

FRANKFURTER UNIVERSITÄTSREDEN

1928

XXIX

REKTORATSÜBERGABE

durch

DR. F. DREVERMANN

o. ö. Professor der Geologie und Palaeontologie

am 3. November 1928

★

FREIHEIT UND GEBUNDENHEIT
DES RICHTERS
IN WELTLICHEM UND KIRCHLICHEM
STRAFRECHT

Rede beim Antritt des Rektorates

gehalten vom

GEHEIMEN JUSTIZRAT

DR. JUR. JOSEPH HEIMBERGER

o. ö. Professor der Rechte

★

1928

IM VERLAG ENGLERT & SCHLOSSER (GEORG SCHLOSSER)

IN FRANKFURT AM MAIN

FREIHEIT UND GEBUNDENHEIT DES RICHTERS IN WELTLICHEM UND KIRCHLICHEM STRAFRECHT

VON PROF. DR. JUL. HEIMBERGER

Hochansehnliche Festversammlung!
Verehrte Kollegen, liebe Kommilitonen!

Im nie rastenden Leben dieser buntbewegten Stadt ist die Universität eine stille Stätte friedlicher Arbeit. Politischem und wirtschaftlichem Zwist sollen ihre Hallen verschlossen sein; nur die objektive, von der Unrast der Zeit nicht berührte Forschung und Lehre soll hier ein Heim haben. Und wenn in diesem festlichen Saale Vertreter der Bürgerschaft, des Staates, der Kirche zusammen mit der akademischen Jugend zu Gast geladen sind, so sollen auch sie das Bewußtsein haben, daß ihnen hier eine Stunde der Ruhe von den Strebungen und Kämpfen des Alltags, eine Stunde besinnlichen Nachdenkens beschieden sei. — Und doch scheint mir der Gedanke, der in letzter Linie mich zur Wahl meines heutigen Themas bestimmte, eher Anlaß zu politischem Kampf als zu friedlicher Betrachtung zu bieten: Es ist der Gedanke an die sogenannte Vertrauenskrise der Justiz. Aber fürchten Sie nicht, daß ich hier den Versuch machen wollte, Vertrauen oder Mißtrauen gegenüber unserer Strafrechtspflege — denn um diese letztere handelt es sich zumeist — auf ihre Berechtigung zu prüfen. Dies wäre ein eitles Unterfangen. Es müßte von vornherein dem Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit begegnen, weil es notwendig der Gründlichkeit entbehrte; denn ein zuverlässiges Urteil in dieser Frage könnte sich nur bilden, wer alle oder doch die meisten strafgerichtlichen Entscheidungen an der Hand der Akten oder richtiger auf Grund einer Wiederholung der Hauptverhandlung nachzuprüfen vermöchte. Und dies ist unmöglich. Aber auch wenn es möglich wäre, und wenn man einen Teil der Urteile als unrichtig aufdeckte, so könnte man daraus keinen unbedingten Schluß auf die Unzuverlässigkeit der Strafrechtspflege im ganzen ziehen. Leider muß ja bei der Lückenhaftigkeit

menshlichen Wissens und Könnens und der Mangelhaftigkeit menschlicher Einsicht unter den Tausenden richterlicher Entscheidungen ein gewisser Prozentsatz immer falsch sein. Wir können nur darnach streben, diesen Prozentsatz zu vermindern und dadurch das Vertrauen in die Strafrechtspflege zu festigen.

Auf dieses Ziel ist das Streben jedes Strafgesetzgebers gerichtet. Unter eigenen Mühen um ein neues Strafgesetzbuch bezweckt ja außer der erfolgreicher Bekämpfung des Verbrechens die Sicherung gegen unrichtiges Urteil. In jahrzehntelanger Arbeit ringen wir um die sorgfältigste Fassung der strafrechtlichen Begriffe und die genaueste Festlegung der Verbrechenstatbestände in der Absicht, der Willkür des Richters und der Verschiedenheit der Rechtsprechung vorzubeugen. Zugleich erkennen wir aber, daß die Fülle des Geschehens sich nicht in unveränderliche Formen und Regeln pressen läßt, sondern daß auch dem Ermessen des Richters ein freier Raum bleiben muß, wenn das Recht nicht erstarren und die Rechtspflege nicht zu öder Buchstabenjurisprudenz herabsinken soll. Infolgedessen sieht sich der Gesetzgeber immer wieder vor die Frage gestellt: Wie weit darf ich dem Richter freie Hand lassen? Wie weit habe ich ihn durch das Gesetz zu binden? Freiheit oder Gebundenheit des Richters ist eine Hauptfrage jeder Strafgesetzgebung. Es ist eine Frage, die gerade mit Rücksicht auf die sogenannte Vertrauenskrise in der letzten Zeit besonderen Anlaß zu Streit und Zweifeln bot. Welche Stellung zu ihr das heutige weltliche und kirchliche Strafrecht, sei es das gewordene, sei es das werdende, einnimmt, dürfte auch bei dem Laien Interesse finden. Es ist nach der jetzigen Gerichtsverfassung jeder von uns, ob Jurist, ob Laie, ob Mann, ob Frau, zum Dienste des Strafrichters berufen.

Alles staatliche Strafrecht dient der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung. Aber man straft nicht alles, was gegen die Rechtsordnung verstößt. In vielen Fällen erachtet man eine zivilrechtliche Haftung als ausreichend oder man verzichtet überhaupt auf die Androhung einer Unrechtsfolge. Aber die Anschauungen darüber, wo die Grenze zwischen strafbarem und nichtstrafbarem Unrecht zu ziehen sei, wechseln. Was wir heute als nicht strafbedürftig ansehen, wurde vor Jahrhunderten oder auch noch vor Jahrzehnten als strafwürdig betrachtet und umgekehrt. Solcher Wechsel der Anschauungen ist bedingt durch den Stand der Kultur und durch die wirtschaftlichen, sozialen und politischen Verhältnisse. Wer soll nun die Grenze zwischen strafbarem und nichtstrafbarem Unrecht aufrichten?

