich daraus, daß sie die Verwendung aller eben zulässigen und möglichen Erziehungsmittel eröffnen will. Die Einschränkung der freien Meinungsäußerung kann für die Erziehung von Bedeutung sein. Man denke etwa an den Fall, ein Verurteilter beabsichtigt mit einer Beschreibung und Beurteilung seines Prozesses oder einer Darstellung seiner sensationellen Straftat an die Öffentlichkeit zu treten, vielleicht gar um sich in den Mittelpunkt des Interesses zu setzen oder Kapital aus der Veröffentlichung zu schlagen. Ein solches Verhalten würde unter Umständen nicht nur vom Standpunkt der guten Führung aus, sondern auch unter dem Erziehungsgesichtspunkt bedenklich sein können.

Es muß daher angenommen werden, daß die Generalklausel auch Eingriffe in die freie Meinungsäußerung deckt<sup>1</sup>. Ob sie auf formellem Gesetz oder auf Gewohnheitsrecht beruht, ist gleichgültig. Unter Gesetz im Sinne der Reichsverfassung ist nicht anders wie nach Art. 2 Einf. G. BGB. grundsätzlich jede Rechtsnorm zu verstehen. Nicht darauf, daß es sich um eine in ein formelles Gesetz gekleidete Norm handelt, sondern darauf, daß es sich um eine Norm allgemeiner Natur handelt, kommt es an. Dem formellen Gesetz steht das Gewohnheitsrecht grundsätzlich gleich<sup>2</sup>. Nur, wo besondere Gründe für eine enge Auslegung des Begriffs „Gesetz“ (wie etwa in Art. 116 RV.: gesetzlich) vorliegen, ist Gewohnheitsrecht ausgeschlossen. Ein Eingriff in die Äußerungsfreiheit ist demnach nicht nur auf Grund des § 12 II JGG. (entsprechend § 7 I S. 2)<sup>3</sup>, § 43 E. 27, sondern auch auf Grund der auf landesrechtlichem Gewohnheitsrecht beruhenden Normen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> A. A. ARNDT: JW. 1925 S. 2750.

<sup>2</sup> So auch die herrschende Meinung. Vgl. speziell zu Art. 118: ANSCHÜTZ: S. 489; auch S. 480 betreffend Art. 114.

<sup>3</sup> Ebenso HAMMERSCHLAG: S. 58.

<sup>4</sup> Gewohnheitsrechtlich gelten die die Strafaussetzung betreffende Normen schlechthin. Gewohnheitsrechtlich gilt insbesondere der Satz: „Der Richter kann

Die Zulässigkeit des Eingriffs in die freie Meinungsäußerung ist jedoch keine schrankenlose. Vielmehr sind bestimmte Arten der freien Meinungsäußerung unbeschränkbar.

βββ) Die Religionsfreiheit. Die in Art. 135 gewährte Religionsfreiheit umfaßt die Bekenntnisfreiheit, die Kultusfreiheit und die religiöse Vereinigungsfreiheit<sup>1</sup>. Die Bekenntnisfreiheit enthält auch die Freiheit der religiösen Meinungsäußerung. Auf sie findet der dritte Abschnitt des zweiten Teils der Reichsverfassung als die *lex specialis* ausschließliche Anwendung<sup>2</sup>. Ob Beschränkungen der freien religiösen Meinungsäußerung durch Erziehungsanordnung zulässig sind, richtet sich danach, inwieweit in die Religionsfreiheit überhaupt eingegriffen werden kann. Die Rechtslage ist hier eine andere als in Art. 118 I. Zwar heißt es in Art. 135 RV.; „Die allgemeinen Staatsgesetze bleiben . . . unberührt.“ Dieser Satz deckt sich jedoch dem Inhalt nach, wie übrigens auch dem Wortlaut nach, nicht völlig mit dem in Art. 118 I enthaltenen Hinweis auf die Schranken der allgemeinen Gesetze<sup>3</sup>. Soweit er sich auf das Verhältnis von Staat und Staatsbürgerpflichten bezieht, findet er seine Erläuterung durch Art. 136 I. Er will, wie auch schon Art. 12 S. 3 der alten preussischen Verfassung, besagen, daß den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten durch die Ausübung der Religionsfreiheit kein Abbruch geschehe. Die allgemein bestehenden Pflichten erheischen auch gegenüber der Religionsfreiheit Gehorsam<sup>4</sup>. Aber auch nur diese. Es reicht daher nicht aus, daß die die Religionsfreiheit einschränkende Verpflichtung auf einer Norm beruht, die sich nicht speziell gegen die Religionsfreiheit richtet, es ist vielmehr auch erforderlich, daß die Pflicht sich nicht speziell an den Betroffenen wendet, vielmehr die Staatsbürger oder doch einen Kreis von ihnen schlechthin ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit als solche trifft. Gegen eine Polizeiverfügung, die die Schließung einer Kirche wegen Baufälligkeit anordnet oder das Predigen auf offener Straße wegen Verkehrsstörung untersagt<sup>5</sup>, lassen sich Bedenken nicht erheben, da sie weder gegen die Religionsfreiheit als solche gerichtet ist, noch den Betroffenen zu etwas verpflichtet, was gerade ihn als Persönlichkeit trifft, was nicht ebenso jedem anderen auferlegt würde. Anders steht es aber hinsichtlich der Erziehungsanordnung bei der Strafaus-

besondere Verpflichtungen auferlegen“ als solcher. Es bedarf daher nicht der Untersuchung, ob die Auferlegung gerade einer bestimmten Verpflichtung tatsächlich geübt wird.

<sup>1</sup> Vgl. insbesondere ANSCHÜTZ zu Art. 135 f. S. 537 ff.; EBERS: S. 150 ff.; MIRBT zu Art. 135, 136 S. 319 ff.; STIER-SOMLO: a. a. O. S. 450 ff.

<sup>2</sup> MIRBT: a. a. O. S. 329 ist gleichfalls der Ansicht, daß Art. 118 die religiöse Meinungsäußerung nicht enthält.

<sup>3</sup> Anders ANSCHÜTZ: a. a. O. S. 540.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu ANSCHÜTZ: a. a. O.; EBERS: S. 165; MIRBT: S. 349 ff.

<sup>5</sup> Vgl. die Beispiele bei ANSCHÜTZ: Preuß. Verfassung S. 231.

setzung oder gemäß § 7 I Ziff. 3 JGG. Auch die Strafaussetzungs- oder Jugenderziehungsnormen richten sich zwar nicht gegen die Freiheitsrechte als solche. Sie begründen aber spezielle, sich an die Persönlichkeit des Betroffenen als solche wendende Pflichten. Gerade er soll so handeln oder so nicht handeln, gerade seine Stellung soll gegenüber der allgemeinen Stellung der Staatsbürger Beschränkungen erleiden. Eine sich speziell gegen den Betroffenen richtende Beschränkung der religiösen Meinungsäußerung, der Religionsfreiheit überhaupt, ist aber mit der Reichsverfassung nicht vereinbar.

Der höhere Schutz der Religionsfreiheit und der sich daraus ergebende höhere Schutz der freien religiösen Meinungsäußerung gegenüber der allgemeinen freien Meinungsäußerung entspricht dem überragenden Wert, den die Rechtsgemeinschaft der Religion zuerkennt. Dort, wo es um die Entfaltung und Bewahrung der letzten Wahrheiten, der Entwicklung der tiefsten, innerlichen Persönlichkeit des Menschen geht, verwirft die Rechtsgemeinschaft den Zwang, sofern der Staatsbürger nur die allgemeinen Pflichten beachtet.

Die Einschränkung der Religionsfreiheit durch eine Erziehungsanordnung ist daher unzulässig<sup>1</sup>. Eine Rechtsverletzung würde es sein, wenn das Gericht den Wiedereintritt in die Kirche, den Austritt aus einer Sekte oder den regelmäßigen Besuch des Gottesdienstes (vgl. Art. 136 IV RV.) vorschreiben würde.

γγγ) Die Freiheit der Kunst und Wissenschaft<sup>2</sup>. Die gleiche Kraft wie die Religionsfreiheit besitzt die Freiheit der Kunst und Wissenschaft. Sie steht der ihr von der Reichsverfassung verliehenen Wertung nach nicht an Schutzwürdigkeit hinter der Religionsfreiheit zurück. Sie unterliegt nicht anderen Schranken als diese. Der Äußerungsfreiheit gegenüber stellt die Freiheit der Kunst und Wissenschaft, soweit sie individualistisch aufzufassen ist, einen Sonderfall dar, dem mit Rücksicht auf die besondere kulturelle und nationale Bedeutung eine verstärkte Bedeutung zukommt. Die Frage der Zulässigkeit von Eingriffen ist daher in gleicher Weise wie bei der Religionsfreiheit und nicht wie bei der Äußerungsfreiheit zu entscheiden. Die künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeit ist nur an die Beachtung allgemeiner Pflichten gebunden. Besondere Bindungen im Wege der Strafaussetzung oder Jugenderziehung (§ 7 II Ziff. 3) sind unzulässig. Das Gericht ist daher zu einem Verbot der künstlerischen oder wissenschaftlichen Verwertung des Pro-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu FRANCKE: S. 47.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu die Verhandlungen der Münchener Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer von 1927 über die Rechte der freien Meinungsäußerung mit den Referaten von ROTHENBÜCHER und SMEND; ferner KITZINGER zu Art. 142 S. 449 ff.; STIER-SOMLO: Arch. f. öff. R., N. F. 15 S. 360 ff., 383 ff. und die Kommentare zur R. V.

zesses oder Tatbestandes nicht befugt. Etwaige Nachteile vom Standpunkt der Erziehung aus müssen im Hinblick auf die verfassungsgesetzliche Bewertung der Kunst und Wissenschaft in Kauf genommen werden. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die bevorzugte Stellung der Kunst und Wissenschaft als solcher gegeben ist, daß sie aber nicht Äußerungen zukommt, die nur die Kunst und Wissenschaft als Deckmantel nehmen. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung im Einzelfall kann nicht verkannt werden.

δδδ) Die politische Freiheit. Als die dritte Freiheit erhöhten Grades kommt die politische Freiheit in Betracht. Sie enthält die politische Bekenntnisfreiheit, die politische Betätigungsfreiheit und die politische Vereinigungsfreiheit. Als generelles Grundrecht ist nur die politische Bekenntnisfreiheit ausdrücklich in Art. 125 geschützt. Hier wird die Wahlfreiheit gewährleistet. Im übrigen untersteht die politische Bekenntnisfreiheit dem Art. 118 R. V. (vgl. auch Art. 130 II). Die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit ist nur als spezielles Grundrecht in den Art. 123, 124 ausdrücklich geregelt. Sieht man von der Wahlfreiheit ab, die, solange der Grundsatz der Volkssouveränität Geltung hat, unbeschränkbar ist, so ist der ausdrückliche Verfassungsschutz nur ein verhältnismäßig geringer. Tatsächlich aber liegt kein Grund zur Annahme vor, daß die Verfassung die politische Freiheit weniger geschützt wissen will als die religiöse oder wissenschaftliche. Der Geist der Verfassung läßt vielmehr die gleiche Bewertung erkennen. Der Satz: alle Staatsgewalt geht vom Volke aus (Art. 1 II), enthält mehr als die theoretische Feststellung, daß das Volk als die Quelle der staatlichen Gewalt zu denken ist, er enthält auch mehr als nur den Grundsatz, daß wenigstens das oberste staatliche Organ vom Volke abhängt, aus ihm ist darüber hinaus die politische Freiheit des Volkes und damit auch des Einzelindividuums herzuleiten. Jeder einzelne soll an der Bildung des Volkswillens, an dem Kampf um seine Formung teilnehmen können, damit aus den gegenseitigen Strömungen die Volksmeinung gewonnen wird. Soll die wahre Volksmeinung ihren Ausdruck finden, so ist eine freie Entwicklung, Bildung und Betätigung der politischen Auffassung jedes Staatsbürgers erforderlich. Freilich findet auch die politische Freiheit ihre Schranken in den allgemeinen bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten. Das ist ein Gebot der Selbsterhaltung. Darüber hinaus steht aber die Bedeutung der politischen Freiheit, die ihr im demokratischen Staatswesen zukommt und nach der Verfassung offenbar auch zukommen soll, weiteren Einschränkungen entgegen. Besondere gegen die Einzelpersonlichkeit als solche gerichtete Gebote oder Verbote stehen im Widerspruch zum Geiste der Verfassung. Das Gericht kann daher nicht den Besuch einer politischen Versammlung, das Lesen politischer Schriften, den Beitritt zu einer Partei oder den Austritt aus

einer solchen<sup>1</sup>, die Mitgliedschaft zu einer sonstigen politischen Vereinigung oder ihr Ausscheiden aus einer solchen nicht anordnen, sofern das Verhalten des Verurteilten mit seinen bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten vereinbar ist.

εε) Die wirtschaftliche Freiheit. Die wirtschaftliche Freiheit ist als reichsverfassungskräftiges Grundrecht insoweit ausgestaltet, als es sich um die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit in Art. 159 RV. handelt<sup>2</sup>. Sie genießt den gleichen Schutz wie die politische Freiheit. Auch wenn von ihr lediglich zum Zwecke einer Kundgebung Gebrauch gemacht wird, greift nicht Art. 118 RV. Platz, vielmehr kommt Art. 159 RV. als *lex specialis* zur Anwendung. Eine Anordnung des Beitritts zu einer bestimmten wirtschaftlichen Organisation oder überhaupt zu einer Organisation oder das Gebot, einer Organisation fernzubleiben oder aus ihr auszutreten, ist mit der sowohl positiv als negativ gewährleisteten wirtschaftlichen Vereinigungsfreiheit unvereinbar.

Die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit umfaßt nicht das Recht zum Arbeitskampf<sup>3</sup>. Dieses ist als solches verfassungsmäßig überhaupt nicht gewährleistet. Nur als Demonstration würde es den Schutz des Art. 118 RV. genießen. Das Recht zum Arbeitskampf beruht vielmehr lediglich auf der allgemeinen Handlungsfreiheit<sup>4</sup>. Einen besonderen Schutz vor staatlichen Eingriffen kommt der Handlungsfreiheit nicht zu. Eingriffe durch Erziehungsanordnungen sind daher grundsätzlich zulässig. Trotz alledem würde eine Anordnung des Gerichts, der Verurteilte dürfe nicht streiken, dem Grundsatz, daß die Staatsgewalt sich nicht in Arbeitskämpfe einmischt<sup>5</sup>, widersprechen und daher unzulässig sein<sup>6</sup>. Der durch diesen Grundsatz gewährte Schutz geht weiter, als ihn Art. 118 RV. gewähren würde, da dieser eine die Meinungsäußerung im Einzelfall einschränkende Anordnung nicht ausschließen würde.

ββ) Lediglich „gesetzkräftige Grundrechte“<sup>7</sup> sind solche, die durch einfaches Gesetz abgeändert werden können. Dem Gesetz steht auch hier die gewohnheitsrechtliche Norm gleich<sup>8</sup>.

Soweit die Strafaussetzung als Rechtsfolge gewährt wird, ist der Unterschied zwischen „reichsgesetzkräftigen“ und nur „landesgesetz-

<sup>1</sup> Ebenso FRANCKE: S. 47.    <sup>2</sup> Vgl. hierzu NIPPERDEY zu Art. 159 S. 408 ff.

<sup>3</sup> So NIPPERDEY: a. a. O. S. 415 ff.; KASKEL: S. 386; GROH: Koalitionsrecht S. 48 f., 65; a. A. BÜHLER: R.V. zu Art. 159; ferner die bei NIPPERDEY: a. a. O. S. 415 und Anm. 80 angegebenen.

<sup>4</sup> NIPPERDEY: in HUECK-NIPPERDEY: II S. 575; KASKEL: S. 387

<sup>5</sup> NIPPERDEY: in HUECK-NIPPERDEY: II S. 577; KASKEL: a. a. O.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu S. 212.

<sup>7</sup> Vgl. zu der Klassifizierung der Grundrechte THOMA: S. 191 ff.

<sup>8</sup> So die herrschende Ansicht. Vgl. ANSCHÜTZ u. GIESE zu Art. 114, ebenso das Preuß. OVG. 10 S. 206, Urt. vom 13. Februar 1884 (Rep. I C 3/84). Neuerdings werden hinsichtlich des Art. 114 gegen diese Auffassung von KÖTTGEN zu Art. 114 S. 360 Bedenken erhoben.

kräftigen“ Grundrechten ohne Erheblichkeit. Wenn sie in diesem Falle auch, wie es für das Erwachsenenstrafrecht der Fall ist, kraft Landesrecht angeordnet wird, so beruht das Landesrecht doch auf einem, freilich nur gewohnheitsrechtlich begründeten reichsgesetzlichen Vorbehalt. Das reichsrechtlich ermächtigte Landesrecht hat die gleiche Kraft wie das Reichsrecht. Soweit jedoch die Strafaussetzung allerdings nur als Gnadenakt erfolgt<sup>1</sup>, stellt sie einen reinen landesrechtlichen Akt dar. Das Gnadenrecht ist — abgesehen von den hier nicht so bedeutsamen Fällen des Reichsgnadenrechts — Landesangelegenheit. Die das Gnadenrecht betreffenden Bestimmungen beruhen ausschließlich auf Landesrecht, sie gründen sich nicht auf einen reichsrechtlichen Vorbehalt. Bei „reichsgesetzkräftigen Grundrechten“ ist daher ein Eingriff durch einen Gnadenakt von vornherein ausgeschlossen.

Gesetz und das ihm gleichstehende Gewohnheitsrecht können entweder unmittelbar selbst den Eingriff in das Grundrecht bewirken oder aber eine Behörde zu dem Eingriff ermächtigen. Die Ermächtigung kann eine spezielle oder eine generelle sein. Sie ist speziell, wenn sie gerade einen bestimmten Eingriff für zulässig erklärt. Der Unterschied zwischen spezieller und genereller Ermächtigung ist für die Frage der Eingriffsmöglichkeiten in die gesetzkräftigen Grundrechte von Bedeutung. Bei gewissen Grundrechten ist nach ihrem Wortlaut anzunehmen, daß ein Eingriff entweder durch das Gesetz unmittelbar oder nur auf Grund spezieller Ermächtigung zulässig ist. Es gehören diejenigen Grundrechte hierhin, bei denen „Ausnahmen nur durch Reichsgesetz“ zugelassen werden können, während bei den anderen Grundrechten regelmäßig die Fassung „auf Grund von Gesetzen“ oder „nach Maßgabe der Reichsgesetze“ lautet. Die erste Fassung ist die engere. Sie legt eine weitergehende Beschränkung der Eingriffsmöglichkeiten fest.

Im Wege der Strafaussetzung kann daher weder die Auswanderungsfreiheit (Art. 112) noch das Brief- und Postgeheimnis (Art. 117) beschränkt werden. Zu einer Anordnung gegen die Auswanderungsfreiheit bei der Strafaussetzung würde sich wohl schon ohnedies kein Anlaß geboten haben. Eher könnte die Frage des Brief- und Postgeheimnisses vom Erziehungsstandpunkt von Bedeutung sein. Es könnte z. B. unter Umständen angebracht sein, daß der Schutzhelfer Einsicht in den Briefwechsel des Verurteilten nimmt. Eine Anordnung, die dem Verurteilten auferlegt wird, den Briefwechsel einem anderen vorzulegen, würde Art. 117 widersprechen, ausgenommen der Fall, daß dieser etwa kraft elterlicher Gewalt sowieso ein Recht auf Einsichtnahme hat. Art. 117 enthält, wie die Gegenüberstellung von Brief- und Postgeheimnis dartut, nicht nur das postalische Geheimnis, sondern auch eine an das Publikum

<sup>1</sup> Als „bedingte Begnadigung“ im eigentlichen Sinn.

gerichtete Brieffreiheit<sup>1</sup>. Die Brieffreiheit besteht jedem gegenüber. Keiner kann gezwungen werden, einem anderen Einblick in seinen Briefwechsel zu gewähren, es sei denn, daß gerade dieser Eingriff in das Briefgeheimnis durch das Gesetz für zulässig erklärt ist. Das tut die Generalklausel jedoch nicht. Das Gericht ist demnach an die Wahrung des Brief- und Postgeheimnisses gebunden.

Dagegen ermöglicht die Generalklausel Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit<sup>2</sup> (Art. 151 III).

Als nur „landesgesetzkräftige Grundrechte“, die Eingriffe „auf Grund der Gesetze“ oder „nach Maßgabe der Gesetze“ zulassen, kommen die Freiheit der Person (Art. 114), die Freiheit der Wohnung (Art. 115) und die Vertragsfreiheit (Art. 152) in Betracht. Endlich gehört hierin die Freiheit des Eigentums, dessen Inhalt und Schranken sich nach Art. 153 S. 2 aus den Gesetzen ergeben. Die Generalklausel schafft die rechtliche Grundlage für Eingriffsmöglichkeiten. Beispiele der Wohnungs- und Eigentumsfreiheit vgl. oben S. 198f. Als Beschränkungen im Bereiche der Vertragsfreiheit kommen Auflagen, wie einen bestimmten Vertrag abzuschließen oder nicht abzuschließen, zu kündigen oder ohne triftigen Grund nicht zu kündigen in Betracht. Die von THOMSEN<sup>3</sup> als Schutzmaßregel in Vorschlag gebrachte Anordnung, die einem Ehemann, der aus Eifersucht die Kostgänger verprügelte, für einige Jahre das Kostgängertum untersagt, ist auch als eine die Vertragsfreiheit beschränkende Erziehungsmaßregel denkbar.

Welche Anordnungen als gegen die Freiheit der Persönlichkeit gerichtet anzusehen sind, hängt davon ab, wie weit man den Begriff der Persönlichkeitsfreiheit faßt. Unbedenklich ergreift sie die räumliche Bewegungsfreiheit<sup>4</sup>, so daß die Auferlegung einer Meldepflicht, eines Wirtshausverbots, eines Gebots, die Abende in dem Kreis seiner Familie oder eines Vereins zuzubringen<sup>5</sup>, eines Gebots, sich zu einer Entziehungskur in eine Anstalt zu begeben, unter Beschränkungen der persönlichen Freiheit hier einzureihen sind. Auch nichtpolizeiliche Anordnungen, die die Freizügigkeit berühren, gehören hierhin. Nur die Freizügigkeit gegenüber der Polizei fällt unter Art. 111 RV., im übrigen aber unter Art. 114 RV.

