

2

Literarische Tätigkeit

Loenings teilweise sehr umfangreiche Werke lassen sich unter drei Kategorien fassen und betreffen verschiedenste Gebiete: Zu gliedern ist hier im Einzelnen in die rein-historischen, die dogmatischen sowie die rechtsphilosophischen bzw. ästhetischen Studien und Werke. Da es in einer Gesamtbetrachtung darum geht, Loenings bestimmenden Ansatz darzustellen und hinsichtlich seiner hinterlassenen Werke den Versuch einer Einordnung und Wertung vorzunehmen, erscheint es in Anbetracht der auseinanderfallenden Forschungsgegenstände seines Werkes vorteilhaft, zunächst die hervorstechenden Grundpositionen und Überzeugungen Loenings als Ausgangspunkte zu kennzeichnen. Zur vorzunehmenden Analyse finden sich in verschiedensten Schriften Loenings geeignete Aussagen, seine Grundhaltung und Arbeitsweise zu bestimmen, ohne dass Loening eine Methodenlehre an sich verfasst hätte. Die Erfassung von Kernaussagen der Einzelwerke soll im Anschluss daran erfolgen.

Der Darstellung sind verschiedentlich Originalzitate eingefügt. Diese sollen unmittelbaren Zugang zu Loenings Aussagen eröffnen.

A. Ausgangspunkte

Das Hauptaugenmerk der Untersuchung liegt auf der Darstellung und Erläuterung von inhaltlichen Grundpositionen und wissenschaftlicher Arbeitsmethode Loenings. Zur sachgerechten Einordnung und zum adäquaten Verständnis der Werke ist eine Erfassung der teilweise sehr gegensätzlichen Positionen und Auffassungen in Rechtswissenschaft und Dogmatik des 19. Jahrhunderts nötig gewesen. Dabei wird die folgende Darstellung auf das beschränkt, worauf Loenings Beiträge einen Bezug herstellen. Der Kontext betrifft sowohl den Hintergrund der geistigen und sozialen Strömungen dieser Epoche, als auch den Stand der Strafrechtswissenschaft, welche Loening selbst, als „tiefgründige[r] Kenner [...] der Geschichte der Rechtswissenschaft“¹⁷², in den „besten Ausführungen über die Geschichte

172 Eb. Schmidt, Einführung, S. 304.

der Strafrechtswissenschaft der letzten 150 Jahre, die wir besitzen“¹⁷³, eingehend zusammengefasst hat. So soll eine systematische und wissenschaftsgeschichtliche Einordnung der Aussagen ermöglicht werden.

I. Philosophisch-geschichtliche Ausgangspunkte

Die geistig-politischen Strömungen, die bis zur „Jahrhundertwende 1914“¹⁷⁴ zunächst zu nennen sind, sind Liberalismus und Nationalismus. Der gemäßigte reformerische Liberalismus hatte sich den nationalen zugleich als starken Staat gewünscht.¹⁷⁵

Zurück lag die Epoche des Vormärz', in der die Welt im Begriffe war, bürgerlich und modern zu werden: Umbrüche dieser Periode – vom Ständestaat zur Bürgergesellschaft, vom Naturrecht zum Historismus und Positivismus, von Klassik und Romantik zur Rezeption der Wirklichkeit – vollzogen sich. Emotionale Raster und Begriffsprägungen dieser Zeit stehen uns auch heute noch nahe.¹⁷⁶ Der deutsche Liberalismus in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist vor allem eine politische Bewegung, die ganz im Geiste der Aufklärung, den Rechts- und Verfassungsstaat sowie die Mitbestimmung des Volkes an der Regierung der Nation forderte.

Loening wurde im Revolutionsjahr 1848 in Frankfurt a.M. geboren. Die Atmosphäre in seinem Vaterhaus war geprägt durch die Bewegung des Liberalismus und des politischen Verlags des „Jungen Deutschland“, der sich in den folgenden Jahrzehnten zunehmend künstlerisch-wissenschaftlich orientierte. Das familiäre und akademische Umfeld des jungen Wissenschaftlers Loening hat ebenfalls eine überwiegend liberale Prägung, mit Persönlichkeiten, wie seinem „hochgeschätzten Lehrer“¹⁷⁷ Johann Caspar Bluntschli und seinem Schwiegervater Carl Friedrich Rudolf Heinze¹⁷⁸, einem liberalen Straf- und Kirchenrechtsgelehrten, der insbesondere enga-

173 Gerland, GS 1914, S. 1, 10.

174 So zu Terminologie und These, Stolleis, Der lange Abschied vom 19. Jahrhundert. Die Zäsur von 1914 aus rechtshistorischer Perspektive. Ebenso findet sich der Begriff des Epochenjahres 1917, die diesem Jahr mit seinen vielschichtigen internationalen Erscheinungen Zäsurcharakter verleihen.