An sich wäre es möglich — und tatsächlich ist es in längst verfloffenen Zeiten auch so gewesen, und in einzelnen Kantonen der Schweiz ist es heute noch so — daß der Staat, ohne selbst ein Strafgesetzbuch zu schaffen, es dem

Richter anheimstellte zu entscheiden, in welchen Fällen nach der Rechtsüberzeugung, nach den Anschauungen und Bedürfnissen der Zeit und des Volkes eine Handlung als strafwürdig und strafbedürftig zu erklären und mit welcher Strafe sie zu belegen sei. Es würde dadurch wenigstens theoretisch eine ständige Übereinstimmung zwischen Strafrechtspflege und Rechtsanschauung des Volkes gesichert. Es bestünde für den Staat die fernere Möglichkeit, ein Strafgesetz zu erlassen, dem Richter aber das Recht zu geben, von den Bestimmungen desselben nötigenfalls abzuweichen, d. h. je nach dem Wechsel der Kultur- und Rechtsanschauungen des Volkes Strafanrohungen des Gesetzbuchs unangewendet zu lassen oder fehlende selbst zu schaffen und anzuwenden. Aus dem 16., 17. und 18. Jahrhundert bieten sich für diese Möglichkeit Beispiele genug. Aber so schön an sich der Gedanke sich ausnimmt, durch solche richterliche Freiheit Strafrechtspflege und Rechtsüberzeugung des Volkes in ständigem Einklang zu erhalten, so wenig hat er sich in der Wirklichkeit bewährt. Die Klagen über willkürliche Rechtsprechung waren nie lauter als in jenen Zeiten freiesten richterlichen Ermessens.

Die Folge war die Aufnahme des bekannten aus England über Frankreich zu uns gelangten Satzes: *Nulla poena sine lege* — keine Strafe ohne ihre vorherige Androhung im Gesetz. Dieser Satz steht heutigen Tages an der Spitze allen geschriebenen Strafrechts. Bei uns hat er neuerdings sogar unter den Grundrechten des Volkes Aufnahme in die Verfassung gefunden.¹⁾ Auch sämtliche ausländischen Strafgesetzbücher und Strafgesetzentwürfe aus den letzten Jahren haben ihn ausgesprochen. Wenn ich Beispiele nennen soll, es sind die jüngsten Gesetze oder Gesetzentwürfe von Peru und von der Türkei, von der Schweiz und von Griechenland, von Italien und Polen, von der Tschechoslowakei und Finnland, von Schweden und Dänemark. Ja, um jenes Grundsatzes willen, der eine Strafe nur zulässt, wenn ein im Gesetz genau umschriebener Tatbestand verwirklicht ist, nennt ein viel zitierter Ausspruch Franz von Liszts das Strafgesetzbuch die *magna charta* des Verbrechers.

Nur ein ausländisches Reich, das für uns noch viel des Rätselhaften birgt, macht eine Ausnahme: der Bund der großen russischen Sowjetrepubliken. Seinem Strafrecht ist der Satz „*Nulla poena sine lege*“ fremd. Dort darf der Richter eine Strafe verhängen auch für eine Tat, für welche sie nicht angedroht ist. Für die erste Zeit Sowjetrußlands mag dies weniger auffallend erscheinen: Eine Revolution, die das Staatswesen von Grund aus umstürzt und die in andauernden Kämpfen um ihre Selbstbehauptung ringt, findet nicht Zeit noch Möglichkeit, zum Schutze ihrer neuen Rechtsordnung,

¹⁾ Art. 116.

die erst der Ausgestaltung bedarf, straffe strafrechtliche Vorschriften zu schaffen. Es braucht daher nicht wunderzunehmen, wenn die bolschewistische Regierung im Dezember 1918 den Volksgerichten einfach vorschrieb, sie sollten sich beim Mangel von Dekreten der Arbeiter- und Bauernregierung von ihrem revolutionären Rechtsempfinden leiten lassen. Die Münchner Räteregierung vom Frühjahr 1919 handelte nicht anders, als sie ihr materielles Strafrecht in die Sätze zusammenfaßte: „Jeder Verstoß gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft. Die Art der Strafe steht in freiem Ermessen des Richters.“²⁾ Mit Festlegung von Tatbeständen und Androhung bestimmter Strafen konnte man sich hier wie dort nicht abgeben.

Aber auch später, als einige Festigung seiner inneren Verhältnisse eingetreten war, beließ es Sowjetrußland bei solcher Freiheit seiner Gerichte. Zwar schuf es sich 1922 ein erstes und schon 1926 ein zweites Strafgesetzbuch³⁾ mit ausgebautem besonderen Teil, also mit Festlegung der einzelnen Verbrechenstatbestände, und trotzdem gesteht es dem Richter das Recht zu, Handlungen zu bestrafen, für welche das Gesetz keine Strafanrohung enthält, und umgekehrt solche, die es mit Strafe bedroht, straflos zu lassen. Der Grund für diese Elastizität der Strafrechtspflege liegt in dem vorhin schon gestreiften Gedanken, daß der Richter bei Ausübung der strafenden Gerechtigkeit den sich ändernden Anschauungen und Bedürfnissen der Zeit sich müßte anpassen können. So sagt denn auch ein heutiger russischer Kriminalist⁴⁾ ausdrücklich, daß es sich in Rußland zur Zeit um ein Recht der Uebergangsperiode zum kommunistischen System handle. Der fortschreitenden Entwicklung des Staates zum Kommunismus soll also das Strafrecht sich anschmiegen, um sie wirksam zu schützen. Durch die Entwicklung können Strafgesetze überholt und entbehrlich geworden sein, während Schutzmaßnahmen des Richters notwendig werden, wenn unvorhergesehene und deshalb nicht bedrohte Eingriffe die Entwicklung aufhalten oder stören. U n f e r e n strafrechtlichen Anschauungen freilich würde es widerstreiten, jemand wegen einer nicht bedrohten Handlung zu strafen, weil sie unsere staatliche Entwicklung hindert oder gefährdet. Bei uns war ein eigenes Gesetz erforderlich, um gewisse republikfeindliche Handlungen überhaupt oder schwerer bestrafen zu können.