<sup>1</sup> Das bedeutet freilich eine Systemwidrigkeit. Demnach erscheint die Auffassung von ANSCHÜTZ zu Art. 117 S. 483 f. (vgl. auch ANSCHÜTZ: Preuß. Verf. S. 555), daß Art. 117 nur das postalische Geheimnis schütze mit dem Wortlaut nicht vereinbar. Wie hier: BÜHLER, GIESE, POETSCH-HEFFTER zu Art. 117.

<sup>2</sup> Nicht unzweifelhaft ist es, ob es sich hier nicht überhaupt um eine nur polizeibegrenzende Freiheit handelt. Vgl. zur Gewerbefreiheit: ANSCHÜTZ: JW. 1927 S. 429.

<sup>3</sup> THOMSEN: Denkschrift S. 7.

<sup>4</sup> Wohl zu eng KELSEN: Allg. St. L. S. 154; BÜHLER zu Art. 114.

<sup>5</sup> Darüber, inwieweit eine solche Auflage aus anderen Gründen Beschränkungen unterliegt, siehe weiter unter S. 194, 196, 202.

Zweifelhaft muß es dagegen sein, ob auch die Handlungsfreiheit von der Freiheit der Persönlichkeit erfaßt wird. Sie ist die Freiheit, alles tun zu dürfen, was nicht verboten ist. Eine hier in Betracht kommende Einschränkung würde z. B. ein Alkoholverbot sein. Die Auffassungen, ob die Handlungsfreiheit schlechthin durch Art. 114 RV. geschützt ist, sind geteilt<sup>1</sup>. Die verneinende Ansicht verdient den Vorzug<sup>2</sup>. Der Begriff der persönlichen Freiheit würde andernfalls zu weit und verschwommen sein. Die übrigen Freiheitsrechte stellen ein bestimmtes konkret zu fassendes Rechtsgut unter ihren Schutz. Die Aufnahme einer Schutzbestimmung in die Reichsverfassung, die sich auf eine unumgrenzte Freiheit bezöge, würde eine Systemwidrigkeit sein. Auch Abs. 2 des Art. 114 spricht für eine engere Auslegung.

Praktisch kommt der Frage keine große Bedeutung zu. Der Schutz der Handlungsfreiheit wird auch von denen, die sie nicht als Persönlichkeitsrecht auffassen, nicht geleugnet, nur anstatt auf die Verfassung auf den kraft Gewohnheitsrecht geltenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der ausübenden Staatsgewalt gegründet.

Wo die Verfassung, das Gesetz oder das Gewohnheitsrecht Beschränkungen der gewährten Freiheit zulassen, gibt die Rechtsordnung zu erkennen, daß das geschützte Freiheitsgut, soweit die Ausnahmen reichen, hinter diesen an Wert und Bedeutung zurückstehen sollen. Die Rechtsordnung bewertet die durch die Ausnahmen zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken in dem von ihnen umfaßten Umfang wenigstens grundsätzlich höher. Nur dort, wo den Ausnahmen wiederum höhere, gewisse Freiheitsbetätigungen ergreifende, besondere sittliche, kulturelle oder wirtschaftliche Normen oder Auffassungen der Rechtsgemeinschaft gegenüberstehen, greifen die Ausnahmen nicht durch. Es kommen hier solche Normen und Auffassungen in Betracht, die gewisse Arten der Freiheitsbetätigung allgemein (und nicht nur speziell einem besonderen Zweig der Staatsgewalt gegenüber<sup>3</sup>) als besonders wertvoll und beachtlich erscheinen lassen. Sie können in formellen Gesetzen oder gewohnheitsrechtlich niedergelegt sein; aber auch nicht zur Norm gewordene Auffassungen sind

<sup>1</sup> Für die weite Fassung ANSCHÜTZ zu Art. 114 S. 479; den Begriff Freiheit der Persönlichkeit beschränken auf die räumliche Bewegungsfreiheit: GIESE zu Art. 114; GRAU: Diktaturgewalt, S. 76 f.; JELLINEK: VR. S. 122; KÖTTGEN zu Art. 114, 115 S. 351, 361, eine Zwischenmeinung bei MANNHEIM zu Art. 114, 115 S. 321 ff.

<sup>2</sup> Wenn auch die Ausdehnung der Persönlichkeitsfreiheit auf die Handlungsfreiheit schlechthin zu weit erscheint, so fragt es sich doch auf der anderen Seite, ob nicht die räumliche Bewegungsfreiheit eine zu große Einengung bedeutet. Müßte etwa auch die zwangsweise Kastration als ein Eingriff in die Persönlichkeitsfreiheit angesehen werden? Man muß wohl neben der körperlichen Bewegungsfreiheit auch die körperliche Bestimmungsfreiheit als Bestandteil der Persönlichkeitsfreiheit auffassen.

<sup>3</sup> Der Gegensatz generell- und speziellgerichteter Grundrechte wiederholt sich hier, wo es sich um Hervorhebung von Freiheitsrechten schlechthin handelt

zu beachten. So besteht keine über die allgemeine Handlungsfreiheit hinausgehende Norm, die ein Nichteingreifen staatlicher Gewalt in sich im Rahmen der Gesetze haltende Arbeitskämpfe fordert. Die allgemeine Auffassung der Rechtsgemeinschaft verleiht jedoch insoweit der Handlungsfreiheit einen über ihren allgemeinen Inhalt hinausgehenden Wertgrad. Es ergibt sich daher die Unzulässigkeit irgendwelcher Eingriffe in die Freiheit des Arbeitskampfes durch eine Erziehungsanordnung.

Die Freiheit zu heiraten ist gleichfalls nur in der allgemeinen Handlungsfreiheit begründet. Die sittliche Auffassung über die Ehe verleiht der Handlungsfreiheit eine über den allgemeinen Inhalt hinausgehende Kraft. Eine Auflage an den Verurteilten, eine Ehe einzugehen, damit er gebessert werde, ist daher auch aus diesem Grunde unzulässig<sup>1</sup>. Gleiches gilt von einer Auflage, eine Ehe nicht einzugehen.

Ob der Erziehungsanordnung eine Norm oder Auffassung mit höherem Wertinhalte<sup>2</sup> als die Strafaussetzungsnorm entgegensteht, ist im Einzelfall zu prüfen. Maßgebend sind in erster Linie die sich aus der Rechtsordnung ergebenden Wertungen, ergänzend die Wertungen der Rechtsgemeinschaft.

bb) Ein Widerstreit zwischen Erziehungsanordnung und Rechtsordnung kann nicht nur durch einen Eingriff in ein Freiheitsrecht, sondern auch durch eine Nichtbeachtung rechtlicher Gebote oder Verbote entstehen. Die Erziehungsanordnung ist nur innerhalb der Gesetze zulässig. Gebote oder Verbote bedeuten eine Durchbrechung des Grundsatzes der allgemeinen Handlungsfreiheit. Sie erfolgen, weil die Beschränkung der Freiheit von höherem Wert erscheint als die Freiheit, nach seinem Willen zu handeln. Jedes Gebot oder Verbot, das ein Tun oder Unterlassen vorschreibt, enthält eine Bewertung des Tuns oder Unterlassens, es zeigt an, daß auf ein solches Tun oder Unterlassen im Inter-

<sup>1</sup> Es ist auch der dem § 888 II ZPO. zugrunde liegende Gedanke zu beachten. Rein kriminalpolitisch beachtet, bestehen gegen eine Heiratsauflage erhebliche Bedenken. Sie ist mit Rücksicht auf die Gefahr der Schaffung einer unglücklichen Ehe abzulehnen. Mag der Betroffene die Heirat tatsächlich eingehen, so wird er doch die Ehe als eine Zwangsehe auffassen und gerade eine solche Auffassung vermag im entscheidenden Augenblick kein Gegengewicht bei Versuchungen gegen die eheliche Treue zu bieten. Im Gegenteil als Zwangsehe beschwört sie die Gefahr der Übertretung der ehelichen Pflichten geradezu herauf. Der Beifall, den ASCHER: DJZ. 34 Sp. 570, Jur. Rdsch. 1929 Sp. 240 f. einer derartigen Anordnung zollt, erscheint nicht angebracht. Rechtlich ergeben sich sowohl mit Rücksicht auf die Ehefreiheit als auch mit Rücksicht auf die Dauer der ehelichen Bindung (vgl. S. 197) durchschlagende Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Eheauflage als Erziehungsmaßnahme. Über die Unzulässigkeit als Wiedergutmachung vgl. S. 188.

Gegen ASCHER neuerdings auch GRAU-SCHÄFER: S. 290, der jedoch die Anordnung im Falle einer Zuwiderhandlung gegen die §§ 236, 237 StGB. für zulässig erklärt. Auch dieser Ansicht ist nicht beizutreten.

<sup>2</sup> Vgl. zum Prinzip HAMMERSCHLAG: S. 60; HELLWIG zu Art. 118 I S. 30.

esse der Rechtsgemeinschaft Wert gelegt wird. An diese sich aus dem Gesetz ergebende Wertung ist das Gericht oder die Verwaltungsbehörde gebunden. Dem formellen Gesetz steht das materielle Gesetz, namentlich Polizeiverordnungen, gleich. Die Erziehungsanordnung darf nicht etwas verbieten oder gebieten, was der von ihr Betroffene oder eine sonst an der Erfüllung der Anordnung mitwirkende Person kraft einer Rechtspflicht zu tun oder zu unterlassen hat. Unzulässig würde demnach eine Anordnung sein, die dem Verurteilten vorschreibt, in einer gegen die Bestimmungen über die Arbeitszeit verstoßenden Weise Arbeit zu leisten, da sie weder der Verurteilte leisten, noch ein Arbeitgeber sie vornehmen lassen darf<sup>1</sup>.

cc) Dort, wo rechtliche Gebote oder Verbote einer Anordnung nicht entgegenstehen würden, ergeben sich als letzte Schranken die guten Sitten. Die Erziehungsanordnung darf nichts verbieten oder gebieten, dessen Erfüllung oder Nichterfüllung die guten Sitten erfordern.

dd) Die für die Erziehungsanordnung gesetzten Schranken sind auch für die Führungsanordnung von Bedeutung. Die Betätigung von Freiheiten, Rechten und Pflichten, in die das Gericht oder die Behörde nicht mit einer Erziehungsmaßnahme eingreifen kann, weil das Gesetz die Betätigung dieser Rechte und Pflichten als höherwertigere erachtet, kann nicht gegen die Erfordernisse guter Führung verstoßen. Die Führungsanordnung unterliegt daher, freilich nur mittelbar, nämlich durch den Begriff der guten Führung, denselben rechtlichen Begrenzungen wie die Erziehungsanordnung.

Zusammenfassend lassen sich Schranken wie folgt umschreiben:

1. Die Anordnung darf keiner der Strafaussetzungsnorm an Wert überlegenen Rechtsnorm oder Rechtsauffassung widersprechen. Höherwertige Normen sind stets:

a) die generellen reichsverfassungskräftigen Grundrechtsnormen, wobei jedoch der Umfang ihrer Wirksamkeit genau zu prüfen ist.

b) die generellen gesetzeskräftigen Grundrechtsnormen, bei denen ein Eingriff nur unmittelbar durch das Gesetz oder auf Grund spezieller Ermächtigung zugelassen ist, nicht aber die übrigen Grundrechtsnormen oder der Grundsatz der Handlungsfreiheit.

2. Die Anordnung darf keinem gesetzlichen Gebot oder Verbot widersprechen.

3. Die Anordnung darf nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

3. Die Wirksamkeit einer unzulässigen Anordnung.

Entspricht eine Anordnung nicht den aufgestellten Erfordernissen oder überschreitet sie die ihr gesetzten Schranken, so entsteht die Frage nach der Wirksamkeit einer solch unzulässigen Anordnung. Ist sie wirk-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu HAMMERSCHLAG: S. 60.

sam oder unwirksam? Unter welchen Voraussetzungen ist sie unwirksam? Die Fragen führen in das Problem des fehlerhaften Staatsaktes<sup>1</sup>.

Die Wirksamkeit einer Handlung bedeutet, daß die Handlung geeignet ist, für eine spätere Handlung eine rechtliche Grundlage abzugeben<sup>2</sup>. Wo einer Handlung eine rechtliche grundlegende Bedeutung für eine nachfolgende ihrer Natur nach nicht zukommt, entsteht nicht die Frage nach ihrer Wirksamkeit. Die Führungsanordnung ist aus diesem Grunde bei der Feststellung der Wirksamkeit der angeordneten besonderen Pflichten auszuschneiden. Sie erschöpft sich in ihrem Dasein. Sie bedeutet nur ein Hinweis oder eine Mahnung. Nicht auf dem Nichtbefolgen oder Befolgen der Führungsanordnung beruht der Widerruf der Strafaussetzung oder der spätere Eintritt oder die spätere Anordnung des Straferlasses. Die nachfolgenden Entscheidungen beruhen allein auf der Wertung des Verhaltens des Verurteilten als eines guten oder schlechten. Diese Wertung gründet sich unmittelbar auf das Gesetz, sie erfolgt auf Grund gesetzlicher Auslegung. Die Führungsanordnung gibt kund, wie das Gericht das Gesetz auslegt. Sie bindet das Gericht nicht an die Auslegung, nur wird im allgemeinen keine Aussicht auf eine spätere andere Auslegung bestehen<sup>3</sup>. Eine der Führungsanordnung entsprechende spätere Auslegung stellt nicht eine rechtliche Folge der Führungsanordnung, sondern eine erneute selbständige Willensäußerung dar. Erst der Widerruf oder die Anordnung der Strafvollstreckung bedeutet Beginn und Grundlage einer neuen staatlichen Handlungsreihe. Da sie, wenn sie die gleichen Mängel wie die Führungsanordnung aufweisen, auf Auslegungsfehler zurückzuführen sind, kommt Unwirksamkeit dieser Akte nicht in Betracht.

Anders ist es bei den Erschwerungs-, Wiedergutmachungs- und Er-

<sup>1</sup> Aus der umfangreichen Literatur seien außer den bereits angeführten allgemeinen Werken genannt: VON BALIGAND: Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit, GS. 72, S. 171 ff., 1908. FISCHER: Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften, München 1912. FRIEDLÄNDER, MAX: Zur Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile, GS. 58, S. 339ff., 1901. HEIN, WOLFGANG: Identität der Partei, Bd. I, 1918. VON HIPPEL, ERNST, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, Berlin 1924. JELLINEK, WALTER: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908. — KORMANN, KARL: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910. KROSCHEL: Die sogenannte absolute Nichtigkeit der Strafrechtsurteile, GS. 69, S. 137, 1906. KRUG, PAUL: Zur Frage der absoluten Nichtigkeit strafrechtlicher Entscheidungen, Z. 25, S. 408 ff. OETKER, FRIEDRICH: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I, 1891. — Wirksamkeit der Entscheidungen, Leipzig 1910. SIEGERT, KARL: Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, Berlin 1929. WACH, ADOLF: Urteilsnichtigkeit, Rhein. Z. 3, S. 373 f., 1911.

<sup>2</sup> Vgl. BELING: StPO. S. 202, 203 f.

<sup>3</sup> Es besteht daher ein Interesse des Verurteilten an der Klärung der Sachlage, ein Umstand, der für die Frage der Anfechtung einer derartigen Führungsanordnung von Bedeutung ist.

ziehungsanordnungen. Auf diese kann sich die spätere Entscheidung über Widerruf und Anordnung der Strafvollstreckung und die sich weiter ergebenden Rechtsfolgen aufbauen. Hier ist die getroffene Anordnung ihrer Natur geeignet, Beginn und Grundlage einer Handlungsreihe zu sein. Hier erschöpft sich die Anordnung nicht in sich selbst, sie will vielmehr als rechtliche Grundlage einer weiteren Entwicklung über sich hinaus wirken. Damit sie hierzu geeignet ist, ist ihre Wirksamkeit erforderlich.

Als Ursache der Unwirksamkeit steht hier nur der inhaltliche Fehler des Rechtsfolgeanspruches zur Rede<sup>1</sup>. Der Rechtsfolgeanspruch kann inhaltlich fehlerhaft sein, weil ihm ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt ist oder weil bei richtiger Feststellung des Sachverhalts eine Anordnung getroffen wurde, die gerade in diesem Einzelfall nicht oder aber überhaupt nicht getroffen werden sollte. In den beiden ersten Fällen (Anordnung auf Grund eines unrichtigen Sachverhalts, Anordnung einer gerade in diesem Fall nicht anzuwendenden Tatsache) hält sich der Anspruch trotz seiner Fehlerhaftigkeit bei der konkreten Sachlage abstrakt im Rahmen der Rechtsordnung<sup>2</sup>. Das Ergebnis ist zwar falsch, aber es hält sich doch noch in dem innerhalb der Rechtsordnung generell Zulässigen. Anders im dritten Fall. Eine Anordnung, die unter keinen Umständen getroffen werden soll, fällt aus dem Rahmen der Rechtsordnung hinaus. Sie kann in den Gegensatz zur Rechtsanordnung sich stellen einmal durch das, was sie fordert, dann dadurch, daß sie etwas fordert. Einmal steht der Inhalt dessen, was angeordnet ist, das andere Mal die Tatsache als solche der Rechtsordnung entgegen. Die Auflage, der Verurteilte solle die verletzte Frau heiraten, ist nicht ihrem Inhalte nach unzulässig. Denn der Verurteilte kann sie heiraten, ohne gegen das Gesetz oder seinen Geist zu verstoßen, wohl aber ist es unzulässig, daß das Gericht eine derartige Anordnung trifft.

Das Interesse an der Rechtssicherheit und an der Autorität des Staates verlangt grundsätzlich die Wirksamkeit staatlicher Anordnungen. Soweit es eben geht, ist der staatliche Akt als wirksam aufrecht zu erhalten. Maßgebend ist ein genereller Maßstab. Solange der Akt nicht über den Machtbereich des mit derartigen Akten betrauten Zweigs der Staatsgewalt schlechthin hinausragt und nicht mit dem Gehalt und Geist der Rechtsordnung oder der Macht der Tatsachen in Widerspruch tritt, ist er, so schwerwiegend er auch sein mag, trotz seiner Fehlerhaftigkeit

<sup>1</sup> Zur Frage der Unwirksamkeit wegen inhaltlicher Mängel vgl. namentlich: VON BALIGAND: GS. 72 S. 232 ff. FRIEDLÄNDER, G.: S. 58, S. 358 f.; HEIN: I S. 355 f.; W. JELLINEK: Fehlerhafte Staatsakte S. 104. — V. R. S. 274 ff.; KORMANN: S. 232, 279 ff., auch S. 158; SAUER: Prozeßrecht S. 467 ff.; SIEGERT S. 70 f.; WACH: Rhein. Z. 3 S. 401 ff.;

<sup>2</sup> Vgl. hierzu namentlich HEIN: I S. 337.

abstrakt, doch nicht so erheblich, daß ihm im Interesse der Rechtsordnung keine Wirksamkeit zuerkannt werden kann. Erst dort, wo der Ausspruch eine Störung der Rechtsordnung und der Rechtsauffassung der Rechtsgemeinschaft hervorruft, überwiegt das Interesse an der Achtung des materiellen Gehalts der Rechtsordnung das Interesse an der Aufrechterhaltung des Staatsakts. Eine Störung der Rechtsordnung und der Rechtsauffassung tritt nur dort ein, wo die angeordnete Maßnahme, ganz gleich wie der Sachverhalt liegen mag, niemals zulässig sein kann<sup>1</sup>. Überall dort jedoch, wo abstrakt gesehen, eine derartige Anordnung rechtlich denkbar ist, und wenigstens die Möglichkeit einer richtigen Entscheidung besteht, bleibt die abstrakte Rechtsordnung und Rechtsauffassung ungestört.

Während bei dem Ausspruch der Strafe oder zivilrechtlicher Folgen dadurch, daß die Folgen gesetzlich in bestimmter Weise regelmäßig ausdrücklich festgelegt und umgrenzt sind, eine inhaltlich abstrakt-unzulässige Rechtsfolge auch nur bei geringer Sorgfalt stets vermeidbar und daher eine Seltenheit bleiben wird, ist bei der Strafaussetzung durch die — übrigens unentbehrliche — Generalklausel eine nicht unbedeutende Fehlerquelle gegeben. Freilich auch dem Polizeibefehl liegt eine Generalklausel zugrunde, jedoch durch die Vielheit und Weite des polizeilichen Aufgabenkreises, der alle Lebensverhältnisse in mehr oder weniger einschneidender Weise berührt, wird die abstrakte, inhaltliche Unzulässigkeit keineswegs oft gegeben sein. Bei der Strafaussetzung ist dagegen die Konzentrierung der Aufgabe — soweit die Generalklausel in Frage kommt — auf ein einziges Ziel: die Anleitung und Hilfe zur Besserung und Erziehung des in Freiheit befindlichen Verurteilten die Möglichkeit der Anordnung einer abstrakt unzulässigen Verpflichtung verhältnismäßig groß.

Stets unzulässig ist eine Anordnung, die dem Verurteilten ein gesetzwidriges oder gegen die guten Sitten verstoßendes Tun auferlegt, ferner eine Anordnung, die die durch die Freiheitsrechte des Verurteilten aufgestellten Schranken überschreitet. Auch Anordnungen, die den Erfordernissen einer Erziehungsanordnung nicht entsprechen, können stets unzulässig sein, z. B. solche Anordnungen, die immer eine zerstörende oder hemmende Wirkung haben (beispielsweise: reine Sicherungsmittel, ihrer Natur nach rein äußerliche Maßnahmen, über die Probezeit hinausgehende Maßnahmen<sup>2</sup>). Wo bei Maßnahmen Zweifel möglich sind, ob sie

<sup>1</sup> Ebenso VON BALIGAND: GS. 72 S. 239, wohl auch JELLINEK: VR. S. 274 ff.; vgl. ferner Friedländer: GS. 58 S. 359. Gegen den Grundsatz, entscheidend sei, ob eine derartige Maßnahme, wie sie erlassen ist, jemals zulässig sein kann oder nicht SAUER: Prozeßrecht S. 472; ferner auch SIEGERT: S. 72 f.

<sup>2</sup> Dabei ist zu unterscheiden, ob die Maßnahme in einen innerhalb der Probezeit liegenden Teil und einen darüber hinaus liegenden Teil zerlegt werden

abstrakt als zulässige Erziehungsmaßnahmen überhaupt denkbar sind, ist die Zulässigkeit zu unterstellen, da ihre Aufrechterhaltung dem Grundsatz der Wirksamkeit staatlicher Akte entspringt. Ergibt sich unter allen Umständen die Unzulässigkeit einer Anordnung, so ist sie unwirksam.

