

Rv 18.

Rechtsgeschichtliche Vorträge

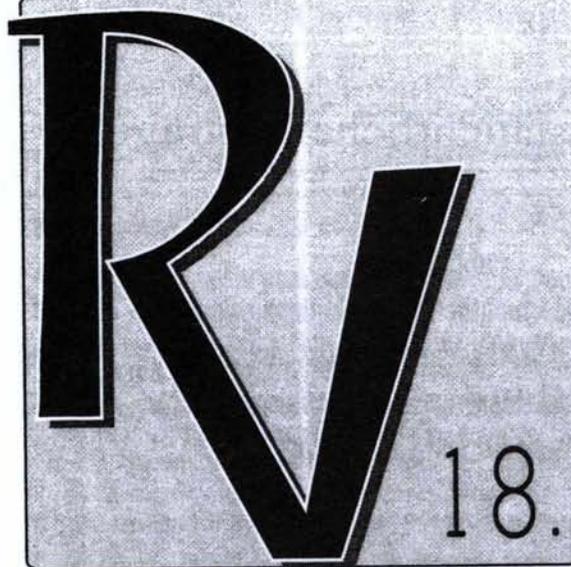
Gaetano Filangieri

von

KURT SEELMANN

Budapest

2003



Rechtsgeschichtliche Vorträge

Gaetano Filangieri

von

KURT SEELMANN

Budapest

2003

Rechtsgeschichtliche Vorträge

Publikation
der Rechtsgeschichtlichen Forschungsgruppe
der Ungarischen Akademie für Wissenschaften
an dem Lehrstuhl für Ungarische Rechtsgeschichte
Eötvös Loránd Universität



Herausgegeben von:

Prof. Dr. Barna Mezey

© Kurt Seelmann, 2003

Textverarbeitung und Computersatz:

Ágnes Horváth

ISSN 1218-4942

Gaetano Filangieri

Kurt Seelmann
Universität Basel

1. Einleitung

Bei der genauen Analyse des gerade im Strafrecht besonders wichtigen Begriffs der Zurechnung wird heute zu Recht auch an die Leistungen der praktischen Philosophie des 17. und 18. Jahrhunderts angeknüpft.¹ Die Lektüre der Autoren jener Zeit belehrt aber ebenso darüber, daß ein anderes zentrales Problem der Strafrechtswissenschaft unserer Tage keineswegs neu ist; die Bestimmung der Zurechnungskriterien unter Beachtung der Straftheorien. Imputation erhält bei vielen Autoren des Aufklärungszeitalters ihr Maß und ihre Grenzen aus den Annahmen über Eignung, Erforderlichkeit und Legitimation der Strafe und des Strafrechts. Dies soll im Folgenden belegt werden. Den Ausgangspunkt hierfür bildet ein Werk, dessen Bedeutung man erahnt, wenn man in Feuerbachs "Revision" an den zwei vielleicht bedeutsamsten Stellen seiner Zurechnungslehre die ausdrückliche Stützung darauf vorfindet: Sowohl für das Verständnis von "dolus" und "culpa" als auch für den Deliktsmaßstab² beruft sich Feuerbach auf den "treffliche(n) und geistvolle(n) Filangieri". Gemeint ist damit der Autor der "Scienza della Legislazione", Gaetano Filangieri, der das dritte, 1783 erschienene Buch seines achtbändigen Werks³ dem Strafrecht gewidmet hat.

Die deutschen Strafrechtler der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzten sich meist ausführlich mit Filangieri auseinander, neben Feuerbach u. a. Klein, Kleinschrod, Grolman und Tittmann.⁴

¹ Vgl. J. Hruschka, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in causa*, ZStW 96 (1984), S. 661.

² P. J. A. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Bd. 2, Chemnitz 1800, S. 59 f., 141 einerseits und S. 450 ff. andererseits.

³ G. Filangieri, Scienza della legislazione, 5 Bücher (8 Bde.), Napoli 1780 – 1788; deutsche Übersetzung von G. Ch. K. Link, hrsg. von J. Ch. Siebenkees, Anspach 1784 – 1793 ("System der Gesetzgebung").

⁴ E. F. Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, nebst Bemerkung der preussischen Gesetze, Halle 1799, S. 26; G. A. Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erlangen 1799, Bd 1-3, vgl. Bd. 1, S. 74, 87, 126, 176, 211, 321; Bd. 2, S. 6, 11 f., 119, 130, 282, 289, 291 f., 342; Bd. 3, S. 86, 109 f., 145 f.; Karl Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, Neudruck der Ausgabe Gießen 1798, Glashütten im Taunus 1970, S. 25, 41, 119, 204, 284 f. und ders., Über die Begründung des Strafrechts und der Gesetzgebung nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maßstabe der Strafen und der juristischen Imputation, Neudruck der Ausgabe Gießen 1799, Frankfurt a. M. 1968, S. 189, 190, 227 f.; K. A. Tittmann, Handbuch der Strafrechts Wissenschaft und dei

Filangieris strafrechtliches Werk war in Deutschland so bekannt, daß Hepp 1844 Filangieri ganz selbstverständlich als "Repräsentant der älteren deutschen (!) Abschreckungstheorie"⁵ vorstellen kann. Noch Ende des 19. und zu Beginn unseres Jahrhunderts erfährt Filangieri häufig lobende Anerkennung,⁶ ehe es dann, Eb. Schmidts Lehrbuch eingeschlossen, in der deutschen Strafrechtswissenschaft still wird um Filangieri. In den vergangenen Jahrzehnten scheint freilich seine Wiederentdeckung Fortschritte zu machen.⁷

Das in einen prozeßrechtlichen und einen materiellrechtlichen Band unterteilte strafrechtliche Werk Filangieris, entstanden knapp zwei Jahrzehnte nach der heute wohl bekannteren Schrift *Dei delitti e delle pene* von Beccaria⁸ und sechs Jahre vor der französischen Revolution, jenem Datum, das der üblichen Epochisierung⁹ als Ende und vorläufige Erfüllung des Aufklärungszeitalters gilt,¹⁰ lag schon vier Jahre später in der deutschen Übersetzung vor.¹¹

Filangieris strafrechtliche Abhandlung ist allerdings nicht nur rechtsphilosophisch und kriminalpolitisch orientiert. Sie greift auch eine Fülle von strafrechtsdogmatischen Themen auf – so wie andererseits die Strafrechtsdogmatik während des 18. Jahrhunderts von den Naturrechtssystematikern lernte – lange vor der Rezeption Kants durch die Strafrechtswissenschaft.¹² Es gab, wie die strafrechtsgeschichtliche Forschung

deutschen Strafrechtsgeschichte, Bd. 1. Halle 1806, S. 1, 91, 110, 171, 213 f., 244.

⁵ F. C. Th. Hepp, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme, ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafrechtswissenschaft, 2. Abtlg., 1. Heft., 2. Aufl. Heidelberg 1844, S. 76.

⁶ Nur eine Auswahl: C. L. von Bar, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin 1882, S. 235; L. Günther, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Ein Beitrag zur universalhistorischen Entwicklung derselben. Abtlg. 2, Neudruck der Ausgabe Erlangen 1891, Aalen 1970, S. 185 – 191; E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abtlg., 1. Halbbd., München und Leipzig 1898, S. 412; O. Fischl, Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts. Doktrin, Politik und Gesetzgebung und Vergleichung der damaligen Bewegung mit den heutigen Reformversuchen, Neudruck der Ausgabe Breslau 1913, Aalen 1973, S. 63 – 69; M. Grünhut, Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, Hamburg 1922, S. 63.

⁷ Vgl. insbesondere S. Moccia, Die italienische Reformbewegung des 18. Jahrhunderts und das Problem des Strafrechts im Denken von Gaetano Filangieri und Mario Pagano, Goldammer's Archiv (GA) 1979, 201 – 221; außerdem F.-Chr. Schroeder (Hrsg.), Texte zur Theorie des politischen Strafrechts Ende des 18./Mitte des 19.-Jahrhunderts, 1974, S. 15 – 29; M. Köhler, Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1982, S. 286 f. Fn 3.; Th. Vormbaum, Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit, Bd. I, Baden-Baden 1993, S. 179 (Abdruck einiger Kapitel aus Filangieris „Scienza della legislazione“); H. Riping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., München 1998, S. 58, 62, 65.

⁸ Beccaria, Über Verbrechen und Strafen, nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und herausgegeben von W. Alff, Frankfurt a.M. 1988.

⁹ Zum Problem der Epochisierung in Zusammenhang mit der Aufklärung vgl. J. Mittelstraß, Neuzeit und Aufklärung, Berlin 1970, S. 104 ff.

¹⁰ Im neapolitanischen Kontext ist freilich von entscheidender Bedeutung die Revolution von 1799, zu deren geistigen Vätern Filangieri gezählt wird.

¹¹ Zu den Übersetzungen unter IV 5.

¹² F. Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Neudruck der Ausgabe 1930, Aalen 1973, S. 21 f., nimmt hingegen an, eine bewußte

gezeigt hat, einen schon seit Beginn des Jahrhunderts ständig zunehmenden Einfluß der naturrechtlich orientierten Strafrechtsphilosophie auf die Strafrechtsdogmatik: Die naturrechtliche Imputationslehre konnte über das Strafmilderungsrecht und dann generell über Strafzumessungserwägungen in die Strafrechtsdogmatik eindringen.¹³ Wenn im vorliegenden Beitrag aus Filangieris Strafrechtsphilosophie nur seine Lehre von der Proportionalität zwischen Straftat und Strafe zum Gegenstand gemacht wird, so erklärt sich dies zunächst durch diesen schon andeutungsweise bekannten Zusammenhang. Zudem aber soll gezeigt werden, daß die Proportionalitätsproblematik weit über die Rezeption der Imputationslehre hinaus für die Autoren des 18. Jahrhunderts den weidlich genutzten Anlaß bot, auch andere Grundlagenprobleme des Strafrechts abzuhandeln. Die Proportion setzte zunächst eine Einschätzung der Schwere des Verbrechens voraus: Stellte man hierbei auf die Willensintensität ab, so ergab sich natürlich die Brücke zu den Imputationslehren. Die Schwere der Straftat ließ sich aber auch (u. U. zusätzlich) durch Faktoren wie Schaden oder Gefahr bestimmen. Sobald man solche Größen über die Beeinträchtigung der durch die Tat betroffenen individuellen Rechte hinaus auf den eher "ideellen" Schaden des schlechten Beispiels erstreckte, war die Verbindung zu den Strafzwecklehren hergestellt. Dann aber sollte die Proportionslehre auch verlässliche Kriterien zur Begrenzung des Zweckelements liefern, und die Frage konnte nicht ausbleiben, welche präventive, aber auch strafbegrenzende Bedeutung der subjektiven, in den Imputationslehren behandelten Seite der Straftat zukommen sollte. Wenn die Berner Ökonomische Gesellschaft 1777 bei ihrer berühmten Preisfrage¹⁴ nach einem Plan der Kriminalgesetzgebung als ersten von drei Punkten das angemessene Verhältnis von Verbrechen und Strafen bestimmen ließ und 44 Teilnehmer aus ganz Europa zur Bearbeitung dieser Frage bewegen konnte, so hatte sie sich damit ganz offensichtlich kein Randproblem der Strafrechtswissenschaft ausgesucht.

