

UNGARISCHE RECHTSHISTORIKER

Elemér Balogh

**WISSENSTRANSFER
AUF DEM GEBIET DER
STRAFRECHTSKODIFIKATION
(Ausgewählte Studien)**

Gondolat

ELEMÉR BALOGH

**Wissenstransfer
auf dem Gebiet
der Strafrechtskodifikation**

UNGARISCHE RECHTSHISTORIKER

Redakteur Barna Mezey

Bisher erschienen:

- | | |
|--------------------------|---|
| Gábor Máthé | Die Problematik der Gewaltentrennung |
| István Stipta | Die Vertikale Gewaltentrennung |
| József Ruzsoly | Beiträge zur neueren Verfassungsgeschichte
(Ungarn und Europa) |
| György Bónis | Beiträge zur ungarischen Rechtsgeschichte 1000–1848 |
| Barna Mezey | Ungarische Rechtsgeschichte – europäische
Rechtsgeschichte |
| Erő Tárkány Szűcs | Rechtsgeschichte und Volksbräuche |

ELEMÉR BALOGH

**Wissenstransfer
auf dem Gebiet
der Strafrechtskodifikation**

(AUSGEWÄHLTE STUDIEN)

Gondolat Kiadó
Budapest, 2022

Dieser Band wird im Rahmen des Forschungsprojekts der Forschungsgruppe für ungarische Rechtsgeschichte der Ungarischen Akademie der Wissenschaften am Lehrstuhl für Ungarische Staats- und Rechtsgeschichte der Eötvös-Lorand-Universität Budapest veröffentlicht.

Die Forschungsgruppe für Ungarische Rechtsgeschichte ist Mitglied des Eötvös-Lorand-Forschungsnetzwerks.

© Elemér Balogh, 2022

Alle Rechte vorbehalten. Das Kopieren, Reproduzieren oder Speichern in einem Datenverarbeitungssystem bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Herausgebers.

ISBN 978 963 556 265 7

INHALT

I.

Die Entwicklung des Strafrechts	9
Wissenstransfer auf dem Gebiet der Strafrechtskodifikation	89
Ein wenig bekannter Strafgesetzentwurf von 1829/30	103
Die Dogmatik des materiellen Strafrechts. Entwicklungsgeschichtlicher Überblick mit besonderer Hinsicht auf den Gesetzesvorschlag von 1843/44	108
Fragestellungen in der ungarischen Strafrechtskodifikation im 19. Jahrhundert	142
Strukturwandel in der Strafrechtsdogmatik zur Zeit des Vormärz	154
Das Prinzip <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i> in der Praxis des ungarischen Verfassungsgerichts	165

II.

Die Verdachtsstrafe in Deutschland im 19. Jahrhundert	181
Die Preisfrage des Archivs des Criminalrechts über die Verdachtsstrafe: „In wie fern lässt sich eine ausserordentliche Strafe [...] rechtfertigen?“	293
Die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt als <i>delictum sui generis</i> . Ein Beitrag zur Problematik der Verdachtsstrafe	380
Zu den Schriften dieses Bandes	407

l.

DIE ENTWICKLUNG DES STRAFRECHTS

DIE ANFÄNGE

Die frühe ungarische Strafrechtspflege war – wie alle ursprünglichen Rechtsordnungen – grundsätzlich prozessual geprägt. Das bedeutet, dass die Regeln des materiellen und des formalen Rechts, wie wir es heute kennen, eine praktisch unentwerrbare Einheit bildeten, also die Normen, die den Inhalt des Strafrechts vorgaben, und die Normen, die den Ablauf des Verfahrens regelten, nicht streng voneinander getrennt waren. Die immer eigenständigeren Verfahrensregeln kamen in der Neuzeit auf und verselbstständigten sich auf der Grundlage der entsprechenden Regeln (des *Inquisitionsprozesses*) des österreichisch-deutschen Rechts.

Die Darstellung der Rechtsentwicklung in der Neuzeit ist in dieser Hinsicht schon deutlich einfacher, da das Hauptmerkmal dieser Epoche die rationale Reflexion war, die auch im Bereich des Rechts erfolgte. Die dogmatikgeschichtliche Grenze der Epoche ist Mitte des 19. Jahrhunderts zu ziehen, als für die materiellen und die Verfahrensregeln des Strafrechts bereits gesonderte Gesetzesvorschläge erarbeitet wurden. Die Geschichte der Regeln des materiellen Strafrechts fällt größtenteils mit der Geschichte des ungarischen Ständewesens zusammen, mit anderen Worten, in der ständischen Epoche der ungarischen Geschichte entstanden wichtige strafrechtliche Institutionen. Das Ende dieser Epoche fiel in die Zeit der Aufklärung und der kurz vor der Entfaltung stehenden liberalen rechtlichen Progression in der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts, einen Durchbruch hinsichtlich der Rechtsquellenlehre brachte jedoch noch nicht einmal 1848. Die historische Entwicklung des ungarischen Strafrechts war im Wesentlichen mit dem sogenannten Csemegi-Kodex, dem Gesetzesartikel Nr. 5 von 1878, abgeschlossen. Das ist zugleich das Datum der Entstehung des Strafrechts der

ungarischen bürgerlichen Epoche. Die gut eineinhalb Jahrhunderte zuvor waren im Wesentlichen eine Geschichte der Versuche der Abfassung eines ungarischen Strafgesetzbuches.

Von den Anfängen der ungarischen „Züchtigungsgesetzgebung“ wissen wir kaum etwas. Wir müssen uns im Grunde auf vergleichende historische Analysen und mittelbare Quellen verlassen, wenn wir die Entstehung der strafrechtlichen Gewohnheiten in Ungarn aufzeigen wollen. Auch ohne brauchbare schriftliche Quellen zeichnet sich aber ein Gerüst ab, das als Ausgangszustand akzeptabel und ausreichend ist. Die allgemeinen Merkmale der Entwicklung der Strafrechtskultur der indoeuropäischen Völker sind auch in der gesellschaftlichen Praxis unserer Vorfahren zu erkennen.

Die Entwicklungsgeschichte des Strafrechts kann man in 3 Epochen unterteilen: die der Rache, die der materiellen Wiedergutmachung (*compositio*) und die Epoche des vom Staat beherrschten Strafrechts. Von diesen befanden sich die Ungarn zur Zeit der Staatsgründung eindeutig bereits in der Epoche der „*compositio*“, neben der die Rache in den Hintergrund trat. Es ist natürlich anzumerken, dass wir die Praxis nicht kennen, sodass es nicht ausgeschlossen ist, dass die an moralischen Traditionen festhaltende Vergeltung in der Gesellschaft noch lange fortbestanden hat.

Die mit der Person des ungarischen Königs Stephans des Heiligen verbundene Staatsgründung hat auch die christliche Rechtsordnung nach Ungarn gebracht, die Rechtsordnung, deren wesentliche Elemente auf dieser Betrachtungsweise basieren, hat sich jedoch erst im Laufe der Jahrhunderte herausgebildet. Bis zur ständischen Epoche, grob gesagt bis zum 14. Jahrhundert, dauerte jene Zeit, in der das ungarische Strafrecht noch auf markante Weise die Merkmale der Tradition trug, während auch der staatliche Bestrafungsanspruch immer stärker wurde und unverkennbar strafrechtliche Institutionen ins Leben rief, die der Struktur des Ständewesens entsprachen.

DIE EPOCHE DER MATERIELLEN WIEDERGUTMACHUNG

Das System der materiellen Wiedergutmachung war ein über Jahrhunderte mit Erfolg angewandtes strafrechtliches Modell. Unsere Vorfahren haben – soweit wir wissen – diese Art der Bereinigung von Rechtsverletzungen von den Völkern der Steppe mitgebracht. Diese Art der Handhabung gesellschaftlicher Konflikte mag zwar philosophisch falsch sein, denn wie könnte man ein Menschenleben oder die Reinheit einer Frau in Geld oder anderen materiellen Gütern ausdrücken, dennoch hat sie, wie die Erfahrung zeigt, eine ausgesprochen lebensnahe Antwort auf die bis aufs Äußerste zugespitzten menschlichen Tragödien gegeben. Um das zu verstehen, müssen wir uns zuallererst den Umstand ins Gedächtnis rufen, dass die Menschen nur auf der Grundlage der jüdisch-christlichen Anthropologie als gleich galten – streng genommen natürlich nur vor Gott. Diese Attitüde stellte trotzdem eine feste Grundlage für das Erstarken jener Denkweise dar, laut welcher ein Mensch kein Gegenstand sein kann (während ein Sklave in den antiken Kulturen des Mittelmeerraumes eine *res* war). Somit konnte er auch in Fällen, die strafrechtlich zu beurteilen waren, nicht als Gegenstand behandelt werden – anders ausgedrückt konnte sein „Wert“ nicht auf äquivalente Art und Weise in materiellen Gütern ausgedrückt werden.

Allerdings waren die Rechtskulturen, die das Kompositionensystem anwandten, zu ihrer jeweiligen Zeit noch ziemlich weit von der Anschauungsweise entfernt, bei der die obigen Erwägungen berücksichtigt wurden, man kann sogar sagen, dass sie genau umgekehrt dachten: Die Menschen waren gerade nicht gleich, Menschen hatten in zahlreichen nicht strafrechtlichen Lebenslagen (Sklaverei, Frauenkauf) ausdrücklich ihren Preis, und auch die pragmatische Erfahrung zeigte, dass Geld ein sehr gutes Heilmittel für die im Übrigen tatsächlich sehr langsam heilenden Wunden sein konnte, die jemandem durch eine Straftat zugefügt worden waren...

Es gab noch einen anderen wichtigen Grund dafür, dass die Rache durch das System der materiellen Wiedergutmachung verdrängt wurde: Die einer Kettenreaktion gleichenden Vergeltungen, die

häufig durch die Blutrache ausgelöst wurden, destabilisierten kontinuierlich die Gesellschaft. Bis die rationalen Erwägungen die Oberhand gewannen, schwächte das die jeweilige Gemeinschaft und machte sie verletzlich. Die auch bei den Steppenvölkern vorherrschende Blutrache wurde weitgehend von den Kompositionen abgelöst, da die mehreren Hundert Völker, die in der Steppe lebten, eine stetige Bedrohung für die jeweils anderen bedeuteten, weil die nach dem Schneeballprinzip organisierten Reiche der Region geschwächte Völker blitzschnell vereinnahmten oder gegebenenfalls vernichteten. In der beinahe ständigen Existenzunsicherheit mussten also die Ressourcen, die das Funktionieren der Gesellschaften gewährleisteten, optimiert und die Risiken minimiert werden. Die Blutrache aber bedeutete ein ständiges und großes Risiko für die Gemeinschaften. Unsere Vorfahren nahmen ihre gründliche Beseitigung in Angriff, als die Stämme einen Blutvertrag abschlossen, wie er auch bei anderen Völkern üblich war, und einander symbolisch an Bruders statt annahmen – und unter Geschwistern war die Blutrache verboten.

Aus rechtsgeschichtlicher, morphologischer Sicht kann man das Kompositionensystem folgendermaßen beschreiben: Es hatte privatrechtlichen Charakter, es war ein prozessrechtliches Modell, bei dem sich Schädigender und Geschädigter oder dessen Rechtsnachfolger gegenüberstanden.

Das erstere Merkmal kann man als materiell-rechtliches bezeichnen. Sein Kern besteht darin, dass der Betroffene für die eingetretene Rechtsverletzung mit materiellen Mitteln entschädigt wird, wodurch auch die Straftat selbst verdinglicht wird. Es ist unverkennbar, dass es mit rein materiellen Sanktionen arbeitet. Seine Grundlage ist der Schadenersatz, das heißt, eine der wichtigsten Fragen, die es zu entscheiden galt, war die Einigung über die Höhe des durch die Rechtsverletzung verursachten Schadens. Voraussetzung dafür war, dass die Parteien jeweils den Ausgleich durch materielle Wiedergutmachung akzeptierten. Eine externe öffentliche Gewalt konnte sich da nicht einmischen.

Aus der Zeit Stephans des Heiligen, des ersten ungarischen Königs, überlieferte Gesetze haben die Erinnerung daran bewahrt, dass die Strafprozesse Anfang des 11. Jahrhunderts offensichtlich

noch nach diesem System abliefen. Der am ehesten einschlägigen Bestimmung zufolge musste man selbst bei Totschlag „nur“ eine Wiedergutmachung zahlen: „*Si quis accensus ira ac superbia elatus, spontaneum commiserit homicidium, sciat se secundum senatus nostri decretum, centum et decem daturum auri pensas. Ex quibus quinquaginta ad fiscum regis deferantur, aliae vero quinquaginta parentibus dentur; decem autem arbitris et mediatoribus condonentur. Ipse quidem homicida secundum institutionem canonum jejuset.*“ (Caput 16.) Aus dem zitierten Gesetz geht auch hervor, dass der Betrag der Wiedergutmachung um die symbolischen 100 lag, die auch bei anderen archaischen Völkern eine Art Standard war (bei den Arabern 100 Kamele, bei den Altgriechen 100 Ochsen). Die 100 Goldstücke teilten sich im Wesentlichen zu gleichen Teilen die Familie dessen, der den Schaden erlitten hatte, und der königliche „fiscus“, die zusammen die Hälfte erhielten, während der verbleibende Betrag an die urteilenden Richter ging. Die Vorschrift des Fastens ist ein eindeutiger Hinweis auf die kirchliche Anschauungsweise und die kirchliche Werteordnung.

Im modernen juristischen Sprachgebrauch besteht das als privatrechtlich zu bezeichnende Merkmal dieser Art der Beilegung von Rechtsstreitigkeiten vor allem darin, dass sich die Gegner in prozessrechtlicher Hinsicht in einer Verhandlungsposition gegenüber der jeweils anderen Partei befanden. Das konnte auch gar nicht anders sein, denn es gab noch keinen Faktor in Form einer öffentlichen Organisation, der über eine entscheidende öffentliche Macht verfügte, sich abgrenzte und mit dem Anspruch der Rechtspflege oder gar des Monopols der Rechtspflege auftrat. Bei der Beilegung der Streitigkeiten, bei denen oft auch eine gewisse Gegenseitigkeit bestand, die auf jeden Fall auf die Geltendmachung des Rechtsanspruchs einer der Parteien abzielte, und zwar ohne die Anwendung von roher Gewalt, führten die einander gegenüberstehenden Parteien einen geregelten rechtlichen Streit miteinander. Über die Einzelheiten desselben haben wir bedauerlicherweise ebenfalls keine Quellen, gewisse Anhaltspunkte können Kenntnisse der Geschichte anderer Gesellschaften liefern, die auf einer ähnlichen Entwicklungsstufe standen. Bei der formalen Beweisführung wurden am häufigsten Eide und Gottesurteile angewendet.

DER BEGINN DER CHRISTLICHEN RECHTSORDNUNG

Mit der Annahme des Christentums breitete sich in der Strafrechtspflege eine neue Sichtweise aus, deren wichtigstes Merkmal wohl darin bestand, dass das Prinzip der individuellen Verantwortung in den Mittelpunkt trat. Das archaische Strafrecht basierte nämlich in vielerlei Hinsicht noch auf dem Prinzip der gemeinschaftlichen strafrechtlichen Verantwortung, die häufig auch mit dem Gedanken der Rache verknüpft war. Ein späterer Fall in der ungarischen Geschichte, der das gut illustriert, war die Vergeltung der Straftat des Felicián Zách. Felicián aus dem Geschlecht Zách griff am 17. April 1330 im königlichen Palast in Visegrád mit gezücktem Schwert die königliche Familie an, die gerade zu Mittag aß. Den König konnte er nur verletzen, doch Königin Elisabeth, die ihre Kinder beschützte, schnitt er vier Finger ab. Das Personal, das schnell eingriff, und die Leibwache metzelten Felicián sofort nieder und töteten seinen Sohn, der sich in der Nähe aufhielt (jedoch nicht an dem Attentat beteiligt war). Seine Tochter Klára folterten sie grausam und richteten sie dann vermutlich ebenfalls hin. Das Gericht aus weltlichen Vornehmen, das einen Monat später zusammentrat, bestrafte mit seinem Urteil das ganze Geschlecht Zách: Es ordnete die Ausrottung der Familie bis ins dritte Glied an, die entfernteren Verwandten wurden zu Dienern gemacht, und ihr gesamtes Vermögen wurde eingezogen. Der Fall ist, zusammen mit dem abschreckenden Urteil, das seinerzeit eine europäische Resonanz fand, quasi ein Paradebeispiel für den Tatbestand der Majestätsbeleidigung und seine Strafe ein eindeutiger Beweis für das Fortbestehen der Rache.

Der Fall ist ein gutes Beispiel für das Vorhandensein der kollektiven Verantwortung im damaligen gesellschaftlichen und politischen Denken in Ungarn. Das königliche Urteil, laut welchem die nahe Verwandtschaft dessen, der die königliche Familie mit der Waffe angegriffen hatte, auszurotten ist, dokumentiert, dass nach der alten Auffassung ein Familienoberhaupt nicht nur in seiner Person zur Verantwortung gezogen werden konnte, sondern mit seiner Tat auch die ganze Verwandtschaft in Trauer versetzen konnte. Die Beschaffung eines enormen Betrags zur Wiedergutmachung ver-

langte häufig ein materielles Opfer der gesamten Verwandtschaft, und in Ausnahmefällen mussten sie sogar mit ihrem Blut für eine als schwer beurteilte Tat des betreffenden Verwandten einstehen. Gegen diese Sichtweise trat die Kirche auf, die mit ihrer Wertordnung in den Jahrhunderten des Mittelalters eindeutig Stellung für die allgemeine Anwendung der individuellen rechtlichen und innerhalb dieser der strafrechtlichen Verantwortung nahm.

DAS BLUTGELD

Das Blutgeld (ungarisch „*vérdij*“), ist ein in den Quellen sehr häufig erwähntes Rechtsinstitut, und seine Entwicklungsgeschichte ist mehr als lehrreich, denn sie veranschaulicht die bewahrende und zugleich wandelnde Wirkung der christlichen Rechtsordnung. Es handelt sich um eines der ältesten Rechtsinstitute des Landes, das bis zum Ende des ständischen Zeitalters bestehen blieb, wenn auch mit nachlassender Intensität.

Die Bezeichnung selbst kann zugleich als Übersetzung und als typisch ungarischer Begriff betrachtet werden. Das germanische Wort „*Wergeld*“ stammt aus der Zeit der Volksrechte und bedeutet „Preis des Menschen (= des Mannes)“. Darunter verstand man den Betrag der Wiedergutmachung, den man für die Tötung eines freien Mannes zu zahlen hatte. Da das Auslösen eines Menschenlebens und das diesbezügliche Rechtsverfahren verständlicherweise auch symbolischen Charakter hatten, kam das zumeist auch in den Zahlen zum Ausdruck: Die herausragende Bedeutung des jeweiligen Falles sollte nicht nur durch einen hohen Betrag, sondern auch durch runde Summen (100 Ochsen, Jungochsen, Kamele) zum Ausdruck gebracht werden. Außer anhand der germanischen sprachlichen und inhaltlichen Parallelen und unabhängig von diesen lässt sich der Begriff auch innerhalb der ungarischen Sprache erklären, und zwar mit vollkommen identischem Inhalt. Das Geld für das Blut war das Geld oder der Preis für das menschliche Leben, und dass das Wort „*vér*“ (Blut) auch das Leben symbolisierte, braucht man gar nicht gesondert zu erwähnen. Aus rechtsgeschicht-

licher Sicht lautet die wichtigste Frage: Auf wessen Leben bezog sich dieses erhebliche Vermögen?

Bis zur Zeit von István Werbőczy (Anfang 16. Jahrhundert) hatten sich die ständischen Rechtsinstitute längst verfestigt, darunter auch die ständische Interpretation des Blutgeldes. Demnach bedeutete Blutgeld im Wesentlichen Kopfgeld, also eine Ablösezahlung. In älteren Übersetzungen steht dafür die Wendung „Schätzung der Mörder“ (*aestimatio homicidarum*), man muss jedoch wissen, dass Mord damals nicht unbedingt eine öffentliche Übeltat bedeutete, sondern nach unserer modernen Terminologie eher nur eine vorsätzliche Tötung. Diese Interpretation entspricht voll und ganz der Philosophie der christlichen Rechtsordnung: Der Mörder ist darauf angewiesen, seinen Kopf, den er mit der Straftat verspielt hat, auszulösen. Ein toter Mensch hat keinen Preis, denn seine Seele ist unsterblich und kehrt zu ihrem Schöpfer zurück, und sein Leichnam kann nicht Gegenstand eines Handels sein. Zu Werbőczy's Zeit aber kann es noch jene alte Praxis gegeben haben, die genau auf dieser umgekehrten Sichtweise basierte. Das war das Kompositionensystem, das die Kriterien des Wiedergutmachungsprinzips zur Geltung brachte und durch das Abwägen des Wertes eines verstorbenen Menschen eine materielle Genugtuung brachte. Der Verfasser des „*Tripartitum*“ (Trip.) hat quasi sinnend folgende Zeilen zu Papier gebracht: „*Nonnulli tamen dicunt; homagium, pretium esse hominis perempti: licet absurdum sit ita dicere. Nam mortuus nullo pretio redimi et a mortuis suscitari potest. Sed homicida, ne talionem subeat, ut caput suum, et non illius, quem peremit, redima, necesse est.*“ (Trip. III 5 § 3) Die ursprüngliche Bedeutung von „*vérdij*“ war Anfang des Jahrhunderts noch einigermäßen bekannt und möglicherweise in einem uns nicht bekannten Rahmen gängige Praxis. Es bereitete ihm Kopfzerbrechen, denn er hatte seinen Grund dafür, dass er das oben Gesagte in seinem als Gesetz gedachten Buch formulierte. Die Höhe des Blutgeldes richtete sich in der Zeit des Ständewesens nach der ständischen Stellung im Lande. Darin kamen zum einen mengenbezogene Kriterien zum Ausdruck, zum anderen aber auch rechtsgeographische.

In der Zeit des Ständewesens richtete sich das Blutgeld nach dem Stand des Täters, das heißt, je vornehmer sein Stand war,

umso höher war das Blutgeld. Es muss allerdings betont werden, dass diese Abweichungen, die in den verschiedenen Beträgen zum Ausdruck kamen, auf der Seite des Rechtsverletzers berücksichtigt wurden, das heißt, ein gesellschaftlich höher gestellter Täter musste ein höheres Blutgeld zahlen. Das entsprach der ständischen Sichtweise, die auch mit der christlichen Anschauung zusammenhing: Das Leben einer Person höheren Standes ist teurer; wenn sie mit einer schweren Straftat *quasi* ihren Kopf verspielt, kann sie ihn nur gegen einen höheren Betrag auslösen. Mit anderen Worten: Eine von einer vornehmeren Person begangene Straftat von identischer Schwere fällt stärker ins Gewicht und wird schwerer bewertet. Hier kommt die biblische Werteordnung zum Tragen: Wer viel erhalten hat, von dem wird mehr erwartet... Am höchsten gestellt waren die Grafen und Barone, ihr Blutgeld betrug 400 Gulden, das der sogenannten Landesadligen, also diejenigen mit kleinem und mittlerem Besitz, belief sich auf 200 Gulden. Das Blutgeld der siebenbürgischen Adligen betrug die Hälfte davon, 100 Gulden, und die Privilegierten von Kroatien-Slawonien waren 66 Gulden „wert“.

In der frühen Neuzeit, die in Ungarn überwiegend gleichbedeutend mit dem Ständewesen war, kam das Blutgeld in den Gerichtsurteilen noch häufig vor, sein ursprünglicher Sinn war jedoch schon vollkommen verblasst, und es wurde im Wesentlichen nur noch als Geldstrafe betrachtet, die als Nebenstrafe der eigentlichen Sanktion angewandt wurde.

DAS STRAFRECHT DES ADELSSTANDES

Die Kategorien des ständischen adligen Strafrechts sind ungefähr gleichzeitig mit dem Adelsstand selbst entstanden und mit der Aufhebung der privilegierten Rechtsstellung des Adels in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts auch erloschen. Den Quellen zufolge kann der Adelsstand ab dem 14. Jahrhundert, besonders ab den Gesetzen von 1351, sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in privatrechtlicher Hinsicht als etabliert betrachtet werden. Der Adelsstand war die rechtliche Gemeinschaft und der politische Interessenverband der freien weltlichen Grundbesitzer Ungarns. Trotz der großen

Unterschiede hinsichtlich des Vermögens und der politischen Ansichten, die sich auch in der Lebensweise niederschlugen, konnte im Bereich der rechtlichen Garantien eine gemeinsame Plattform gefunden und formuliert werden, die in dem allgemein bekannten Satz „*una et eadem libertas*“ zusammengefasst wurde und deren sehr markante Bestandteile die Freiheiten im Bereich des Strafrechts waren. Man muss wissen, dass der Adelsstand seine Privilegien in der universellen Kultursprache der Zeit zumeist mit dem Wort „Freiheit“ (*libertas*) und nicht mit dem für die Sonderrechte des Klerus verwendeten Begriff „*privilegium*“ bezeichnete.

Dieses ständische Strafrecht basierte auf dem Bewusstsein, dass die Mitglieder des Adelsstandes in ihrer Person Abkömmlinge und somit Erben der einstigen freien Gesellschaft der Landnehmer waren, innerhalb welcher es (vermutlich tatsächlich) keine übergeordnete öffentliche richterliche Gewalt gab und die Betroffenen ihre Rechtsstreitigkeiten selbst erledigten. Schon in der Goldenen Bulle ist von dem Rechtsanspruch zu lesen (auch wenn dort noch von Dienern des Königs die Rede ist), dass über einen Adligen nur der König richten dürfen soll. Zugleich standen der König und der Adel in der öffentlich-rechtlichen Auffassung des Adels begrifflich in einem Komplementärverhältnis zueinander: Zum Adligen machen kann nur der König, zum König machen kann nur der Adel: „*Neque enim princeps, nisi per nobiles eligitur, neque nobilis, nisi per principem creatur, atque dignitate nobilitari decoratur.*“ (Trip. I 4 § 7) Nur der König konnte also den Adligen vor seinen Richterstuhl zitieren, doch auch das Umgekehrte galt: Die Adligen konnten sich mit Beschwerden an den König wenden. Innerhalb des Adelsstandes kam eine sorgfältig ausgearbeitete Autonomie der Rechtspflege zur Anwendung, die sich organisch in die nach der Person unterscheidende Welt der mittelalterlichen Rechtsordnung einfügte. Die strafrechtlichen Institute des Adelsstandes galten also nur für die Rechtsstreitigkeiten, in denen beide Parteien Adlige waren.

Zum Strafrecht des Adelsstandes gab es keinerlei systematische Rechtstheorie. Das Strafrecht im modernen Sinne ist ein Produkt der Rechtswissenschaft des neuzeitlichen Europa. Im antiken römischen Recht waren zwar zahlreiche Rechtsinstitute entstanden, die auch das bürgerliche Strafrecht kennt, doch diese Kenntnisse

blieben im Mittelalter verborgen, die gesellschaftliche Wirklichkeit benötigte die Adaptation der Normen des Altertums nicht. Die neuzeitliche Entwicklung wiederum nahm ihren eigenen Weg, und obwohl dieses an den Universitäten entstandene Gelehrtenrecht das justinianische Recht nicht nur kannte, sondern in gewissem Maße auch darauf aufbaute, war sie insgesamt doch eine autonome.

Die Sichtweise und die Formulierungen des „*Tripartitum*“, das auch eine Zusammenfassung des mittelalterlichen Strafrechts liefert, zeigen, wie unsere Vorfahren versucht haben, unter die strafrechtlichen Regelungen fallende Fälle zu bewerten. Man kann feststellen, dass von allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen überhaupt keine Rede ist, in Werbőczy's großem Werk werden im Wesentlichen nur die wichtigsten Tatbestände aufgeführt. Insgesamt kann man drei Gemeinsamkeiten hervorheben:

- a) Das gesamte „*Tripartitum*“ ist eindeutig stark privatrechtlich geprägt, und dazu passen auch die strafrechtlichen Passagen. Anders formuliert: Wenn Werbőczy von strafrechtlichen Rechtsgepflogenheiten spricht, nennt er überwiegend diejenigen, die eng mit den privatrechtlichen Traditionen verbunden sind, und legt diese Verbindung natürlich auch ausführlich dar. Auf diese Weise werden die Rechtsverletzungen, die in engerem oder weiterem Zusammenhang mit dem adligen Privatrecht stehen, im Großen und Ganzen besprochen, die öffentlichen Untaten aber werden kaum erwähnt. Das ist zwar logisch, da die Täter, die sie begingen, überwiegend unedel waren, zugleich ist es aber auch sehr bedauerlich, denn wir wissen sehr wohl, dass das neuzeitliche Strafrecht diesen Weg der Ausweitung der öffentlich-rechtlichen Strafrechtsprechung genommen hat. Für uns wäre es sehr nützlich gewesen, wenn Werbőczy auch über die Maßnahmen gegen die öffentlich-rechtlichen Straftaten ausführlich berichtet hätte.
- b) Ein weiteres Merkmal des „*Tripartitum*“ besteht in der prozessualen Sichtweise. Werbőczy dachte in prozessrechtlichen Begriffen. Sein großes Werk ist ein entscheidender Beweis dafür, wie wahr der Satz „Die Wiege des materiellen Rechts war das Prozessrecht“ ist.

- c) Schließlich ist die Einordnung der Strafrechtsregeln herausragend. Im „*Tripartitum*“ ist ihnen zwar kein exaktes, eigenes Kapitel gewidmet, und sie sind nur verstreut aufzufinden, doch Werbóczy hat sich um eine gewisse Kategorisierung bemüht. Sie liegt auf der Hand und ist sehr praktisch: Er hat die Taten aus der Sicht der Strafen betrachtet und die mit ein und derselben Strafe bedrohten Tatbestände in eine Kategorie eingeordnet. Dadurch kam es zu dem merkwürdigen Umstand, dass ganz verschiedene Verhaltensweisen nur aufgrund der identischen Sanktion „in einen Topf geworfen“ wurden. Dass es ein praktischer Ansatz ist, lässt sich jedoch nicht leugnen, und das ist sowohl aus der Sicht des Rechtsanwenders als auch aus der Sicht des Verbrechens ohne Zweifel der wichtigste Gesichtspunkt. Das mittelalterliche Recht dachte also in Gruppen von Straftaten, deren theoretische Grundlage die gemeinsame Sanktion und, so kann man ergänzen, die gleiche prozessrechtliche Behandlung war.

Die Dinge wurden dadurch erleichtert, dass sich in der ständischen Praxis des Adels, obwohl es eigentlich keine Taxierung der Sanktionen gab, bestimmte Typen herausbildeten, deren relative Homogenität sich als solche zu einem ständischen Privileg verfestigte. So konnte zum Beispiel die Todesstrafe, sofern sie zur Anwendung kam, ausschließlich mit dem Schwert vollstreckt werden, denn eine andere Todesart hätte das adlige Ehrgefühl schwer verletzt. Aus ähnlichen Erwägungen wurde von Strafen, die in körperlicher Züchtigung bestanden, abgesehen.

URTEILE

Werbóczy hat sein großes Werk im Wesentlichen nach prozessrechtlichen Kategorien verfasst. So sucht man im „*Tripartitum*“ beispielsweise vergeblich nach einem Titel, der sich auf die Tatbestände der größeren Machthaberei bezieht. Die Regeln enthält das Werk selbstverständlich, jedoch unter folgendem Titel: „*De sententiarum speciebus; ac diversitatibus et executionibus*“ (Trip.

II 42). Das ungarische Recht unterschied im Grunde anhand der gleichzeitigen Berücksichtigung der Schwere und des Inhalts der Strafe zwischen größeren und kleineren Strafen. Im Falle der letzteren wurde typischerweise eine Vermögenssanktion verhängt, im ersteren Fall jedoch stand auch der Kopf des Angeklagten auf dem Spiel. Hinsichtlich ihrer Funktion im Prozess gab es zwei Arten von Urteilen: das Zwischenurteil (*sententia interlocutoria*) und das Endurteil (*sententia definitiva*). Wir besprechen hier nur das Urteil in der Sache, das den Prozess abschließt. Als größere Urteile (*sententia maior*) wurden solche wegen Verrats, Todesurteile, solche wegen Ehrlosigkeit und solche über eine Geldstrafe von mehr als 100 Gulden bezeichnet. Wir befassen uns hier mit der Beurteilung der für das ständische adlige Strafrecht besonders charakteristischen Tatbestände der größeren Machthaberei, für die ein Todesurteil verhängt wurde.

Größere Machthabereien wurden also mit einem Todesurteil (*sententia capitalis*) bestraft, das Enthauptung oder Vermögensentziehung bedeutete. Die beiden Elemente der Sanktion standen in einem alternativen Verhältnis zueinander, das heißt, wenn die eine verhängt wurde, konnte die andere nicht vollstreckt werden. Darüber hinaus galt für sie nicht nur die Alternativität, sondern auch eine bestimmte Reihenfolge. Der Regel zufolge kam es nämlich nur als *ultima ratio* zur Enthauptung, die Parteien mussten sich vor allem auf eine materielle Wiedergutmachung einigen, und zwar deshalb, weil der gesunde Menschenverstand das diktierte. Man könnte auch sagen, dass die Androhung der Enthauptung den Verhandlungen im Prozess erst wirkliches Gewicht verlieh. Kläger und Beklagter konnten sich nicht nur im Laufe des Prozesses, sondern auch nach Ergehen des Urteils noch auf eine materielle Wiedergutmachung einigen. Werbóczy schreibt, der Richter, der den Verurteilten gefangen hielt, habe noch drei Tage für einen Vergleich zwischen den Parteien gehabt. Verstrich auch diese Frist ergebnislos, konnte die Enthauptung stattfinden. Diese konnte laut dem „*Tripartitum*“ der Kläger vollstrecken, der Wahrheitsgehalt dieser Aussage ist jedoch äußerst fraglich, denn vom Anfang des 16. Jahrhunderts sind uns keine Privathinrichtungen dieser Art bekannt. Diese erinnern eher an die längst überholten Institute der Rache und der kollektiven

Verantwortung. Möglicherweise wollte Werbőczy dem Todesurteil durch die Erwähnung der alten Rechtsgepflogenheit hier nur Gewicht und eine düstere Note verleihen und nicht die tatsächliche Praxis beschreiben. Kam es jedoch, gleich, auf welche Art, zur Enthauptung, blieb die „Vermögensvernichtung“ selbstverständlich aus.

Die Vollstreckung der als typisch zu bezeichnenden Vermögenseinziehung ist äußerst bemerkenswert: Das Vermögen der unterlegenen Prozesspartei fiel nicht an die Krone, sondern ein Drittel des Blutgeldes und des Vermögens stand dem Kläger und zwei Drittel standen dem Richter zu. Eine wichtige weitere Regel besagte, dass dieses Vermögen von den Söhnen und erbenden Blutsverwandten des Beklagten zu dem in einer öffentlichen Schätzung ermittelten Preis zurückgekauft werden konnte. Für den Rückkauf stand ein Jahr und ein Tag zur Verfügung, bis dahin befand es sich als Pfand beim Richter. Es kam häufig vor, dass der Verurteilte in einer ungeteilten adligen Besitzgemeinschaft lebte. In solchen Fällen musste eine Erbteilung beantragt werden, und das Urteil galt nur für den von dem der anderen abgetrennten Erbeil. Eine wesentliche rechtshoheitliche Regel besagte, dass von den ungarischen Oberrichtern gefällte Urteile nur für Besitztümer in Ungarn und Urteile des siebenbürgischen Woiwoden nur für siebenbürgischen Besitz galten.

Kleinere Urteile (*sententia minor*) ergingen – nach dem Ausschlussprinzip – in den Strafsachen, die nicht in die Kategorie derjenigen mit einem größeren Urteil fielen. Positiv formuliert wurden bei kleineren Machthabereien, Zungengefälle und mit einer Geldbuße belegten Tätlichkeiten kleinere Urteile gesprochen. Die Sanktion war immer eine Geldstrafe, die höchstens die Hälfte des Blutgeldes ausmachte.

VERRAT

Der Verrat, genauer gesagt, das Brandmal des Verrats (*nota infidelitatis*) war die erste und wichtigste Kategorie von Straftaten. Die Bezeichnung verweist eindeutig auf die Verbindung mit dem Lehnsrecht, obwohl es in Ungarn nie ein juristisch so präzise ausgearbeitetes Lehnswesen gegeben hat wie in den westeuropäischen

Gesellschaften. In Ungarn kamen der Begriff des Verrats und die damit bezeichnete Gruppe von Straftaten auf, als sich diese Verhaltensweise bereits stark verdinglicht hatte und man darunter zunehmend die Rechtsverletzungen gegen den Staat im weiteren Sinne verstand. Mit dieser Bedeutung wird Verrat auch auf den Seiten des „*Tripartitum*“ besprochen.

Die ursprüngliche Bedeutung des Begriffs wird also aus dem Lehnrecht deutlich. Er bezeichnete die Verletzung der Verbindung zwischen dem Lehnsherrn und seinem Vasallen, der gewöhnlich auch durch einen Eid bekräftigten Treue. Das war das größte Verbrechen, das man in der mittelalterlichen Gesellschaft begehen konnte, denn es griff das „Bindemittel“ der Gesellschaft an und gefährdete somit die Stabilität des feudalen Staates. Die Treue war damals ausschließlich eine interpersonelle, also eine vielfältige und reichhaltige Beziehung zwischen zwei Menschen. Da sich die Schriftlichkeit anfangs auf einem sehr niedrigen Niveau befand, konnte von einer schriftlichen Komponente dieser Relation gar keine Rede sein, obgleich diese auf einer höheren Stufe der Entwicklung bereits vorkam und weit verbreitet war. Im Zeitalter der Mündlichkeit basierte die geordnete Existenz der Staaten also auf einem auch durch Eid besiegelten System feierlicher Versprechen, sodass es nur verständlich ist, dass das einmal ausgesprochene Wort ernst genommen wurde und bei Wortbruch gegebenenfalls streng sanktioniert wurde.

Eine sehr wichtige entwicklungsgeschichtliche Veränderung besteht darin, dass während die Verletzung der Treue in den auf ideale Weise gegenseitigen Verhältnissen des Feudalismus von jedermann, also auch von dem Herrn, begangen werden konnte, die Gegenseitigkeit in der Zeit des Ständewesens, als die Verdinglichung charakteristisch war und Gegenstand des Verbrechens nur noch der Herrscher und der fiktive Staat sein konnten, verschwand und Untreue im Grunde nur noch die Nachkommen der einstigen Vasallen, die Mitglieder des Standes, begehen konnten. Der Ständestaat ist der direkte Nachfolger des Lehnsstaates, und es war ganz selbstverständlich, dass die Herrscher sich nahezu sämtliche ehemalige Lehnrechte zu eigen machten. Als Erbe der dem Lehnsherrn zustehenden Rechte setzte sich der Herrscher, im vorliegenden Fall der ungarische König,

zunehmend mit dem Staat gleich, und im Zeitalter des etablierten Ständewesens war das persönliche Element gegenüber der schnell wachsenden Palette der Handlungen gegen den Staat schon beinahe ganz in den Hintergrund getreten.

Im Zeitalter des Ständewesens war es in Europa gängige Praxis, dass die Herrscher die Palette der Tatbestände der Untreue (*felo-ny* usw.) kontinuierlich erweiterten. Dadurch schlugen sie gleich mehrere Fliegen mit einer Klappe: Sie betonten ihre Oberlehns-herrlichkeit, erhöhten die öffentliche Sicherheit und steigerten die Einnahmen des Staates. Im Mittelalter ging man in diesem Bereich bis zum Äußersten, in der Neuzeit ist eher eine Rückläufigkeit der Fälle der Untreue zu beobachten. Dasselbe gilt auch für Ungarn. Zu Werbóczy's Zeit gab es bereits mehrere Dutzend Begehungsarten des Verrats, und die Zahl der Fälle konnte nur sehr langsam verringert werden. Es galt als großes Ergebnis, als die Zahl der Varianten dieser Straftat 1723 nur noch 10 betrug.

Der schnelle Anstieg der Verratsfälle bedeutete auch, dass natürlich eine Reihe von Handlungen hier eingeordnet wurden, die nicht nur von definitiven Mitgliedern des Adelsstandes begangen werden konnten. Ich möchte nur als Beispiel erwähnen, dass kaum einer der Adligen, die gewöhnlich Analphabeten waren, eine Urkunden-fälschung hätte begehen können, wohl aber die unedlen (= nicht adligen) Gemeindevorsteher, die, da sie lesen und schreiben konnten, diese Straftat häufig begingen. Es steht auf einem anderen Blatt, dass ihnen, wenn sie besitzlos waren, keine Liegenschaften entzogen werden konnten – was allerdings auch bei besitzlosen Adligen vorkommen konnte, deren Zahl im Mittelalter noch recht gering war, aber in der Neuzeit beträchtlich stieg. Man kann sagen, dass sich der Verrat auch insofern von den strafrechtlichen Instituten des Adelsstandes abhebt, als er infolge der Verdinglichung bei der Aufnahme Nichtadliger am weitesten gegangen ist, sodass er außer bei den öffentlichen Straftaten auch bei der Schaffung der Grundlagen des Strafrechts der Moderne eine wichtige Rolle gespielt hat.

Nachfolgend besprechen wir die häufigsten Sachverhalte des ungarischen ständischen Strafrechts. Im Mittelalter entstand keine genau festgelegte Taxierung der als Verrat betrachteten Handlungen, man kann aber die Aufzählung des „*Tripartitum*“ als Aus-

gangspunkt akzeptieren (Trip. I 14). Anhand ihres Inhalts, genauer (wie man heute sagen würde): anhand des gefährdeten rechtlichen Objekts, können diese Straftaten wie folgt Gruppen zugeordnet werden.

MAJESTÄTSBELEIDIGUNG

Die erste Verhaltensweise, die zugleich am direktesten auf die ursprüngliche Bedeutung von Verrat (*crimen laesae maiestatis*) hinweist, ist zweifelsohne die Majestätsbeleidigung. Es begeht sie, wer die Hand gegen die Person des Königs erhebt, wer ihm mit der Waffe oder mit Gift nach dem Leben trachtet oder wer gewaltsam in das Haus eindringt, in dem sich der Fürst aufhält. Zum Kreis der geschützten Personen gehörte außer dem König natürlich auch seine Familie, wobei die Einzelheiten mittlerweile nicht mehr sicher bekannt sind. Zu diesem Tatbestand siehe den Fall Felicián Zách weiter oben.

STRAFTATEN GEGEN DAS LAND

Es begeht sie, wer sich offen gegen die Macht der Verfassung (*status publicus*), des Königs und der Krone stellt. Das ist eine ziemlich abstrakte, aber zugleich klare Bestimmung. Es fällt auf, dass Werböczy den Angriff auf die öffentliche Ordnung, die man wohl am ehesten als Verfassung übersetzen könnte, akkurat vom Angriff auf den König trennt und sogar die Krone gesondert nennt. Über den verfassungstheoretischen Begriff der Heiligen Krone schreibt er ohnehin ausführlich, der hier angeführte kurze Hinweis beweist, was für ein gut ausgearbeitetes Konzept der Verfasser des „*Tripartitum*“ hatte.

Ebenso begehen sie diejenigen, die fremde Freibeuter oder Söldner ins Land bringen. Als solche galten diejenigen, die die Grenzburgen verrieten, die mit dem Feind paktierten oder ihm Waffen und Lebensmittel lieferten. Dieser Tatbestand konnte auch eine öffentliche Straftat sein. Das zeigt, dass auch Gemeine sie begehen konnten, doch hier wurde die Bewertung eher von der objektiven

Seite her vorgenommen: Da eindeutig die persönlichen und die Vermögenswerte des Landes in große Gefahr gerieten oder Schaden nahmen, schien die Einordnung unter den Begriff des Verrats angebracht.