Unwirksam sind ferner diejenigen Anordnungen, die ihrer Natur nach keine Wirkungen äußern können. Objektiv unmögliche oder unbestimmte, nicht zu begreifende Maßnahmen sind daher unwirksam.

Im übrigen sind die getroffenen Anordnungen wirksam.

Die im Vorstehenden dargestellten Grundsätze gelten unabhängig von der formellen Regelung der Strafaussetzung. Gleichgültig ist es, ob sie im Urteil<sup>1</sup> oder durch gerichtlichen Beschluß oder durch Verfügung der Verwaltungsbehörde erfolgt. Die Frage der Wirksamkeit wegen Inhaltsmangel richtet sich nach materiellen Gesichtspunkten. Ebenso wenig ist es von Bedeutung, ob die Anordnung der Maßnahme durch Rechtsmittel anfechtbar ist oder nicht<sup>2</sup>, ob sie in sonstiger Weise zur Aufhebung zu bringen, aufhebbar ist oder nicht. Das Vorhandensein von Anfechtungsmitteln oder der Möglichkeit, die Aufhebung eines Akts ohne ein Anfechtungsmittel herbeizuführen, berührt regelmäßig die Frage der Wirksamkeit nicht. Nur wenn die Anfechtbarkeit oder die Herbeiführung der Aufhebung ausdrücklich gerade hinsichtlich der Mängel gegeben ist, die an sich zur Unwirksamkeit des Aktes führen würden, läßt sich aus einer derartigen Regelung entnehmen, daß das Gesetz die Wirksamkeit solcher Akte annimmt<sup>3</sup>.

Die Unwirksamkeit der besonderen Maßnahmen berührt die Wirksamkeit der Anordnung im übrigen nicht. Die Strafaussetzung bleibt wirksam. Ebenso wie die regelmäßig jederzeit mögliche Aufhebung einer besonderen Maßnahme die Strafaussetzung nicht berührt, bleibt die Unwirksamkeit auf diese ohne Einfluß. So bedeutsam die be-

---

kann oder nicht. Nur im letzten Fall ist die ganze Maßnahme unzulässig. Beispiele: Vertrag auf 7 Jahre, Ehegebot. Im ersten Fall nur hinsichtlich zweier Jahre, im zweiten Fall überhaupt unzulässig.

<sup>1</sup> Auch wer grundsätzlich die Unwirksamkeit eines Urteils ablehnt (vgl. etwa KROSCHEL: GS. 69 S. 137 ff.; LUCAS-DÜRR: S. 359) wird, ohne von seiner grundsätzlichen Stellung abzuweichen zu brauchen, — Ausnahmen hinsichtlich der nach den geltenden Bestimmungen regelmäßig stets abänderbaren und aufhebbaren besonderen Anordnungen, zulassen können.

<sup>2</sup> Nichtanfechtbarkeit ist gerade hinsichtlich der Anordnung bestimmter Maßnahmen ausdrücklich in § 35 I JGG. angeordnet: Vielfach sind die auf die Strafaussetzung sich beziehenden Beschlüsse unanfechtbar, so z. B. in Preußen.

<sup>3</sup> Die Ansicht, die Unwirksamkeit sei ausgeschlossen, falls irgendwelche Rechtsbehelfe gegeben seien — so z. B. GERLAND: StO. S. 295, 297; FRIEDLÄNDER: GS. 58 S. 344 —, ist unzutreffend. Vgl. dagegen VOHS: GA. 54 S. 248, s. auch W. JELLINEK: VR. S. 263.

sondere Maßnahme auch sein mag, sie bedeutet doch nur eine Ergänzung der an sich selbständigen Strafaussetzungsanordnung.

Die Folge der Unwirksamkeit der getroffenen besonderen Maßnahme ist, daß diese keine Wirkungen ausübt<sup>1</sup>. Sie verpflichtet den Verurteilten nicht. Auf ihre Nichtbeachtung kann ein Widerruf der Strafaussetzung nicht gegründet werden. Erfolgt dennoch ein Widerruf, so hat im gerichtlichen Strafaussetzungsverfahren das übergeordnete Gericht, falls ein Rechtsbehelf gegeben ist (so § 35 JGG.<sup>2</sup>, § 43 Bayr. Vo.) den Widerruf aufzuheben, da die Voraussetzung der Verletzung einer Verpflichtung nicht vorliegt. Wird der Widerruf jedoch nicht aufgehoben, sei es, daß ein Beschwerderecht nicht besteht<sup>3</sup> oder der Beschwerde nicht abgeholfen wird, so ist er, obwohl er sich auf eine unwirksame Verpflichtung stützt, wirksam. Die Strafvollstreckungsbehörde hat also die Strafe zu vollstrecken.

Gegen die Anordnung einer besonderen Maßnahme kann der Betroffene im gerichtlichen Verfahren, falls die Möglichkeit einer Anfechtung besteht, von dem Rechtsmittel auch dann Gebrauch machen, wenn die Maßnahme unwirksam ist, da das Bestehen der Maßnahme trotz ihrer Unwirksamkeit eine Beschwerde darstellt<sup>4</sup>. Bleibt sie bestehen, so kann sie unter Umständen als Grundlage für eine ungünstige Entscheidung verwandt werden. Ist die Anfechtungsfrist, falls eine befristete Anfechtungsmöglichkeit besteht, verstrichen, oder eine Anfechtung überhaupt nicht gegeben, so kann der Beschwerde durch Gegenvorstellungen die Aufhebung herbeizuführen versuchen. Führt auch dieser Weg nicht zum Erfolg, so bleibt nur der Gnadenweg übrig.

Erfolgt die Strafaussetzung als Verwaltungsakt, so sind, falls nicht förmliche Rechtsbehelfe gegeben sind, gegen die unwirksame Anordnung, die Gegenvorstellung und die Beschwerde im Dienstaufsichtswege gegeben.

Wird die Anordnung als unwirksam erkannt und aufgehoben, so darf, selbst wenn der Widerruf oder die Aufhebung der Strafaussetzung im

<sup>1</sup> Ist dagegen die Maßnahme wirksam, wenn auch unzulässig, so bedarf es erst ihrer Aufhebung durch das nach den positiven Vorschriften zuständige Gericht, um sie als nicht bestehend aufzufassen.

<sup>2</sup> Vgl. KIESOW zu § 35 Anm. III, 2, α, cc.

<sup>3</sup> Wo die Möglichkeit einer Anfechtung des Widerrufs nicht besteht, kommt der Tatsache der Unwirksamkeit der Anordnung keine große praktische Bedeutung zu. Hält das Gericht die Maßnahme trotz tatsächlicher Unwirksamkeit für zulässig, so wird es die Strafaussetzung widerrufen, hält es sie nicht für zulässig, so wird es allein schon wegen der Unzulässigkeit den Widerruf nicht erfolgen lassen. Der praktische Schwerpunkt liegt dort, wo eine Anfechtung des Widerrufs nicht gegeben ist, darin, ob das Gericht die Unzulässigkeit der Anordnung erkennt oder nicht.

<sup>4</sup> Vgl. von BALIGAND: GS. S. 42; BELING: StPO. S. 213; STEIN-JONAS VOR § 578 S. 174 u. a. m.

übrigen freiem Ermessen unterstände, die Aufhebung der Anordnung nicht zum Anlaß des Widerrufs oder der Aufhebung der Strafaussetzung genommen werden. Das Gericht hat z. B. dem Verurteilten auferlegt zu heiraten, es erkennt nunmehr die Unwirksamkeit der Anordnung, hält aber ohne die Auflage eine Aussicht auf Besserung nicht für angebracht. Bestände die Möglichkeit, nunmehr die Strafe zu vollstrecken, so würde der Verurteilte mit Rücksicht auf die Auffassung des Gerichts die Auflage, um die Vollstreckung der Freiheitsstrafe zu vermeiden, vielleicht doch noch erfüllen, so daß die unwirksame Anordnung dennoch wie eine wirksame Auflage wirkt. Läuft der Verurteilte Gefahr, die Strafe bei Aufhebung der Anordnung verbüßen zu müssen, so wird er es sich sehr überlegen, ob er ihre Unwirksamkeit dem Gericht gegenüber behaupten und darlegen oder ob er die Auflage nicht lieber doch trotz der Unwirksamkeit ausführen soll. Das Interesse an der Schaffung einer der Rechtsordnung geforderten Rechtslage verlangt nicht weniger als der Schutz des Verurteilten, daß die Beseitigung der ohnehin schon unwirksamen Anordnung nicht zur Aufhebung der Strafaussetzung führt. Die jederzeitliche Befugnis zur Anordnung anderer Maßnahmen wird von entsprechenden Erwägungen nicht betroffen und ermöglicht, sofern sie überhaupt gegeben ist, die Anordnung einer neuen Verpflichtung an Stelle der unwirksamen.

III. Die Bestimmung der Probefrist und die Anordnung der besonderen Maßnahmen liegen auf dem Gebiete der Tatsachenschaffung. Der Zweck und das Wesen dieser Anordnungen führt nur in einem gewissen Umfang zu einem eindeutigen Ergebnis. In weitem Umfang hat jedoch das Gericht oder die Behörde die Maßnahmen innerhalb des durch die Rechtsnormen gesetzten Rahmens selbständig zu schaffen und auszugestalten. Hier wird freies Ermessen betätigt. Das gilt namentlich bei den Erziehungsanordnungen.

#### B. Die Abänderung der Nebenanordnungen.

Die Änderung der mit der Strafaussetzung zunächst verbundenen Nebenanordnung ist dem Begriffe des „Könnens“ unterstellt. So „kann“ die zunächst angeordnete, die Höchstfrist noch nicht erreichende Probezeit verlängert, zuweilen „kann“ die Probefrist auch verkürzt werden, die besonderen Maßnahmen „können“ nachträglich abgeändert, aufgehoben oder überhaupt getroffen werden.

Denkbar ist eine derartige Abänderung, Aufhebung oder Anordnung einmal, weil neue Umstände in Erscheinung getreten sind, dann weil das Gericht seine Auffassung über die Richtigkeit der früheren Anordnung geändert hat. Ob eine Abänderung auf beide Gründe gestützt werden kann, ist aus dem Zweck der Zulassung der Abänderungsmöglichkeit zu entnehmen.

Die Bestimmungen wollen durch die Vermeidung jeder Starrheit die jeweilige Anpassung an die Verhältnisse ermöglichen, damit auf diese Weise die Aufgaben der Strafaussetzung erfüllt werden kann. Die Möglichkeit eines Wechsels in den Anordnungen ist in erster Linie für die Führungs- und Erziehungsmaßnahmen von Bedeutung. Worauf der Verurteilte gerade sein besonderes Augenmerk richten muß, läßt sich nicht immer ein für allemal festlegen. Wie er am besten den Weg zu einem ordentlichen Leben findet und gesichert erhält, kann nicht immer von vornherein bestimmt werden. Was erforderlich ist, hängt von den Verhältnissen und der Entwicklung des Verurteilten ab. Eine im Laufe der Probezeit gewonnene nähere Kenntnis der Persönlichkeit des Täters<sup>1</sup> kann zu einer Änderung der Maßnahmen Anlaß bieten.

Die Abänderung gilt für die Nebenanordnungen schlechthin. Sie ist nicht nur vom Gesichtspunkte der Spezialprävention für die spezialpräventiven Maßnahmen von Erheblichkeit, sondern auch vom Gesichtspunkt der Vergeltung für Anordnungen, die dieser unterstehen, von Bedeutung. Eine Änderung der Verhältnisse, ein besser gewonnener Einblick in die näheren Umstände der Tat, das Verhalten des Verurteilten in der Zeit nach der Verurteilung lassen unter Umständen eine Erleichterung oder Verschärfung der Erschwerungsanordnungen oder eine Modifizierung der Wiedergutmachungsanordnungen angebracht erscheinen.

Die Abänderungszulässigkeit bezweckt in erster Linie, die Verhältnisse nach der Verurteilung oder zwar schon vor der Verurteilung liegenden, jedoch erst nachträglich erkannte Umstände zweckentsprechend für die Strafaussetzung verwenden zu können. Ob darüber hinaus durch die Abänderungszulässigkeit auch die Möglichkeit einer Änderung auf Grund eines Auffassungswechsels gegeben werden soll, ist nicht einheitlich zu entscheiden.

Die weite Fassung der Bestimmungen, nach denen schlechthin eine Abänderung stattfinden kann, scheint darauf hinzudeuten, daß sie auch ausnahmslos zulässig sein soll. Immerhin wird man gewisse Einschränkungen machen müssen. Soweit die Anordnung, deren Änderung in Frage steht, auf Vergeltungsgedanken beruht und sich innerhalb der durch die Vergeltung gesetzten Grenzen hält, ist eine Abänderung der Anordnung auf Grund eines Auffassungswechsels als unzulässig zu erachten. Mag sich auch die neue Anordnung im Rahmen der Vergeltung halten, so würde doch nur eine der Rechtsordnung entsprechende Anordnung durch eine andere gleichfalls der Rechtsordnung entsprechende ersetzt, ohne daß die eine vom Standpunkt der Vergeltung besser ist als die andere, da die Vergeltung beide deckt. Beide Anordnungen sind gleichwertig. Es bedarf daher der zweiten nicht. Demnach

<sup>1</sup> Solche Kenntnisse können dem Gericht z. B. durch einen Schutzhelfer, Verwandten des Verurteilten oder sonstige Personen vermittelt werden.

würde es unzulässig sein, nur auf Grund eines Auffassungswechsels die Buße zu erhöhen oder herabzusetzen. Anders bei den auf spezialpräventiver Grundlage ruhenden Erziehungsmaßnahmen. Zwar können beide Anordnungen sich von einem objektiven Standpunkt aus innerhalb des Rahmens der Zweckmäßigkeit halten. Eine Erziehungsmaßnahme verspricht aber nur dann Erfolg, wenn sie auch der Auffassung des Erziehenden entspricht, wenn er nicht an eine frühere Auffassung gebunden ist. Im Gegensatz zur Vergeltungsmaßnahme tritt bei der Erziehungsmaßnahme die subjektive Auffassung stärker in den Vordergrund. Mit deren Änderung wandelt sich der Wert der Erziehungsmaßnahme. Es besteht daher hier keine Gleichwertigkeit der beiden Anordnungen. Eine Änderung der Anordnung ist daher hier zulässig. Hinsichtlich der Führungsanordnungen steht einer Änderung nichts im Wege, da sie nichts Neues schafft, sondern nur Bestehendes zum Ausdruck bringt, und somit keine Änderung in den Wirkungen der Strafaussetzung bewirkt.

Die Änderung einer Maßnahme oder ihre Ersetzung durch eine neue vollzieht sich unter denselben Gesichtspunkten wie die Anordnung der zuerst getroffenen Maßnahme. Die Entscheidung darüber, ob und wie bei neu hervortretenden Umständen eine Änderung erfolgen soll, liegt nur in geringem Umfang fest. Auch hier besteht weitgehend freies Ermessen.

Besonderheiten bei der Verlängerung der Probezeit nach deren Ablauf finden später Erwähnung.

### **§ 15. Die endgültige Entscheidung.**

I. Die endgültige Entscheidung ist entweder bereits in der Entscheidung, die die Strafaussetzung gewährt, wenigstens soweit es sich um den Wegfall von Urteilsfolgen handelt, enthalten, so daß es nur einer besonderen Entscheidung bedarf, wenn durch sie die Strafvollstreckung herbeigeführt werden soll („bedingter Straferlaß“, „bedingte Verurteilung“), oder sie muß, ob günstig oder ungünstig, erst ausgesprochen werden („bedingte Strafaussetzung“, „bedingte Begnadigung“)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Einer Entscheidung über den Straferlaß bedarf es hier auch dann, wenn Verjährung der Strafvollstreckung eingetreten ist. Wenngleich auch die Entscheidung über die Frage der Nichtvollstreckung oder Vollstreckung der Strafe im Hinblick auf die Strafverbüßung der praktischen Bedeutung entbehrt, so ist sie jedoch gemäß § 6 III d. Ges. über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken vom 9. April 1920 (RGBl. I S. 507) für die Berechnung der Fristen, nach deren Ablauf beschränkte Auskunft zu erteilen und die Strafe zu löschen ist, von Erheblichkeit. Der Vorteil, den der Straferlaß bei Berechnung der Fristen gewährt, darf nicht durch die Verjährung der Strafvollstreckung dem Verurteilten verloren gehen. A. A. GRAU-SCHÄFER: S. 303. Die Praxis der unteren Gerichte ist nicht einheitlich.

Im geltenden deutschen Recht ist die Möglichkeit des Eintritts der Verjährung während der Probezeit nur gemäß § 12 III JGG. ausgeschlossen, da hier das Ruhen

Die endgültige Entscheidung kann schon vor Ablauf der Probezeit erfolgen. Sie kann entweder die Aufhebung oder den Widerruf der Strafaussetzung enthalten. Ein vorzeitiger Erlaß ist zwar auch denkbar, er kann jedoch nicht vor Ablauf der Probezeit erfolgen, setzt vielmehr deren Abkürzung voraus.

Die Aufhebung<sup>1</sup> „kann“ erfolgen, wenn vor Gewährung der Strafaussetzung liegende Umstände die allein oder zusammen mit den früher bekannten Tatsachen die Behörde von der Gewährung abgehalten hätten, bekannt werden. Zwei Zeitpunkte können als maßgebend für die Aufhebungsentscheidung in Betracht kommen. Erstens; der Zeitpunkt, in dem dem Verurteilten die Strafaussetzung gewährt wurde, zweitens; der Zeitpunkt, in dem über die Aufhebung entschieden wird. Im ersten Fall werden die neu bekannt gewordenen Tatsachen auf den Zeitpunkt der Gewährung der Strafaussetzung zurückbezogen, die später eingetretenen Tatsachen bleiben unbeachtet. Im zweiten Fall werden die neu bekannt gewordenen Tatsachen im Zusammenhang sowohl mit den früheren als späteren Umständen bewertet. Der Unterschied kann bedeutsam sein. Der bekannt gewordenen Tatsache kann, selbst wenn sie früher entscheidend für die Nichtgewährung gewesen wäre, durch das spätere Verhalten des Verurteilten, ja sogar lediglich durch Zeitablauf — man denke daran, daß die Tatsache erst im 5. Probejahr bekannt wird — eine andere Beurteilung zukommen. Soweit in der Strafaussetzung spezialpräventive Gedanken verwirklicht werden, kann nur der Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung maßgeblich sein. Die Spezialprävention untersteht der Zweckmäßigkeit. Was zweckmäßig ist, kann aber nur unter Wertung sämtlicher zur Zeit der Entscheidung vorliegenden Tatsachen entschieden werden. Aber auch vom Vergeltungsstandpunkt aus kann der Zeitpunkt der früheren Entscheidung nicht der maßgebliche sein. Ebenso wie für die Strafbemessung oder die Strafaussetzungsanordnung auch unter dem Gesichtspunkte der Vergeltung die nach der Straftat liegenden Ereignisse für die Beurteilung der Straftat selbst in Rechnung gesetzt werden, besteht auch bei der Entscheidung über die Aufhebung kein Anlaß, die späteren Ereignisse nicht oder nur zum Teil zu verwerten. Dem Zeitpunkt der Strafbemessung oder Strafaussetzung kommt nicht eine sich aus der Vergeltung ergebende Bedeutung zu, sondern nur eine tatsächliche Wirkung. Die nach dem Urteil oder Strafaussetzung liegenden

---

der Strafvollstreckungsverjährung ausdrücklich angeordnet ist. Im übrigen unterbricht die Strafaussetzung die Verjährung nicht.

Zur Frage der Unterbrechung der Verjährung bei der Strafaussetzung auf Wohlverhalten vgl. FRANK: 18. Aufl. zu § 72 II mit Angabe des Standes der Rechtsprechung und Literatur; ferner GRAU-SCHÄFER: S. 304.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu die Preuß. A. V. vom 19. Januar 1922 (JMBl. S. 30), SCHÄFER: DJZ. 1932 Sp. 350.

Ereignisse sind, weil niemand in die Zukunft sehen kann, nicht als sichere Grundlage zu verwerfen. Daß sie aber an sich grundsätzlich verwertbar sind, ergibt gerade die auf dem Vergeltungsgedanken sich aufbauende Strafaussetzung. Die natürlichen Schranken liegen bei der Entscheidung über die Aufhebung erst im Augenblick ihres Ausspruchs.

Ob die Strafaussetzung aufzuheben ist oder nicht, richtet sich demnach danach, wie sich die Tat und die Täterpersönlichkeit sowohl ihrer Würdigkeit als ihrer Geeignetheit zur Zeit der Entscheidung darstellen. Es liegt hier wie bei der Entscheidung über den Widerruf. Der Unterschied besteht nur in dem verschiedenen Anlaß, der eine Nachprüfung erforderlich macht; einmal ist es ein vor der Strafaussetzung, das andere Mal ein nach der Strafaussetzung liegender Umstand oder die Verbindung von früher und später liegenden Umständen.

Aufhebung und Widerruf können stets nur auf Grund neu bekannt gewordener oder neuer Umstände erfolgen. Aus den zugrunde liegenden Bestimmungen ergibt sich das im allgemeinen ohne weiteres (vgl. etwa § 12 IV JGG.). Aber auch dort, wo wie in § 12 Hamb. Vo. die Möglichkeit des Widerrufs schlechthin erwähnt ist, gilt das gleiche. Es soll in diesem Fall offenbar nicht etwas anderes bestimmt werden wie in den übrigen Bestimmungen und Gesetzen. Eine Aufhebung oder ein Widerruf lediglich auf Grund eines Auffassungswechsels würde nicht mit der Wichtigkeit der Strafaussetzungsentscheidung sowohl für die Strafvollzugsbehörde als auch für den Verurteilten vereinbar sein. Die Bedeutung der Entscheidung verlangt im Interesse der Rechtssicherheit wenigstens einen gewissen Grad der Rechtsbeständigkeit. Die Widerrufsmöglichkeit ist daher einschränkend auszulegen.

Sowohl die Entscheidung über die Aufhebung als auch über den Widerruf wegen schlechten Verhaltens liegt nicht im freien Ermessen. Ebenso wie die Strafaussetzung zu gewähren ist, wenn Tatverträglichkeit, Täterwürdigkeit und Tätergeeignetheit vorliegen, darf die Strafaussetzung nicht aufgehoben oder widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen auch weiterhin gegeben sind. Die Aussetzung oder der Widerruf muß erfolgen, wenn die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Ob die Voraussetzungen noch gegeben sind oder nicht, ist im Wege der Tatsacheneinreihung festzustellen<sup>1</sup>.