175 Laufs, Rechtsentwicklungen, S. 303.

176 Braun, Judentum, Jurisprudenz und Philosophie, S. 5.

177 So die Bluntschli gewidmete Schrift Loenings, Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im deutschen Mittelalter, Festgabe für J.C. Bluntschli, Heidelberg 1880, Neudruck der Ausgabe, Aalen 1982.

178 Pawlischta, Carl Friedrich Rudolf Heinze – Leben und Werk eines altliberalen Strafrechtslehrers im 19. Jahrhundert.

gierter Prozessualist war¹⁷⁹. Die beiden liberalen Gelehrten Häusser und von Gneist haben ebenfalls „bestimmenden Einfluß auf ihn gewonnen“¹⁸⁰. Aus seinem verwandten Umfeld sei nur auf seinen „geliebten Bruder Edgar Loening“¹⁸¹ sowie auf seine Schwager Otto von Gierke, Otto Lenel und Heinrich Dernburg – alle Repräsentanten einer „liberalen Staatsrechtslehre“, deren Wurzeln im „Jungen Deutschland“ des politischen Vormärz lagen, verwiesen.¹⁸² Ein maßgebliches Verhältnis zum Obrigkeitsstaat erfährt hier eine erste Prägung. Liberalismus und Nationalismus waren bis in die 80er-Jahre des vorherigen Jahrhunderts auf das engste miteinander verknüpft.¹⁸³ Erst dann wandelte sich die Funktion des Nationalismus, indem sich das konservative Lager des Nationalstaatsgedankens annahm und als dessen Wahrer und Repräsentant ausgab.¹⁸⁴

Die deutschen Liberalen strebten das doppelte Ziel von Freiheit und Einheit an, da ihrer Auffassung nach die Freiheit des Einzelnen nur in einem Nationalstaat als Zusammenschluss eines Volkes verwirklicht werden konnte. Konsequent war der Kampf um die nationale Einheit mit dem Erreichen der Rechtseinheit verbunden. Der Nationalstaatsgedanke gehörte zu den beherrschenden Themen des 19. Jahrhunderts.

179 So entgegen Loening über C.F.R. Heinze in den *Badische Biographien*, der dessen Strafrechtstheorien besonders herausstellt, Pawlischtsa, Carl Friedrich Rudolf Heinze – Leben und Werk eines altliberalen Strafrechtslehrers im 19. Jahrhundert, insbes. S. 287 f.

180 So Gerland, *GS* 1914, S. 1, 8. Beide waren politisch engagierte Liberale bzw. Nationalliberale. Rudolf von Gneist (1816–1897) kämpfte u.a. für den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen, vgl. Hahn, Rudolf von Gneist. Ein politischer Jurist in der Kaiserzeit. Loening widmet ihm eine Festschrift, Loening, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs, in: Festgabe für Rudolf von Gneist zum fünfzigjährigen Doctor-Jubiläum, Juristische Fakultät der Universität Jena (Hg.), Jena 1888, S. 123–429. Ludwig Häusser (1818–1867) kämpfte als Historiker und Politiker für kommunale Selbstverwaltung, Schulreformen und Judenemanzipation in Baden, vgl. *ADB*, Bd. 11, S. 100; Loening habe ursprünglich überlegt, ob er nicht „nur“ Historiker werden solle, so Gerland, *GS* 1914, S. 1 ff., 8.

181 Widmung seiner Dissertation 1869, Loening, *Quid statuendum sit de eo, qui condemnatus in crimen reciderit*, S. 3.

182 Wie von Stolleis herausgearbeitet wurde, dass frühere „politische Erfahrungen auch in einem veränderten Kontext unverlierbar sind.“ und liberale Grundüberzeugungen nicht verloren gehen, auch wenn sich diese im weiteren Lebensverlauf mehr und mehr auf die Seite der Konservativen begeben, so gilt die der Bewahrung der Errungenschaften, „in einem Staat der ihnen Toleranz und Entfaltungsfreiheit gewährte“, Stolleis, „Junges Deutschland“, S. 130, 154.