2. Die verschiedenen Problemebenen in Filangieris Proportionalitätslehre

Filangieris Lehre von der Proportionalität zwischen Straftat und Strafe führt schon von Anfang an in das Zentrum seiner Strafrechtsphilosophie hinein: "Das Verbrechen ist, wie ich an einem anderen Ort sagte, nichts anders als

Verschmelzung der philosophisch-kriminalpolitischen und der dogmatisch-positivrechtlichen Literatur komme erst in den 90er Jahren mit Kleinschrod und Feuerbach zustande.

¹³ Vgl. R. Loening, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, Anm. 1, ZStW 3 (1883), S. 219, 262 – 273; R. Schmid, Über Strafmilderungsgründe im gemeinen deutschen Strafrecht, Festschrift für Bruns, 1978, S. 107, 120 ff. Zur Rezeption von Daries' Zurechnungslehre von Engau (1742) bis Püttmann (1779) vgl. J. Hruschka (Anm. 1), S. 698 ff.

¹⁴ Zu diesem Preis vgl. E. Landsberg (Anm. 6), S. 411 ff.; Eb. Schmid, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 221 f.

Übertretung eines Vertrags. Nach dem Maße, als der übertretene Vertrag der Gesellschaft kostbarer ist, muß auch die Strafe grösser seyn...".¹⁵ Mit "Übertretung eines Vertrags" bezieht sich Filangieri auf seine Lehre von der Legitimation der Strafe durch den Rechtsverlust, der seinerseits Folge eines Vertragsbruchs durch den Delinquenten sei (vgl. dazu unten 3). Wenn die Schwere der Straftat sich nach der Kostbarkeit des übertretenen Vertrags für die Gesellschaft bemessen soll, so bleibt zu fragen, worin diese Kostbarkeit bestehe. Im Einfluß des jeweiligen Vertrags auf die "Erhaltung der Gesellschaft", sagt Filangieri.¹⁶ Damit gibt Filangieri eine generelle Zweckorientierung des Strafrechts an, die andererseits in seinem Begriff der "Gesellschaft" ebenso eine Schranke enthält wie in der Forderung, daß bei aller Wahrung des (so ermittelten) Verhältnisses von Straftat und Strafe diejenigen Strafen den Vorzug verdienen, die "durch den kleinst möglichen Schmerz des Übertreters den größtmöglichen Abscheu vor Missethaten ... hervor bringen"¹⁷ (vgl. unten 4).

Der so bestimmte Maßstab ist für Filangieri allerdings nur ein relativer, der die verschiedenen Delikte ihrer Schwere nach voneinander abschichtet oder, praktisch gesprochen, ein Strafraum für das jeweilige Delikt. Dieser durch das Gewicht des verletzten Vertrags eröffnete Rahmen – Filangieri spricht von der "Qualität" des Verbrechens¹⁸ – soll nun durch ein anderes Zumessungsmerkmal ausgefüllt werden, durch die "Bosheit des Herzens" beim Delinquenten, den "Grad" des Verbrechens, d. h. insbesondere durch die unterschiedliche Intensität von "dolus" und "culpa". Hierfür wird also Filangieris Imputationslehre bedeutsam (vgl. unten 5). Filangieris Begründung für dieses Heranziehen der subjektiven Tatseite: Sie verrate die mehr oder weniger große Neigung eines Delinquenten, nochmals straffällig und somit zum "Gegenstand des Schreckens für die Gesellschaft"¹⁹ zu werden, betreffe mithin auch die Strafbedürftigkeit im Hinblick auf die Präventionen (vgl. unten 4). Zusammenfassend meint Filangieri: "Die Qualität des Verbrechens macht der übertretene Vertrag, und den Grad desselben der Grad der Schuld oder des Vorsatzes aus, mit welchem das Verbrechen begangen wird. Es muß demnach die Strafe mit der Qualität und dem Grad in ein Verhältnis gesetzt werden".²⁰

¹⁵ G. Filangieri, System der Gesetzgebung, 3. Buch, 2. Teil (= 4. Band), deutsche Übersetzung Ansbach 1783, S. 273. Filangieris Hauptwerk wird hier wie im I. Kapitel nach dieser deutschen Übersetzung mit Bandzahl (I ff.) und Seitenzahl zitiert, z. B. hier; G. Filangieri IV 273.

¹⁶ G. Filangieri IV 275; ähnlich F IV 7. Vgl. hierzu W. Blackstone (den Filangieri häufig, allerdings nicht in diesem Zusammenhang, zitiert), Commentaries on the laws of England, vol. IV (Of public wrongs), zuerst erschienen 1768, hier benutzt: New Edition, London 1826, S. 15: "As punishments are chiefly intended for the prevention of future crimes, it is but reasonable that among crimes of different nature those should be most severely punished, which are the most destructive of the public safety and happiness."

¹⁷ G. Filangieri IV 19 f.

¹⁸ G. Filangieri IV 280 ff., 290.

¹⁹ G. Filangieri IV 277.

²⁰ G. Filangieri IV 290.

Dieses Verhältnis ist allerdings, wie Filangieri betont, dem historischen Wandel unterworfen: Die Strafen können, aus Gründen, die im Folgenden auch noch genauer betrachtet werden müssen, "nach dem Verhältnis der Vervollkommnung der Gesellschaft" gemildert werden²¹ (vgl. unten VII).

3. Filangieris Legitimation des Strafrechts

Filangieris Lehre, wonach der Gesetzesbrecher eben durch seinen Gesetzesbruch einen gesellschaftlichen Vertrag (von vielen) verletze und deshalb eines Rechtes verlustig gehe, hat zunächst Anklänge an die gängigen gesellschaftsvertraglichen Strafrechtslegitimationen des 18. Jahrhunderts, weist freilich auch schon auf den ersten Blick einen Unterschied zu diesen auf: Nicht vorab werden Verteidigungsrechte (des potentiellen Opfers) auf den Staat übertragen oder willigt jeder (als potentieller Täter) zum Zeitpunkt des pactum societatis bedingt in eine spätere Bestrafung seiner selbst ein, sondern Anknüpfungspunkt für die vertraglich legitimierte Strafe ist die konkrete Tat selbst. "1. Wenn die Gesetze die Formeln sind, wodurch die gesellschaftlichen Verträge ausgedrückt werden: so folgt, daß jede Übertretung des Gesetzes die Verletzung eines Vertrags ist. 2. Wenn die gesellschaftlichen Verträge nichts anders sind, als die Verbindlichkeiten, die ieder Bürger gegen die Gesellschaft zum Ersatz seiner erlangten Rechte auf sich nimmt: so muß nothwendig auf jede Verletzung eines Vertrags der Verlust eines Rechts folgen".²²

Nun sind freilich Filangieri die beiden gängigen Legitimationsvarianten durchaus bekannt. Eindeutig verwahrt er sich gegen das Modell einer bedingten Vorübertragung der Rechte über sich selbst an die Gesellschaft. Er tut dies insbesondere im Zusammenhang mit der Frage der Todesstrafe, bei jenem Thema also, das aus verständlichen Gründen während des 18. Jahrhunderts im Zentrum der Rechtfertigungsproblematik gestanden hat. Beccarias Ablehnung der Todesstrafe mit der Begründung, niemand könne mehr geben als er selbst habe und folglich dürfe niemand das Recht über sein eigenes Leben auf den Staat übertragen haben, bildet Filangieris Angriffspunkt.²³ Filangieri deduziert ad absurdum und macht damit die praktische Bedeutung der Auseinandersetzung deutlich: Dann, meint er, müsse man auch alle anderen Strafen für unzulässig halten, denn Arbeitsstrafen verkürzten schließlich auch das Leben, und über Freiheit und Ehre habe auch niemand (zugunsten von Freiheits- und Ehrenstrafen)

²¹ G. Filangieri IV 5 f.

²² G. Filangieri IV 2.

²³ Vgl. C. Beccaria (Anm. 8), § 28 am Anfang. Zu zeitgenössischen Einwänden gegen diese Argumentation Beccarias vgl. L. Günther, Tommaso Natale, Marchese di Monterosato, ein in Deutschland vergessener Vorläufer Beccarias, GA 48 (1901), S. 1, 30 f.

zu disponieren.²⁴ Sogar Rousseaus Gegenposition zu Beccaria, daß das Recht am eigenen Leben unter bestimmten Umständen doch übertragen werden könne,²⁵ scheint Filangieri schon in der mit Beccaria geteilten Prämisse, daß es einer solchen Übertragung überhaupt bedürfe, verfehlt.²⁶

Für akzeptabler hält er schon ein durch Übertragung der Verteidigungsrechte erlangtes Recht des Staates zu strafen. Wenn der Mensch, so deduziert er unter ausdrücklicher Berufung auf den an neapolitanischen Universitäten allgemein bekannten und kraft königlichen Dekrets gelehrten²⁷ Chr. Wolff, schon die natürliche Pflicht habe, seine Rechte und die Rechte anderer aufrechtzuerhalten, dann müsse er folglich auch das Recht haben, "die nöthigen Mittel zur Erreichung dieses Zwecks anzuwenden".²⁸ Auch die These von der Übertragung dieses Rechts auf den Staat dürfte von Chr. Wolff übernommen sein. Noch Hobbes hatte den vertraglichen Aspekt insofern ganz abgelehnt,²⁹ und auch Pufendorf³⁰ und Thomasius³¹ gingen von einem dem Staat originären Recht aus. Trotz einer gewissen Sympathie für diese Variante des gesellschaftsvertraglichen Übertragungsmodells verfolgt er es nicht weiter und zeigt in zwei Punkten zudem deutlich sein Desinteresse an einer Legitimation des Strafrechts aus einem Gesellschaftsvertrag: Wie konnte er sonst in der Tradition Rousseaus und der Frühaufklärung in die bürgerliche Gesellschaft alle (Verteidigungs-) Rechte niederlegen lassen³² und wenige Seiten davor in der Tradition Lockes nur einen Teil der natürlichen Freiheit auf die Gesellschaft überführen?³³ Und wie konnte er sonst gegen Beccarias Variante der Theorie von der ursprünglichen Übertragung Strafrechts auf den Staat damit argumentieren, der Angreifer verliere unter Umständen das Recht auf sein Leben durch den Angriff und dieses verwirkte Recht lebe auch nach dem Tod des Opfers nicht mehr auf, so daß deshalb anderen das Recht hätten (hierfür beruft er sich auf Lockes Nothilfe-Lehre!), den

²⁴ G. Filangieri IV 26 – 28.

²⁵ Vgl. J.-J. Rousseau, *Du contrat social, ou principe du droit politique*, zuerst erschienen 1762, hier benutzt: Ausgabe *Oeuvres complètes*. Paris 1852, Tome preraier, chap. V, S. 639, 711.