Der abweichende russische Standpunkt hängt aber auch zusammen mit dem dort ganz anders gefaßten Verbrechensbegriff. Wir verstehen unter

²⁾ Vgl. Zeitschrift f. d. gef. Str. R. W. Bd. 40 S. 511/512.

³⁾ Das russische Strafgesetzbuch vom 22. Nov. 1926 ist zitiert nach der Uebersetzung von Prof. M. Grodinski, Charkow, in der österr. „Gerichts-Zeitung“ 78. Jahrgang 1927 Nr. 21 S. 322 ff.

⁴⁾ Pasche-Oferski in Kiew. Das neue Strafrecht der Sowjetunion in „Osteuropa“. 3. Jahrgang 1928 S. 470.

dem Verbrechen eine rechtswidrige und schuldhaftige Handlung, die vom Staate mit Strafe bedroht ist. Fehlt es an der Strafdrohung, dann kein Verbrechen, mag die Handlung auch rechtswidrig und schuldhaft sein. Nach dem russischen Strafgesetzbuch dagegen ist Verbrechen gleichbedeutend mit sozialgefährlicher Handlung,⁵⁾ einerlei ob sie von einem Schuldfähigen oder einem Geisteskranken begangen, ob sie mit Strafe bedroht ist oder nicht. Als sozialgefährlich aber erklärt das Strafgesetzbuch jede Handlung oder Unterlassung, welche gegen die Sowjetverfassung gerichtet ist, oder welche die Rechtsordnung verletzt, die von der Arbeiter- und Bauernregierung für die Zeit des Uebergangs zum kommunistischen Staat festgesetzt ist.⁶⁾ Erachtet der Richter eine Handlung als sozialgefährlich in diesem Sinn, so ist sie Verbrechen, wenn ihrer im besonderen Teil des Strafgesetzbuchs auch mit keinem Wort Erwähnung geschieht.⁷⁾ Fehlt ihr im konkreten Fall die soziale Gefährlichkeit, so entbehrt sie des Verbrechenscharakters, mag sie auch im besonderen Teil des Gesetzbuchs ausdrücklich mit Strafe bedroht sein.⁸⁾ Also je nach der Auffassung des Richters von der Sozialgefährlichkeit der Tat ist diese strafbar oder nicht. Eine weitergehende Freiheit des Ermessens kann dem Richter wohl nicht gewährt werden. Seine Stellung grenzt an jene des Gesetzgebers; sein Ausspruch hat sogar rückwirkende Kraft, wenn er Handlungen zu Verbrechen stempelt, die das Gesetz selbst nicht als solche erklärt hat.

Eine solche unumschränkte Gewalt kann dem Richter nur in einem Staat übertragen werden, in welchem eine Klasse die unbedingt herrschende ist und nur Angehörige dieser Klasse auf dem Richterstuhl sitzen. Rußland ist ein solcher Staat und sein Strafrecht ein „unbemänteltes Klassenstrafrecht“.⁹⁾ Dies ergibt sich mit unverhüllter Deutlichkeit aus dem Strafgesetzbuch selbst wie aus der neuesten Literatur darüber. So kann denn auch der vorhin zitierte russische Kriminalist, ein Anhänger der Sowjetverfassung, mit gutem Grund sagen: „Der Sowjetstrafgesetzgeber hat stets dem Sowjetstrafgericht vertraut“.¹⁰⁾ Als die Münchener Räterepublik ihre Strafgerichte mit unbefchränkter Gewalt ausstattete, wußte auch sie, daß sie dies mit vollem Vertrauen tun könne; denn in der summarischen Gerichtsverfassung des kommunistischen Vollzugsrates der Arbeiter- und Soldatenräte war vorgesehen, daß die Revolutionstribunale aus „revolu-

⁵⁾ § 1 Str.-G.-B. vom 22. 11. 1926.

⁶⁾ § 6 ebenda.

⁷⁾ § 16.

⁸⁾ § 6 Anmerkung und § 8.

⁹⁾ Vgl. Pasche-Oferski a. a. O. S. 470.

¹⁰⁾ Ebenda S. 477.

tionären Volksgenossen“ zusammenzusetzen seien.¹⁰⁾ Leuten anderer politischer Anschauung blieb das Richteramt verschlossen.

Die Freiheit des Strafrichters in Sowjetrußland ist aus revolutionären Notwendigkeiten heraus geboren. Es gibt eine andere Großmacht höchst konservativen Charakters, unzugänglich jeder Umwälzung, die trotzdem, wenn auch nicht die gleiche, so doch eine ähnliche Freiheit der Strafrechtspflege kennt — die katholische Kirche. Auch ihrem neuen Gesetzbuch von 1917 ist der Satz *nulla poena sine lege* fremd. Daß er dem vorausgegangen kirchlichen Strafrecht unbekannt war, läßt sich ohne weiteres verstehen; denn die Kirche hat niemals ein systematisches Strafgesetzbuch besessen. Als sie sich aber 1917 im 5. Buch des *Codex juris canonici* ein solches schuf, lag es für sie nahe, jenen Satz aufzunehmen, wenn sie ihn auf ihre Verhältnisse hätte angewendet wissen wollen. Sie tat es nicht, sondern bestimmte:¹¹⁾ Wenn ein Gesetz auch keine Strafdrohung enthält, so kann trotzdem der kirchliche Obere die Uebertretung dieses Gesetzes bestrafen, sogar ohne vorherige persönliche Strafandrohung, wenn nur das gegebene Aergernis oder die besondere Schwere der Tat es verlangt. Auch kann beim Vorliegen besonders erschwerender Umstände der erkennende Richter die vom Gesetz angedrohte Strafe erhöhen.¹²⁾