183 Laufs, *Rechtsentwicklungen*, S. 221, 303.

184 Das bürgerlich-liberale Zeitalter neigte sich bereits seinem Ende zu mit Bismarks Richtungswechsel zu den Konservativen und weg von den Nationalliberalen. Der Niedergang des Liberalismus beschleunigte sich, vgl. Kroeschell, *Rechtsgeschichte* 3, S. 128, der eine oberflächliche Zäsur 1878 markiert, wobei die Sozialdemokraten trotz der Sozialistengesetze immer stärker wurden.

Als junger Mann erlebte Loening das militärische Preußen und nahm als Freiwilliger am Krieg gegen Frankreich 1871 teil.¹⁸⁵ Preußen, wo er auch studiert hatte und promoviert worden war, blieb für ihn von aktuellem Interesse, wie sich an der Beschäftigung mit rechtspolitischen Fragen der Zeit zeigt.¹⁸⁶ Zu den Thüringer Kleinstaaten äußerte er sich eher kritisch.¹⁸⁷ In seinen ersten Werken wandte er sich ausschließlich der germanistischen Rechtsgeschichte zu.¹⁸⁸

Das ‚lange 19. Jahrhundert‘¹⁸⁹ war in vieler Hinsicht das säkulare Jahrhundert des Bürgertums, jedoch prägten es im weiteren Verlauf ebenso Industrialisierung, Imperialismus und die wachsende Arbeiterbevölkerung. Nicht zuletzt durch die demographische Entwicklung hatte eine starke Urbanisierung eingesetzt. Die Arbeiterbewegung begann zu entstehen, und am Marxismus orientierte sozialistische und kommunistische Organisationen wurden maßgebliche politische Kräfte der zweiten Jahrhunderthälfte. Auch in Gegnerschaft hierzu besetzten die konservativen Kräfte der Gesellschaft zunehmend nationales und antiliberales Gedankengut.¹⁹⁰

185 Mit dem zutreffenden Leitsatz Golo Manns „Preußen erobert Deutschland“, zit. nach Laufs, *Rechtsentwicklungen*, S. 303, der hier zugleich die erreichte nationale Einheit im Wege der Kleindeutschen Lösung wie auch die Kultur- und Gesellschaftsströmungen des beginnenden Bismarckschen (1871–1890) und späteren Wilhelminischen Reiches (1890–1918) beschreibt. Die militärische Prägung wurde durch die im ganzen Reich seit 1871 geltende neue Militärverfassung befördert, welche auch insbesondere durch das System der Einjährigen-Freiwilligen zur Ausbildungen einer standesmäßigen Mittelklasse beitrug. Die monarchisch-traditionalistische Ausrichtung der Gesellschaft an den Ehrbegriffen des Offizierskorps verstärkte den sozialen Zündstoff und durchkreuzte die auf die Hebung der unteren Schichten gerichteten Bildungsbestrebungen. „Der Reserveoffizier wird zum Attribut des Großbürgertums“, Mitteis/Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, S. 445, 458.

186 So seine Stellungnahme, Loening, Zu dem preußischen Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Erschwerung des Vertragsbruches landwirtschaftlicher Arbeiter und des Gesindes, *ZStW* 1905, S. 463 ff.

187 „In unseren thüringischen Landen ist dieser Absolutismus ja am wenigsten stark hervorgetreten; aber in Form des Bürokratismus hat er sich doch auch hier geltend gemacht, und auch die Annalen unserer Universität haben über so manchen Eingriff des durch den Namen des Fürsten gedeckten Beamtenthums in ihre Gerechtsame zu berichten.“ Loening, *Ueber Ältere Rechts- und Kulturzustände an der Fürstlichen Gesamt-Universität Jena*, S. 16.

188 So die ersten vier Monographien: Loening, *Quid statuendum sit de eo, qui condemnatus in crimine reciderit*, 1869; Loening, *Ueber Ursprung und Bedeutung der in den altdeutschen Urkunden enthaltenen Strafklauseln*, 1875; Loening, *Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen*, Bd. 1 *Der Vertragsbruch im deutschen Recht*, 1876; Loening, *Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im deutschen Mittelalter*, Festgabe für J.C. Bluntschli, 1880.

189 So die Terminologie und These, Stolleis, *Der lange Abschied vom 19. Jahrhundert. Die Zäsur von 1914 aus rechtshistorischer Perspektive*.

190 So der Nachweis hierfür auf dem Gebiete des Strafrechts, Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, der vornehmlich aus der Perspektive der zunehmend national-autoritär gesinnten Strafrechtler der 1920er- und 1930er-Jahre referiert*.