²⁶ G. Filangieri IV 29 f.

²⁷ Vgl. M. Thomann, Christian Wolff, in: M. Stolleis (Hrsg.), *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert*. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht, 1977, S. 248, 265; P. Hazard, *Die Herrschaft der Vernunft. Das europäische Denken im 18. Jahrhundert*, Hamburg 1949, S. 79.

²⁸ G. Filangieri IV 38, Anm. Vgl. Chr. Wolff, *lus naturae methodo scientifica pertractatum, pars prima*, Francofurti et Lipsiae 1740, cap. 3, §§ 1058, 1059.

²⁹ Th. Hobbes, *Leviathan sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, zuerst erschienen 1651, hier benutzt: Ausgabe der *Opera Philosophica*. ed. Molesworth, Bd. 3, Londini 1841, Kap. 28., S. 223 f.

³⁰ S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*. zuerst erschienen 1672, hier benutzt: Ausgabe Amsterdam 1688, lib. VIII, cap. 3, § 1.

³¹ Ch. Thomasius, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, zuerst erschienen 1688, hier benutzt: Neudruck Aalen 1963 der 7. Aufl. Halle 1730, lib. III, cap. VII, § 68. Er diskutiert allerdings in §§ 83 ff. die Frage, ob der Delinquent sich vertraglich zum Erdulden der Strafe verpflichtet hat.

³² G. Filangieri IV 16.

³³ G. Filangieri IV 11.

Angreifer zu töten.³⁴ Auch hier, wo er die beiden klassischen Lehren gegeneinander ausspielt, kommt er zur Begründung der einen von beiden wieder auf seine davon unterschiedene Lehre vom Rechtsverlust durch die Tat zurück.

Filangieris Lehre vom Vertragsbruch = Gesetzesbruch durch die Tat, wobei zudem nicht ein Gesellschaftsvertrag, sondern einer von vielen "gesellschaftlichen Verträgen"³⁵ gebrochen wird, deutet zunächst einmal auf eine gegenüber den gesellschaftsvertraglichen Übertragungslehren rechtshistorisch frühere Schicht hin: Sie schafft Anklänge zur Lehre des Grotius, wonach eine vertragliche Verpflichtung zur Hinnahme der Strafe durch die einzelne Tat entsteht: Wie der Verkäufer sich konkludent zu allem verpflichtet, was beim Kauf gebräuchlich sei, so unterwerfe sich der Delinquent durch seine Tat der Strafe.³⁶ Anders freilich als bei Grotius liegt bei Filangieri der Vertragsschluß (d. h. die Gesetzgebung) vor dem Delikt – insofern ist den gesellschaftsvertraglichen Legitimationslehren des 18. Jahrhunderts durchaus ein Tribut gezollt. Beachtet man aber, daß dieser "Vertrag" identisch ist mit dem jeweiligen (positiven) Gesetz, so spricht doch viel dafür, daß für Filangieri die kontraktualistische Argumentation stark in den Hintergrund tritt. Denn die Güte der (positiven) Gesetze wird in keiner Weise mehr auf die Übereinstimmung mit einem Vertrag zurückgeführt, sondern auf ihre Vereinbarkeit "mit den universellen Grundsätzen der Moral, die allen Völkern, allen Regierungsformen gemein und in allen Himmelsstrichen anwendbar sind"³⁷ ("absolute Güte"), sowie auf ihre "Schicklichkeit" im Hinblick auf den "Zustand der Nation"³⁸ ("relative Güte"). Auch dies ist wieder eine deutliche Anknüpfung an vorkontraktualistische Naturrechtsvorstellungen.

Mit dieser Abkehr von den Vertragsmodellen und der Hinwendung zum positiven, wenn auch naturrechtlich begründeten Gesetz steht Filangieri Ende des 18. Jahrhunderts nicht allein. Das im 17. und 18. Jahrhundert durchgängige Problem der praktischen Philosophie: Wie sich Glück und Tugend, Egoismus und sozial nützlich Verhalten angesichts des philosophischen Individualismus vermitteln lassen,³⁹ wird nun nicht mehr so häufig mit dem (historischen oder hypothetischen) ursprünglichen Vertrag, sondern mit dem (wohlverstandenen)

³⁴ G. Filangieri IV 32 f.; er zitiert hierfür J. Locke, *Two treatises on civil government*, zuerst erschienen 1690, hier benutzt: Ausgabe London 1970, book II, chapter II, § 7.

³⁵ Die Straftat als Verletzung mehrerer Verträge begegnet schon – eher beiläufig – bei Beccaria (Anm. 8), § 16, und dann, beinahe schon im Sinne Filangieris, bei Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève 1767, S. 115 f. (anonym erschienen).

³⁶ H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, erste Ausgabe 1625, hier benutzt: Ausgabe Amsterdam 1680, Liber II, Cap. XX, § 2, Nr. 3. Zum Aufgreifen dieser Lehre des Grotius durch Feuerbach im Anti-Hobbes vgl. Grünhut (Anm 6), S. 22.

³⁷ G. Filangieri I 108.

³⁸ G. Filangieri I 138.

³⁹ Vgl. dazu W. Windelband, *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, 17. Aufl. 1980, S. 429, 439.

"Interesse", und, wo diesem dennoch entgegengehandelt wird, dem positiven Gesetz gelöst.⁴⁰ Während Beccaria sich durch das Wiederaufgreifen der Einwilligungskomponente des strafrechtlichen Vertragsmodells eher noch gegen diese Entwicklung zu stemmen schien und dem Modell so noch eine liberale Abwehrfunktion abgewann,⁴¹ ist bei Filangieri auch davon nichts mehr übriggeblieben.⁴² Dem entspricht, daß das Gesellschaftsvertragsmodell für Filangieri auch kein historisches Erklärungsmuster mehr ist: Gesellschaft entsteht für ihn durch allmähliche Entwicklung aus Kleingruppen, Gesellschaftswesen zu sein gehört zur Natur des Menschen.⁴³

4. Die Orientierung der Strafe am Gesellschaftszweck und ihre Grenzen

Die Schwere des Delikts orientiert sich für Filangieri, wie wir sahen, an der Bedeutung des übertretenen Gesetzes ("Vertrags") für die Erhaltung der Gesellschaft. Damit liegt Filangieri zunächst einmal durchaus in der Tradition der Orientierung des Strafrechts am "salus populi", wobei man freilich berücksichtigen muß, daß mit dem späten Thomasius und Chr. Wolff das "salus populi"-Argument vorsichtig seine Bedeutung wandelt – von der Orientierung an der Staatsraison zur Ausrichtung an der Eudämonie der Summe der Bürger, für die der Staat nur Mittel ist: "Da wir nun die Wohlfahrt durch die Gesellschaft zu erhalten gedenken (§ 3), so ist sie die Absicht der Gesellschaft (§ 910 Met.) und die Gesellschaft ein Mittel, die gemeine Wohlfahrt zu befördern", sagt Chr. Wolff.⁴⁴ Seit Chr. Wolff ist zudem die Entwicklung dadurch geprägt, daß fast alle

⁴⁰ Angesichts gemeinsamer Interessen der Menschen wird das Vertragsmodell für überflüssig erklärt insbesondere von D. Hume, A treatise of Human Nature, Bd. III (of Morals), zuerst erschienen 1740, hier benutzt: The philosophical works (ed. Green/Grose), Bd. 2, London 1886, S. 229, 304 – 313. Zum positiven Gesetz als Mittel, das Glück in der Tugend suchen zu lassen, insbesondere C. A. Helvetius, De l'esprit, zuerst erschienen 1758, hier benutzt: Oeuvres complètes, Paris 1795, Bd. I, S. 189 – III, S. 263, besonders Bd. III, Kap. V, S. 247 – 263. Zum Einfluß des Helvetius auf Filangieri vgl. S. Cotta, Gaetano Filangieri e il problema della legge, Torino 1954, S. 129 f.

⁴¹ Zu Beccarias in liberaler Absicht eingetretenen Versatzstücken der Vertragslehre vgl. G. Zarone, Etica e politica nell'utilitarismo di Cesare Beccaria, Napoli 1971, S. 136, 150, 184, 189.

⁴² Sehr zweifelhaft deshalb U. Spirito Il pensiero pedagogico di Gaetano Filangieri, Firenze 1924, S. 97; "Il sistema del Filangieri si fonda come quello di Beccaria sulla teoria del patto sociale ..."

⁴³ G. Filangieri I 78 – 86; F IV 136 ff. Daß dies auch die Position des deutschen Naturrechts im ausgehenden 18. Jahrhundert ist, zeigt D. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976, S. 58, 114 ff.

⁴⁴ Chr. Wolff, Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und in Sonderheit dem gemeinen Wesen (meist zitiert als "Deutsche Politik"), Halle 1721, Teil I, Cap. II, § 4; ähnlich Teil II, Cap. I, § 223. Zu den Ansätzen dieser Lehre beim späten Thomasius vgl. M. A. Cattaneo, Staatsraison und Naturrecht im strafrechtlichen Denken des Samuel Pufendorf und Christian Thomasius, in: Staatsraison. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs, hrsg. von Schnur, 1982, S. 423 – 439; ders., Diritto e pena nel pensiero di Christian Thomasius, Milano 1976, S. 76 f.; einschränkend hinsichtlich des "Liberalismus" von Thomasius, aber zustimmend zur Stellung des Thomasius an der Spitze der strafrechtlichen Reformdiskussion K. Luig, Zur Bedeutung von Christian Thomasius' Strafrechtslehre als Ausdruck liberaler politischer Theorien, in: Studia Leibnitiana, Bd. XII, 1980, S. 243 – 252 m. w. N.

Autoren im Bereich der Strafrechtsphilosophie "salus" o. ä. mit "Sicherheit" o. ä. kombinieren: "tranquillitas" (Böhmer), "tranquillité et surêté" (Jaucourt), "tranquillitas et securitas" (Kemmerich)⁴⁵ sind Ziele des Strafrechts. Derlei Kombinationen begegnen wir dann bis in die 80er Jahre des 18. Jahrhunderts etwa bei Püttmann, Cremani und Wieland,⁴⁶ wobei die Zahl derer zunimmt, bei denen dann schließlich "salus" oder ein entsprechender Begriff sogar ganz fortfällt: "öffentliche Ruhe und Sicherheit" heißt es bei Wieland nur noch, "Erhaltung und Sicherheit" bei Filangieri. Die planerische und polizeistaatliche Dynamik, zur Zeit Chr. Wolffs schon in ihrem Ziel verändert, tritt nun insgesamt zurück zugunsten einer Sicherung des Bestehenden als Endzweck des Strafrechts. Ein fundamentaler Unterschied zwischen den aufgeklärt-absolutistischen Theorien, die in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts Individualzwecke für den Staatszweck berücksichtigen, und den eigentlich "liberalen" Vorstellungen gegen Ende des Jahrhunderts⁴⁷ läßt sich deshalb beim Blick auf die allmähliche Entwicklung der Strafrechtsphilosophie, auch in Deutschland, nicht feststellen.