Regelmäßig wird eine der Voraussetzungen nicht mehr gegeben sein, wenn die grundlegende gesetzliche Verpflichtung der guten Führung

---

<sup>1</sup> Das Wort „kann“ ist in § 12 IV JGG. oder § 24 Bad. Begn. Best. im Sinne der Möglichkeit 1 (vgl. S. 37) zu verstehen. Das bedeutet: liegt schlechtes Gesamtverhalten vor oder werden Umstände bekannt, die, wenn sie bereits zur Zeit der Aussetzung der Strafe bekannt gewesen wären, zur Versagung der Strafaussetzung geführt hätten, so ist stets die Strafvollstreckung anzuordnen.

oder eine gerichtliche Auflage oder gerichtliche Maßnahme nicht erfüllt wird. Ein Verstoß gegen die gesetzliche Verpflichtung, sich gut zu führen, wird im allgemeinen dann vorliegen, wenn eine Führungsanordnung nicht beachtet ist. Ein solcher Verstoß ist gewöhnlich ein Zeichen mangelnder Täterwürdigkeit und Tätergeeignetheit. Die Nichterfüllung einer der Vergeltung unterstehenden Erschwerungs- oder Wiedergutmachungsmaßnahme läßt es regelmäßig an der Tatverträglichkeit fehlen. Die Nichtdurchführung einer Erziehungsmaßnahme führt im allgemeinen zu einem Mangel in der Tätergeeignetheit. Freilich gibt es wieder Ausnahmen und Beschränkungen dieser allgemeinen Regeln. Eine Nichtbeachtung einer dem Verurteilten auferlegten Verpflichtung wird, wenn er sie ohne Verschulden nicht erfüllt oder gegen sie verstoßen hat, unter Umständen sogar auch, wenn der Verstoß verschuldet war, ohne Bedeutung für die Fortdauer der Strafaussetzung sein können. Die Nichterfüllung einer Dritte betreffenden Maßnahme wird schadlos sein, wenn der Zweck der Maßnahme auf andere Weise erreicht werden kann.

Hinsichtlich einer unzulässigen, aber wirksamen Auflage ist zu beachten, daß die Unzulässigkeit einer Auflage den Verurteilten nicht davon entbindet, sie zu beachten. Wenn ein Verstoß gegen eine solche Auflage auch leichter wiegen mag, so kann er doch namentlich im Falle der Wiederholung für die Gesinnung des Verurteilten kennzeichnend sein und für die Frage des Widerrufs von Bedeutung werden. Erst im Fall der Aufhebung der Auflage wird der Verurteilte von ihrer Beachtung entbunden. Erfolgt die Aufhebung nicht, auch nicht trotz Gegenvorstellung oder Anfechtung, so hat sich der Verurteilte zu beugen.

Die Einzelheiten über die Bedeutung von Umständen für die Beziehung zu den Strafaussetzungsvoraussetzungen sollen nicht weiter verfolgt werden.

II. Nach Ablauf der Probezeit hat das Gericht sich zu entscheiden, ob es die Strafvollstreckung anordnet oder nicht. Wo der Straferlaß nicht automatisch eintritt, hat es, falls es die Strafvollstreckung nicht anordnet, über ihn oder eine sonst zulässige Vergünstigung zu entscheiden. Falls die Probezeit die Höchstfrist nicht erreicht hat, hat das Gericht regelmäßig auch die Möglichkeit, die Probezeit zu verlängern.

a) Die Strafvollstreckung wird nicht angeordnet, wenn der Verurteilte sich in der Probezeit bewährt, d. h. sich gut geführt hat. Hat er das, so muß das Gericht<sup>1</sup> die Strafe erlassen oder eine sonst zulässige Vergünstigung aussprechen. Ob gute Führung vorliegt, ist eine Frage der Tatsacheneinreihung. Die Anordnung einer Vergünstigung unterliegt nicht dem freien Ermessen. Freies Ermessen kommt vielmehr nur

---

<sup>1</sup> Dasselbe gilt entsprechend für die Verwaltungsbehörde. Indem diese die Strafe aussetzt, entsteht eine Anwartschaft auf eine Vergünstigung.

bei der Auswahl der Vergünstigung in Betracht, niemals also dort, wo nur eine einzige Vergünstigung möglich ist.

Wo das Gericht mehrere Vergünstigungen zur Auswahl hat, hat es seiner Entscheidung sowohl Gedanken der Vergeltung<sup>1</sup>, als auch Erwägungen der Spezialprävention zugrunde zu legen. Selbst bei bester Führung braucht nicht immer die weitgehendste Vergünstigung zuerkannt zu werden. Mag zuweilen die in Frage kommende Entscheidung auch eindeutig sich aus der Sachlage ergeben, so fehlt es doch in weitem Umfang an einer solchen Eindeutigkeit. Hier ist der Raum für freies Ermessen.

b) Ist die Führung des Verurteilten nicht gut, so muß die Vollstreckung der Strafe angeordnet werden. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn a) die höchstzulässige Probezeit noch nicht angeordnet war und sie daher noch verlängert werden kann, b) die bisherige Führung des Verurteilten eine solche war, daß durch eine ordentliche Führung innerhalb der verlängerten Probezeit das Gesamtverhalten des Verurteilten noch als gut angesehen und schließlich c) eine derartige Führung erwartet werden kann. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist die Probezeit zu verlängern. Ob die Voraussetzungen vorliegen, ist eine Erwägung der Tatsacheneinreihung. Freies Ermessen ist hier daher nicht gegeben.

## § 16. Anhang: Prozessuale Fragen.

Um das Bild der Strafaussetzung auf Wohlverhalten zu vervollständigen, soll noch auf die wichtigsten prozessualen Fragen verwiesen werden.

I. Strafaussetzung und mangelnde Entscheidungsreife hinsichtlich der Strafaussetzung zur Zeit der Urteilsfällung.

Wenn auch die Umstände, die für die Strafaussetzung bedeutsam sind, im allgemeinen für die Strafbemessung gleichfalls erheblich sein werden, so werden dennoch in der Praxis die Fälle, in denen die Unterlagen für die Strafbemessung ausreichen, nicht aber für die Strafaussetzung, nicht selten sein<sup>2</sup>. Es besteht daher die Möglichkeit, daß die Hauptsache zwar spruchreif ist, nicht aber die Entscheidung über die

---

<sup>1</sup> Wo wie in Preußen außer dem völligen Straferlaß ein durch die Zahlung einer Buße bedingter Straferlaß zulässig ist (vgl. S. 144 Anm. 1), ist zu beachten, daß die Bedingung nicht lediglich auf Grund eines Auffassungswechsels beifügt werden darf, d. h. daß sie bei gleichliegendem Sachverhalt nicht nur zum Zwecke der Ergänzung einer bereits als Auflage angeordneten Buße oder als Ersatz für die bisher nicht angeordnete Bußauflage ausgesprochen werden darf.

<sup>2</sup> Es fehlt etwa noch die Äußerung einer dem Angeklagten vorgesetzten Behörde. Vgl. z. B. § 2 III Preuß. A. V. vom 4. April 1922 (JMBL. S. 115), s. a. Preuß. A. V. vom 26. Oktober 1922 (JMBL. S. 462).

Strafaussetzung. Im beschleunigten Verfahren (§ 212 StPO.) wird sich eine zwiespältige Lage öfters ergeben. Im ordentlichen Verfahren wird sie bei sorgsamer Vorbereitung der Hauptverhandlung durch Staatsanwaltschaft und Gericht nur selten gegeben sein.

Das Gericht hat in diesen Fällen, sofern es die Bestimmungen zu lassen, in der Hauptsache zu urteilen und die Entscheidung über die Strafaussetzung einem späteren Beschluß vorzubehalten. Diesen Weg hat das Gericht auch dann zu gehen, wenn es sich um eine Haftsache handelt. Der Nachteil, der nicht nur dem Verurteilten, sondern unter Umständen auch der Allgemeinheit durch die Überführung des Verurteilten aus der Untersuchungshaft in die Strafhaft entstehen könnte und der, falls die Strafaussetzung nachträglich erfolgt, nicht zu rechtfertigen wäre, läßt sich dadurch vermeiden, daß die Überführung in die Strafhaft erst mit Erlaß des vorbehaltenen Beschlusses erfolgt. Da die Strafhaft vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils rechnet, entstehen dem Verurteilten durch sein Verbleiben in der Untersuchungshaft keine Nachteile. Die Vorteile, die er, wenn die Strafaussetzung nicht erfolgen oder später widerrufen werden sollte, erlangt hat, sind nicht zu umgehen.

Dieser Weg verdient den Vorzug vor einer anderen Möglichkeit. Das Gericht prüft, ob die sich der rechtskräftigen Verurteilung anschließende Überführung in die Strafhaft Nachteile besorgen läßt, was namentlich bei Erstverbrechen der Fall sein kann, oder aber ob die Überführung unbedenklich ist. Im ersten Fall vertagt das Gericht, im zweiten Fall urteilt es in der Sache selbst und behält die Entscheidung hinsichtlich der Strafaussetzung einem späteren Beschluß vor<sup>1</sup>. Vertagt das Gericht, so hat es zu beachten, daß die Vertagung nicht über die voraussichtliche Dauer der Strafe hinausgeht. Dieses Verfahren leidet an seiner Schwerfälligkeit und an seiner Kostspieligkeit im Falle der Vertagung.

Wo wie im Entw. 27<sup>2</sup> die Strafaussetzung nur bei der Verurteilung erfolgen kann, bleibt nur der schwerfällige und kostspielige Weg einer Vertagung übrig. Die obligatorische Verbindung von Strafaussetzung und Urteil erweist sich hier als durchaus unpraktisch.

2. Strafaussetzung und Nichterscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung.

Ist der Angeklagte vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden (§ 233 StPO.), so steht diese Tatsache einer Strafaussetzung nicht entgegen. Es mag zwar erwünscht sein, daß das die Strafaus-

<sup>1</sup> Ein Anspruch des Beschuldigten auf Vertagung ist nicht anzuerkennen. Er hat nur einen Anspruch auf Prüfung der Voraussetzungen und im Falle mangelnder Unterlagen auf nachträgliche Entscheidung.

<sup>2</sup> Vgl. auch Art. 67 Ziff. 142 § 267 Abs. 2 des amtlichen Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz.

setzung aussprechende Gericht einen persönlichen Eindruck vom Angeklagten gewonnen hat<sup>1</sup>, ausschlaggebende Bedeutung kommt dem jedoch nicht zu. Auch in den Fällen, wo die Strafaussetzung durch nachträglichen Beschluß erfolgt, wird der den Beschluß erlassenden Richter keineswegs immer an der Hauptverhandlung teilgenommen haben. Angebracht würde es allerdings sein, daß immer dann, wenn die Entscheidung durch einen Richter erfolgt, der den Angeklagten nicht persönlich gesehen hat, der Richter, der ihn kommissarisch vernommen hat (§ 233) oder im Falle eines nachträglichen Beschlusses der Vorsitzende des Gerichts, vor dem die Hauptverhandlung stattgefunden hat, seinen Eindruck über die Persönlichkeit des Angeklagten oder Verurteilten in den Akten niederlegt.

Ausgeschlossen ist dagegen die Strafaussetzung in einem Verfahren gegen Abwesende (§ 276 ff. StPO.). Da hier entweder der Aufenthalt des Täters unbekannt ist oder er sich im Ausland aufhält, fehlt jede Möglichkeit, ein klares Bild über die Persönlichkeit und seine Verhältnisse zu erlangen. Über die Strafaussetzung kann daher ein Beschluß irgendwelcher Art nicht ergehen. Auch der Vorbehalt einer nachträglichen Entscheidung ist nicht möglich, wodurch freilich eine solche nicht ausgeschlossen wird. Praktisch wird eine nachträgliche Entscheidung auch nicht zu erwarten sein. Da ein Abwesenheitsverfahren gemäß § 277 StPO. nur bei mit Geldstrafe oder Einziehung oder mit beiden gemeinsam bedrohten Straftaten zulässig ist, kommt der ohnehin schon bedeutungslosen Frage ein praktisches Interesse nicht zu.

### 3. Strafaussetzung und Anrechnung der Untersuchungshaft.

Die Strafaussetzung auf Wohlverhalten ist, wo sie ausschließlich auf den Erlaß der Strafvollstreckung abzielt, ausgeschlossen, wenn die ganze Strafe als durch die Untersuchungshaft verbüßt gilt. Die Strafaussetzung entbehrt hier jeden Zweckes<sup>2</sup>. Zweifel sind im System der „bedingten Strafaussetzung“, des „bedingten Straferlasses“ oder der „bedingten Begnadigung“ nicht möglich. Strittig kann die Frage nur im System der „bedingten Verurteilung“, gleichgültig ob die Verurteilung im rechtlichen oder nur im volkstümlichen Sinne bedingt ist, da in beiden Fällen die Folgen über den bloßen Erlaß der Strafvollstreckung hinausgehen<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. HAFTER: S. 339.

<sup>2</sup> Auch für die Berechnung der Fristen für beschränkte Auskunftserteilung und Straftilgung würde sie ohne Bedeutung sein. Vgl. § 6 des Ges. vom 9. April 1920 RGBl. I S. 507.

<sup>3</sup> Vgl. zu der Frage HAFTER: S. 337; STRÄULI: S. 280, die für die Zulassung der bedingten Verurteilung auch bei Verbüßung der ganzen Strafe eintreten. Anders früher die Zürcher Praxis, die sie nur zuläßt, falls wenigstens ein Teil der Strafe nicht verbüßt ist. Vgl. Zürich. Bl. 20 Nr. 73 S. 141 ff., 20 Nr. 167 S. 319, 25 Nr. 50

#### 4. Strafaussetzung und Berufungsverfahren.

Neben der Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts für die Anordnung der Strafaussetzung ist durchweg die Zuständigkeit der Berufungsinstanz gegeben (vgl. z. B. § 7 Preuß. AV., § 8 Sächs. V., § 17 Bad. Begn. Best., § 6 Brem. V.). Die Hamburgische Verordnung (§ 4) beschränkt die Zuständigkeit der Berufungsgerichte auf die Fälle, in denen es in der Strafart oder dem Strafmaß von dem Urteil erster Instanz abweicht.

Die Praxis räumt der Berufungsinstanz das Recht zur selbständigen Entschliebung über die Strafaussetzung auch dann ein, wenn die Berufung nur vom Angeklagten eingelegt ist. Sie hält es für zulässig, daß die Berufungsinstanz auch dann die Strafaussetzung verweigert, wenn sie die erste Instanz gewährt hat<sup>1</sup>. Sie geht davon aus, daß die Strafaussetzung außerhalb des Urteils erfolge und einen selbständigen Akt, der meist als Gnadenakt charakterisiert wird, darstelle. Diese Praxis ist in der Theorie auf Widerspruch gestoßen<sup>2</sup>. Die Gegenansicht sieht in dem Verhalten der Praxis einen Widerspruch zum Grundsatz der „reformatio in peius“.

Erfolgt die Strafaussetzung auch in einem selbständigen Beschluß, so steht sie doch als Rechtsfolge mit dem Urteilsspruch in solch enger Beziehung, daß erst beide zusammen die staatliche Reaktion erschöpfend wiedergeben. Trotz der Zweiheit der Entscheidungen besteht eine Einheit der staatlichen Reaktionen<sup>3</sup>. Das Verbot der „reformatio in peius“<sup>4</sup>, das § 331 StPO. hinsichtlich der im Urteil ausgesprochenen Rechtsfolgen aufstellt, muß sinngemäß auch auf die in dem besonderen Beschluß ausgesprochenen Rechtsfolge ausgedehnt werden. Daß den Angeklagten sein eigenes Rechtsmittel, das ihm seine Stellung verbessern soll, ihm zum Nachteil ausschlägt, widerspricht der in § 331 StPO. zum Ausdruck gebrachten Auffassung. Eine Verschlechterung der Stellung des An-

S. 82 (Obergericht Urt. vom 21. Oktober 1920, Beschluß vom 15. Februar 1921 und Urt. vom 22. September 1925), neuerdings hat die Praxis jedoch gewechselt. Vgl. Urteil des Jugendgerichts vom 21. Juni 1929 (Schweiz. JZ. 26 S. 267 Nr. 51).

<sup>1</sup> So OLG. Jena in einem bei LÖWE-ROSENBERG zu § 331 Anm. 4 a zitierten Beschluß vom 13. März 1925, ferner OLG. Kiel, Beschluß vom 22. Oktober 1925 (W 195/25) in JW. 1925 S. 2816 Nr. 16, OLG. Königsberg, Urt. vom 17. Dezember 1928 (S. 413/28) in JW. 1929 S. 2776 = DRZ. 1929 Sp. 406 Nr. 927.

<sup>2</sup> JONAS: in den Bemerkungen zu den Urteilen der OLG. Kiel und Königsberg in der JW., ferner QUENTIN: DRZ. 1929 S. 255. Im Sinne der Praxis dagegen GRAU-SCHÄFER: S. 314.

<sup>3</sup> Sachlich richtig wird der enge Zusammenhang von Strafe und Strafaussetzung vom Zürich. Obergericht, Urt. vom 1. November 1928, Zürich. Bl. 28 Nr. 110 S. 212 betont.

<sup>4</sup> Vgl. zur Anwendung des Verbots der „reformatio in peius“ bei der bedingten Verurteilung das Urteil des Belgischen Kassationshofs vom 5. Mai 1902 in Pasic. 1902 I S. 231.

geklagten in der Berufungsinstanz auf Grund seines eigenen oder von der Staatsanwaltschaft zu seinem Gunsten eingelegten Rechtsmittels ist mit dem Reichsrecht unvereinbar. Es liegt eine Verletzung einer reichsrechtlichen Norm vor, so daß dagegen das Rechtsmittel der Revision<sup>1</sup> gegeben ist.

Nicht jede Ablehnung der Strafaussetzung in der Berufungsinstanz stellt eine Abänderung der Rechtsfolgen zu Ungunsten des Angeklagten dar. Insofern bedarf die Praxis der Oberlandesgerichte bekämpfende Auffassung der Einschränkung. Ob eine Verschärfung eingetreten ist oder nicht, läßt sich nur aus einem Vergleich der Gesamtheit der in den beiden Instanzen erkannten Rechtsfolgen entnehmen. Eine nicht ausgesetzte Strafe niedriger Strafart stellt gegenüber einer ausgesetzten Strafe schwerer Strafart keine Verschärfung dar. Die ausgesetzte Zuchthausstrafe ist gegenüber der nicht ausgesprochenen Gefängnisstrafe, die ausgesetzte Gefängnisstrafe der nicht ausgesetzten Geldstrafe gegenüber die schwerere Strafe.

Eine unzulässige Verschärfung liegt nur dann vor, wenn das Berufungsgericht auf Strafe der gleichen Strafart, jedoch ohne Gewährung der Strafaussetzung, erkennt. Selbst eine Herabsetzung der Strafe innerhalb der Strafart vermag den Mangel nicht zu beheben.

Die Nichtgewährung der Strafaussetzung bei einer Geldstrafe ist gegenüber einer ausgesetzten Gefängnisstrafe auch nicht mit Rücksicht auf die mit ihr verbundenen Nichtgewährung der Aussetzung der Ersatzfreiheitsstrafe als die schwerere anzusehen. Den Ausschlag gibt das Verhältnis der Hauptstrafen. Eine Gewährung der Aussetzung der Ersatzfreiheitsstrafe kann, soll sie kriminalpolitisch überhaupt von Wert sein, erst erfolgen, wenn der Verurteilte zu Zahlungen nicht imstande ist (vgl. z. B. § 10 Preuß. AV.). Würde die Aussetzung der Ersatzfreiheitsstrafe schon bei der Urteilsverkündung ausgesprochen werden, so würde das gerade zu einem Anreiz zum Nichtzahlen bedeuten. Der kriminalpolitische Wert der Strafaussetzung würde in sein Gegenteil verkehrt. Dieses unmögliche Ergebnis wird durch ein Abstellen auf das Verhältnis der Hauptstrafen vermieden.

Im Ergebnis ist daher die Entscheidung des OLG. Königsberg vom 17. Dezember 1928 richtig. In dieser Entscheidung hat es die Rüge des Angeklagten, die Strafkammer habe das Urteil des Schöffengerichts zu seinem Nachteil dadurch abgeändert, daß es ihm wegen der Ersatzfreiheitsstrafe eine Strafaussetzung, wie sie das Schöffengericht für die ausschließlich erkannte Freiheitsstrafe bewilligt habe, nicht gewährt habe, zurückgewiesen. Unzutreffend an der Entscheidung ist jedoch — abge-

<sup>1</sup> QUENTIN: a. a. O. ist der Ansicht, daß hier wenigstens in Preußen nur durch ein Gnadengesuch Abhilfe geleistet werden kann, da die Entscheidung über die Strafaussetzung gemäß § 6 Preuß. A. V. unanfechtbar ist.

sehen von der Auffassung der Strafaussetzung als eines Gnadenakts — die grundsätzliche Nichtanwendung des Grundsatzes der *reformatio in peius*.

##### 5. Strafaussetzung und Privatklageverfahren.

Die Strafaussetzung ist im Privatklageverfahren in dem gleichen Umfang zulässig, wie im ordentlichen Verfahren. Wird das Privatklageverfahren auch im Interesse des Verletzten durchgeführt, so treten jedoch dadurch für die Strafaussetzung ebensowenig Besonderheiten ein wie etwa für die Strafbemessung. Wenn die Ansicht vertreten wird, der geringere Gebrauch der Strafaussetzung bei Ehrverletzungen sei auf seine Eigenschaft als Privatklagedelikt zurückzuführen<sup>1</sup>, so wird dabei übersehen, daß der materielle Gehalt des Delikts oder aber auch die Geringfügigkeit der Strafe, die meist nur eine Geldstrafe ist, das Entscheidende ist (vgl. oben S. 177 f, 182).