Wesentliche Entwicklungen der Epoche traten auch in Loenings Lebensmittelpunkt Jena deutlich zutage, insbesondere aufgrund des sowohl akademischen wie auch industriellen Gepräges der Stadt.¹⁹¹ Den Beginn des Ersten Weltkrieges 1914 erlebte Loening nicht mehr.

II. Stand der Strafrechtswissenschaft

Nach Loenings eigener Herangehensweise stellt die Erfassung des Standes der Strafrechtswissenschaft den Ausgangspunkt dar. Die Grundthesen und Forderungen seiner Jenaer Antrittsvorlesung erschienen mit dem umfangreichen Anmerkungsteil „Zur Geschichte der deutschen Strafrechtswissenschaft seit 150 Jahren“¹⁹². Diese Darstellungen legt er selbst in einer Weise seinen Überzeugungen zugrunde, dass diese gleichzeitig als Nachweis und Grundlage derselben erscheinen. Das Erfordernis, diese im Folgenden kompakt voranzustellen, ist hiermit begründet.

Die besondere Wertschätzung, die diesen Ausführungen noch heute zukommt, wurde bereits eingangs erwähnt. Der Rückgriff auf diesen Teil von Loenings prominentestem Beitrag ist noch häufiger dokumentiert.¹⁹³

191 Vergleiche hierzu die Darstellungen der Stadt- und Universitätsgeschichte der Zeit sowie die Anmerkungen zu Loening als kulturvollen Stadtbürger im 1. Kapitel, B II; C. Hier ist an verschiedenen Stellen – z.T. bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts – angedeutet, dass deutliche national-konservative, antisemitische sowie rassistisch-monistische Strömungen zunehmend die akademischen Kreise erfassen. Hieran werden ebenfalls Kontinuitätsthese begründet und hergeleitet. Besonders für Jena bzgl. Ernst Haeckel, vgl. den Sammelband von Lenz/Mueller (Hg.), Darwin, Haeckel und die Folgen, Monismus in Vergangenheit und Gegenwart, 2006; sowie zum gesamten Themenkomplex Weingart/Kroll/Bayertz, Rasse, Blut und Gene. Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland, 1992; sowie mit deutlich antisemitischen Gedankengut 1898 in der ersten von fünf mehrbändigen Auflagen in Deutschland erschienen, Gobineau, Versuch über die Ungleichheit der Menschenrassen; für den belletristischen-philosophischen Bereich besonders Friedrich Nietzsche mit autoritären Ideen des fin de siècle insbesondere in 1882 „Fröhliche Wissenschaft“; 1889 „Götzendämmerung“ sowie auch 1883 „Also sprach Zarathustra“ im späteren ersten Teil. Wirkungen allgemein-geistesgeschichtlicher Strömungen im Bereich juristischen Wissenschaft werden deutlich, so auch verschiedene Beobachtungen von Rezeption und Kontinuität, vgl. unten 2. Kapitel, B III. Am Beispiel der Euthanasiegeschichte zur berühmten Binding/Hoche Schrift, Hammon, Binding/Hoche – „Zur Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form“ – Überlegungen zur zeitgenössischen Einordnung und historischen Bewertung.

192 Loening, ZStW 1883, S. 219 ff. mit Anmerkungsteil ab S. 262–375.

193 Insgesamt ist festzustellen, dass diese wissenschaftsgeschichtlichen Darstellungen Loenings besonders von Eberhardt Schmidt hohe Wertschätzung erfahren, wie im zitierten Werk an verschiedenen Punkten und Bewertungen zu ersehen ist. Die Darstellungen Naglers und auch

1 „Gemäßig-positivistische“ Richtung

Loening selbst prägte diesen Begriff, der sich wissenschaftsgeschichtlich durchsetzte.¹⁹⁴ Diese Richtung wurde etwa ab Mitte der 20er-Jahre des 19. Jahrhunderts zur herrschenden Strömung, bis Anfang der 40er-Jahre das Auftreten der hegelschen Schule auf strafrechtlichem Gebiet stattfand.¹⁹⁵ Im vorhergehenden 18. Jahrhundert, in dem sich die deutsche Strafrechtswissenschaft besonders gegen die Jahrhundertwende mit dem Wirken Feuerbachs¹⁹⁶ intensiv wie extensiv entwickelt hatte. Die Historische Rechtsschule blieb im Strafrecht zunächst von geringer Bedeutung, ganz im Gegensatz zum Zivilrecht¹⁹⁷, gewinnt aber in Ausprägung einer allgemeinen historischen Bewegung der Geisteswissenschaften im Laufe des 19. Jahrhunderts verschiedensten Einfluss.¹⁹⁸ Strafrechtshistorische Forschungen blieben nicht gänzlich aus¹⁹⁹ und erfuhren hierdurch auch vielfältige Anregung.²⁰⁰