Diese Entwicklung wird begleitet und unterstrichen durch die Entstehung der am relativen Strafzweck orientierten Proportionalitätslehren in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts und ihre Weiterentwicklung in der zweiten Jahrhunderthälfte. Während noch Pufendorf den Proportionalitätsgedanken ausdrücklich verwarf – Strafe hatte sich nach seiner Auffassung auch im Maß allein an der durch den Herrscher zu bestimmenden "utilitas rei publicae" zu bemessen⁴⁸ – und auch der frühe Thomasius unter Proportion allenfalls verstehen konnte, daß die Strafe im richtigen Verhältnis zum Nutzen des Staates stehen müsse,⁴⁹ werden solchen Utilitätserwägungen mit der Entwicklung zweier unterschiedlicher strafrechtlicher Proportionalitätsleken Grenzen gesetzt.

Eine an der "Natur der Sache" orientierte Proportion, zum ersten Mal in Montesquieus "Esprit des Lois" von 1748 so eindeutig formuliert, besagt, daß die Strafe sich in Art und Umfang an der Natur des Verbrechens zu orientieren habe:

⁴⁵ Vgl. J. F. S. Böhmer, Elementa Iurisprudentiae criminalis, zuerst erschienen 1732, hier benutzt 2. Aufl. Halae Magdeburgicae 1738, Sectio II, Cap. I, § 2; Jaucourt, Artikel "Crime (droit nat.)", Encyclopedie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, vol. IV, 1754, S. 466, 467; D. H. Kemmerich, Synopsis Iuris Criminalis, o. O. 1755, Libei I, tit. II, § 4. Vgl. auch W. Blackstone (Anm. 16).

⁴⁶ Vgl. J. L. E. Püttmann, Elementa Iuris Criminalis, Lipsiae 1779, lib I, cap I, § 60, A. Cremani, De iure criminali libri duo, Lucca 1783, S. 108 – 110, §§ 74 f. Vgl. freilich schon J. G. Heineccius, der in seinen Elementa Iuris Naturae et gentium ... editio tertia, Genevae 1744, nur von "securitas civium" spricht, die er dann in die bekannten Präventionen unterteilt (liber II, cap 8, § 169); E. K. Wieland, Geist der peilichen Gesetze 1. Teil, Leipzig 1783, S. 108 – 110 (§§ 74 f.)

⁴⁷ In diesem Sinn D. Klippel (Anm. 43), S. 14 f., 59 ff., besonders S. 63; vgl. dazu auch Filangieris liberalen Kritiker Constant, Commentaire sur l'oeuvre de Filangieri, Paris 1822, der bei allst Detailkritik einräumt: "Sa definition du but de la societe est assez exacte" (S. 47).

⁴⁸ S. Pufendorf (Anm. 30), Liber VIII, cap. 3, §§ 24, 33. Pufendorf versteht unter "Proportion" noch allein den Gedanken des "talion", den er ablehnt.

⁴⁹ Ch. Thomaisus (Anm. 31), Liber III, cap. 7, §§ 118, 120.

Gotteslästerung fordere den Entzug der Vorteile der Religion, Sittlichkeitsdelikte sollten mit öffentlicher Achtung beantwortet werden, Entzug der Ruhe mit Entzug der Ruhe etc.,⁵⁰ aber auf Diebstahl dürfe eben möglichst nicht die Todesstrafe stehen.⁵¹ Jaucourt hat diese Lehre in die Enzyklopädie übernommen,⁵² Rousseau,⁵³ d'Alembert⁵⁴ und viele andere⁵⁵ sind ihr gefolgt. Daneben stand eine psychologisch orientierte Proportionslehre, von Heineccius⁵⁶ und dem späten Chr. Wolff⁵⁷ auf der Basis einiger Überlegungen⁵⁸ von Locke und Thomasius zum alleinigen Strafmaß erklärt: Die Schwere des Verbrechen wird an ihrer potentiellen Exempelwirkung bemessen; Strafe muß so groß sein, wie ausreicht, die "peccandi libido" zu unterdrücken,⁵⁹ so viel, und nur so viel darf gestraft werden, wie "ad avertendum periculum laesionis futurae" unabweisbar erforderlich ist.⁶⁰

Die beiden Traditionslinien wurden später mannigfaltig verbunden – sei es einfach nebeneinander gestellt, etwa bei Beccaria,⁶¹ sei es enger miteinander verschränkt, wie etwa bei Wieland.⁶² Die "Natur des Verbrechen" manifestiert sich nicht mehr im Verletzungserfolg, sondern in der verbrecherischen Begierde, so daß auch die psychologische Proportion in der "Natur der Sache" liegt.

Auch bei Filangieri, so läßt sich bereits an dieser Stelle erkennen, sind beide Traditionslinien miteinander verbunden: Bei Vertrags- (= Gesetzes-)bruch verliert der Täter sein Recht gerade an diesem Vertrag:⁶³ „Das Recht, das du durch den gesellschaftlichen Vertrag erlangt hast, wird in demselben

⁵⁰ Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de la Brède et de M., De l'esprit des lois, hier benutzte Ausgabe; Paris 1843, Buch XII, Kap. 4, S. 352 ff.

⁵¹ Montesquieu (Anm. 50), S. 355.

⁵² Le Chevalier de Jaucourt (Anm. 45). Vgl. zu Jaucourt A. F. von Overbeck, Das Strafrecht der französischen Encyclopädie. Ein Beitrag zur Geschichte der Aufklärung im achtzehnten Jahrhundert, Karlsruhe 1902, S. 9 f.

⁵³ J. J. Rousseau, Lettres de la Montagne, zuerst erschienen 1764, hier verwendet: Ausgabe Oeuvres complètes, Paris 1852, tome troisième, S. 5 – 108, Lettre V, S. 50. Vgl. dazu F. Haymann, Jean Jacques Rousseau Sozialphilosophie, Leipzig 1898, S. 227.

⁵⁴ J. le Rond d'Alembert, Essais sur les Elements de la Philosophie, zuerst erschienen 1759, hier benutzt: Ausgabe Paris 1805, Art. VIII, S. 202.

⁵⁵ Vgl. dazu F. Lohmann, Jean Paul Marat und das Strafrecht in der französischen Revolution, 1963, S. 39; L. Günther (Anm. 23), S. 21 ff.; Willenbücher, Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Großen, Breslau 1904, S. 19. Zu den Wurzeln der "Natur der Sache"-Proportion im Talionsgedanken vgl. nur Thomas von Aquin, Summa contra gentilis, cap. 141, § 1, cap. 144, § 9; aber auch H. Grotius (Anm. 36), cap. XX, § 2, Nr. 1, § 29, Nr. 1, § 33.

⁵⁶ J. G. Heineccius (Anm. 46), Über II, cap. 8, §§ 104 f.

⁵⁷ Chr. Wolff (Anm. 28), § 1059; außerdem ders., pars octava, 1748, cap. 3, §§ 625 f.

⁵⁸ Vgl. J. Locke (Anm. 34), § 8; Ch. Thomasius (Anm. 31), §§ 118, 120.

⁵⁹ J. G. Heineccius (Anm. 56).

⁶⁰ Chr. Wolff (Anm. 28), § 1059.

⁶¹ C. Beccaria (Anm. 8), §§ 7 f., einerseits, § 19 andererseits. Ein Nebeneinander der verschiedensten Aspekte auch bei von H. E. von Globig/J. G. Huster, Abhandlung von der Criminalgesetzgebung, Zürich 1783, S. 38, 48 ff., oder bei Brissot de Warville, Théorie des loix criminelles, tome 1, Neuchâtel 1781, S. 10-12.

⁶² E. K. Wieland (Anm. 46), S. 452 f., § 334.

⁶³ G. Filangieri IV 2, vgl. oben S. 246.

Augenblick für dich erlöschen, da du den Vertrag brichst, durch den du es erworben hattest".⁶⁴ Dies ist die "Natur-der-Sache"-Proportion, jetzt freilich nur noch auf Rechte bezogen – eine Folge des Verständnisses der Straftat als Gesetzesverletzung. Andererseits ist bei Filangieri auch die psychologische Proportion vorhanden, wenn er "durch den kleinstmöglichen Schmerz des Übertreters, den größtmöglichen Abscheu vor Missethaten ... hervorbringen" will.⁶⁵ Die psychologische Proportion ist nun aber bei Filangieri ganz deutlich als eine im weiteren Sinne ökonomische Kosten-Nutzen-Rechnung erkennbar. Sie veranschaulicht, wie im Strafrechtsdenken des ausgehenden 18. Jahrhunderts die Ökonomie über den Bereich der Wirtschaft hinaus die Bedeutung eines Denkschemas gewonnen hat: Orientierung am maximalen Nutzen bei minimalem Einsatz und langfristige Sicherung dieser Relation.⁶⁶

Damit sind freilich erst zwei von drei Elementen in Filangieris Proportionalitätslehre betrachtet. Ehe der genauere Zusammenhang dieser Elemente miteinander und mit der Strafzweckproblematik entwickelt werden kann, bedarf das dritte Proportionalitätselement, die subjektive Tatseite, einer genaueren Betrachtung.

5. Filangieris Imputationslehre und seine Psychologie des Straftäters

Für zurechenbar hält Filangieri, hierbei grundsätzlich in der naturrechtlichen Imputationstradition, nur solche Gesetzesübertretungen, die vom Willen getragen sind.⁶⁷ "Wille" enthält hierbei ein voluntatives und ein epistemisches Element: "Der Wille ist dasjenige Vermögen der Seele, das uns nach den Antrieben der Begierde, und nach den Calculn der Vernunft bestimmt. Die Begierde spornt uns an, der Verstand prüft, der Wille bestimmt uns. Zum Wollen wird also das Begehren und das Erkennen erfordert."⁶⁸

Die Erkenntnis muß sich dabei sowohl auf den Endzweck als auch auf die begleitenden Umstände beziehen.⁶⁹ Lediglich Gewalttätigkeit oder Unwissenheit schließen den Willen aus. Feuerbach hat daraus, wohl zu Unrecht, geschlossen, daß "Wille" bei Filangieri "Willkür", also Wille im psychologischen Sinn, und nicht freier Wille im ethischen Sinne bedeute. Auf diesen psychologisch interpretierten Willensbegriff Filangieris gründet Feuerbach seine eigene

⁶⁴ G. Filangieri IV 13.

⁶⁵ Vgl. Anm. 17.

⁶⁶ M. Foucault, Surveiller et punir, zuerst erschienen 1975, hier benutzt: deutsche Übersetzung ("Überwachen und Strafen"), 1977, S. 101 ff.

⁶⁷ G. Filangieri IV 242.

⁶⁸ G. Filangieri IV 242.

⁶⁹ G. Filangieri IV 243.