Diese Freiheit des kirchlichen Richters läßt sich hier nicht aus den Bedürfnissen eines Uebergangs- und Entwicklungszustandes erklären, denen das Strafrecht zu folgen und sich anzupassen hätte. Die Kirche und ihre Verfassung ist in allen wesentlichen Punkten unabänderlich. Will man sich jene auffallende Abweichung des kirchlichen von den meisten weltlichen Rechten erklären, so wird man auf den Zweck der Kirche zurückzugehen haben. Dieser Zweck ist das Heil der Seelen, nicht bloß der einzelnen Seele, sondern auch das Seelenheil der Gesamtheit. Hat ein Kirchenglied durch die Uebertretung eines Gesetzes schweres Aergernis gegeben oder sonst einen schweren Schaden gestiftet, so kann die Rücksicht auf sein wie der Gesamtheit Seelenheil ein strafendes Einschreiten verlangen, auch wenn die Strafe vom Gesetz nicht vorgesehen war. Um einige Fälle zu nennen, in denen ein Verbot, aber keine Strafdrohung vom Gesetz gegeben ist: Ein kirchlicher Richter würde bei Gelegenheit seiner Amtsausübung Gefchenke annehmen,¹³⁾ oder ein Geistlicher würde am Karfreitag bei einer öffentlichen Gelegenheit Fleisch essen, oder ein Pfarrer würde in grobfahrlässiger Weise den Tabernakel unverschlossen lassen, so daß Monfranz und

¹⁰⁾ Zeitschrift f. d. gef. Str. R. W. Bd. 40 S. 511.

¹¹⁾ C. 2222 § 1.

¹²⁾ C. 2223 § 1.

¹³⁾ C. 1624.

Ciborium gestohlen werden konnten.¹⁴⁾ Es lägen in solchem Verhalten so schwere Verstöße gegen die Standespflichten, daß jedermann das strafende Eingreifen des kirchlichen Oberen verstehen würde, umsomehr als das kirchliche Strafrecht zugleich den Charakter des Disziplinarstrafrechts trägt. Als solches muß es dem kirchlichen Oberen Bewegungsfreiheit lassen, damit er ein Verhalten ahnden kann, das der kirchlichen Zucht und Ordnung zuwiderläuft.

Die weitgehende Freiheit des kirchlichen Richters ist aber nicht bloß ein Ergebnis praktischer Bedürfnisse, sondern erklärt sich auch aus der Verfassung der Kirche. Der weltliche Staat kennt die Dreiteilung der Gewalten: Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung. Die Kirche kennt sie nicht. Von der potestas ordinis, der Weihegewalt, abgesehen, die hier nicht in Betracht kommt, sind jene drei Gewalten in der Kirche zusammengefaßt in der potestas jurisdictionis. Der Träger der Jurisdiktionsgewalt, der *judex ordinarius* oder der *Ordinarius*, wie man ihn kurzweg nennt, vereinigt in seiner Person das Recht der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Verwaltung. Da er also Richter und zugleich Gesetzgeber ist, kann es nicht befremden, wenn ihm der Codex das Recht gibt, im Bedarfsfall sozusagen ein Strafgesetz mit rückwirkender Kraft zu erlassen. Es erklärt sich daraus aber auch, daß nur der *Ordinarius*, also, abgesehen vom Papst, nur der Bischof und gewisse andere in der Jurisdiktion ihm gleichgestellte Personen dieses Recht haben, nicht dagegen der vom *Ordinarius* delegierte Richter, der an Stelle seines Oberen die Gerichtsbarkeit auszuüben pflegt. Doch kann im Bedarfsfall der *Ordinarius* hier selbst mit einer Strafe eingreifen oder ihre Verhängung durch den delegierten Richter anordnen.

Daß andererseits der kirchliche Richter, sowohl der *Ordinarius* wie der von ihm delegierte Richter, von einer Strafverhängung absehen darf, wenn der Angeklagte sich vollständig gebessert und den verursachten Schaden wieder gutgemacht hat,¹⁵⁾ entspricht Anschauungen, die auch in der deutschen Strafrechtsreform sich durchzusetzen im Begriffe stehen. Es handelt sich hier für den Richter nicht um Abgrenzung von strafbarem und nicht-strafbarem Unrecht. Strafbares Unrecht, Verbrechen, bleibt die Handlung an sich. Es ist nur dem Richter die Freiheit gegeben, von der Verhängung der Unrechtsfolge abzusehen.

Die Bindung des Richters an das Gesetz, die sich in dem Worte „*nulla poena sine lege*“ ausdrückt, geht weiter, als es auf den ersten Blick scheint. Im allgemeinen gelten für die Auslegung des Strafgesetzes dieselben Regeln

¹⁴⁾ C. 1269 § 4.

¹⁵⁾ C. 2223 § 3 u. 2.

wie für die Auslegung anderer Gesetze. Findet sich im Gesetz eine Lücke, so hat gemeinhin der Richter das Recht und die Pflicht, sie in der Weise auszufüllen, daß er auf den zu beurteilenden Fall, für den das Gesetz eine Regelung nicht enthält, eine Bestimmung anwendet, die das Gesetz für einen ähnlich gelagerten Fall gegeben hat, daß er also im Wege der Analogie die Lösung sucht. Dem Strafrichter steht diese Möglichkeit nicht unbefchränkt offen. Es ist ihm wohl die analoge Anwendung des Gesetzes zugunsten des Angeklagten gestattet; dagegen ist die Schaffung oder auch nur die Verschärfung einer Strafdrohung im Wege der Analogie ausgeschlossen und zwar eben durch den Satz „*nulla poena sine lege*.“ Er wird allgemein in dem Sinne verstanden, daß nur bei ausdrücklicher Bedrohung der Tat im Gesetz Strafe verhängt werden dürfe. Kennt nun aber ein Recht jenen Satz nicht, so muß strafbegründende Analogie zulässig sein. So sagt denn auch das russische Strafgesetzbuch: „Wenn die eine oder andere sozialsgefährliche Handlung nicht direkt in diesem Strafgesetzbuch vorgesehen ist, so werden die Grundsätze und Grenzen der Verantwortlichkeit dafür nach denjenigen Artikeln dieses Strafgesetzbuchs bestimmt, welche die ihr ähnlichsten Verhältnisse betreffen.“¹⁶⁾