von Hippels lehnen sich auch zu großen Teilen an Loenings Anmerkungsteil an, vgl. Nagler, Die Strafe, insbesondere S. 352 ff., 470 ff. sowie von Hippel, Lehrbuch, S. 278 ff.; Merkel, Lehrbuch, § 11; von Liszt, Lehrbuch, S. 29 f. So auch bei Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, zu 20. Kapitel, S. 398, sowie kontinuierlich in Darstellungen aus der Zeit des Nationalsozialismus, wie Würtenberger, GS 1942, S. 261 ff. oder auch Schaffstein, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen, S. 21 ff.

194 Statt vieler Eb. Schmidt, Einführung, S. 282 f., der selbst auf Loenings Terminologie hinweist sowie auch bei Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, S. 21 ff. Bei Loening findet sich diese Bezeichnung erstmals in den erwähnten Anmerkungen zur Geschichte der Strafrechtswissenschaft seit 150 Jahren, Loening, ZStW 1883, S. 219, 335 (Anm. 10). Sie scheint inhaltlich und terminologisch an Jordans „Schule der Gemäßigten“ angelehnt zu sein, wie Sina erkannt hat, Sina, Dogmengeschichte, S. 16 mit entsprechendem Nachweis.

195 Die Verwendung des Begriffes durch Landsberg erfolgte hingegen erst später, dagegen Frommel, Präventionsmodelle, S. 164, Fn. 7. Loening nannte – in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Auffassung – Martin, Wächter, Hepp, H.A. Zachariä, Luden und Marezoll. Andere wie Abegg, Jarcke und Köstlin zählte er bereits als eher unter dem Einfluss der hegelschen Philosophie stehend. Loening, ZStW 1883, S. 219, 335 ff. (Anm. 10).

196 Zu Feuerbach statt vieler Wolf, Große Rechtsdenker, S. 544 ff.

197 Zum großen Bedauern Loenings, insbesondere ZStW 1883, S. 219, 249 ff. und 363 f. (Anm. 12), der sich insgesamt intensiv mit beiden Strömungen und Vertretern auseinandersetzt, Anm. 1–9.

198 Diese kann auch als Historismus bezeichnet werden, statt vieler Sina, Dogmengeschichte, der ihn synonym im historisch-rechtspositiven Sinn verwendet. Eine Terminologie, die jedoch uneinheitlich erscheint und häufig negativ besetzt wird, als Haltung, die die Historie um derer selbst willen betreibe, vgl. Würtenberger, GS 1942 (!), S. 261, 273, der allerdings aus dem Blickwinkel der Kritik an Positivismus und Historismus referiert.

199 Loening nennt hier jene, die vom Einfluss der Historischen Schule am meisten erfasst worden sind: Mittermaier und Roßhirt. Diese haben ganz im Sinne der Historischen Schule das gründliche Studium der Vergangenheit nicht als lediglichen Interpretationsbehelf einzelner geltender Bestimmungen verstanden, sondern diesem zentrale und wesentliche Bedeutung

Die gemäßigt-positivistische Richtung löste damit das naturrechtlich geprägte Strafrechtsdenken ab und wollte nicht, wie die strafrechtsphilosophische Richtung des ausgehenden 18. Jahrhunderts, die Philosophie über das Gesetz stellen, sondern den Ausgleich zwischen dem positiven und dem Naturrecht herstellen. Die Betrachtungen waren darum bemüht, vom Boden der *lex lata* auszugehen. Der Weg hierfür war indes durch die großen partikularrechtlichen Kodifikationen des Strafrechts in Preußen, Österreich und Bayern auch geebnet. Das Naturrecht war in der vorhergehenden Epoche dem geltenden überkommenen Gesetzesrecht entgegengetreten, gegen dessen Strafsysteme sich insbesondere die gesamte Aufklärungsbewegung auf dem Gebiete des Strafrechts wendete.²⁰¹ Im engen Zusammenhang mit der gesellschaftlichen und verfassungspolitischen Bewegung des Liberalismus standen die strafprozessualen Bestrebungen der Zeit mit der berühmten Streitfrage um die Schwurgerichte.²⁰²

Nachdem das Interesse am positiven Recht und auch an strafrechtsgeschichtlicher Forschung in der „gemäßigt-positivistischen“ Richtung begonnen hatte und teilweise schon im Begriff war, sich jener „historisch-dogmatischen Behandlung“ des Strafrechts, die Loening vor Augen hatte zu nähern,