Zurechnungslehre.⁷⁰ Feuerbach hätte Recht, wenn Filangieri den "Willen" nur bei äußeren Beeinträchtigungen ausschließen würde. Filangieri will jedoch den "Willen" und damit die Möglichkeit der Zurechnung auch bei "inneren" Beeinträchtigungen entfallen lassen, wie schon seine Definition der "Unwissenheit" belegt: "Die Unwissenheit ist, in Beziehung auf die Handlung, derjenige Zustand des Menschen, worin er weder den Zweck noch die Umstände von jener einsieht. Derjenige also, den eine äussere Gewalt zwingt zu handeln; oder der, welcher getrieben von der Begierde den Zweck und die Umstände der Handlung nicht einsieht, nicht einsehen kann; dieser, sage ich, wird kein Verbrecher seyn, wenn er auch die Gesetze übertreten hat."⁷¹

Filangieri steht damit prinzipiell in der auf Pufendorf zurückreichenden und von Chr. Wolff erneuerten Tradition der naturrechtlichen Imputationslehre: Der Mensch, so sagt schon Chr. Wolff ausdrücklich, müsse "causa libera" seiner Handlungen sein,⁷² "imputari nequeunt actiones nisi liberae".⁷³ Darin liegt nicht, wie gelegentlich angenommen wird, ein Widerspruch zu Chr. Wolffs Straftheorie. Chr. Wolff bestimmt im Rahmen seiner psychologischen Proportionalitätstheorie (vgl. oben IV) die Schwere des Verbrechens nach dem "nocumento quod affertur et periculo, quod inde imminet."⁷⁴ In dieses "nocumentum" (also den ideellen Schaden!) paßt er als ein Element die subjektive Tatseite, wie er sie aus seiner Imputationslehre gewinnt, prinzipiell ein.⁷⁵ Dagegen spricht auch nicht sein Hinweis in § 641 der Phil. pract. univ. Er weist dort nur daraufhin, daß seine Imputationslehre "in applicatione tamen non adeo facile" sei, daß er an dieser Stelle die Lehre "in omni sua latitudine" verstehe und die juristische Zurechnung noch besonders behandeln werde: "Quid enim usui fori conveniat, suo loco exposituri sumus". Anders als Thomasius und seine Schule läßt Chr. Wolff eine (innerlich unfreie) bloße (dem psychologischen Willensbegriff Feuerbachs schon nahekommende) "actio spontanea"⁷⁶ für die Zurechnung nicht ausreichen.

Was Feuerbach an Filangieri als Inkonsequenz rügt, nämlich die Abstufung des "dolus" nach Graden der Willensfreiheit, ist deshalb eher eine konsequente Folge der Grundgedanken von Filangieris Zurechnungslehre. Filangieri differenziert drei Grade des "dolus": Der unterste Grad liegt vor, "wenn die antreibende Ursache stark

⁷⁰ J. P. A. Feuerbach (Anm. 2), S. 141.

⁷¹ G. Filangieri IV 243 f.

⁷² Chr. Wolff, *Philosophia practica universalis methodo scientifica pertractata*, pars prior, Neudruck der Ausgabe 1738, 1971, § 527. Einen ersten Überblick über Chr. Wolffs Zurechnungslehre gibt H. Schärfl, *Die Zurechnungslehre Christian Wolffs*, Diss. München 1970.

⁷³ Chr. Wolff (Anm. 72), pars octava, cap. 3, § 528.

⁷⁴ Chr. Wolff (Anm. 72), pars octava, cap. 3, § 625.

⁷⁵ Chr. Wolff (Anm. 72), pars octava, cap. 3, § 631 – 634; vgl. auch die ausdrücklichen Verweise auf die phil. pract. univ. in § 628.

⁷⁶ Ch. Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, zuerst erschienen 1705, hier benutzt: Ausgabe Halae 1718, Lib. I, cap. I, § 70. Zu dieser Tradition vgl. H. Rüping, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortentwicklung in der Thomasius-Schule*, 1968, S. 55 f., 140 ff.

ist, oder die That in der Hitze der Leidenschaft begangen worden", der mittlere Grad, "wenn die antreibende Ursache schwach ist, oder die That mit kaltem Blute und nach reifer Überlegung verübt wurde", der schwerste Grad, "wenn das Verbrechen entweder ohne Ursache, oder aus einer Ursache, bey der aber Treulosigkeit oder grosse Grausamkeit zum Grunde liegt, ausgeübt worden".⁷⁷ Auch diese Gradeinteilung folgt im wesentlichen der Wolffschen Tradition: "Quo magis libera fuerit actio, eo quoque magis imputatur",⁷⁸ und "Si quis deliberato animo dolum committit, magis is imputatur, quam si indeliberato fit animo."⁷⁹ Und auch für ihn sind "malitiosissimi" diejenigen, "qui gratis (sine spe commodi) delinquent",⁸⁰ offensichtlich, weil hier jeder den freien Willen trübende Antrieb gänzlich fehlt.

Schon nicht mehr ganz so eindeutig wolffisch ist hingegen Filangieris Fahrlässigkeitslehre. Einerseits differenziert Filangieri, wie Chr. Wolff (der hierin an die naturrechtliche Imputationslehre seit Pufendorf anschließt),⁸¹ zwischen dem Vorsatz als der eigentlichen voluntativen Schuldart und der Fahrlässigkeit als der "Erkenntnis der Möglichkeit der Wirkung, die die Handlung hervorbrachte".⁸² Dies entspricht der Wolffschen Unterscheidung zwischen dem "dolus" als "defectus actionis a rectitudine quoad voluntatem et noluntatem"⁸³ und der "culpa" als "defectus rectitudinis actionis quoad intellectum vincibilis".⁸⁴ Andererseits läßt Filangieri aber auch die Fahrlässigkeit unter den Willensbegriff fallen: Beim Vorsatz sei der Wille vorhanden, das Gesetz zu übertreten, bei der Fahrlässigkeit "aber bloß der Wille, sich der Gefahr der Übertretung auszusetzen".⁸⁵ Insofern schließt sich Filangieri einer neben der eigentlichen Wolff-Rezeption liegenden gemeinrechtlichen Tradition an: dem Willensschuldbegriff als Oberbegriff über Vorsatz und Fahrlässigkeit, den Böhmer – auch er von der naturrechtlichen Imputationslehre stark beeinflusst – ausdrücklich formuliert.⁸⁶

⁷⁷ G. Filangieri IV 281.

⁷⁸ Chr. Wolff (Anm. 72), § 606.

⁷⁹ Chr. Wolff (Anm. 72), § 709.

⁸⁰ Chr. Wolff (Anm. 72), pars octava, cap. 3, § 633.

⁸¹ Vgl. S. Pufendorf (Anm. 30), liber I, cap. VII, § 16 zur culpa; zu Pufendorfs Zurechnungslehre vgl. im übrigen insbesondere lib. I, cap. V und IX.

⁸² G. Filangieri IV 251. So später auch Feuerbach, aber unier Berufung in erster Linie auf Filangieri, vgl. Feuerbach (Anm. 2), S. 59 f.

⁸³ Chr. Wolff (Anm. 72), § 701.

⁸⁴ Chr. Wolff (Anm. 72), § 717. Die Wolffsche Schule nahm diese Unterscheidung rasch auf, vgl. etwa D. Nettelbladt, *De homicidio ex intentione inditecta commisso*, Halae 1756, §§ 5 und 6; R. Engelhard, *Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besonders des Rechts der "Natur, Frankfurt und Leipzig 1756, § 2. Vgl. dazu R. Frank, Die wolffsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung im XVIII. Jahrhundert*, Göttingen 1887.

⁸⁵ G. Filangieri IV 250.

⁸⁶ J. S. Fr. Böhmer, *Observationes selectae ad Caipzovii practicam novam rerum criminalium*, Francofurti 1759, Obs. 2, qu. 1, § 1; *Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam, accessit vetus ordinatio criminalis*

In der Konsequenz der Wolffschen Zurechnungslehre über Chr. Wolff hinaus geht Filangieri in einem anderen Punkt: Ebenso wie die zur selben Zeit erschienene berühmte Schrift von Christiani⁸⁷ kennt Filangieris Imputationslehre nicht mehr die Figur des "dolus indirectus". Nach der in die mittelalterliche Tradition zurückreichenden und von Carpzov an im gemeinen deutschen Strafrecht herrschenden Lehre vom "dolus indirectus" war die Zurechnung auch solcher Handlungen zum "dolus" möglich, bei denen irgendeine verbotene Handlung begangen wurde, falls nur die Handlung die allgemeine Qualität besaß, diesen Erfolg herbeizuführen.⁸⁸ Wenn auch diese Lehre im Lauf des 18. Jahrhunderts zunehmend entschärft wurde,⁸⁹ ist eine gänzliche Überwindung vor Filangieri nicht ersichtlich.

Filangieris Zurechnungslehre steht nach alledem nicht nur in der Tradition der naturrechtlichen Imputationslehre, sondern sie entwickelt diese sogar bis zur letzten Konsequenz weiter, wobei einer psychologischen Willensdeutung oder deterministisch orientierten Strömungen keinerlei Zugeständnisse gemacht werden.

Um so merkwürdiger muß es zunächst erscheinen, daß Filangieris Psychologie sonst von ganz anderen Prämissen bestimmt wird. Der "Hang zu angenehmen und der Abscheu vor unangenehmen Empfindungen" sind, meint Filangieri unter Berufung auf Helvetius, die "zwey Triebkräfte ..., welche den Menschen in Bewegung setzen";⁹⁰ der "weisen Gesetzgebung" wird aufgegeben, "sich jenes grossen Triebkrads des menschlichen Herzens, der Selbstliebe", zu bedienen.⁹¹ Ja, die Straftat wird gerade durch die psychologische Grundbedingung erklärt: Der Mensch "sieht zwar gute Gesetze als die Stütze seiner Sicherheit an; aber zugleich sieht er auch mit Mißfallen durch sie seine Leidenschaften aufgehalten".⁹² "Dergleichen Betrachtungen machen zwar den Rechtschaffenen die Beobachtung der Gesetze nicht vergessen; inzwischen entsteht durch sie bey dem Schlechtendenkenenden der heimliche Vorsatz, andere immer in dem Zaum der Gesetze zu seiner Sicherheit zu lassen, sich selbst aber, um seines Vortheils willen demselben zu entziehen".⁹³

Bambergensis, Brandenburgica, Hassica, Halae/Magdeburgicae 1770, Art. 133, §§ 4 – 8. Vgl. dazu F. Schaffstein (Anm. 12), S. 123, und insbesondere G. Boldt, Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936, S. 14B ff. Böhmer ist neben Cremani der einzige zeitgenössische Strafrechtsdogmatiker, mit dem Filangieri sich mehrmals auseinandersetzt.

⁸⁷ J. Christiani, Die Chimäre eines Todtschlags aus indirectem Vorsatze (anonym erschienen), Kielisches Magazin vor die Geschichte, Statsklugheit und Statenkunde, hrsg. von Heinze, Bd. 1, 1783, S. 345 – 335.

⁸⁸ Vgl. dazu F. Schaffstein (Anm. 12), S. 117 ff.; A. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1, Abt. 1, Leipzig 1895, besonders S. 16f ff.