Schließlich könnte man auch diejenigen hier nennen, die gegen Dokumente verstoßen, die öffentlichen Schutz oder freies Geleit (*salvus conductus*) gewähren. Dazu muss man wissen, dass man im Mittelalter und in der Neuzeit für die freie Bewegung im Land den oben genannten Schutzbrief benötigte. Derjenige, der ihn ausstellte (König, Magnat oder eine Behörde), bestätigte die Identität des Inhabers des Briefes und gewährleistete im Allgemeinen für ihn. Er solidarisierte sich gewissermaßen mit demjenigen, der mit dem Schutzbrief reiste, sodass eine grobe Verletzung des Schutzbriefes auch eine Verletzung seines Ausstellers bedeutete. Diese Tat richtete sich also gegen diejenigen, die ordnungsgemäß und rechtmäßig, mit einem „Personalausweis“ oder „Reisepass“, in das Land einreisten, und mittelbar gegen eine wichtige Teilregel der geltenden öffentlichen Ordnung.

KETZEREI

Ein charakteristisches Merkmal des ständischen Strafrechts war die Beziehung zu den unabhängig arbeitenden heiligen Stühlen, genauer gesagt zur kirchlichen Rechtsprechung. Dass die beiden gerichtlichen Foren sorgfältig getrennt voneinander, mit relativ gut definierten Kompetenzen arbeiteten, hieß nicht, dass es keine Grenzbereiche zwischen ihnen gab. Das bedeutet, dass sie gleichermaßen Anspruch auf die Beurteilung bestimmter Rechtsverhältnisse erhoben, unter denen sich auch strafrechtliche befanden. Als ein besonderer Teil des Amtsbereichs der Gerichte des Heiligen Stuhls galten die Prozesse bezüglich der Einheit des christlichen Glaubens. Die Beurteilung der Ketzerei, um die es dabei ging, fiel also in erster Linie in den Zuständigkeitsbereich der Kirche, weil sie auch die Rechtsordnung des Staates in besonderem Maße gefährdete, sie wurde jedoch auch vom staatlichen Strafrecht verfolgt. Ein weiterer Grund dafür, dass nicht ausschließlich die heiligen

Stühle in solchen Angelegenheiten tätig wurden, bestand in dem häufigen Umstand, dass ein für schuldig befundener Angeklagter in diesem Fall mit der schwersten Strafe rechnen musste. Die Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe aber lag außerhalb der Kompetenzen der kirchlichen Rechtsprechung. Am häufigsten verliefen die Prozesse wegen Ketzerei also so, dass der heilige Stuhl den Tatbestand der Ketzerei feststellte und den Schuldigen dann an die weltlichen Behörden übergab, wo er öffentlich als Verbrecher gegen die öffentliche Ordnung behandelt wurde. Dort standen kaum noch rechtliche Garantien zur Verfügung, im standrechtlichen weltlichen Verfahren wurde im Wesentlichen nur noch die Strafe vollstreckt.

Die Einstufung der Ketzerei als Verrat ist also ein gutes Beispiel dafür, dass die weltlichen und die kirchlichen Institutionen in der christlichen Rechtsordnung gemeinsam gegen die Angeklagten voringen. Zur Zeit der ketzerischen Bewegungen war ein beinahe hysterisches Auftreten zu beobachten. Gegen Auffassungen, die den christlichen Glauben zu gefährden schienen, traten die Päpste selbst sehr energisch auf und forderten auch von den ungarischen Königen die Vernichtung der Ketzer. Urteile gegen Menschen, die der Ketzerei beschuldigt wurden, wurden also in ordnungsgemäßen Prozessen gefällt, wo die Angeklagten natürlich nicht immer die reelle Chance hatten, zu „entkommen“. Es ist noch anzumerken, dass Werbőczy im Zusammenhang mit dem Verrat nur von „öffentlichen Ketzern“ (*publici haeretici*) spricht, denjenigen also, die einer verdamnten Konfession angehörten. Auch einzelne konkrete „verirrte“ Personen bezeichneten die heiligen Stühle als Ketzer und erlegten ihnen entsprechende kirchliche Strafen auf, sie galten jedoch nicht gleichzeitig auch als untreu. Die Erklärung ist eindeutig: Konkrete isolierte Fälle gefährdeten die Stabilität des Staates nicht, wohl aber die Ketzerbewegungen, die Bekenntnisse, die sich gegen die römische Kirche stellten, denn diese bedeuteten auch für den Staat eine große Herausforderung.

URKUNDEN-, SIEGEL- UND GELDFÄLSCHUNG

Die äußere Erscheinungsform dieser drei Straftaten ist jeweils eine ganz andere, gemeinsam ist ihnen aber, dass alle drei mit einer schweren Verletzung der Interessen des Staates einhergehen, und die Geldfälschung verletzt zudem noch ein staatliches Monopol. Unhistorisch ausgedrückt könnte man auch sagen, es handle sich um intellektuelle Straftaten, denn nur die am besten geschulten „Experten“ der Gesellschaft waren in der Lage, sie zu begehen.

Die Kenntnis der besonderen Sprache war besonders bei der Urkundenfälschung unerlässlich. Man muss wissen, dass im Mittelalter und sogar noch in den Jahrhunderten der Neuzeit die überwiegende Mehrheit der Gesellschaft Analphabeten war. Bis zur Erfindung des Buchdrucks und seiner allgemeinen Verbreitung schrieb man in Europa mit der Hand. Diese handgeschriebenen Kodizes und andere Unterlagen zu lesen war schon deshalb nicht leicht, weil diejenigen, die das Schriftsystem des Mittelalters erfunden hatten, ein ausgesprochen kompliziertes System von Abkürzungen verwendeten, das aus mehreren Tausend Zeichen bestand. Die einzelnen Abfasser von Dokumenten wandten dieses Schriftsystem auch in Abhängigkeit von ihrer Bildung an, doch ein geübter Schreiber arbeitete mit mehreren Tausend, mindestens aber mit mehreren Hundert Zeichen. Wenn man dann noch bedenkt, dass all das auf Lateinisch geschah, versteht man, warum Lesen und Schreiben als regelrechte Geheimwissenschaft, ja beinahe als okkulte Kunst galt. In der Praxis gab es auch eine ziemlich scharfe Trennung zwischen Lesen und Schreiben: Es konnten viel mehr Menschen lesen als schreiben. Man braucht wohl kaum zu sagen, dass vor allem die Kirchenmänner diese Wissenschaft beherrschten, aber zum Ende des Mittelalters gab es auch in der/den königlichen Kanzlei/en schon eine beträchtliche Zahl weltlicher Mitarbeiter.

Für die Urkundenfälschung waren also beste Kenntnisse in den oben genannten Bereichen unerlässlich, denn es ging ja nicht einfach darum, ein Dokument zu kopieren, sondern darum, ein neues mit verändertem Inhalt zu erstellen. Um ein solches Verbrechen zu begehen, musste man mindestens folgende Kriterien erfüllen:

hervorragende Lateinkenntnisse haben, des Lesens und Schreibens mächtig sein und zumeist in einer Position tätig sein, in der man die intrigante Tat unter geeigneten Umständen ausführen konnte. Es ist bekannt, dass nicht die Fälschung jedes beliebigen Schriftstücks als Urkundenfälschung galt, sondern nur die eines solchen mit rechtlich relevantem Inhalt.

Die Fälschung von Urkunden konnte auch deshalb als Verrat eingestuft werden, weil sie am häufigsten im Zusammenhang mit Besitzrechten erfolgte. Die Besitzrechte aber betrafen infolge der massiven Verbreitung des Systems der königlichen Schenkungen am Ende des Mittelalters zum größten Teil, mittelbar oder unmittelbar, das Recht des Königs darauf, dass ihm Besitztümer zufielen (*ius regium*). Somit ist es absolut verständlich, dass die insgesamt wenigen Schriftkundigen, die diese Straftat potenziell begehen konnten, mit Enthauptung und vollständiger Vermögenseinziehung bedroht wurden.

Die Siegelfälschung war häufig eine Begleiterscheinung der Urkundenfälschung, was ebenfalls auf den Analphabetismus zurückzuführen war. Wenn ein gewöhnlicher Sterblicher die Urkunde schon nicht lesen konnte, musste doch für jeden erkennbar angegeben werden, wer sie ausgestellt hatte. Das war zum einen für die Orientierung wichtig und verlieh der betreffenden Urkunde zum anderen sofort das nötige Gewicht. Dazu bedurfte es einer bildlichen Darstellung, die – anders als die Urkunde – für jedermann leicht zu erkennen und zu identifizieren war, und genau das gewährleistete das Siegel. Das Bild des Siegels war natürlich je nach seinem Inhaber ein anderes, gewöhnlich aber recht einfach. Somit hatte es ein Siegelfälscher in technischer Hinsicht relativ leicht, denn er brauchte nur eine Kopie des Siegels anzufertigen, und schon war er im Besitz der falschen Autorität. Die Siegelfälschung wurde am häufigsten in Verbindung mit der Urkundenfälschung begangen, weil eine ordnungsgemäße Anwendung einer Urkunde vorgetäuscht werden musste. Im ordentlichen Rechtsleben diente das Siegel der Beglaubigung der schwer und nur von wenigen zu entziffernden Schriften, außerdem war es die Regel, dass nicht nur ein Siegel, sondern bei jedem Rechtsgeschäft mindestens zwei, beispielsweise bei Testamenten aber gegebenenfalls auch ein Dut-

zend Siegel angebracht wurden. Ein Urkundenfälscher musste sich also in den meisten Fällen auch als Siegelfälscher betätigen oder dafür die Dienste eines Komplizen in Anspruch nehmen.

Die Geldfälschung unterscheidet sich in vielerlei Hinsicht von den beiden oben beschriebenen Tatbeständen. Sie stellte eindeutig eine unmittelbare Verletzung oder zumindest Gefährdung der wirtschaftlichen und monetären Interessen des Staates dar. Die Münzprägung war ein typisches staatliches Monopol, unter Geldfälschung ist also etwas genauer ausgedrückt die unerlaubte Herstellung von Geld zu verstehen. Wenn es auch selten vorkam, so war es doch nicht ausgeschlossen, dass der Täter Münzen herstellte und in Umlauf brachte, die eine bessere Qualität, das heißt einen höheren Edelmetallgehalt, hatten als die amtlichen. Vor allem in diesem Fall kann man verstehen, weshalb staatliche Interessen verletzt wurden, denn die Geldwechsler interessierte der Edelmetallgehalt und nicht die Prägestätte, aus der eine Münze stammte. Wir wissen, dass sich die Herrscher, die sich des Monopols sicher sein konnten, häufig des Mittels der Geldverschlechterung bedienten, was aus geldpolitischer Sicht zumeist fraglich, rechtlich aber vollkommen zulässig war.

Es gibt seit Urzeiten zwei Arten der Begehung der Geldfälschung: die unerlaubte Herstellung und das In-Umlauf-Bringen. Jede der beiden Formen reichte aus, um die volle Strafe zu erhalten. Gewöhnlich fiel die Menge des Falschgeldes bei der Herstellung nicht ins Gewicht, beim In-Umlauf-Bringen dafür umso mehr. Im letzteren Fall war die Beweisführung ziemlich schwierig, da die Angeklagten gewöhnlich behaupteten, sie hätten keine Ahnung gehabt, dass sie Falschgeld in der Hand hatten. Bei Münzen, die mit einer guten Technik und einem Edelmetallgehalt, der in etwa mit dem der amtlichen übereinstimmte, hergestellt worden waren, konnte man von den Beteiligten des Warenverkehrs auch nicht erwarten, dass sie das Falschgeld erkannten. Deshalb wurden in der Rechtsprechung des Mittelalters eher diejenigen bestraft, die Falschgeld herstellten, während diejenigen, die es in Umlauf brachten, mit mildereren Strafen rechnen konnten.

DIE SANKTION

Die allgemeine Sanktion für Verrat war bekannt: Enthauptung und Vermögenseinziehung. Die beiden Elemente der Strafe standen in einem konjunktiven Verhältnis zueinander, von Alternativität konnte also keine Rede sein. Der Schuldige musste mit der Todesstrafe und dem Verlust seines gesamten Vermögens rechnen. Zumindest *de iure*; *de facto* sah es nämlich etwas anders aus. Der König konnte eine Begnadigung von der Todesstrafe gewähren, die Vermögensvernichtung wurde aber zumeist durchgeführt. Das galt insbesondere für die Habsburgerära, als (wie man heute sagen würde) die kaum verborgenen Ziele der Schauprozesse im Auffüllen der Schatzkammer des Hofes, der Verteilung von Besitztümern an die Günstlinge und nicht zuletzt darin bestanden, den politischen Gegner zum Schweigen zu bringen und einzuschüchtern. Manchmal blieb die Enthauptung tatsächlich aus, die Vermögenseinziehung aber so gut wie nie. Aus der Sicht der öffentlichen Geschichte sind vielleicht die Entwicklungen hinsichtlich der Enthauptung interessanter, aus institutionsgeschichtlicher Sicht verdient jedoch die Frage der Vermögenseinziehung mehr Aufmerksamkeit.

Die persönliche Geltung eines Verratsurteils war scheinbar eindeutig: Der der Verratshandlung Beschuldigte büßte persönlich, diejenigen, die nicht an der Straftat beteiligt waren, auch wenn sie Verwandte waren, selbstverständlich nicht. Das entspricht im Grundsatz der persönlichen Verantwortung gemäß Gesetzesartikel Nr. 25 von 1231, doch wir wissen, dass es auch Ausnahmen gab. Das wohl bekannteste Beispiel dafür ist der oben bereits beschriebene Fall des Felicián aus dem Geschlecht Zách, der nicht mehr zum Tode verurteilt zu werden brauchte, weil die Diener, die sich am Ort des Attentats aufhielten, ihn sofort niedermetzelten, in dem überlieferten Urteilsschreiben aber wird die Ausrottung seiner gesamten nahen Verwandtschaft und der entfernteren Verwandtschaft bis ins dritte Glied angeordnet. (Es handelte sich also um einen Fall der kollektiven Verantwortung.)

Die zeitliche und objektive Geltung des Verratsurteils ist schon etwas komplizierter. Sicher ist, dass die Rechtskraft des Urteils auf den Moment der Begehung der Handlung zurückblickt und seine

Geltung in jenem Moment beginnt. Das betrifft also persönliche wie objektive Kriterien: Welches ist das Vermögen, das unter die Vermögenseinziehung fällt, und welcher Personenkreis ist betroffen? Die Beschlagnahmung erstreckte sich auf bewegliche und unbewegliche Güter des Schuldigen jeglicher rechtlicher Natur, also gleichermaßen auf den von ihm erworbenen Besitz, seinen avitischen und seinen Schenkungsbesitz. Bezüglich der *de iure* an den König zurückgefallenen Besitztümer konnte man um eine Schenkung ersuchen.

Die grundsätzliche Anwendung der persönlichen Geltung erforderte es, dass die Vermögenslage des Verurteilten rückblickend für den Moment der Begehung der Handlung festgestellt wurde. Das bedeutete im Hinblick auf die häufige ungeteilte Besitzgemeinschaft, dass eine Erbteilung (*divisio*) vorgenommen werden musste und nur das Vermögen des Schuldigen an den „*fiscus*“ fiel. Werböczy hat jedoch darauf hingewiesen, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen den Söhnen, die zum Zeitpunkt der Begehung des Verrats bereits lebten, und den Nachgeborenen bestand. Erstere hatten nämlich an der Sanktion des Vaters teil, das heißt, ihr Erbrecht konnte nicht geltend gemacht werden, während die nach der Begehung des Verrats Geborenen den Vater mit vollem Recht beerbten – vorausgesetzt, der König hatte ihn begnadet. „*Filios tamen intellige jam natos, et non nascituros. Nam post paternam condemnationem: seu labe infidelitatis ejus innodationem filii nascituri; in juribus paternis (si gratiam regiam et dominium adhuc bonorum suorum paternorum consecutus fuerit) merito, riteque succedunt.*“ (Trip. I 16 § 1) Die besitzrechtliche Geltung der königlichen Begnadigung bedeutete also, dass dadurch das Erbrecht der Nachgeborenen auflebte, das der früher Geborenen aber auf keinen Fall. Diese (und die Verwandten aus anderen Geschlechtern) mussten, um den Zustand der gegenseitigen Beerbung mit dem Verurteilten wiederherzustellen, untereinander neue Verträge abschließen und für diese um die Zustimmung des Königs ersuchen.

MACHTHABEREI

Diese Art der Straftat war wohl am charakteristischsten für das ungarische ständische adlige Strafrecht. Das lässt sich damit erklären, dass laut den Regeln sowohl auf der Täter- als auch auf der Geschädigtenseite nur Adlige stehen konnten. In diese Kategorie gehörten also diejenigen Rechtsverletzungen, die ein Adliger gegen einen Adligen beging. Es ist klar, dass man historisch betrachtet von jener Zeit an von als Machthaberei eingestuften Tatbeständen sprechen kann, als sich der Adelsstand und seine gesellschaftlich akzeptierten Privilegien etabliert hatten. Das dürfte im 14. Jahrhundert, zur Zeit der Anjou, der Fall gewesen sein. Die entsprechende europäische Parallele war am ehesten der sogenannte ritterliche Privatkampf, den die deutschen Könige und andere Herrscher nahezu ununterbrochen zurückzudrängen suchten, mit wechselndem Erfolg.

Im ungarischen Recht unterschied man zwischen zwei Arten der Machthaberei, und zwar vor allem nach der Schwere der Rechtsverletzungen: Dies waren die größere (*actus maioris potentiae*) und die kleinere Machthaberei (*actus minoris potentiae*). Die ungarische Gesetzgebung brachte diese Unterscheidung bereits unter Sigismund zum Ausdruck (Gesetzesartikel Nr. 4 und 5 von 1435 in Trip. II). Das von König Matthias erlassene „*Decretum maius*“ (Gesetz Nr. 15 von 1486) definierte die 5 typischen Fälle (*quinque casus*) der größeren Machthaberei, die dann das „*Tripartitum*“ (II 42 § 5) zugrunde legte. Die Begehungshandlungen schädigen oder gefährden zum einen Vermögenswerte und richten sich zum anderen gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit. Nachfolgend werden die Fälle der größeren Machthaberei besprochen. Der Grund dafür ist, dass die seinerzeitige juristische Betrachtung ebenfalls diesen galt, und was nicht als ein solcher Tatbestand galt, wurde nach dem Ausschlussverfahren als kleinere Machthaberei bewertet und auch mit einem sogenannten kleineren Urteil bestraft.

DIE WICHTIGSTEN FORMEN DER BEGEHUNG

- a) Angriff auf das Haus eines Adligen. Das wichtigste Merkmal dieses Tatbestands war, dass die gewaltsame Handlung unmissverständlich war, die Besetzung oder Inbesitznahme eines Herrnsitzes, Herrenhauses usw. jedoch keine Bedingung war.
- b) Besetzung der Besitztümer eines Adligen. Die Rechtsverletzung konnte insgeheim geschehen, verborgen bleiben, eine offen gewaltsame Verhaltensweise war nicht erforderlich. Rechtswidrige Verhaftung eines Adligen. Der bekannte „*Prima nonus*“ (Trip. I 9 § 1) im „*Tripartitum*“ hielt als eines der adligen Privilegien eindeutig das prozessrechtliche Privileg fest, dass ein Adliger in einem gegen ihn eingeleiteten Prozess nur vorgeladen werden konnte. Auch das betonte den privatrechtlichen Charakter der Rechtsstellung der Adligen, denn selbst in Verratsprozessen konnte ein Angeklagter nur so vor Gericht gebracht werden. Es sind zwei Hauptausnahmefälle zu nennen, in denen eine Verhaftung rechtmäßig war: Verurteilung und Begehung einer öffentlichen Straftat. Die Fälle der letzteren sind bei Werböczy aufgelistet, und zwar: Mord, In-Brand-Setzen von Dörfern, Diebstahl, Raub oder Wegelagerei und gewaltsame Unkeuschheit (I 9 § 2). In diesen Fällen verspielte der Täter *ipso facto* quasi seine adlige Rechtsstellung, degradierte sich selbst, sodass sogar ein Nichtadliger ihn ergreifen konnte, allerdings nur *in flagranti*. Das Ertappen auf frischer Tat war also ein wichtiges Kriterium, ohne dieses lebte die privilegierte adlige Rechtsstellung wieder auf.
- c) d) Verprügeln und Verletzen eines Adligen. Hierbei handelt es sich um eine mildere Form des tätlichen Angriffs auf eine Person. Die Abgrenzung von den kleineren Machthabereien war nicht immer einfach, es wurde nur im konkreten Fall entschieden, ob der Richter ein kleineres oder ein größeres Urteil fällte.
- e) Tötung eines Adligen. Das war ohne Zweifel der wichtigste „*casus*“, andererseits erforderte seine Beurteilung auch die Anwendung der komplexesten juristischen Kriterien. Bei der

Abgrenzung musste man sich in erster Linie auf den Unterschied zum Mord konzentrieren. Letzterer war im Sprachgebrauch des „*Tripartitum*“ ein „*homicidium deliberatum*“, während die im Rahmen der Machthaberei begangene Tötung eine „*interemptio*“ war. Obgleich natürlich auch die einfache Tötung vorsätzlich erfolgen konnte, unterschied man aufgrund der seinerzeitigen juristischen Sichtweise scharf zwischen dem als öffentliches Vergehen geltenden Mord und dieser Variante des Auslöschens menschlichen Lebens.

Eine genaue zeitgenössische Abgrenzung der Begriffe haben wir in den Quellen natürlich nicht gefunden, die überlieferten Rechtsfälle beweisen jedoch, dass die ungarischen Richter die beiden Formationen ziemlich konsequent unterschieden. Ein Mord konnte auch unter Adligen begangen werden, die subjektiven Kriterien allein sind also keine Erklärung für den Unterschied. Die Grundlage für die Unterscheidung war auch gar nicht der Vorsatz, sondern Art und Zweck der Begehung. Bei dem unter die öffentlichen Verbrechen eingeordneten Mord zeigte sich deutlich, dass der Täter eine viel größere Kraft hatte als das Opfer, außerdem handelte es sich oft um eine im Voraus geplante Tat. Trotz all dieser Gesichtspunkte war für die Bewertung die konkrete Situation zwischen Geschädigtem und Täter zum Zeitpunkt der Begehung der Rechtsverletzung entscheidend. Wenn zwischen den Parteien nach den sehr großzügig ausgelegten Regeln des ritterlichen Privatkampfes irgendeine „Chancengleichheit“ festzustellen war, dann handelte es sich um Machthaberei.

DIE SANKTION

Die Strafe für größere Machthabereien war Enthauptung oder Vermögensentziehung. Die beiden Elemente der Sanktion standen in einem alternativen Verhältnis zueinander, konnten also nicht zusammen angewandt werden. Die Alternativität bedeutete bei näherer Betrachtung in der Praxis, dass die Parteien in solchen Prozessen in Wahrheit die Höhe der Wiedergutmachung verhandelten, und eine Todesstrafe war nur möglich, wenn die Verhandlungen

vollkommen gescheitert waren. Ein solcher Prozess ist ein sehr typisches Beispiel für ein klassisches akkusatorisches Verfahren, da der Richter eine ziemlich passive Rolle spielte, die Verhandlungsposition der Parteien eindeutig war und sich unter den Beweismitteln häufig formale, vor allem Eide, fanden.

Die Todesstrafe diente eher dazu, das Gewicht des Prozesses und den Ernst der Lage zu signalisieren. Zudem berichtet Werböczy, die Todesstrafe werde vom Kläger an dem ihm ausgelieferten Beklagten vollstreckt. Dazu konnte es kommen, nachdem der Richter nach erfolglosen Verhandlungen eine Verurteilung ausgesprochen hatte, den Beklagten innerhalb eines Jahres ab dem Datum des Urteils festgenommen hatte, ihn 3 Tage lang gefangen gehalten hatte und auch in dieser Zeit keine Einigung erreicht wurde (Trip. II 55 § 3). In den quellenarmen frühen Jahrhunderten des Mittelalters mag es Beispiele dafür gegeben haben, doch ab dem 16. Jahrhundert liegen keine Daten zu derartigen privaten Hinrichtungen mehr vor (Trip. II 55 § 3), insbesondere da die größeren Verratsprozesse in der Neuzeit überwiegend vom königlichen Gericht abgewickelt wurden. Wenn das königliche Gericht tätig war und ein Urteil fällte, sorgte man selbstverständlich auch für die Vollstreckung. Das Vermögen des (gleich, auf welche Art) hingerichteten Beklagten ging in vollem Umfang an seine Erben. Eine Ausnahme bildeten diejenigen Vermögensgegenstände, die der Verurteilte bei der Festnahme bei sich hatte, denn diese standen dem Richter zu. Eine typische und besonders häufige Art der Strafe betraf also das Vermögen.

Die Vermögensvernichtung konnte gleichermaßen für die beweglichen und die unbeweglichen Besitztümer gelten. Die als Gegenstand der verhängten Vermögensstrafe benannten Liegenschaften wurden im Wesentlichen vom Richter zum Pfand genommen, von wo aus die erbberechtigten Verwandten sie innerhalb einer vom Richter bestimmten Frist für einen in einer öffentlichen Schätzung ermittelten Gegenwert auslösen konnten. Da ein Besitz stets einen größeren Wert verkörperte als Bargeld, kann man vereinfacht sagen, dass in den Prozessen wegen Machthaberei typischerweise Geldstrafen verhängt wurden. In Ermangelung einer erfolgreichen Wiederaufnahme und einer Begnadigung durch den König konnte

der Prozessverlierer sein unter die Geltung des Urteils fallendes Vermögen nicht auslösen.

Die verhängte Vermögensstrafe stand im Verhältnis $\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$ dem Richter und dem Kläger zu. Das zeigt, dass das Gericht, das die öffentliche Gewalt verkörperte, doppelt so viel von der Wiedergutmachungssumme erhielt wie der Geschädigte. Das ist ein vielsagendes Beispiel für die Entwicklung, dass sich die öffentliche Gewalt einen immer größeren Teil der im Prozess der Parteien bestimmten materiellen Wiedergutmachung nahm – während dieselbe öffentliche Gewalt demnach in den Jahrhunderten des Ständewesens das Fortbestehen der einstigen Wiedergutmachung (*compositio*) zuließ.

EHRLOSIGKEIT

Es handelt sich hinsichtlich der Bezeichnung (*infamia*) und bis zu einem gewissen Grad auch in inhaltlicher Hinsicht um eine Gruppe von Straftaten, die aus dem römischen Recht stammen. Das ist ein eindeutiger Beweis dafür, dass sich die juristische Sichtweise im Mittelalter nicht mit der „einfachen“ Bestrafung einzelner menschlicher Verhaltensweisen begnügte, sondern ihrer ablehnenden moralischen Auffassung durch die Anwendung ergänzender Sanktionen Nachdruck verlieh. Mit Ehrlosigkeit bezeichnete man jene besonders unmoralischen Tatbestände, bei denen man die öffentliche Abwertung des moralischen Status des Verurteilten für wichtig erachtete. Da die Menschen im Mittelalter in relativ kleinen Gemeinschaften lebten, erfuhr praktisch jeder von der Tat des öffentlich Gedemütigten.

Die allgemeinen Sanktionen der Ehrlosigkeit waren spektakuläre demütigende Strafen: Der Verurteilte musste in bunten Kleidern, ohne Kopfbedeckung und barfuß gehen. (In den Städten wurden Verurteilte eher an den Pranger gestellt, in den Block gelegt oder in den Schandkäfig gesperrt.) Darüber hinaus mussten die Verurteilten zahlreiche rechtliche Nachteile hinnehmen: Ausschluss vom Erbe, Verbot der Übernahme von Vormundschaften und der Bekleidung öffentlicher Ämter, klägerische Parteifähigkeit und Verlust des Rechts der Zeugenaussage. Sowohl die demütigenden als auch

die prozessrechtlichen Sanktionen, besonders aber ihre gemeinsame Anwendung bedeutete praktisch den Ausschluss des Verurteilten aus der Gesellschaft. Diese Gruppe von Sanktionen kann als weltliches Pendant zu der von den Kirchengerichten angewandten Exkommunikation betrachtet werden. Es wird auch deutlich, dass diese Gruppe von Straftaten und die für die verhängten Strafen für die vermögenden Mitglieder der Gesellschaft mit einem hohen sozialen Status und voller Rechtsfähigkeit von besonderem Nachteil waren, da sie etwas zu verlieren hatten. Nachfolgend werden die typischen Tatbestände besprochen.

TREUBRÜCHIGE

Ein mit einem Eid bekräftigtes und dadurch feierliches (oftmals vor Gericht gegebenes) Versprechen zu brechen, galt im Mittelalter als eines der schwersten Verbrechen. Der tiefere Grund dafür liegt darin, dass das ausgesprochene Wort über einen zusätzlichen spirituellen Inhalt verfügte. In allen archaischen Rechtssystemen hatten die rechtlichen Handlungen und die Verfahren zugleich eine religiöse Dimension, die auch die jüdisch-christliche Heilige Schrift bestätigte. Man denke nur daran, dass der Schöpfer die Welt allein durch sein ausgesprochenes Wort geschaffen hat. Das ausgesprochene Wort war für den Menschen vergangener Zeiten viel mehr als ein „Mittel der Kommunikation“.

Ein Treubrüchiger musste als „*persona infamis*“ auch eine allgemeine demütigende Strafe erleiden. Zusätzlich zur oben bereits erwähnten Anwendung der in ganz Europa üblichen Sanktionen spielte hier die Gans eine Rolle. Um die Bedeutung der Straftat zu erklären und darzustellen, entwickelte sich im Mittelalter in Ungarn der Brauch, dem Betroffenen ein Schandschild umzuhängen, das eine tote oder lebendige Gans zeigte. Die Gans kam durch ein ursprünglich griechisches Wortspiel beim Schwören ins Spiel, das auf der Ähnlichkeit zwischen „*ton Zéna*“, ‚beim Zeus‘ und „*ton khéna*“, ‚bei der Gans‘, zurückgeht. (Im Ungarischen bezeichnet bis heute ein auf die Gans verweisendes Wort jemanden, der eine kleine Missetat begangen hat.)

UNTREUE VORMUNDE

In der Epoche des Ständewesens war die Vormundschaft in Ungarn ein sehr wichtiges Rechtsinstitut, da durch die jahrhundertlang wiederkehrenden Kriege viele Minderjährige ihren Vater verloren. Das aber barg in der ständischen Gesellschaft große Gefahren, denn eine verantwortungslose Verwaltung der Grundlage der adeligen Lebensweise, der Besitztümer, konnte den Lebensunterhalt ganzer Familien, ja Geschlechter gefährden. Die Rechtsstellung des Vormunds war nahe an der eines mit allen Rechten ausgestatteten Grundbesitzers, was die Möglichkeiten des Missbrauchs stark erweiterte. Der Vormund war oft ein Verwandter, er genoss als Person und in seiner Position großes Vertrauen. Verspielte er dieses Vertrauen, wurde er zum Untreuen erklärt.

Untreu war ein Vormund, wenn er die Angelegenheiten seines Mündels schlecht erledigte, sein Vermögen schlecht verwaltete und durch sein Vorgehen Schaden verursachte. Es mussten also zwei konjunktive Elemente vorliegen, damit die Straftat verwirklicht wurde: eine vorsätzliche oder fahrlässige Verwaltung der Angelegenheiten und das Eintreten des durch dieses Verhalten verursachten Schadens. Die hierfür angewandte besondere Sanktion war materieller Natur: Der Schuldige hatte das Doppelte des verursachten Schadens zu erstatten.

BLUTVERLEUMDER

Das wichtigste rechtliche Erbe der alten Gesellschaften im alten ungarischen Recht war das als Avitizität (*aviticitas*) bezeichnete Rechtsinstitut. Das Wesentliche daran ist, dass die Mitglieder der adeligen Familien, die durch Blutsbände miteinander verbunden waren, eine besondere rechtliche Gemeinschaft bildeten. Beispielsweise hatten sie ein gegenseitiges Erbrecht in Bezug auf die von einem gemeinsamen Vorfahren stammenden Besitztümer; solche Besitztümer konnten nur mit der Zustimmung aller Mitglieder des Geschlechts veräußert werden.

Die Mitglieder der Adelsgeschlechter, die in einer Blut- und Rechtsgemeinschaft lebten, schuldeten einander ein hohes Maß

an Solidarität. Wer diese verletzte (*proditores fraternal sanguinis*), wandte sich gegen diese Verbindung. Im Allgemeinen wurden die Verwandten auf hinterhältige Weise ihrer gesetzmäßigen Rechte beraubt, außerdem wurde auf die eine oder andere Art und Weise, unmittelbar oder mittelbar, die Verwandtschaft mit ihnen abgestritten. Werböczy hat das so formuliert: „*Fraternal autem sanguinis proditio est, fratris vel sororis, justus suis juribus per alterum fratrem aut sororem, dolosa, adumbrataque et fraudulenta privatio vel extrahaereditatio.*“ (Trip. I 39) Die häufigsten Formen der Verübung solcher Taten waren folgende: Jemand erwirkte beim König zulasten seiner Miterben (gewöhnlich der im Mannesstamm) oder der weiblichen Linie eine neue Schenkung (*nova donatio*); jemand versuchte, ebenfalls zulasten der Miterben, seine Tochter präfizieren zu lassen; oder jemand leugnete strikt die Verwandtschaft mit einem Bruder oder einer Schwester, wobei ein Prozess aus diesem Grund nur innerhalb von 60 Jahren angestrengt werden konnte.

Außer den allgemeinen Sanktionen der Ehrlosigkeit musste ein Verurteilter mit dem besonderen Rechtsnachteil des vollständigen Verlusts seiner Liegenschaften rechnen. Diese fielen (zuzüglich des Erbes des Blutverleumders) an denjenigen Verwandten, dem der Täter seine gesetzlichen Rechte zu verwehren versucht hatte. Obendrein verlor der Täter nicht nur sein Vermögen, sondern musste auch bis an sein Lebensende als Dienstbote des Verleumdeten arbeiten und hatte nur Anspruch auf Nahrung und Kleidung. Letzteres Element der Sanktionen, der Verkauf als Dienstboten, wurde wahrscheinlich ebenfalls als archaisches Element in Werböczy's Rechtsbuch aufgenommen, denn die gesellschaftliche Praxis, nach der Menschen einst als Ware oder Sache behandelt wurden, wurde mit der Verbreitung der christlichen Sichtweise nach und nach verdrängt. Es ist auf jeden Fall ein Beweis dafür, dass man selbst Anfang des 16. Jahrhunderts noch davon wusste und sie möglicherweise in bestimmten Bereichen noch Anwendung fand.

FALSCHHEIT

Falschheit, das heißt Menschen, die andere durch ihr Verhalten täuschten und damit dem Rechtssystem der Gesellschaft schaden, verurteilte die Rechtsordnung scharf. Menschen, die sich als jemand anderes ausgaben und so bei Beglaubigungsstellen (*loca credibilia*) oder vor den ordentlichen Richtern des Landes zu ihrem Vorteil und zum Schaden anderer Angaben machten (typischerweise die Veräußerung von Liegenschaften behaupteten), wurden als Maskierte (*personae larvates*) bezeichnet. Selbstverständlich ging es hier nicht um eine Täuschung aus Spaß, sondern in den allermeisten Fällen um die Zufügung eines tatsächlichen materiellen Schadens. Im Grunde handelt es sich um die Verurteilung jenes Verhaltens, das das römische Recht folgendermaßen formulierte: „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*“. Der wichtigste rechtstheoretische Unterschied besteht darin, dass im alten ungarischen Recht mit strafrechtlichen Mitteln gegen solche Rechtsverletzer vorgegangen wurde.

Die Bediensteten der Beglaubigungsstellen und die Richter, die mit den Maskierten kolludierten, also in böser Absicht handelten, wurden selbst als Urkundenfälscher und Treubruchige bestraft. Die Kapitel und Konvente verloren ihr Siegel, die bei der Fälschung Anwesenden ihre Pfründe; die ordentlichen weltlichen Richter erhielten ein Todesurteil und verloren ihre Besitztümer und Besitzrechte sowie ihr Siegel und ihr Amt. Von der zu den Verratsdelikten zählenden Urkundenfälschung unterschied sich das Delikt vor allem darin, dass das Recht die Bediensteten der Beglaubigungsstellen hier als Komplizen betrachtete und sie deshalb nicht mit Enthauptung bedrohte – wobei das Urteil der Vermögensvernichtung mit der Strafe der „*nota infidelitatis*“ identisch war. Als besondere Sanktion wurden die Mitwirkenden der Beglaubigungsstellen auf der Stirn und im Gesicht mit feurigen Siegeln gebrandmarkt. Man muss bedenken, dass diese Menschen überwiegend Kirchenmänner (Mitglieder von Kapiteln und Konventen) waren, sodass die Anwendung einer demütigenden Strafe eine besondere gesellschaftliche Wirkung hatte.

BELEIDIGUNG

Hierher gehören die Täter, die das ritterliche Ehrengericht verurteilt hatte, weil sie ein auf Ehrenwort gegebenes Versprechen nicht gehalten oder die Ehre eines anderen verletzt hatten. Das ritterliche Gericht verurteilte auf jeden Fall eine der Parteien, entweder den Ankläger oder den Angeklagten. Die Sanktion bestand jedoch ausschließlich im Verlust der Ehre, das Vermögen des Verurteilten oder seiner Erben war von dem Urteil nicht betroffen.

Ein sehr wichtiger prozessrechtlicher Aspekt ist in diesem Zusammenhang, dass das tätige Forum nach den im Mittelalter geltenden Regeln eine vom König persönlich geleitete „*curia militaris*“ war. Das wichtigste Beweismittel war das Gottesurteil, das am ehesten ans frühe Mittelalter erinnerte, nämlich das Duell. Am Königshof wurde immer ein Reiterduell angeordnet, dessen Ausgang den Rechtsstreit eindeutig entschied. Das Duell war auch in der Neuzeit noch ein häufiges Mittel zur Erledigung von Ehrensachen, und selbst das Strafgesetzbuch der bürgerlichen Epoche (Gesetzesartikel Nr. V des Jahres 1878) hat Zugeständnisse an diejenigen gemacht, die wegen dieser – damals bereits strafbaren – Tat verurteilt wurden, was sich in einer auffallend milden Bestrafung äußerte.

PROZESSVERGEHEN

Es ist angebracht, die rechtsverletzenden Handlungen, die speziell bei Prozessverfahren vorkamen, gesondert zu besprechen. Eine der vier Hauptfreiheiten, die dem Adelsstand zustanden (Trip. I 9), war eine prozessrechtliche, wodurch die prozessrechtlichen Garantien in der Rechtsanschauung des Adels eine besondere Bedeutung erlangten. Umgekehrt kam es zur Vergeltung des Handelns in böser Absicht.

ZÄNKEREI

Der Begriff der Zänkereie (*calumnia*), der im Ungarischen bis heute mit einer etwas allgemeineren Bedeutung weiterbesteht, bezeichnete ein umfassendes listiges und betrügerisches Verhalten sowie eine unberechtigte und unbegründete Prozessführung und die Belästigung anderer. Werbőczy bespricht drei Hauptformen der Begehung.

Die eine ist die, wenn jemand eine Sache unter zwei Rechtstiteln (*duplici sub colore*) oder auf zweierlei Art und Weise einklagt. Ein solcher Kläger versucht, sein (*vermeintliches*) Recht gleichzeitig unter mehreren Rechtstiteln geltend zu machen, will quasi „sichergehen“. Eine häufige Form war, dass der Täter versuchte, einen Besitz sowohl nach dem Pfandrechte als auch nach dem Erbrechte zu erwerben, mit anderen Worten, obwohl er ein und dieselbe Forderung stellte, brachte er sie gleichzeitig vor mehreren Richtern (Gerichten) vor. Die Möglichkeit für dieses betrügerische Verhalten resultierte daraus, dass der Informationsfluss zwischen den Gerichten in jenen Jahrhunderten im Allgemeinen erbärmlich schlecht war. Da streng ausgelegte und kontrollierbare Zuständigkeitsregeln kaum zur Anwendung kamen, konnte es ohne Weiteres vorkommen, dass hartnäckige und skrupellose Menschen an mehreren Orten gleichzeitig Prozesse anstrebten.

Ein weiterer Fall lag vor, wenn jemand eine bereits erfüllte Forderung erneut einklagte oder einen Prozess wegen einer Forderung anstrebte, für die der dazu Berechtigte seinerzeit eine Befreiung erteilt hatte. Solche Fälle kamen vor allem im Bereich der Sonderrechte der Frauen und der Pfandrechte vor, wenn der Zahlungspflichtige von der Erfüllung befreit wurde, die Forderung später aber doch erneuert wurde. Dann wurde die angebliche Befreiung von der Erfüllung natürlich mit besonderer Sorgfalt geprüft. Die Sonderrechte der Frauen konnten deshalb in vielen Fällen Anlass zu einem solchen betrügerischen Prozessverhalten geben, weil dadurch gewöhnlich von vorneherein eine Art Mittelbarkeit der Klage eintrat, denn die Geltendmachung der Vermögensrechte von Frauen in Prozessen war Aufgabe der Männer, wodurch sich sogleich die Möglichkeit ergab, dass andere Personen unter einem falschen Rechtstitel versuchten, bei Gericht ihr Ziel zu erreichen.

Als dritter ist der auch aus dem römischen Recht wohl bekannte Fall der entschiedenen Rechtssache (*res iudicata*) zu nennen. Im ungarischen ständischen Recht wurde dieses antike Rechtsinstitut durch die königliche „Begnadigung“ differenziert. Gegen das Ergebnis eines im Übrigen ordnungsgemäß abgeschlossenen Prozesses gab es im von der Tradition bestimmten Recht kein ordentliches Rechtsmittel, nach der ordnungsgemäßen Anwendung der Abweisung gab es die Möglichkeit, eine königliche Genehmigung zu erwirken, aufgrund welcher es im Grunde zu einer Wiederaufnahme kam (Trip. II 77 und 78; Trip. III 11). Wer jedoch ohne eine solche königliche Genehmigung weiter prozessierte, beging das Delikt der Zänkerei.

Die Strafe eines wegen Zänkerei Verurteilten war vor allem, dass er den betreffenden Prozess verlor und in der betreffenden Sache zu ewigem Schweigen und der Leistung des Blutgeldes verurteilt wurde. Das Blutgeld wurde im selben Verhältnis wie bei den Macht- habereiprozessen zwischen Richter und Kläger aufgeteilt.

ZUNGENGEFÄLLE

Das Zungengefälle (*emenda linguae*) war die Strafe für weniger schwere Prozessvergehen. Die Bezeichnung verweist darauf, dass der Schuldige eine Spiegelstrafe erhielt, und solange er den festgelegten Betrag (ein halbes Blutgeld) nicht gezahlt hatte, war seine Zunge symbolisch, im prozessrechtlichen Sinne, gelähmt. Das bedeutete zur Zeit des Ständewesens nur noch eine rechtliche „Lähmung“, das heißt, der Betroffene konnte keine gültigen Prozesshandlungen vornehmen, es kam also typischerweise zu einer vorübergehenden Prozessunfähigkeit des Klägers. Möglicherweise wurde dem Schuldigen damals tatsächlich die Zunge herausgerissen – nach der gemäßigeren Praxis konnte man dieser Strafe durch eine Geldzahlung entgehen. Die Abgrenzung von der Zänkerei ist nicht einfach, da in materiell-rechtlicher Hinsicht sehr ähnliche Verhaltensweisen sanktioniert wurden. Allgemein könnte man sagen, dass das Urteil bei kleineren Prozessvergehen Zungengefälle und in gravierenderen Fällen Zänkerei lautete.