„[...] trat aber die Hegelsche Philosophie hervor und machte, indem sie Geschichte wie Dogmatik, Konstruktion wie System durch ihre Dialektik ertötete, alle diese Hoffnungen wieder zu-nichte“.²⁰³

beigemessen. Ausführlich bespricht er deren Werke und hebt besonders positiv hervor, dass Mittermaier „einer der ersten, welcher wieder auf die Wichtigkeit des mittelalterlichen deutschen Rechts für das Verständnis der Karolina aufmerksam“ machte, Loening, ZStW 1883, S. 219, 343 f. (Anm. 10).

200 Hier verweist Loening nun besonders auf Biener sowie auf Jakob Grimms „deutsche Rechtsaltertümer“, verschiedene Arbeiten von Graupp, Zöpfl, Rogge, Albrecht, Maurer, Klenze und das große Werk Wildas „Das Strafrecht der Germanen“ (1842), freilich nicht ohne es unkritisiert zu lassen, Loening, ZStW 1883, S. 219, 348.

201 Loening, ZStW 1883, S. 219, 273 (Anm. 2); Steinberg, Christian Thomasius als Naturrechtslehrer, S. 185 f.

202 Rüping/Jerouschek, Grundriss, Rdnr. 234 ff.; Koch, Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens, S. 393, 405 f. Diese Thematik ist für Loening kein Gegenstand gewesen. Insgesamt hat Loening keine Schriften zum Strafprozessrecht verfasst, auch wenn dieses eines seiner Lehrfächer war. Seine kurze Auseinandersetzung mit dem Werk C.F.R. Heinzes konfrontierte ihn mit diversen prozessrechtlichen Abhandlungen, vgl. Loening, C.F.R. Heinze, S. 270, 273 f. Aber auch hier erblickte Loening dessen große Leistung in Arbeiten zum materiellen Recht entgegen heutiger Einschätzungen, Pawlischta, Carl Friedrich Rudolf Heinze – Leben und Werk eines altliberalen Strafrechtslehrers im 19. Jahrhunderts, S. 287 f.

203 Loening, ZStW 1883, S. 219, 349 (Anm. 10 a.E.).

2 Hegelianismus und Positivismus im Strafrecht

Hegel war 1831 verstorben, bevor seine Philosophie im Laufe der 40er-Jahre als die hegelsche Schule entscheidenden Einfluss auf die Strafrechtswissenschaft gewann.²⁰⁴ Hegels dialektische Methode hatte im Strafrecht den berühmten Inhalt, dass Verbrechen keine positiven Handlungen sind, auf welche die Strafe als ihre Negation erscheint, sondern dass Verbrechen selbst die „Negation des Rechtes“ seien und die folgende Strafe nun als Negation dieser Negation entgegentrete. Diese also bedeutet die Position des Rechts.²⁰⁵ Die hiernach aufgestellte Vergeltungstheorie verbannte sonstige, vor allem präventive Zwecke, aus dem Strafrecht. Die strafrechtlichen Diskussionen erfuhren hierdurch wieder stark philosophische Prägung. Über Köstlin, Abegg und Berner²⁰⁶ kam es zu dem, was später mit der häufig kolportierten Formulierung von der „Gewaltherrschaft Hegels im Strafrechts“ bezeichnet wurde.²⁰⁷ Generationen von Juristen, sollten sie auch gegen die hegelschen Ansätze opponiert haben, konnten sich dieses Einflusses nicht entziehen.

Loening sah sich selbst als junger Akademiker von der prägenden Methode des „spekulativen Denkens“ beeinflusst. Die Vorherrschaft der hegelschen Methode habe auf ihn, wie auf die heranwachsende Generation insgesamt, weitreichenden Einfluss ausgeübt. Er zitiert seine erste Veröffentlichung, seine Dissertation aus dem Jahre 1869, der diese Methode zugrunde liege.²⁰⁸ Historische Darstellungen bildeten hiernach eine Einlei-

204 Loening, ZStW 1883, S. 219, 349 (Anm. 11) sowie identisch Eb. Schmidt, Einführung, S. 294. Beide weisen darauf hin, dass bis in die 40er-Jahre des Jahrhunderts die hegelsche Strafrechtstheorie lediglich gelegentliche Erwähnung in Theorien-Darstellungen der strafrechtswissenschaftlichen Literatur fand und bald darauf das System des Strafrechts selbst nach der hegelschen Dialektik umgestaltet worden ist.