Um so auffallender scheint es, daß der Codex *juris canonici* solche Analogie schlechtweg unterlagt, obwohl er dem kirchlichen Oberen gestattet, Handlungen mit Strafe zu ahnden, die nicht mit Strafe bedroht sind. Er kleidet dieses Verbot in die nicht mißverständlichen Worte: „Es ist nicht erlaubt, die für eine bestimmte Person oder einen bestimmten Fall angedrohte Strafe auf eine andere Person oder einen anderen Fall auszudehnen, auch wenn die *ratio* die gleiche oder in noch höherem Grade vorhanden ist.“¹⁷⁾ Dieses Analogieverbot kann aber nur mit einer gewissen Einschränkung zu verstehen sein: Das Recht des Oberen, eine nicht mit Strafe bedrohte Tat zu strafen, setzt immer voraus, daß ein gesetzliches, wenn auch nicht mit einer Strafdrohung verbundenes Verbot dieser Tat vorhanden ist. Will der Obere die Uebertretung dieses Verbots bestrafen, so kann unmöglich etwas im Wege stehen, daß er sich bei der Strafverhängung an einem ähnlichen im Gesetz geregelten Fall ein Muster nimmt. Wenn aber gar kein Gesetz vorhanden ist, welches die Tat verbietet, so kann er sie nicht im Wege der Analogie zur Gesetzesübertretung stemeln, um sie dann mit Strafe zu belegen.

In neuerer Zeit hat man es gelegentlich als unrichtig bezeichnet, aus dem Satze „*nulla poena sine lege*“ ein Verbot der analogen Ausdehnung des

¹⁶⁾ Art. 16.

¹⁷⁾ C. 2219 § 3.

Strafgesetzes herauszulefen.¹⁸⁾ Wenn die Bestrafung dem Sinne des Gesetzes entspreche, dann sei sie eben gesetzlich bestimmt; sie bedürfe keiner ausdrücklichen Androhung. Allein ob sie dem Sinne des Gesetzes entspricht, das ist eine Frage der Auslegung, die von dem einen so, von dem andern anders beantwortet werden kann, und darin liegt eine Unsicherheit, die gerade auf dem Gebiete des Strafrechts vermieden werden muß. Daher wird man gar nicht anders können als das Wort „die Strafe muß gesetzlich bestimmt sein“ im Sinne einer ausdrücklichen Bestimmung zu nehmen. Allerneueste ausländische Strafgesetzentwürfe, so der griechische von 1924, der italienische und der schweizerische von 1927 und das türkische Strafgesetzbuch von 1926 verlangen denn auch für die Bestrafung eine „ausdrückliche“ Strafindrohung und wollen damit offensichtlich nicht etwas anderes sagen als das deutsche Strafgesetzbuch.

Es könnte sich aber fragen, ob man nicht in unserem künftigen Strafgesetzbuch dem Richter die analoge Anwendung des Strafgesetzes freigegeben solle, um möglichste Sicherheit für die Bestrafung alles strafwürdigen Tuns zu schaffen. Dies wäre gewiß ein erstrebenswertes Ziel. Aber man mache den Versuch, in dem neuen Strafgesetzbuch dem Richter solche Freiheit zu gewähren! Ich glaube, es würden sich nicht weniger als alle Parteien des Reichstags mit Entrüstung gegen diese, wenn auch nur scheinbar beträchtliche, Erweiterung richterlicher Machtvollkommenheit wenden. Auch den Richtern selbst würde mit einer solchen kein großer Gefallen geschehen; sie werden wenig Verlangen tragen nach einer Vermehrung der Möglichkeiten, ihnen willkürliche Rechtsprechung vorzuwerfen, wozu ja die Gegenwart nur allzu geneigt ist.

Das Vertrauen in die Strafrechtspflege wird viel weniger dadurch untergraben, daß gelegentlich ein Taugenichts straflos ausgeht, weil ihm eine Lücke im Gesetz das Durchschlüpfen gestattet, als durch Verhängung von Strafe in Fällen, in denen die Strafindrohung geschaffen wird im Wege einer immerhin nicht unbefrittenen Analogie. Mag die Analogie ruhig verboten bleiben — die Gefahr, daß deswegen viele der verdienten Strafe entgehen, ist bei der rastlosen Tätigkeit unserer Gesetzgebung kaum zu befürchten.

Bindung des Richters an das Gesetz ist nach alledem oberster Grundsatz unserer Strafrechtspflege. Aber alles Gesetz ist Menschenwerk und damit zur Unvollkommenheit verurteilt. Diese Unvollkommenheit ist es zunächst, die, soweit sie nicht in dem bisher besprochenen Mangel von Strafindrohungen besteht, notgedrungen den Weg zu richterlicher Freiheit öffnet, zur Freiheit in der Auslegung des Gesetzes.

¹⁸⁾ Franz Exner, Gerechtigkeit und Richteramt 1922, S. 51 ff.