Der Tatbestand war folgender: Die zu bestrafende Handlung beging derjenige, der eine ungerechtfertigte und falsche Klage vorbrachte, also ohne Grund prozessierte, auf unredliche Art und Weise einen Prozessaufschub erwirkte, den guten Ruf eines anderen infrage stellte, zum Zwecke der Prozessverschleppung gewöhnlich nicht zu beweisende Einwände vorbrachte usw. Als Sanktion war ein halbes Blutgeld zu zahlen. Die Klageforderung lebte bei Zahlung des Betrags sofort wieder auf. Das Geld (das im Wesentlichen eine Geldbuße war) teilten sich der Richter und die andere Prozesspartei beziehungsweise der Geschädigte im Verhältnis $\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$.

MIT EINER GELDBUSSE BELEGTE VERGEHEN

Man kann praktisch nach dem Ausschlussverfahren sagen, dass das ungarische ständische Recht Rechtsverletzungen, die nicht in eine der bisher besprochenen Kategorien einzuordnen waren, ebenfalls von der Sanktion her betrachtet, als mit einer Geldbuße belegte Vergehen bezeichnete. Selbstverständlich wurden auch in diesen Fällen kleinere Urteile gefällt, außerdem konnte der Richter die Höhe der Geldbuße völlig frei bestimmen. Als Gemeinsamkeit ist hier vielleicht festzuhalten, dass es hinsichtlich der Höhe der auferlegten Bußgelder keinerlei Standard gab, sie jedoch gewöhnlich nicht höher war als ein halbes Blutgeld. Es fällt auf, dass das Blutgeld im ständischen Strafrecht in vielen Kontexten eine Rolle spielt, was überwiegend mit seiner Funktion als Wertmaßstab zu erklären ist.

NEUZEITLICHE KODIFIKATIONSVERSUCHE

Wenn man die allgemeinen Grenzen historischer Epochen zieht, geht man davon aus, dass die neue Epoche fortschrittlichere Verhältnisse bringt und sich in diesem gesellschaftlichen Umfeld auch die Institutionen des Rechts schrittweise weiterentwickeln. Selbst wenn man die ungarische Geschichte nur oberflächlich kennt, weiß man jedoch, dass all das in diesem Land in Wirklichkeit viel komplizierter war. Die Entdeckung der Neuen Welt, die progressiven

Auswirkungen der damit verbundenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen blieben bei den Völkern des Karpatenbeckens größtenteils aus, ja, gerade die Voraussetzungen für die Möglichkeit des Fortschritts waren für Jahrhunderte erschwert.

Das mittelalterliche ungarische Königtum, das dem Osmanischen Reich nichts entgegenzusetzen hatte, brach im Wesentlichen zusammen, und die Welt unserer Vorfahren wurde zwischen zwei Kaiserreichen aufgerieben. Die Zustände waren besonders in den von den Türken besetzten Gebieten dauerhaft für ein normales Leben ungeeignet, doch auch die mehr oder weniger konsolidierten Lebensbedingungen in Oberungarn und in Siebenbürgen waren nur über kürzere Zeiträume für eine Weiterentwicklung der Rechtskultur geeignet. In Ungarn brachte das 16. Jahrhundert also nicht den Beginn einer dynamischen neuzeitlichen Entwicklung, sondern eher die Verfestigung der rechtlichen Merkmale der Zustände im ausgehenden Mittelalter. Das ist der Hauptgrund für den großen juristischen Erfolg des „*Tripartitum*“: Die Zusammenfassung des Rechts des einheitlichen mittelalterlichen Königtums entstand, als die politische und die rechtliche Struktur noch intakt waren. Infolgedessen war in der dramatisch veränderten historischen Lage das Ansehen des Werkes als Rechtsquelle eine der wichtigsten erhaltenden Kräfte – und zwar nicht nur im königlichen Ungarn, sondern auch in Siebenbürgen. Das „*Tripartitum*“ diente als greifbare und wegen der sich kaum verändernden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse als gut zu verwendende Quelle einer vergangenen, immer fernerer, ehemals einheitlichen ungarischen Rechtsordnung lange Zeit der Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung.

Die umfassende Regelung der einzelnen größeren Themenbereiche in Form von Gesetzen stellte für den ungarischen Ständetag eine enorme Herausforderung dar. Da aber die Gesellschaft und oft auch die Organe der Gerichtsbarkeit zunehmend nach solchen Rechtsnormen verlangten, konnte sich auch die Gesetzgebung den Wünschen der Reformprozesse auf Dauer nicht entziehen. Man kann feststellen, dass das Bedürfnis nach Kodifikation in den Ländern des kontinentalen Europa in der Neuzeit zum charakteristischen Merkmal wurde. Es bedeutete die Regelung der Lebens-

verhältnisse der einzelnen Rechtsgebiete mit dem Anspruch auf Vollständigkeit und in einem wissenschaftlich durchdachten System, das weit über die auf der Initiative einzelner basierenden und eher zufälligen Möglichkeiten hinausging, die man im Mittelalter hatte. Hinter der Erstellung der großen Gesetzbücher in Westeuropa standen bedeutsame fachliche Werkstätten, auch wenn die Kodizes oft als Werke einzelner konkreter Rechtsgelehrter veröffentlicht wurden. In Ungarn wurde das öffentliche rechtliche Denken, da es keine Universitäten gab (die ab 1635 in Nagyszombat {heute Trnava} tätige Einrichtung nicht mitgerechnet), überwiegend durch Lehranstalten der unteren Stufen, zum Großteil kirchliche Schulen, gefördert und gepflegt, und die Institutionen der Rechtsprechung waren Orte nicht nur politischer, sondern auch fachlicher Diskussionen. Wenn der ungarische Ständetag, die Institution, um die man bei der Gesetzgebung nicht herumkam, vor der Aufgabe stand, ein größeres Rechtsgebiet zu regeln, wählte man ganz logisch und nicht nur aus der Not heraus den Weg, für die Erarbeitung der Gesetzesvorlagen eine Kommission auszusenden. Die Abfassung des strafrechtlichen Stoffs in Lehrbüchern war aufgrund verschiedener Umstände dringlich, was wiederum die Umsetzung vorantrieb. Als Erstes ist zu erwähnen, dass der Wiener Hof die Abfassung von Büchern zu diesem Thema sehr stark betrieb – natürlich nicht in erster Linie aus philanthropischen Erwägungen, sondern weil der Staat des ständischen Absolutismus jedes Mittel nutzte, um seine Bürger, insbesondere die „unartigen“ Untertanen, in die Schranken eines Rahmens aus strengen und einheitlich umgesetzten Regeln zu verweisen. Diese Intention des Herrschers traf mit den humanisierenden Bestrebungen der Aufklärung zusammen, und ab der Mitte des 19. Jahrhunderts kam noch der liberale rechtliche Fortschritt, der Garantien für die Verbreitung der staatsbürgerlichen Freiheitsrechte suchte, hinzu.

ENTWÜRFE UND VORLAGEN AM ANFANG DES 18. JAHRHUNDERTS

Der Gedanke, die Formulierung eines systematischen Strafrechts in einem gesetzlichen Rahmen, die Gesetzgebung als solche, die Abfassung des Gesetzestextes solle eine Kommission übernehmen, war schon zu Leopolds Zeiten, beim Ständetag im Jahr 1687, aufgekommen. Der Vorgang begann in Form einer Initiative, die eine Antwort auf das Postulat der Stände war, zu ermöglichen, dass die im Grunde besitzlosen Adligen, wenn sie eine Straftat begingen, – auch über die öffentlichen Vergehen hinaus – ohne Weiteres, also auch ohne Vorladung festgenommen und vor Gericht gestellt werden konnten. Der König antwortete, die Angelegenheit erfordere eine Regelung des gesamten Strafrechts und des gesamten Verfahrens. Diese Aufgabe wollte der Herrscher einer Kommission übertragen, die er schon zuvor, in seinen Vorschlägen, für die Bearbeitung und somit zur Vorbereitung seit längerer Zeit offener Fragen vorgeschlagen hatte. Die Stände sprachen sich entschieden gegen eine Verhandlung im Rahmen einer Kommission aus, sodass die Konferenz, die nach Kompromissen suchte, darauf verzichtete, die Angelegenheit zu forcieren.

Die Kodifikation des Strafrechts geriet, selbstverständlich nicht nur wegen der Vorbereitung im Rahmen einer Kommission, für eine Weile ins Stocken, doch schon das 2 Jahre später, 1689, abgefasste „*Einrichtungswerk*“, der Vorschlag der unter der Leitung von Kardinal Kollonics tätigen Kommission zur Organisation des Landes, wies auf das Fehlen eines systematischen ungarischen Strafrechts hin. Auch dieses bedeutende „*operatum*“ war das Ergebnis der Arbeit einer Kommission, das heißt, die Arbeit in einer Kommission als solche war der damaligen ungarischen Auffassung nicht völlig fremd.

Es schien, als würde es auf dem Ständetag von 1712–1715 zu einem Durchbruch kommen. Als sich die Stände nach einer langen Debatte auf die Verhandlung im Rahmen einer Kommission einigten, bildeten sie sofort eine Deputation für die Regelung der öffentlichen Verwaltung, des Militärwesens, der Finanzen und der Rechtspflege. Vorsitzender der Kommission (*regnicolaris deputa-*

tio) wurde der Protonotar des Palatins und eines ihrer Mitglieder Mihály Bencsik. Bencsik, der Gesandter in Nagyszombat (heute Trnava), Rechtsanwalt und später Universitätsprofessor war, betonte in seiner Wortmeldung, dass als Ergebnis der geplanten Arbeiten Rechtsquellen zu schaffen seien, die sowohl für die Richter als auch für die Bewohner des Landes gesicherte, klare und einheitliche Informationen bereitstellen würden. Aufgrund dieser ausgesprochen pragmatischen Kriterien ist der seinerzeit absolut neue Aspekt hervorzuheben, dass die Zielgruppe für den Gesetzgeber nicht nur die Rechtsanwender, die Richter, waren, sondern auch die Bürger des Staates, für die die Normen gelten sollten.

Nach der Darlegung dieses Gedankens richteten die Stände sofort eine weitere Kommission ein, an deren Spitze Bencsik stand, den sie mit der Erarbeitung der Stichpunkte für die Arbeiten beauftragten. Der Entwurf sah 10 Themen vor, die einer gesetzlichen Regelung bedurften: Beerbung durch die Verwandten, den „*fiscus*“ und die Grundbesitzer, Testamente, Zänkerei, Geldbußen, richterliche Befehle, Berufung, „*nota infidelitatis*“, Wucher, „*praxis criminalis*“, Festlegung der geltenden Gesetze. Der Ständetag begann auch gleich mit der Verhandlung der schnell zusammengestellten Entwürfe und befasste sich etwa zwei Monate lang mit ihnen. Wegen der für den Ständetag schon damals charakteristischen Umstandskrämerei, vor allem der Krittellei des Hochadels, schlug András Szirmay, Tafelrichter aus Zemplén, vor, die Verhandlungen zu unterbrechen und die Arbeiten an die Kommission zurückzugeben. Dazu kam es dann zwar nicht, doch aus dem Paket von Entwürfen wurde schließlich – mit einer Ausnahme (dem Gesetzesartikel Nr. 51 von 1715, der den Wucher regelte) – kein gegliedertes Gesetz.

Die bereits erwähnte „*praxis criminalis*“ war eigentlich ein Entwurf für ein Strafgesetz, der in der Fachliteratur nach seinem Verfasser, dem gelehrten Gesandten von Nagyszombat (heute Trnava), Bencsik-Entwurf genannt wird. Die Systematik des Entwurfs zeigt deutlich das dogmatische Denken jener Zeit auf: Das Verfahrensrecht steht an erster Stelle, da nach der damaligen Auffassung der Richter zuerst Kenntnisse über die Arten der Verhaftung benötigte und erst danach die dogmatische Regelung der Straftaten. Der prak-

tische Aspekt ist also beherrschend, zugleich ist es aber als großer dogmatischer Fortschritt zu bewerten, dass Bencsik die Handlungen nach Straftaten einordnete, während Werbőczy sie nach Strafen kategorisierte. Das ist bereits ein Produkt der modernen Rechtsauffassung: Der Richter braucht zunächst einen gesetzlichen Begriff, unter den er den Tatbestand einordnen kann, und erst danach kann sich die Frage der Strafe stellen.

Das „*operatum*“ enthält eine gründliche verfahrensrechtliche Regelung. In Verbindung mit der Festnahme wird gleich der Grundsatz vorgestellt, der sich durch die ganze Arbeit zieht, dass nämlich ein Unterschied zwischen Adligen und Nichtadligen gemacht wird. Es gab aber auch eine Unterscheidung innerhalb des Adels: ein Adliger mit Besitz sollte nur nach einer Vorladung und einer Untersuchung festgenommen werden können, ein besitzloser aber, wenn er eine öffentliche Straftat begangen hatte, auch ohne Vorladung (*servatis servandis*), und wenn er eine nicht öffentliche begangen hatte, nur mit Vorladung. Einen auf frischer Tat ertappten Täter sollte selbst ein Bauer stellen können, es sollte also weder eine vorherige Vorladung noch eine „aus den Handschellen“ (*ex vinculo*) erforderlich sein. Der Gesetzesentwurf mahnte den Richter, nicht auf Spitzel zu hören und nur bei deutlichen Indizien (*indicium*) auf eine Vorladung zu verzichten. Wenn man einen wahrscheinlichen Täter im Auge hatte, die Indizien jedoch weit entfernt (*remota*) waren, reichten zwei, wenn offensichtlich war, wer der Täter war, sogar ein Indiz für eine Festnahme.

Das Basisinstitut des Teils über die Beweisführung war die Tortur. Ihre Regelung stützte sich weitgehend auf die auf der „*Carolina*“ basierende österreichisch-deutsche rechtliche Lösung. Als wichtigster Beweis galten laut dem Entwurf die Aussagen der Zeugen, besonders aber die freiwillige oder erzwungene Aussage (*regina probationum*) des Angeklagten. Leugnete der Angeklagte, lag die Beweislast beim Gericht als Ankläger – auch in dieser Hinsicht kam der Ermittlergrundsatz zur Geltung. Für den Zeugenbeweis gegen einen Adligen sollten in eindeutigen Fällen mindestens zwei adlige Zeugen erforderlich sein (in nicht eindeutigen Fällen noch mehr). Die Zeugen mussten einwandfrei sein, sie mussten persönlich vor Gericht erscheinen und ihre Zeugenaussage beim Kopf des Angeklagten beschwören

(*iuramentum corporale*). Wenn weder der Zeugenbeweis zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führte noch ein Geständnis vorlag, konnte kein Endurteil, sondern nur ein Zwischenurteil (*sententia interlocutoria*) gefasst werden, mit dem die Tortur angeordnet wurde.

Der Entwurf enthält wichtige Feststellungen bezüglich der Vollstreckung des Urteils. Demnach sollte das Urteil auch dann vollstreckt werden, wenn der Geschädigte sich mit dem Täter verglich (außer wenn der König ihn begnadete). Die erforderlichen Handlungen sollte der Henker und nur der Henker vornehmen. War der Verurteilte schwer krank, sollte die Hinrichtung aufgeschoben werden; starb er vor der Vollstreckung, sollten die Bestimmungen des Urteils bezüglich des Leichnams vollstreckt werden. Eine Hinrichtung konnte durch Fehler (falscher Hieb, Reißen des Seils usw.) nicht verhindert werden.

Wiederaufnahme und Berufung waren zur Zeit des ständischen Strafrechts keineswegs selbstverständlich. Deshalb sind die diesbezüglichen Bestimmungen des Entwurfs besonders bemerkenswert. Bei einer öffentlichen Straftat sollte keine Berufung oder Wiederaufnahme zulässig sein, bei nicht öffentlichen sollten sie, wenn der Fall fraglich war, beim Patrimonialgericht bei Zustimmung von zwei Richtern, anderswo bei Zustimmung mindestens eines Viertels der Richter zugelassen werden können.

Der Bencsik-Entwurf hatte noch keinen gesonderten allgemeinen Teil mit eigener Systematik, dennoch gehen daraus die Grundsätze hervor und sind die Rechtsinstitute erkennbar, die diese Funktion erfüllen. Nach einem abstrakten Straftatbegriff sucht man vergeblich, stattdessen werden im Entwurf die ordentlichen Strafen genannt. Eine ordentliche Strafe war eine Todesstrafe (*poena ordinaria*) durch Erhängen, Enthauptung, Feuertod oder Rädern. Im Entwurf werden auch die verschärften Varianten der Strafen wie Vierteilen, das Festbinden am Schwanz eines Pferdes, das Verbrennen mit heißen Zangen usw. erwähnt. Eine richterliche Strafe (*poena arbitraria*) wurde in nichtkapitalen Prozessen verhängt; dabei handelte es sich niemals um eine Todesstrafe, sondern zum Beispiel um Gefängnis und Prügel.

In dem Entwurf werden Verletzungen, die zum Tod führen sollen, als Fälle des Totschlags eingestuft (§ 10). Dabei fällt auf, dass

die Absicht besonders berücksichtigt und bei der Bewertung als maßgeblich behandelt wird. Somit richtet sich die Bestrafung der „präterintentionalen“ Straftaten nicht nach dem Ergebnis, sondern nach der Absicht: Eine mit einem kleinen Kiesel verursachte Tötung oder der durch einen zufälligen Unfall eingetretene Tod eines ausgesetzten Kindes (§ 16) sollten milder bestraft werden als eine Tötung oder eine tödlich endende Kindesaussetzung. Zu erwähnen ist auch die genaue Angabe des Vorsatzes bei Brandstiftung (§ 18). Fahrlässigkeit (Tötung, Brandstiftung) sollte im Allgemeinen milder bestraft werden als vorsätzliche Taten, und der Zufall sollte keine Strafbarkeit begründen. Unter den zu berücksichtigenden Umständen sollte die rechtmäßige Verteidigung straffrei bleiben, wenn der Täter die moderaten Mittel ausgeschöpft hatte. Dieser Grundsatz hatte auch bei Werböczy schon allgemeine Geltung, war also ein alter Rechtsgrundsatz. Ebenso war die Strafe eines rückfälligen Täters immer schwerer.

Das am ausführlichsten ausgearbeitete und in dogmatischer Hinsicht ausgereifteste Kapitel des Bencsik-Entwurfs war die Regelung des Totschlags. Seine Fälle waren: die vorsätzliche Tötung, die mit der Absicht der Verletzung begangene Tötung, die aus Fahrlässigkeit begangene Tötung, die zufällige und die aus Notwehr begangene Tötung. Eine vorsätzliche Tötung (*homicidium deliberatum*) zog die Todesstrafe nach sich, ein Vergleich war jedoch zulässig (!), und in diesem Fall war eine Begnadigung zu gewähren. Die Strafe für eine in der modernen Terminologie als schwere Körperverletzung mit Todesfolge bezeichnete Tat (*homocidium animo tantum vulnerandi*) sollte im Ermessen des Richters liegen, wenn sie mit einem nicht geeigneten Instrument begangen worden war, jedoch mit Enthauptung geahndet werden, wenn sie mit einem Mordinstrument begangen worden war. Eine aus Fahrlässigkeit begangene Tötung (*inopinatum, seu casuale culposuniquè homicidium*) resultierte aus dem Zulassen einer verbotenen Sache oder aus Unvorsichtigkeit, es fehlt jedoch der Aspekt „animus“. Sie wurde mit einer Freiheitsstrafe belegt. Im Falle einer zufälligen Tötung (*simpliciter fortuitum, seu casuale*), wenn also dem Täter nicht die geringste Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden konnte, sollte es keine Strafe geben. Eine zur rechtmäßigen Verteidigung

(*necessarie defensum*) begangene Tötung sollte, wenn sie nach der Ausschöpfung aller moderaten Mittel der Verteidigung erfolgt war, straffrei bleiben. Andernfalls sollte sie mit einer richterlichen oder sogar einer ordentlichen Strafe belegt werden.

Diese klare und genaue Unterscheidung der Fälle des Totschlags war so weder im ungarischen noch im österreichischen positiven Recht vorzufinden. Die Grundlage für die Strafe der vorsätzlichen Tötung war Ziffer I 15 des „*Tripartitum*“, die des Ausschlusses einer Begnadigung in Ermangelung eines Vergleichs Gesetzesartikel Nr. 39 von 1563. Die gesonderte Regelung der schweren Körperverletzung mit Todesfolge ist äußerst bemerkenswert. Nicht nur durch die besondere Berücksichtigung der Absicht, sondern auch durch die Einbeziehung des Problems der Eignung und der Lösung der Frage der inadäquaten Kausalität (wenn nämlich das Ergebnis nicht der vorgenannten Tatsache entsprach und unter normalen Umständen nicht vorhersehbar war, sollte die Strafe milder sein) steht der Bencsik-Entwurf weit über dem Niveau seiner Zeit und zeigt das hervorragende Rechtsempfinden in der ungarischen Praxis, die für diesen Entwurf intensiv herangezogen wurde.

Die nächste Station war das Wirken der durch Gesetz Nr. 24 von 1715 eingerichteten „*systematica commissio*“, der die Umsetzung der Eingabe des königlichen Tafelbeisitzers József Sigray auf dem Ständetag, das heißt die Erarbeitung eines ausführlichen Entwurfs bis zum nächsten Ständetag, zur Aufgabe gemacht worden war. Mitglied dieser Kommission, deren Vorsitz Emmerich Csáky, Erzbischof von Kalocsa, hatte, war auch Mihály Bencsik, der wichtige Aufgaben gehabt haben dürfte, auch wenn die strafrechtlichen Teile, die man mit ihm in Verbindung bringen kann, in dem fertigen Werk nur am Rande vorkommen. Das von dieser Kommission erarbeitete „*Novum Tripartitum*“ war ebenso eklektisch (euphemistischer ausgedrückt: enzyklopädisch) wie Werböczy zugrunde liegendes „*Tripartitum*“, das übertroffen werden sollte. Aufgrund seiner Tendenz kann man als Fortschritt verbuchen, dass im Bereich des materiellen Rechts die Fälle der „*nota infidelitatis*“ verringert wurden. Die Neuregelung des Verrats ist die Linie, entlang welcher die Kodifikationsarbeiten weiter dahinzottelten. Der Ständetag entsandte 1722 eine Kommission zur Änderung und

Milderung der Fälle der „*nota*“. Das Ergebnis schlug sich im neuen Gesetzestext zu den Verratsfällen in den Gesetzesartikeln Nr. 10–12 von 1723 nieder.

Ein neues Kapitel der – zumindest teilweise – im Rahmen der Kommission vorgenommenen Arbeiten stellten jene munizipalbehördlichen Entwürfe dar, deren Erstellung der König selbst 1726 angeordnet hatte. In dem vom 11. Mai datierten Erlass ordnete er an, dass die siebenköpfigen, die königlichen und die Bezirkstafeln sowie alle Burgkomitate und königlichen Freistädte das „*Novum Tripartitum*“ prüften, und zwar besonders im Hinblick auf seine strafrechtlichen Bestimmungen. Der Herrscher versuchte also eine Art „von unten nach oben“ erstellter Variante des Werkes anfertigen zu lassen, indem er von den Munizipalbehörden die Verfassung von Entwürfen verlangte. Von diesen – gewöhnlich von vor Ort gebildeten Kommissionen erarbeiteten – Entwürfen wurden mehrere fertiggestellt, sie liegen aber bis heute in für die Fachwelt und die an der Geschichte des Strafrechts Interessierten unerschlossener Form bei den Unterlagen des Statthaltereirates.

Auf dem Ständetag von 1728–1729 gab es weitere Versuche im Bereich der systematischen Regelung des Strafrechts. Die königliche „*propositio*“ formulierte sehr flexibel, indem sie die Erstellung und Verhandlung von Entwürfen, in denen besonderes Gewicht auf das Strafverfahren gelegt wurde, eher als wünschenswert darstellte. Dementsprechend entsandten die Stände erneut eine Kommission zur Verbesserung der Gesetze, und dieses Gremium begann seine Arbeit gleich mit der Regelung des Strafrechts. Zum Leiter der „*regnicolaris deputatio*“ wurde zunächst Schatzmeister Sigismund Csáky und dann Hofmeister Joseph Eszterházy ernannt.

In der Kommission legte man die oben erwähnten Entwürfe der Komitate und der Gerichte zugrunde. Der Entwurf, der die strafrechtlichen Fragen regelte (*opus criminale*), hat große Ähnlichkeit mit Mihály Bencsik's „*operatum*“. Ein wichtiges Plus ist die Regelung der Form des Strafverfahrens sowie die gesonderte Auflistung der mildernden und der verschärfenden Umstände. Ein Fortschritt ist vor allem in dogmatischer Hinsicht zu verzeichnen: Das „*operatum*“ regelt mehrere wichtige Elemente des späteren allgemei-

nen Teils. Das ist im Hinblick auf den systematischen Fortschritt wichtig, denn die immer neuen Kommissionen haben als Erstes stets die frühere/n Arbeit/en hervorgehoben und auf diese/n aufgebaut (was in manchen Fällen sogar die Gesetzesstelle über die Einrichtung der Kommission vorschrieb).

Aus dem Entwurf von 1728 ragt das Kapitel mit allgemeinem strafrechtlichem Inhalt heraus: „*De generibus poenarum criminalium et circumstantiis poenam capitalem adparentibus vel mitigantibus, necnon talibus etiam, que captatem poenam in temporaneam [...]*“ Dabei wurden das materielle und das formale Recht natürlich als Einheit betrachtet und entsprechend geregelt, wobei die praktischen Kriterien der Rechtsprechung Priorität erhielten. Auch aus dem auf 1728 datierten Werk der Kommission mit dem Titel „*opus criminale*“ wurde also kein Gesetz. Die Stände begannen zwar mit den Verhandlungen, erachteten aber einen anderen Entwurf, nämlich den zur zivilen Rechtsprechung, für wichtiger, sodass der strafrechtliche fallengelassen wurde.

DER ENTWURF VON 1795

Nach den Versuchen Anfang des 18. Jahrhunderts vergingen lange Jahrzehnte, ohne dass der Chronist ein nennenswertes Ereignis der Geschichte der Kodifikation des Strafrechts hätte aufschreiben können. Die Französische Revolution wühlte dann alles gründlich auf, und in der Folge wurden auch auf dem ungarischen Ständetag eine Reihe von Gesetzen verabschiedet, in denen es um wichtige Reformen ging.

In den einleitenden Sätzen zu Gesetzesartikel Nr. 67 von 1790 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, welches der rationale Grund für die Einrichtung von Kommissionen war, die mit der Kodifikation betraut wurden: In den Vorschlägen des Königs sowie in den an die Gesandten der Burgkomitate und der königlichen Freistädte gerichteten Anweisungen wurden Anforderungen formuliert, die regelmäßige und längere Zeit dauernde Arbeiten erforderten. Der Gesetzgeber hatte sich auf eine sehr zeit- und arbeitsaufwendige Aufgabe eingelassen.

Im Laufe des 18. Jahrhunderts wurde die „Kommission der Bewohner des Reiches“ (*deputatio regnicolaris*), deren Hauptaufgabe zumeist in der Abfassung der Notizen und Beschlüsse des Ständetages bestand, zu einer ständigen Institution des ungarischen Ständetages entwickelt. Ende des Jahrhunderts begann die Entwicklung, im Rahmen welcher die eher kurzen Gesetze der früheren Ständetage durch immer längere Gesetzestexte, ja Gesetzbücher, ersetzt wurden. „Der Bedarf für solche zeigte sich in größerem Umfang erstmals auf dem Ständetag von 1790–1791, wo sich eindeutig eine Meinung bildete, die zeigte, dass man sich dessen bewusst war, dass es als Antwort auf die überwiegend zuträglichen, jedoch verfassungswidrigen Reformen Josephs II. nicht ausreichte, die erstarrte ständische Verfassungsmäßigkeit wiederherzustellen, sondern die adlige Nation die Angelegenheit der Reformen selbst in die Hand nehmen musste.“ Die Erarbeitung der Reformen in Form von Gesetzesentwürfen dauerte bis 1795 an, als der von den Auswirkungen der Französischen Revolution in Ungarn erschrockene Hof die Arbeiten einstellen ließ. Die schriftlichen Unterlagen der arbeitsamen Jahre sind zum Glück größtenteils überliefert, sodass wir uns ein ziemlich genaues Bild davon machen können, welche Ergebnisse erreicht wurden.

Der sehr gründliche und ausführliche Gesetzesentwurf, den die vom Ständetag von 1792 entsandte „*Deputatio Juridica*“ erarbeitet hat, steht ganz im Zeichen der Aufklärung. Ein besonders hervorzuhebendes Merkmal des Werkes ist, dass es (im Allgemeinen) von den ständischen Unterschieden absieht, also im Großen und Ganzen auf dem Grundsatz der abstrakten Rechtsgleichheit der Staatsbürger basiert. Auch dieses „*elaboratum*“ enthält noch keinen in materiell-rechtlicher Hinsicht systematischen allgemeinen Teil, aber seine Einleitung (*Principia*) enthält in 23 Punkten dargelegte Grundsätze. Unter diesen befindet sich auch eine der markanten strafrechtlichen Maximen der Aufklärung, laut welcher ein Richter an das Gesetz gebunden ist: „*In regula quidem iudex lege nec mitior nec severior esse potest [...]*“. Nachstehend werden einige der wichtigsten Grundsätze besprochen. Gleich der erste Grundsatz ist die zaghafte Formulierung des Prinzips des „*nullum crimen sine lege*“: „Eine Straftat ist eine freiwillige Verletzung des Strafgeset-

zes.“ Darüber, dass es sich hierbei um den zitierten berühmten Satz handelt, lässt der Entwurf keinen Zweifel, denn in dem in Kraft setzenden Gesetzesentwurf wird wörtlich erklärt, dass mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes alle früheren Strafrechtsnormen ihre Geltung verlieren – der Rechtsquellenbezug ist also eindeutig, ja, es wird sogar ein Verbot der rückwirkenden Geltung ausgesprochen. Der Entwurf befasst sich auf grundsätzlicher Ebene mit der Anrechnung, dem Missbrauch, der Problematik von Vorsätzlichkeit und Fahrlässigkeit, dem Versuch, der Mittäterschaft und dem Zweck der Strafe. Er befasst sich außerdem mit der Institution der „*specialis*“ und der „*generalis praeventio*“ (8. Grundsatz), wobei die Rache abgelehnt wird: „*Vindicta igitur in nullo casu poenae obiectum esse potest, semperque legum sanctitatem dedecet.*“

An die Strafen werden folgende Anforderungen gestellt: Jede Strafe muss prompt, dezidiert und geeignet sein. Es ist darauf zu achten, dass die Strafen nicht zu Quellen weiterer Straftaten werden. Es können keine Nachteile als Strafen angewandt werden, die dem Zweck der Strafe vollkommen widersprechen. Die Strafe muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem Schlechten stehen, das der Gemeinschaft durch die Straftat zugefügt (oder angedroht) wurde, außerdem muss sie alle Vorteile übertreffen, die sich der Täter durch die Begehung seiner Tat erhofft hatte. Leichter zu verheimlichende Straftaten sollten schwerer bestraft werden, ebenso solche, die häufiger begangen wurden. Bei der Bemessung der Strafen solle auch darauf geachtet werden, dass der der Gemeinschaft und den Privatpersonen zugefügte Schaden ersetzt werde. Diesbezüglich sollten bis zur Höhe ihres ererbten Vermögens auch die Erben des Täters zum Schadenersatz und zur Erstattung der Prozesskosten verpflichtet werden. Bei der Bemessung der Strafe sollten das Geschlecht, das Alter und die gesellschaftliche Stellung des Täters besonders berücksichtigt werden. Laut dem Entwurf reicht bei gebildeteren Menschen schon ein geringerer Nachteil (*malum*) zur Besserung. Man könne selbst bei der Begehung derselben Straftat nicht in jedem Fall dieselbe Strafe verhängen.

In Bezug auf die Strafarten erklärt der Entwurf die Zufügung von Nachteilen aller Art für zulässig, die zur Bewahrung der öffentlichen Sicherheit geeignet sind. Er erhielt also die Todesstrafe

aufrecht, verbot jedoch im Allgemeinen ihre qualifizierten Varianten, vor allem unter Hinweis auf das Anstandsempfinden. Die Todesstrafe solle nur dann verhängt werden können, wenn die Vorsätzlichkeit des Täters ein Maß erreicht habe, dass die Sicherheit der Gesellschaft und der einzelnen Bürger sowie die Abschreckung durch nichts anderes erreicht werden könnten. Wenn sie angewandt werde, solle sie stets am Ort der Begehung der Tat oder in der Nähe dieses Ortes vollstreckt werden. Die Vollstreckung dürfe einzig und allein durch das Schwert erfolgen.

Die der Vollstreckung der Freiheitsstrafe dienenden Gefängnisse könnten milder und härter sein. Ihnen gemeinsam sei, dass dem Verurteilten die Verrichtung von Arbeit vorzuschreiben sei, in erster Linie von gemeinnütziger Arbeit. Für Minderjährige und für diejenigen, bei denen eine größere Aussicht auf Besserung bestand, wollte der Entwurf auch das Arbeitshaus einführen.

Im „*operatum*“ wurden außerdem die körperlichen Strafen beibehalten, und zwar als Grundregel in Form des Vollzugs vor der breiten Öffentlichkeit. Männer waren – nach vorheriger ärztlicher Untersuchung – mit dem Stock, Frauen mit der Peitsche zu schlagen. Im Übrigen entsprachen die in mehreren „Raten“ vollstreckten 100 Stock- oder Peitschenhiebe einem Jahr Gefängnis. Dieses Verhältnis musste überall eingehalten werden, da die verschiedenen Strafen nicht durch einander ersetzt werden konnten. Von den körperlichen Strafen ausgenommen waren die Honoratioren (Personen, die ein öffentliches Amt bekleideten), die Stadtbürger und die Adligen – insofern kam die Gleichheitsidee des Entwurfs, der die ständischen Privilegien ansonsten nicht anwandte, nicht zur Geltung. Auch der aus dem Mittelalter stammende Ehrverlust (*infamia*) sollte beibehalten werden und bei Straftaten verhängt werden, deren Täter Ruchlosigkeit an den Tag gelegt hatten, wenn die Straftat besonders schändlich und intrigant war oder wenn die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigt waren. Wenn das Gericht den Ehrverlust in seinem Urteil nicht ausdrücklich aussprach, resultierte keine Strafe für sich in Ehrverlust.

In Bezug auf Geldstrafen betont der Entwurf, diese dürften niemals dem Richter zu seinem Nutzen überlassen werden und im All-

gemeinen auch gar nicht als Strafe angewandt werden – wo dies dennoch erlaubt sei, werde bei der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestands gesondert erwähnt.

FORMALES RECHT

Als Erstes regelt der Entwurf die Einleitung des Strafverfahrens und die währenddessen anwendbaren Zwangsmaßnahmen. Nach Ansicht des „*operatum*“ kann nur in Gewahrsam genommen (verhaftet) werden, wer seine Tat gestanden hat, wer auf frischer Tat ertappt wurde, gegen wen in Bezug auf die begangene Handlung eine beweisbare und glaubwürdige Anzeige vorliegt und der, für dessen Schuld stichhaltige Indizien sprechen. Der Entwurf befasst sich ausführlich mit der Frage, wie in Gewahrsam genommene Personen zu behandeln sind, welche Aufgaben das verhaftende Organ nach der Ingewahrsamnahme hat. Vor allem verbietet er die übliche Praxis, dass die bei der festgenommenen Person gefundenen Sachen (sofern das Gericht sie verurteilt) dem Gericht oder denen, die die Verhaftung vorgenommen haben, zustehen. Als Stellungnahme gegen die Allmacht des Geständnisses (*regina probationum*) ist die Bestimmung zu bewerten, laut welcher bei Straftaten, die Spuren hinterlassen, die Sicherung der Beweismittel von besonderer Bedeutung ist und die primäre Aufgabe der lokalen Behörde darin besteht, diese ausfindig zu machen. Eine schnelle Vollstreckung sollte die Bestimmung gewährleisten, die besagte, dass der Stuhlrichter alle anderen Angelegenheiten beiseitezulegen und sofort das Verhör des Verdächtigen durchzuführen hatte.

Eine grundlegende Frage des Strafverfahrens ist, wie die Begehung der Tat, die Identität des Täters und die Schwere der Schuld zur Last zu legenden Verhaltens bewiesen werden. In dem Entwurf werden von den möglichen Arten der Beweisführung vier anerkannt (Art. 10): das Geständnis, die Beweisführung anhand von Zeugen- aussagen oder durch die Verwendung von Indizien und schließlich den urkundlichen Beweis. Diese Beweismittel sollten jedoch nicht vollkommen gleichrangig sein, die ersten beiden wurden eindeutig bevorzugt.

Ein einem Urteil zugrunde liegendes Geständnis soll den gesetzlichen Anforderungen genügen, wenn es von Dauer, vollständig und fundiert ist und vor Gericht abgelegt wird. Als dauerhaft ist ein Geständnis zu betrachten, dessen wesentliche Elemente der Angeklagte immer mit identischem Inhalt vorträgt. Vollständig ist es, wenn es nicht nur die Durchführung der Handlung, sondern auch sämtliche Umstände derselben beinhaltet. Fundiert ist ein Geständnis, wenn die Angaben der Aussage des Angeklagten auch durch andere Angaben bestätigt und untermauert werden. Und schließlich muss der Angeklagte sein Geständnis vor Gericht ablegen. Widerruft der Angeklagte sein im Laufe der Untersuchung abgelegtes Geständnis vor Gericht und gibt auch die Gründe dafür an, muss laut dem Entwurf der Richter entscheiden, ob er den Angeklagten freispricht oder eventuell eine Strafe nach seinem eigenen Ermessen verhängt. Ist der Angeklagte jedoch nicht bereit, ein Geständnis abzulegen, oder genügt sein Geständnis den gesetzlichen Anforderungen nicht, sind die genannten sonstigen Beweismittel heranzuziehen.

Obwohl ein Geständnis laut dem Entwurf als besonderes Beweismittel gilt, reicht für seine Erlangung nicht irgendein Verfahren: Er verbietet entschieden die Anwendung der Tortur. Die dafür angeführten Argumente haben einesteils eine theologische Grundlage und basieren andernteils auf der Menschlichkeit, außerdem werden die praktischen Widrigkeiten der Folterbank angeführt (manche lügen lieber, um der Tortur zu entgehen, andere erleiden lieber die Folter, als die Wahrheit zu sagen).

Dem Entwurf zufolge sollte im Strafprozess die Beweisführung mithilfe von Zeugen die größte Bedeutung haben. Mittäter konnten schon in Majestätsbeleidigungsprozessen keine Zeugen sein. Die ständische Stellung war kein Hindernis mehr bei der Zeugenaussage, das heißt, auch Dienstleute, Leibeigene oder Dienstboten konnten für oder gegen ihren Herrn aussagen.

Das dritte Mittel der Beweisführung, das viele Schwierigkeiten mit sich brachte, war die Entscheidung anhand von Indizien. In dem Entwurf wird zwischen sehr nahen, nahen und weit entfernten Indizien unterschieden, von denen nur die beiden ersten als Beweismittel dienen konnten – weit entfernte „indicia“ und

Vermutungen konnten lediglich als Grundlage für die Einleitung eines Verfahrens dienen. Ein Indiz könne jedoch niemals einen vollständigen rechtmäßigen Beweis darstellen, so der Entwurf, und aufgrund eines Indizes könne keine „*poena ordinaria*“ verhängt werden. Ein Indiz könne nur dann als gesetzliches Beweismittel akzeptiert werden, wenn es mehrere von ihnen gebe, diese nicht zusammenhängen und die Existenz eines jeden Indizes durch mindestens zwei einwandfreie Zeugen belegt werde. Belegten mehrere Indizien nur das Vorliegen eines Moments, seien alle als eines zu werten. Bemerkenswert ist die Bestimmung, laut welcher bei Straftaten, die Spuren hinterlassen, kein einziges Indiz berücksichtigt werden sollte, solange das „*corpus delicti*“, das die Begehung der Straftat eindeutig belegt, nicht vorliege.

Die vierte Art der Beweismittel schließlich sollten (mit einer im Vergleich zu den anderen drei sehr geringen Bedeutung) die Urkunden und die schriftlichen Beweismittel sein. Dabei sollte nur ein vom Angeklagten selbst verfasstes Schriftstück ein vollwertiger Beweis sein, und zwar nur dann, wenn es ausführliche Angabe zu der Straftat, zu den Umständen ihrer Begehung und zu ihren Motiven enthielt. Ein solches Schriftstück, das einem Geständnis gleichkam, sollte der Angeklagte noch vor der Verhandlung bestätigen müssen – und zwar mit ähnlichen formalen Anforderungen wie im Falle eines Geständnisses. Wenn ein schriftliches Beweismittel nur indirekte Angaben enthalte oder nicht vollständig sei, sollte das Gericht es nur als Indiz bewerten. Ein rechtmäßiges Beweismittel konnte nur ein Originaldokument sein, ein abgeschriebenes (*documentum vidimatum*) jedoch niemals.

Der Entwurf sah vor, dass ein Prozess immer mit einem Urteil in der Sache abgeschlossen und dieses in Anwesenheit des Angeklagten verkündet wurde. In Strafprozessen konnte das Gericht zwei Arten von Entscheidungen aussprechen: eine Verurteilung oder einen Freispruch, oder, wenn der Angeklagte am Verhandlungstag nicht erschien, ein ausschreibendes-verfolgendes Urteil (*sententia proscriptoria vel persecutoria*). Da eines der Hauptziele der Strafe in der „*generalis praeventio*“ bestand, musste das Urteil im Allgemeinen in der Sprache des Volkes (des Angeklagten) öffentlich verkündet werden.

Laut dem Entwurf sollte gegen jedes erstinstanzliche Strafurteil eine Berufung zulässig sein. Reiche der Verurteilte keine Berufung ein, könne das höherrangige Gericht das Urteil nicht verschärfen. In der Berufung seien die beanstandeten Teile des Urteils zu nennen, der anderen Partei sei ebenfalls die Möglichkeit des „*responsum*“ zu gewähren, und die Berufung müsse zusammen mit den Prozessunterlagen eingereicht werden. Nach der Entscheidung über die Berufung oder einer Revision sende das höherrangige Gericht die Prozessunterlagen zurück, das Urteil sei vor dem Angeklagten zu verkünden und sofort zu vollstrecken.

Da die Strafe unter anderem zur Besserung (*emendatio*) des Täters führen sollte, erachtete der Entwurf die Anerkennung und die Regelung der Verjährung für erforderlich. Dementsprechend sollte die Verjährung nichtkapitaler, aber schwerer Straftaten (wenn die Strafe mindestens 3 Jahre Gefängnis gewesen wäre) 20 Jahre, bei mittelschweren Straftaten 10 Jahre und bei geringfügigeren 5 Jahre betragen. Auch bei Kapitalverbrechen sollte die Bedeutung des Verstreichens der Zeit anerkannt werden, eine Verjährung als solche jedoch nicht gelten: Ein geflohener Täter konnte, wenn er keine weitere Straftat beging, nur mit einer richterlichen Strafe (*poena arbitraria*) bestraft werden.

MATERIELLES RECHT

Der materiell-rechtliche Teil des Entwurfs hat keinen gesonderten allgemeinen Teil, sondern nur einen besonderen, in dem die einzelnen konkreten Straftaten aufgezählt werden. Von den Rechtsgrundsätzen, die sich hier ableiten lassen, ist einer besonders hervorzuheben: der des Verhältnisses zwischen Straftat und Strafe.