##### 6. Strafaussetzung und Verzicht.

In einem Beschlusse vom 20. April 1925 hat das OLG. Königsberg<sup>2</sup> dem Verurteilten das Recht zugestanden, „auf die Wohltat der Strafaussetzung“ zu verzichten. „Dem Betroffenen könne“, führt es in dem Beschluß aus, „das Recht einer alsbaldigen endgültigen Regelung nicht versagt werden“. Diese Auffassung ist unzutreffend<sup>3</sup>. Die Möglichkeit eines Verzichts des Angeklagten auf die Strafaussetzung vor oder nach ihrer Gewährung ist zu verneinen. Die Strafaussetzung erfolgt nicht nur im Interesse des Angeklagten, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit. Nicht ob dem Verurteilten die Strafaussetzung angenehm ist oder nicht, ist das Entscheidende, sondern ob sie dazu geeignet ist, ihn zu einem ordnungsmäßigen Leben zu motivieren und ihn so zu einem nützlichen Mitglied der Gesellschaft zu machen. Bei einem überwiegenden Interesse des Verurteilten an einer endgültigen Regelung, etwa im Falle beabsichtigter Auswanderung, wird allerdings die Strafaussetzung ihre zum Guten motivierende Kraft verlieren, da ihr diese nur zukommt, wenn sie dem Verurteilten wenigstens nicht hemmend im Wege steht. Das Gericht wird daher zu prüfen haben, ob es aus diesem Grunde die Aufhebung der Strafaussetzung und Vollstreckung der Strafe anordnen will. Da die Strafvollstreckung in Fällen, wo zu erwarten steht, daß der Verurteilte sich bewähren wird, eine Härte bedeutet, wird auch zu erwägen sein, ob durch Herabsetzung der Probezeit<sup>4</sup> und damit durch vorzeitigen Straferlaß oder Verweisung des Verurteilten auf den Gnadenweg zwecks vorzeitigen Straferlasses nicht bereits den Bedürfnissen des Verurteilten genügend Rechnung getragen wird.

<sup>1</sup> So WIDMER: S. 52. Vgl. zu der Frage Zürich. Obergericht Urt. vom 7. Oktober 1919 Schweiz. JZ. 16 S. 305 Nr. 199.

<sup>2</sup> Höchst. RR. 1925 S. 400 (6 W 154/25).

<sup>3</sup> A. A. MANNHEIM zu Art. 114, 115 RV. Anm. 72, ferner GRAU-SCHÄFER: S. 271.

<sup>4</sup> Herabsetzung der Probezeit unzulässig in Bayern § 32 III Bayr.V.

Erfolgt der Verzicht nicht aus einem überwiegenden Interesse, sondern nur weil dem Verurteilten die Strafaussetzung unbequem ist, so kann sein Verzicht allerdings für die Nichtgewährung oder den Widerruf der Strafaussetzung insofern von Bedeutung sein, als er unter Umständen einen Beweis für die persönliche Ungeeignetheit des Verurteilten liefert. Das braucht aber keineswegs der Fall zu sein.

### **§ 17. Die Aussetzung von Maßregeln der Besserung und Sicherung nach dem Entwurf.**

Die Aussetzung von Maßregeln der Besserung und Sicherung bietet hinsichtlich der Frage der Betätigung freien Ermessens keine anderen Gesichtspunkte, als sie sich bei der Strafaussetzung ergeben haben. In grundsätzlicher Beziehung kann daher auf die Ausführungen über die Strafaussetzung verwiesen werden. Soweit der Entw. 27 (§ 61) die Aussetzung von Maßregeln der Sicherung und Besserung kennt (Aussetzung der Unterbringung in bestimmte Anstalten), mag eine kurze Zusammenfassung genügen.

1. Die Anordnung der Aussetzung steht hier ebensowenig im freien Ermessen wie bei der Strafaussetzung. Voraussetzung der Anordnung ist die Tätergeeignetheit. Tatverträglichkeit und Täterwürdigkeit kommen nicht in Betracht, da lediglich spezialpräventive Gesichtspunkte Beachtung finden können.

2. Die Anordnung besonderer Maßnahmen ist nur nach Maßgabe der Spezialprävention denkbar. Dem Entw. 27 ist hier eine Generalklausel unbekannt. Als besondere Maßnahme kennt er nur die Schutzaufsicht. Ihre Anwendung ist für den Fall der Aussetzung der Unterbringung in einer Heil- und Pflegenanstalt obligatorisch, im übrigen ist sie nach den Beschlüssen des Strafrechtausschusses des Reichstags einer „Kannvorschrift“ unterstellt worden. Ob sie in diesen Fällen anzuordnen ist, unterliegt der richterlichen Wertung. Wenn deren Ergebnis in einigen Fällen eindeutig festliegen mag, so wird es doch an einer Eindeutigkeit des Ergebnisses in weitem Umfang fehlen. Hier betätigt sich Ermessensfreiheit. („Kann“ im Sinne der Möglichkeit 3 vgl. S. 37.)

3. Die Dauer der Probefrist ist innerhalb eines Rahmens zu bestimmen. Sie kann nach § 61 Entw. 27 höchstens zwei Jahre betragen. Da keine Mindestfrist gesetzt ist, ist die untere Grenze aus dem Zweck der Aussetzung zu bestimmen. Unter einer gewissen Dauer wird die Aussetzung den Zweck, den Täter zu einem ordentlichen Leben zu motivieren und hinzuführen, nicht erreichen. Eine Probefrist unter einem halben Jahr wird kaum noch mit dem Zweck vereinbar sei und ist daher unzulässig. Innerhalb der zulässigen Grenze betätigt der Richter, sieht man von den verhältnismäßig wenigen Fällen eindeutiger Entscheidung ab, freies Ermessen.

Eine Verlängerung der Probezeit ist in § 6I nicht vorgesehen, wohl aber innerhalb der Höchstgrenze zulässig. Auch gilt das gleiche wie bei der Strafaussetzung.

4. Der Widerruf erfolgt obligatorisch, wenn die Schutzaufsicht nicht ausreicht. Sie reicht nicht aus, wenn Umstände hervortreten, aus denen sich ergibt, daß die Tätergeeignetheit fehlt. Ob das der Fall ist, liegt auf dem Gebiet der Tatsacheneinreihung.

5. Die Unterbringung in die Anstalt findet automatisch nicht statt, wenn kein Widerruf erfolgt ist.

### Dritter Abschnitt.

## § 18. Das politische Ermessen des Strafrichters (Zusammenfassung).

Als Betätigungsfelder des freien Ermessens wurde das Gebiet der Strafbemessung<sup>1</sup>, der Anordnung von Maßnahmen der Besserung und Sicherung<sup>2</sup> und der Aussetzung auf Wohlverhalten<sup>3</sup> erkannt. Freilich nimmt das freie Ermessen nur einen begrenzten Raum dieser Bereiche an.

Die Entscheidung darüber, ob gehandelt werden soll oder nicht, liegt in weitem Umfang fest. Das gilt, sieht man von den leichten Fällen ab, in denen von Strafe abgesehen werden kann, in erster Linie von der Bestrafung. Ist eine strafbare Handlung festgestellt, so hat Bestrafung zu erfolgen. Ebenso hängt die Gewährung oder Nichtgewährung der Strafaussetzung von der Feststellung ihrer Voraussetzungen ab. Gerade die bedeutendsten Maßnahmen sind ihrer Anwendung nach dem freien Ermessen entzogen. Dagegen beruht die Frage der Anordnung von Nebenstrafen, Nebenordnungen, Sicherungsmaßnahmen und Nebenbestimmungen bei der Strafaussetzung auf Wohlverhalten in mehr oder weniger weitem Umfang auf freiem Ermessen. Soweit hier überhaupt freies richterliches Ermessen gegeben ist (völlig ausgeschlossen z. B. bei der Buße und den meisten Maßregeln der Besserung und Sicherung des Entwurfs) liegt der Schwerpunkt des Ermessens bei der Entscheidung, ob sie angeordnet werden sollen oder nicht.

Die Mittel, die der Richter zur Anwendung bringen kann, liegen regelmäßig fest. So stellt ihm das Gesetz nur eine bestimmte Anzahl von Straforten und Arten der Sicherungsmaßnahmen zur Verfügung. Dadurch, daß aus dem Sinn des Gesetzes weitere Hinweise auf die Bestimmung der Mittel im Einzelfalle zu entnehmen sind, verringert sich ihre Zahl noch mehr. Unbeschränkte Auswahl in der Art der Mittel hat der Richter nur bei der bedingten Strafaussetzung, soweit es sich um die Anordnung von Erziehungsmaßnahmen handelt. Hier ist ihm die Auswahl ihm gutscheinender Maßnahmen im weiten Umfang freigestellt.

Die nähere Ausgestaltung der anzuwendenden Maßnahmen, die Höhe der zu verhängenden Strafen, die Bestimmung der Dauer gewisser

---

<sup>1</sup> Vgl. oben S. 96 ff. hinsichtlich der Nebenstrafen und Nebenfolgen S. 109 ff.

<sup>2</sup> Vgl. oben S. 119 f.    <sup>3</sup> Vgl. oben S. 219, 221, 225.

Nebenstrafen (soweit diese überhaupt in Betracht kommt, wie z. B. bei der Aberkennung von Ehrenrechten, Ämtern), die Dauer der Strafaussetzung erfolgt unter Mitwirken freien Ermessens. In weitem Umfang ergibt sich jedoch aus dem Geist und Inhalt der Maßnahme der einzuschlagende Weg, die Berücksichtigung der sich aus der Sache als wesentlich ergebenden Gesichtspunkten und die Richtung ihrer Bewertung. Jedes freie Ermessen in der Bestimmung der Strafrechtsfolgen — nicht ausgeschlossen das weitgehendste freie Ermessen in der Bestimmung der besonderen Maßnahmen bei der Strafaussetzung auf Wohlverhalten — wird eingeschränkt durch die Bindung des Richters an bestimmte sich aus dem Gesetz ergebende Zwecke. Eine Zweckwahl gibt es im Strafrecht nicht.

Die Verfolgung bestimmter Zwecke engt zwar das Ermessensgebiet ein, schließt aber freies Ermessen keineswegs aus. Freies Ermessen ohne eine Bindung an irgendeinen Zweck gibt es überhaupt nicht. Zum wenigsten hat es sich an den Interessen des Staates zu orientieren. Wenn im Strafrecht das freie Ermessen durch nähere Zwecke begrenzt ist, so verliert dadurch der Beurteilungsvorgang, soweit er innerhalb der Grenzen liegt, nicht der Charakter des freien Ermessens. Die Festlegung der Zwecke bedeutet auch keinen Ausschluß politischen Ermessens. Entscheidend ist vielmehr der Zweckinhalt. Läßt der zu erstrebende Zweck eine Entscheidung nach Zweckmäßigkeitserwägungen nicht zu, so kommt allerdings politisches Ermessen nicht in Betracht. Die Zwecke können aber auch gerade eine auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Entscheidung erfordern. Dann ist Raum für politisches Ermessen gegeben. Die Zwecke des Strafrechts liegen in einer zweifachen Richtung. Sie haben bald eine abstrakte Zweckmäßigkeit, bald eine konkrete Zweckmäßigkeit zum Ziel. Der Vergeltungsgedanke löst sich los von der konkreten Zweckmäßigkeit, er erfordert einen Ausgleich der gestörten Rechtsordnung entsprechend der Tat und der ihr für die Rechtsordnung zukommenden Bedeutung. Ob die Strafe im konkreten Fall zweckmäßig ist, ist unter diesem Gesichtspunkte gleichgültig. In der Verwirklichung des Ausgleichs liegt bereits eine Stärkung, Erhaltung und Stütze der Rechtsordnung, die es unerheblich erscheinen lassen, ob sie im einzelnen Fall erkennbare Vorteile bietet. Die Generalprävention und Spezialprävention zielen dagegen darauf ab, auch im konkreten Fall die Strafe zweckmäßig zu gestalten. Nur eine Strafe, die die Verbrechen zu vermindern und einzudämmen in der Lage ist, ist zweckmäßig. Ob sie das ist, ist gerade Gegenstand der Prüfung.

Die Loslösung der Vergeltung von der konkreten Zweckmäßigkeit trennt das unter dem Vergeltungsgedanken betätigte freie Ermessen von dem unter konkreten Zweckmäßigkeitsgedanken verwirklichten. Nur das durch Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Ermessen kann als

politisches bezeichnet werden. Das umfangreiche, durch Vergeltungsgedanken umgrenzte Ermessensgebiet ist demnach aus dem Gebiete der Politik auszuschneiden. Nur wo und insoweit der Richter auf Zweckmäßigkeitserwägungen seine Entscheidung gründet, bewegt er sich auf dem Gebiet der Kriminalpolitik. Als kriminalpolitische Entscheidungen kommen daher nur solche in Betracht, die durch general- oder spezialpräventive Erwägungen getragen werden.

Die Verwirklichung general- und spezialpräventiver Gedanken tritt bei der Strafbemessung hinter der Vergeltung zurück. Sie gelangen nur ergänzend zur Wirksamkeit. Wenn auch unter Umständen der Vergeltungsgedanke den Richter zu einer bestimmten Strafgröße gelangen läßt, so werden ihm doch oftmals mehrere Größen vom Vergeltungsstandpunkt aus als gleichwertig erscheinen. In diesen Fällen ist die Strafgröße durch Zweckmäßigkeitserwägungen zu bestimmen. Inwiefern diese zum Zuge kommen, richtet sich nach der Weite des durch die Vergeltung gegebenen Rahmens.

Die Auswertung des Vergeltungsgedankens ist keine einheitliche. Sie unterliegt in starkem Maß den Zeitauffassungen. Das Verständnis und die Verwertungsfähigkeit hinsichtlich abstrakter, in der Idee liegender Ziele liegt der einen Zeit stärker als der anderen. Das heutige, mehr materialistisch eingestellte Denken ist in höherem Maß auf den praktischen Erfolg abgestellt. Es verlangt und fördert eine stärkere Betonung und Wertung der konkreten Zweckmäßigkeit und führt zu einer Zurückdrängung abstrakter Zielverfolgung. Das macht sich nicht nur durch das Streben nach einem Ausbau eines Systems spezialpräventiver Verbrechensbekämpfungs-, Besserungs- und Sicherungsmittel, sondern auch durch die Umbiegung und Erweiterung des Vergeltungsbegriffes und die stärkere Beachtung bereits vorhandener spezialpräventive Mittel bemerkbar. Mag man noch vor einem Menschenalter geglaubt haben, durch den Vergeltungsgedanken allein die Strafe bestimmen zu können<sup>1</sup>, so erheischen heute namentlich spezialpräventive Gedanken Beachtung und finden sie auch. Das geltende Recht umschließt bereits die in der Entwicklung liegenden Möglichkeiten. Hinsichtlich der Strafbemessung bringt der Entw. 27 keine Neuerungen, die wesentlich über das hinausgehen, was bereits rechtens ist.

Geringen Einfluß haben die spezialpräventiven Ideen auf die Fortentwicklung der Maßregeln der Besserung und Sicherung, sowie sichern der Nebenfolgen im geltenden Recht gehabt. Immerhin hat aber auch die Entwicklung wertvolle Grundlagen zur Erkenntnis des spezialpräventiven Charakter bereits bestehender Maßnahmen gebracht. Sie

<sup>1</sup> Vgl. etwa BINDING: Grundriß, 2. Aufl., S. 94 (1878); HÄLSCHNER: I, S. 3 ff. (1881).

trägt dazu bei, den Charakter des hier betätigten freien Ermessens als politischen erkennen zu lassen.

Bedeutend ist dagegen der Erfolg der neuen Gedanken auf dem Gebiete der Strafaussetzung. Hier hat die Macht des Gedankens den zu engen Rahmen des Gesetzes durchbrochen. Spezialpräventiven Ursprungs, empfohlen und gefördert durch die moderne Schule, hat die Strafaussetzung auf Wohlverhalten festen Fuß in einem auf dem Vergeltungsgedanken beruhenden Strafrecht gefaßt. Sie hat sich nicht nur als mit dem Vergeltungsstrafrecht vereinbar, sondern sogar als in ihm erforderlich erwiesen. Mit der Strafaussetzung auf Wohlverhalten hat das richterliche politische Ermessen, wenn es sich auch nicht auf ihre Anordnung, sondern nur ihre Ausgestaltung bezieht, einen erheblichen Zuwachs erhalten. Allerdings ist die Entwicklung nicht in allen Teilen Deutschlands gleichweit fortgeschritten. In einigen Ländern liegt die Anordnung der Strafaussetzung noch in Händen der Verwaltungsbehörden. Auch in Einzelheiten bestehen nicht unbedeutende Abweichungen. Alle diese Mängel beseitigt der Entw. 27. Mag auch das System der Strafaussetzung dem des Straferlasses auf Wohlverhalten vorzuziehen sein, so bedeutet doch der Entwurf einen erfreulichen Abschluß der Entwicklung im Sinne der Rechtseinheit.

Das Vordringen namentlich spezialpräventiver Gedanken läßt das im geltenden Rechte betätigte freie Ermessen in nicht unbeachtlichem Umfang als politisches erkennen. Die Persönlichkeit des Strafrichters wird dadurch zu einem wichtigen Faktor der Kriminalpolitik.

Seine kriminalpolitische Tätigkeit beschränkt sich freilich nur auf ein enges Gebiet der Kriminalpolitik. Sie greift nur repressiv ein, wenngleich sie auch vorbeugende Ziele verfolgt. Sie ist auf das Gebiet des Strafrechts beschränkt. Hier liegt dem Richter zwar ein für die Persönlichkeit des Angeklagten entscheidender, jedoch unter dem Gesichtspunkte der Kriminalpolitik eingeengter Aufgabenkreis ob. Die kriminalpolitische Tätigkeit des Richters bezieht sich im wesentlichen auf die Bestimmung der Rechtsfolgen. Mit dem Urteilsspruch verliert er, abgesehen von der bedingten Strafaussetzung, die Verbindung zu dem Verurteilten. Er vermag ihn abzuschrecken oder die Allgemeinheit vor ihm zu schützen. Einen persönlichen Einfluß im Sinne einer Erziehung kann er regelmäßig nicht ausüben. Nur bei der Strafaussetzung auf Wohlverhalten vermag er durch die Auflage auf eine Besserung unmittelbar hinzuwirken. Wo allerdings eine intensive Beschäftigung mit dem Verurteilten erforderlich ist, da bedarf es der Übertragung der Erziehungsaufgabe an andere Organe (wie z. B. bei der Schutzaufsicht).

Nur in gewissem Umfang beruht die Verwirklichung kriminalpolitischer Ziele durch die Strafrechtsprechung auf freiem richterlichem Ermessen. Die strafrechtliche richterliche Entscheidung ermöglicht

einen besonders schweren Eingriff in die individuelle Freiheit und die Ehre und das Ansehen des Individuums. Die Wichtigkeit und große Tragweite der richterlichen Anordnung führt zu der Tendenz einer möglichst weitgehenden Ausschließung des freien Ermessens, zur Festsetzung der Voraussetzungen, unter denen die Rechtsfolge einzutreten hat.

Damit rückt der Schwerpunkt richterlicher Tätigkeit auf das Gebiet der Tatsacheneinreihung. Tatsächlich liegen auch hier die größten Schwierigkeiten für den Strafrichter. Sowohl der moderne Vergeltungsgedanke wie auch der Gesichtspunkt der Spezialprävention erfordern im weiten Umfang unbestimmte Begriffe und Tatbestände, deren Anwendung oft schwierige psychologische Wertungen erfordern. Der Entw. 27 bringt eine erhebliche Erweiterung des richterlichen gebundenen Ermessens.

Trotz alledem läßt sich aber das freie und damit auch das politische Ermessen nicht ausschließen. Das Gesetz muß einen Teil der strafrechtlichen Verwirklichung der freien, selbständigen richterlichen Tätigkeit überlassen. Hier bedeutet die Rechtssprechung mehr als eine bloße Verwirklichung des gesetzlichen Willens. Hier umfaßt sie die Verwirklichung selbständigen richterlichen Willens<sup>1</sup>. Soweit dieses sich auf Zweckmäßigkeitserwägungen stützt, findet politisches Wirken innerhalb der Rechtssprechung statt. Der so häufig behauptete Gegensatz von Rechtssprechung und Politik<sup>2</sup> bedarf also der Einschränkung. Das Ziel der Rechtssprechung: die Durchführung objektiven Rechts schließt eine freie, schöpferische Tätigkeit des Richters nicht aus. Die Durchführung des objektiven Rechts bedeutet lediglich, daß durchzuführen ist, was und wie es durch das Recht angeordnet ist. Die Anordnung kann sehr wohl derart sein, daß in einem gewissen Umfang die Entscheidung von eigenen, schöpferischen Erwägungen abhängig gemacht wird und daß dabei auch politische Gesichtspunkte nicht ausgeschlossen sind. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit setzen zwar Grenzen, die Rechtssicherheit insofern ein Bedürfnis im Rechtsleben besteht, das Eintreten oder Nicht-eintreten von rechtlich bedeutsamen Tatsachen oder Rechtsfolgen vorzusehen. Häufig genügt es aber — und das gilt gerade für das Strafrecht —, wenn man nur die Möglichkeit der zukünftigen rechtlichen Verhältnisse erkennt und dabei nichts anderes als weitgestreckte rechtliche Grenzen sieht. Die Gerechtigkeit verlangt Sachlichkeit der Entscheidung.

---

<sup>1</sup> Zur Rechtssprechung gehört auch die Entscheidung über die Strafaussetzung und deren Ausgestaltung (vgl. oben S. 156 ff., 161). Die Anordnung von Nebenbestimmungen ist mit der Entscheidung über die Strafaussetzung so eng verbunden, daß es nicht möglich ist, sie in der rechtlichen Charakterisierung gesondert zu betrachten und sie etwa als Verwaltungsakt aufzufassen.

<sup>2</sup> HELFRITZ: S. 14; MEYER-ANSCHÜTZ: S. 55; STIER-SOMLO, Politik: S. 31.

Sachlichkeit schließt aber nicht die Verwertung von Zweckmäßigkeitserwägungen aus, wohl aber läßt sie nur einen bestimmt gerichteten Kreis derartiger Erwägungen zu.

Die Tendenz der Entwicklung geht dahin, die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters zu stärken und zu mehren. Sie hat zu einer Erweiterung des politischen Ermessens gegenüber dem freien Ermessen geführt. Sie hat in der Strafaussetzung auf Wohlverhalten ein neues Reaktionsmittel mit großer kriminalpolitischer Bedeutung geschaffen. Der Entw. 27 wird einen weiteren Ausbau kriminalpolitischer Verbrechensbekämpfungsmittel bringen. Gegenüber dem heutigen Rechtszustand wird vor allem eine Stärkung und Erweiterung des gebundenen Ermessens eintreten. Wenn auch dem politischen Ermessen neue Tätigkeitsfelder zugewiesen werden (z. B. Sicherungsverwahrung, Reichsverweisung), so bedeutet doch diese Erweiterung kein grundsätzliches Hinausgehen über den heutigen Stand der Entwicklung.