⁸⁹ Zum Schädigungswillen bei Leyser und der Erfolgs ein willigung bei Böhmer vgl. F. Schaffstein (Anm. 12), S. 122 ff.

⁹⁰ G. Filangieri I 248.

⁹¹ G. Filangieri I 54.

⁹² G. Filangieri IV 11.

⁹³ G. Filangieri IV 12.

In dieser Psychologie kombiniert Filangieri, auch hierin paradigmatisch für die letzten Jahrzehnte des 18. Jahrhunderts, Hume mit Helvetius, zwei Autoren, die er beide sehr schätzt.⁹⁴ Grundsätzlich behauptet Filangieri einen Keim des Mitleids, der Wohltätigkeit und der Freundschaft im Herzen des Menschen,⁹⁵ ohne jedoch jemals einen Deut davon abzuweichen, daß allein die Selbstliebe, die Sucht nach Lust und Vermeidung von Schmerz, den Menschen leitet (s. o.). Das ist zwar nicht mehr das egoistische Individuum im Sinne der Tradition von Hobbes und Mandeville,⁹⁶ das ist vielmehr die bei aller Selbstliebe durch Sympathie altruistische Persönlichkeit, die Hume als vorläufiger Endpunkt in einer durch Mandevilles Gegenspieler Shaftesbury begründeten historischen Tradition uns vorstellt.⁹⁷ Das gilt für den ("rechtschaffenen") Normalbürger. Daneben gibt es aber den Rechtsbrecher, den "Schlechtendenkenenden" (s. o.), der sich dem Gesetz entziehen will und der die Sanktionen des Gesetzes braucht, um endlich zu merken, daß auch sein Glück in der Tugend liegt. Da spricht Helvetius,⁹⁸ der den durch Hume scheinbar endgültig beigelegten Streit zwischen den Thesen vom natürlichen Egoismus und vom natürlichen Altruismus wieder entfacht; bei diesen Menschen kann allein die Drohung des Gesetzes die Selbstliebe auf den Weg der Rechtschaffenheit führen. Die Abwendung vom Gesellschaftsvertragsmodell und die Hinwendung zu "Interessen"-Modellen (für den "Rechtschaffenen") und der Drohung durch das Gesetz (für den "Schlechtendenkenenden") (vgl. oben 3 a. E.) erfährt hierdurch ihre psychologische Untermauerung. Wie aber paßt der Wolffsche Indeterminismus von Filangieris Imputationslehre zu seiner durch die britisch-französische Tradition des Sensualismus bestimmten Psychologie des potentiellen Straftäters? Diese Beziehung von Imputation und Prävention ist nun genauer zu bestimmen.

⁹⁴ Vgl. etwa zu D. Hume F I 309; zu Helvetius G. Filangieri I 247, 309.

⁹⁵ G. Filangieri I 80.

⁹⁶ Vgl. Th. Hobbes (Anm. 29), Teil I, Cap. 13; B. de Mandeville, Die Bienenfabel oder private Laster, öffentliche Vorteile, zuerst erschienen 1744, Kurzfassung bereits 1705, hier benutzte Ausgabe: deutsche Übersetzung von Bobertag, hrsg. von Euchner, Frankfurt a.M. 1980, S. 94.

⁹⁷ Shaftesbury, Anthony Ashley Cooper, Third Earl of Sh., Characteristicks of Men, Manners, Opinions, Times, zuerst erschienen 1711, hier benutzt: Neudruck Meisenheim/Glan 1978, vol. II, S. 22 ff., 216; vgl. dazu P. Kondylis, Die Aufklärung im Rahmen des neuzeitlichen Rationalismus, 1981, S. 393 ff.; D. Hume (Anm. 40) book III, Chapter III.

⁹⁸ C. A. Helvetius (Anm. 40) sowie ders., De l'homme, de ses facultés et de son éducation, zuerst erschienen 1792, hier benutzt: Oeuvres complètes, Paris 1795, Bd. VII, S. V; Bd. XII, S. 215. Vgl. dazu G. Zarone (Anm. 41), S. 33 ff.; Zur Tradition, in der Helvetius hierbei steht, vgl. etwa J. Locke, An Essay concerning human understanding, zuerst 1690, hier benutzt.: deutsche Übersetzung "Versuch über den menschlichen Verstand", übersetzt von C. Winckler, Bd. I, 1913, Buch II, Kap. 20 ("Modi der Freude und des Schmerzes"); Condillac, Abbé de, Traité des sensations, zuerst erschienen 1754, hier benutzt.: Oeuvres philosophiques de Condillac, Bd. 1, ed. par G. leRoy, Paris 1947, S. 219 – 319, besonders S. 224 – 233.

6. Prävention durch Imputation

Wie Filangieri im Zusammenhang mit seiner Imputationslehre sagt, hält er die Berücksichtigung der subjektiven Seite der Straftat aus präventiven Überlegungen heraus für nötig: "... und wenn die Absicht des Gesetzes bey den Strafen darin besteht, den, der das Gesetz noch nicht übertreten hat, von der Nachahmung des Beyspiels desjenigen, der es übertreten, abzuhalten, und den Staat vor fernem Übeln sicher zu stellen die ihm der Übertreter zufügen würde, wenn er nicht durch die Strafe entweder gebessert, oder durch sie ausser Stande gesetzt würde, ihn ferners zu beleidigen; wenn dieß, sage ich, die zwey einzigen Endzwecke der Strafen sind, erfordert da etwan nicht der zweyte darunter, daß derjenige Übertreter der durch seine That eine grössere Bosheit des Herzens, eine grössere Anlage zu ändern Vergehungen an den Tag gelegt hat, härter bestraft werde...?"⁹⁹

Mit den Strafzwecken der Generalprävention und der Spezialprävention, beide wiederum als Mittel für den obersten Zweck der Erhaltung der Gesellschaft (vgl. oben 4), liegt Filangieri völlig im Trend der Zeit: in der von Hobbes begonnenen Tradition der Verbindung von Generalprävention und Spezialprävention als den einzigen Strafzwecken, einer Lehre, die unter den Strafrechtsphilosophen der Aufklärungszeit viele Anhänger fand.¹⁰⁰ Anders als bei Grotius und in der mittelalterlichen Jurisprudenz und Moralthologie, anders aber auch als bei vielen Juristen der gemeinrechtlichen Tradition des 17. und 18. Jahrhunderts, wird Tatvergeltung nicht mehr als Strafzweck akzeptiert, denn ein Zweck darf nicht "nutzlos" sein,¹⁰¹ braucht man Schuldausgleich aber auch nicht als Rechtfertigung der Strafe, denn dazu dienen die (oben 3) erwähnten Vertragsmodelle.

Es hat nun für Filangieri spezialpräventive Gründe, wenn er die subjektive Tatseite und damit seine Imputationslehre in das Proportionalitätsmodell mit einbaut. "Größere Bosheit des Herzens" kann, wenn diese Bestimmung in Relation zu seiner Imputationslehre gebracht wird, nur bedeuten: mehr Überlegung und weniger Bewegung durch Leidenschaft. Offensichtlich – diese Überlegung Filangieris ist freilich nicht zwingend¹⁰² – geht er davon aus, daß Besserung und Unschädlichmachung nur in geringerem Maße erforderlich sind, wo der Täter durch Leidenschaften bewegt wird.

⁹⁹ G. Filangieri IV 211.

¹⁰⁰ Vgl. *Th. Hobbes*, *De cive*, zuerst erschienen 1642 (2. veränderte Aufl. 1647), hier benutzt: *Opera philosophica*, hrsg. von *Molesworth*, Bd. 2, Londini 1839, S. 133 ff.; *J. Locke* (Anm. 34), § 8; *Ch. Thomastius* (Anm. 31), § 27; *Chr. Wolff* (Anm. 44), Teil I, Cap. III, § 346; ders., (Anm. 28), pars prima, Cap. III, § 1058; *C. Beccaria* (Anm. 8), § 12. Vgl. *W. Blachstone* (Anm. 16), S. 11.

¹⁰¹ Vgl. schon *Th. Hobbes* (Anm. 100), § 11.

¹⁰² *J. P. A. Feuerbach* geht in seiner Polemik mit *K. Grolmann* bekanntlich vom Gegenteil aus, vgl. *J. P. A. Feuerbach*, *Revision* (Anm. 2), Bd. 1, Erfurt 1799, S. 32.

Während die subjektive Tatseite, genauer: die *imputatio facti* als Feststellung des Ausmaßes der Willensfreiheit, in dieser Weise sich allein an der Spezialprävention orientiert, zielt die objektive Seite, genauer: die *imputatio iuris* der Proportion von Straftat und Strafe auf beide Proportionen: Die "Qualität" des Verbrechens, der gesellschaftliche Wert des verletzten Gesetzes, bestimmt in seinem Umfang das Bedürfnis nach Spezial- und Generalprävention: "Nach dem Maaße, als der übertretene Vertrag der Gesellschaft kostbarer ist, muß auch die Strafe grösser seyn, sowohl deswegen, weil die Gesellschaft einen wichtigern Beweggrund hat, den Verbrecher zu fürchten, als auch, weil ihr Interesse grösser ist, die ändern Menschen abzuschrecken".¹⁰³

Bemerkenswert an der Position Filangieris im Vergleich mit dem Diskussionsstand der Zeit ist sowohl, daß der objektive wie der subjektive Schweregrad der Straftat ausnahmslos aus den Strafzwecküberlegungen, also den beiden Präventionen, erklärt wird, als auch, wie diese Argumentation im einzelnen verläuft. Dies soll hier an zwei Punkten verdeutlicht werden: an der Art, wie der objektive Tatschwere-Maßstab überhaupt präventiv herangezogen wird, und an Filangieris Verbindung der objektiven und subjektiven Proportionalitätselemente.

Tatschwere und Prävention stehen mitunter, etwa bei Beccaria, aber auch noch bei von Soden, ziemlich unverbunden nebeneinander: Wo zwei verschiedene Proportionalitätsmaßstäbe herangezogen werden, eine "Natur der Sache"-Proportion und eine psychologische Proportion, gehen Präventionsüberlegungen natürlich nur mit der zweiten Art von Proportion einher.¹⁰⁴ Aber auch, wo der Schaden der Gesellschaft und davon unterschieden der Vorteil des Verbrechers die Schwere der Tat bestimmen, setzt die präventiv orientierte Proportion nur am zweiten Maßstab an.¹⁰⁵ Seit Chr. Wolff aber gibt es Versuche, beide Gesichtspunkte ineinander zu denken: Die Schwere des Verbrechens wird, wie wir sahen, an eben ihrer potentiellen Exempelwirkung bemessen; Schaden ist dann identisch mit der Bedrohung der Gesellschaft durch zukünftige Verletzungen.¹⁰⁶ Dieses Konzept ist zwar in sich stimmig, führt aber u. U. zu der kriminalpolitisch und im Hinblick auf Gerechtigkeitsüberlegungen unerwünschten Folge, daß geringfügige Delikte, zu denen der Antrieb infolge Verführung durch das Beispiel besonders groß ist, relativ härter bestraft werden müssen als Kapitaldelikte, zu denen man sich üblicherweise nicht so leicht verführen läßt. Das Problem wird gelegentlich auch erkannt, etwa

¹⁰³ G. Filangieri IV 273.