Nach der Theorie der proportionalen Strafe ist die Strafe eines Täters umso schwerer, je wichtiger die Teilverpflichtung des Gesellschaftsvertrags ist, die er verletzt hat. Dementsprechend verliert er einen kleineren oder größeren Teil seiner Rechte und erhält somit eine Strafe, deren Maß proportional zu seiner rechtswidrigen Handlung ist. Mit dem im Gesetz bestimmten Strafmaß bringt der Gesetzgeber also zum Ausdruck, welchen Wert er der verletzten

gesellschaftlichen Pflicht beimit. Das gilt sowohl für das Mindest- als auch für das Höchstmaß der Strafe: Wenn der Täter eine hinsichtlich der Gesellschaft wichtige Pflicht verletzt, muss eine Strafe bei allen Graden der Schuldigkeit schwer sein. Dementsprechend kann die schwerste Strafe, der Tod (*ultimum remedium*) nur über Täter folgender Taten verhängt werden: Majestätsbeleidigung (*crimen laesae maiestatis*), Verrat (*nota infidelitatis*), Raubmord (*latrocinium*), Verwandtenmord (*parricidium*), Vergiftung (*intoxicatio*), Aufstand und Unruhe (*seditio et tumultus*). Die Strafe für Diebstahl und Raub sowie Brandstiftung sollte auf dem dritten Grad der Vorsätzlichkeit 3 bis 6 Jahre (bei Raub und Brandstiftung 6 bis 12 Jahre) Gefängnis sein, in bestimmten Fällen sollte aber auch die Verhängung der Todesstrafe zulässig sein.

Von den 54 diesbezüglichen Absätzen des Entwurfs befassen sich 18 mit Straftaten, die die öffentliche Sicherheit gefährden. Diese kann man inhaltlich in 4 Gruppen einteilen: Straftaten, die die äußere und die innere Sicherheit des Landes gefährden, Handlungen, die gegen die Arbeit der Verwaltung verstoßen, Straftaten gegen die Regeln der Rechtspflege und schließlich zwei Wirtschaftsstraftaten: Geldfälschung (*monetarum, chartarumque publicarum confectio et falsificatio*) und Veruntreuung öffentlicher Kassen (*assarum publicarum contrectatio*). In dem Entwurf wird nur ein Fall der Majestätsbeleidigung behandelt, und die bis dahin als göttliche Majestätsbeleidigungen bezeichneten Delikte sollen höchstens als gegen die Religion gerichtete Handlungen (viel milder) bestraft werden.

Die zweite wichtige Gruppe von Straftaten, die die öffentliche Sicherheit gefährden, sind in dem Entwurf diejenigen, die nicht in der Absicht begangen wurden, die gesetzliche Ordnung des Staates zu ändern, sondern nur die Störung einzelner Funktionen der staatlichen Verwaltung zum Ziel hatten. Das gemeinsame Merkmal dieser Verhaltensweisen besteht in der Diskreditierung, der Aneignung, der Erschwerung und der Verhinderung der behördlichen Tätigkeit. Eine grundlegende Straftat in diesem Bereich ist der Amtsmissbrauch, den das alte ungarische Recht in dieser Form nicht kannte und der eindeutig unter dem Einfluss der „*Josephina*“ (§§ 58–62) in den Entwurf aufgenommen wurde.

Von den Verhaltensweisen, die die Ordnung der Rechtspflege gefährden, hielt man in dem Entwurf zwei für besonders schädlich: zum einen wenn jemand den Staat daran hindert, die Strafgewalt (*ius puniendi*) auszuüben, also eine in Gewahrsam genommene Person befreite und Straftäter versteckte. Zum anderen sind diejenigen Handlungen hier einzuordnen, die die Ausübung der Rechtsprechung erschweren oder die richterlichen Foren unnötig belasten und die Effizienz ihrer Arbeit verringern. Ein Merkmal (Fehler) der Regelung besteht darin, dass keine klare Grenze zwischen der zur Begehung der Handlung gewährten Unterstützung (dem Verhalten als Tatgehilfe oder als Mittäter) und der nachträglich (nach der Begehung der Straftat) gewährten Hilfe zieht, die keinen Einfluss auf die Begehung der rechtswidrigen Handlung hatte. Auf diese Weise unterstützt sowohl derjenige einen Fahnenflüchtigen, der ihn zur Flucht anstiftet, als auch derjenige, der es den Behörden erschwert, den Fahnenflüchtigen aufzufinden. Darüber hinaus besteht zwischen den Definitionen der Straftat und der Verhaltensweisen der Begehung ein augenfälliger Widerspruch, denn die Begünstigung eines Fahnenflüchtigen sollte nach dem Entwurf „jede einem zur Armee gehörenden Soldaten oder Diener gewährte Unterstützung zu seiner Flucht aus der Armee“ sein. Auch dieser gesetzgeberische Fehler zeigt, dass die systematischen Begriffe und das System der Zusammenhänge noch nicht hinreichend ausgearbeitet und klar waren.

Die in Abschnitt 14 des Entwurfs definierte Straftat fasst mehrere bis dahin separate Straftaten zusammen. Das gilt vor allem für das bis dahin als Fall von Verrat behandelte Prägen falscher Münzen oder das bewusste Ausgeben solchen Geldes bis zu einer Höhe von etwa 50 Forint, außerdem das Fälschen von ursprünglich gutem Geld, von Banknoten und von Staatsanleihen. Unter diesen Handlungen ragt die Geldfälschung heraus, für die im Entwurf 4 verschiedene Arten der Begehung genannt werden: das Prägen von Münzen aus einem Material, das von schlechterer Qualität ist als das im Land übliche, mit einem geringeren Gewicht oder aus einer schlechteren Legierung; das Beschneiden rechtmäßig geprägter Münzen oder die Verringerung ihres Wertes auf andere Art und Weise; das Nachmachen der von der königlichen Schatzkammer

ausgegebenen Wertpapiere und die Fälschung der von der königlichen Schatzkammer emittierten Wertpapiere, indem der Täter sie mit einem höheren als dem ursprünglichen Betrag beschriftete. Der Gesetzgeber wollte ausführlich und präzise sein, ist jedoch in die Falle der Kasuistik geraten: Er ließ die zwar nicht sehr häufige, aber in der Praxis seit Jahrhunderten mit einer Strafe belegte Handlung ungeregelt und somit unbestraft, bei der der Täter besseres Geld präget als das jeweils in Umlauf befindliche. Ebenso fehlt im Entwurf der Umstand, ob die Vollendung der Straftat mit der Fertigstellung des Geldes oder erst mit dem In-Umlauf-Bringen eintritt.

Den in dogmatischer Hinsicht am besten gelungenen Teil des materiell-rechtlichen Teils des Entwurfs stellen die 14 Abschnitte dar, in denen es um die Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Beleidigung geht. Man muss wissen, dass auch das ungarische ständische Strafrecht schon seit Jahrhunderten zwischen der in vorsätzlicher Absicht begangenen Tötung (Mord), der vorsätzlichen Tötung und der durch Fahrlässigkeit oder zufällig erfolgten Tötung unterschied. Außerdem kannte die Praxis unter anderem auch die Rechtsinstitute der Notwehr, der berechtigten Verteidigung und des Irrtums und erkannte sie an. Hier ist zu betonen, dass der Gesetzgeber erstmals in diesem Entwurf Bestimmungen zur Strafflosigkeit der berechtigten Verteidigung sowie das bei Überschreitung des Maßes der berechtigten Verteidigung an den Tag zu legende richterliche Verhalten mitgeteilt hat. Bemerkenswert ist auch die Bestimmung, laut welcher weder derjenige, der den nächtlichen Dieb tötet, noch der Ehemann, der seine Frau beim Ehebruch erwischt und dann tötet, von der Strafverfolgung ausgenommen wird – wie es das ständische Strafrecht über Jahrhunderte getan hatte.

Von den Grundvarianten der Tötungsdelikte ist die gesonderte Regelung des Kindermordes (*infanticidium*) hervorzuheben. Zu den meist diskutierten Fragen in Europa (besonders gut dokumentiert im deutschen Sprachraum) gehörte ab der Mitte des 18. Jahrhunderts die Problematik der Verhütung und der Verhinderung der vielen Kindermorde, die komplexe gesellschaftliche, rechtliche und pädagogische Aufgaben bedeutete. Der Tatbestand der eigen-

händigen Tötung eines Neugeborenen durch seine Mutter gehörte seit dem Mittelalter zu den am schwersten bestraften Delikten. Die Täterin, die Mutter, wurde – oftmals aufgrund einer bloßen Vermutung (!) – mit Rädern, lebendigem Begraben und der entsetzlichen „*poena cullei*“ (Säcken, das heißt Ertränken in einem Sack) bestraft. Doch zur Zeit der Aufklärung begann eine gewaltige Offensive. Langsam zeigten sich erste Ergebnisse der humaneren Sichtweise: Dieser traurige Tatbestand milderte sich zu einer privilegierten Straftat. Der ungarische Gesetzesentwurf enthält eine Zwischenlösung: Er nimmt die Tat aus der Kategorie der Verwandtenmorde heraus, betrachtet sie aber dennoch nicht als privilegiertes Delikt, und droht dafür dieselbe Strafe an wie für Totschlag. Er versäumt es jedoch nicht, jene demütigenden Strafen zu verbieten, die die Gesellschaft bei gefallenem Mädchen anwandte. Die Regelung des Entwurfs folgt auf augenfällige Art und Weise den Lösungen der zeitgenössischen deutschen Kodizes, allerdings ist festzustellen, dass zum Beispiel im Vergleich zum „Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten“ eine starke Vereinfachung vorgenommen worden war. Ein wichtiger Grund dafür ist, dass diese Straftat in Ungarn auch im 18. Jahrhundert keine epidemischen Ausmaße hatte, weshalb sich die Rechtsetzung nicht allzu viel mit ihrer Regelung befasste.

Die Literatur der Aufklärung befasste sich außerordentlich intensiv mit den Straftaten, die gegen die Eigentumsordnung verstießen. Die Verfasser waren sich darüber einig, dass eines der grundlegenden Ziele des Gesellschaftsvertrags die Gewährleistung dessen war, dass der Einzelne sein Vermögen ungestört genießen konnte. Sie betonten jedoch, dass der Staat im Sinne des Gesellschaftsvertrags den Genuss aller Formen des Eigentums (beweglich, unbeweglich, geistig) zu gewährleisten habe, und zwar nicht durch den Schutz gegen Rechtsverletzungen, sondern auch gegen Schäden, die durch den Anschein der Rechtmäßigkeit oder das Verschweigen der Rechte entstehen, und möglichst auch gegen durch zufällige Ereignisse verursachte Schäden. Eine der wichtigsten Grundforderungen der Aufklärer war, dass ein Dieb nicht mit dem Tod bestraft werden dürfe, denn „es ist unsinnig, das menschliche Leben mit einem Geldbetrag – so groß dieser auch sein mag – gleichzusetzen.“

Der Entwurf stützt sich bei der Regelung dieser Art von Straftaten stark auf die jahrhundertealte ungarische Praxis, vertritt aber an vielen Punkten schon aufgeklärte Ansichten. Bei Vermögensdelikten lässt er im Allgemeinen keine Todesstrafe zu, die Ausnahme bilden die folgenden drei Fälle: rückfällige Verbrecher, die ihre Taten auf eine hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit besonders gefährliche Art und Weise begehen, vorausgesetzt, der Schutz der Gesellschaft erfordert beim jeweiligen Tatbestand die Todesstrafe, und es gibt keine Aussicht auf Besserung des Täters; Brandstifter, wenn ihre vorsätzliche Tat auch die Absicht der Auslöschung von Menschenleben beinhaltete, mit dem Auslöschen von Menschenleben einherging und erheblichen materiellen Schaden verursacht hat; rückfällige Diebe, die bereits mehrere schwere Strafen erhalten haben und bei denen keine Hoffnung auf Besserung besteht.

Ein weiteres positives Merkmal des Entwurfs besteht darin, dass die Vermögensdelikte danach unterschieden werden, ob die Entwendung der Sache mit Gewalt einherging (= Raub) oder mit besonderer Raffinertheit oder List begangen wurde, gegen die sich ein Durchschnittsmensch nur schwer schützen kann (= Betrug). Allerdings unterscheidet der Entwurf noch nicht zwischen Diebstahl und Unterschlagung. Er schlägt eine ähnliche Bewertung desjenigen, der hinterlegte Besitztümer in böser Absicht besitzt (*depositarius*), vor und stuft sein Verhalten als qualifizierten Diebstahl ein.

DER ENTWURF VON 1830

Im Sinne des von dem besagten Reformständetag verabschiedeten Gesetzesartikel Nr. 8, 9 und 15 von 1827 wurde erneut eine Kodifikationskommission eingerichtet, die den zuvor verfassten Entwurf aktualisieren und einen Vorschlag für den folgenden Ständetag erarbeiten sollte. Obleich die wichtigste der Anweisungen, aufgrund welcher mit den Arbeiten begonnen wurde, eindeutig das Leitprinzip war, dass die Aufgabe der Kommission nur in der Aktualisierung des früheren „*operatum*“ bestand, waren die Kodifikatoren bestrebt, es mit Inhalt zu füllen.

Es ist ein charakteristisches Merkmal der Entwicklung des Strafrechts in der Neuzeit, dass sich die neuartigen wissenschaftlichen Ansätze sehr schnell, zumindest in Form von Entwürfen, in den positiven Rechtsnormen niederschlugen. Die strukturelle Beziehung der juristischen Begriffe und Institutionen zueinander wurde zu einer wichtigen qualitativen Dimension der Rechtsentwicklung. Unter dem Einfluss der Französischen Revolution, die bekanntermaßen starke Auswirkungen auf die Rechtsentwicklung auf dem europäischen Kontinent hatte, entstand das napoleonische Strafgesetzbuch (*Code pénal*, 1810). Eine seiner wichtigen dogmatischen Neuerungen bestand darin, dass es die strafbaren Verhaltensweisen in drei Gruppen einteilte – was als *trichotome* Gliederung bezeichnet wird. Die Bedeutung der Kategorisierung ergibt sich hauptsächlich aus den mit ihnen verbundenen unterschiedlichen Rechtsfolgen. Heute wissen wir, dass der damalige Gedanke, das System der Sanktionen des Strafrechts müsse von Grund auf geändert werden, Bestand gehabt hat, und in diesem Sinne der Schwerpunkt von der Todesstrafe auf die Freiheitsstrafe verlagert werden muss, die stets die Möglichkeit der Besserung birgt. Für eine effektive Anwendung der Grundsanktion des Freiheitsentzugs benötigte man natürlich ein differenziertes System von Institutionen, das in der Lage war, eine breite Skala qualitativer Unterschiede zu bedienen.

Die markante Stellungnahme der gesetzlichen Regelung konnte wohl kaum überzeugender formuliert werden als in einer klaren und gegliederten Dogmatik. In der Rechtsdogmatik, die sich in der Neuzeit schnell entwickelte, hatte man nämlich sehr richtig die Bedeutung des Zusammenhangs zwischen den inhaltlichen und den formalen Elementen der Rechtsquellen erkannt. Die Gesetze wurden vor allem für die Richter gemacht (zahlreiche Rechtsgelehrte waren selbst als Richter tätig), zwischen der Rechtstheorie, der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung bestanden sehr lebhaft Verbindungen. Die neuzeitliche Bestrebung, die in der Aufklärung ihren Höhepunkt erreichte, nämlich die Anketzung des Richters an den Buchstaben des Gesetzes, erwies sich zwar als etwas extrem, aber die Maxime der strengen Einhaltung des Strafgesetzbuches etablierte sich als dauerhafte Richtung. Das erwünschte Gleichgewicht zwischen der gesetzlichen Regelung, die mit viel Kleinarbeit

einherging und Ummengen von Einschränkungen bedeutete, und der Rechtsanwendung der Richter, die jegliche Art von Fesseln nur schwer duldeten, stellte die liberale juristische Reformbewegung her, indem sie sich für die freie Bewertung der Beweise aussprach und dieses Prinzip auch anwandte.

Der Aufbau des Inhalts der Gesetze bedeutete also weitaus mehr als eine Gliederung. Es war ein Merkmal aller gesetzlichen Rechtsquellen, dass der Rechtsetzer die mit theoretischem Anspruch ausgeführten Arbeiten fein gliederte, denn das war außer der Übersichtlichkeit auch Voraussetzung für die Zitierbarkeit. Das Verhältnis der größeren und kleineren Einheiten zueinander war selbstverständlich auch Ausdruck qualitativer Kriterien. Die Strafgesetze des 17. und 18. Jahrhunderts waren, wie wir oben gesehen haben, typischerweise in zwei Teile gegliedert. Die naheliegenden praktischen Kriterien, nämlich dass die Gesetze in erster Linie für die Richter gemacht wurden, die vor allem in prozessrechtlichen Fragen schnell Entscheidungen treffen mussten, führte dazu, dass die erste Hälfte der zweigeteilten Gesetzestexte immer das formale Recht beinhaltete und die zweite Hälfte die Institute des materiellen Rechts regelte. Dieser Umstand spiegelte ein markantes Merkmal der europäischen Rechtsentwicklung genau wieder, und zwar dass das Verfahrensrecht die „Wiege“ des materiellen Rechts war. Zugleich entsprach er auch den rechtlichen Gewohnheiten im damaligen Ungarn. Die aus zwei Teilen bestehenden Gesetzestexte waren nach heutigem Begriff „besondere Teile“, da sie noch keine allgemeinen Regeln enthielten, die für die Gesamtheit der jeweiligen Rechtsquelle galten.

Die Erkenntnis, dass eine solche dogmatische Einheit erforderlich ist, hatte man erst Anfang des 19. Jahrhunderts. Das den Kodifikatoren vorliegende „*elaboratum*“ von 1795 enthielt bereits eine „*Principia*“ betitelte Einleitung, da aber ihr Verhältnis zum normativen Text fraglich war, wurde sie einfach weggelassen. In Kenntnis des Trends der Entwicklung in Europa hätte man das natürlich nicht tun sollen, sondern sie als eigenständige Teileinheit in inhaltlich weiterentwickelter Form in den Haupttext einfügen müssen, was jedoch nicht geschah. Es steht außer Zweifel, dass dies der größte Rückschritt des im Entstehen begriffenen Kodexentwurfs

war. Andererseits kann man auch einen wichtigen dogmatischen Fortschritt feststellen.

Die Kodifikatoren teilten ihr Werk nach dem Vorbild des französischen Strafgesetzbuches in drei Teile auf: Im ersten ging es um das Verfahren (*De forma procedendi*), im zweiten um die einzelnen Straftaten und ihre Strafen (*De criminibus in specie et eorum poenis*) und im dritten um die Übertretungen (*De delictis criminalitatem non involventibus, eorumque poenis*). Diese Aufteilung war in der Kodifikationsgeschichte des ungarischen Strafrechts *quasi* ihrer Zeit voraus, denn der materiell-rechtliche Teil des Deákschen Entwurfs, der ansonsten europäisches Niveau hatte, enthielt keinen Teil, der sich mit den Übertretungen befasste, man hatte ihm nur einen Anhang zu diesem Thema beigegeben. Ein weiteres typisches Merkmal der ungarischen Kodifikation beim Entwurf von 1830 ist, dass im Zeichen eines gewissen enzyklopädischen Eifers auch Rechtsquellen ausgearbeitet sind, die nur entfernter mit dem Strafgesetz zu tun haben. Ebenso waren auch die Verfasser des Entwurfs von 1795 verfahren, wobei in ihrem Fall eine Erweiterung der Rechtsquellen erfolgte. Dabei handelte es sich um folgende: Regeln für das Gefängniswesen (*Tractamentum captivorum*), Richtlinien für die Munizipien, die das Recht über Leben und Tod hatten (*Instructio pro jurisdictionibus jure gladii pollentibus*) und die Grundregeln für die Gerichtsmedizin (*Instructio circa ordinandas et peragendas medico-legales investigationes et cadaverum sectiones, exaranda item visu reperta et depromenda judicia medico-forensia, quatenus haec ad delicta, et causas criminales referuntur*).

Ein weiteres auffälliges und wichtiges Merkmal des Entwurfs ist, dass der Gesetzgeber die einzelnen Artikel relativ ausführlich begründet hat. Es ist nicht bekannt, ob die mal kürzeren und mal längeren Erklärungen auch in dem endgültigen Gesetzestext, der dem Ständetag vorgelegt werden sollte, enthalten gewesen wären. Sie hatten offensichtlich keine eigenständige Quellenfunktion, und heute würde man sagen, sie wurden als „Begründung des Ministers“ zur Erleichterung der authentischen Auslegung verfasst.

DIE EINLEITUNG

Das „*operatum*“ hat eine recht kurze Einleitung, die in insgesamt drei Abschnitte gegliedert ist. Der Gesetzgeber hat diesen Teil offensichtlich nicht dazu genutzt, wichtige inhaltliche Elemente auszuführen. Die darin enthaltenen Feststellungen sind eher als kurze Erläuterung zum Aufbau des Werkes zu betrachten. Demnach enthält der Entwurf die Regelung der Straftaten und der Taten, die keine Straftaten, aber dennoch zu bestrafen sind, sowie die Verfahrensordnung. Hier ist anzumerken, dass die Grundsätze (*Principia*), die am Anfang des Entwurfs von 1795 standen und dort noch eine sehr wichtige Rolle gespielt haben, nun, wie schon erwähnt, weggefallen waren. Somit hat die Einleitung aus dogmatischer Sicht keinerlei Funktion.

DAS VERFAHREN

Der verfahrensrechtliche Teil kann als homogen bezeichnet werden, das heißt, er gliedert sich nicht in weitere Kapitel. Eine Art allgemeinen verfahrensrechtlichen Teil sucht man somit vergeblich, ein solcher ist – wie schon erwähnt – im gesamten Entwurf nicht enthalten. Der Tradition entsprechend ist das Werk in Artikel (*articuli*) gegliedert, die mit laufenden Nummern und Titeln versehen sind.

Der Ansatz, nach dem die Beweismittel im Entwurf geordnet sind, zeigt einen deutsch-österreichischen Einfluss. Er befasst sich intensiv mit dem Geständnis und bespricht außerdem auch alle übrigen Beweisarten. Er schreibt der Aussage des Beschuldigten eine so große Beweiskraft zu, dass diese allein ein Strafurteil begründen kann. Dennoch handelt es sich mit Ausnahme der Aussage und der Bewertung ihres Inhalts um eine nuancierte und kompakte Regelung, die man sicherlich nicht als einseitig bezeichnen kann. Dem Entwurf zufolge wäre nur eine Aussage zulasten des Beschuldigten zu bewerten, die freiwillig erfolgt, klar, vollständig und fundiert sei, vor Gericht gemacht worden und beständig sei. Diese Kriterien wurden als konjunktive Bedingungen betrachtet, das heißt, wenn auch nur eine nicht erfüllt wäre, würde das die Glaubwürdigkeit der

gesamten Aussage schwächen, und dann könnte der Richter ein mit der ganzen Härte des Gesetzes gefasstes Urteil (*poena ordinaria*) nicht allein darauf stützen.

DIE EINZELNEN STRAFTATEN UND IHRE STRAFEN

Aus systematischer Sicht kann die innere Gliederung des zweiten Teils (*De delictis eorumque poenis*) als bedeutsames Ergebnis im Bereich der Kodifikation bewertet werden. Schon der allererste Entwurf hatte die folgende Gliederung, aufgrund welcher die strafbaren Tatbestände ausdrücklich nach inhaltlichen Gesichtspunkten geordnet werden. Die einzelnen Klassen (*classis*) sind: 1. Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit; 2. Straftaten, die die angeborenen Rechte des Menschen verletzen; 3. Straftaten, die die erworbenen Rechte des Menschen verletzen; 4. Straftaten, die die Religion und die Moral verletzen. Wie oben bereits erwähnt, hat der Entwurf von 1830 keinen materiell-rechtlichen allgemeinen Teil im heutigen Sinne, nicht einmal in dem Maße wie der Entwurf von 1795. *Quasi* als Ersatz dafür haben die Kodifikatoren die strafbaren gesetzlichen Tatbestände und die dafür angedrohten Sanktionen kategorisiert.

ÜBERTRETUNGEN

Die Regelung der Übertretung (*delictum politicum*) ist eine wirkliche Neuheit des Entwurfs, die auch aus systematischer Sicht von herausragender Bedeutung ist. Laut der Definition des „*elaboratum*“ gehören in diese Kategorie alle Rechtsverletzungen, die nicht unter das Strafrecht fallen. Damit ist die Kriminalität im engeren Sinne des Wortes gemeint, also die strafbaren Tatbestände, für die die öffentliche Gewalt eine bestimmte Sanktion androht, die jedoch von den Straftaten abgegrenzt werden sollen. Darauf, dass es sich hier tatsächlich um die später als Übertretungen bezeichneten Vergehen handelt, kann man daraus schließen, dass die zugrunde liegende Gesetzesverletzung nicht nur das Strafgesetzbuch betrifft,

sondern Gesetze im Allgemeinen, ja sogar sonstige behördliche Anordnungen (*publica ordinatio*) genannt werden.

Es fällt auf, dass die verhängbaren Strafen, anders als im strafrechtlichen Teil, hier *in abstracto* genannt wurden. Es sind folgende: Geldbuße, Vermögenskonfiszierung, Entzug bestimmter Rechte (was heute am ehesten einem Verbot der Teilnahme an den öffentlichen Angelegenheiten entsprechen würde), Freiheitsstrafe, körperliche Züchtigung und Ausweisung. Der Entzug der Rechte musste in Jahren festgelegt werden, die durch Fasten und Fesseln verschärfte Haft (*arestum*) hingegen durfte höchstens 6 Monate dauern. Bei der körperlichen Züchtigung durften auf einmal höchstens 25 Schläge erteilt werden. Hier ist anzumerken, dass das damals im ganzen Land auch in Kriminalfällen die übliche Praxis war. Ab der Mitte des Reformzeitalters wurden nur noch selten höhere Prügelstrafen als eigenständige Sanktion verhängt. In dem Entwurf werden die einzelnen Übertretungstatbestände in Artikeln besprochen.

SONSTIGE NORMEN

Im Rahmen der Kodifikation wurden nicht nur die Vorschriften des Strafgesetzes im engeren Sinne formuliert, sondern es wurden (wie man heute sagen würde) „im Paket“ auch ergänzende Regelungen vorgenommen, die das Basisgesetz vervollständigen sollten. Dabei verfassten die Verantwortlichen eine Gefängnisordnung und einen Leitfaden für die Munizipien und legten die Grundregeln der Gerichtsmedizin nieder. Letzterer Entwurf verdient besondere Aufmerksamkeit, da die von dem Statthaltereirat und Landesoberarzt (*protomedicus*) Mihály Lenhossék erarbeitete Instruktion, die vom juristischen Unterausschuss verhandelt und unverändert verabschiedet wurde, als solche bahnbrechend war. Er benannte die Angelegenheiten, die in die Geltung der Regelung fielen, legte die Bedingungen für die an lebendigen Menschen und an Leichnamen vorzunehmenden Untersuchungen fest, bestimmte die Aufgaben der Munizipien und der Ärzte, den Inhalt von Augenscheinen und von Obduktionsprotokollen und formulierte die Grundsätze, die die Ärzte bei der Abgabe eines Sachverständigengutachtens beachten mussten.

DER GESETZESENTWURF VON 1843

Es zeigte sich, dass das Strafrecht hervorragend geeignet war, um nach den Anforderungen einer der wichtigsten geistigen Strömungen der Neuzeit, des Rationalismus, aufgebaut zu werden. In dem bis 1848 dauernden Abschnitt der Strafrechtsgeschichte wurden die Dogmatik des Strafrechts, seine Verfahrensordnung und vor allem seine Grundsätze erarbeitet. Ein wichtiger Anstoß für seine Entwicklung war seine enge Beziehung zum allgemeinen gesellschaftlichen Fortschritt. Für das Bürgertum mit seiner rationalen Weltanschauung, das sich um die Beseitigung der ständischen Gesellschaft bemühte, bestand eines der augenfälligsten Hindernisse in dem rückständigen und an vielen Stellen sehr brutalen und insgesamt irrationalen Bestrafungssystem.

Das Strafrecht des 16.–18. Jahrhunderts basierte trotz all seiner Neuerungen noch voll und ganz auf dem mittelalterlichen Bestrafungssystem und der mittelalterlichen Auffassung. Aufgrund der Sichtweise, die mit der Aufklärung begann und sich in den liberalen Ideen des 19. Jahrhunderts fortsetzte, war man bereits bemüht, die anerkanntermaßen selbstständigen Rechtsgebiete auf eine neue Grundlage zu stellen. Das Strafrecht schien die meisten Krankheiten der ständischen Gesellschaft zu verkörpern, gleichzeitig aber bot es sich als geeigneter Rahmen an, um die angestrebten Grundwerte der bürgerlichen Gesellschaft nicht nur in deklarativer Form, sondern gleich in dem am ehesten verpflichtenden Regelwerk niederzulegen. Im Strafrecht wurden Grundsätze formuliert, die fest mit den Grundwerten der bürgerlichen Gesellschaft verschmolzen – man denke nur an die Grundsätze des „*nullum crimen / nulla poena sine lege*“ und der Unschuldsvermutung.

Eine wichtige Rolle bei der Entwicklung des Strafrechts im ungarischen Reformzeitalter spielte Ferenc Deák. Mit seinem Namen verbindet die Rechtsgeschichte (auch) jenen Entwurf des materiellen Strafrechts von 1843, der am ehesten das Niveau der ungarischen Kriminaldogmatik jener Zeit zeigt. Aus dem berühmten Entwurf von 1795 wurde kein Gesetz, da das Parlament ihn noch nicht einmal verhandelt hatte, und es dauerte Jahrzehnte, bis ein neuer vorgelegt wurde. Mit dem Gesetzesartikel Nr. 5 von 1840 wurde

erneut ein Ausschuss eingerichtet, der ein zeitgemäßes und in allen Einzelheiten auf einer neuen Grundlage stehendes Strafgesetzbuch erarbeiten sollte. Die „*deputatio*“ erledigte ihre Arbeit gewissenhaft und legte dem Parlament gleich drei Gesetzesentwürfe vor: einen zum neuen materiellen Recht, einen zum Verfahrensrecht und einen zur Reform des Gefängniswesens. Von diesen wird an dieser Stelle der von der von Ferenc Deák geleiteten Kommission erarbeitete materiell-rechtliche Entwurf zusammengefasst. Zum Schicksal des Entwurfs kann man gleich sagen, dass leider auch aus diesem kein Gesetz wurde. Die Entwürfe zum materiellen und zum Verfahrensrecht wurden vom Unterhaus verabschiedet, vom Oberhaus jedoch nicht. Nur der dritte Entwurf, der das Gefängniswesen betraf, wurde von beiden Häusern verabschiedet, der Herrscher bestätigte ihn jedoch nicht, und zwar mit der Begründung, ohne die beiden anderen Gesetze habe es keinen Sinn, ein neues System des Strafvollzugs einzuführen.

Die Erarbeitung der Entwürfe hatten die besten Juristen-Politiker des ungarischen Reformzeitalters vorgenommen, die über eine europäische Bildung verfügten und zur Creme der ungarischen Rechtskultur gehörten. Außer Ferenc Deák waren an den Arbeiten Persönlichkeiten wie Bertalan Szemere (der erste ungarische Innenminister), Baron József Eötvös (der erste ungarische Kultusminister), László Szalay und Ferenc Pulszky sowie István Bezerédj, Gábor Klauzál und Baron Béla Wenckheim beteiligt. Der 1843 verhandelte Gesetzesentwurf wurde noch im selben Jahr in Leipzig auf Deutsch veröffentlicht, und der Heidelberger Professor Mittermaier äußerte sich anerkennend über die Arbeit.

ALLGEMEINER TEIL

Der Entwurf von 1843 (auch Deák-Entwurf) entsprach in allen Einzelheiten den Anforderungen, die man an einen modernen Strafrechtskodex stellen konnte, und sogar den meisten dogmatischen Anforderungen an ein solches Werk. Diese systematische Entwicklung zeigt vor allem der formale Fortschritt, dass der materiell-rechtliche Entwurf einen eigenständigen allgemeinen Teil (aus

107 Artikeln ab Artikel 550) hat. Zur Geltung des Strafgesetzes formuliert § 1 den Grundsatz des „*nullum crimen sine lege*“: „Jede Handlung und jedes Versäumnis kann nur insoweit als Straftat betrachtet und mit einer Strafe belegt werden, als das Gesetz eine Strafe dafür vorsieht“. Das war eine lange erwartete Bestimmung gegen das auf der offenen Rechtsungleichheit des ständischen Strafrechts beruhende, veraltete ungarische Strafrecht: Sie hat (hätte) mit einem Schlag Ordnung in der richterlicher Willkür und Unberechenbarkeit ausgesetzten Strafrechtspflege geschaffen. Ich möchte vor allem auf den Quellenlehrebezug hinweisen: In Ungarn konnten mehrere Rechtsquellen feststellen, dass eine Handlung strafbar war: das Gesetz, das Gewohnheitsrecht, ein städtisches Statut oder auch die „weise Einsicht“ des Richters. Die hier angeführte Bestimmung empfiehlt Eindeutigkeit: Ausschließlich Gesetze können festlegen, welche menschlichen Verhaltensweisen einer Strafe durch den Staat unterliegen.

Einer der herausragenden Punkte des Entwurfs, der zugleich auch von größtem Mut zeugt (und Widerstand beim Oberhaus auslöste und später gerade wegen dieser Frage abgelehnt wurde), ist der Abschnitt über die Arten von Strafen. Denn in dem Entwurf kam die Todesstrafe nicht vor! Die möglichen Arten von Strafen waren: lebenslange Gefangenschaft, befristete Gefangenschaft, Haft (*arestum simplex*), Verlust des öffentlichen Amtes, Geldstrafe, richterliche Rüge. Es erfolgte also ein ganz entschiedener Bruch mit dem auf die Todesstrafe ausgerichteten Bestrafungssystem des Mittelalters, und der Freiheitsentzug wurde zum wichtigsten Rechtsnachteil. Drei der sechs Strafarten bedeuteten Freiheitsentzug, wobei die Gefangenschaft höchstens 1 Jahr betragen durfte.

Man muss auch sehen, dass die entehrenden Strafen in dem Entwurf *expressis verbis* abgelehnt werden (§ 14), und ebenso wird auf züchtigende Strafen verzichtet, das heißt, die Menschenwürde sollte auch in Bezug auf die Person eines Verurteilten konsequent geachtet werden. Das muss umso mehr betont werden, als das Anden-Pranger-Stellen noch in ganz Europa üblich war. Selbst damals dachte man im Rahmen des geltenden Rechts und in der Politik an Untertanen. Ein Untertan aber hatte vor allem Pflichten, und erst in zweiter Linie konnte die Rede von gewissen Rechten sein. Für das

liberale Denken, das auf der Idee der bürgerlichen Rechtsgleichheit beruhte, sah es genau umgekehrt aus: Der Bürger eines Staates hatte unveräußerliche Rechte, die ihm nicht genommen werden konnten, so zum Beispiel das Recht auf menschliche Würde. Aus dieser Argumentation wurde das Verbot der Todesstrafe abgeleitet, außerdem, was logisch damit zusammenhängt, kam es zu einem entschiedenen Bruch mit den entehrenden Strafen.

Dem Entwurf liegt hinsichtlich der Kategorisierung der strafbaren Handlungen ein *dichotomes* System zugrunde: Er unterscheidet Straftaten und Übertretungen, wobei für letztere nicht Gesetze, sondern Rechtsquellen niedrigeren Ranges maßgeblich sein sollen (polizeiliche Übertretungen). Artikel 17 deutet auf den Grundsatz des „*nulla poena sine lege*“ hin, denn er besagt, dass nur Straftaten angewandt werden können, die in Artikel 8 des Entwurfs genannt werden. Was den Grad der Vollstreckung der Freiheitsstrafe betrifft, wird die „Durchlässigkeit“ zwischen den Straftaten durch das durch und durch bürgerliche Institut der sogenannten einfachen Milderung gewährleistet: „Bei den Straftaten, für die das Gesetz Gefangenschaft vorschreibt, kann das Gericht nur dann Haft anordnen, wenn die vorliegenden Umstände die Bewertung so sehr mildern, dass angesichts dessen selbst die kürzeste Gefangenschaft eine äußerst schwere Strafe wäre“ (§ 20). Ebenso kann auch die Haft „abgelöst“ werden, nämlich durch eine richterliche Rüge.

Grundsätzlich sollten Freiheitsstrafen nicht in Geldstrafen umgewandelt werden können, doch das Gericht konnte die gesetzlich festgelegte Geldstrafe in bestimmten Fällen in Gefangenschaft umwandeln: *a)* bei einem minderjährigen Täter, wenn seine Eltern die Geldstrafe nicht für ihn bezahlen wollten; *b)* bei einem Verurteilten, gegen den ein Konkursverfahren lief, und *c)* falls der Verurteilte nicht in der Lage sein sollte, die Geldstrafe zu zahlen (§ 31). Der Entwurf bietet dem Verurteilten auch die Möglichkeit, einen Teil seiner Strafe zu zahlen und den Rest abzusitzen. Die Relation der Ablösung ist folgende: Ein Tag Gefangenschaft entspricht drei Tagen Haft, und ein Tag Haft entspricht einer Geldstrafe von 5 Forint.

Ein gesondertes Kapitel befasst sich mit den Formen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit. Der Grundsatz der Erfolgshaftung wird abgelehnt und die genaue Prüfung der Absicht des Täters an-

geordnet. Es werden verschiedene Fälle der Schuld benannt, darunter auch die bewusste Fahrlässigkeit und der bedingte Vorsatz, außerdem wird die Begehung einer Tat in alkoholisiertem Zustand genannt.

Laut dem Entwurf sollte der Versuch bestraft werden, also jene strafbare Handlung, an deren Vollendung der Täter durch einen von ihm nicht beabsichtigten Umstand oder ein Hindernis gehindert wurde. Für einen Versuch sollte nur die Strafe für eine vorsätzliche Handlung verhängt werden. Der Anstifter sollte laut dem Entwurf dieselbe Strafe erhalten wie der Täter. Als Anstifter sei zu betrachten, wer einen anderen mündlich oder schriftlich klar und direkt zur Begehung der Straftat aufgefordert und bewegt habe, wer einen anderen „mit einem Lohn oder einer Belohnung“ zur Begehung der Straftat „verführt“ habe, wer einen anderen mit Gewalt oder durch Drohen zur Begehung gezwungen habe, und schließlich, wer einer von ihm abhängigen Person die Begehung einer Straftat befohlen habe.

Als Ausschlussgrund für die Zurechnung sollten laut dem Entwurf gelten: Irrsinn (wenn der Täter aufgrund seines Geisteszustandes nicht in der Lage ist, die Strafbarkeit seiner Handlung einzusehen), Krankheitszustand (mit der Geisteskrankheit verwandte Krankheiten, jedoch nur in Bezug auf die Taten, die in einem solchen Zustand begangen werden), Zwang und Bedrohung, äußerste Not und Notwehr. Die Fälle der Notwehr („schuldlose Selbstverteidigung“) werden in einem gesonderten Abschnitt genannt (§ 74). Demnach sollte die Selbstverteidigung mit ansonsten unzulässigen Mitteln gegen alle tätlichen und gewaltsamen Angriffe zulässig sein, die gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder die Ehre der angegriffenen Person gerichtet waren, ebenso gegen Gewalt, die ihr Vermögen gefährdete, und gegen Personen, die unrechtmäßig in den Hof, das Haus oder die Wohnung eines anderen eindringen. Allerdings überschreite die in Notwehr handelnde Person die Grenzen ihres Handelns, wenn sie ohne triftigen Grund vorsätzlich härtere Mittel einsetze, als für ihren Schutz erforderlich seien.

Die Verfasser haben die seelische Lage des Angegriffenen ausführlich analysiert und führen schließlich aus, dass er auch dann

nicht der Zurechnung unterliegt, wenn er die gesetzlich vorgegebenen Grenzen der Notwehr nur deshalb überschritten hat, weil er infolge der durch den Angriff ausgelösten Angst oder des durch den Angriff ausgelösten Schreckens so verstört war, dass er weder in der Lage war, ein zur Abwehr der drohenden Gefahr geeigneteres Mittel zu ersinnen, noch dazu, das Maß seiner Verteidigung abzuwägen. Natürlich sollten die Garantien bezüglich der Notwehr nicht nur für die Selbstverteidigung im engeren Sinne gelten, sondern auch demjenigen zustehen, der anderen beistand. Als Altersgrenze für die Strafbarkeit wurde in dem Entwurf das 12. Lebensjahr vorgeschlagen, mit dem Zusatz, dass jüngere Kinder von ihren Eltern oder Erziehern zu züchtigen seien.

Unter den verschärfenden Umständen bezüglich der Zurechnung wurden folgende genannt: gründliche Vorbereitung, niedere Beweggründe, bei der Begehung an den Tag gelegte Standhaftigkeit, Heimtücke und Vermessenheit, eine enge Beziehung zum Geschädigten, ein großer Kräfteunterschied zwischen dem Täter und dem Geschädigten, Vertrauensmissbrauch, großer Schaden infolge der Tat. Mildernd sollte sich hingegen auswirken: wenn der Täter getäuscht worden war, wenn der Geschädigte den Täter gereizt hatte, wenn der Täter versucht hatte, seine Mittäter von der Begehung schwererer Straftaten abzuhalten, wenn sich der Täter freiwillig gestellt hatte (noch bevor die Straftat entdeckt worden war) oder während des Verfahrens tätige Reue zeigte, wenn er das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, wenn er den verursachten Schaden erstattete, wenn er die Tat bei einer leichteren Form der Geisteskrankheit begangen hatte. Trunkenheit sollte sich nur dann mildernd auswirken, „wenn der Täter, als er die Tat beging, so stark betrunken war, dass er nicht ganz bei Sinnen war, und abweichend von seiner Gewohnheit und ungewollt betrunken geworden war; denn wenn das Trinken auch sonst seine Gewohnheit war oder er gezielt und unmittelbar alkoholische Getränke zu sich genommen hat, um sich noch mehr zu der Straftat anzuspornen, wird sich die Trunkenheit bei der Zurechnung nicht mildernd auswirken“ (§ 83).

Im Zusammenhang mit der Bestimmung des Strafmaßes wird in dem Entwurf ein bemerkenswertes Detail geregelt: Die Folterungen, die der Rechtsbrecher vom Geschädigten oder als Rache

von dessen Kameraden erlitten hatte, sowie die Haft, die der Beschuldigte bis zum Urteil erduldet hatte, sollten auf die Strafe angerechnet werden. Der Regelung der Rückfälligkeit hatte man in dem Entwurf ebenfalls ein eigenständiges Kapitel gewidmet. Darin heißt es, ein Rückfälliger könne höchstens die doppelte Strafe erhalten wie für eine Erstbegehung, jedoch maximal 24 Jahre. Andererseits nennt der Gesetzgeber einzeln die Straftaten, bei denen die Rückfälligkeit an sich zu berücksichtigen sei, und zwar: Fälschen von Geld, Dokumenten und Siegeln, alle Fälle der Tötung eines Fötus oder eines Säuglings, die vorsätzliche Tötung und die Angriffe gegen die körperliche Unversehrtheit, die verschiedenen Fälle der Unzucht, falsche Beschuldigung, Raub, Diebstahl, Erpressung, Veruntreuung und Betrug, Meineid und falsche Zeugenaussage, Amtsmissbrauch sowie Hehlerei und aus Gewinnsucht begangene Fluchthilfe.

Im abschließenden Kapitel des allgemeinen Teils geht es um die Verjährung und die Begnadigung. Bei der Verjährung wird der Schuldige sowohl von der Anklage als auch von der Strafe befreit, wenn er während der Verjährungsfrist keine Straftaten begangen und auch den von ihm verursachten Schaden nach Kräften erstatet hat. Die Verjährungsfrist der öffentlichen Klage (Anklage) beträgt bei Straftaten, für die laut dem Entwurf auch eine lebenslange Gefangenschaft verhängt werden kann, 20 Jahre, in sonstigen Strafprozessen 10 Jahre. Die Verjährungsfrist bei Handlungen, die nur auf Strafantrag bestraft werden können, beträgt 2 Jahre, in bestimmten Fällen (z. B. bei Beleidigung) nur 6 Monate. Die Verjährung beginnt bei vollendeten Straftaten im Moment der Vervollendung, bei Versuchen mit der letzten Täterverhaltensweise.