Die bisherige Fortentwicklung des Strafrechts und in noch stärkerem Maße die Reform stellen den Richter vor außerordentlich schwierige Aufgaben. Eine Erweiterung des Aufgabenkreises durch verstärkte Heranziehung zu kriminalpolitischer Tätigkeit, wie sie von manchen Seiten gefordert wird<sup>1</sup>, kann nicht als wünschenswert erachtet werden. Der zu bewältigende Aufgabenkreis stellt bereits in solch hohem Maß Anforderungen an den Richter, daß sie nach dem heutigen Stande von Wissenschaft und Praxis, vor allem aber nach der Art der richterlichen Ausbildung nur unvollkommen erfüllt werden können. Aufgabe künftiger Bestrebungen wird es sein, das Gewonnene auszubauen und zu vertiefen. Wissenschaft und Praxis sehen hier noch ein weites Arbeitsfeld vor sich. An Stelle des Problems der richterlichen Machterweiterung das der Entw. 27 zum Abschluß bringt, tritt als das Problem der Zukunft: die Machtvertiefung.

---

<sup>1</sup> So namentlich THOMSEN: Denkschrift. (Vgl. auch DRZ. 1912, S. 400.) Er will dem Richter die Befugnis der Anwendung unbestimmter Schutzmaßnahmen geben. Vgl. hierzu SROOSS: Schweiz, Z. f. Str. 41, S. 192 ff.

# Quellenverzeichnis.

## I.

### 1. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

§ 2, S. 54.	§ 114, S. 39.	§ 243, Ziff. 2, 4, S. 75.
§ 20, S. 36.	§ 117, S. 39.	§ 244, S. 36.
§ 21, S. 93.	§ 152, S. 42.	§ 246, S. 34, 38, 39, 94.
§ 23, S. 168.	§ 153, S. 172.	§ 248a, S. 39, 76.
§ 27b, S. 39, 41, 70, 72, 73, 74, 95.	§ 154, S. 172.	§ 250, S. 39.
§ 27c, 81, 116.	§ 159, S. 172.	§ 251, S. 39, 76, 173.
§ 28b, S. 163, 185.	§ 161, S. 42, 110.	§ 254, S. 39.
§ 31, S. 42.	§ 165, S. 42, 114.	§ 260, S. 173.
§ 32, S. 43, 110.	§ 174, Ziff. 1, S. 101.	§ 263, S. 34, 38.
§ 33, S. 42, 110.	§ 176, Ziff. 3, S. 101.	§ 264, S. 36.
§ 34, S. 42, 110.	§ 177, S. 172.	§ 264a, S. 76.
§ 35, S. 43.	§ 181, S. 42, 76.	§ 284a, S. 42.
§ 38, S. 44 123.	§ 181a, S. 44, 112, 172.	§ 285, S. 101.
§ 39, S. 44.	§ 185, S. 38.	§ 285a, S. 114.
§ 40, S. 116.	§ 187, S. 34, 38.	§ 287, S. 94.
§ 41, S. 42.	§ 188, S. 43.	§ 290, S. 64.
§ 42, S. 116, 117.	§ 189, S. 38.	§ 295, S. 42.
§ 44, S. 35.	§ 193, S. 98.	§ 296, S. 42.
§ 45, S. 58.	§ 199, S. 33, 95.	§ 302d, e, S. 42.
§ 48, S. 35.	§ 200, S. 42, 114.	§ 304, S. 100.
§ 49, S. 35, 75.	§ 204, S. 58.	§ 306, S. 172.
§ 60, S. 81.	§ 210a, S. 33.	§ 307, S. 172.
§ 74, S. 67.	§ 211, S. 38.	§ 319, S. 43, 112.
§ 81, S. 39, 42, 111, 112.	§ 214, S. 173.	§ 332, S. 94.
§ 83, S. 42, 111, 112.	§ 215, S. 173.	§ 333, S. 38.
§ 84, S. 42, 111, 112.	§ 216, S. 175.	§ 335, S. 42, 116.
§ 86, S. 94.	§ 217, S. 175.	§ 338, S. 94.
§ 87, S. 38, 42, 111, 112.	§ 223, S. 39.	§ 340, S. 38.
§ 88, S. 39, 42, 111, 112.	§ 223a, S. 75, 76.	§ 345, S. 133.
§ 89, S. 42, 111, 112.	§ 226, S. 100.	§ 356, S. 173.
§ 90, S. 33, 38, 42, 111, 112.	§ 228, S. 34, 95.	§ 360, Ziff. 4—6, S. 42.
§ 91, S. 42, 111, 112.	§ 230, S. 100.	§ 360, Ziff. 13, S. 76.
§ 102, S. 39.	§ 231, S. 43.	§ 361, Ziff. 5, S. 123.
§ 104, S. 39.	§ 232, S. 33.	§ 361, Ziff. 3—8, S. 123.
§ 113, S. 34, 39.	§ 236, S. 212.	§ 361, Ziff. 6, S. 102.
	§ 237, S. 212.	§ 362, S. 44, 67, 123.
	§ 242, S. 94.	§ 367, Ziff. 7—9, S. 42.

### 2. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 31. Mai 1870.

§ 2, S. 162.	§ 5, S. 162.	§ 6, S. 162.
--------------	--------------	--------------

## 3. Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923.

§ 7 I, Ziff. 3, S. 190, 193, 200, 204, 206.	§ 12, S. 132, 133, 142, 143, 148, 204, 221, 223.	§ 17, S. 127, 170. § 26, S. 127.
§ 9, S. 139.	§ 13, S. 128, 139, 170.	§ 35, S. 217, 218.
§ 10, S. 127, 139, 140, 141.	§ 15, S. 144.	

4. Strafprozeßordnung vom  $\frac{1. \text{ Februar } 1877}{22. \text{ März } 1924}$ .

§ 7, S. 145.	§ 212, S. 226.	§ 297, (a. F.) S. 36.
§ 8, S. 145.	§ 233, S. 226, 227.	§ 331, S. 228.
§ 66, S. 21.	§ 267, S. 109.	§ 398, S. 118.
§ 117, S. 144.	§ 276, S. 227.	§ 455, S. 160.
§ 153, S. 33, 65, 149, 150, 157.	§ 277, S. 227.	§ 456, S. 160.

5. Gerichtsverfassungsgesetz vom  $\frac{27. \text{ Januar } 1877}{22. \text{ März } 1924}$ .

§ 13, S. 161.

## 6. Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

§ 254, S. 118. | § 393, S. 118. | § 1568, S. 183.

7. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896.  
Art. 2, S. 204.

8. Zivilprozeßordnung vom  $\frac{30. \text{ Januar } 1877}{13. \text{ Mai } 1924}$ .

§ 713, S. 144. | § 888, S. 212.

## 9. Verfassung des Deutschen Reiches vom 19. August 1919.

Art. 1, S. 207.	Art. 115, S. 202, 210.	Art. 130, S. 207.
Art. 7, Ziff. 2, S. 159.	Art. 116, S. 54, 119, 204.	Art. 135, S. 202, 203, 205.
Art. 12, S. 159.	Art. 117, S. 202, 209.	Art. 136, S. 202, 203, 205, 206.
Art. 13, S. 162.	Art. 118, S. 189, 202, 203, 204, 205, 207, 208.	Art. 142, S. 202, 203.
Art. 56, S. 8.	Art. 123, S. 202, 207.	Art. 151, S. 202, 210.
Art. 109, S. 48, 49, 51, 53, 102, 103, 108.	Art. 124, S. 202, 207.	Art. 152, S. 210.
Art. 111, S. 202, 210.	Art. 125, S. 202, 203, 207.	Art. 153, S. 202, 210.
Art. 112, S. 202, 209.	Art. 126, S. 202, 203.	Art. 159, S. 202, 203, 208.
Art. 114, S. 202, 210, 211.		

10. Reichsabgabenordnung vom  $\frac{13. \text{ Dezember } 1919}{22. \text{ Mai } 1931}$ .

§ 399, S. 114.

11. Strafrechtliche Nebengesetze und Verordnungen des Reiches.  
Gesetz über die Presse vom 7. Mai 1874.

§ 21, S. 39.

Sklavenraubgesetz vom 28. Juli 1895.

§ 1, Ziff. 2, S. 38.

Auswanderungsgesetz vom 9. Juni 1897.

§ 48, S. 42.

- Gesetz betr. Entziehung elektrischer Kraft vom 9. April 1900.  
 § 1, S. 39.  
 Spionagegesetz vom 3. Juni 1914.  
 § 8, S. 42.  
 Straftilgungsgesetz vom 9. April 1920.  
 § 6, S. 221, 227.  
 Geldstrafengesetz vom 27. April 1923.  
 § 3, Abs. 1, S. 73.  
 Verordnung gegen verbotene Ausfuhr vom 13. Juli 1923.  
 § 1, S. 33.  
 Preistreibereiverordnung vom 13. Juli 1923.  
 § 12, S. 33, 36.  
 Verordnung über Vermögensstrafen vom 6. Februar 1924 Art. 4, S. 43.  
 Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927.  
 § 1, S. 102.  
 Lebensmittelgesetz vom 5. Juli 1927.  
 § 16, S. 114.  
 Republikenschutzgesetz vom 25. März 1930.  
 § 1, S. 39.  
 Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884.  
 § 5 III, S. 38. § 9, S. 39.

## II. Die Entwürfe zum neuen Strafrecht.

1. Vorentwurf.  
 §§ 38—41, S. 153.
2. Gegenentwurf.  
 §§ 92—94, S. 154.
3. Kommissionsentwurf.  
 §§ 74—78, S. 154.
4. Entwurf 1919.  
 §§ 63—66, S. 154.
5. Amtlicher Entwurf von 1925.  
 §§ 35—41, S. 154. | § 73, S. 35. | § 77, S. 36.
6. Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches vom 14. Mai 1927.  

§ 13, S. 35, 80.	§ 41, S. 169.	§ 56, S. 13, 36, 43.
§ 14, S. 35.	§ 42, S. 44, 146, 185.	§ 57, S. 36, 73.
§ 20, S. 35.	§ 43, S. 190, 204.	§ 58, S. 36, 43.
§ 24, S. 35.	§ 44, S. 146, 147.	§ 59, S. 36, 44, 119, 120,
§ 26, S. 35.	§ 45, S. 146.	121.
§ 30, S. 35, 75.	§ 46, S. 42.	§ 60, S. 43, 122.
§ 32, S. 35.	§ 47, S. 43, 113.	§ 61, S. 147, 231, 232.
§ 35, S. 40.	§ 49, S. 43, 110, 114.	§ 64, S. 36, 44.
§ 37, S. 41, 44.	§ 51, S. 114.	§ 72, S. 38, 40, 41, 113.
§ 38, S. 41.	§ 52, S. 43, 115.	§ 73, S. 38, 39, 40, 41.
§ 40, S. 44, 146, 169.	§ 53, S. 42, 43, 115.	§ 74, S. 33, 39, 41.

- § 76, S. 33, 65.  
 § 77, S. 33, 65.  
 § 78, S. 33, 36, 38, 65,  
 121.  
 § 86, S. 40, 119, 172.  
 § 87, S. 40, 119.  
 § 88, 88a—c, e, S. 40, 119.  
 § 89, S. 43, 44, 119.  
 § 90, S. 40, 119.  
 § 91, S. 40, 119.  
 § 92, S. 40, 119.  
 § 93, S. 40, 119.  
 § 94, S. 40, 119.  
 § 95, S. 40, 119.  
 § 96, S. 41, 119.  
 § 98, S. 43, 44, 119.  
 § 98a, S. 40, 119.  
 § 99, S. 40, 119.  
 § 100, S. 40, 41, 119.  
 § 101, S. 40, 42, 114, 119.  
 § 104, S. 40, 119.  
 § 105, S. 40, 119.  
 § 106, S. 40, 119.  
 § 107, S. 40, 119.  
 § 108, S. 40, 119.  
 § 109, S. 40, 119.  
 § 110, S. 41, 119.  
 § 112, S. 40, 119.  
 § 113, S. 41, 119.  
 § 114, S. 41, 119.  
 § 115, S. 40, 41, 119.  
 § 118, S. 40, 41.  
 § 119, S. 40, 41.  
 § 120, S. 40, 41.  
 § 121, S. 40.  
 § 122, S. 44.  
 § 123, S. 41.  
 § 124, S. 40.  
 § 125, S. 40.  
 § 125a, S. 40.  
 § 126, S. 40.  
 § 128, S. 42.  
 § 129, S. 40.  
 § 130, S. 40.  
 § 131, S. 41.  
 § 132, S. 41.  
 § 133, S. 41.  
 § 134, S. 41.  
 § 136, S. 40.  
 § 137, S. 40.  
 § 138, S. 40, 41.  
 § 141, S. 40.  
 § 142, S. 40.  
 § 143, S. 40.  
 § 144, S. 40.  
 § 145, S. 41.  
 § 146, S. 41.  
 § 147, S. 41.  
 § 149, S. 40.  
 § 149a, S. 40.  
 § 152, S. 40, 41.  
 § 154, S. 40, 41.  
 § 155, S. 41.  
 § 156, S. 40, 41.  
 § 159, S. 41.  
 § 160, S. 41.  
 § 161, S. 41.  
 § 162, S. 41.  
 § 163, S. 41.  
 § 165, S. 41.  
 § 167, S. 41.  
 § 168, S. 41.  
 § 169, S. 41, 119.  
 § 170, S. 41, 119.  
 § 171, S. 41, 119.  
 § 172, S. 40.  
 § 173, S. 41.  
 § 174, S. 41.  
 § 175, S. 40, 119.  
 § 176, S. 41.  
 § 177, S. 40, 41.  
 § 178, S. 41.  
 § 179, S. 41.  
 § 181, S. 41.  
 § 182, S. 41.  
 § 183, S. 40.  
 § 183a, S. 40, 41.  
 § 184, S. 40, 41.  
 § 185a, S. 40.  
 § 186, S. 40.  
 § 186a, S. 41.  
 § 188, S. 40.  
 § 192, S. 41.  
 § 193, S. 40.  
 § 194, S. 40.  
 § 195, S. 40.  
 § 196, S. 40.  
 § 197, S. 40.  
 § 198, S. 40.  
 § 199, S. 40.  
 § 200, S. 41.  
 § 201, S. 41.  
 § 203, S. 40, 41.  
 § 204, S. 40, 41.  
 § 205, S. 40, 41.  
 § 206, S. 40.  
 § 207, S. 40.  
 § 208, S. 40.  
 § 209, S. 40.  
 § 210, S. 41.  
 § 211, S. 41.  
 § 214, S. 41.  
 § 215, S. 40.  
 § 216, S. 40.  
 § 217, S. 41.  
 § 218, S. 40, 41.  
 § 219, S. 40, 41.  
 § 220, S. 41.  
 § 221, S. 42.  
 § 224, S. 41.  
 § 225, S. 40.  
 § 226, S. 40.  
 § 227, S. 40.  
 § 228, S. 40.  
 § 229, S. 40.  
 § 230, S. 40.  
 § 231, S. 40.  
 § 232, S. 40.  
 § 233, S. 40.  
 § 234, S. 40.  
 § 235, S. 40.  
 § 236, S. 41.  
 § 238, S. 40.  
 § 239, S. 40.  
 § 240, S. 41.  
 § 241, S. 40, 41.  
 § 242, S. 41.  
 § 243, S. 40.  
 § 244, S. 41.  
 § 245, S. 38, 172.  
 § 246, S. 40.  
 § 247, S. 40.  
 § 248, S. 40.  
 § 249, S. 40, 41.  
 § 250, S. 40.  
 § 251, S. 40.  
 § 252, S. 41.  
 § 253, S. 40.  
 § 255, S. 41.  
 § 256, S. 41.  
 § 257, S. 40.  
 § 258, S. 40.  
 § 259, S. 41.  
 § 260, S. 40.  
 § 261, S. 40.  
 § 262, S. 40.  
 § 265, S. 40, 41, 76.  
 § 265a, S. 41.  
 § 266, S. 41.

§ 267, S. 41, 75.	§ 306, S. 40, 76.	§ 341, S. 41.
§ 268, S. 41.	§ 307, S. 41.	§ 342, S. 41.
§ 270, S. 41.	§ 308, S. 40.	§ 343, S. 41.
§ 271, S. 41.	§ 309, S. 40.	§ 344, S. 40.
§ 274, S. 41.	§ 310, S. 40.	§ 345, S. 41, 76.
§ 275, S. 40, 41.	§ 311, S. 41.	§ 346, S. 40, 41.
§ 276, S. 40, 41.	§ 311a, S. 40.	§ 347, S. 41.
§ 277, S. 41.	§ 313, S. 41.	§ 348, S. 40, 41.
§ 278, S. 41.	§ 314, S. 41.	§ 350, S. 40, 41.
§ 279, S. 41.	§ 315, S. 41.	§ 351, S. 40.
§ 280, S. 41.	§ 316, S. 41.	§ 352, S. 41.
§ 281, S. 41.	§ 317, S. 41, 120.	§ 354, S. 41.
§ 282, S. 40.	§ 319, S. 41, 120.	§ 355, S. 41.
§ 283, S. 40.	§ 320, S. 41.	§ 356, S. 41.
§ 284, S. 41.	§ 321, S. 41.	§ 357, S. 41.
§ 285, S. 40.	§ 323, S. 42, 114.	§ 358, S. 42.
§ 286, S. 40.	§ 324, S. 41.	§ 359, S. 41.
§ 287, S. 40.	§ 325, S. 41.	§ 360, S. 44.
§ 288, S. 41.	§ 326, S. 41.	§ 361, S. 41.
§ 289, S. 41.	§ 327, S. 41.	§ 362, S. 41.
§ 290, S. 40, 41.	§ 328, S. 41, 120.	§ 364, S. 42.
§ 291, S. 40.	§ 329, S. 40, 41.	§ 365, S. 40.
§ 292, S. 40.	§ 330, S. 40, 75.	§ 366, S. 41, 76.
§ 293, S. 40.	§ 331, S. 40.	§ 367, S. 41.
§ 294, S. 41.	§ 332, S. 40, 172.	§ 368, S. 41.
§ 297, S. 40, 41.	§ 333, S. 40, 41.	§ 370, S. 41.
§ 298, S. 41.	§ 334, S. 41.	§ 371, S. 41.
§ 299, S. 41.	§ 336, S. 41, 76.	§ 372, S. 41.
§ 301, S. 41.	§ 337, S. 41.	§ 384, S. 40.
§ 302, S. 41.	§ 338, S. 40, 172.	§ 386, S. 40.
§ 303, S. 41.	§ 339, S. 40, 41.	§ 388, S. 146.
§ 305, S. 41.	§ 340, S. 40.	

7. Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz.

Art. 67, Ziff. 142. § 267, S. 226.

Art. 67, Ziff. 142. § 267e, S. 109.

### III. Gesetze, Verordnungen und Allgemeinverfügungen der Länder.

#### Baden.

Begnadigungsbestimmungen vom 12. Juni 1930 (vgl. Amtl. Ausgabe der Vorschriften für Strafsachen 1930 S. 219 ff.).

§ 6, S. 135.	§ 17, S. 228.	§ 20, S. 142, 143.
§ 7, S. 135.	§ 18, S. 141.	§ 24, S. 144, 223.
§ 16, S. 139, 140, 142, 143.	§ 19, S. 142.	§ 26, S. 133, 144, 145.

#### Bayern.

Begnadigungsvorschriften vom 31. Dezember 1927 (JMBl. 9 S. 83) mit Änderungen und Ergänzungen vom 14. März 1928 (JMBl. S. 27) vom 24. September 1928 (JMBl. S. 252), vom 22. Mai 1930 (JMBl. S. 114), (siehe auch GS. 97 S. 65 ff.).

§ 25, S. 139.	§ 32, S. 230.	§ 35, S. 143.
§ 30, S. 141.	§ 33, S. 142, 185.	§ 43, S. 218.

## Bremen.

Verordnung, betreffend die bedingte Strafaussetzung und die Ablösung von Freiheitsstrafen durch Geldbußen vom 11. August 1929 (Brem. GBl. S. 159).

§ 1, S. 139, 140, 142.	§ 6, S. 228.	§ 19, S. 129.
§ 3, S. 143.		

## Hamburg.

1. Verordnung betreffend den bedingten Strafaufschub in der Fassung vom 27. September 1929 (Hamb. Ges. u. VoBl. S. 463 ff., Hamb. Just. Verw. Bl. S. 55).

§ 1, S. 139, 142.	§ 4, S. 228.	§ 10, S. 142.
§ 2, S. 140.	§ 9, S. 143.	§ 12, S. 133, 223.

2. Ausführungsverordnung vom 28. September 1929 (Hamb. JVBl. S. 59).

II Ziff. 1, S. 141.	III Ziff. 3, S. 143.	III Ziff. 6, S. 144.
II Ziff. 4, S. 175.	III Ziff. 4, S. 130.	

## Lübeck.

Verordnung vom 30. April 1921, betreffend den bedingten Strafaufschub durch die Gerichte mit Nachtrag vom 5. November 1921 (Lüb. Ges. und Verordnungsblatt 1921 S. 70, 232.)

§ 1, S. 139, 140, 141.	§ 9, S. 143.	§ 10, S. 142.
------------------------	--------------	---------------

## Oldenburg.

Verfügung vom 4. Mai 1926, betreffend die bedingte Aussetzung in dem Landesteil Oldenburg.

§ 1, S. 139, 142.	§ 4, S. 143.	§ 17, S. 144.
§ 2, S. 140.		

## Preußen.

1. Verfassung vom 31. Januar 1850.

Art. 12, S. 205.

2. Allgemeine Verfügung des Justizministers über die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung vom 19. Oktober 1920 in der Fassung der allgemeinen Verfügung vom 15. und 29. Juni 1921 (JMBl. 1920 S. 565, 1921 S. 349, 370).

§ 1, S. 44, 139, 141, 142.	§ 3b, S. 134, 143.	§ 10, S. 229.
§ 2, S. 140, 141, 225.	§ 6, S. 229.	§ 11, S. 134, 143.
§ 3, S. 44, 142, 143.	§ 7, S. 228.	§ 12, S. 134, 144, 188.
§ 3a, S. 140.	§ 8, S. 175.	§ 13, S. 144.