¹⁰⁴ Vgl. *C. Beccaria* (Anm. 8), §§ 12 ff. und 19.

¹⁰⁵ *J. F. von Soden*, *Geist, der teutschen Criminal-Gesetze*, 1, Bd., Dessau 1782, S. 58 f.

¹⁰⁶ Vgl. *Chr. Wolff* (Anm. 53). Dies läßt es zweifelhaft erscheinen, ob man ausnahmslos die aufklärerische Orientierung an der Sozialschädlichkeit der rechtspolitisch vieldeutigen Rechtsgutsorientierung antithetisch gegenüberstellen kann, wie es Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 4 ff., 233, – im Grundsatz wohl zu Recht – tut Auch die Sozialschadenslehren der Aufklärer sind mitunter mehrdeutig und enthalten als Ausrichtung am "ideellen" Schaden viele der Probleme, die Amelung bei den Rechtsgutlehren aufzeigt.

von Klein,¹⁰⁷ der ihm freilich durch eine bestimmte – später noch zu betrachtende – Kombination mit dem subjektiven Tatschweremaßstab zu entgehen sucht. Filangieri, der dieses Dilemma offensichtlich auch sieht, stellt für seine Proportion deshalb auf die soziale Bedeutung der Tat und nicht auf das zur Abschreckung entsprechender Taten mutmaßlich Erforderliche ab. Was aus der Tradition der psychologischen Proportion übrigbleibt (vgl. oben 4 a. E.), geht reduziert auf den Gesichtspunkt der Erforderlichkeit unselbständig in diesen Maßstab ein: "Jene Strafen sind folglich die vorzüglichsten, welche, obgleich immer in dem nöthigen Verhältnis mit dem Verbrechen, durch den kleinst möglichen Schmerz des Übertreters, den größtmöglichen Abscheu vor Missethaten ... hervor bringen"¹⁰⁸.

Für das Präventionsbedürfnis soll deshalb nicht unmittelbar die Einwirkungsmöglichkeit auf Täter und potentielle Täter, sondern das Interesse der Gesellschaft an der Verhinderung bestimmter Taten ausschlaggebend sein. Damit kehrt Filangieri zwar, wie wir schon (oben 3) sehen konnten, zu einem "Natur der Sache"-Maßstab zurück, jedoch nicht zu einem von der Prävention unabhängigen. Ebenso wenig bedeutet dieses Wiederaufgreifen der "Natur der Sache"-Proportion die Rückkehr zu einem am materiellen Schaden orientierten Tatschweremaßstab. Das "Psychologische" an der psychologischen Proportion wird lediglich auf eine andere Gruppe bezogen: nicht mehr auf die Geneigtheit beim Täter oder potentiellen Täter, sondern auf das Sanktionsbedürfnis der Gesellschaft, das freilich nicht willkürlich walten soll, sondern orientiert an der Erhaltung der Gesellschaft.

Aber auch bei der Integration der subjektiven Tatseite in eine präventionsorientierte Proportion beschreitet Filangieri neue Wege, wenn auch die Berücksichtigung der subjektiven Tatseite für die Prävention keineswegs als solche neu ist.¹⁰⁹ Gerade die geschilderten Schwierigkeiten mit der psychologischen Proportion führten einige Autoren dazu, Abschreckungsnotwendigkeit und Tatschwere über die Berücksichtigung der inneren Tatseite zu harmonisieren. Klein widerlegt seinen vorhin wiedergegebenen Einwand, indem er betont, es gehe ja nicht um Vernunftgründe zum Begehen von Straftaten – Vernunftgründe, die in der Tat größer sein könnten im Hinblick auf geringere Straftaten – Vernünftige Menschen würden vielmehr ohnehin das Gesetz nicht übertreten. Deshalb seien Maßstab des Präventionsbedürfnisses allein die dem Gesetz widerstrebenden Kräfte, die Kräfte der Bosheit. Der Grad dieser Bosheit aber könne mit dem

(materiellen) Schaden, der Tatschwere, in eine positive Korrelation gesetzt werden.¹¹⁰ Ganz ähnlich argumentieren Servin und Wieland.¹¹¹ Über den Wunsch, einem ändern zu schaden, wird eine Verbindung zwischen dem Vergnügen an der Tat und der objektiven Tatschwere hergestellt. Auch hier ist das Vergnügen am Verbrechen nicht an der ratio des Täters, sondern am "bösen Willen" orientiert.

Einer solchen Einbeziehung der subjektiven Tatseite kann Filangieri deshalb nicht folgen, weil sich seine Imputationslehre gerade umgekehrt noch am Ausmaß des Nichtdeterminiertseins des Willens orientiert. Er verwendet die subjektive Tatseite zur Ausfüllung des Rahmens, den die Gesellschaftsschädlichkeit der Straftat eröffnet, und behält gleichwohl die Präventionsorientierung auch dieser Rahmenausfüllung aufrecht. Bei genauerem Hinsehen freilich bemerkt man, daß die Bedeutung der subjektiven Tatseite auch über die Rahmenausfüllung hinausgeht: Wo der "Wille" gänzlich fehlt, entfällt auch die Strafbarkeit gänzlich. Insofern ist die (subjektive) Imputation der Handlung zugleich notwendige Bedingung der Bestrafung überhaupt. Wer die Tat "unfreiwillig" begeht, "wird kein Verbrecher seyn, wenn er auch die Gesetze übertreten hat".¹¹²

Damit aber zeigt sich die Berücksichtigung der subjektiven Tatseite im Sinne der naturrechtlichen Imputationslehre zugleich als eine weitere und sehr wichtige Begrenzung der zweckorientierten Proportion. Diese praktische Bedeutung mag vielleicht verständlich machen, warum Filangieri trotz seiner sensualistischen Psychologie am Wolffschen Indeterminismus für die Zurechnung der Straftat festhält. Darin zeigt sich ein praktisches Interesse an der Eindämmung der Strafpraxis, das noch deutlicher in seiner historischen Sicht des Proportionalitätsprinzips hervortritt.

7. Die Milderung des Strafrechts bei Vervollkommnung der Gesellschaft

Die betrachtete Proportionalität ist für Filangieri in mehrfacher Hinsicht variabel. Der "relative Werth der gesellschaftlichen Rechte" verändert sich "nach der Verschiedenheit der politischen Verhältnisse",¹¹³ nach der "Moralität" eines Volkes,¹¹⁴ nach seinen "besonderen Anlagen", ja "das Klima sogar und andere

¹⁰⁷ E. F. Klein, Vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit, zweytes Stück, Leipzig 1780, S. 45 f.

¹⁰⁸ G. Filangieri IV 19 f.

¹⁰⁹ Vgl. den 1780 verfaßten, aber erst 1789 erschienenen Versuch J. Benthams, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation; hier benutzte Ausgabe; The Works of Jeremy Bentham, hrsg. von Bowring, Neudruck der Ausgabe 1838, "New York 1962, vol. 1, S. 1 – 154, Chapter XV, besonders § 3, S. 84, das Prinzip der Imputation zum Willen aus der (General-)Prävention sogar herzuleiten; dazu M. Baurmann, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981, S. 19 ff.

¹¹⁰ E. F. Klein (Anm. 107), S. 46 ff.

¹¹¹ Servin, De la législation criminelle, Basle 1782, S. 26 ff.; E. C. Wieland (Anm. 46), S. 452 ff., §§ 334 ff.

¹¹² G. Filangieri IV 244. Zu einer ähnlichen Kombination von Prävention und am freien Willen orientierter Imputation bei dem späteren Stübel vgl. C. Schöneborn, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980), S. 682, 692 f.

¹¹³ G. Filangieri IV 3.

¹¹⁴ G. Filangieri IV 4.

physische Umstände"¹¹⁵ können diesen relativen Wert bestimmen. Am gewichtigsten sind freilich die historischen Veränderungen, denn die historische "Vervollkommnung der Gesellschaft" umfaßt auch die "politischen Verhältnisse" und die "Moralität". Klima und andere physische Verhältnisse veranschlagt er für das Strafrecht als gering.¹¹⁶

In seinem strafrechtlichen Evolutionsmodell argumentiert Filangieri zunächst zweigleisig: "Wenn, zugleich mit der Vervollkommnung des Staates und der Gesellschaft, der absolute Werth aller gesellschaftlichen Rechte in demselben Verhältnis mit dem öffentlichen Wohlstand wächst; wenn, so wie dieser immer mehr zunimmt, auf der ändern Seite der Reizungen zu Verbrechen weniger werden, und der Verlust der gesellschaftlichen Vortheile empfindlicher schmerzt: so ist klar, daß die Strafen nach dem Verhältnis der Vervollkommnung der Gesellschaft ohne Gefahr können gemildert werden".¹¹⁷

Durch den wachsenden öffentlichen Wohlstand würden zum einen die Reizungen zum Verbrechen geringer (eine frühe Variante der Anomietheorie!) und zum anderen schmerze der Verlust der gesellschaftlichen Rechte empfindlicher. Vicos und Montesquieus Argument, in freien Staaten könnten die Strafen milder sein",¹¹⁸ wird damit offensichtlich historisch gewendet, es wird verbunden mit dem Ende des 18. Jahrhunderts verbreiteten historischen Fortschrittsmodell.¹¹⁹ Die (wenigeren) Straftaten in einem durch Wohlstand gefestigten gesellschaftlichen Zustand sind offensichtlich der Erhaltung der Gesellschaft weniger abträglich – ganz konsequent muß Filangieri nach seiner Proportionalitätslehre für mildere Strafen plädieren. Aber er sieht noch einen anderen, weniger rationalen Grund für die Milderung der Strafen; "Endlich, hat ein Volk große Fortschritte in der Cultur gethan: Sind seine Sitten verfeinert: Ist es menschlich und fühlend, und verabscheut es Grausamkeiten: Dann muß das Strafgesetzbuch gleichfalls gemässigt, gleichfalls verfeinert eingerichtet werden. Wenn die Gesetze in Widerspruch zu den Sitten stehen, dann werden entweder die Sitten verderbt, oder die Strenge der Gesetze wird vereitelt".¹²⁰

Allein in dieser These von der gefühlsbedingt zunehmenden Milderung der Strafen hat Filangieri in Beccaria einen Vorläufer. Beccaria stellt jedoch, anders

¹¹⁵ G. Filangieri IV 5.

¹¹⁶ Vgl. G. Filangieri I 302 – 311 als Kritik an Montesquieus (angeblicher) Überbewertung des Klimas und G. Filangieri IV 233 f. zum geringen Einfluß der anderen physischen Faktoren.

¹¹⁷ G. Filangieri IV 5 f.