Die Verjährung der Anklage wird durch jegliche Art von Strafverfahrenshandlung unterbrochen. Wenn das Verfahren aus Mangel an Beweisen erneut unterbrochen wird, beginnt eine neue Verjährung. Das Recht der Begnadigung ist ein Prärogativ des Königs. Eine Begnadigung ist nur nach dem Urteil des Gerichts zulässig, den Regeln entsprechend kann sie das Verfahren also nicht aufhalten. Ausnahmen sind diesbezüglich die Majestätsbeleidigung und Rechtsverletzungen durch Ausdrücke, die die Person des Königs beleidigen – bei diesen kann das Verfahren selbst eingestellt werden.

BESONDERER TEIL

Ich komme kurz auf die in dem Entwurf geregelten Straftaten zu sprechen. Es ist als Lösung einer sehr wichtigen und im Wesentlichen als allgemein zu betrachtenden Frage durch den Entwurf zu betrachten, dass er bei den einzelnen Straftaten ausschließlich die verhängbare Höchststrafe als Mindestmaß angibt. Dadurch kann der Richter die unterste Stufe der für das betreffende Delikt bestimmten Strafart nach seinem Ermessen festlegen und frei anwenden.

Die liberal-individualistische Anschauung des Entwurfs zeigt sich deutlich darin, dass als Erstes unter den Delikten des besonderen Teils die verschiedenen Fälle des Totschlags behandelt werden. Die Strafe für vorsätzlich begangenen Totschlag (Mord) sollte lebenslange Gefangenschaft sein, wenn er unter qualifizierten Umständen begangen wurde. Solche schwerer zu bewertenden Umstände waren: verwandtschaftliche Beziehung, Gewinnsucht, Auftragsmord, Vergiften, Totschlag, der zum Tod mehrerer Menschen führt, mehrmalige Begehung und Rückfälligkeit. Liege kein solcher qualifizierender Umstand vor, bestehe die Strafe „nur“ in 18 Jahren Gefangenschaft, die wegen einer grausamen Begehung auf 22 Jahre erhöht werden könne. Das Höchstmaß der Strafe für einen im Affekt begangenen vorsätzlichen Totschlag sollte 12 Jahre Gefangenschaft sein, was sich bei Vorliegen verschiedener qualifizierender Umstände bis auf 18 Jahre, bei mit besonderer Grausamkeit begangenen Totschlag an Verwandten auf 22 Jahre erhöhen könne. Bei dem sogenannten vollendeten Versuch dieser Straftaten sollte eine Strafe von höchstens zwei Dritteln des gesetzlichen Höchstmaßes verhängt werden. § 130 behandelt einen interessanten Fall: das Töten auf Verlangen. Für jemanden, der einen anderen auf dessen Wunsch tötete oder zum Selbstmord überredete (vorausgesetzt, der Tod trat innerhalb von 30 Tagen ein), war eine Gefangenschaft von 4 Jahren vorgesehen, bei einem vollendeten, aber erfolglosen Versuch die Hälfte davon.

Es ist eine auffällige systematische Lösung des Entwurfs, dass der Kindermord – anders als im deutschen und im österreichischen Gesetz (wobei die „*Josephina*“ hier eine Ausnahme bildet) – nicht als eigenständiges Delikt, als Delikt *sui generis*, geregelt wird,

sondern lediglich als ein Fall des Totschlags. Am schwersten wird der Tatbestand bewertet, wenn die Mutter die Tötung ihres Neugeborenen im Voraus geplant hat, dann beträgt die Strafe laut dem Entwurf 10 Jahre Gefangenschaft, wenn sie die Tötungsabsicht erst bei der Geburt entwickelt hat, 5 Jahre. Voraussetzung sollte sein, dass das Kind aus einem „unehelichen Bett“ stammte und seit der Geburt höchstens 3 Tage vergangen waren. Man sieht, dass die Tötung eines Säuglings als privilegierter Tatbestand behandelt wurde, jedoch nicht für wichtig genug erachtet wurde, um in einem gesonderten Tatbestand behandelt zu werden. Demgegenüber wurde der Abtreibung der Leibesfrucht (*abortus*), die (ungeachtet dessen, ob sie von der Mutter, einem Arzt oder einem anderen Außenstehenden begangen wurde) mit 3, im Falle einer verheirateten Frau 4 Jahren Gefangenschaft bestraft werden sollte, ein eigenes Kapitel gewidmet. Und wenn bei einer von einem Außenstehenden vorgenommenen Abtreibung auch die Schwangere starb, wurde der Verantwortliche wie für vorsätzlichen Totschlag zur Verantwortung gezogen. Die ausführliche Behandlung des „*abortus*“ in einem eigenen Kapitel belegt die Ansicht, dass diese Handlung in Ungarn bereits Mitte des 19. Jahrhunderts eine besonders hohe Kriminalität repräsentierte, die intensiv bekämpft werden musste, was der Gesetzgeber auch auf diese Weise zum Ausdruck bringen wollte. Im nächsten, ebenfalls eigenständigen Kapitel geht es um die Kindesaussatzung. Ihre Strafe sollte davon abhängen, wie es dem Kind ergangen war. Wenn es unversehrt geblieben war, betrug sie 1 Jahr Gefangenschaft, wenn nicht, 2 Jahre, und wenn es gestorben war, 4 Jahre.

Entsprechend den ungarischen dogmatischen „Traditionen“ enthält der Entwurf eine sehr schöne und nuancierte Regelung der Straftat der Körperverletzung. Die Strafe für schwere Körperverletzung mit Todesfolge betrug 4 Jahre Gefangenschaft. Wenn der Delinquent eine Verstümmelung oder den Verlust von Sinnesorganen verursacht hatte oder dem Geschädigten eine Verletzung zugefügt worden war, deren Heilung länger als 3 Monate dauerte, betrug die Strafe 3 Jahre; schließlich war das Höchstmaß 2 Jahre, wenn ein Knochenbruch oder ähnliche schwere Verletzungen auftraten. In einem eigenen Kapitel, aber in engem Zusammenhang mit der

Körperverletzung behandelt der Entwurf eine der häufigsten „ungarischen“ Arten von Straftaten, die Prügelei. Die Umstände der überwiegend in Kneipen begangenen Taten und die konkreten Tatbestände waren gewöhnlich ziemlich verworren und sehr schwer zu rekonstruieren, der Ausgang war jedoch nicht selten tödlich. Auch deshalb war eine entschiedene und zugleich flexible Regelung dieses Delikts erforderlich. Es wurde als allgemeine Aussage festgehalten, dass der Täter, sofern es bei der Prügelei zu einem Todesfall käme, nach den allgemeinen Regeln für Mord oder Totschlag bestraft würde. Die Regelung des häufigsten Falles sieht folgendermaßen aus: Wenn der Geschädigte stirbt, ohne dass festzustellen ist, wer ihm die tödliche Verletzung beigebracht hat oder die Gesamtheit der Verletzungen zum Tode geführt hat, kommen die Regeln für die fahrlässige Tötung zur Anwendung, laut welcher die Strafe höchstens 4 Jahre Gefangenschaft betragen kann.

In logischer Hinsicht ist auch das Duell unter diese Art von Delikten einzuordnen. Die Verfasser des Entwurfs lehnten diese aus dem Mittelalter übriggebliebene, als Bravour verübte Straftat vollkommen ab. Für den Fall, dass die Parteien vereinbart hatten, den Kampf bis zum Tod fortzusetzen, sollte der „Sieger“ als Mörder betrachtet werden; war das nicht der Fall, sollten für die Bewertung die Regeln für den unverschuldeten Totschlag gelten. Für ein Duell, das zum Tode geführt hatte, war auf öffentliche Klage zu bestrafen, ansonsten auf Strafantrag. Insofern wurde hier offensichtlich ein Zugeständnis an die vorherrschende Meinung in Adelskreisen und an die Traditionen gemacht. In mehreren Kapiteln wird die moralische Ordnung behandelt, innerhalb dessen die Straftaten gegen das weibliche Geschlecht. Die Strafe für Notzucht betrug 6 Jahre Gefangenschaft, wenn die Geschädigte jünger als 14 Jahre oder eine Verwandte war, höchstens 10 Jahre. Es ist ein Zeichen für die feinfühligste Dogmatik, dass die vollendete Form der besonders heiklen und in der Praxis sehr unterschiedlich beurteilten Straftat mit beinahe biologischer Genauigkeit beschrieben wird.

Einen eigenen Abschnitt (§ 206) widmete man einem Tatbestand, der schon fast an Kasuistik grenzte und auch einen gewissen Humor birgt: „Wer eine Frau dadurch zur Vollendung des Geschlechtsverkehrs außerhalb der Ehe bewegt hat, dass er sich

heimtückisch als Ehemann ausgegeben hat, kann mit Gefangenschaft bis zu 1 Jahr bestraft werden“. Die „uralte ungarische“ Form der Eheschließung, der Frauenraub, wurde seit Stephan dem Heiligen durch das Gesetz konsequent bestraft, und so sieht es auch der Entwurf vor. Während jedoch der Frauenräuber im Dekret des heiligen ungarischen Königs einen Vergleich mit den Eltern des Mädchens schließen konnte, wird das Delikt hier genauso bewertet wie Menschenraub. Voraussetzung ist allerdings, dass sich die Frau wehrt. Geschah die Straftat mit der Zustimmung der „Geschädigten“, und vor allem dann, wenn die Parteien eine Ehe eingingen, sollte diese Handlung keine Straftat sein.

Wer in böser Absicht zum Bigamisten wurde, musste mit einer Gefangenschaft von bis zu 3 Jahren rechnen. Eine Strafe wurde auch für Ehebruch angedroht: Im schwerwiegendsten Fall, wenn beide Beteiligten verheiratet waren (*adulterium duplex*), betrug die Strafe 6 Monate Gefangenschaft. Diese Straftat konnte jedoch ausschließlich auf Beschwerde des Ehepartners verfolgt werden, und wenn dem Schuldigen verziehen wurde – durch Worte oder durch konkludentes Verhalten, musste das Verfahren sofort eingestellt werden.

Bei der Regelung der Vermögensdelikte sticht der Diebstahl hervor. Im Sinne der liberalen Auffassung waren dafür deutlich humanere Strafen vorgesehen als im ständischen Strafrecht. Die Bewertung der Delikte folgte zwei Hauptkriterien: Es wurde zwischen dem einfachen Diebstahl und den qualifizierten Formen unterschieden. Beim einfachen Diebstahl hing die Differenzierung ausschließlich vom Wert des entwendeten Wertgegenstandes ab: Die Strafe sollte bei einem entwendeten Wert von weniger als 10 Forint 6 Wochen Gefangenschaft, bei einem Wert zwischen 10 und 50 Forint 1 Jahr Gefangenschaft, bei einem Wert zwischen 50 und 300 Forint 3 Jahre Gefangenschaft und schließlich bei einem Wert von mehr als 300 Forint höchstens 5 Jahre Gefangenschaft betragen. Entsprach die Begehung einer qualifizierten Form, sollte die Strafe auch bei einem Wert von weniger als 10 Forint schon auf bis zu 1 Jahr und bei einem Wert von mehr als 300 Forint bis auf 8 Jahre erhöht werden können.

EPILOG

Die rechtsgeschichtliche Bedeutung der über Jahrhunderte andauernden Arbeiten der Kommissionen besteht in der Grundlegung. Aus politik- und gesellschaftsgeschichtlicher Sicht trifft es vielleicht zu, dass die mit viel Mühe erarbeiteten Gesetzesentwürfe „im Schatten“ geblieben sind und in ihrer jeweiligen Zeit wenig Resonanz gefunden haben, doch der Rechtshistoriker sieht auch noch etwas anderes. Er sieht auf der Grundlage eines Systemdenkens penibel formulierte und oftmals durchdiskutierte Entwürfe, die zu Ecksteinen geworden sind. Sie sind die Vorarbeiten für die ungarische Gesetzgebung, die im 19. Jahrhundert bereits europäisches Niveau erreicht hatte. Dadurch, dass sie unvollendet geblieben sind, berichten sie eher über die wechselvollen Zustände der ungarischen Politik denn über die vermutete Rückständigkeit ihres Inhalts. Ohne die Arbeiten der Regnicolardeputationen im 18. und 19. Jahrhundert wären wir nicht nur ärmer, sondern es würde auch ein belastbares Fundament fehlen, auf dem sich das gewaltige Gebäude des modernen ungarischen Rechtsstaates erhebt.

LITERATUR

- Adalékok a hazai jogtudomány történetéhez [Beiträge zur Geschichte der ungarischen Rechtswissenschaft]. Budapest 1878.
- A Négyeskönyv büntetőjogi elvei [Die strafrechtlichen Grundsätze des Quadripartitum]. Budapest 1936.
- Angyal, Pál – Degré, Alajos: A XVI–XVII. századi erdélyi büntetőjog vázolata (Angyal Szeminárium Kiadványai 49) [Abriss des siebenbürgischen Strafrechts im 16. und 17. Jahrhundert (Veröffentlichungen des Angyal-Seminars)]. Attila-Nyomda Részvénytársaság, Budapest 1943.
- Balogh, Elemér: Die ungarische Strafrechtskodifikation im 19. Jahrhundert. (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen 12) LIT Verlag: Münster 2010.
- Beccaria, Cesare: A bűnökről és a büntetésekről [Über Straftaten und Strafen]. Országos Pedagógiai Könyvtár és Múzeum, Budapest 1989.
- Bibó, István: Az 1790/91:67. tc. és az 1825/27:8., 9. és 15. tc. alapján létrejött rendszeres regnikoláris bizottságok kiadványainak bibliográfiája

- [Bibliographie der Veröffentlichungen der auf der Grundlage des Gesetzes Nr. 67 von 1790/91 und der Gesetze Nr. 8, 9 und 15 von 1825/27 eingerichteten Regnicolardeputationen]. Országgyűlési Könyvtár kiadása, Budapest 1977.
- Bónis, György: A magyar büntetőtvénykönyv első javaslata 1712-ben. (Angyal Szeminárium kiadványai 26) [Der erste Vorschlag für das ungarische Strafgesetzbuch im Jahr 1712 (Veröffentlichungen des Angyal-Seminars 26)]. Budapest 1934.
- Bónis, György: Hajnóczy József [József Hajnóczy]. Budapest 1954.
- Bónis, György – Degré, Alajos – Varga, Endre: A magyar bírósági szervezet és perjog története [Geschichte des ungarischen Gerichtswesens und des ungarischen Prozessrechts]. 2., erweiterte Auflage, Zalaegerszeg 1996.
- Bónis, György: Szentszéki regeszták. Iratok az egyházi bíraskodás történetéhez a középkori Magyarországon [Regesten des Heiligen Stuhls. Unterlagen zur Geschichte der kirchlichen Rechtsprechung im mittelalterlichen Ungarn]. Acta Jur. et Pol. Tomus LI., Fasciculus 1. Szeged 1997.
- Bónis, György: Hűbériség és rendiség a középkori magyar jogban [Lehnswesen und Ständewesen im mittelalterlichen ungarischen Recht]. Kolozsvár [heute Cluj-Napoca], o. J. Neuere Ausgabe: Osiris, Budapest 2003.
- Both, Ödön: Reform és forradalom. Egybegyűjtött írások Magyarország alkotmány- és jogtörténetéből 1790–1849 (A Pólay Elemér Alapítvány Könyvtára 26) [Reform und Revolution. Gesammelte Schriften aus der Verfassungs- und Rechtsgeschichte Ungarns 1790–1849 (Bibliothek der PólayElemér-Stiftung 26)]. Pólay Elemér Alapítvány, Szeged 2009.
- Csatskó, Imre: Büntetésjogi elméletek, tekintettel a büntetés fajaira, különösen a halálbüntetésre [Strafrechtliche Theorien, unter Berücksichtigung der Arten der Strafen, insbesondere der Todesstrafe]. Wien 1843.
- Degré, Alajos: A Négyeskönyv perjogi anyaga (Illés Szeminárium Kiadványa 3) [Das prozessrechtliche Material des Quadripartitum (Veröffentlichung des Illés-Seminars 3)]. Budapest 1936.
- Eckhart, Ferenc: Magyar alkotmány- és jogtörténet [Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte]. Politzer Zsigmond és fia jogi könyvkereskedés kiadása, Budapest 1946.
- Fayer, László: Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye [Materialsammlung der strafrechtlichen Vorschläge von 1843]. Budapest 1900.
- Gábor, Gyula: A pesti királyi ítélőtábla felállítása és szervezése. (Magyar Jogászegyleti Értekezések, Új Folyam, XV. kötet, 86. füzet) [Die

- Einrichtung und die Organisation des Pester königlichen Tafelgerichts (Abhandlungen des Ungarischen Juristenvereins, Neuer Jahrgang, Bd. 15, Heft 86)]. Budapest 1925.
- Gochetz, Gábor: *Systema Praxis Criminalis*. 2. Auflage, Kolozsvár [heute Cluj-Napoca] 1763.
- Györgyi, Kálmán: *Mittermaier und der ungarische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1843. Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio Juridica, Tomus XXX*. Budapest 1989.
- Hajdu, Lajos: *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet [Der erste Entwurf eines ungarischen Strafrechtskodexes (1795)]*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1971.
- Hajnik, Imre: *A magyar bírósági szervezet és perjog az Árpád és vegyesházi királyok alatt [Das ungarische Gerichtswesen und das ungarische Prozessrecht unter den Königen aus dem Hause der Árpáden und den Königen aus verschiedenen Häusern]*. Budapest 1899.
- Horváth, Tibor: *Szemere Bertalan és a reformkor büntetőjogi gondolkodása [Bertalan Szemere und das strafrechtliche Denken im Reformzeitalter]*. In: Ruszoly, József (Hrsg.): *Szemere Bertalan és kora [Bertalan Szemere und seine Zeit]*. Miskolc 1991, Bd. 1.
- Kertész, Manó: *Szokásmondások. Nyelvünk művelődéstörténeti emlékei [Redensarten. Kulturgeschichtliche Denkmäler im Ungarischen]*. 1922.
- Közönséges törvény a' vétkekről és azoknak büntetésekről [Allgemeines Gesetz über die Straftaten und ihre Strafen]. Budán, A' Királyi Akadémiának betűivel: 1788. Faksimileausgabe: Magyar Mercurius Kiadó, Budapest 2009.
- Molnár, Imre: *Ius criminale Romanum. Tanulmányok a római jog köréből (A Pólay Elemér Alapítvány Könyvtára 45) [Ius criminale Romanum. Abhandlungen zum römischen Recht (Bibliothek der Pólay-Elementer-Stiftung 45)]*. Pólay Elemér Alapítvány, Szeged 2013.
- Pauler, Tivadar: *Büntetőjogtan [Strafrechtslehre]*. Budapest 1871.
- Réti, Illés Elemér: *A büntetőjog kodifikációjának első kísérletei Magyarországon. Kollonics javaslata és a Novum Tripartitum (Angyal-Seminárium kiadmányai 2) [Die ersten Versuche einer Kodifikation des Strafrechts in Ungarn. Der Vorschlag von Kollonics und das Novum Tripartitum (Veröffentlichungen des Angyal-Seminars 2)]*. Budapest 1916.
- Szemere, Bertalan: *A büntetésről és különösen a halálbüntetésről [Über die Strafe und insbesondere die Todesstrafe]*. Buda 1841.
- Szokolay, István: *Büntető jogtan a codificatio és tudomány legújabb elvei szerint, különösen bíráink s ügyvédeink számára [Strafrechtslehre nach*

- den neuesten Grundsätzen der Kodifikation und der Wissenschaft, insbesondere für unsere Richter und Rechtsanwälte]. Pest 1848.
- Trócsányi, Zsolt: Wesselényi Miklós hűtlenségi pere [Miklós Wesselényis Verratsprozess]. Helikon Kiadó, Budapest 1986.
- Vuchetich, Mátyás: Institutiones Iuris Criminalis Hungarici. Buda 1819.
- Werbőczy, István: Tripartitum. Franklin Társulat, Budapest 1897.

WISSENSTRANSFER AUF DEM GEBIET DER STRAFRECHTSKODIFIKATION

1. EINFÜHRUNG

Wissenstransfer gab es bereits im Mittelalter, besonders auf eine spontane, indirekte Weise, betrachtet man etwa, wie sich der Inhalt der Rechtsbücher in Europa entfaltete. Abgesehen von der Peregrination an Universitäten, war die Richtung ganz eindeutig: Die Rechtsnormen orientierten sich in der Regel in Richtung Osten. Im Mittelalter lag dies im Allgemeinen darin begründet, dass die deutschsprachigen Siedlungen in Ost-Mitteleuropa natürlich dasselbe Recht benötigten, die das Heimatland bzw. die heimatlichen Städte angewandt hatten.¹ Ein wichtiges Element stellte also der handelsrechtliche, materielle Hintergrund dar.

Ein anderes Gebiet des Wissenstransfers war damals die intensive Verbreitung des römisch-kanonischen Rechts, vor allem in der Tätigkeit der geistlichen Gerichte. Darüber gibt es eine relativ schmale, aber umso wichtigere Literatur, vor allem dank der Forschungen György Bónis', doch sind hier in heutiger Zeit auch Péter Erdő und Anselm Szuromi zu nennen. Ich möchte im Rahmen dieses Beitrags nur ein einziges Element herausheben: die bahnbrechende Wirkung des kanonischen Rechts im damaligen Europa. Das mittelalterliche Ungarn hatte sich Richtung Südeuropa orientiert. Der Kontakt zwischen Italien und Ungarn gestaltete sich derart intensiv, dass es nicht selten vorkam, dass sogar ausländische, meist aus Italien eintreffende Rechtsgelehrte in Gran/Esztergom (manchmal aber auch in anderen Konsistorien) zum Vikar

¹Cf. Projekt „Das sächsisch-magdeburgische Recht als kulturelles Bindeglied zwischen den Rechtsordnungen Ost- und Mitteleuropas“ unter Leitung von Prof. Dr. Heiner Lück, im Auftrag der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig.

ernannt wurden (Bónis 1975: 181–198). Vikar zu sein, bedeutete in der zeitgenössischen europäischen Gerichtsbarkeit südlich der Alpen, das Richteramt in einem Konsistorium innezuhaben. Das heißt in diesem Fall, dass im mittelalterlichen Ungarn das höchste geistliche Richteramt nicht von einem Ungarn, sondern von ausländischen Personen ausgeübt wurde.

Internationalität auf dieser intellektuellen Ebene verstand sich damals von selbst. Im Hintergrund stand natürlich dieselbe römische Kirche, die einen Anspruch auf das ganze christianisierte Europa offenbarte, und die Ebene dieses Machtanspruchs war der Transfer des römisch-kanonischen Rechts. Wichtig dabei ist, dass es nicht bloß um die Vertretung eines fremden Rechts ging, sondern um ein wissenschaftlich hochqualifiziertes Niveau. Im wichtigsten ungarischen Konsistorium besetzten den richterlichen Stuhl fast ausnahmslos *doctores decretorum*, und unter ihnen zahlreiche Italiener: Leonardus de Pensauero, Antonius de Ponto, Mattheus de Vicedominis aus Piacenza bekleideten dieses Amt ein Vierteljahrhundert lang unter der Regierung von König Sigismund; später Simon de Traviso (Erzbischof von Antivar), Ludovicus Borsi (Bischof von Aquilea) etc.

In der frühen Neuzeit erlangte allerdings ein ganz neuer Gesichtspunkt Bedeutung: die Staatsraison, d. h., anstatt der Kirche hatte die weltliche Macht auf nationaler Ebene die Initiative ergriffen. Der neuzeitliche Staat fing an, das gesamte gesellschaftliche Leben stufenweise – vor allem durch Rechtsregeln – unter Kontrolle zu nehmen. Er besaß im Vergleich zu seinem mittelalterlichen Vorbild eine absolutistisch regierte und weitgehend institutionalisierte Struktur. Da es sowohl reichlich materielle als auch intellektuelle Kapazitäten gab, setzte auf dem Gebiet des Rechts ein Prozess ein, allgemeine Ordnung zu schaffen, Kodifikationen vorzunehmen. Das wichtigste Merkmal der neuzeitlichen Kodifikation war eine systemorientierte Herangehensweise. All das führte, historisch gesehen relativ schnell zur Herausbildung der Rechtsdogmatik, so auch der Strafrechtsdogmatik.

2. DIE DOGMATIK DER STRAFRECHTLICHEN LEGISLATION

Von Strafrechtsdogmatik, oder noch allgemeiner: von Strafrechtswissenschaft zu sprechen, ist geschichtlich gesehen ein relativ neues Phänomen. Im Mittelalter verstand man unter *iurisprudentia* eigentlich zwei Sachen: Zivilrecht und Kanonisches Recht. Auch Dokortitel konnten anfangs nur in diesen beiden (Rechts)Gebieten verliehen werden: *doctor decretorum* und *doctor legum*, oder im Falle von beidem: *doctor iuris utriusque*. Mit dem Strafrecht beschäftigte man sich weitgehend nicht als Gegenstand rechtswissenschaftlichen Interesses. Erst die Neuzeit verfolgte eine radikal neue Annäherung und versuchte Schritt für Schritt, die Rechtsinstitute sowie die Struktur des Strafrechts herauszuarbeiten, wie es auch in Ungarn der Fall war.

Die Untersuchung der Strafrechtsdogmatik ist deshalb aufschlussreich, weil der Aufbau der legislatorischen Entwürfe auch den Entwicklungsstand des zeitgenössischen Rechtsdenkens widerspiegelt. Die Dogmatik besitzt an sich also im Allgemeinen keine selbstständige kreative Kraft, kann aber als ein zuverlässiges Indiz zur Untersuchung der Strafrechtswissenschaft betrachtet werden.

3. DER UNGARISCHE „VORMÄRZ“

Was man in der deutschen historischen/rechtshistorischen Literatur unter Vormärz versteht, bedeutet in Ungarn – auch zeitlich – eine weitgehend ähnliche Epoche, nämlich jene der gesellschaftlichen Modernisierung vor 1848, d. h. die sogenannte Reformzeit, die besonders aus rechtsgeschichtlicher Sicht in einem weiteren Sinne zu verstehen ist (1790–1848). Diese Annäherung ist also insbesondere für die Betrachtung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung mit besonderer Hinsicht auf das Strafrecht zutreffend. Der Umbruch der damaligen ungarischen Gesellschaft, die auf der Ständeordnung basierte, spielte sich in rechtlichem Rahmen ab. Dafür gab es meh-

rere Ursachen. Völkerrechtlich und verfassungsrechtlich gesehen gehörte Ungarn von 1526 bis 1918 zur Habsburgermonarchie.²

Dieses Verhältnis war zwar nicht problemlos, doch kann man aus heutiger Sicht offen sagen, dass die österreichischen Herrscher die ungarische ständische Verfassung in der Regel akzeptierten. Das ungarische Königreich gehörte eigentlich nie zu den sog. Österreichischen Erbländern, sodass Ungarn stets nach seinen eigenen Rechtsquellen leben konnte. Wien war nicht immer gegen die Modernisierung des Landes, sondern es gibt ganz im Gegenteil eine Reihe von Beispielen, bei denen fortschrittliche Gesetzesvorschläge der Könige an der Opposition der ungarischen Stände scheiterten. Die Zeit des ungarischen Vormärz galt auch im Abendland als eine sehr bewegte Epoche, die hiesige Besonderheit aber war, dass alle Probleme im Rahmen der österreichischen Monarchie gelöst werden mussten. Die unvermeidbaren Fragen der gesellschaftlichen, politischen, aber auch der wirtschaftlichen Entwicklung wurden rechtlich formuliert, weil die erwähnte Beziehung zwischen Wien und den ungarischen Ständen diese Art der Kommunikation bevorzugte. Das Leben des Landes war teils durch Gesetze, teils durch das Gewohnheitsrecht geregelt. Beide Rechtsquellen waren legitim, jedoch konnte die Politik nur über Erstere verfügen. In der Rechtspflege herrschte in der Regel das Gewohnheitsrecht, doch kamen praktikable und nützliche Gesetze selbstverständlich ebenfalls zur Anwendung. Das zeitgenössische ungarische Rechtsquellen-system wies zahlreiche Lücken auf und wandte oft sowohl veraltete³ als auch ausländische

²Das Anfangsdatum ist einigermaßen fraglich, jedoch ist es eine Tatsache, dass die ungarischen Parteien nach der katastrophalen Niederlage gegen die Osmanen bei Mohács (29. August 1526) einen eigenen, also insgesamt zwei Könige gewählt hatten. Die Mitglieder des mittleren Adels hatten Johannes von Zapolya gewählt, die Witwe des in der Schlacht verstorbenen Königs und der sog. *nádor* (in der ungarischen ständischen Verfassung der zweite Mann nach dem König, der allein das Recht besaß, einen Reichstag zur Königswahl einzuberufen) aber hatten auf dem Reichstag in Pressburg (17. Dezember 1526) Ferdinand von Habsburg auf den Thron erhoben.

³Die ungarischen Gerichte konnten im Prinzip seit der Herrschaftszeit des Heiligen Stephan (1000) alle Gesetze anwenden, bevorzugten aber in der Neuzeit das Rechtsbuch von István Werbőczy (*Opus Tripartitum juris consuetudinarii inclyti regni Hungariae partiumque eidem annexarum*, 1514), in dem

Rechtsquellen⁴ an. Daneben gab es für die richterliche Willkür weiterhin einen überaus breiten Spielraum.

Diese Situation war besonders im Hinblick auf das Gebiet des Strafrechts bedauerlich. Die ungarische Strafrechtspflege funktionierte auch in der Neuzeit noch nach dem Muster des späten Mittelalters. Das Strafrecht war weder materiell- noch verfahrensrechtlich kodifiziert worden. Das bedeutendste Rechtsbuch von István Werbőczy (*Tripartitum*, 1514) umfasste im Wesentlichen nur so viele strafrechtliche Artikel, wie zum Verstehen des adeligen Privatrechts unbedingt nötig waren. In dieser Rechtsquelle ging es aber praktisch gar nicht um ein allgemeines, öffentlich-rechtliches Strafrecht, das die hauptsächliche Entwicklungslinie darstellte. Die Gerichte hatten ihre Urteile im Allgemeinen nach eigener Überzeugung und solchen Rechtsquellen zu fällen, die anwendbar schienen. Es ging hier aber um Menschenleben, und somit war es keineswegs gleichgültig, dass die Gerichtspraxis in einem sonst ganz einheitlichen Staat die Tatbestände sehr unterschiedlich beurteilte.

Die Rechtseinheit war vor allem im Strafrecht auch für die (Wiener) Regierung wegen der allgemeinen Sicherheit außerordentlich wichtig, weshalb es vonseiten des Königs⁵ wiederholt zu Initiativen zur Schaffung eines Strafgesetzes kam. Gegen diese königlichen *propositiones* entstand oft eine spontane Opposition, und dies allein aus dem Grund, weil sie aus Wien, von fremden Beratern kamen. Die Strafrechtsreform war dennoch ein politisch weitgehend neutrales Gebiet, auch wenn die Kodifikation trotz allem sehr langsam voranging.

praktisch das gesamte Gewohnheitsrecht (vor allem: das adelige Privatrecht) zusammengefasst war. Dieses Werk galt bis 1848 als die 'Bibel des Adels'.

⁴Auf dem Gebiet des Strafrechts ist von diesen die bekannteste die Landgerichtsordnung für Österreich unter der Enns Ferdinands III. (*Ferdinanda*, 1657).

⁵Nach der ungarischen Verfassung konnten die Gesetze zwar durch die Zusammenarbeit des Königs und der Stände (des Reichstages), jedoch ausschließlich in den vom König vorgelegten Sachen verfasst werden. Einen Gesetzesvorschlag (*propositio*) konnte also nur der König vorlegen, die Deputaten (*ablegati*) konnten bloß Bitten (*postulata*) einreichen.

4. STRAFRECHTSSTRUKTUR AUF MITTELALTERLICHER BASIS

Nach dem Rechtsdenken im Mittelalter handelt es sich beim Strafrecht nicht um eine Sache, die tauglich und würdig wäre, sie wissenschaftlich zu studieren. Für den damaligen Staat war nur wichtig, dass die Missetäter bestraft wurden (*ne crimina remaneant impunita*), und denselben Anspruch verfolgte auch der absolutistische Staat. Die rechtliche Grundlage war nicht so wesentlich, da die Übeltäter sich durch ihre Verbrechen sowieso über das Gesetz hinweggesetzt hatten. Eine gewisse prinzipielle Annäherung ist dem *Tripartitum* trotzdem zu entnehmen: Der Verfasser teilt die *crimina* nämlich nach den Bestrafungsarten in Gruppen ein. Das zeigt eine praktische Vernunft und zugleich eine gewisse Systematisierung. Solche Gruppen waren etwa Treulosigkeit (*nota infidelitatis*), Gewalttaten (*actus maioris vel minoris potentiae*), Ehrlosigkeit (*infamia*), böswillige Prozessführung (*calumnia*) etc. In all diesen Gruppen fanden sich gleiche Strafen, z. B. bei Treulosigkeit eine konjunktive Sanktion, d. h. die Enthauptung des Verurteilten und die Beschlagnahmung seines Vermögens.

In diesem Strafrecht findet man kaum sog. allgemeinrechtliche Bestimmungen. Es lässt sich aber festhalten, dass einige wichtige Distinktionen wie etwa Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Strafzumessung realisiert wurden. Ein charakteristisches Merkmal ist auch, dass die ungarische Gesetzgebung nach dem Scheitern eines frühen Gesetzesvorschlages (1712) nur so viel zur Modernisierung des peinlichen Systems beitragen konnte, dass sich die Anzahl der Tatbestände der Treulosigkeit im Jahre 1723 auf zehn verminderte.

5. ENTWICKLUNG DER UNGARISCHEN STRAFRECHTSDOGMATIK

Die Strafrechtswissenschaft im modernen Sinne ist eine Errungenschaft der neuzeitlichen europäischen Rechtsentwicklung. Auf den Grundlagen des römisch-kanonischen Rechts (*ius commune*) hatte sich der Anspruch im Rechtsdenken herausgebildet, nach dem

auch das Strafrecht dogmatisch geregelt werden sollte. Es gab dazu kein fertiges Vorbild, denn die justinianische Kodifikation blieb die Systematisierung des Strafrechts ebenfalls schuldig. Auch die frühmittelalterlichen germanischen Rechtsbücher (*leges barbarorum*) waren wenig aufschlussreich. Hinsichtlich der ungarischen Entwicklung in der Neuzeit ist die Kenntnis der deutsch-österreichischen Rechtsentwicklung von besonderer Bedeutung.

Das im Mittelalter stärker nach Südeuropa orientierte ungarische Rechtsleben geriet im Rahmen der Habsburgermonarchie unter den weitgehenden Einfluss dieses Rechtskreises – vor allem dank der Habsburger Herrscher –, was als großes rechtsgeschichtliches Glück zu bezeichnen ist, da das deutsche Strafrecht, die Strafrechtswissenschaft zu dieser Zeit – und man könnte auch sagen bis heute –, durch seine charakteristische philosophische Begründung zu einem der entwickelten Zentren der allgemeinen Rechtsentwicklung gehörte.

Diese wirklich ganz neue Dogmatik ging von der Erfahrung der Praxis aus: Das Strafrecht musste vor allem kodifiziert werden. Zudem sollte das Strafgesetz mit dem Anspruch der Allgemeinheit auftreten und den praktischen Erwartungen dienen. Die Dogmatik der ersten sorgfältig systematisierten Gesetze (Halsgerichtsordnungen u. ä.) entsprach eben diesen Bedürfnissen. Die *Carolina* war noch sehr kasuistisch, die Kodices des 17. bis 18. Jahrhunderts spiegelten aber schon eine gründlich überlegte Dogmatik wider. Das wichtigste Merkmal war dabei, dass materielles Recht und Verfahrensrecht noch nicht scharf voneinander getrennt waren und die Regelung beide Gebiete in einem Gesetz behandelte, wobei in der Reihenfolge immer das Verfahrensrecht an erster Stelle stand.

Von den strafrechtlichen Rechtsquellen des deutschen Raums ist für die ungarische Rechtspflege die österreichische „peinliche Landtgerichtsordnung“ (1656), die *Ferdinanda*, die wichtigste, die in der Form einer lateinischen Übersetzung auch in die ungarische Gesetzessammlung (*Corpus Juris Hungarici*) inkorporiert worden war und bis 1844 solcherweise praktisch gültiges Recht blieb. Um ein selbstständiges ungarisches Strafgesetz zu schaffen, hatte der Reichstag 1712 den Entwurf eines Professors der Rechte von der Universität zu Tyrnau behandelt und nach den überliefer-

ten Akten auch akzeptiert; aus dem Vorschlag wurde trotzdem kein Gesetz (Bónis 1934).

Es ist auffallend, wie dieses erste Produkt der ungarischen kodifikatorischen Bestrebungen ihr österreichisches Vorbild nachahmte. Die Dogmatik ist völlig gleich, es gibt aber inhaltlich eine Reihe von selbstständigen Lösungen, die zum einen aus rechtstheoretischer Sicht sehr bemerkenswert sind, zum anderen plastisch zeigen, dass der Autor ganz bewusst auch die tatsächliche Gerichtspraxis und das allgemeine ungarische Gewohnheitsrecht bevorzugte. Dieses Werk ist also als eine Mischung von entwickelter deutscher (fremder) Dogmatik und rückständigem (einheimischem) ungarischen Gewohnheitsrecht zu betrachten.

6. DAS ERSCHEINEN EINER MODERNEN DOGMATIK

Wie bekannt ist, übte das deutsche/österreichische Recht in der Neuzeit einen sehr intensiven Einfluss auf die ungarische Rechtsentwicklung aus. Die ungarischen Strafgesetzentwürfe spiegeln die Dogmatik ihrer ausländischen Vorbilder überaus getreu wider. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts setzte eine allmähliche Umstrukturierung der Dogmatik des Strafrechts ein.

Die Entwicklung der ungarischen Strafrechtswissenschaft ist am besten auch weiterhin an den Beispielen der Strafgesetzentwürfe zu illustrieren. Der erste moderne Entwurf (1795) (Hajdu 1971) entschied sich für eine bemerkenswerte Lösung, indem vor den Gesetzestext (als eine Präambel) allgemeine Prinzipien (*principia*) gestellt wurden. Diese 23 Grundprinzipien können natürlich auch als Vorbild eines allgemeinen Teils angenommen werden, doch gab es dabei einen bedeutenden ‚Schönheitsfehler‘, da die *principia* rechtstechnisch oder kodifikatorisch gesehen außerhalb des Gesetzes standen. Die Rechtskraft dieser Bestimmungen war also zumindest bedenklich, was vor allem bei so wichtigen Fragen eine unvermeidbare Sache war. Die Problematik der Rechtskraft bei den Grundprinzipien war auch in den Augen der nächsten Kommission ein Indiz dafür, diesen inkohärenten

Teil einfach zu streichen.⁶ Dieses Vorgehen wurde damit begründet, dass die allgemeinen Thesen nicht außerhalb des Gesetzes stehen, sondern vielmehr in den Text inkorporiert sein sollten. Die Kodifikatoren hatten also das Problem richtig erkannt, doch schlecht gelöst. Die Richtung hätte nämlich sein müssen, materielles Recht und Verfahrensrecht voneinander zu trennen und zu beiden Rechtsgebieten einen selbstständigen allgemeinen (und besonderen) Teil zu konstruieren.

6.1. Deutsche Vorbilder

Nach der modernen Auffassung: „Die Idee eines sowohl unanfechtbar begründeten als auch lückenlosen und in sich widerspruchsfreien Rechtssystems wirkte bis in die Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts fort, erfuhr dort ihre konsequenteste Ausarbeitung, aber auch eine Art von Gegnerschaft, welche die Hoffnungen auf die Realisierung eines geschlossenen Rechtssystems nachhaltig störte. Diese Hoffnungen haben sich bis auf den heutigen Tag nicht (neu) begründen lassen.“ (Hassemer 1990: Sp388) Das deutsche Strafrechtsdenken und kurz darauf auch teilweise die Gesetzgebung hatten bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts das Modell der modernen Strafrechtsdogmatik entwickelt.⁷ Als das von Paul Jo-

⁶In dem damals gedruckten Entwurfstext der Kommission ist die Argumentation zu lesen: „Tam praefationem, quae alioquin ad essentiam codicis criminalis referri nequit, quam et principia articulis praemissa censemus esse exmittenda, tum ideo, quod illa in ipsis articulis enunciari debeant, et effective etiam passim in iisdem, signanter in proiecto articulo de poenis contineantur, tum quod plura ex iis ad doctrinalem traditionem iuris criminalis potius quam ad codicem criminalem pertineant, et secus etiam incongruum esse videatur ut articuli ad principia tamquam fundamenta extra legem posita semet provocent [...]“ Magyar Országos Levéltár, Archivum Regni N 117. S. 1.

⁷Es lässt sich überaus schwer feststellen, welcher deutsche Gesetzentwurf oder gar welches Gesetz zum ersten Mal nach dem neuen Muster verfasst wurde. Sicher ist, dass Kleinschrod (1762–1824) in seinem im Jahre 1802 publizierten Entwurf bereits eine solche dogmatische Systematisierung angewandt hat. Cf. Rüping, Hinrich: Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., München 1991, S. 73.

hann Anselm von Feuerbach⁸ formulierte, berühmte Strafgesetz für Bayern (1813) geschaffen wurde, war die Konstruktion eigentlich bereits fertig.

Ein namhafter Jurist der damaligen Zeit, Gallus Alois Kleinschrod, Professor der Rechte an der Julius-Maximilian-Universität zu Würzburg, hatte in seinem von Feuerbach so scharf kritisierten „Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalz-bayerischen Staaten“ (Schmidt 1983: 262) (1802) das Kodifikationsmaterial auf eine Weise eingeteilt, wie sie im Großen und Ganzen auch heute gilt. Er stellte in seinem Werk, wenn auch in einem Buch, doch klar voneinander getrennt sowohl das materielle Recht als auch das Verfahrensrecht dar. Der erste Teil befasst sich mit Verbrechen und Strafen (materielles Recht), untergliedert in zwei Abteilungen zu allgemeinen Gesetzen über Verbrechen und Strafen (allgemeiner Teil) sowie zu Verbrechen und Strafen insbesondere (besonderer Teil); der zweite Teil „von Beweisen und dem Verfahren in peinlichen Sachen“ (Verfahrensrecht) ist ebenfalls in zwei Abteilungen eingeteilt: „Von der Natur und Stärke der Beweise und Vermuthungen in peinlichen Sachen“ (allgemeiner Teil) und „Vom gerichtlichen Verfahren in peinlichen Sachen“. Diese Systematik wurde auch in den späteren Entwürfen⁹ und Gesetzen beibehalten, nur die Formulierung und die Klassifikation wurden wesentlich fortentwickelt.

⁸„Das erste wirklich moderne Strafgesetzbuch, hat die gesamte Strafgesetzgebungsarbeit des 19. Jahrhunderts maßgebend bestimmt. Von ihm nimmt die rechtsstaatlich-liberale Epoche der Strafrechtsentwicklung ihren Ausgang. Feuerbachs Geist herrscht für ein volles Jahrhundert.“ Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (im Weiteren: Einführung), Nachdruck der 3. Aufl. Göttingen 1983???, muss hier auch der Verlag stehen?, S. 263. Cf. Kaufmann, Ekkehard: Strafe, Strafrecht (Stichwort), in: ¹HRG 4, Sp. 2025–2027.

⁹Für den ungarischen Strafgesetzentwurf von 1830 sind zeitlich als besonders wichtig der bayerische „Revidierter Entwurf des Straf-Gesetzbuches“ (1827) und ein weiterer „Entwurf des Straf-Gesetzbuches“ (1831) zu erwähnen. Das erste Werk unterteilt die strafbaren Handlungen in drei Gruppen (Verbrechen, Vergehen, schwere Übertretungen), das zweite nur noch in zwei, die Übertretungen hätten also in einem gesonderten Gesetz kodifiziert werden sollen.