## Sachsen.

Bekanntmachung der neuen Fassung der Verordnung über den bedingten Aufschub der Strafvollstreckung vom 22. Juli 1925 (Sächs. JMBl. 1925 S. 65), ferner ergänzende Verordnungen vom 17. März 1926 (Sächs. JMBl. S. 24), vom 12. August 1926 (Sächs. JMBl. S. 93), vom 7. August 1928 (Sächs. JMBl. S. 111).

§ 1, S. 133, 139, 140, 141, 142.	§ 3, S. 140.	§ 8, S. 228.
§ 2, S. 141.	§ 4, S. 143.	§ 16, S. 143.
§ 2, S. 141.	§ 5, S. 142.	§ 19, S. 144.

## Thüringen.

Gesetz über die Ausübung des Begnadigungsrechts durch Gerichte und Strafvollstreckungsbehörden vom 27. Januar 1923 (Gesetzsammlungen für Thüringen S. 591).

§ 1, S. 139, 140, 144.	§ 12, S. 142.
------------------------	---------------

## Sachverzeichnis.

- Abänderung von Nebenanordnungen 219 ff.  
Abbitte 77.  
Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte 42 f., 110 f., 234.  
Aberkennung einer Wegeberechtigung 193.  
Ablehnung der Straftat 180.  
Abrundungsbedürfnis 92.  
Absehen von Strafe 33, 61, 95, 157, 233.  
Absolut bestimmtes Strafmaß 38.  
Abstinenzverein 194, 202.  
Abtreibung 85, 100, 172, 178.  
Allgemeinabschreckung s. Generalprävention.  
Alkohol, Hang zum 180.  
Alkoholverbot 194, 211.  
Alter 79, 81.  
Amtsfähigkeit, Verlust der 42, 113, 234.  
Anders handeln können 79 ff.  
Anders handeln sollen 78.  
Änderung der äußeren Verhältnisse 189.  
Anfechtbarkeit 217.  
Anfechtung 214, 217, 218, 224.  
Angemessenheit der Auflage 196 ff.  
Anhörung der Behörden 141, 225.  
Anlagen 79.  
Anordnung der Strafvollstreckung 132, 133, 146, 214 f., 224 f., 230.  
Anschauung, konfessionelle 91.  
— politische 91.  
— religiöse 91.  
— wirtschaftliche 91.  
Anstifter 35.  
Antrag auf gerichtl. Entscheidung 107.  
Anverwandte des Verurteilten und Generalprävention 84.  
Arbeit, freie 163, 185.  
—, stumpfsinnige 198.  
Arbeiterkolonie 143.  
Arbeitsames Leben 189, 194.  
Arbeitskampf 208, 212.  
Arbeitsstellenwechsel 195.  
Arbeitszeit 213.  
Armenpflege 15.  
Armut 76.  
Asyl 67.  
Aufenthaltswechsel 193, 195, 202.  
Auffassungsform 91.  
Auffassungsgabe 91.  
Auffassungsgruppe 91.  
Auffassungswechsel 219 f., 223, 225.  
Aufgabe des Gewerbes 193.  
Aufhebung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten 222 ff., 230.  
Aufklärung 79.  
Auflagen 135, 150, 164, 180, 184, 236.  
— an Dritte 186 ff., 190, 224.  
— Unwirksamkeit 215.  
— Folgen der Unwirksamkeit 217.  
— Grenzen 192.  
— Nichterfüllung 224.  
— Schranken 190 ff., 197 ff.  
— Teilbarkeit 217.  
— Unzulässige 215, 224.  
Augenblicksverbrecher 87.  
Ausbildung der Richter 92.  
Ausflugverbot 195.  
Auskunft über Verbleib gestohlener oder erschwindelter Gegenstände 77.  
Ausscheiden aus dem Beruf 193.  
Ausschluß bestimmter Delikte von der Strafaussetzung auf Wohlverhalten 172.  
Aussetzung auf Wohlverhalten siehe Strafaussetzung auf Wohlverhalten.  
Aussetzung, bedingte, der Maßregeln der Besserung und Sicherung 44, 147, 152, 231 f.  
— des Schuldausspruchs 149.  
— des Strafausspruchs 149.  
— der Strafverfolgung 149.  
Äußerlichkeit der Auflage 194.  
Aussicht auf Nichtdurchführung des Strafverfahrens 152.  
Auswanderungsfreiheit 209.

- Bagatelldelikt** 13.  
**Baufälligkeit einer Kirche** 205.  
**Beamte** 203.  
**Beamten delikt** 100, 176, 177.  
**Bedingede Straffedome** 135.  
**Bedingte Anklage** 150.  
**Bedingte Aussetzung, s. Strafaussetzung auf Wohlverhalten**  
**Bedingte Begnadigung** 129 ff., 209, 221, 227.  
**Bedingte Entlassung** 168.  
**Bedingte Strafaussetzung: s. Strafaussetzung auf Wohlverhalten.**  
**Bedingter Straferlaß (s. auch Strafaussetzung auf Wohlverhalten)** 129 ff., 145 ff.  
**Bedingter Strafnachlaß** 129, 135.  
**Bedingte Strafvollstreckung** 135.  
**Bedingte Verurteilung** 129, 136, 150, 151, 177, 221, 227.  
 — — ohne Anordnung von Schutzaufsicht oder Auferlegung von Pflichten 150.  
 — — mit Anordnung von Schutzaufsicht oder Auferlegung von Pflichten 150.  
**Bedingter Strafvollzug** 135.  
**Befähigung** 91.  
**Befristung** 137.  
**Begnadigung** 156, 167.  
**Begründungszwang und Strafaussetzung** 108.  
**Bekannte des Verurteilten** 84.  
**Bekennnis, Freiheit im politischen** 207.  
 — — im religiösen 205.  
**Belastung, erbliche** 79.  
 — Unschuldiger 182.  
**Beleidigung** 191.  
**Belgisch-französisches System** 146, 148, 150, 151.  
**Beruf** 79.  
 — Verpflichtung zur Aufgabe 193.  
**Berufungsverfahren** 228.  
**Berufsgenossen** 92.  
**Berufsorganisation** 143.  
**Berufsvereine** 202.  
**Berufsversammlungen** 202.  
**Beschleunigtes Verfahren** 226.  
**Beschwerde** 218.  
 — im Dienstaufsichtswege 218.  
**Beschränkte Auskunft aus dem Strafregister** 221.  
**Besondere Erwartungen** 134.  
**Besondere Maßnahmen** 134, 142, 151, 166, 167, 182, 185, 190, 203, 205, 214, 217, 218, 219.  
**Besondere Pflichten = besondere Maßnahmen (s. auch Auflage).**  
**Besonders leichte Fälle** 33, 36, 65.  
**Besonders schwere Fälle** 33, 36, 65, 174.  
**Besserung** 63, 68, 87, 88 f., 169, 171, 182, 185, 195, 196, 216, 219, 236.  
**Besserungsanordnungen** 189 f., 192 ff.  
**Besserungsanstalt** 67.  
**Besserungsmittel s. Maßregeln der Besserung und Sicherung.**  
**Bestechung** 177.  
**Bestimmungsfreiheit** 211.  
**Betätigungsfreiheit, politische** 207.  
**Beurteilung, Grundlage der** 91.  
**Bewegungsfreiheit, körperliche** 211.  
 — räumliche 210.  
**Beziehung der Auflage zur Tat** 192, 196.  
**Beziehung, räumliche bei der Generalprävention** 84.  
**Blutschande** 100, 178.  
**Bordellbesuch** 198.  
**Brandstiftung** 100, 172, 176.  
**Brieffreiheit** 210.  
**Briefgeheimnis** 209 f.  
**Bücherverbot** 198.  
**Bürgerliche Ehrenrechte** 42 f., 110 f., 234.  
**Buße als Nebenfolge** 43, 115, 117 f., 187, 233.  
 — Wesen der 117 ff.  
 — bei der Strafaussetzung auf Wohlverhalten 143, 184 f., 186, 188, 193, 199, 200, 221, 225.  
**Caritas** 13, 16, 17, 18.  
**Charakter** 76, 180.  
**Commutation of sentence** 168.  
**Condamnation conditionelle** 135.  
**Conditional release** 168.  
**Deliktsart und Strafaussetzung auf Wohlverhalten** 172 ff.  
**Demonstration** 208.  
**Determinismus** 77.  
**Diebstahl** 189.  
**Differenzierung der Rechtsgutsverletzung** 64.  
**Ehezerrüttung** 183.  
**Ehrlose Gesinnung** 111.

- Ehrloses Verhalten 111, 178.  
 Ehrverletzung 172, 178, 230.  
 Eidesdelikte 176, 178.  
 Eidesunfähigkeit 42.  
 Eigentum 193, 199, 210.  
 „Einmal ist keinmal“ 182.  
 Einsicht 79, 89, 180.  
 Eintritt in die Lehre 134.  
 Einzelabschreckung (s. Spezialprävention).  
 Einziehung 42, 43, 227.  
   — Wesen der 115 f.  
 Empfindsamkeit 81.  
 Englisch-amerikanisches System 146, 148, 149, 167.  
 Enthaltung von geistigen Getränken 134.  
 Entscheidungsreife 225.  
 Entwicklung 77.  
 Entziehungskur 196, 210.  
 Erfahrung 78.  
 Erfolg 75, 179, 180, 186.  
 Erfolgshaftung 66.  
 Erheblichkeit der Auflage 191.  
 Ermessen, freies 19 ff., 26.  
   — gebundenes 25, 237, 238.  
   — in der Rechtsfolge 22.  
   — politisches 27 ff., 234 ff.  
   — und Anordnung von Maßnahmen der Besserung und Sicherung 233 f.  
   — und Aufhebung der Strafaussetzung auf Wohlverhalten 224.  
   — und Aussetzung von Maßregeln der Besserung und Sicherung nach dem Entwurf 231, 233 f.  
   — und endgültige Entscheidung bei der Strafaussetzung auf Wohlverhalten 223, 224, 225, 233 f.  
   — und Nebenanordnungen bei der Strafaussetzung auf Wohlverhalten 219, 221, 233 f.  
   — und Strafaussetzung auf Wohlverhalten 183, 233 f.  
   — und Strafbemessung 45, 90, 93, 233.  
   — und Zweckwahl 25.  
   — Zusammenfassung 233 ff.  
 Ermessensfreiheit und Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte 112.  
   — und Amtsverlusterklärung 113.  
   — und Buße 118.  
   — und Polizeiaufsicht 123.  
   — und Reichsverweisung 123.  
   — und Sicherungsverwahrung 122.  
 Ermessensfreiheit und Überweisung an die Landespolizeibehörde 123.  
 Ermessensmißbrauch 96.  
 Ermessensproblem als Auslegungsproblem 22, 24.  
 Ermessensraum 94.  
 Ermessensüberschreitung 96.  
 Erregung öffentlichen Ärgernisses 180.  
 Ersatzfreiheitsstrafe 140, 229.  
 Erschwerungsanordnung 184 ff., 214, 220, 224.  
 Erstverbrecher 226.  
 Erziehung 68, 79, 89, 169, 170, 171, 185, 195, 197, 203, 204, 216, 236.  
 Erziehungsanordnungen 189 f., 192 ff., 197 ff., 214, 216, 219, 220, 221, 233.  
   — Erfordernisse 192 ff.  
   — Schranken 197 ff.  
 Erziehungsanstalt 67.  
 Erziehungsstrafrecht 169.  
 Exhibitionist 195.  
 Fahrlässige Tötung 176.  
 Fahrraddiebstahl 83, 178.  
 Familie 17, 18, 81, 106, 163, 189.  
   — Pflicht zum Aufenthalt in der 210.  
 Familienstand 81.  
 Fehlerhafter Rechtsfolgeausspruch 215.  
 Fehlerhafter Staatsakt 214 f.  
 Feindschaft 108.  
 Fenstervermauerung 195.  
 Finanzpolitik 12.  
 Finanzpolitische Gesichtspunkte und Strafbemessung 107.  
 Fortgesetztes Verbrechen 180.  
 Freiheit, staatsbürgerliche 54.  
 Freiheitsentziehung in Thüringen 193, 200.  
 Freiheitsstrafe, Ersatz der 163.  
   — Nachteile der 163.  
 Freizügigkeit 202, 210.  
 Freunde des Verurteilten und Generalprävention 84.  
 Freundschaft 108.  
 Fremdhilfe 15.  
 Führung, gute 81, 132, 136, 140, 145, 180, 188, 189, 191 f., 194, 213, 214, 223, 224.  
   — schlechte 132, 136, 140, 145, 188, 225.  
   — straffreie 141.  
 Führungsanordnungen 188 ff., 191 ff., 213, 214, 220, 221, 224.

- Fürsorge 13, 17.  
 Fürsorgeausschuß 143.  
 Fürsorgerziehung 143.  
 Fürsorger 143.  
 Fürsorgeverein 143.
- Gedankenschuld** 86.  
 Geeignetheit des Erziehungsmittels  
 192 ff.  
 Gefahr 36.  
 Gefahr der Wiederholung, Fortfall der  
 86.  
 Gefährlichkeit 33, 65, 75, 76, 80, 121,  
 122, 123.  
 Gefährlichkeitsstrafrecht 78.  
 Gefangenenfürsorge 18.  
 Gefangenekost 198.  
 Gefängnisverein 143.  
 Gefühl 91.  
 Gegenvorstellung 218, 224.  
 Geldstrafe 140, 182, 200, 227.  
 — erweiterte Anwendung der 163, 164.  
 — festbestimmte 38, 94.  
 Gelegenheitsverbrecher 87.  
 Gemeingefährliche Verbrechen 172, 176.  
 — — mit Todeserfolg 172.  
 Gemeinschaft 16.  
 Gendarmerie 177.  
 Generalprävention 63 f., 165, 169, 170,  
 171, 173, 179, 234, 235.  
 Gerechtheit 27, 46 ff., 49 ff., 168, 183,  
 237.  
 Gerichtskosten, Auflage der Zahlung  
 der 189.  
 Geschlecht 81.  
 Gesellschaft 9, 90.  
 Gesellschaftsklasse 14.  
 Gesetzesgrund und Strafzumessungs-  
 grund 101 f.  
 Gesetzesverletzung bei der Strafbemes-  
 sung 93 ff.  
 Gesetzmäßigkeit der ausübenden Staats-  
 gewalt 211.  
 Gesetzwidrigkeit von Anordnungen  
 200 f., 212, 216.  
 Gesinnung 65, 76, 89, 141, 164, 170,  
 179, 224.  
 Geständnis 77, 107, 181.  
 Gesundheit 6, 79, 81.  
 Gewerbe, Verpflichtung zur Aufgabe  
 eines 193.  
 Gewerbefreiheit 210.  
 Gewerbmäßige Verbrechen 178, 180.
- Gewerbmäßige Verbrecher 87.  
 Gewerkschaft 9.  
 Gewinnentziehung 116, 188.  
 Gewohnheitsmäßige Verbrechen 178, 180.  
 Gewohnheitstrinker 180.  
 Gewohnheitsverbrecher 36, 87, 180.  
 Gleichheit, persönliche 49 ff.  
 Glücksspiel 101.  
 Gnadentheorie 156, 165.  
 Gnadenweg 230.  
 Grundrechte, generelle und spezielle  
 201, 211.  
 — gesetzkräftige 208 ff.  
 — reichsverfassungskräftige 202 ff.  
 — als Schranken der Erziehungsan-  
 ordnungen 197.  
 Gottesdienstbesuch 205.  
 Gute Sitten als Schranken der Erzie-  
 hungsanordnung 197, 200, 213, 216.
- Handelsfreiheit** 210.  
 Handlungen gleichen Charakters 83.  
 Handlungsfreiheit 208, 210.  
 Hang zum Verbrechen 180.  
 Hau 189.  
 Hausarrest 193, 194, 200.  
 Hehlerei 101, 178.  
 Heilmittel der Kirche 17.  
 Heilung von Geschlechtskrankheit 196.  
 Heirat als Auflage 188, 197, 212, 215,  
 217, 219.  
 Helfer 199, 209.  
 Hemmende Maßnahmen 193.  
 Hilfe 14, 15, 16.  
 Hinterlist 76.  
 Hirtentätigkeit 17.  
 Hochverrat 111, 172.  
 Humanität 17.
- Idealkonkurrenz** 101.  
 Indeterminate sentence 168.  
 Indeterminismus 77.  
 In dubio pro reo 182.  
 In dubio pro reo 104.  
 Individuum 16.  
 Instanzenzug 92.  
 Instrumenta sceleris 116.  
 Interesse des Verletzten 141, 146, 184.  
 — öffentliches 141, 146.  
 Interessen 91.  
 Interessenspolitik 9.
- Jugendamt** 143.  
 Jugendgerichtshilfe 143.

- Kasernierung, Aufhebung der 102.  
 Kastration 193, 211.  
 Kenntnisse 91.  
 Kirche 13, 17.  
 — Eintritt in 206.  
 — katholische 17.  
 Klarheit der Auflage 194.  
 Klasse 14, 16.  
 Klassengegensätze 14, 16.  
 Klassenpolitik 9.  
 Klassenzugehörigkeit 15.  
 Klassifizierung der Verbrecher 87 f.  
 Kleinstadt 91.  
 Kodifikationsprinzip 166.  
 Kollegialgericht 92.  
 „Können“, „kann“, Bedeutungen 37.  
 — — bei Anordnung der Strafvollstreckung 144, 223.  
 — — bei Aussetzung der Vollstreckung von Urteilsfolgen 44.  
 — — bei Aussetzung von Maßregeln der Besserung und Sicherung 231.  
 — — bei Buße 43, 117.  
 — — bei Einziehung 43, 116.  
 — — bei Maßregeln der Besserung und Sicherung 44, 112.  
 — — bei mildernden Umständen 38.  
 — — bei Nebenanordnungen 143, 146, 219.  
 — — bei Nebenstrafen und Nebenfolgen 42, 109, 113, 114, 117.  
 — — bei Sicherungsverwahrung 120 f.  
 — — bei Strafaussetzung auf Wohlverhalten 44, 142, 183, 222.  
 — — bei Urteilsbekanntmachungen 114.  
 — — bei Verlusterklärungen hinsichtlich Wahl- und Stimmrecht 43, 113.  
 Körperverletzung 188.  
 — mit Todeserfolg 99, 176.  
 — schwere 172.  
 Körvorschriften 101.  
 Kostgängertum, Untersagung 210.  
 Kraftfahrzeugführung, Verbot der 194, 195.  
 Kraftfahrzeugunfall 178, 187.  
 Krankhafter Hang 180.  
 Kreiswohlfahrtsamt 143.  
 Kriegsbeschädigter 191.  
 Kriminalbiologie 13.  
 Kriminalpolitik 2 ff., 12 (Begriff), 13, 15, 16, 17, 18, 235, 236.  
 Kriminalpolitische Gesichtspunkte bei der Strafbemessung 106.  
 Kriminalpsychologie 13.  
 Kriminalsomatologie 13.  
 Kriminologie 5, 13.  
 Kulturfreiheit 205.  
 Kunst 203, 206 f.  
 — als Deckmantel 207.  
 Kuppelei, schwere 110, 172, 178.  
 Ladenschließung 195.  
 Landarbeit 191.  
 Landesverrat 111.  
 Langjähriger Vertrag als Auflage 197, 216.  
 Leben, gesetzmäßiges und geordnetes 141, 146, 171.  
 Lebensgewöhnung 81.  
 Lebenskreis 81.  
 Lebensverhältnisse 182.  
 Leseverbot 198, 207.  
 Leichtsinns 140, 141.  
 Leugnen 77, 107, 181, 182.  
 Libération conditionnelle 135.  
 Lockerung der Auflage 196.  
 Lohnpolitik 12.  
 Lohntheorie 165.  
 Löschung von Strafvermerken 221.  
 Machtentfaltung 10, 11, 28.  
 Machterhaltung 10, 11, 12, 28.  
 Machtordnung 10, 11, 12.  
 Machtstreben 9.  
 Machtvermehrung 11, 12, 28.  
 Mahnung 87.  
 Maßregeln der Besserung und Sicherung 43, 67, 119 ff., 231, 233, 235.  
 Materie 162.  
 Meineid 100, 102, 110 f., 172, 177.  
 Meinungsäußerung, Freiheit der 202, 203 ff.  
 Meldepflicht 210.  
 Metall 141.  
 Mildernde Umstände 33 f., 71, 95, 172, 173, 174, 183.  
 Milderungsgründe 172, 173.  
 Militärdelikte 176, 177.  
 Milieu 77, 79.  
 Minder schwere Fälle 33, 36.  
 Mindeststrafe, Bedeutung für die Strafaussetzung 173 f.  
 Mittäterschaft 104.  
 Mittel der Reaktionsbeweglichkeit 168.  
 Möglichkeit der Erfüllung der Auflage 191, 194.

- Mord 172.  
 Münzverbrechen 172.  
  
 Nachkommenschaft 106.  
 Nächstenliebe 17.  
 Nachteile der Bestrafung für den Täter  
 und seine Familie 81.  
 Nähenbeziehung eines Dritten zur Tat,  
 persönliche 83.  
 — sachliche 83.  
 Nahrungsmittelfälschung 141, 172.  
 Nebenanordnungen 183 ff., 233.  
 Nebenfolgen 42 f., 67, 109 ff., 233 ff., 235.  
 Nebenstrafe 42 f., 67, 109 ff., 233 ff.  
 — Übersehen der Zulässigkeit einer 94.  
 Ne bis in idem 104.  
 Neue Umstände 219 f.  
 Nichterscheinen des Angeklagten in der  
 Hauptverhandlung 226.  
 Nichtvollendung 35.  
 Not 14, 15, 76, 100, 140.  
 Notdiebstahl 100.  
 Nötigung zum Streik 179.  
 Notwehr 35.  
 Notzucht 172.  
 nullum crimen, nulla poena sine lege 54,  
 159.  
  
 Öffentliches Interesse 141, 169.  
 Ordnung, ruhende 10.  
 — sich bewegende 10.  
  