Der Gesetzgeber verwendet eine Reihe von Begriffen, deren Bedeutung zweifelhaft ist. Entweder hat er den Begriff irrtümlicherweise als feststehend vorausgesetzt oder er hat absichtlich die Deutung dem Richter überlassen, weil er den Begriff noch nicht für so geklärt hielt, daß eine gesetzliche Festlegung möglich gewesen wäre. Für den Kundigen brauche ich nur etwa die Worte Vorfaß, Fahrlässigkeit, Absicht, Irrtum, Ursache, untauglicher Verfaß, Mittäterschaft, Beihilfe, Rechtswidrigkeit zu nennen, Begriffe, die zum täglichen Brot des Strafrichters gehören, deren Bedeutung aber nichts weniger als fest steht. Am lückenhaftesten ist unser Strafgesetzbuch in der Behandlung der Gründe, welche die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens ausschließen, das an sich den Tatbestand eines Verbrechens verwirklicht. Noch heute läßt uns das Strafgesetzbuch im unklaren, ob und inwieweit die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit der Verletzung beseitigt. Es läßt die Aerzte im Zweifel, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen sie ohne Furcht vor Strafe einen heilenden Eingriff in fremde Körperintegrität vornehmen können. Noch steht es nicht fest, ob eine Leibesfrucht zur Rettung der Mutter geopfert werden darf, wenn ihre Austragung das Leben der Mutter gefährdet, oder wenn sie auf natürlichem Wege nicht zur Welt gebracht werden kann. Noch weiß niemand, ob und unter welchen Voraussetzungen er im Bedarfsfall fremde Kinder für grobe Ungebühr züchtigen darf. Noch riskiere ich, wegen Sachbeschädigung gestraft zu werden, wenn ich aus Mitleid einen fremden Hund erschieße, dem die Trambahn die Beine abgefahren hat. Ja, ich weiß nicht einmal, ob ich den Selbstmörder gegen seinen Willen straflos aus dem Wasser ziehen darf. Ueber all dies und noch vieles andere schweigt das Strafgesetzbuch; aber der Richter muß diese Fragen entscheiden. Da das Gesetz nichts sagt, muß er die Entscheidung aus seinem eigenen Rechtsbewußtsein schöpfen, das heißt: Er urteilt zwar nach Pflicht und Gewissen, doch nach freiem Ermessen.

Erfreulich ist diese Freiheit des Richters nicht, weder für ihn noch für die Allgemeinheit. Sie bedeutet eine Rechtsunsicherheit, deren Beseitigung besonders von den Juristen seit Jahren erstrebt wird. Wer sich mit den viel umfrittenen Begriffen des Notstandes, des Vorfaßes, des Irrtums, der Teilnahme, der Ursache, der Rechtswidrigkeit usw., auch mit recht zweifelhaften Begriffen in den einzelnen Verbrechenstatbeständen, jahraus jahrein abmüht und sieht, wie aus der einen oder anderen Auslegung dieser Begriffe ganz verschiedene, für den Betroffenen aber überaus schwerwiegende Folgerungen, unter Umständen die Entscheidung über Leben und Tod, sich ergeben, wer erkennt, daß alle die stark von einander abweichenden Auslegungen desselben Begriffs niemals in der Theorie sich werden vereinigen

lassen, der sehnt sich nach der Erlöfung von dieser Seite richterlicher Freiheit und hält die Regelung durch das Gesetz für ein dringendes Gebot der Notwendigkeit.

× Ein anderes großes Gebiet richterlicher Freiheit aber wird und muß bleiben, ein Gebiet, das bestimmt wird durch den Zweck der Strafe. Es ist das Gebiet der Auswahl und der Bemessung der Strafe. Zweck der Strafe: Es liegt mir ferne, hier auf den alten Schulenstreit über dieses Thema einzugehen; aber ich muß kurz erwähnen, daß man während des größten Teiles des 19. Jahrhunderts die Vergeltung für die begangene Uebeltat als die Hauptaufgabe der Strafe betrachtet hat, während seit dem Ende des 19. Jahrhunderts die Besserung des Verbrechers und die Sicherung der Allgemeinheit gegen den Verbrecher in den Vordergrund getreten sind, ohne daß daneben vernünftigerweise das im Menschen lebende Vergeltungsbedürfnis geleugnet werden durfte.

Es entspricht diesem Wechsel der Anschauungen, daß früher der Richter im wesentlichen nur festzustellen hatte, welches Strafmaß der Schwere der Tat gerecht werde, während ihm heutigen Tags eine schwierigere Aufgabe gestellt ist: Er soll die Individualität des Täters ergründen und je nach dem Ergebnis die Maßnahmen anordnen, die ihm dieser Individualität zu entsprechen scheinen. Dadurch aber ist dem Strafrichter eine Freiheit des Ermessens eingeräumt, die in ihrer praktischen Auswirkung häufig über jene Freiheit hinausgeht, welche in der Möglichkeit analoger Ausdehnung der Strafdrohungen, ja selbst in der Schaffung einer neuen Strafdrohung läge. Denn für den Betroffenen ist es nicht selten weniger von Bedeutung, daß er gestraft wird, als welche Strafe ihn trifft.

Die Weite dieses Gebietes richterlichen Ermessens tritt uns deutlich entgegen im kirchlichen Strafrecht: Es stellt dem Richter Maßnahmen in großer Mannigfaltigkeit zur Verfügung: Vergeltende und bessernde Strafen (*poenae vindicativae* und *poenae medicinales*), außerdem *remedia poenalia* (strafrechtliche Heilmittel) und eine nicht begrenzte Zahl von *poenitentiae* (Bußen), Mittel, die wir mit einem uns geläufigen Ausdruck als bessernde und sichernde Maßnahmen bezeichnen würden. In zahlreichen Fällen aber droht der Codex eine bestimmte Strafe überhaupt nicht an, sondern überläßt dem verständigen Ermessen des Richters Festsetzung und Bemessung der Strafe. Auf diese Weise will der kirchliche Gesetzgeber den Richter in den Stand setzen, allen Arten und Graden der Schuld und sämtlichen persönlichen Verhältnissen des Täters, kurz seiner Individualität, gerecht zu werden.