6.2. Die Dogmatik des ungarischen Strafrechts nach dem zweiten Gesetzentwurf (1830)

In diesem sehr bescheidenen gesetzgeberischen Versuch, ein vollständiges Strafgesetz zu entwickeln, erfährt man wenig von den Ergebnissen des zeitgenössischen deutschen Rechtsdenkens.

Die ungarischen Kodifikatoren hatten, wie gesagt, die Probe eines allgemeinen Teils des vorigen Entwurfs (1795) abgeschafft, und versuchten dessen Inhalt in den Gesetzestext einzubauen. Der Gesetzentwurf besteht aus drei Teilen: Der erste trägt den Titel *De forma proceduræ*, der zweite *De delictis eorumque poenis* und der dritte *De delictis politicis*. Die ersten zwei Abschnitte beschäftigen sich traditionsgemäß mit dem Verfahrensrecht und materiellen Recht, der dritte mit den Übertretungen. In der Systematik des Werks ist also eine interessante Mischung alter und neuer Dogmatik zu beobachten. Auf der einen Seite ist die veraltete Lösung (Verfahrensrecht und materielles Recht befinden sich in demselben Gesetz, und zwar in dieser Reihenfolge) zu erkennen, auf der anderen Seite erscheint die trichotomische Aufteilung strafbarer Handlungen nach dem Muster etwa des Code pénal, zumindest insofern, als dass auch die sog. Übertretungen inkorporiert wurden. Das erste Beispiel zur Kodifizierung von Übertretungen findet sich in der ungarischen Strafrechtsgeschichte.

Die sprachliche Bezeichnung der Übertretungen ist in den damaligen Texten sehr bemerkenswert; da in Ungarn bis 1844 Latein als Amtssprache galt, verstand es sich von selbst, dass auch die Gesetzentwürfe in dieser Sprache formuliert wurden. Im Lateinischen gab es aber in dogmatisch korrektem Sinne weder einen ursprünglich antiken noch mittelalterlichen oder neuzeitlichen Ausdruck für den strafrechtlichen Begriff der Übertretung. Die Kodifikatoren hatten also eine neue Benennung, einen Fachausdruck: das *delictum politicum* konstruiert. Der dogmatische Aufbau dieses Teils ist ziemlich primitiv. Die Regelung kann weitgehend als kasuistisch bezeichnet werden, eine abstrakte Konzeption fehlt fast völlig. Besonders wichtig ist, dass die durch Vernachlässigung begangenen Tatbestände sehr leicht eine solche Schwere erlangen konnten, dass

sie für Verbrechen oder Vergehen gehalten wurden. Das Verhältnis zwischen Verbrechen und Übertretung war dogmatisch noch keineswegs ausgearbeitet.

6.3. Das System des von Ferenc Deák formulierten Gesetzesvorschlags von 1843

Der nächste kodifikatorische Versuch (Györgyi 1989) blieb nicht bloß ein Entwurf, sondern wurde vom ungarischen Reichstag auch behandelt, jedoch nicht zu Gesetzeskraft erhoben.¹⁰ Es ging dabei eigentlich um drei voneinander unabhängige Gesetzesvorschläge, nämlich: zum materiellen Recht, zum Verfahrensrecht und zum Vollstreckungsrecht. Uns interessiert hier besonders der erste.

Der Vorschlag beruht auf einem bichotomen System, d. h., die strafbaren Handlungen sind in zwei Gruppen gegliedert: Verbrechen und Übertretungen, wobei Letztere nicht in diesen Gesetzen geregelt sind. Unter Verbrechen verstand der Vorschlag alle gesetzwidrigen Handlungen, das Vergehen als solches kannte er also nicht. Diese Lösung schien aus dem Grunde ausreichend, weil der Richter in seiner Ermessensfreiheit einen außerordentlich breiten Spielraum bekommen hätte: Das Gesetz legte für die einzelnen Tatbestände nur das generelle Maximum bei der Strafzumessung fest, das Minimum jedoch nicht. Die fast grenzenlose Milderungsmöglichkeit war in der Hand des Richters ein effektives Mittel, bei konkreten Strafen das *delictum* nuanciert qualifizieren zu können. Das entsprach übrigens der tatsächlichen Praxis: Die ungarische Strafrechtspflege qualifizierte die Verbrechen mangels eines Strafgesetzes nämlich durch spontane Rechtsfindung.

¹⁰Der materiellrechtliche Entwurf wurde von der unteren Tafel des Reichstages bejaht, von der oberen aber zurückgewiesen, vor allem deswegen, weil der Gesetzesvorschlag das Todesurteil als Strafart nicht kannte.

Der materiellrechtliche Gesetzesvorschlag von 1843 vertrat inhaltlich die damals in Deutschland bereits eingehend ausgearbeitete Dogmatik. Der Text war in zwei Abschnitte eingeteilt: in die allgemeinen und die besonderen Bestimmungen der Verbrechen. Im allgemeinen Teil ist hervorzuheben, dass die Todesstrafe und die entehrenden Strafen praktisch abgeschafft werden sollten und den Mittelpunkt des Sanktionensystems die Freiheitsstrafen bildeten. Durch diesen sehr eleganten, weitgehend liberalen Gesetzentwurf, der im Hinblick auf Dogmatik und Inhalt von europäischem Niveau war, wurde die strafrechtliche Grundlage der modernen, bürgerlichen Gesellschaft in Ungarn verwirklicht.

LITERATUR

- Bónis, György (1934): A magyar büntető törvénykönyv első javaslatára 1712-ben [Der erste Vorschlag des ungarischen Strafgesetzbuches im Jahre 1712], Budapest: Angyal-Seminar der Pázmány Péter Katholische Universität.
- Bónis, György (1975): Olasz vikáriusok Magyarországon a reneszánsz korában és a Beneéthy-formuláskönyv [Italienische Vikare in Ungarn zur Zeit der Renaissance und das Formelbuch von Máthé Beneéthy], in: Levéltári Közlemények (1974): Vicari italiani in Ungheria durante il Rinascimento. Rapporti veneto-ungheresi all'epoca del Rinascimento, a cura di Tibor Klaniczay, Budapest, S. 181–193.
- Györgyi, Kálmán (1989): Mittermaier und der ungarische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1843, in: Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Juridica, Tomus XXX, Budapest.
- Hajdu, Lajos (1971): Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet [Der erste (1795) ungarische Strafgesetzbuchentwurf], Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó.
- Hassemer, Winfried (1990): Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Stichwort), in: 'HRG 4, . Berlin: Erich Schmidt Verlag, Sp. 388.
- Kaufmann, Ekkehard (1990): Strafe, Strafrecht (Stichwort), in: 'HRG 4 Berlin: Erich Schmidt Verlag, Sp. 2025–2027.
- Kleinschrod, Gallus Aloys (1802): Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfälzbaierischen Staaten, München: Hübschmann. (Nachdr. Frankfurt am Main 1988).

Rüping, Hinrich (1991): Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., München: C.H. Beck.

Schmidt, Eberhard (1983): Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,

Nachdruck der 3. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

EIN WENIG BEKANNTER STRAFGESETZENTWURF VON 1829/30

Es gab früher eine heftige Debatte in der ungarischen rechtshistorischen Literatur darüber, welcher Strafgesetzentwurf gilt in der heimischen Kodifikationsgeschichte als erster. Zu den allerersten Versuchen gehören besonders die folgenden Rechtsquellen: der Landesorganisationsvorschlag von Lipót Kollonics (1689), ein selbständiger Entwurf über Verbrechen und Sanktionen (1712),¹ sowie das sog. *Novum Tripartitum* (1719). Die ungarische Fachliteratur bewertet aber überwiegend erst den Kommissionsvorschlag von 1795 als wirklich moderner Strafgesetzentwurf, d. h. die früheren aufgezählten werden nur als Versuche betrachtet und so die eigentliche Kodifikation ab dem Jahre 1795 gerechnet.²

Zwei bedeutende ungarische Rechtshistoriker behaupteten und polemisierten miteinander über die Problematik, welcher Entwurf sei der erste. Nach der Meinung Bónis war dieser der Gesetzesvorschlag von 1712, der alle wesentliche Merkmale eines damaligen Strafgesetzes beinhaltet (das war der ungarische *Praxis Criminalis*); demgegenüber Hajdu's Erachtens war es, dass erst das *operatum* von 1795 die Kriterien eines modernen Stragesetzbuches aufzeigte. Es ist nicht die Aufgabe dieses Aufsatzes zu entscheiden, welcher Entwurf verdient besser die Bezeichnung Nummer 1. Man weiss, dass die Genesis eines Rechtsinstitutes immer uncharakteristisch, weil die prägnanten Merkmale bilden sich immer

¹ Bónis György: A magyar büntető törvénykönyv első javaslatja 1712-ben. [Der erste Entwurf zu einem ungarischen Strafgesetzbuch im Jahre 1712] Budapest, 1934.

² Hajdu Lajos: Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet. [Der erste ungarische Strafgesetzentwurf von 1795] Budapest, 1971. [Hajdu]

erst im Laufe der Zeit, folglich die Anfangsphase im allgemeinen unsicher ist, nur sehr wenig plastisch.

Der Zeitalter der napoleonischen Ära war gar nicht geeignet, rechtswissenschaftliche, sogar legislatorische Reformen durchzuführen. Der ungarische Reichstag, der vom Mittelalter her das Recht hatte, zusammen mit dem König Gesetze zu verabschieden, war zu dieser Zeit überhaupt nicht herbeigerufen worden. Ein ständischer Vertretersammlung hatte damals natürlich keine Möglichkeit, Tagungen selbst zu halten. Der erste Reichstag Ungarns im 19. Jh. wurde in den Jahren 1825/27 in Pressburg (heute: Bratislava) gehalten. Diese Tagung trägt in der heimischen historischen Literatur als erster Reformreichstag bezeichnet. Die Deputaten hatten sich mit sehr vielen Sachen beschäftigt, und es war am Ende auch ein kurzes Gesetz über die Aufstellung einer kodifikatorischen Kommission verabschiedet.³ Diese Deputation hatte den Auftrag, für den nächsten Reichstag die kodifikatorischen *elaborata* eines früheren Kommission zu überprüfen und zu verbessern, um mit möglichst modernisiertem Inhalt neue Gesetze schaffen zu können.⁴ Die einzelnen Rechtsmaterien bearbeiteten verschiedene Subdeputationen. Die *subdeputatio juridica criminalis* hatte ihre Arbeit zum Jahreswende 1829/30 fertiggestellt. Das Schicksal dieses Entwurfes war ähnlich wie die anderen: Der ungarische Reichstag hatte nicht gehandelt und so selbstverständlich auch nicht verabschiedet.

Der „Grundstoff“, der Entwurf vom Reichstag des Jahres 1792 entsandten *deputatio juridica* ist ein sehr gründlicher und detaillierter Gesetzentwurf, der völlig im Zeichen der Aufklärung steht.

³Francisci decr. a. 1827. Art. 8. *Systematicorum operatorum deputationarium ulterior pertractatio ad proximam diætam prorogatur*, in: Corpus Juris Hungarici. Tomus 1740–1835, Budapest 1901.

⁴So der originaltext: „*Pertractatione elaboratorum, in sequelam articuli 67. 1791 systematicorum operum, velut negotio summi momenti, et gravium consecratorum, longiorem deposcente deliberationem: status et ordines accedente benigno annutu Suae majestatis sacratissimæ, numerosiorem deputationem exmittendam decreverunt, quæ semet in subdeputationes partiendo, memorata opera expendat – juxta principia præcitatæ articuli 67. 1790/91. pertractet –, opinionemque suam, tum relate ad ipsa deputationalia elaborata, tum vero projectandos articulos, motivis suffultam, affuturis comitiis exhibeat.*”

Sein wichtigster Zug besteht darin, dass er von den ständischen Unterschieden im Grunde absieht, also auf die theoretischen Grundlagen der abstrakten staatsbürgerlichen Rechtsgleichheit baut. Das *elaboratum* enthält in materiellrechtlicher Hinsicht auch noch keinen methodisch behandelten allgemeinen Teil, legt in seiner Einleitung aber in 23 Punkten sog. Grundprinzipien fest. Noch davon legt es eine markante strafrechtliche Maxime der Aufklärung fest, die Bindung des Richters an das Gesetz.⁵ Man kann auch das Prinzip *nullum crimen sine lege* wahrnehmen: „Das Verbrechen ist die aus freiem Willen begangene Verletzung des Strafgesetzes.“ Dass es sich hier um das erwähnte berühmte Prinzip handelt, darüber lässt der Entwurf keinen Zweifel, denn die Inkrafttretungsverfügung besagt eindeutig, dass mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes jede frühere Strafrechtsregel ihre Gültigkeit verliert – die Beziehung der Rechtsquellenlehre ist also eindeutig, ja es wird sogar bezüglich des Verbotes der rückwirkenden Geltung verfügt. Der Entwurf beschäftigt sich in seinen Grundprinzipien u.a. mit der Frage der Zurechnung, mit dem Rückfall, mit der Problematik des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, mit dem Versuch, der Mittäterschaft und dem Zweck der Strafe.⁶

Die kodifikatorische Kommission hatte also nicht den Auftrag, einen „nagelneuen“ Gesetzentwurf zu schaffen, sondern ausdrücklich die Anpassung des vorherigen Entwurfes (1795) an die „fortschrittlichen“ Zeitanforderungen. Ja, inzwischen sind gut dreissig Jahre abgelaufen. Die *subdeputatio juridica criminalis* hatte seinen Aufgabe ernst genommen. Ähnlich dem Muster, auch der neue Entwurf bestand aus zwei Teilen: der erste behandelte das Verfahrensrecht, der zweite das materielle Recht. Die Grundprinzipien sind

⁵Die Richter werden gemäß den in diesem Kodex enthaltenen Gesetzen wortwörtlich verpflichtet: „*Judices verbis legum in codice hoc contentarum ad litteram obstringuntur; neque eas arbitrarie interpretari, earundemque sensum sic extendere, sive restringere liberum erit.*“ Hajdu, S. 389.

⁶Der Entwurf regelt die Institutionen der allgemeinen und speziellen Prävention und verurteilt klar die Rache: „*Poenae cuiuslibet finis quoad delinquentem est: ut aut idem emendetur, aut si emendari nequit, ulterior nocendi facultas ipsi adimatur. Quoad vero publicum, poenarum finis exemplum est, ut videlicet metu poenae a delinquendo alii absterrenatur. Vindicta igitur in nullo casu poenae objectum esse potest, semperque legum sanctitatem dedecet.*“

weggelassen worden, weil sie zu dem normativen Text nicht koherenter anschliessten. Die Kodifikatoren waren der Meinung, dass die Prinzipien in den Gesetzestext hineinkorporiert werden sollen, weil es nicht zu erlauben, dass die einzelnen Paragraphen sich auf aussergesetzliche Gründe beziehen.⁷

Der Strafgesetzentwurf von 1829/30 bestand aus drei Teilen: *De forma procedurae*, *De delictis eorumque poenis*, *De delictis politicis*. Der erste behandelte das Verfahrensrecht, der zweite das Materiellrecht, der dritte aber ein ganz neues, man kann sagen: bahnbrechendes Werk ist. Es handelt sich um Rechtsverletzungen, derer Beurteilung nicht zur Kompetenz der vorherigen beiden Gesetzesteile gehören. Es geht hier im Grunde genommen um die Tatbestände der Ordnungswidrigkeit. Das sind also gesetzwidrige Handlungen, deren Begehung nicht als Verbrechen, sondern bloss als Ordnungswidrigkeit angenommen wird. Es ist auffallend, dass in diesem Teil mehrheitlich vernachlässigte Tatbestände zu lesen sind. Die Regelung ist ziemlich oberflächlich und sehr kasuistisch. Das Sanktionsystem ist – gemäß den milden Tatbeständen – ist nicht hart: praktisch Geldstrafen und kürzerer Freiheitsentzug.

Auch die Benennung dieser Vergehen ist sehr merkwürdig: *delictum politicum*. Wie bekannt, die Amtssprache in Ungarn seit dem Mittelalter bis 1844 hinein das Latein gewesen war. Das bezog sich vor allem auf die juristischen Akten. Die Kodifikatoren waren Ungarn, und sprachen untereinander überwiegend ungarisch, die offiziellen Dokumente, so natürlich ein Gesetzentwurf aber, lateinisch formuliert wurde. Das Latein war damals an sich eine „tote“ Sprache, der klassische Wortschatz musste folglich Zeit für Zeit modernisiert werden. Ja manchmal ganz neue Begriffe zu schaffen. *Delictum politicum* – das ist ein künstlicher Fachausdruck zeit-

⁷ „*Tam praefationem, quae alioquin ad essentiam codicis criminalis referri nequit, quam et principia articulis praemissa censemus esse exmittenda, tum ideo, quod illa in ipsis articulis enunciari debeant, et effective etiam passim in iisdem, signanter in projecto articulo de poenis contineantur, tum quod plura ex iis ad doctrinalem traditionem juris criminalis potius quam ad codicem criminalem pertineant, et aecus etiam incongruum esse videatur ut articuli ad principia tamquam fundamenta extra legem posita semet provocent [...]*“
Ungarisches Staatsarchiv, Archivum Regni N 117. 1. p.

genössischer ungarischer Juristen für die Rechtsverletzungen, die nicht so schwer waren als die kodifizierten Verbrechen, aber noch pönalisierenden Handlungen schienen.

Die Legislatoren hatten endlich als Anhang zum Gesetzestext einen sehr bemerkenswerten Teil gegeben, der das gerichtliche ärztliche Verfahren regelte (= *Instructio circa ordinandas et peragendas medico-legales investigationes et cadaverum sectiones, exaranda item visa reperta et depromenda judicia medico-forensia, quatenus haec ad delicta et causas criminales referuntur*). Da bis dahin die Regelung der Teilnahme, Rechte und Pflichten der Ärzte sowie Chirurgen gar nicht festgelegt wurde, müssen wir diesem Teil einen sehr wichtigen und hohen Wert zumuten. Die Formulierung der Normen war ausführlich und präzise. Es ist zu erwähnen, dass dieser Text so gut zusammengestellt und formuliert wurde, dass das erste Anfangsexemplar im Laufe der Handlungen der Kommission gar nicht geändert wurde. Der Verfasser des Dokuments war der damalige Landeshauptarzt.

DIE DOGMATIK DES MATERIELLEN STRAFRECHTS

Entwicklungsgeschichtlicher Überblick mit besonderer Hinsicht auf den Gesetzesvorschlag von 1843/44

Der Kampf um gesellschaftliche Modernisierung, um Modernisierung des politischen Institutionensystems erfolgte in der weit verstandenen Reformzeit (1790–1848) auf mehreren Ebenen. Der vielleicht wichtigste Kampfplatz war das Rechtssystem und innerhalb dessen ganz offensichtlich das Strafrecht. Fast alle auf Lösung waren zugleich auch politische Fragen.

Die progressiven und regressiven Kräfte stießen auf den Komitatsversammlungen, in den Städten auf den Ratssitzungen und am offensichtlichsten im Reichstag aufeinander, und in den vierzigen Jahren des 19. Jahrhunderts verwendeten sie bereits auch die Presse zum Austausch ihrer Meinungen. Daneben aber waren auch die sogenannten regelmäßigen Kommissionen (*regnicolaris deputatio*) auch wichtige Foren, die vom Reichstag mit dem Zweck eingesetzt wurden, zur Lösung der einen oder anderen bestimmten Frage einen Entwurf bis zur Einberufung des nächsten Reichstags zu erstellen. In den Kommissionen waren in der Regel die Vertreter der unterschiedlichen politischen Richtungen vertreten, darunter selbstverständlich auch solche, die vom Reichstag als Sachverständige in der betreffenden Frage betrachtet wurden. Ein wichtiger Zug der Tätigkeit dieser Kommissionen bestand darin, daß anläßlich ihrer Sitzungen notwendigerweise auch solche Fragen zur Sprache kamen, die breiter als die gegebene Aufgabe waren oder aber allgemeine politische Probleme berührt haben. Infolge dieses Umstandes trafen einerseits die gegensätzlichen Anschauungen oft mit besonderer Heftigkeit aufeinander, andererseits sind die Diskussionen zumindest teilweise auch dazu geeignet, die politische

Konzeption sowie die rechtliche Intelligenz der gegenüberstehenden Seiten zu rekonstruieren. Wir können feststellen, daß die Tätigkeit dieser Kommissionen wahrhafte Meilensteine in der kodifikatorischen Vorgeschichte des ungarischen Strafrechts darstellen. Die von den strafrechtlichen Unterkommissionen ausgearbeiteten Vorschläge wurden (im allgemeinen) im Reichstag diskutiert, zum Gesetz ist aber keiner davon erhoben worden. Dennoch kann nicht behauptet werden, daß ihre Bemühungen umsonst waren, auch von pragmatischem Gesichtspunkt nicht: mangels kodifiziertem Strafrecht griffen die rechtsanwendenden Gerichte oft auf diese Entwürfe zurück und beriefen sich auch in ihren Urteilen oft darauf, das heißt, sie zahlten als *quasi* Rechtsquellen. In der vom Gewohnheitsrecht beherrschten Rechtsquellenordnung wurden also die hervorragenden Arbeiten der Kommissionen (da sie, wenn auch in engem Kreis, publik wurden) in einem nicht zu unterschätzendem Maße zu lebendigem Recht.

Im folgenden überblicken wir skizzenhaft die Dogmatik der vor dem strafrechtlichen Gesetzesvorschlag von 1843/44 geschaffenen, aber ebenfalls nicht Gesetz gewordenen Kodexentwürfe. Es sei bemerkt, daß die im Titel unserer Studie gekennzeichnete Anschauung nicht die getrennte Behandlung von formellem und materiellem Recht bei der Vorstellung der kodifikationsgeschichtlichen Vorarbeiten gestattet. Das Verfahrensrecht ist nämlich in diesen Entwürfen mit solcher Intensität gegenwärtig, daß ohne es auch das materielle Recht unverständlich werden würde.

1. DER ERSTE UNGARISCHE STRAFGESETZENTWURF (1712)

Zu den schwersten Fragen der Entwicklungsgeschichte gehört die Herausbildung je einer Rechtsinstitution. Da es sich um eine gesellschaftliche Erscheinung handelt erfolgt die Geburt nicht von einem Tag auf den anderen, sondern sie ist immer Ergebnis eines Prozesses. In der Reihe der Entwürfe und Vorschläge, die zwecks Schaffung des Strafgesetzes entstanden, ist auch ein solcher Wettbewerb um das Privat festzustellen.

Die hauptsächlichsten Kodifikationsversuche der Anfangszeit waren folgende: der Landesorganisationsvorschlag von Lipót Kollonics (1689), das *Novum Tripartitum* (1719), der Kommissionsentwurf des Reichstags von 1728/29. Unter wirklich ernster Behandlung wird von der Fachliteratur erst der Kommissionsvorschlag von 1795 genommen,¹ d. h. die oben aufgezählten werden nur als Versuch betrachtet und die Kodifikation ab dem Jahre 1795 gerechnet. „Die Wahrheit demgegenüber ist, daß der Reichstag bereits 1712 einen selbständigen Strafrechtsentwurf behandelt hat und dieser Vorschlag (die ungarische Praxis Criminalis) zeigt unser Rechtsleben schon 80 Jahre früher zur Schaffung eines gesonderten Strafgesetzbuches reif, als wir dies aufgrund unserer bisherigen Kenntnisse glaubten“, schreibt einer der hervorragendsten Kenner der Rechtsgeschichte der ungarischen ständischen Gesellschaft, György Bónis.²

Das Entstehen des Entwurfes von 1712 ist eines der Ergebnisse der neuen Gesellschaftseinrichtung, die nach dem Frieden von Szatmár eintrat. Die Wirtschafts- und Rechtsordnung des von den Türken, Österreichern, Kuruzen und Labanzen vernichteten Landes beruhte noch auf mittelalterlichen Grundlagen. Den Ansprüchen der veränderten Zeit aber entsprachen die alten Gesetze und das System des Gewohnheitsrechtes nur in sehr geringem Maße. Die Rechtsgrundlage der ständischen Gesellschaft war das von István Werbőczy geschaffene *Tripartitum* (1514), das in einem Band zusammengefaßt das Privatrecht, das öffentliche Recht und zum Teil auch das Strafrecht behandelte. Ungeregelt aber ließ es eine Reihe von Fragen, auf die sich die Rechtsetzung des 18. Jahrhunderts erstrecken mußte. Auch der gesonderte Strafrechtskodex war eine Forderung der Zeit, aber seiner Schaffung standen die unruhigen Zeiten sowie das Ansehen des *Tripartitums* im Wege. Die

¹ Vgl. Hajdu, Lajos: Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet [Der erste ungarische Strafgesetzentwurf von 1795], Budapest, 1971 (im Folgenden: Hajdu 1971).

² Bónis, György: A magyar büntetőtörvénykönyv első javaslata 1712-ben [Der erste Entwurf zu einem ungarischen Strafgesetzbuch im Jahre 1712], Budapest, 1934, S. 56.

während der Herrschaft von Karl III. eintretende Konsolidierung wollte auch diesen Mangel beseitigen.

Der Einfachheit halber wird der Kodexentwurf von 1712 mit dem Namen von Mihály Bencsik verbunden, Professor an der Universität von Nagyszombat (Tyrnava, heute: Trnava), der an den Parlamentsversammlungen von 1712/15 als Senator der Stadt auch als Parlamentsgesandter teilnahm. Bencsik war ein gebildeter Mann mit weitem Horizont: Doktor der Philologie, eingetragener Rechtsanwalt, Tafelrichter und Rat, der mehr als zwanzig Jahre lang ungarisches Recht unterrichtete, sich aber auch im römischen Recht auskannte. Der Entwurf von Bencsik wurde vom Reichstag zwischen dem 23. Juni und dem 3. August 1712 behandelt und unter heftigen Diskussionen, aber im wesentlichen ohne Änderungen und unter Billigung durch den König am 7. August angenommen. Die Verkündung aber blieb dennoch aus, die Gründe dafür sind bis heute nicht völlig geklärt worden.

Der Aufbau des Entwurfes zeigt auf charakteristischer Weise das dogmatische Denken der Epoche: Den ersten Platz nimmt das Verfahrensrecht ein, weil der Richter zuerst die Kenntnis der Art und Weise des Einfangens benötigt, als die dogmatische Regelung der Verbrechen. Die Praxis ist also mit durchschlagender Kraft vorhanden, es ist aber als großer dogmatischer Fortschritt zu verzeichnen, daß die Handlungen von Bencsik bereits nach ihrer Straftat gruppiert werden, während sie Werböczy noch nach ihrer Strafe ordnet (so z. B. die unter die Strafe *nota infidelitatis, actus maioris potentiae, emenda capitis* usw. fallenden Handlungen). Das ist bereits ein Produkt der modernen Rechtsanschauung: Der Richter benötigt zuerst den gesetzlichen Begriff, dem er den Tatbestand unterstellen kann, erst dann kann die Frage der Strafe auftauchen.³

³Diese Auffassung zeigt sich auch in den Zielsetzungen des Entwurfes von Bencsik: *De praxi criminali iuxta demerita malefactorum classificandis poenis.*

a) Verfahrensrechtlicher Teil

Als erstes behandelt der Entwurf die Institution der Verhaftung. Der Richter kann nur in ganz begründeten Fällen auf die Vorladung verzichten, wobei er immer die Unverletzlichkeit der adligen Privilegien vor Augen haben muß. Der Entwurf ist also klar auf die Beibehaltung der ständischen Unterschiede aufgebaut, was zu Beginn des 18. Jahrhunderts natürlich ist. Das Operatum aber unterscheidet auch zwischen den Adligen: ein öffentlicher Verbrecher (*publicus malefactor*) ist der Lohnbrandstifter, der für Geld Straftaten verübende und die Straßen verunsichernde Räuber; ein nicht öffentlicher Verbrecher (*privatus malefactor*) ist der gewöhnliche Brandstifter, der Dieb, Mörder, Ehebrecher usw. Der grundbesitzende Adlige kann nur nach Vorladung und Untersuchung verhaftet werden, der unvermögende, wenn er ein öffentlicher Verbrecher ist, kann ohne Vorladung verhaftet werden (*servatis servandis*), wenn er kein öffentlicher Verbrecher ist, muß er vorgeladen werden.⁴ Einen auf der Tat ertappten Verbrecher darf sogar der Bauer einfangen, es ist also keine vorherige Vorladung, auch keine sog. Vorladung in Handschellen erforderlich.

Der Gesetzesvorschlag bewegt den Richter dazu, nicht auf Intuition zu hören und die Vorladung nur unter gründlichen Verdachtszeichen (*indicium*) zu erlassen. Wenn die Person des Täters wahrscheinlich ist, die Verdachtszeichen aber entfernt sind (*remota*), bracht er zwei, und wenn der Täter offensichtlich ist und die Verdachtszeichen naheliegend, dann eines zur Verhaftung ohne Vorladung.

Ein Leibeigener kann ohne die vorhergehende Befragung seines Herren nur dann verhaftet werden, wenn er ein öffentlicher und auf der Tat ertappter Verbrecher ist, wenn sein Herr oder dessen Vertreter entfernt sind oder wenn er flüchtig ist. Flüchtige können auch von der Standbehörde oder von einem Bauern gefangen werden,

⁴„Der Adlige muß auch denn, wenn er gefangen ist, schriftlich, unter Beibehaltung der ordentlichen Formalitäten vor die *sedria* zitiert werden (*citatio ex vinculis*).“ Meznerics, Iván: A magyar büntető igazságszolgáltatás a 16–19. században [Die ungarische Strafgerichtsbarkeit im 16–19. Jahrhundert], Budapest, 1933, S. 81.

wenn aber der Verhaftende nicht über den Blutbann verfügt, müssen sie innerhalb von drei Tagen der zuständigen Behörde übergeben werden. Diese Regelung beruht völlig auf den ungarischen Gesetzen und dem Gewohnheitsrecht.

Selbständig, aber verhältnismäßig kurz verfügt der Vorschlag über die Proscription.⁵ Die Verbrecher können überall verfolgt und bestraft werden, wenn sie öffentliche Verbrecher sind, wenn sie ihr Kapitalverbrechen (*capitalis sententia*) nicht leugnen oder aber dies offensichtlich ist. Der Strafzumessung kann eine Tortur vorangehen, wenn dies zwecks Kenntnisnahme der Mittäter erforderlich ist. Wenn das Verbrechen jedoch nicht offensichtlich ist, und die Schuldlosigkeit des Angeklagten bewiesen werden soll, kann der Richter die Angelegenheit auch ohne Wiederaufnahmebefehl (*litterae novi indicii*) untersuchen.

Eine Grundinstitution des Teiles über den Beweis ist die Tortur. Ihre Regelung stützt sich weitgehend auf die österreichisch-deutsche Lösung, die auf die *Carolina* (1532) aufgebaut ist. Als hauptsächlichster Beweis gelten dem Entwurf nach die Zeugen, aber insbesondere das freiwillige oder erzwungene Geständnis des Angeklagten (*regina probationum*). Wenn der Angeklagte leugnet, liegt die Beweislast bei der Behörde als Kläger – insofern kommt das Untersuchungsprinzip zur Geltung. Zum Zeugenbeweis gegen einen Adligen werden im offensichtlichen Fall zumindest zwei adlige Zeugen benötigt (im nicht offensichtlichen Fall noch mehr); die Zeugen müssen anstandslos sein, persönlich vor dem Gericht erscheinen und über ihre Zeugenaussage legen sie einen Eid auf den Kopf des Angeklagten ab (*iuramentum corporale*). Wenn weder die Zeugenaussage zu einem befriedigenden Ergebnis geführt hat, noch ein Geständnis vorliegt, kann kein abschließendes Urteil gefällt werden, nur ein Zwischenurteil (*sententia interlocutoria*), welches dann über die Tortur verfügt. Die Tortur kann nur bei Kapitalverbrechen angewandt werden, und unter diesen auch nur bei

⁵Die *proscriptio* ist eine Art von Vogelfreiheit. Der Verbrecher konnte von jedem gefangen werden, ja im mittelalterlichen Recht sogar Strafflos umgebracht werden – und wer ihn schützte, wurde selber auch vogelfrei. Diese Rechtsinstitution kann am ehesten mit dem germanischen Friedensverlust verglichen werden.

denjenigen, die keine Spuren hinterlassen (Gotteslästerung, Ehebruch usw.), bei denjenigen, die Spuren hinterlassen (Mord, Raub, Diebstahl usw.) nur dann, wenn das *corpus delicti* die Handlung offensichtlich macht.

Zur Verfügung der Tortur sind immer die entsprechenden Verdachtszeichen erforderlich. Ausreichend zur Tortur sind zwei offensichtliche Verdachtszeichen oder ein offensichtliches und mehrere wahrscheinliche. Bei mehreren wahrscheinlichen Indizien ist die Verfügung der Tortur der Einsicht des Richters überlassen. Bei nicht ausreichenden Verdachtszeichen muß eine richterliche Strafe verfügt werden (*poena arbitraria*) oder aber ein Freispruch erfolgen. Die Folter kann entfallen wenn bereits das Zeigen der Folterinstrumente ein Ergebnis bringt, sowie dann, wenn der Belastete zwar die Tortur verdient hätte, aber davon befreit ist (eine schwangere Frau, ein Adliger usw.), dann muß Freiheitsentzug erfolgen. Wenn der Angeklagte auch nach der Folter noch leugnet, muß er freigesprochen werden. Wenn er ein Geständnis ablegt, hat dies nur dann Beweiskraft, wenn er dies innerhalb eines Tages vor den richterlichen Gesandten bekräftigt. Wenn er aber zum Teil leugnet, muß er zu 'qualifiziertem Beweis' verpflichtet werden, aber entsprechend seiner günstigeren Lage kann der Richter auch das Zeugnis seiner Familienmitglieder oder seines Gesindes anerkennen, und der mit zwei Zeugen bewiesene Verdachtsgrund kann durch einen anstandslosen Zeugen des Angeklagten entkräftet werden. Die vorliegende Ordnung der Beweisführung beruht auf der Komitatspraxis, in ihrer Systemhaftigkeit kann die Wirkung des Vorschlages von Kollonich (1689) nachgewiesen werden.

Eine gesonderte und völlig neue Bestimmung ist die Feststellung des Vorschlages, die in Strafsachen die Freilassung auf Kautio verbietet. Dies war deshalb erforderlich, weil die über den Blutbann verfügenden Behörden – unter Kautio – oft auch große Verbrecher auf freien Fuß setzten, und damit ihre Flucht ermöglichten. Wichtige Feststellungen enthält der Vorschlag hinsichtlich des Urteilsvollzuges. Demzufolge muß das Urteil auch in dem Falle vollstreckt werden, wenn sich der Geschädigte mit dem Verbrecher geeinigt hat (mit der Ausnahme, daß der König ihn begnadigt hat). Die erforderlichen Handlungen durften nur durch den

Henker erfolgen. Wenn der Verurteilte schwer krank war, mußte die Hinrichtung verschoben werden; wenn er vor der Hinrichtung starb, so mußte das Urteil auf den Leichnam vollzogen werden. Die Hinrichtung kann durch keinen Fehler verhindert werden (falscher Schlag, Riß des Seiles usw.).

In bestimmten Fällen kann das Todesurteil nicht vollzogen werden (nur die richterliche Strafe): wenn bei nicht vorsätzlicher und im allgemeinen nicht mit Todesstrafe angedrohtem Totschlag sich der Angeklagte mit den Verwandten geeinigt hat; wenn der Ehemann oder die Ehefrau dem Ehebrecher verziehen hat und das Zusammenleben mit ihm fortgesetzt hat und schließlich wenn der Dieb sich mit dem Bestohlenen über die Genugtuung geeinigt hat und wenn der Diebstahl (der ansonsten im Vergleich auf den Wert auch mit Hängen bestraft werden kann) nicht gewaltsam oder bewaffnet erfolgte.⁶

Im Zeitalter des ständischen Strafrechtes war die Institution der Berufung oder der Prozeßwiederaufnahme bei weitem nicht selbstverständlich. Die diesbezüglichen Bestimmungen des Entwurfes verdienen daher besondere Beachtung. Einem öffentlichen Verbrecher kann weder Berufung noch Prozeßwiederaufnahme gestattet werden, wenn sie jedoch keine öffentlichen Verbrecher sind, oder wenn der Fall zweifelhaft ist, ist beim adligen Gericht die Meinung von zwei Richtern, ansonsten zumindest die Meinung von einem Viertel der Richter maßgebend.

Die Berufung erfolgt vom Komitatsgericht (*sedes iudiciaria* = *sedria*), dem adligen Gericht oder dem Gericht der freien Königsstadt zur königlichen Kurie, von der Wiesenstadt zum Komitat (von letzterem geht das Urteil nur dann zur Kurie, wenn mindesten ein Viertel der Richter damit einverstanden ist). Von den Gerichten Kroatiens, Slawoniens und Dalmatiens konnte Berufung zum Ban oder seinem Stellvertreter eingelegt werden. Wenn der Angeklagte auch in zweiter Instanz verurteilt wurde, gab es keine Wiederaufnahme, das Urteil mußte vollstreckt werden. Wenn der Fall aber

⁶Die Vergebung oder der Vergleich bewahren nicht vor der Strafe bei wiederholten und mit anderen, mit dem Tod geahndeten Verbrechen zusammen begangenen Ehebruch sowie geringeren Straftaten, wo die Strafe in der Regel *poena arbitraria* ist.

zweifelhaft ist oder nur auf Freiheitsentzug erkannt wurde, dann ist nach dem ersten Urteil auch dann Prozeßwiederaufnahme gestattet, wenn das Urteil einstimmig erfolgte. Wenn der Angeklagte auch dann einstimmig verurteilt wird, kann es nur unter Billigung von einem Viertel der Richter zur Berufung kommen. In Verbindung mit der Berufung ist wissenswert, daß das *Tripartitum*, welches das ungarische Prozeßrecht in der ständischen Epoche beherrschte, diese Rechtsinstitution abwies und sie nicht einmal im Falle eines Todesurteils anerkennt (III. 11. § 7.). Diese die städtischen Bürger betreffende Sentenz wurde von der Praxis mit allgemeiner Gültigkeit anerkannt, dann langsam gemildert, durch das Gesetz 41 des Jahres 1563 bei Mord gebrochen und schließlich beschränkte das Gesetz 30 des Jahres 1729 das Verbot der Berufung nur auf die öffentlichen Verbrecher. Die Auffassung des Bencsik-Entwurfes entspricht diesem Prinzip, ja bringt es sogar früher zum Ausdruck als das Gesetz selbst. Die Prozeßwiederaufnahme ist im Sinne des *Tripartitums* (II. 75. § 12.) und des Gesetzes 41 von 1563 nur in den Fällen von Untreue (*nota infidelitatis*) und des Totschlages gestattet, der Entwurf ermöglicht indessen – sich auf die Praxis stützend – dies ohne Einschränkung auf die Handlung.

b) Materieller Teil

Das materielle Recht wird von der modernen Dogmatik in einen allgemeinen und einen besonderen Teil geteilt behandelt. Der Bencsik-Entwurf verfügte noch nicht über einen getrennten allgemeinen Teil, dennoch können die Prinzipien herausgelesen und die Rechtsinstitutionen erkannt werden, die diese Rolle erfüllen,

ba) 'Allgemeiner Teil'

Einen abstrakten Verbrechensbegriff suchen wir vergeblich, der Entwurf vermittelt anstelle dessen die ordentlichen Strafen. Die ordentliche Strafe ist die Todesstrafe (*poena ordinaria*): Hängen, Enthauptung, Feuertod, Radbrechen. Der Entwurf kennt auch die

qualifizierten Varianten, wie die Vierteilung, das Binden an einen Pferdeschwanz, das Brennen mit glühenden Zangen usw. Zur richterlichen Strafe (*poena arbitraria*) kommt es in Prozessen bei denen es nicht um Kapitalverbrechen geht, und wo die Sanktion nie die Todesstrafe ist – z. B. Gefängnis oder Stockschläge.

Die Vorbereitungshandlung gilt als Versuch, ja sogar die Androhung ist bereits strafbar bei Brandstiftung (§ 18.). Der Diebstahlsversuch wird milder qualifiziert (§ 12.), die nachträgliche Rückgabe der gestohlenen Sache mildert die Strafe. Die Mittäter sind nicht einzeln, sondern gemeinsam für ihre Tat verantwortlich, die Verantwortung ist also unter ihnen geteilt. Bei Totschlag ist jeder nur für die Verletzung verantwortlich, wenn keiner eine tödliche Wunde geschlagen hat (§ 11.), bei Diebstahl bestimmt der auf einen Täter fallende Wert das Gewicht der Handlung und der Strafe. Der Tathelfer wird milder als der Täter bestraft. Trotz des Umstandes, daß der Entwurf der mit der Absicht einer Verletzung verursachte Tod zu den Fällen des Totschlages zählt (§ 10.), ist auffällig, daß er der Absicht eine besondere Bedeutung beimißt und diese bei der Qualifizierung als maßgebend anerkennt. So richtet sich die Strafe der praeterintentionalen Verbrechen nicht nach dem Ergebnis, sondern nach der Absicht: ein mit einem kleinen Kiesel verursachter Totschlag oder der wegen einem zufälligen Unfall eingetretene Tod des ausgesetzten Kindes (§ 16.) hat eine mildere Strafe zum Ergebnis, als der Totschlag oder die Kindesaussetzung mit tödlichem Ende. Erwähnt werden muß die präzise Festlegung der vorsätzlichen Absicht bei der Brandstiftung (§ 18.). Die Fahrlässigkeit wird im allgemeinen (Totschlag, Brandstiftung) bestraft, als die Vorsätzlichkeit, der Zufall aber schafft keine Strafbarkeit.

In der Reihe der Umstände, die auf die Zurechnungsfähigkeit Einfluß haben, hat die Notwehr Straflosigkeit zur Folge, wenn der Täter die gemäßigten Mittel erschöpft hat. Diese These kam auch schon bei Werbóczy zur Geltung, ist also ein uraltes Rechtsprinzip. Ähnlich ist die Strafe des Rückfalles immer schwerer.

bb) 'Besonderer Teil'

Einen wesentlichen Teil des Entwurfes bildet der Teil, der die einzelnen Verbrechen regelt.⁷ Es kann als natürlich bezeichnet werden, daß er sich selbständig mit der Hexerei beschäftigt. Demzufolge muß diejenige, die mit dem Teufel paktiert, sich vereinigt, über den Spiegel oder ein anderes Mittel mit ihm spricht oder die heilige Waffel zu einem abergläubischen Zweck verwendet, des Feuer Todes sterben, auch wenn sie niemandem geschadet hat. (Als Hexe konnte auch ein Mann verurteilt werden.) Wenn sie nicht ausdrücklich, nur schweigend mit dem Teufel paktiert, aber Mensch oder Tier geschadet hat, ist sie zum Tod durch das Schwert verurteilt. Wenn sie aber nicht mit dem Teufel paktiert hat, und auch niemandem geschadet hat, nur durch abergläubische Bräuche, Reden und Gegenstände heilt, ist sie mit Gefängnis zu bestrafen (*poena arbitraria*), bei Rückfall aber kommt auch Enthauptung in Frage.

Der ausgearbeiteste und dogmatisch auch reifste Abschnitt des Bencsik-Entwurfes ist die Regelung des Totschlages. Seine Fälle: der vorsätzliche, mit der Absicht des Verletzens erfolgte, der aus Fahrlässigkeit begangene, der zufällige und der aus Notwehr erfolgte Totschlag. Die Strafe des vorsätzlichen Totschlages (*homicidium deliberatum*) ist Todesstrafe, aber es besteht die Möglichkeit der Übereinkunft (!), dann muß Begnadigung erfolgen.⁸ Die Strafe der nach der heutigen Terminologie Tod verursachenden schweren Körperverletzung (*homicidium animo tantum vulnerandi*) erfolgt nach Einsicht des Richters, wenn sie mit ungeeignetem Mittel begangen wurde, Todesstrafe dann, wenn sie mit Gebrauch einer Mordwaffe begangen wurde. Aus Fahrlässigkeit begangener

⁷Aus dem Entwurf fehlt die Tatbestandssammlung der Untreue (*nota infidelitalis*), die wurde von Bencsik als selbständiger Gesetzentwurf eingereicht und obwohl auch dieser nicht Gesetz wurde, senkten sich im Gesetzesartikel 10–12 von 1723 nachweislich auf Wirkung dieser Arbeit die Fälle der Untreue auf zehn.