205 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, insb. § 99. Vgl. auch v. Bubnoff, die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, S. 36 ff.

206 So die von Loening erstgenannten Vertreter, vgl. Loening, ZStW 1883, S. 219, 349 f. (Anm. 11) und die Hinweise auf die Bedeutung Berners Lehrbuch für einige Juristen-Generationen, Loening, ZStW 1883, S. 219, 368 (Anm. 14). Des Weiteren nennt er L. Stein und Hälschner, dessen späteres Lehrbuch 1881 (Bd. I) noch vollkommen den Geist der hegelschen Schule verkörpere. Gleiches gelte für die Darstellungen Geyers und v. Holzendorffs, vgl. Loening, ZStW 1883, S. 219, 371 (Anm. 18).

207 So 1910 Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 2. Bd. S. 383, 668 ff. und Eb. Schmidt, S. 295 f., der damit Eduard Kohlrausch über Hegel und die Hegelianer im Strafrecht ohne Nachweis zitiert, deren dialektische Methode sehr bald „zu einer für heutige Leser unerträglichen Pedanterie des Systems wie des Ausdrucks ausartete“. Hier soll noch darauf hingewiesen werden, dass auch bei Hegel unbedingt zwischen Idee und Wirkungsgeschichte unterschieden werden muss, vgl. statt vieler Henrich, Hegel im Kontext, S. 20.

208 Loening, ZStW 1883, S. 219, 369.

tung und das positive Recht steht im Vordergrund der Darstellung zur Untersuchung desselben nach der „Herrschaft durchwirkender Prinzipien“²⁰⁹. Zugunsten dieser nahmen die positiven Gesetzgebungen wiederum eine untergeordnete Rolle ein.²¹⁰

Dass ein gemeines deutsches Strafrecht dieser philosophisch geprägten Rechtswissenschaft gegenüber keine gewichtigere Stellung einnehmen sollte, hatten in den 60er-Jahren bereits Bekker und Merkel in Aussicht gestellt, und Loening gab ihnen recht, da die hegelsche Richtung weiterhin zu Darstellungen de lege ferenda tendierte.²¹¹ Wenn er Merkel und Bekker zustimmt, so gilt dies dem Positivismus, den beide insbesondere neben Binding auf strafrechtlichem Gebiet vertreten. Seit Mitte des 19. Jahrhunderts war in Deutschland der rechtswissenschaftliche Positivismus herrschend. Die genaue zeitliche Datierung als „Zusammenbruch des hegelschen Systems“ sowie dessen Auftreten als „Einbruch des Positivismus“ sind im Ein-

209 Loening, ZStW 1883, S. 219, 369.

210 Loening, ZStW 1883, S. 219, 369, wo Loening folgendes Zitat aus seiner Dissertation anführt, Loening, *Quid statuendum* . . . , 1869, S. 12 f., anführt: *Una ex parte positivum jus commune deest, a quo investigationem et exemplificationem regularum de delictis reiteratis repetere possumus; altera autem ex parte fieri non potest, quin constitutionibus singularum civitatum Germaniae hac in re ullo modo iudicium nostrum astringatur vel coerceatur. Itaque in dogmatica nostrae doctrinae explanatione, siquidem ad certum exitum, qui cum theoria poenali hodie pro recta habenda congruat, pervenire volumus, in summam jurisprudentiae criminalis rationem ascedentes neque ullam legem positivam respicientes basim quandam in generalibus principiis nixam nobis ipsi ponamus oportet, quo facto sententias nostras confirmare, neque immutabilibus sanctionibus legitimis impenditi, consequentius et liberius explicare poterimus; licet neque hac in re leges hodiernae negligendae nobis sint.*“ Übersetzt (sinngemäß): „Einerseits fehlt das allgemeine positive Recht, von dem aus man eine Untersuchung und Erklärung, den Stand der zu erhaltenden Regeln der Bestrafung der Wiederholungstäter erhalten könnte. Andererseits ist es nicht möglich aus den Gesetzen der deutschen Länder ein Gesetz abzuleiten, da sie aus diesem Übergangsstadium stammen und dessen Merkmal tragen und so jedenfalls unser Urteil eingeschränkt wird; dazu kommt, dass die Rechtsansätze sich voneinander sehr stark unterscheiden. Diese Divergenzen sind weniger durch Zufall entstanden als vielmehr durch völlig unterschiedliche Rechtsauffassungen. Daher wollen wir in der wissenschaftlichen Erklärung der vorliegenden Arbeit zumindest zu einem sicheren Ergebnis gelangen, das mit der Theorie des heutigen Strafrechts übereinstimmt, indem wir auf die grundlegende Begründung der Jurisprudenz zurückgehen. Wir dürfen von keinem positiven Gesetz die Basis, die auf allgemeinen Prinzipien fußt, ableiten und damit unsere Behauptung belegen; noch können wir, behindert durch unabänderliche Hindernisse, konsequent argumentieren. Dennoch dürfen wir dabei die heutigen Gesetze oder die wichtigsten Elemente der derzeitigen Verhältnisse ganz aus den Augen lassen.“