Eine gewisse Ähnlichkeit in bezug auf die Mannigfaltigkeit der Strafmittel zeigt das vorhin schon angezogene russische Strafrecht. Freilich geht

es bei ihrer Festlegung von ganz anderen Gesichtspunkten aus als der kirchliche Gesetzgeber. Dieter läßt bei aller Rücksichtnahme auf den Besserungszweck den Vergeltungsgedanken nicht außer acht. Nicht so das russische Recht: Das Sowjetstrafgesetzbuch von 1926 kennt weder den Begriff der Schuld noch den der Strafe und erklärt ausdrücklich, daß es sich Vergeltung und Strafe nicht zur Aufgabe mache.¹⁹⁾ Es kennt nur Maßnahmen des sozialen Schutzes, und der Grund ihrer Anwendung ist, wie ich schon erwähnte, die Gefährlichkeit des Täters für Sowjetverfassung und Sowjetrechtsordnung. Gefährlich kann aber nicht bloß der geistig gesunde, sondern auch der geistesranke, nicht bloß der erwachsene, sondern auch der jugendliche Täter sein. Gegen sie alle sind die Maßnahmen des sozialen Schutzes bestimmt; nur sind diese verschieden je nach der Individualität des Täters. Gegen geistig gesunde Personen finden die Maßnahmen des sozialen Schutzes gerichtlich-bessernder Art statt; für Geistesranke sind die Maßnahmen medizinischer Art und für Jugendliche jene medizinisch-pädagogischer Art bestimmt.²⁰⁾ Dieser Maßnahmen sind es im ganzen etwa ein Viertelhundert; ihre Zahl kann aber durch allerlei Variationen und Kombinationen erheblich vermehrt werden. Daß dem Richter solch reiche Auswahl von Maßnahmen zur Verfügung steht, scheint im Interesse der individuellen Behandlung der Sozialgefährlichen sehr zweckmäßig. Bei näherem Zusehen erweisen sich aber viele der Maßnahmen nicht als das, als was sie ausgegeben werden. Der Vergeltungszweck ist ausdrücklich abgelehnt. Wenn aber unter den gerichtlich-bessernden Maßnahmen aufgeführt werden: Erklärung als Feind der Werk tätigen mit Verlust des Staatsbürgerrechts und unbedingter Ausweisung aus dem Staatsgebiet, Verschickung nach einem bestimmten Ort, Aberkennung der politischen und einzelner bürgerlicher Rechte, Amtsentlassung, Verbot der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit oder eines bestimmten Gewerbes, vollständige oder teilweise Vermögenskonfiskation,²¹⁾ so weiß ich nicht, wie durch solche Maßregeln eine Besserung herbeigeführt werden könnte. Es will mir scheinen, als ob der aus den Strafzwecken ausgeschaltete Gedanke der Vergeltung hier unter den Maßnahmen des sozialen Schutzes eine fröhliche oder vielmehr für den Angeklagten weniger fröhliche Auferstehung gefeiert oder sich in den Gedanken der reinen Abschreckung verwandelt hätte. Man möchte dies umfomehr annehmen, als im unmittelbaren Anschluß an die gerichtlich-bessernden Maßnahmen die Erschießung — die Bezeichnung „Todesstrafe“ ist vermieden — aufgeführt wird, allerdings nur als eine

¹⁹⁾ § 9 Abf. 2.

²⁰⁾ §§ 10, 11, 12.

²¹⁾ § 20.

außerordentliche Maßnahme zum Schutz des Staates der Werktätigen.²²⁾ Sie soll, wie das Gesetz selbst sagt, aufgehoben werden, sobald es die sozialpolitischen Verhältnisse erlauben. Einstweilen verlangen offenbar diese Verhältnisse die Anwendung jener Maßnahme noch in recht erheblichem Umfang, freilich niemals bei Verbrechen gegen die Einzelperson; diese spielt im Sowjetstaat eine nebenfächliche Rolle — auf den Mord ist Freiheitsentziehung von einem Tag bis zu zehn Jahren gesetzt. Die Maßnahme des Erschießens ist nur vorgeföhren bei Handlungen gegen Sowjetmacht und Sowjetregierung, wie das Gesetz ausdrücklich sagt.²³⁾

Wie weit in seinen Einzelbestimmungen das Sowjetstrafrecht den Kreis der richterlichen Freiheit ausdehnt, kann ich im Rahmen dieses Vortrages nicht zeigen. Aber jedenfalls steht soviel fest, daß auch in einem Strafrecht, das nicht auf dem Prinzip der Schuld, sondern auf dem Prinzip der Gefährlichkeit aufgebaut ist, für Auswahl und Bemessung der sogenannten sozialen Schutzmaßnahmen das freie richterliche Ermessen nicht entbehrt werden kann.

Was nun unser werdendes deutsches Strafrecht anbelangt, so wird es, abgesehen vom Streit um die Todesstrafe, gerade die Ausdehnung der richterlichen Freiheit auf dem Gebiet der Strafauswahl und der Strafbemessung sein, die im Reichstag am meisten Anlaß zum Kampf der Parteien geben wird. Zwar war auch bisher schon dem Richter auf diesem Gebiet große Bewegungsfreiheit zugestanden. Aber die Entwürfe bieten ihm noch viel weitere Möglichkeiten. Sie stellen ihm, außer den Strafen, Maßregeln der Besserung und Sicherung zur Verfügung, die tief in die Freiheit des Betroffenen eingreifen: Die Möglichkeit der Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt bei Zurechnungsunfähigen oder vermindert Zurechnungsfähigen, die Unterbringung trunksüchtiger Verbrecher in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt, Anordnung von Schutzaußsicht, dann die längst als notwendig erkannte Sicherungsverwahrung für Gewohnheitsverbrecher, mit der endlich einmal in der einen oder anderen Form Ernst gemacht werden muß, wenn wir nicht in übel angebrachter Humanität immer wieder mehr Rücksicht nehmen wollen auf die Verbrecher als auf ihre Opfer und die allgemeine Sicherheit. Neben diesen Maßregeln gewähren die Entwürfe dem Richter ein weitgehendes Strafmilderungsrecht, sogar ein Recht des Absehens von Strafe in Fällen, die er für besonders leicht hält, demgegenüber ein Recht der Straffschärfung in besonders schweren Fällen; sie gestatten dem Richter weiterhin die Wahl zwischen Zuchthaus und Gefängnis einerseits und Einschließung, der bisherigen Festungshaft, anderer-

²²⁾ § 21.