⁸Hier sei kurz auf die auch in *Tripartitum* festgelegte alte ungarische Strafrechtspraxis verwiesen, derzufolge die erste Wiedergutmachungsform der eingetretenen Rechtsverletzung ein Vermögensvergleich zwischen Geschädigtem und Täter ist, den unser Recht in breitem Kreis bis in das 18. Jahrhundert angewendet hat.

Totschlag (*inopinatum, seu casuale culposumque homicidium*) entstammt dem Gestatten einer verbotenen Sache oder Unvorsichtigkeit, aber es fehlt das *animus*. Die Strafe ist Freiheitsentzug. Im Falle der zufälligen Tötung (*simpliciter fortuitum, seu casuale*), wenn also den Täter nicht einmal die mildeste Fahrlässigkeit belastet, gibt es keine Strafe. Der aus Notwehr erfolgte Totschlag (*necessarie defensum*) bleibt, wenn er nach Erschöpfung jedes gemäßigten Schutzmittels erfolgte, straffrei. Im entgegengesetzten Fall kann er mit richterlicher, ja sogar ordentlicher Strafe bestraft werden.

Die so klare und genaue Unterscheidung der Fälle des Totschlags kann weder im ungarischen noch im österreichischen positiven Recht so präzise aufgefunden werden. Grundlage der Strafe für die vorsätzliche Tötung ist das *Tripartitum* (I. 15.), der Ausschluß der Begnadigung mangels Einigung beruht auf den Bestimmungen des Gesetzes 39 des Jahres 1563. Die Tod verursachende schwere Körperverletzung ist in ihrer besonderen Regelung ganz beachtenswert. Nicht nur die gesonderte Beachtung des Vorsatzes, sondern die Einschaltung des Problemes der Geeignetheit und auch die Lösung der Frage der inadäquaten Kausalität (wenn nämlich das Ergebnis der obigen Tatsache nicht entspricht und unter ordentlichen Umständen nicht voraussehbar war, dann ist die Strafe milder) heben den Bencsik-Entwurf hoch über seine Zeit und beleuchten das hervorragende Rechtsgefühl der ungarischen Praxis, in die der Entwurf seine Wurzeln verzweigt hat.

Der Entwurf betrachtet nach österreichischem Muster den Raub (*latrocinium*) als eine mit Gewaltanwendung durchgeführte Form des Diebstahles neben den gewöhnlichen Fällen des Diebstahles. Die Strafe des ohne Gewalt durchgeführten Diebstahles (*furtum simplex*) im Wert unter 25 Forint ist der Einsicht des Richters überlassen, der Rückfallige aber ist ab 12 Forint durch Hängen zu bestrafen. Die Strafe des Raubes ist ebenfalls Tod durch den Strang. Der gotteslästernde Diebstahl (*furtum sacrilegium*) ist über 12 Forint mit Tod zu bestrafen. Wenn mehrere gemeinsam den Diebstahl begehen, ist das pro Kopf entfallende Maß richtweisend. Auch der Versuch des Diebstahls ist zu bestrafen, auf dem Weg der *poena arbitraria*. Der Ersatz des Schadens oder die Rückga-

be des größeren Teiles der Sache, wobei der nicht zurückgegebene Teil die obere Wertgrenze (25 Forint) nicht überschreitet, befreit den Täter ebenfalls vor dem Strang. Die Rückgabe ist jedoch dann kein Hindernis für die Zumessung der Todesstrafe, wenn der nicht ersetzte Wert die erwähnte Wertgrenze überschreitet, wenn der Täter vorbestraft ist, ein Landstreicher oder von schlechtem Ruf ist, wenn der Schaden mehr als 100 Forint beträgt, schließlich wenn der Diebstahl nur 12 Forint beträgt, er aber mit Gewalt durchgeführt worden ist.

Der Ehebruch ist einfach oder doppelt, je nachdem ob nur die eine Hälfte oder beide Täter verheiratet sind. Der einfache Ehebruch (*adulterium simplex*) kann – wenn er von einer Frau begangen wird – vom Mann mit Tod vergolten werden, er kann ihr aber auch verzeihen, wenn er vom Mann begangen wird, muß er mit einer Richterstrafe belegt werden. Dabei ist die Handlung der nicht verheirateten Frau nur Hurerei (*fornicatio*), die ebenfalls *arbitrarie* bestraft werden muß. Der rückfällige Ehebrecher wird mit Köpfer bestraft, davor rettet ihn nicht einmal die Vergebung. Der Täter des gewaltsamen Beischlafes (*stuprum violentum*) wird durch Tod mit dem Schwert bestraft. Die Tötung der ehebrechenden Frau und die Möglichkeit des Vergebens entspricht den ungarischen Gesetzen und dem landesüblichen Gewohnheitsrecht (*Tripartitum* I. 105.). Die richterliche Strafe des Mannes und der Tod durchs Schwert bei einem Rückfälligen zeigt die Wirkung der *Praxis Criminalis* (Art. 76.), wobei deren System auf ganz anderen Grundlagen beruht und nicht einmal bei *adulterium duplex* mit dem Tod bestraft. Selbstständig regelt der Entwurf die zwei Varianten der widernatürlichen Unzucht: die Strafe der *sodomia* ist Tod durchs Schwert, in den Fällen der *bestialitas* (Unzucht mit Tieren) Tod auf dem Scheiterhaufen. Das alte ungarische Recht kannte diese Verbrechen nicht, der Bencsik-Entwurf übernimmt hier eindeutig die Regelung der *Praxis Criminalis* (Art. 73), läßt aber die Detaillierung weg, denn in Ungarn bestand kaum große Erfordernis auf diesen Absatz.

Ebenfalls als einen vom ungarischen positiven Recht ungeregelt gelassenen Tatbestand erwähnt der Entwurf die Kindesaussetzung. Die Mutter, die ihr Kind an einen verlassenen, von keinem Menschen begangenen Ort aussetzt und wenn das Kind dort stirbt, ist

mit Tod durch das Schwert zu bestrafen; wenn das Kind am Leben bleibt, fällt sie unter *poena arbitraria*. Eine ähnliche Strafe ist vorgesehen, wenn die Kindesaussetzung an einen von Menschen begangenen Ort erfolgt und auch in dem Fall, wenn das Kind aus nicht vorhergesehenem Grunde, z. B. infolge eines Unfalls stirbt. Die *Praxis Criminalis* bestraft bei dieser Handlung (Art. 68. §§ 1–3) die Aussetzung an einen begangenen Ort im Falle des Todes des Kindes mit Geißelung und Verbannung, im Falle der Rettung nur mit Verbannung, der ungarische Entwurf dagegen allgemein nur mit einer *arbitrarius*-Strafe.

Die die Leibesfrucht abtreibende Person (nicht nur die Mutter!) ist, wenn die Frucht noch lebte, mit Köpfung, wenn sie schon abgestorben war, *arbitrarie* zu bestrafen. Im Tatbestand verschmilzt der in engem Sinne verstandene Abortus mit dem Verbrechen der Kindestötung. Außer dem Gesetz I.58 unseres Königs Kálmán (1095–1116), der diese Handlung mit Buße belegt, treffen wir in unseren Gesetzen kein diesbezügliche Regelung an. Die Praxis traf einen scharfen Unterschied zwischen der lebenden und der toten Leibesfrucht, was mit den Bestimmungen des Kanonrechtes, der *Constitutio Criminalis Carolina* und der *Praxis Criminalis* (Art. 67) übereinstimmt.

Der Brandstifter kann ein öffentlicher sein, der aus Gewinnsucht oder zwecks Plünderung seine Tat begeht und dabei unersetzlichen großen Schaden verursacht: seine Strafe ist Tod auf dem Scheiterhaufen, oder aber kein öffentlicher. Letzterer setzt nicht aus erwähntem Zweck, aber mit vorsätzlicher Absicht (*praeconcepta malitia voluntaria*) ein Haus oder die Saat in Brand. Seine Strafe ist Tod durch das Schwert. Die gleiche Strafe steht für die Androhung der Feuergefahr und die Vorbereitung an sich, wenn also das Feuer nicht einmal ausbricht. Die lediglich aus schuldhafter Fahrlässigkeit (*incuria culposa*) begangene Brandstiftung zieht keine Todesstrafe nach sich (*poena arbitraria*), hier ist der Täter nach Möglichkeit zum Schadenersatz zu verpflichten. Diese Handlung hat das alte ungarische Recht als ein Fall von *nota infidelitatis* geregelt (die Strafe: Enthauptung und Güterverlust), im Entwurf ist auch hier die Wirkung des deutschen Rechtes nachweisbar. Der Entwurf bewertet dieses Verbrechen so wie die *Carolina* (Art. 125)

und die *Praxis Criminalis* (Art. 83) nicht als Untreue, sondern als öffentliches Verbrechen. Beachtenswert ist die selbständige Regelung der Vorbereitungshandlung und die richterliche Strafe, die allein stehend in unserem ungarischen Recht ist.⁹

2. DER STRAFKODEXENTWURF VON 1795

Die folgende und zugleich auch den theoretischen Forderungen der modernen Kodifikation im großen und ganzen entsprechende Schöpfung der ungarischen strafrechtlichen Kodifikationsgeschichte ist der Entwurf des Jahres 1795. Der Entwurf der vom Reichstag des Jahres 1792 entsandten *Deputatio Juridica* ist ein sehr gründlicher und detaillierter Gesetzesentwurf, der völlig im Zeichen der Aufklärung steht. Sein hervorragender Zug besteht darin, daß er von den ständischen Unterschieden absieht, also auf die theoretischen Grundlagen der abstrakten staatsbürgerlichen Rechtsgleichheit baut. Dieses *elaboratum* enthält in materiell-rechtlicher Hinsicht auch noch keinen methodisch behandelten allgemeinen Teil, legt in seiner Einteilung aber in dreiundzwanzig Punkten Grundprinzipien fest. Noch davon legt es eine markante strafrechtliche Maxime der Aufklärung fest, die Bindung des Richters an das Gesetz.¹⁰ Unter den Grundprinzipien erwähnen wir einige wichtige.

Sogleich das erste Grundprinzip ist die unmutige Formulierung des Prinzipes *nullum crimen sine lege*: „Das Verbrechen ist die aus freiem Willen erfolgende Verletzung des Strafgesetzes.“ Daß es sich hier um das erwähnte berühmte Prinzip handelt, dafür läßt der Entwurf keinen Zweifel, denn die Inkrafttretungsverfügung besagt wortwörtlich, daß mit Inkrafttreten dieses Gesetzes jede frü-

⁹Es sei bemerkt, daß es schon bei Stephan dem Heiligen eine Bestimmung über die selbständige Bestrafung einer Vorbereitungshandlung gibt, hinsichtlich des Ziehens des Schwertes (II. 49.). Mangels Quellen kann nicht entschieden werden, ob das Schwertziehen nicht schon ein Versuch ist.

¹⁰Die Richter werden gemäß den in diesem Kodex enthaltenen Gesetzen wortwörtlich verpflichtet: *„Iudices verbis legum in codice hoc contentarum ad litteram obstringuntur; neque eas arbitarie interpretari, earundemque sensum sic extendere, sive restingere liberum erit“*. Vgl. Hajdu 1971, S. 389.

here Strafrechtsregel ihre Gültigkeit verliert – die Beziehung der Rechtsquellenlehre ist also eindeutig, ja es wird sogar bezüglich des Verbotes der rückwirkenden Geltung verfügt. Der Entwurf beschäftigt sich in seinen Grundprinzipien mit der Frage der Zurechnung, mit dem Rückfall, mit der Problematik des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, mit dem Versuch, der Mittäterschaft und dem Strafzweck.¹¹

Die der Strafe gegenüber gestellten Forderungen: jede Strafe muß sofort erfolgen, entschieden und geeignet sein. Es muß darauf geachtet werden, daß die Strafen nicht zu Quellen von neuen Verbrechen werden. Als Strafe kann kein solcher Nachteil verwendet werden, der dem Strafziel vollkommen entgegensteht. Die Strafe muß im Verhältnis mit dem Schlechten stehen, was durch das Verbrechen der Gemeinschaft verursacht worden ist (oder angedroht wurde), weiterhin muß sie alle die Vorteile übertreffen, die sich der Täter durch Verübung seiner Tat erhofft hat.

Die leichter zu verbergenden Verbrechen müssen schwerer bestraft werden, sowie auch diejenigen, die öfter verübt werden. Bei Zumessung der Strafe muß auch darauf geachtet werden, daß der der Gemeinschaft und den Privatpersonen verursachte Schaden wiedergutmacht wird. In diesem Kreis sind auch die Erben des Täters mit den geerbten Gütern für die Zahlung der Prozeßkosten und den Schadenersatz verpflichtbar. Bei Zumessung der Strafe muß mit großem Nachdruck das Geschlecht des Täters in Betracht gezogen werden, sein Lebensalter, seine soziale Lage; der Auffassung des Entwurfes zufolge reicht bei einem gebildeteren Menschen auch ein geringerer Nachteil (*malum*) dazu aus, daß er sich bessert. Es kann nicht in jedem Falle die gleiche Strafart zugemessen werden, auch nicht bei den Personen, die die gleiche Straftat begangen haben.

¹¹ Der Entwurf erwähnt die Institutionen der allgemeinen und speziellen Prävention und verurteilt die Rache: „*Poenae cuiuslibet finis quoad delinquentem est: ut aut idem emendetur, aut si emendari nequit, ulterior nocendi facultas ipsi adimatur. Quoad vero publicum, poenarum finis exemplum est, ut videlicet metu poenae a delinquendo alii absterrenatur. Vindicta igitur in nullo casu poenae objectum esse potest, semperque legum sanctitatem dedecet.*“ Ebd.

Bei Behandlung der Strafarten gestattet der Entwurf all die Nachteilverursachung, die zum Schutze der öffentlichen Sicherheit geeignet ist. Er behält die Todesstrafe bei, verbietet aber im allgemeinen deren qualifizierte Formen, zumeist unter Berufung auf das menschliche Wohlwollen. Die Todesstrafe kann erst dann zugemessen werden, wenn die Vorsätzlichkeit des Täters einen solchen Grad erreicht, daß weder die öffentliche Sicherheit der Gesellschaft noch die Sicherheit der einzelnen Bürger oder aber der Zweck der Abschreckung durch keine andere Weise erreicht werden können. Wenn es dazu kommt, muß sie immer am Ort der Verbrechensbegehung oder in dessen Nähe vollzogen werden. Der Vollzug kann nur durch das Henkersschwert erfolgen.

Die dem Freiheitsentzug dienenden Gefängnisse können milder oder härter sein. Ihr gemeinsamer Zug besteht darin, daß für den Verurteilten Arbeitsverrichtung vorgeschrieben werden, muß, in erster Linie öffentliche Arbeit. Für die Jugendlichen und diejenigen, zu deren Besserung sich größere Hoffnung zeigt, führt der Gesetzesentwurf auch das Arbeitsaus ein. Das *operatum* behält weiterhin auch die Körperstrafen bei, und zwar der Hauptregel zufolge vor großer Öffentlichkeit. Die Männer müssen mit dem Stock, die Frauen mit der Peitsche geschlagen werden – nach zuvor erfolgter ärztlicher Untersuchung. Ansonsten entsprechen die in Raten durchgeführten hundert Stock- oder Peitschenhiebe einem Jahr Gefängnis – dieses Verhältnis muß überall eingehalten werden, da die zweierlei Strafarten gegenseitig ersetzt werden können.¹² Auch der Ehrenverlust (*infamia*) mittelalterlichen Ursprungs lebt weiter: er muß für die Verübung solcher Verbrechen ausgesprochen werden, deren Täter eine ruchlose Seele an den Tag legen, wenn das Verbrechen besonders gemein verübt wurde oder es großen Nachteil für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellt. Wenn übrigens das Gericht in seinem Urteil nicht ausdrücklich über den Ehrenverlust verfügt, verursacht keine Strafe an sich Ehrenverlust.

¹² Von den Körperstrafen waren die Honoratioren befreit, die Stadtbürger und die Adligen. Insofern kommt die Gleichheitsidee des Entwurfes, der die ständischen Privilegien in der Regel beiseitelegt, nicht zur Geltung.

Bezüglich der Geldstrafe besagt der Entwurf, daß diese nie dem Richter zum Gebrauch überlassen werden kann,¹³ und auch im allgemeinen als Strafe nicht angewendet wird, dort, wo sie dennoch gestattet ist, wird dies im gesetzlichen Tatbestand gesondert erwähnt. Im Falle der Honoratioren zum Beispiel ist die Gefängnisstrafe in Geldstrafe umwandelbar, die dann in eine dem Vermögenszustand des Verurteilten angepaßte Weise zugemessen wird.

a) Verfahrensrecht

Ähnlich wie der Bencsik-Entwurf aus dem Jahre 1712 ist auch der des Jahres 1795 hinsichtlich seines Aufbaues das genau Umgekehrte eines heutigen Entwurfes – zuerst wird das Verfahrensrecht behandelt.

Zuallererst verfügt der Entwurf über die Einleitung des Strafverfahrens und die dabei zu treffenden Zwangsmaßnahmen. Dem Standpunkt des *operatums* zufolge kann nur derjenige verhaftet werden, der die Tat gestanden hat, der auf frischer Tat ertappt wurde, dem gegenüber hinsichtlich der verübten Handlung eine beweisbare und glaubhafte Anzeige vorliegt sowie für dessen Schuldigkeit begründete Verdachtszeichen sprechen. Eingehend beschäftigt sich der Entwurf mit der Frage, wie mit der verhafteten Person umgegangen werden muß, welche Aufgaben das verhaftende Organ nach der Verhaftung hat. Vor allem wird die eingeführte Praxis verboten, das die bei der verhafteten Person gefundenen Sachen (insofern sie vom Gericht verurteilt wird) dem Gericht oder dem die Person Verhaftenden zustehen. Gegen die Allmächtigkeit des Geständnisses spricht die Verfügung, derzufolge bei den eine Spur hinterlassenden Verbrechen der Sicherung des Strafzeichens eine besondere Bedeutung zukommt und es erstrangige Aufgabe der Behörde ist, dieses Strafzeichen aufzusuchen. Dem schnellen Vollzug dient weiterhin die Verfügung, daß der Richter verpflichtet

¹³ Diese Bestimmung stand in scharfem Widerspruch zu unserer mittelalterlichen Rechtspraxis, wo sich die dem Richter zustehende Gebühr bis zu zwei Drittel des den Verlierenden belastenden Schadenersatzes erstreckte.

ist unter Beiseitelegen jeder anderen Angelegenheit den Verdächtigen sofort zu verhören.

Es stellt eine grundlegende Frage des Strafverfahrens dar, auf welche Weise der Beweis der Verübung der Tat sowie des Schuldgrades der verübenden Person erfolgt. Der Entwurf (Art. 10) anerkennt vier unter den möglichen Beweisarten: das Geständnis, aufgrund von Zeugenaussagen, die indirekte Beweisführung aufgrund von Verdachtszeichen und schließlich der Urkundenbeweis. Diese Beweismittel sind jedoch nicht völlig gleichrangig: die ersten beiden werden vom Entwurf entschieden in den Vordergrund gestellt. Das zur Urteilsgrundlage dienende Geständnis entspricht dann den gesetzlichen Forderungen, wenn es dauernd ist, vollkommen, begründet, offensichtlich und vor dem Gericht abgelegt wird. Wenn der Angeklagte vor Gericht sein im Laufe der Untersuchung abgelegtes Geständnis zurückzieht und auch den Grund dafür benennt, muß dem Entwurf zufolge der Richter entscheiden, ob er den Angeklagten freispricht oder eventuell seiner eigenen Einsicht nach eine Strafe zumißt. Wenn jedoch der Angeklagte nicht willens ist, ein Geständnis abzulegen oder aber sein Geständnis nicht den gesetzlichen Forderungen entspricht, dann muß zu den sonstigen erwähnten Beweismitteln gegriffen werden.

Das Geständnis wird also vom Entwurf als ein hervorragendes Beweismittel betrachtet, zu seinem Erreichen aber ist nicht gleich welches Verfahren gestaltet: die Anwendung der Tortur wird entschieden verboten. Die dafür erwähnten Argumente sind zum Teil theologische, zum Teil basieren sie auf humanitären Gründen, zum Teil bauen sie auf die praktischen Nachteile der Folter (einige lügen lieber, um der Folter zu entgehen, andere lassen sich lieber foltern, als daß sie die Wahrheit eingestehen).

Dem Entwurf zufolge ist im Strafverfahren die unter Mitwirkung von Zeugen erfolgende Beweisführung die bedeutendste. Mittäter können bei Majestätsverletzungsprozessen keine Zeugen sein, die ständische Rechtsstellung ist kein Hindernis mehr für die Zeugenaussage, also kann der Diener, der Leibeigene oder der Hausknecht für oder gegen seinen Herren aussagen.

Das dritte, sehr viele Schwierigkeiten aufwerfende Beweismittel ist die Entscheidung aufgrund der Verdachtszeichen. Der Entwurf

unterscheidet sehr nahe, nahe und entfernte Verdachtszeichen, unter denen nur die ersten beiden als Beweis dienen können – das entfernte *indicium* sowie die Vermutung können nur Grundlage zur Einleitung des Verfahrens sein. Ein Verdachtszeichen allerdings bildet nie einen vollkommenen gesetzlichen Beweis und aufgrund dessen kann keine *poena ordinaria* zugemessen werden. Nur in dem Falle kann ein Verdachtszeichen als gesetzlicher Beweis angenommen werden, wenn es mehrere davon gibt, sie nicht miteinander zusammenhängen und wenn die Existenz jeden einzelnen Verdachtszeichens von mindesten zwei anstandslosen Zeugen bewiesen wird. Insofern mehrere Verdachtszeichen nur das Vorhandensein eines Momentes unterstützen, dann müssen alle als eines bewertet werden. Beachtenswert ist die Verfügung, daß bei Spuren hinterlassenden Verbrechen kein einziges Verdachtszeichen bewertet werden kann, bis nicht das die Verübung des Verbrechens ohne jeden Zweifel beweisende *corpus delicti* aufgefunden worden ist. Schließlich bilden den vierten Typ der Beweise (deren Bedeutung im Strafprozeß im Vergleich zu den übrigen drei Beweistypen sehr gering ist) die Unkunden und die schriftlichen Beweise. Und zwar: nur das handschriftliche Schreiben des Angeklagten bildet einen vollwertigen Beweis, und auch nur in dem Fall, wenn es eingehende Daten zum Verbrechen enthält, zu den Umständen der Verübung und ihren Motiven. Und schließlich bildet das kopierte, abgeschriebene Schriftstück (*documentum vidimatum*) nie einen gesetzlichen Beweis, nur das Original.

Den Bestimmungen des Entwurfes zufolge muß der Prozeß immer mit einem Urteil abgeschlossen werden, das Urteil muß in jedem Falle in Anwesenheit des Angeklagten verkündet werden. Das Gericht kann im Strafprozeß zweierlei Urteile fällen: ein verurteilendes oder ein freisprechendes, oder wenn der Angeklagte am festgelegten Verhandlungstag nicht erschienen ist, dann ergeht eine *sententia proscriptoria vel persecutoria*. Da ein grundlegendes Ziel der Strafe in der allgemeinen Prävention besteht, muß das Urteil im allgemeinen in der Sprache des Angeklagten (des Volkes) vor der Öffentlichkeit verkündet werden.

Dem Entwurf zufolge kann gegen jedes in erster Instanz getroffene Strafurteil Berufung eingelegt werden. Insofern der Verur-

teilte keine Berufung einlegt, kann das Gericht zweiter Instanz das gefällte Urteil nicht verschärfen. Richtig bemerkt ein vorzüglicher ungarischer Rechtshistoriker in Verbindung mit dieser Maßnahme: „Diese Regel ist völlig illogisch, demzufolge legt also der *actor* vergeblich Berufung gegen das beispiellose milde Urteil erster Instanz ein, die KöniglicheTafel kann das Urteil nicht verschärfen, nur dann wenn der Angeklagte selbst Berufung einlegt. Wenn allerdings der Verurteilte Berufung einlegt, hat das Berufungsgericht Möglichkeit dazu, auch dann wenn der *actor* keine Berufung eingelegt hat.“¹⁴ In der Berufung müssen die beanstandeten Teile des Urteils bezeichnet werden, und auch der anderen Partei muß die Möglichkeit des *responsum* gewährt werden, und die Berufung muß so zusammen mit den Prozeßakten abgesandt werden. Nach Entscheidung der Berufung oder der erfolgten Revision sendet das obere Gericht die Prozeßakten zurück, das Urteil muß vor dem Angeklagten verkündet und sofort vollzogen werden.

Da ein Ziel der Strafe in der Besserung des Täters besteht (*emendatio*) hält der Entwurf es für erforderlich, die Rechtsinstitution der Verjährung anzuerkennen und zu regeln. Dementsprechend ist die Verjährung eines nicht mit Todesstrafe belegten, aber dennoch schweren Verbrechens 20 Jahre (wenn die Strafe mindestens drei Jahre Gefängnis betragen hätte), eines mittleren Verbrechens 10 Jahre und bei mildereren Verbrechen sind es 5 Jahre. Auch bei Kapitalverbrechen anerkennt der Gesetzgeber die Rolle der verstrichenen Zeit, wenn auch die Verjährung selbst nicht: wenn nämlich der Täter entflieht und kein neueres Verbrechen begeht, kann er nur mit einer richterlichen Strafe (*poena arbitraria*) belegt werden.

b) Materielles Recht

Der materiell-rechtliche Teil des Entwurfes hat keinen abgetrennten allgemeinen Teil, sondern lediglich einen besonderen, die einzelnen konkreten Verbrechen aufzählenden Teil. Unter den Rechtsprinzipien erwähne ich eines: die Frage des Verhältnisses vom Verbrechen

¹⁴Hajdu 1971, S. 270.

zur Strafe. Der proportionellen Straftheorie zufolge ist die Strafe des Täters desto schwerer, umso bedeutendere gesellschaftliche Teilverpflichtungen er verletzt hat, dementsprechend verliert er einen kleineren oder größeren Teil seines Rechtes und erhält eine im Verhältnis seiner rechtswidrigen Handlung stehende Strafe. Mit der im Gesetz festgelegten Höhe der Strafe bringt also der Gesetzgeber zum Ausdruck, welchen Wert er der verletzten gesellschaftlichen Pflicht zuweist. Dies bezieht sich sowohl auf das Maximum als auch auf das Minimum der Strafe: wenn der Täter eine vom Gesichtspunkt der Gesellschaft wichtige Verpflichtung verletzt, muß seine Strafe in sämtlichen Schuldstufen schwer sein. Dementsprechend kann die schwerste Strafe, der Tod (*ultimum remedium*) nur auf die Täter der folgenden Handlungen angewandt werden: Majestätsverletzung (*crimen laesae maiestatis*), Untreue (*nota infidelitatis*), Raubmord (*latrocinium*), Verwandtenmord (*parricidium*), Vergiftung (*intoxicatio*), Aufruhr und Tumult (*seditio et tumultus*). Die Strafe der Täter von Diebstahl und Raub sowie der Brandstiftung kann auf dem dritten Grad des Vorsatzes 3–6 Jahre betragen (bei Raub und Brandstiftung 6–12 Jahre), aber im Falle von besonders schweren Umständen kann das Gericht auch auf Todesstrafe erkennen.

Von den hierzugehörigen 54 Absätzen des Entwurfes beschäftigen sich 18 mit den die öffentliche Sicherheit gefährdenden Verbrechen, die inhaltlich in vier Gruppen geteilt werden können: die die äußere und innere Sicherheit des Landes gefährdenden Verbrechen; die die Funktion der Verwaltung verletzenden Handlungen, die gegen die Justizordnung gerichteten Verbrechen und schließlich sind auch zwei Verbrechen wirtschaftlicher Natur in dieser Gruppe untergebracht: die Geldfälschung (*monetarum, chartarumque publicarum confectio et falsificatio*) und die untreue Verwaltung öffentlicher Kassen (*cassarum publicarum contrectatio*). Der Entwurf kennt nur einen Fall der Majestätsverletzung und ist lediglich bereit, die bis dahin als göttliche Majestätsbeleidigung erwähnte Delikte höchstens als gegen den Glauben gerichtete Handlungen (und auch viel milder) zu bestrafen.¹⁵

¹⁵ Die Majestätsverletzung kann nur mit Gewalt, Waffe oder Aufhetzung (Wort oder Schrift) verwirklicht werden.

Im Entwurf bilden die zweite große Gruppe der die öffentliche Sicherheit gefährdenden Verbrechen solche rechtswidrige Handlungen, bei denen die unmittelbare Absicht der Täter nicht auf die Veränderung der gesetzlichen Ordnung des Staates gerichtet ist, sondern nur die Störung einzelner Funktionen des Staates oder der Verwaltung bezweckt. Gemeinsamer Zug dieser Verhaltensweisen ist die Diskreditierung der behördlichen Tätigkeit, ihre Erschwerung oder Verhinderung. Das eine Grundverbrechen in dieser Hinsicht ist der Mißbrauch der Amtsmacht, den das alte ungarische Recht in dieser Form nicht kannte und eindeutig auf Wirkung der *Josephina* (1787) in den Entwurf gelangte.¹⁶

Unter den die Justizordnung gefährdenden Verhaltensweisen hält der Entwurf insbesondere zwei für besonders schädlich: wenn jemand den Staat daran hindert, die Strafmacht (*ius puniendi*) auszuüben, also wenn jemand z. B. die verhaftete Person befreit, Verbrecher verbirgt; andererseits werden hierher die Handlungen gezählt, die die Vesorgung der Gerichtsbarkeit erschweren oder die den richterlichen Foren überflüssige Lasten auferlegen, die Wirksamkeit ihrer Tätigkeit verringern. Eine Eigentümlichkeit (ein Fehler) der Regelung besteht darin, daß keine klare Grenze gezogen wird zwischen der dem Verbrecher zur Begehung der Handlung geleisteten Unterstützung (Beteiligter oder Mittäter) und der nachträglich geleisteten Hilfe (nach Begehung des Verbrechens), die keinerlei Einfluß auf die Verübung der rechtswidrigen Handlung hatte. So ist insbesondere auch der ein Unterstützer des desertierten Soldaten, der den Soldaten zur Flucht überredet, aber auch derjenige, der es erschwert, daß die Behörden dem Deserteur auf die Spur kommen. Zwischen den Verbrechen und den Definitionen der Verhaltensweisen der Täter bestehen dazu noch auffällige Widersprüche, denn Begünstigung eines Deserteurs ist dem Entwurf zufolge „jede, einem zum Heer gehörenden Soldat oder Diener geleistete Unterstützung dazu, daß sie aus der Armeec entfliehen.“ Auch dieser Legislationsfehler zeigt, daß die Begriffe und das System der Zusammenhänge noch nicht ausreichend klar und geschliffen war.

¹⁶ Vgl. *Sanctio Criminalis Josephina*, §§ 58–62.

Den dogmatisch am gelungensten Teil des materiell-rechtlichen Teiles des Entwurfes bilden die elf Absätze, in denen die zu Lasten des Menschenlebens, die körperliche Integrität verletzenden sowie die Ehre verletzenden Straftaten untergebracht wurden. Es sei bemerkt, das bereits das ungarische ständische Strafrecht seit Jahrhunderten zwischen dem absichtlich begangenen Totschlag (Mord), der vorsätzlichen Tötung sowie der fahrlässig oder zufällig begangenen Tötung unterscheidet. Gekannt und anerkannt hat die Praxis außerdem auch die äußerste Not, die Notwehr und den Irrtum. Hervorzuheben ist hier, daß der Gesetzgeber zum ersten Mal in diesem Entwurf über die Strafflosigkeit der Notwehr bzw. über das richterliche Verhalten bei Übertreten des erforderlichen Maßes der Notwehr verfügt. Beachtenswert ist auch die Bestimmung, daß weder derjenige, der den nächtlichen Einbrecher umbringt, noch der Ehemann, der seine Frau beim Ehebruch auf der Tat ertappt und sie tötet, der strafrechtlichen Verantwortung entzogen wird – so wie das sei Jahrhunderten im ständischen Strafrecht üblich war.

Unter den Varianten des Grundverbrechens der Tötung verdient die selbständige Regelung der Kindestötung erwähnt zu werden. Von der Mitte des 18. Jahrhunderts an war in Europa eine der diskutiertesten Fragen (besonders gut dokumentierbar im deutschen Rechtsgebiet) die Problematik der Vorbeugung und Verhinderung der großen Zahl von Kindesmorden, was eine zusammengesetzte gesellschaftliche, rechtliche und pädagogische Aufgabe zugleich darstellte.¹⁷ Der strafrechtliche Tatbestand des von der Mutter eigenhändig ermordeten Neugeborenen gehörte vom Mittelalter an zu den am schwersten zu bestrafenden Handlungen, der oft nur vermutete (!) Täter, die Mutter wurde zur sog. *poena culei*, zur Abschreckungsstrafe verurteilt – Tod auf dem Rad oder lebendig begraben, die Aufklärung aber begann dagegen eine mächtige Offensive. Die humanere Anschauungsweise hatte langsam auch ihr

¹⁷Hier sei der berühmte. 1780 in Mannheim ausgeschriebene Aufruf erwähnt („Welches sind die besten ausführbaren Mittel, dem Kindermord ab-zuhelfen, ohne die Unzucht zu begünstigen?“), auf den mehr als 400 Arbeiten eintrafen. Vgl. Wächtershäuser, Wilhelm: Das Verbrechen des Kindesmordes im Zeitalter der Aufklärung, Berlin 1973, S. 34 ff.

Ergebnis: dieser traurige Tatbestand wurde allmählich zum privilegierten Verbrechen gezähmt.

Der ungarische Gesetzesentwurf wendet eine gemischte Lösung an: Er nimmt es unter den Fällen des Verwandtenmordes heraus, betrachtet es aber dennoch nicht als privilegiertes Delikt und droht es mit einem solchen Strafmaß an wie die Tötung. Gleichzeitig versäumt er aber nicht die beschämenden Strafen zu verbieten, mit denen die Gesellschaft die gefallenen Mädchen bedachte – freilich bleibt es stark fraglich, inwieweit eine gesetzliche Bestimmung in der Lage ist, die moralischen Innervationen der Gesellschaft zu beeinflussen. Die Regelung des Entwurfes befolgt auf auffällige Weise die Lösungen der zeitgemäßen deutschen Kodexe, aber es ist festzustellen, daß wir beim Vergleich mit dem preußischen Landrecht (1794) hier auf eine große Vereinfachung stoßen. Einen wichtigen Grund dafür müssen wir darin sehen, daß in Ungarn auch im 18. Jahrhundert dieses Verbrechen nicht 'epidemieartig' wurde und sich der Gesetzgeber nicht sehr um die Regelung kümmerte.¹⁸

Die Literatur der Epoche der Aufklärung hat sich außerordentlich intensiv mit den Verbrechen beschäftigt, die die Eigentumsordnung verletzen. Die Illuministen stimmten darin überein, daß ein grundlegendes Ziel des Zustandekommens des Gesellschaftsvertrages darin besteht, dem Individuum den ungestörten Genuß seiner Güter zu gewähren. Es wird allerdings betont, daß der Staat aufgrund des Gesellschaftsvertrages den Genuß sämtlicher Formen des Eigentums (mobilen, immobilien, geistigen) garantieren muß, nicht nur gegenüber Rechtsverletzungen, sondern auch mit dem Anschein der Verschweigen des Rechtes verursachte, ja sogar gegenüber Schaden wegen zufällig eingetretenen Ereignissen. Eine der wichtigsten Schlußfolgerungen der Aufklärer bestand darin, daß es verboten ist, den Dieb zum Tode zu verurteilen, denn „es ist eine Unmöglichkeit, das menschliche Leben gleichbedeutend mit einer noch so großen Geldsumme zu halten.“¹⁹

¹⁸Es ist beachtenswert, daß das gegenwärtig geltende ungarische StGB keinen selbständigen Absatz über die Kindestötung enthält, das deutsche dagegen den § 217.

¹⁹Beccaria, Cezare: *Dei delitti e delle pene*, Firenze 1965, S. 331–332.

Die Regelung des Entwurfes stützt sich bei der Regelung dieses Verbrechenstyps im Großen und Ganzen auf die jahrhundertalte ungarische Praxis, vertritt aber in zahlreichen Punkten schon aufklärerische Ansichten. Sie gestattet die Todesstrafe im allgemeinen nicht bei Vermögensdelikten, lediglich in drei Fällen. Bei rückfälligen Verbrechern, die ihre Handlung auf besonders gefährliche Weise auf die öffentliche Sicherheit ausführen und keinerlei Hoffnung auf die Besserung des Täters besteht; die Brandstiftern, wenn die vorsätzliche Handlung mit dem Auslösen von Menschenleben einhergeht und bedeutenden materiellen Schaden anrichtet; schließlich bei den rückfälligen Dieben, die schon mehrfach schwere Strafen erhielten und sich keine Hoffnung zu ihrer Besserung zeigt.

Ein weiteres Positivum des Entwurfes besteht darin, daß er bei den Vermögensdelikten demzufolge unterscheidet, ob die Entwendung der Sache mit Gewalt erfolgte (= Raub) oder mit solcher Hinterlist, der gegenüber ein durchschnittlicher Mensch sich nur schwer wehren kann (= Betrug). Der Entwurf unterscheidet dagegen nicht zwischen Diebstahl und Unterschlagung. Ähnlich verfügt er über den böswilligen Besitzer der Kautions (*depositarius*), dessen Verhalten als qualifizierter Diebstahl bewertet wird.

3. DER MATERIELL-RECHTLICHE STRAFGESETZENTWURF VON 1843/44

Aus dem Entwurf von 1795 – da er dem Reichstag nicht unterbreitet wurde – wurde kein Gesetz, und es vergangen mehrere Jahrzehnte, bis ein neuerer entstand.²⁰ Das Gesetz V des Jahres 1840 stellte erneut eine Landeskommision auf, um ein modernes und in jeder Hinsicht auf neue Grundlagen gestelltes Strafgesetzbuch auszuarbeiten. Die *deputatio* hat ihre Sache gewissenhaft erfüllt und legte auch drei Gesetzesvorschläge dem Reichstag vor: einen über das materielle Recht, einen über das Verfahrensrecht und einen über die

²⁰Hier erwähne ich einen, von der Fachliteratur noch nicht erschlossenen Entwurf aus dem Jahr 1829, dessen Wirkung sowohl auf die Praxis als auch das strafrechtliche Denken außerordentlich gering war.

Reform des Gefängniswesens. In dieser Studie übernehmen wir die Vorstellung des das materielle Recht behandelnden Vorschlages.

Es sei im vornherein bemerkt, daß aus diesen drei Entwürfen ebenfalls kein Gesetz entstand: der materiell-rechtliche und der verfahrensrechtliche Entwurf wurde von der unteren Tafel angenommen, von der oberen aber nicht, lediglich der das Gefängniswesen behandelnde Entwurf durchlief beide Tafeln des Reichstages, wurde aber vom Herrscher nicht gebilligt unter der Begründung, daß es sinnlos wäre, mangels obiger zwei Gesetze ein neues Strafvollzugssystem ins Leben zu rufen.

Die Verfertigung der Entwürfe wurde von den hervorragendsten Juristen und Politikern der ungarischen Reformzeit übernommen, die europäisch gebildet waren und die ungarische Rechtskultur auf höchster Ebene vertraten. Diese Entwürfe sind mit dem Namen von Ferenc Deák verbunden, unserem ersten Justizminister und Schöpfer des Ausgleichs von 1867, daneben aber wirkten daran auch solche Persönlichkeiten mit, wie Bertalan Szemere (unser erster Innenminister), Freiherr József Eötvös (erster Kultusminister), László Szalay und Ferenc Pulszky. Der 1843 behandelte Gesetzesentwurf erschien noch im gleichen Jahr in Leipzig in deutscher Sprache, worüber sich auch Professor Mittermaier anerkennend äußerte.

a) Allgemeiner Teil

Der Deáksche Vorschlag von 1843 entsprach in jeder Hinsicht den allgemein zu erwartenden Forderungen, die einem heutigen dogmatischen und strafrechtlichen Kodex gegenüber gestellt werden. Diese Entwicklung wird vor allem durch den formellen Fortschritt gekennzeichnet, daß der materiell-rechtliche Vorschlag einen selbständigen allgemeinen Teil aufweist (von den 550 Absätzen gehören 107 hierher).

Der über die Gültigkeit des Strafgesetzbuches verfügende § 1. formuliert das Prinzip *nullum crimen sine lege*: „Jegliche Handlung oder Unterlassung kann nur dann als Straftat betrachtet und bestraft werden, insofern das Gesetz dafür eine Strafe vorsieht.“ Das war eine lang erwartete Bestimmung des auf die offene Rechtsungleich-

heit aufgebauten und veralteten ungarischen Strafrechts: es hätte in der richterlichen Willkür ausgesetzten und unberechenbaren Strafgerichtsbarkeit auf einmal Ordnung geschaffen. Wir möchten die Aufmerksamkeit besonders auf folgenden Umstand richten: In Ungarn konnten mehrere Rechtsquellen zugleich festlegen, ob einzelne Handlungen strafbar waren: Gesetz, Gewohnheitsrecht, städtisches Statut oder aber die 'weise Einsicht' des Richters. Die zitierte Bestimmung schlägt eine eindeutige Lage vor: Ausschließlich ein Gesetz kann die unter staatliche Strafe gezogenen Handlungen und Unterlassungen festlegen.

Einer der hervorragendsten und zugleich mutigsten Punkte des Entwurfes war der Abschnitt über die Strafarten. Der Gesetzentwurf schaffte die Todesstrafe ab! Die möglichen Strafarten waren: lebenslängliches Gefängnis, bestimmte Zeit dauerndes Gefängnis, einfache Haft (*arrestum simplex*), Verlust des öffentlichen Amtes, Geldstrafe, richterlicher Verweis. Die Bestimmung bricht also auf entschiedene Weise mit dem aus dem Mittelalter geerbten Strafsystem, den zentralen Platz unter den in Aussicht gestellten Rechtsnachteilen nimmt der Freiheitsentzug ein. Unter den sechs Grundtypen der Strafe gibt es drei, bei denen die Haft nicht länger als ein Jahr dauert. Wir machen darauf aufmerksam, daß der Vorschlag die menschliche Würde auch beim Verurteilten ehrt, *expressis verbis* werden also Ehrenstrafen, wie an den Pranger stellen abgeschafft.

Hinsichtlich der Kategorisierung der zu bestrafenden Handlungen baut der Vorschlag auf ein bichotomes System: er verfügt über Verbrechen und Übertretungen, letztere sind aber nicht im Gesetz, sondern in niedrigeren Rechtsquellen geregelt. Es gibt also nur eine Straftat, das Verbrechen. Das Prinzip *nulla poena sine lege* kann aus dem 17. Absatz herausgelesen werden, der besagt, daß ausschließlich solche Strafarten angewandt werden können, welche im 8. Absatz des Gesetzes festgelegt sind. Hinsichtlich der Vollzugsstufen der Freiheitsstrafe besteht die bürgerliche Institution der Herabsetzung: „Bei den Verbrechen, die vom Gesetz mit Gefängnis angedroht sind, kann anstelle Gefängnis erst dann auf Haft erkannt werden, wenn die bestehenden Umstände die Zurechnung so mildern, daß im Vergleich dazu die kürzeste Gefängnisstrafe eine übertrieben schwere Strafe darstellen würde.“ (§ 20.) Ähnlich

kann auch die Haft 'ausgelöst' werden, und zwar mit richterlichem Verweis.