211 Loening, ZStW 1883, S. 219, 260 sowie 371 (Anm. 18), wo er im Anschluss eine aprioristische Herangehensweise bei v. Buri und Schütze zu erkennen glaubt. Schütze habe darüber hinaus in seiner Schrift über die „Notwendige Teilnahme“ von 1869 selbst den Ruf nach einer historischen Methode erhoben, sei aber, Loening zufolge, „von wirklicher historischer Methode mit am weitesten entfernt“.

zelen umstritten.²¹² Seine Wurzel hatte der Positivismus im pandektenwissenschaftlichen Werk Puchtas und Savignys und war durch die strikte gesetzliche Fundierung des Strafrechts nach Feuerbach angebahnt gewesen.²¹³ Eine Entwicklung, die freilich durch nationale Strafgesetzgebung befördert worden war und ein Ausdruck des liberal-rechtsstaatlichen Denkens war.²¹⁴

3 Neuorientierung strafrechtswissenschaftlichen Denkens der „rechtsstaatlich-sozialen“ Epoche

Loenings Antrittsrede und Franz von Liszts berühmtes „Marburger Programm“²¹⁵ stammen aus dem selben Jahr, welches den Beginn des prominenten und erbittert geführten Schulenstreits kennzeichnet, den am Ende des 19. Jahrhunderts bis ins beginnende 20. Jahrhundert Vertreter der „Klassischen Schule“ und Vertreter der „Modernen Schule“ austrugen.²¹⁶ Ausgangspunkt waren eben diese strafrechtspolitischen Ziele von Liszts, die er in seiner Antrittsvorlesung aus dem Spätsommer des Jahres 1882 unter dem Titel „Der Zweckgedanke im Strafrecht“ formuliert hatte²¹⁷, und welche zusammen mit Loenings Antrittsvorlesung im selben Band der lisztischen Zeitschrift erschienen sind.²¹⁸ Die programmatischen Ziele in Loenings Antrittsvorlesung sind ihrerseits wiederum als „Programm des his-

212 Dazu zusammenfassend Frommel, Präventionsmodelle, S. 163 f.

213 Kroeschell, Rechtsgeschichte 3, S. 266.

214 So das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 aber auch RStPO und GVG von 1879; Eb. Schmidt, Einführung, S. 303.

215 Von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ZStW 3 (1883), S. 1 ff.; zur Bezeichnung „Marburger (Universitäts-) Programm“, Naucke, ZStW 1982, S. 309 ff. „Rechtsstaatlich-soziale“ Epoche ist die Terminologie und Systematisierung von Eb. Schmidt, Einführung, S. 353 ff.

216 Koch, Binding vs. Liszt, S. 127 ff.; Westphalen, Karl Binding, S. 221 ff.; Eb. Schmidt, Einführung, S. 387, siehe auch die Einschätzung von Rauch, Klassische Strafrechtslehre, S. 1 sowie Frommel, Präventionsmodelle, S. 69 ff.; Naucke, „Schulenstreit“, S. 559 ff.

217 Wesentliche Forderungen von Liszts in diesem Vortrag waren die Ergänzung der Strafen durch Maßnahmen der Sicherung und Erziehung, die Ausrichtung der Bestrafung an den Gedanken der Spezialprävention, die Forderung der Möglichkeit einer unbestimmten Verurteilung sowie ein zweckbewusster Vollzug der Freiheitsstrafe. Durch das Marburger Programm war der Konflikt mit den Vertretern der Klassischen Schule bereits angelegt, der personalisierte Konflikt mit Karl Binding trat 1886 offen zutage, als von Liszt in einem Aufsatz Bindings Normentheorie grundlegend kritisierte; von Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, S. 663 ff.; Koch, Binding vs. von Liszt, S. 127, 129 f.

218 Wie die ZStW seinerzeit mitunter genannt wurde; von Liszts genannte Antrittsvorlesung auf S. 1 ff., Loenings Antrittsvorlesung auf S. 219 ff.