²³⁾ Ebenda.

seits, wenn er annimmt, daß der Täter aus achtungswerten Beweggründen gehandelt habe. Ob es in bezug auf jede einzelne dieser Maßnahmen sich rechtfertigen läßt, dem Richter solche Freiheit einzuräumen, ob es z. B. er-rorderlich ist, dem Richter noch das Recht des Absehens von Strafe zuzugehen, wo er schon ein ungemein weitgehendes Recht der Strafmilderung und auch das Recht des bedingten Straferlasses besitzt, kann zweifelhaft sein. Außer Zweifel aber dürfte stehen, daß dem richterlichen Ermessen auf dem Gebiete der Mittel zur Verbrechensbekämpfung tatfächlich ein weiterer Spielraum gelassen werden muß, wenn das künftige Strafrecht den heutigen Anforderungen gerecht werden soll. Nicht das Gesetz, nur der Richter kann die Persönlichkeit des Täters würdigen; nur er, nicht das Gesetz, kann erkennen, welche Maßnahme der einzelne Fall, sei es zur Besserung, sei es zur Abschreckung, sei es zur Unschädlichmachung des Täters, fordert. X

Es ist eine verantwortungsreiche Aufgabe, die bei solch weiter Umgrenzung seiner Freiheit auf dem Richter lastet. Ich möchte sie in gar manchem Fall für unlösbar halten, wenn ich der Ueberbürdung der Strafgerichte besonders in den großen Städten gedenke. Es mögen auch Fehlgriffe nicht ausbleiben. Doch welcher irrende Mensch darf den irrenden Richter darob schmähren?

Aus seiner größeren Freiheit erwächst dem Richter aber auch die höhere Pflicht. Ihr gewachsen zu sein, verlangt ein großes Wissen, menschliches Föhlen und hohe Einsicht. Zwar gilt dies nicht nur für die Juristen, sondern auch für die Laienrichter; aber jene werden im Richterkollegium die Führer sein. Daraus mögen Sie, liebe Kommilitonen von der juristischen Fakultät, von selbst die Aufforderung entnehmen, in Ihrer aufnahmefähigen Jugend sich nicht nur um die Erwerbung juristischer und speziell kriminalistischer Wissens zu bemühen, sondern Ihren Blick auch zu weiten für die Fragen des Seelenlebens und für die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Wenn Sie dazu noch ein offenes Herz für die Nöte und Sorgen der Mitmenschen Ihr eigen nennen, so erfüllen Sie nach menschlichem Ermessen die Vorbedingungen, um der Strafrechtspflege jenes Vertrauen zu sichern, dessen gerade sie im Interesse der Staatserhaltung bedarf.

Den Tag der feierlichen Rektoratsübergabe hat die Universität gewählt, um zwei verdienten Männern Auszeichnungen zuteil werden zu lassen, über die zu verfügen sie allein in der Lage ist. Ich bitte zunächst den Herrn Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät, das Wort zu ergreifen.

Namens der Rechtswissenschaftlichen Fakultät verkündet hierauf deren Dekan, Professor Dr. Klausing, folgende Ehrenpromotion unter persönlicher Ueberreichung des Diploms:

Universität Frankfurt a. M.

Unter dem Rektorat des Professors der Rechte, Dr. Joseph Heimberger, verleiht die Rechtswissenschaftliche Fakultät durch ihren Dekan Dr. Friedrich Klausing, Professor der Rechte, Herrn Ernst Dronke, Präsidenten des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M., der als Schriftsteller durch zahlreiche und vielseitige juristische Arbeiten die Rechtswissenschaft gefördert, als vortragender Rat des Reichsjustizministeriums um die Entwicklung der Gesetzgebung auf den verschiedensten Gebieten des privaten und des öffentlichen Rechtes sich verdient gemacht als langjähriges Mitglied wie als Vorsitzender juristischer Prüfungsämter auf die Ausbildung der jungen Juristen durch Festigkeit und Milde segensreichen Einfluß geübt hat, ehrenhalber Titel und Würde eines Doktors der Rechte.

Frankfurt a. M.

am 3. November 1928.

Klausing.

Im Anschluß hieran vollzog der Rektor im Namen und Auftrag des akademischen Senats unter persönlicher Ueberreichung der Urkunde und der Medaille folgende Ernennung zum akademischen Ehrenbürger:

Der Senat der Universität
Frankfurt
verleiht kraft dieser Urkunde
dem Herrn Senatspräsidenten
Dr. jur. Alken

der als Universitätsrat, einzig geleitet von dem Gedanken an das Wohl unserer Hochschule, seit Jahren in selbstloser und aufopfernder Hingabe der Studentenschaft nicht nur ein Richter, sondern ein wohlmeinender

Helfer und Freund, den Wohlfahrtseinrichtungen der Universität ein erfolgreicher Förderer, Rektor und Senat ein treuer und verlässiger Berater gewesen ist und noch lange bleiben möge, in dankbarer Anerkennung seiner vielseitigen Verdienste

die Würde eines Ehrenbürgers.

Frankfurt a. M., den 3. November 1928.

Der Rektor der Universität:
Heimberger.

Es ist mir eine besondere Freude, daß bei diesem ersten feierlichen Akte meines Rektorates die Ehrung zweier mit unserer Universität nahe verbundener Männer stattfinden konnte, die wir als Richter von jener hohen Art verehren, wie sie mir bei meinem heutigen Vortrag vorschwebte.

Von den Einzelnen wenden wir nun unseren Blick der Allgemeinheit zu, dem Deutschen Vaterlande. Seiner gedenken wir bei jeder feierlichen Gelegenheit in Treue mit einem Liede, das zu singen uns feindliche Engherzigkeit hier nicht verwehren kann:

„Deutschland, Deutschland über alles,
über alles in der Welt.“

Rothsch, B.