 Partei 9.  
 — Verpflichtung zum Austritt oder Bei-  
 tritt 202, 207.  
 Parteipolitik 9.  
 Person, Freiheit der 210, 211.  
 Persönlichkeit 78, 164, 180, 181, 190,  
 220, 227.  
 Persönlichkeitsadäquanz 76 ff., 88, 121.  
 Persönlichkeitseigenart 91.  
 Persönlichkeitseigene Umstände 76f., 88.  
 Persönlichkeitsfremde Umstände 76f.,  
 88.  
 Persönlichkeitstyp 78 f.  
 Petitionsrecht 203.  
 Poenologie 3.  
 Politik 8, 11 (Begriff), 12, 27, 234, 237.  
 — als Organisationskunst 11.  
 — als schöpferische Tätigkeit 11.  
 — praktische 8.  
 — theoretische 8.  
 — und Rechtsprechung 237.  
  
 Politik, und Staat 8 ff.  
 Politische Freiheit 207.  
 — Verbrechen 178, 179.  
 — Versammlungsfreiheit 202.  
 Politisches Denken 11.  
 — Handeln 11.  
 Polizei 195.  
 Polizeiaufsicht 44, 67, 122.  
 Polizeibefehl 201, 216.  
 Polizeibegrenzende Grundrechte 201.  
 Polizeidelikt 13.  
 Polizeigesetze 203.  
 Polizeigewalt 201.  
 Polizeiverordnungen 213.  
 Postgeheimnis 209 f.  
 Predigen auf offener Straße 205.  
 Preßdelikte 172.  
 Privatklageverfahren 230.  
 Privatleben 13, 17.  
 Probation 149, 180.  
 — offenders act von 1907 148.  
 — — — von 1911 152.  
 Probezeit 130, 132, 133, 142, 146 f., 152,  
 183 ff., 196, 197, 216, 219, 220, 221,  
 222, 225, 231, 232.  
 producta sceleres 116.  
 Prozeßbeteiligte 92.  
 Prozeßabführende Maßnahmen 21.  
 Prozeßleitung 33.  
  
 Raub 172.  
 Räuberischer Diebstahl 172.  
 Rauschgifte 196.  
 — Hang zu 180.  
 Rasse 91.  
 Reaktionsbedürfnis 170.  
 Reaktionsökonomie 167.  
 Reaktionsbeweglichkeit 168, 174.  
 Rechte, aus öffentlichen Wahlen her-  
 vorgegangene 42.  
 Rechtsanwalt 92.  
 Rechtsbegriff und Strafbemessung 98.  
 Rechtsbehelf bei Widerruf der Strafaus-  
 setzung auf Wohlverhalten 217, 218.  
 Rechtsbeständigkeit 223.  
 Rechtsgemeinschaft, Einheitlichkeit der  
 Auffassung der 91.  
 Rechtsirrtum 35.  
 Rechtsmitteleinlegung 107.  
 Rechtsordnung 10, 12.  
 Rechtssicherheit 10, 215, 223, 237.  
 Rechtsstaat 53.  
 Rechtsstaatsgedanke und Ermessen 24.

- Rechtsprechung 237.  
 Referendumbogen, Vernichtung von 176.  
 Reformatio in peius 228 f.  
 Reichsrecht bricht Landrecht 162.  
 Rehabilitation 137, 151.  
 Reichsverweisung 122 f., 44, 238.  
 Recognisance 153.  
 Religionsfreiheit 203, 205 f.  
 Religionsgesellschaft 17.  
 Religionswesen 18.  
 Religiöse Verbrechen 178.  
 Reue 77.  
 Revision bei der Strafbemessung 93 ff.  
 Roheit 76.  
 Rücksicht auf die Allgemeinheit 184.  
 — auf den Verletzten 184.  
 Rücksichtslosigkeit 76.  
 Rücksiedlung 193.  
  
**Sachbeschädigung** 100.  
 Sachlichkeit 237 f.  
 Schadensberechnung 21.  
 Schadensgutmachung 58, 134, 143, 146,  
 181, 186 ff., 191.  
 — durch Dritte 186 f.  
 Schaufensterverhängung 195.  
 Schätzung, richterliche 20.  
 Schlägerei 100.  
 Schranken der Auflagen bei Strafaus-  
 setzung auf Wohlverhalten 190.  
 Schuld 77 ff.  
 Schuldauhebungsgrund 137.  
 Schuldausspruch, Rechtskraft des 104.  
 Schuldstrafrecht 78.  
 Schulpolitik 12.  
 Schutzaufsicht 134, 143, 146, 149, 151,  
 164, 167, 194, 196, 231, 236.  
 Schwerere Strafe 229.  
 Schüler 203.  
 Schwachsinn 180.  
 Schwebezustand 137.  
 Schweigen 77, 107.  
 Seinsbegriffe 20, 22.  
 Sekte, Austritt aus der 206.  
 Selbsthilfe 15.  
 Selbstüberführung 181.  
 Sensationsprozeß 189.  
 Sicherung gegen richterliche Einseitig-  
 keit 92.  
 Sicherungsmittel 58, 192, 216, 233.  
 Sicherungsverwahrung 44, 119 f., 238.  
 — Dauer der 122.  
 Sittlichkeitsordnung 46.  
 Sittlichkeitsverbrechen 172, 177, 188,  
 189.  
 Soldaten 203.  
 Sorge für Familienangehörige 189.  
 Soziale Verhältnisse 77, 79.  
 Sozialgefährlichkeit 75 ff., 179.  
 Sozialpolitik 5, 9, 13, 14, 15 (Begriff), 17.  
 Sozialschädlichkeit 75 ff., 179.  
 Sparsamkeit in der Ausübung staatlicher  
 Eingriffe, Grundsatz der 68.  
 Spezialprävention 63, 65 f., 69, 85 f.,  
 231, 234 f.  
 — und Aussetzung von Maßnahmen der  
 Besserung und Sicherung 231.  
 — und Erziehungsmaßnahmen 198.  
 — und Strafaussetzung auf Wohlver-  
 halten 87, 169, 171, 220, 222, 225.  
 — und Strafbemessung 68 f., 85 ff., 235.  
 Staat und Politik 8 ff.  
 Staatsakt, fehlerhafter 214 f.  
 Staatsanwalt 92.  
 Staatsanwaltschaft 175, 176, 226.  
 Staatsautorität 107, 215.  
 Staatsleben 10.  
 Staatsbürgerliche Rechte 190.  
 — Verbrechen gegen Ausübung der 176.  
 Stammeseigenart 91.  
 Stellung, soziale 79, 81.  
 Sterilisation 193.  
 Steuerdelikte 172, 178.  
 Stimmrecht 110, 113.  
 Strafe, Wesen der 58.  
 — und Erziehungsmaßnahmen 199.  
 Strafänderungsgründe 35.  
 Strafanspruch, staatlicher 54.  
 Strafaufhebungsgrund 138.  
 Strafaufschub 160.  
 Strafaussetzung auf Wohlverhalten, all-  
 gemeines 44, 67, 227, 236 f.  
 — — — Akt der Strafbemessung?  
 155 f., 173.  
 — — — Allgemeinabschreckung 165,  
 169, 171.  
 — — — Ausgestaltung 142.  
 — — — Ausland:  
 — — — — Belgien 137, 146, 172, 175,  
 178.  
 — — — — England 135, 146, 148 ff.,  
 175.  
 — — — — Frankreich 137, 146, 172,  
 175, 177.  
 — — — — Griechenland 175.  
 — — — — Italien 153.

- StrafAussetzung auf Wohlverhalten, Ausland: Japan 149.
- — — — Lettland 136.
- — — — Nord-Amerika 149.
- — — — Norwegen 135, 149, 176.
- — — — Österreich 129, 135, 175.
- — — — Polen 136, 175.
- — — — Rußland 137, 175.
- — — — Schweiz, allgemein 129, 145.
- — — — Aargau 129, 180, 182.
- — — — Appenzell A. R. 129.
- — — — — I. R. 129.
- — — — Basel, Stadt 175, 177.
- — — — Genf 137, 175, 183.
- — — — Glarus 129, 183.
- — — — Neuenburg 149, 175.
- — — — Nidwalden 129.
- — — — Obwalden 175.
- — — — Schaffhausen 129, 137, 150.
- — — — Schwyz 129.
- — — — Tessin 135, 175.
- — — — Uri 129.
- — — — Waadt 137.
- — — — Wallis 137.
- — — — Zug 129.
- — — — Zürich 129, 136, 150, 176, 177, 178, 179
- — — — Südslawien 175.
- — — — Tschechoslowakei 135, 136, 150, 187 f.
- — — — Ungarn 175.
- — — Berufung 155, 228 f.
- — — Deliktsart 172 ff.
- — — Einheitliche Regelung 145.
- — — endgültige Entscheidung 221 ff.
- — — Formeller Charakter 137 f.
- — — Geldstrafen 140, 182.
- — — Gesetzliche Regelung 157.
- — — Gnadenakt 156 f., 166.
- — — Inland: Reich und Länder 128, 236.
- — — — Anhalt 128, 129.
- — — — Baden 128, 129, 135, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 228.
- — — — Bayern 128, 129, 139, 140, 141, 142, 143, 185, 228.
- — — — Braunschweig 128, 129, 137, 139.
- — — — Bremen 128, 129, 139, 141, 142, 143, 228.
- — — — Inland: Hamburg 128, 129, 130, 133, 139, 140, 142, 143, 144, 175, 228.
- StrafAussetzung auf Wohlverhalten, Hessen 128, 129.
- — — — Lippe 128, 129.
- — — — Lübeck 128, 129, 139, 140, 141, 142, 143.
- — — — Mecklenburg-Schwerin 128, 129.
- — — — Mecklenburg - Strelitz 128, 129, 139, 142, 144.
- — — — Oldenburg 128, 129, 139, 140, 142, 143, 144.
- — — — Preußen 129, 134, 135, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 171, 174, 175, 185, 217, 225, 228, 229.
- — — — Reuß 166.
- — — — Sachsen 129, 133, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 149, 228.
- — — — Schaumburg - Lippe 129, 139, 140.
- — — — Thüringen 129, 139, 140, 142, 144, 157, 166, 193.
- — — — Württemberg 129.
- — — Jugendrecht 127 f., 157, 169.
- — — juristische Natur 153 ff.
- — — Lohn? 153.
- — — Maßnahme der Strafökonomie? 164.
- — — materiellrechtlicher Natur 161.
- — — mildernde Umstände 173.
- — — Mittel der Reaktionsbeweglichkeit 168.
- — — ordentliche Rechtseinrichtung 167.
- — — prozessualer Natur 159.
- — — Rechtsprechungsakt 156 ff., 161, 237.
- — — Regelung durch Verwaltungsvorschriften 157 f.
- — — Regelung im prozessualen Recht 153.
- — — Regelung in den Entwürfen 153 f.
- — — richterliche Unabhängigkeit 161, 171.
- — — Schranken des Auflage 191 ff. 200 ff.
- — — Statistisches 175.
- — — Spezialprävention 87, 169, 171, 220, 222, 225.
- — — Strafbemessung 105, 180.
- — — Strafe? 154.
- — — Strafhöhe 173 f.

- Strafaussetzung auf Wohlverhalten.  
   Strafökonomie 167.  
 — — — Vereinbarkeit der geltenden  
   Regelungen mit dem Reichsrecht 157ff.  
 — — — Vergeltung 162 ff., 168 f., 172.  
 — — — Verwaltungsakt? 161, 171.  
 — — — Voraussetzungen 170 ff.  
 — — — Wesen der 130, 148, 152.  
 — — — Zuchthaus 171, 173 ff.  
 Strafbemessungsgründe, allgemeine und  
   besondere 81.  
 Strafempfindlichkeit 81, 89.  
 Strafantlassung auf Wohlverhalten 168,  
   174.  
 Straferlaß, bedingter 114, 225, 236.  
 — teilweiser 144.  
 — völliger 144.  
 — vorzeitiger 230.  
 Strafhöhe und Strafaussetzung auf  
   Wohlverhalten 139, 171 ff.  
 Strafmilderungsgründe 35.  
 Strafrahen, absoluter 38.  
 — außerordentlicher 33 f., 38.  
 — Bedeutung 55 f.  
 — im Entwurf 40.  
 — Mittel 96.  
 — relativer 38.  
 Strafrechtsurteil, konstitutive Wirkung  
   37.  
 Strafumwandlung 144.  
 Strafverfolgungsaussetzung 149.  
 Strafverfolgungsverjährung 80.  
 Strafvollstreckung als Maßstab für die  
   Schranken der Auflagen 198.  
 Strafvollstreckungsaufhebungsgrund  
   138.  
 Strafvollstreckungsverjährung 138, 221,  
   222.  
 Strafzugänglichkeit 88.  
 Strafzwecke 61 ff.  
 — Rangordnung 69, 70.  
 — Rechtsprechung des Reichsgerichts  
   70 ff.  
 — Verkennung der 96 f.  
 Streik 208.  
 Studierende 203.  
 sursis 136.  
 — au prononcé du jugement 149.  
 suspended sentence 168.  
 suspensioe condizionale della pena 136.  
 suspension of sentence 149.  
 — — the execution of sentence 149.  
 — — — imposition of sentence 149.
- Taschenmesser, Verbot des Beisich-  
   führens 195.  
 Tatbestandsermessen 22.  
 Tatbestandsmerkmal als Strafzumes-  
   sungsgrund 101.  
 Tatbeziehung der Auflage 192, 196.  
 Tätergeeignetheit 170 f., 179 f., 182, 223,  
   224, 231, 232.  
 Täterverhältnisse 167.  
 Täterwürdigkeit 170 f., 179 f., 182, 223,  
   224, 231.  
 Tatgefährlichkeit 75 f.  
 Tatverträglichkeit 170 f., 179 f., 182,  
   223, 224, 231.  
 Teilaussetzung 140, 174.  
 Theorie der begrenzenden Wirkung der  
   Strafe 198, 200.  
 Trinkerfürsorgestelle 143.  
 Trinkerheilanstalt 147.  
 Todesstrafe 38, 39, 42, 172.  
 Totschlag 176.  
 Tötung 99.  
 — fahrlässige 176.
- Übereinstimmung des Bewußtseins mit  
   der allgemeinen Bewertung 192.  
 Übertretungen 179.  
 Überwachbarkeit der Auflage 194.  
 Überweisung an die Landespolizeibe-  
   hörde 44, 67, 122.  
 Überzeugung, richterliche 20.  
 Üble Nachrede 178.
- Umstände, später bekannt gewordene  
   144, 223.  
 — später eintretende 222, 223.  
 Umwelt 76, 91, 182.  
 Umweltreize 88.  
 Umwandlung von Zuchthaus- und Ge-  
   fängnisstrafen 93.  
 Umwertung 90, 92.  
 Unabhängigkeit, richterliche 161, 171.  
 Unbedingter Straferlaß 168.  
 Unbenannte Maßnahmen 190.  
 Unbescholtenheit 81.  
 Unbestimmte Begriffe 20, 22, 32, 237.  
 Unbestimmte Schutzmaßnahmen 238.  
 Unbestimmtes Urteil 168.  
 Unbrauchbarmachung 42.  
 Unerfahrenheit 140.  
 Unfähigkeit zur Beschäftigung im Eisen-  
   bahn- und Telegraphendienst 43, 112.  
 Ungebührliches Verhalten 107.

- Unterbringung in einem Arbeitshause 43, 67, 147.  
 — Besserungs- und Erziehungsanstalt 67.  
 — in das Elternhaus 196.  
 — in einer Heil- und Pfllegeanstalt 43, 147, 231.  
 — in Lehr- und Dienststellen 143.  
 — in eine Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt 43, 147.  
 Unterlassung der Strafverfolgung 168.  
 Unterschlagung 177.  
 Untersuchungshaft, Anrechnung der 81, 226.  
 Untreue 101.  
 Unverhältnismäßigkeit der Auflage 196.  
 Unwirksamkeit der Anordnungen 213 ff.  
 Unzucht 102.  
 Unzüchtige Handlungen an Kindern unter 14 Jahren 101.  
 Urkundenfälschung 100, 177.  
 Urteilsausspruch, Zeitpunkt des 105.  
 Urteilsbekanntmachung 42, 113.  
  
 Veranlagung 79.  
 Verbleiben in der Stellung 194.  
 Verbrechen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte 176.  
 Verbrechensgefahr, steigende 85.  
 Verbrechensneigung, allgemeine 179.  
 — naheliegende 85.  
 — zunehmende 85.  
 Verbrecher aus Leichtsinns und Gelegenheit 87.  
 — aus Liederlichkeit und Willensschwäche 87.  
 Verbrecherische Neigung 140, 141.  
 Verbot nur formeller Strafen 61.  
 Verbrechensbegriff 13.  
 Verbrechensbekämpfung 4, 6, 7, 12, 13, 16, 17, 167.  
 Verbrechensursachen 4, 6.  
 Verdacht als Strafbemessungsgrund 103.  
 Verdienstmöglichkeit, Verlust der 81.  
 Verdorbenheit 140.  
 Verein, Pflicht zum Eintritt oder Austritt, Aufenthalt 194, 196, 202, 210.  
 Vereinigungsfreiheit, religiöse 205.  
 — politische 202, 207, 208.  
 — wirtschaftliche 203, 208.  
 Vereinsfreiheit 202.  
 Verfahren gegen Abwesende 227.  
 Verführung 140.  
 Vergeltung, Begriff und Inhalt 58 ff., 74 ff., 235.  
 — und die übrigen Strafzwecke 62 ff., 96 f., 234 f.  
 — und Gerechtigkeit 47.  
 — und Nebenanordnungen 184.  
 — und Strafaussetzung auf Wohlverhalten 162 f., 168 f., 179 f., 220, 222, 223, 225.  
 — und Strafbemessung 74 ff., 163, 235.  
 — und Strafmaß 68.  
 — und Zweckmäßigkeit 163, 234 ff.  
 Vergleichsablehnung 107.  
 Verhalten, gutes (s. Führung).  
 — schlechtes (s. Führung).  
 — nach der Tat 77, 164, 180.  
 — nach der Verurteilung 220.  
 Verjährung 80, 133, 138, 221.  
 Verkehrspolitik 12.  
 Verleitung zum Meineid 100, 172.  
 Verleumdung 178.  
 Verlust der aus den öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte 112.  
 Verlust der öffentlichen Ämter 112, 113.  
 Verlust der Stellung 106.  
 Veröffentlichungen über Straftat oder Prozeß 189, 204, 206.  
 Verpflanzung des Städters auf das Land 193.  
 Verpflichtung, nicht aus der Fürsorge oder Anstaltserziehung zu entweichen 134.  
 Versammlungsfreiheit 202, 207.  
 Versammlungsverbot 202.  
 Verstand 77.  
 Verstocktheit 77.  
 Versuch 66.  
 Vertagung 226.  
 Verteidiger 175.  
 Verteidigungsmittel, Auswahl 77.  
 Vertrag, Auflage zum Abschluß oder zur Kündigung 197, 210.  
 Vertragsfreiheit 210.  
 Verwahrlosung 6.  
 Verwaltungsordnung 10.  
 Verzicht aus Strafaussetzung auf Wohlverhalten 230 f.  
 Volksgesundung 106.  
 Volkssouveränität 207.  
 Volkswille 207.  
 Vorbeugung 6.  
 Vorläufige Entlassung s. Straferlassung auf Wohlverhalten.

- Vorleben 77, 81, 121, 180.  
 Vormundschaftsgericht 143.  
 Vorstrafen 77, 79, 181.  
 Vorwerfbarkeit 75, 77 ff.
- Wahl**freiheit 203, 207.  
 Wahlrecht 110, 113.  
 Wahlvergehen 101.  
 Wahrnehmung berechtigter Interessen 98.  
 Wahrscheinlichkeit der Vollendung des Delikts 103.  
 Wehrpolitik 12.  
 Weibliche Bedienung in Gastwirtschaften 194.  
 Weisungen (s. auch Auflagen) 187, 190.  
 Wertbegriffe 20, 22.  
 Wertunterscheidung der Rechtsgüter 64.  
 Widernatürliche Unzucht 180.  
 Widerruf der Aussetzung auf Wohlverhalten 132, 133, 136, 137, 143, 147, 214 f., 218, 222 f., 231, 232.  
 Widerruf einer Kränkung 77.  
 — kraft nicht eingetretener Voraussetzung 137.  
 — kraft Verwirkung 137, 147.  
 Widerrufsvorbehalt 137.  
 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte 101.  
 Wiedergutmachungsanordnung 184, 186 ff., 214, 220, 224.  
 Wiedergutmachung des Schadens s. Schadensgutmachung.  
 Wille 89.  
 Willenskraft 78, 79, 88, 89, 180.  
 Willensschwäche 87, 180.  
 Wirksamkeit unzulässiger Anordnungen 213 f.  
 Wirkungskreis 81.  
 Wirtschaftliche Freiheit 208.  
 — Organisation, Austritt, Beitritt und Fernbleiben 208.  
 — Verhältnisse 76, 81, 182.  
 Wirtschaftspolitik 12.  
 Wirtshausverbot 194, 196, 210.
- Wissenschaft 203, 206 f.  
 — als Deckmantel 207.  
 Wohlfahrt 14.  
 Wohlfahrtspflege 13.  
 Wohlfahrtspolitik 13, 14, 15 (Begriff), 16, 17.  
 Wohlverhalten als gesetzliches Erfordernis 131.  
 — den Eltern gegenüber 194.  
 Wohnungsbau 6, 17.  
 Wohnungselend 76.  
 Wohnungsfreiheit 198, 210.  
 Wohnungswechsel 195.  
 Wucher, gewerbsmäßiger 110.
- Zahlen**kult 94.  
 Zeitpunkt der Aussetzung auf Wohlverhalten 150 f.  
 Zeitungsverbot 198.  
 Zeugenbeeidigung 21.  
 Zeugenvernehmung 21.  
 Zivilrechtliche Vereinbarungen, bindende Kraft für die Strafaussetzung auf Wohlverhalten 187.  
 Zeitablauf 222.  
 Zolldelikte 178.  
 Zuchthaus, lebenslanges 38, 40.  
 — und Strafaussetzung auf Wohlverhalten 139, 171, 173 f.  
 Zuhälterei 178.  
 Zukunft, Bedeutung der — zur Erfassung des Persönlichkeitsbildes 164.  
 Zumutbarkeit der Auflage 191, 196.  
 Zurechnungsfähigkeit, verminderte 35, 80.  
 Zurückliegen der Tat 80.  
 Zustandsverbrechen 180.  
 Zustandsverbrecher 87.  
 Zweckmäßigkeit 27, 28, 222, 234, 235.  
 Zweckmäßigkeitserwägungen 28, 234, 237, 238.  
 Zweckwahl im Strafrecht 234.  
 Zweckstrafe 4.  
 Zweikampf 178.