¹¹⁸ Vgl. G. Vico, De universi iuris uno principio et fine uno, zuerst erschienen Neapel 1720, hier benutzt: Ausgabe "Il diritto universale", a cura di Nicolini, parte prima, Bari 1936, Cap. 204. § 4; Montesquieu (Anm. 50), livre VI, chap. XI, IX.

¹¹⁹ Überblicke bei E. Cassirer, Die Philosophie der Aufklärung, Tübingen 1932, S. 263 ff.; P. Kondylis (Anm. 97), S. 421 ff.

¹²⁰ G. Filangieri IV 205.

als Filangieri, auf die wachsende Empfindsamkeit beim potentiellen Täter ab,¹²¹ die – getreu seiner psychologischen Proportionalitätslehre – geringere Strafen zur Abschreckung ausreichen läßt. Filangieri dagegen wendet auch hier (wie oben 6) den Blick von der Psychologie des Täters zu der der strafenden Gesellschaft. Seine Milderungsprognose fußt also auf ökonomischen Überlegungen auf der einen Seite und auf dem Gefühl der Menschlichkeit auf der anderen, Aspekte, die sich in der strafrechtsphilosophischen Aufklärung nicht selten verbünden.¹²² Auch das Gefühlsargument läßt sich dabei mit dem Proportionalitätsgedanken in Einklang bringen. Wo die Gesetze grausamer sind als es dem Gerechtigkeitsgefühl des Volkes entspricht, laufen sie selbst dem Rechtsfrieden zuwider. Hier klingt bereits eine "positive" Generalprävention an.

Filangieris über die Proportion verlaufende Milderungsprognose wird begründet mit seiner Lehre von der Geschichte der Gesetzgebung, mit einem Phasenmodell: Im Kindesalter der Völker seien die Gesetze schwach, widersprüchlich und leichtsinnig. Das folgende Jugendalter sei bestimmt durch Leidenschaft, Begierden, Hoffnungen und Gefahr, und erst im Mannesalter der Völker würden die Gesetze gänzlich verbessert.¹²³ Im Strafrecht bedeutet dies die Entwicklung von der durch die Gesetzgebung lediglich gebremsten Rache über die Wiedervergeltung zur Präventionsorientierung im reifen Alter.¹²⁴ Die im Hinblick auf die Geschichte "relative Güte" der Gesetze zeige sich hierbei darin, daß auch die Gesetze der Barbaren (damit meint er die zweite Phase) "in den Augen des philosophischen Beobachters stets eine Schicklichkeit" haben, wenngleich sie unvollkommen sind und erst der "reife Staatskörper" die ihm angemessene Vollkommenheit erlangt.¹²⁵ So muß die Stufe der Wiedervergeltung zwar aus einem Gesetzbuch einer zur Reife gekommenen Nation getilgt werden, für einen bestimmten barbarischen Entwicklungszustand aber würde selbst ein Locke, so meint Filangieri, sie entwerfen,¹²⁶ der für den Neapolitaner immerhin der "größte Denker Europas" ist.¹²⁷ Denn gegenüber der Maßlosigkeit der Rache bedeute Wiedervergeltung eben einen Fortschritt. Diesen Relativismus verknüpft Filangieri noch deutlicher mit einem Fortschrittsmodell, indem er

¹²¹ C. Beccaria (Anm. 8), § 47, W. Blackstones (Anm. 16, S. 407 – 443) Geschichtsmodell orientiert sich dagegen an einem Fortschreiten zur Freiheit, ohne den Milderungsgedanken aufzugreifen.

¹²² Zum weltanschaulich sehr vielfältigen Hintergrund der Proportionalitätsforderungen bei den Strafrechtsphilosophen der Zeit vgl. L. Günther (Anm. 23), S. 167 f.; E. Hertz, Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Geschichte des Aufklärungszeitalters, Stuttgart 1887, S. 430; G. Kleinheyer, Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez vor dem preußischen Kronprinzen, 1959, S. 100; W. Küper, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1963, S. 69 f.; F. Lohmann (Anm. 55), S. 27, 38 f.; F. Willenbücher (Anm. 55), S. 13 ff.

¹²³ G. Filangieri I 356 – 358.

¹²⁴ G. Filangieri IV 131 – 181.

¹²⁵ G. Filangieri IV 133.

¹²⁶ G. Filangieri IV 164 – 166.

¹²⁷ G. Filangieri IV 33.

Mandeville historisch wendet: Die Reife der Strafrechtsphilosophie seiner Zeit führt er gerade auf die Auswüchse der Wiedervergeltungslehre zurück.¹²⁸

Die auch in Filangieris Proportionalitätslehre hineinspielende Kombination von Relativismus und Perfektionsidee kann hier nicht weiter verfolgt werden.¹²⁹ Erwähnt sei nur, daß für die Forderung nach einer Strafgesetzgebung beide Aspekte von ganz entscheidender Bedeutung gewesen sein dürften. Die Entwicklung im Laufe des 18. Jahrhunderts hin zu einer verstärkten Beachtung natürlicher und historischer Gegebenheiten etwa seit Montesquieu, in England noch eher, hat unter den Strafrechtsphilosophen das Verlangen nach einer (geographisch und historisch verschiedenen) positiven Regelung hervorgerufen.¹³⁰ Der gleichfalls vorhandene Aspekt der Perfektionsidee dürfte andererseits, da er der "vernunftrechtlichen" Tradition näherstand, das Entstehen vernunftrechtlich motivierter Kodifikationen begünstigt haben. Beide Überlegungen hatten in dem als "willkürlich" empfundenen Richterrecht dasselbe Feindbild. Nicht also die Aufteilung in ein "absolutes" und ein "relatives" Naturrecht war neu – sie ist das ganze Mittelalter hindurch diskutiert worden¹³¹ –, sondern die besondere Ausprägung, die beide Gesichtspunkte Ende des 18. Jahrhunderts erfuhren.

8. Schluß

Der Überblick über Filangieris Proportionalitätslehre dürfte gezeigt haben, wie sehr dieses scheinbar formale Detailproblem von einer Reihe zentraler Diskussionspunkte der strafrechtlichen Aufklärungsphilosophie abhängig ist. Filangieris schon früh als "Summa" einer rechtsphilosophischen Epoche verstandenes Werk ermöglicht den Zugang zu verschiedenen Traditionslinien der Strafrechtsphilosophie des 17. und 18. Jahrhunderts. Seine Strafrechtsphilosophie vermittelt zwar ein weit komplexeres Bild der strafrechtlichen Aufklärung, als es in dem noch für unsere Auffassungen bestimmenden 19. Jahrhundert gezeichnet wurde. Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Zurechnung und Prävention waren aber unumstritten die Ecksteine einer philosophisch orientierten

¹²⁸ G. Filangieri IV 175.

¹²⁹ Ausführliche Hinweise geben die Interpretationsversuche von U. Spirito (Anm. 42), S. 25 ff, und S. Cotta Gaetano Filangieri e 11 problema della legge, Torino 1954, S. 112.

¹³⁰ Zu dieser Entwicklung vgl. W. Sombart, Die Anfänge der Soziologie, in: Erinnerungsgabe für Max Weber, hrsg. von M. Palyi, München und Leipzig 1923, I. Bd., S. 3 – 19; H. Thieme, Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie, SZGerm 56 (1936), S. 202, 211 ff.; G. Dilcher, Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht, JZ 1969, 1 – 7; zu England F. Meinecke, Klassizismus, Romantizismus und historisches Denken im 18. Jahrhundert, 1936, in: ders., Zur Theorie und Philosophie der Geschichte, Werke Bd. IV, 2. Aufl. 1965, S. 264, 276.

¹³¹ Zu "Ius naturae primaevium" und "secundarium" und ähnlichen Formulierungen in Antike und Mittelalter vgl. K. Seelmann, Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom dominwm, Köln u.a. 1979, S. 106 ff.

Strafrechtswissenschaft. Eine Kluft zwischen Strafrechtstheorien und "Allgemeinen Lehren vom Verbrechen" entstand erst später.

Der Text gibt den Vortrag wieder, den Prof. Dr. Kurt Seelmann in Budapest am 28. März 2003 gehalten hat.

Rechtsgeschichtliche Vorträge

Publikation des Lehrstuhls für Ungarische Rechtsgeschichte
Eötvös Loránd Universität Budapest

1. Kurt Seelmann:

Hegels Versuche einer Legitimation der Strafe in seiner Rechtsphilosophie von 1820
Budapest 1994

2. Wolfgang Sellert:

Der Beweis und die Strafzumessung im Inquisitionprozeß, Budapest 1994

3. Wilhelm Brauner:

Grundrechtsentwicklung in Österreich, Budapest 1994

4. Barna Mezey:

Kerker und Arrest (Anfänge der Freiheitsstrafe in Ungarn), Budapest 1995

5. Reiner Schulze:

Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte - zu den gemeinsamen Grundlagen
europäischer Rechtskultur, Budapest 1995

6. Kurt Seelmann:

Feuerbachs Lehre vom "psychologischen Zwang" und ihre Entwicklung aus
Vertragsmetaphern des 18. Jahrhunderts, Budapest 1996

7. Kinga Beliznai:

Gefängniswesen in Ungarn und Siebenbürgen im 16-18. Jahrhundert
(Angaben und Quellen zur Geschichte des ungarischen Gefängniswesens) Budapest 1997

8. Michael Köhler:

Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte, Budapest 1998

9. Attila Horváth:

Die privatrechtliche und strafrechtliche Verantwortung in dem mittelalterlichen Ungarn
Budapest 1998

10. Allan F. Tatham:

Parliamentary Reform 1832-1911 in England, Budapest 1999

11. Arnd Koch:

Schwurgerichte oder Schöffengerichte? C.J.A. Mittermaier und die Laienbeteiligung im
Strafverfahren, Budapest 2002

12.

Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der deutschen Rechtsgeschichte
Die Entwicklung des Strafsystems und der Straftheorie in Europa
Deutsch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar I.

13.

Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der ungarischen Rechtsgeschichte
Die Entwicklung des Strafsystems und der Straftheorie in Europa
Deutsch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar II.

14. Markus Hirte:

Poenae et poenitentiae – Sanktionen im Recht der Kirche des Mittelalters,
Budapest 2003

15. Werner Ogris:

W. A. Mozarts Hausstandsgründung, Budapest 2003

16. Hoo Nam Seelmann:

Recht und Kultur, Budapest 2003

17. Arnd Koch:

Die Abschaffung der Todesstrafe in der DDR, Budapest 2003

18. Kurt Seelmann:

Gaetano Filangieri

In Vorbereitung:

Elisabeth Koch:

Die historische Entwicklung der Kodifikation des Privatrechts

Barna Mezey:

Einführung in die ungarischen Aufklärung

Michael Anderheiden:

„Selbstverschuldete Unmündigkeit“ Philosophische Erläuterungen zur Aufklärung

Angela Augustin:

Strafbarkeit des Betrugs in England des 18. Jahrhunderts

Harald Maihold:

Strafen am Leichnam

Attila Barna:

Verwaltungsreformkonzeption des Josephinismus in Ungarn

„Strafrecht der Aufklärung“ Schweizisch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar
2003.