In der Hauptregel können Geldstrafen nicht zu Freiheitsentzug verwandelt werden, die im Gesetz festgelegte Geldstrafe kann vom Gericht allerdings in bestimmten Fällen in Haft umgewandelt werden: *a)* bei minderjährigem Täter, wenn die Eltern die Geldstrafe an seiner Stelle nicht zahlen wollen, *b)* bei der unter Konkurs stehenden Person, *c)* in dem Falle, wenn der Verurteilte unfähig wäre, die Geldstrafe zu bezahlen. (§ 31.) Der Entwurf gibt auch Möglichkeit dazu, daß der Verurteilte einen Teil der Strafe bezahlt, den anderen Teil aber 'absitzt'. Das Umwandlungsverhältnis ist folgendes: ein Tag Gefängnis sind drei Tage Haft, ein Tag Haft sind 5 Forint Geldstrafe.

Ein selbständiges Kapitel behandelt die Formen von Vorsätzlichkeit und Fahrlässigkeit. Das Prinzip der Ergebnisverantwortung wird verwiesen. Es werden verschiedene Fälle der Schuld festgestellt, darunter die bewußte Fahrlässigkeit und auch der eventuelle Vorsatz, auch wird hier die Verübung in trunkenhaftem Zustand erwähnt.

Der Anstifter wird genauso bestraft wie der Täter. Als Anstifter ist der zu betrachten, der einen anderen mit Wort oder Schrift klar und geradewegs zur Begehung der Straftat aufruft, wer zur Straftat mit Lohn oder Belohnung verführt, jemanden mit Gewalt oder Drohung dazu zwingt und schließlich wer der von ihm abhängigen Person die Verübung der Straftat befiehlt. Die Zurechnungsfähigkeit ausschließender Grund ist im Vorschlag der Wahnsinn (wo der Täter infolge seines Geisteszustandes nicht in der Lage ist, die Strafbarkeit seiner Tat einzusehen), der kranke Zustand (mit der Geisteskrankheit verwandte Krankheiten, aber nur hinsichtlich solcher Handlungen die in solchem Zustand begangen werden), Zwang und Drohung, äußerste Not und Notwehr. Die Fälle der Notwehr werden vom Entwurf selbständig in einem gesonderten Absatz aufgezählt. (§ 74.)

Der Gesetzgeber analysiert eingehend die psychologische Situation des Angegriffenen und geht schließlich auch darauf ein, daß der Angegriffene, wenn er die vom Gesetz festgelegten Grenzen der Notwehr überschreitet, weil er aus Angst oder Schrecken so

verstört war, daß er zu überlegen nicht imstande war, ebenfalls nicht zurechnungsfähig ist. Natürlich beziehen sich die Garantien der Notwehr nicht nur auf die eigentliche Notwehr, sondern betreffen auch denjenigen, der eine andere Person schützt. Die Altersgrenze für die Strafbarkeit wird vom Entwurf im zwölften Jahr festgelegt, mit der Bemerkung, daß solche Kinder von ihren Eltern oder Erziehern zu bestrafen sind.

Ein beachtenswertes Moment regelt der Vorschlag bei Zumesung des Strafmaßes: die Folterungen, die der Gesetzesverletzer vom Verletzten oder seinen Geführten als Rache erlitten hat, sowie die Haft, die der Belastete bis zum Urteil abgesehen hat, wird in das Strafmaß eingerechnet. Der Regelung des Rückfalles widmet der Entwurf ebenfalls ein gesondertes Kapitel. Es wird festgestellt, daß der Rückfällige bis auf das doppelte Maß der bei einfacher Verübung zumeßbaren Strafe bestraft werden kann, maximum aber 24 Jahre. Der Gesetzgeber zählt dann taxativ die Verbrechen auf, bei denen der Rückfall an sich in Betracht zu ziehen ist, das sind: Fälschung von Schriftstücken, Geld und Stempeln, jeder Fall der Tötung der Leibesfrucht oder des Säuglings, die vorsätzliche Tötung sowie die Angriffe gegen die körperliche Integrität und die Freiheit, die unterschiedlichen Fälle der Hurerei, das falsche Zeugnis, Raub, Diebstahl, Erpreßung, Veruntreuung, Betrug, falsches Zeugnis, Amtsmißbrauch, Hehlerei und aus Vorteil begangene Häftlingsfluchthilfe.

Das abschließende Kapitel des allgemeinen Teils behandelt die Verjährung und die Begnadigung. Die Verjährung befreit den Täter sowohl von der Anklage als auch von der Bestrafung, wenn er während der Verjährungszeit keine Straftat begangen hat und auch den verursachten Schaden nach Möglichkeit ersetzt hat. Die Verjährungszeit der öffentlichen Anklage bei den Verbrechen, bei denen lebenslängliches Gefängnis möglich ist, beträgt zwanzig Jahre, ansonsten 10 Jahre. Die nur auf Privatklage zu ahnenden Verbrechen verjähren nach 2 Jahren, in gewissen Fällen (z. B. Beleidigung) sind es sechs Monate. Der Beginn der Verjährung bei beendeten Verbrechen ist der Moment der Beendigung, beim Versuch ist es das letzte Verübertverhalten. Die Verjährung der Anklage wird von jeder Strafverfahrenshandlung unterbrochen; wenn das Verfahren

mangels Beweisen erneut unterbrochen wird, beginnt die Verjährung von vorn.

Das Begnadigungsrecht ist königliches Prärogativ. Begnadigt werden kann nur nach dem Gerichtsurteil, die Begnadigung kann als in der Regel das Verfahren nicht hemmen: eine Ausnahme bilden die Majestätsbeleidigung sowie die Beleidigung der Persora des Königs – bei diesen Handlungen kann das Verfahren selbst aufgehoben werden.

b) Besonderer Teil

Schließlich kurz über die vom Entwurf geregelten Verbrechen. Eine sehr wichtige und im wesentlichen zum allgemeinen Teil gehörende Frage ist diejenige Lösung des Entwurfes, daß er bei den einzelnen Verbrechen ausschließlich die zumeßbare Maximalstrafe festlegt, das Minimum aber nicht. Auf diese Weise kann der Richter die Strafe seiner freien Einsicht nach anwenden.

Die liberal-individualistische Anschauung des Entwurfes wird gut durch die Tatsache widerspiegelt, daß unter den Handlungen des besonderen Teils zuerst die unterschiedlichen Fälle der Tötung behandelt werden. Die Strafe der vorsätzlichen Tötung ist lebenslängliches Gefängnis, wenn sie unter qualifizierten Umständen begangen worden ist. Solche, unter schwerere Beurteilung fallende Umstände sind: die verwandte Beziehung, Gewinnsucht, Lohnmord, Vergiftung, den Tod mehrerer Menschen verursachender Mord, mehrfacher Mord und der Rückfall. Wenn solche qualifizierte Umstände nicht bestehen, beträgt die Strafe 'nur' 18 Jahre Gefängnis, die bei gnadenloser Verübung bis zu 22 Jahren gesteigert werden kann.

Das Strafmaximum für in starker Gemütsregung begangenen Mord beträgt 12 Jahre Gefängnis. Bei unterschiedlichen qualifizierenden Umständen kann sich diese Zeit bis zu 18 Jahren erhöhen, bei besonders gnadenlosem Verwandtenmord bis zu 22 Jahren. Im Falle des sog. abgeschlossenen Versuchs dieser Handlungen kann sich die Sanktion bis zwei Drittel des gesetzlichen Maximums erstrecken. Einen interessanten Fall legt der § 130. fest: Mord auf

Verlangen; wenn jemand eine Person auf deren Verlangen umbringt oder wer jemanden zum Selbstmord überredet (vorausgesetzt, daß der Tod innerhalb 30 Tagen eintritt), beträgt die Strafe 4 Jahre Gefängnis – im Falle des abgeschlossenen, aber erfolglosen Versuches die Hälfte dessen.

Auffallende Lösung des Vorschlages ist, daß der Kindesmord nicht in seiner *sui generis delictum*-Form geregelt wird, sondern lediglich als ein Fall der Tötung. Der schwerste Tatbestand ist, wenn die Mutter ihren Säugling vorsätzlich umbringt (10 Jahre Gefängnis), wenn die Absicht erst bei Geburt aufkommt, ist die Strafe 5 Jahre. Voraussetzung ist, daß das Kind unehelich zur Welt kommt und seit der Geburt nicht mehr als drei Tage vergangen sind. Der Kindesmord wird also sichtlich als privilegiierter Tatbestand behandelt, aber nicht so wichtig erachtet, um ihn in einem selbständigen Tatbestand unterzubringen. Demgegenüber wird der Abortus in einem eigenen Abschnitt untergebracht, dessen Täter (ganz gleich ob es die Mutter, der Arzt oder eine andere Person ist) mit 3 Jahren Gefängnis, bei einer Frau die in Ehe lebt, mit 4 Jahren Gefängnis bestraft wird. Wenn bei einem von einer außenstehenden Person durchgeführten Abortus die Mutter stirbt, muß sich der Täter der vorsätzlichen Tötung verantworten. Diese eingehende Regelung unterstützt die Vermutung, daß in der ungarischen Gesellschaft bereits in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts diese Handlung eine herausragende Kriminalität aufwies, gegen die der Gesetzgeber in dieser Form kämpfen wollte.²¹ Ähnlich wird in einem selbständigen Abschnitt das Verbrechen der Kindesaussetzung geregelt, dessen Sanktionierung davon abhängt, was das Schicksal des Kindes geworden ist. Wenn es unverletzt blieb, 1 Jahr Gefängnis, wenn es verletzt wurde, 2 Jahre Gefängnis und wenn es gestorben ist, 4 Jahre Gefängnis.

Den ungarischen dogmatischen 'Traditionen' entsprechend gibt der Entwurf der Körperverletzung eine schöne, detaillierte Regelung. Die Tod verursachende schwere Körperverletzung wird mit

²¹ Der Abortus ist in Ungarn heute auch in internationalem Vergleich sehr hoch. Auf die 10 Millionen ungarischen Einwohner kamen 1970: 792287, 1980: 80.892, 1990: 90.394 registrierte und rechtmäßig durchgeführte Aborta. Vgl. Ungarisches Statistisches Jahrbuch 1994, Budapest.

4 Jahren Gefängnis belegt, wenn es zu Gliedverstümmelung oder Ausschaltung eines Sinnesorgans kommt, dann 3 Jahre, bei Knochenbruch oder anderer schwerer Verletzung 2 Jahre Gefängnis.

In einem selbständigen Kapitel, aber eng an die Körperverletzung angeschlossen behandelt der Entwurf eine häufig auftretende 'ungarische' Verbrechenart, die Schlägerei. Die Verübung erfolgte zumeist in Wirtshäusern und da die konkreten Tatbestände nur schwer reproduzierbar sind, der Ausgang aber nicht selten tödlich, war die Regelung entschieden, aber dennoch elastisch. Es wird allgemein festgelegt, wenn bei einer Schlägerei ein Todesfall erfolgt, dann wird der Täter wegen Mord oder Totschlag bestraft. Die Regelung des am häufigsten auftretenden Falles ist folgende: wenn der Verletzte so stirbt, daß nicht festgestellt werden kann, wer ihm die tödliche Verletzung zugefügt hat oder aber die Wunden zusammen den Tod verursacht haben, dann werden die allgemeinen Regeln der fahrlässigen Tötung angewandt (maximum 4 Jahre Gefängnis). Logisch kann zu diesem Handlungstyp auch die Beurteilung des Duells gereiht werden. Der Gesetzgeber verurteilt vollkommen diese aus dem Mittelalter verbliebene Handlung und verfügt, daß der 'Sieger' als Mörder zu betrachten ist, wenn es nicht darum geht, sind bei der Beurteilung die Regeln der fahrlässigen Tötung maßgebend.

Unter der Regelung der Vermögensdelikte ragt der Diebstahl hervor. Der liberalen Auffassung entsprechend ist die Bestrafung humaner als im ständischen Strafrecht. Die Beurteilung folgt zwei Hauptgesichtspunkten: der einfache Diebstahl und dessen qualifizierte Formen. Im Grundfall des Diebstahls hängt die Differenzierung ausschließlich von der Höhe des entwendeten Wertes ab: unter der Wertgrenze von 10 Forint sechs Monate Haft, zwischen 10 und 50 Forint 1 Jahr Gefängnis, zwischen 50 und 300 Forint 3 Jahre Gefängnis und schließlich über 300 Forint 5 Jahre Gefängnis beträgt das Maximum der Sanktion. Wird irgendein qualifizierter Fall erschöpft, kann die Strafe auch unter 10 Forint schon 1 Jahr Gefängnis betragen und schließlich über 300 Forint auch bis zu 8 Jahren erhöht werden.

Der Gesetzgeber erwähnt zwei Formen der qualifizierten Variante: wenn der Dieb mit einer Waffe oder einem anderen, zur Tod-

verursachung geeigneten Gegenstand die Tat begeht, und wenn er mit Gewalt oder hinterlistig in das Haus, den Hof, das Zimmer einbricht, wo er den Diebstahl begeht. Ein schwerer qualifizierender Umstand ist, wenn der Diebstahl in der Kirche begangen wird, wenn der gestohlene Gegenstand öffentliches Eigentum darstellt, wenn die Tat bei öffentlichem Notstand erfolgte, wenn landwirtschaftliche Gegenstände entwendet wurden, wenn der Dieb einen Nachschlüssel verwendete usw. Die bei Diebstahl theoretisch zumeßbare höchste Strafe beträgt 12 Jahre Gefängnis, dazu kann es dann kommen, wenn der Diebstahl in Verbrechensgemeinschaft begangen wurde, dann ist nämlich das anderthalb der oben erwähnten Strafe zuzumessen, die Strafe kann aber 12 Jahre nicht überschreiten.

Schließlich noch kurz zu einem Handlungstyp, der in der Welt des ständischen Strafrechtes einen zentralen Platz einnimmt: die Untreue. Der Entwurf bringt das Verbrechen am Ende unter und weih ihm ganz lakonisch nur drei Absätze. Da das ständische Strafrecht eine Reihe von Handlungen unter diesem Titel behandelte, die nur in sehr loser logischer Verbindung miteinander standen, kamen entscheidend politische Gesichtspunkte zur Geltung. Der Vorschlag von individualistischer Anschauung formuliert bei diesem Titel im wesentlichen eine einzige Straftat, den Landesverrat, der mit lebenslänglichem Gefängnis zu ahnden ist.

FRAGESTELLUNGEN IN DER UNGARISCHEN STRAFRECHTSKODIFIKATION IM 19. JAHRHUNDERT

Die Problematik der ungarischen Strafrechtskodifikation hatte *ab ovo* eine schwere Last, die sehr lange mitgeschleppt hat. Das war eine *a priori* Voraussetzung betreffend der Kodifikation, die bis hinein des 19. Jahrhunderts gar nicht ausdrücklich reflektiert worden war: Das war die Kodifikation selbst. Materiellrechtlich gesehen nicht nur das Strafrecht war anbelangt dabei, sondern auch das Privatrecht (das bis sogar dem 20. Jh., 1959 nicht kodifiziert wurde, nur in kleineren Teilen, wie Handelsrecht, Eherecht usw.), jedoch im Falle der kriminellen Tatbestände die Unkodifiziertheit verursachte eine Reihe von gesellschaftlich-politischen Problemen, infolge einfach der Rechtsunsicherheit. Was im Mittelalter noch ab und zu Mal angenommen worden war, dass die Gerichte im Lande fast nach Instinkten, höchstens nach dem ortsgemäss üblichen Gewohnheitsrecht die Rechtspflege übten, wurde in der Neuzeit unhaltbar. Es war in kleiner Straftaten kein Problem, dass Gerichte in den zipsser Städten in Nordungarn andere Urteile fielen, als in einem Bauerndorf in der ungarischen Tiefenbene, dass aber die völlig verschiedene Beurteilung des Diebstahls eines Pferden – d. h. die strafrechtliche Bewertung genau desselben Tatbestandes – im Lande ganz anders bemessen wurde, von der Todesstrafe bis einer winzigen Geldstrafe, war lange nicht akzeptabel. Das war mindestens die Auffassung der sog. liberalen Intelligenz im 19. Jh.

Die erste Fragestellung war also die Reflexion der Notwendigkeit auf der strafrechtlichen Ebene. Das verstand sich damals gar nicht von selbst. Die Nützlichkeit, eine Gesellschaft durch einheitliches Strafgesetz zu regulieren, war ein Erkenntnis des feudal absolutistischen Staates überall in Europa – abgesehen jetzt von England. Im kontinentalen Europa fast die sämtlichen Länder wurden

seit dem 17. Jh. absolutistisch regiert, und zwar nicht ergebnislos. Wie in Frankreich so auch in den vielen deutschen Ländern konnten aber diese Regierungen diese Modernisation als einheimische Monarchen durchführen. Diese Entwicklung entbehrte gar nicht die Opfer, die in der Alleinherrschaft der Könige die alten guten Gewohnheiten für gefährdet sahen – und diese Annäherung war völlig begründet. Die Herrscher in Europa hatten zu diesen Zeiten wirklich eine absolute Macht, und regierten sehr gerne ohne Mitwirkung der Stände (cf. Frankreich: eine Vakanz der *Etat's* *Generaux* 1615 bis 1789).

In Ungarn regierten seit etwa 1526 Habsburger Könige, die diesen Titel als zweitrangig betrachtet haben, so sie wohnten praktisch nie in der Hauptstadt des Landes (Buda), so auch das Land hatte sie nie als einheimischen Könige angenommen. Als die Notwendigkeit der vernachlässigten ungarischen Strafgesetzequellen im 18. dann im 19. Jh. immer klarer wurde, sah man das erste, sehr schwere Problem vor sich, nämlich die Tatsache, dass die Modernisation des Strafrechts von Wien motiviert wurde. Von dem Zentrum der Gewalt, wobei um Gewaltentrennung natürlich noch gar nicht die Rede war. Was aber aus Wien kam, war zugleich: verdächtig. Für die Patrioten war sehr schwer anzunehmen, dass ein Modernisierungsprogramm (Ursprung: Wien) kann an sich die Entwicklung der ungarischen Gesellschaft, die Rechtskultur bevorzugen. Es weht also im 18–19. Jh. ein sehr starker Gegenwind betr. der Strafrechtskodifikation. Dieser nationale Gegenstand war so massiv, dass keine Gesetzesvorschläge bis 1848 als gültiges Recht angenommen worden waren. Dabei handelten sich natürlich auch um andere Fakten, wie die selten zusammengerufenen Reichstage, die wenigen aber unentbehrlichen Rechtskundigen, die praktisch spätmittelalterliche Rechtskultur etc. Kurz, und gut: Die ungarische politische Elit, die Adelligen im Allgemeinen, hielten gar nicht zu wichtig, das Strafrecht kodifiziert zu haben. Diese mal passive mal aktive Opposition war genügend, die erfolgreiche Strafrechtskodifikation bis 1878 aufzuhalten. Die Ungarn waren einfach nicht begeistert von dem Phänomen der Kodifikation: Die erste Fragestellung wurde also stillschweigend beantwortet, dass die Strafrechtskodifikation wahrscheinlich ein neuerer deutscher Versuch, das Land zu kolo-

nisieren, die Verwirklichung der Kodifikation ist also so lange wie möglich zu sabbottieren. Ich betone aber, dass dieses Verständniss ein grösstenteils unreflektiertes Verhalten war.

Die zweite Fragestellung war schon ein Haufen von konkreten fachlichen Lösungen, eine Hauptfrage hatte sich aber herausgehoben: die Methode. Da man mit der Strafrechtskodifikation sich unbedingt beschäftigt zu haben (infolge des hartnäckigen königlichen Willen), blieb als Frage nur noch: wie die Kodifikationstätigkeit durchzuführen ist? Ein entsprechendes Justizministerium existierte natürlich noch gar nicht, das einen Gesetzesvorschlag vorbereiten können hätte, wäre aber wahrscheinlich auch die ungarische Regierung (seit 1723: *consilium regium locumtenentiale Hungaricum*) für ein solches Haldel nicht tauglich gewesen. Es blieb also nichts anderes, als Kommissionen ins Leben zu rufen, um für einen nächsten Reichstag (dessen Zeitpunkt immer völlig unsicher war) ein *operatum* vorzubereiten. Das waren die sog. systematischen Ausschüsse (*commissio systematica*). Die Geschichte der ungarischen Strafrechtskodifikation ist also die Geschichte dieser Kommissionen. Die ungarischen Strafgesetzentwürfe können also praktisch als Ergebnisse der Kodifikationstätigkeit *deputationum regnicolarum* (1790–1843) betrachtet werden. Diese Deputationen, deren Mitglieder waren immer von einem Reichstag zusammengestellt und mit dem erwähnten Mandat versehen. Das sind also öffentliche, Reichstagskommissionen gewesen.

Auf dem Reichstag von 1712–1715 wurde ein fast kompletter Strafgesetzentwurf behandelt.¹ Sein Verfasser hiess Bencsik Mihály, Professor des heimischen und römischen Rechtes an der damals einzigen ungarischen Universität zu Nagyszombat (heute: Trnava/Slovakei). Der Reichstag hat mehrere Ausschüsse ins Leben gerufen, um das Zustandekommen der Gesetzentwürfe zuzuhelfen. Die Handlungsmethode, konkrete Themen durch Reichstagskommissionen herausarbeiten zu lassen, konnte nur

¹Der berühmte Rechtshistoriker Bónis György (1915–1985) als junger Forscher schrieb und publizierte über diesen Kodifikationsversuch eine sehr gut gelungene Abhandlung; er apostrophierte dieses *operatum* bereits im Titel seiner Arbeit als ‘Der erste Vorschlag des ungarischen Strafgesetzbuches im Jahre 1712’, Budapest, 1934.

nach heftigen Debatten empfangen werden. In den meisten Ausschüssen waren die Mitglieder ziemlich ratlos:² Was ist eigentlich zu tun? Nicht in allen 'Arbeitsgruppen' gab es einen so kreativen Menschen, als in der strafrechtlichen. Obwohl auch die anderen Ausschüsse haben wichtige Aufträge gehabt (Gegenstände waren: Reform der allgemeinen Verwaltung, Militär- und Finanzwesen, sowie der Jurisdiction), nur die strafrechtliche Kommission konnte einen Gesetzesvorschlag verfertigen. Wie gesagt, das ist einer konkreten Person zu danken. Das ist zu betonen, weil das Ergebnis seiner Arbeit ist aus dieser Sicht gesehen noch nicht als 'Gruppenarbeit' zu betrachten. Es ist nicht die Aufgabe dieses Aufsatzes hier den Gesetzesvorschlag von Bencsik zu bewerten, ich möchte bloss erwähnen, dass dieser Entwurf ein sehr gut gelungener Versuch war zur Vereinheitlichung damaliger ungarischer Strafrechtspraxis; ein Kompromiss zwischen alten heimischen Strafgewohnheiten und zeitgenössischer deutscher Strafrechtspflege bzw. Strafgesetze.³ Zwar der Reichstag den Vorschlag mit wenigen Modifikationen angenommen hat, wurde trotzdem kein Gesetz; warum, es ist von den überlieferten Dokumenten kaum herauszunehmen.

Bedeutende Gesetze, die durch eine Kommissionsarbeit gegeben hätten, sind nicht verabschiedet worden. In der Tat war das ganze 18. Jahrhundert vorbei, ohne Kodifikationstätigkeit seitens des Reichstags auszuüben. Erst gegen Ende des Jahrhunderts, auf den Einfluss der französischen Revolution hat der König den ungarischen Reichstag zusammengerufen, wo ein wichtiger Gesetz (1791:67) über die Errichtung von sog. systematischer Kommissionen (*commissio systematica*) gegeben wurde. Von nun an fängt die effektive und wirkliche Kommissionsarbeit des Reichstages.

² Cf. Die Reichstagsnotizen des Ablegaten Lányi Pál aus dem Komitat Gömör. Handschriftsammlung des Ungarischen Nationalmuseums, Quart. Lat. 378.

³ Eine wichtige Quelle war die sog. *Ferdinanda*, die Halsgerichtsordnung für Niederösterreich (1656), die auf Latein übersetzt (*Praxis Criminalis*) und in die Appendix der ungarischen Gesetzessammlung (*Corpus Juris Hungarici*) aufgenommen und in jeder Ausgabe derselben bis 1844 (seit diesem Jahr galt die ungarische als Amtssprache anstatt dem Lateinischen) erschienen worden war.

1. DER ERSTE SYSTEMATISCHE AUSSCHUSS

Der oben erwähnte Gesetzesartikel hat die Kommissionen mit dem Auftrag ins Leben gerufen, für die Sachen, die bis dahin am Reichstag nicht bis Ende behandelt wurden, bis zum nächsten Reichstag⁴ zu tagen und Vorschläge herauszuarbeiten.⁵ Die *deputationes regnicolares* zu organisieren anfang der Palatin, Präsident des Reichstages.⁶ Das Gewicht der Frage zeigt, dass er mit den wichtigsten politischen Persönlichkeiten (Kanzler, *iudex curiae, personalis, primas*) gehandelt hat, und die vorgeschlagenen Ablegaten wollten am Anfang den Auftrag nicht auf sich nehmen, weil es zu sehen war, dass die Tätigkeit sehr zeitraubend ist. Nach den erfolgreichen palatinalen Vorbereitungshandlungen hat die Hofkonferenz (Wien, 28. Nov. 1790) die Zusammentat der Kommissionen akzeptiert und einen Auftrag der Diät gegeben, die konkreten Aufgaben zu formulieren und damit die Ausschüsse zu beauftragen. Der Reichstag hat an einer gemeinsamen Tagung (7. Febr. 1791) diese Aufgaben behandelt; die heftigste Debatte handelte sich um die Rehabilitation der Orden. Die kirchlichen Orden waren nämlich von II. Joseph abgeschafft worden, und jetzt nach seinem Tode eine Möglichkeit öffnete, diese traditionsreiche kirchliche Institutionen wieder lebendig zu tun. Die Diät hat am nächsten Tag die Namenliste der Ausschüsse approbiert; AlsPrinzip galt die Proportionalität, d.h. der Gesichtspunkt, dass die politischen Kräfte, die *status et ordines* etwa gleiche Positionen haben.

⁴ Der Zeitpunkt war naturgemäss völlig unsicher, obwohl selbst das Gesetz den Ort und die Zeit der folgenden Ständesammlung bestimmt hat, nämlich zu Buda für das Jahr 1792. Weder an diesem Reichstag noch an den nächsten (1796, 1802, 1805 etc.) gerieten die *elaborata* dieser Kommissionen auf die Arbeit des Reichstages.

⁵ So hiess es nach dem Praeambulum des Artikels: *Pro elaboratione systematica publico-politicorum et judicialium negotiorum, aliorumque objectorum, quae hac diaeta terminari non poterant, deputationes ordinantur, et deputati denominantur.*

⁶ Nach der alten ungarischen (historischen) Verfassung war der Palatin (*nádor*) die erste Hoheit nach dem König; Er war der Präsident neben dem Reichstag auch der damaligen Regierung (*consilium regium locumtenentiale Hungaricum*), sowie des obersten Gerichtshofes (*Curia Regis*).

Nach dem erwähnten Gesetz wurden neun Kommissionen errichtet: die *deputatio publico-politica, contributivialis, urbarialis, commercialis tricesimalis, montana et monetaria, juridica*,⁷ *litteraria, ecclesiastica*, endlich ein Ausschuss zur Herausarbeit der Bitten und Verletzungen des Landes (*deputatio elaborandorum postulatorum et gravaminum regni*). Der Gesetzesartikel hat bei der *deputatio juridica* ausdrücklich die Aufgabe formuliert, ein Strafgesetzbuch zu verfertigen. Im Zusammengleich mit den anderen Kommissionen – die im Allgemeinen konkrete, zu lösende Sachen bekommen haben – ist ganz klar, dass das Gesetz allein für diese juristische *deputatio* eindeutige Kodifikationsaufgaben gegeben hat: und zwar nicht nur strafrechtliche, sondern auch privatrechtliche und in gemischten Themen.⁸

Die *deputatio juridica* hatte 21 Mitglieder, ihr Präsident war Landesrichter (*országbíró*) Graf Karl von Zichy, der engagierter Anhänger der Reformideen war. Viele von den damaligen Obersten Gerichtshof bekamen einen Platz im Ausschuss, es ist also zu sagen, dass die *deputatio juridica* nicht aus Laien oder einfachen Politiker/Grundbesitzer bestand, sondern mehrheitlich aus Leuten, die sich hauptberuflich mit Rechtspflege beschäftigt haben. Die Mehrheit der Kommission bekannten aufgeklärte Gedanken, es gab aber natürlich auch diejenige, die die Bestrebungen des Adeltums vertraten. Die persönliche Zusammenstellung der *deputatio* war trotzdem nicht ideal, besonders weil von den Professoren der

⁷Die Arbeit dieser Kommission wurde bereits monographisch aufgearbeitet: Hajdu, Lajos: Der erste (vom Jahre 1795) ungarische Strafgesetzentwurf, Budapest 1971 (in Folgendem: Hajdu, Strafgesetzentwurf).

⁸Die *deputatio juridica* hatte enzyklopädische Aufträge: *Coordinatio iudiciorum dicasteriorum regni, partiumque eidem annexarum et cunctorum fororum judicialium. Emendatio processualis ordinis, in quantum illam seu major celeritas processuum, juncta tamen sufficienti securitati colligantium, seu vero majus sumptuum compendium postulare. Projectum nonnullarum utilium legum civilium, quae forte ad pleniorum possessorum securitatem procurandam, aut obturandos fontes ex quibus inanes lites oriuntur, aut denique conciliandam praeexistentibus legibus majorem perspicuitatem, pertinebunt; quo proinde spectat etiam ita dictarum decisionum curialium discussio. Elaboratio codicis criminalis. Orphanalium rerum manipulatio, habita eatenus, in quantum cum publicum nexum habeat, cum commissione publica cointelligentia. Leges item in negotio cambiali et navigationis.*

damaligen fünf juristischen Hochschulen niemand eine Einladung bekommen hat. Das war deshalb ein schweres Problem, weil das doktrinäre Wissen des Ausschusses sehr niedrig war, die Ergebnisse der zeitgenössischen Rechtswissenschaft höchstens oberflächlich kannten, so eine Kodifikationsproduktion das europäische Niveau nur schwer erreichen konnte.

Der juristische Ausschuss hat vier Jahre lang gearbeitet; er hatte insgesamt 138 tagungen, und davon mindestens 35 zur Zeit des *juristitium* (Gerichtsstillstand). Dass heisst, dass die Kodifikatoren (darf ich die Mitglieder der *deputatio* so apostrophieren), die alle *homines possessionati* waren, haben sich Ende Mai bis Mitte November nur mit Steuerung ihrer Besitze beschäftigt. Sie konnten erst im Rest des Jahres an der kodifikatorischen Arbeiten teilnehmen. Aber die Lage war noch schlimmer dadurch, dass die Mehrheit der Kommission war wirklich Richter und hatten oft noch sonstige Aufträge, sie hatten folglich sehr wenige Zeit zur Kodifikation. Effektive Arbeit haben nur wenige ausgeübt; vor allem die zwei Richter, die die sog. Urentwürfe formuliert haben.⁹

2. DER ZWEITE SYSTEMATISCHE AUSSCHUSS

Der Zeitalter der napoleonischen Ära war gar nicht geeignet, rechtswissenschaftliche, sogar legislatorische Reforme durchzuführen. Der ungarische Reichstag, der vom Mittelalter her das Recht hatte, zusammen mit dem König Gesetze zu verabschieden, war zu dieser Zeit fast überhaupt nicht herbeigerufen worden. Eine ständische Vertretersammlung hatte damals natürlich keine Möglichkeit, Tagungen selbst zu halten. Der erste bedeutende Reichstag Ungarns im 19. Jh. wurde in den Jahren 1825–27 in Pressburg gehalten. Diese Tagung trägt in der heimischen historischen Literatur als erster Reformreichstag bezeichnet. Die Deputate hatten sich mit sehr vielen Sachen beschäftigt, und es war am Ende auch ein kurzes Gesetz über die Aufstellung einer kodifikatorischen Kommission verab-

⁹ Szirmay Antal und Reviczky József.

schiedet.¹⁰ Diese Deputation hatte den Auftrag, für den nächsten Reichstag die kodifikatorischen *elaborata* einer früheren Kommission zu überprüfen und zu verbessern, um mit möglichst modernisiertem Inhalt neue Gesetze schaffen zu können. Die einzelnen Rechtsmaterien bearbeiteten verschiedene Subdeputationen. Die *subdeputatio juridica criminalis* hatte ihre Arbeit zum Jahreswende 1829/30 im Grunde genommen verfertigt. Das Schicksal dieses Entwurfes war ähnlich wie der anderen: Der ungarische Reichstag hatte nicht gehandelt und so selbstverständlich auch nicht verabschiedet.

Der ‘Grundstoff’, der Entwurf vom Reichstag des Jahres 1792 entsandten *deputatio juridica* ist ein sehr gründlicher und detaillierter Gesetzentwurf, der völlig im Zeichen der Aufklärung steht. Sein wichtigster Zug besteht darin, dass er von den ständischen Unterschieden im Grunde absieht, also auf die theoretischen Grundlagen der abstrakten staatsbürgerlichen Rechtsgleichheit baut. Das *elaboratum* enthält in materiellrechtlicher Hinsicht auch noch keinen methodisch behandelten allgemeinen Teil, legt in seiner Einleitung aber in 23 Punkten sog. Grundprinzipien fest. Noch davon legt es eine markante strafrechtliche Maxime der Aufklärung fest, die Bindung des Richters an das Gesetz.¹¹ Man kann auch das Prinzip *nullum crimen sine lege* wahrnehmen: „Das Verbrechen ist die aus freiem Willen begangene Verletzung des Strafgesetzes.“ Dass es sich hier um das erwähnte berühmte Prinzip handelt, darüber lässt der Entwurf keinen Zweifel, denn die Inkrafttretungsverfügung besagt eindeutig, dass mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes jede frühere Strafrechtsregel ihre Gültigkeit verliert – die Beziehung der Rechtsquellenlehre ist also eindeutig, ja es wird sogar bezüglich des Verbotes der rückwirkenden Geltung verfügt. Der Entwurf beschäftigt sich in seinen Grundprinzipien u.a. mit der Frage der

¹⁰Francisci decr. a. 1827. Art. 8. *Systematicorum operatorum deputationalium ulterior pertractatio ad proximam diaetam prorogatur*, in: CJH Tomus 1740–1835, Budapest 1901.

¹¹Die Richter werden gemäss den in diesem Kodex enthaltenen Gesetzen wortwörtlich verpflichtet: *Judices verbis legum in codice hoc contentarum ad literam obstringuntur; neque eas arbitrarie interpretari, earundemque sensum sic extendere, sive restingere liberum erit.*“ Hajdu, Strafgesetzentwurf, S. 389.

Zurechnung, mit dem Rückfall, mit der Problematik des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, mit dem Versuch, der Mittäterschaft und dem Zweck der Strafe.¹²

Nach der Scheiterung des Kodifikationsversuches musste viele Jahre gewartet werden, um die Idee der Nötigkeit zur Schaffung eines Strafgesetzes wieder aktuell wurde. Erst am Reichstag von 1825–27 ist der Gedanke aufgeworfen, die fast vergessenen Vorschläge der früheren Kommissionen herauszunehmen und zu handeln. Nach der mehrheitlichen Meinung waren aber diese Werke ziemlich überholt, sie sollten aktualisiert werden. Die Idee lag neulich an der Hand, mit der Modernisierungsarbeit die *systematicae commissiones* zu beauftragen. Da diese Aufgabe selbstverständlich eine sehr zeitraubende Tätigkeit war, die Verfertigung der neuen Gesetzentwürfe – nach der damaligen Gewohnheit – auf den nächsten Reichstag verschiebt worden war.¹³ Das Gesetz hat eigentlich nur eine Kommission (*deputatio*) wieder aufgestellt, die in mehreren (insgesamt neun) Unterkommissionen (*subdeputationes*) eingeteilt worden ist. Die Aufgabe war lakonisch formuliert: Die Kommission soll die ‘systematischen Arbeiten‘ der vom erwähnten Gesetz (1790/91:67) aufgestellten Kommissionen beurteilen, dann ein Gutachten darüber fassen und dies dem nächsten Reichstag einbringen.¹⁴ Das Gesetz blieb auch für diesmal schuldig, mindestens die Prinzipien zur Kodifikationsarbeit anzugeben; es hat bloss die

¹²Der Entwurf regelt die Institutionen der allgemeinen und speziellen Prävention und verurteilt klar die Rache: *Poenae cuiuslibet finis quoad delinquentem est: ut aut idem emendetur, aut si emendari nequit, ulterior nocendi facultas ipsi adimatur. Quoad vero publicum, poenarum finis exemplum est, ut videlicet metu poenae a delinquendo alii absterrenatur. Vindicta igitur in nullo casu poenae objectum esse potest, semperque legum sanctitatem dedecet.*

¹³So hiess es im Titel des Gesetzesartikel von 8:1827: *„Systematicorum operatorum deputationalium ulterior pertractatio ad proximam dietam prorogatur.*

¹⁴*Pertractatione elaboratorum, in sequelam articuli 67:1791. systematicorum operum, velut negotio summi momenti et gravium consecratorum, longiorem deposcente deliberationem. [...] numerosiorem deputationem emittendam decreverunt, quae semet in subdeputationes partiendo, memorata operaexpandat – juxta principia praecitati articuli 67:1791 pertractet – opinionemque suam, tum relate ad ipsa deputationalia elaborata, tum vero projectandos articulos, motivis suffultam, affuturis comitiis exhibeat.*

Mitglieder (namentlich) des Ausschusses, sowie den Ort der Tagung (Pest)¹⁵ fixiert.

Der sog. systematische Ausschuss hat seine Arbeit am 22. Januar 1828 im Festsaal des Károlyi-Hauses (Palast eines Magnaten) angefangen. Der Präsident der Kommission, der Palatin Erzherzog Joseph von Habsburg hat in seiner Öffnungsrede die Kodifikatoren ermutigt, in ihrer Arbeit die Mangelhaftigkeiten offen zu bestimmen, ohne die alten (insbesondere die ständischen) Institutionen zu ändern. Die konservativen Kräfte waren sehr stark: Selbst der Kanzler Reviczky war der Meinung, die Kodifikationstätigkeit sei überflüssig, sogar schädig. Die Arbeit der Kommission stand vom Anfang an unter Kontroll eines Geheimpolizisten, offiziell Hofrat (namens Ferstl). Er berichtete fließend den König über den Stand der Arbeit.

Es funktionierten also insgesamt neun Kommissionen. Die *subdeputatio juridica* hat ihre erste Sitzung am 28. Januar 1828 gehalten, und waren zu elften. Unter den Mitgliedern war ein Bischof, ein Domherr, Richter, sowie Komitats- und königliche Stadtablegaten. Sie haben die Aufgabe, in fünf Themen Gesetzentwürfe zu formulieren; Den Strafgesetzentwurf mussten Szutsits József (Ablegat vom Komitat Bács) und Asztalos Pál (Komitat Máramaros) verfertigen. Ende des Jahres waren sie mit der Arbeit fertig; Die *subdeputatio juridica* hat diesen Entwurf ab 20. Dezember 1828 gehandelt, und nur sehr wenig verändert. Die Gesamtkommission hat erst am 13. Januar 1829 zusammengesessen, und die Debatte

¹⁵Die erste systematische Kommission hatte ihre Arbeit 1792 nicht in Pest, sondern mehrheitlich in Buda ausgeübt. Es ging da um eine prinzipielle Frage: Pest und Buda lagen nicht einfach geographisch gegenüber einander beider Seite der Donau; Buda war der Sitz der königlichen Macht (und ihres Vertreters, des Palatins), in Pest residierten aber die Ämter der Stände bzw. des Landes, wie etwa der oberste Gerichtshof. Die königliche Entscheidung, dass der Ausschuss in Buda tage, war sehr unpraktisch, pur politisch (N.B. Die Palatins Vorstellung war umgekehrt): Während der anderthalb jährigen Arbeit des Reichstages war im Lande ein Gerichtsstillstand, die *Curia* (der oberste Gerichtshof mit zwei Tafeln) hatte sehr viel zu tun, sie konnte trotzdem kaum arbeiten, weil die Mehrheit ihrer Mitglieder geriet in die *deputatio juridica*, und nach diesem königlichen Befehl musste sogar (querend die Donau, worauf noch keine feste Brücke stand) in einer anderen Stadt eine kodifikatorische Tätigkeit ausüben.

über den Strafkodex nur am Ende des Jahres, am 28. Dezember 1829 angefangen. Es gab auch hier sehr wenige Probleme, und der Entwurf am 14. Januar 1830 mit einigen Modifizierungen empfangen wurde.¹⁶

Das Schicksal der Gesetzentwürfe war danach sehr interessant. Da inzwischen bekannt wurde, dass das nächste Reichstag im Jahre 1832 zusammengerufen wird, die durch die Presse (in Pressburg) vervielfältigte Exemplare der Kommissionsarbeiten an die Komitee und königliche Städte zugeschickt worden waren, um diese zu debattieren und sich vorzubereiten, am Reichstag Gesetze zu geben. In den Komiteen wurden diese *elaborata* sehr gründlich analysiert,¹⁷ an der erwähnten Diät (1832–1836) konnte trotzdem davon kein Gesetz gegeben werden.

3. DER DRITTE VERSUCH

Weder aus dem Entwurf von 1795 noch von 1830 – da sie dem Reichstag nicht unterbreitet worden sind – wurde kein Gesetz, und es vergangen mehrere Jahren, bis ein neuerer entstand. Das Gesetz V des Jahres 1840 stellte erneut eine Landeskommission auf, um ein modernes und in jeder Hinsicht auf neue Grundlagen gestelltes Strafgesetzbuch auszuarbeiten. Die Deputatio hat ihre Sache gewissenhaft erfüllt und legte sogar drei Gesetzesvorschläge dem ungarischen Reichstag vor: einen über das materielle Recht, einen über das Verfahrensrecht und einen über die Reform des Gefängniswesens. Was das Schicksal der Vorschläge anbelangt, es sei im

¹⁶Ferstl hat am 24. Januar 1830 seinen Gesamtbericht datiert.

¹⁷Es gibt wenige, aber sehr wichtige und gute Aufarbeitungen von den Komiteesdebatten; Cf. Bez. Komitat Zala: Béli, Gábor – Molnár, András: „Javitva változtatni“ Deák Ferenc és Zala megye 1832. évi reformjavaslatai [„Verändern durch Verbesserung“ Reformvorschläge von Deák Ferenc und Komitat Zala vom 1832], Zalaegerszeg, 2000, sowie bez. Komitat Békés: Völgyesi, Orsolya: Politikai-közéleti gondolkodás Békés megyében a reformkor elején. A rendszeres bizottsági munkálatok megyei vitái 1830–1832 [Politisch-gesellschaftliches Denken im Komitat Békés am Anfang des Vormärz. Die Komiteesdebatten der Kommissionsarbeiten 1830–1832], Gyula, 2002.

vornherein bemerkt, dass aus diesen drei Entwürfen ebenfalls kein Gesetz entstand: der materiell-rechtliche und der verfahrensrechtliche Entwurf wurde von der unteren Tafel zwar noch angenommen, von der oberen aber nicht mehr, lediglich der das Gefängniswesen behandelnde Entwurf durchlief beide Tafeln des Parlamentes, wurde aber vom Herrscher nicht gebilligt unter der Begründung, dass es sinnlos wäre, mangels obiger zwei Gesetze ein neues Strafvollzugssystem ins Leben zu rufen.

Die Verfertigung der Entwürfe wurde von den hervorragendsten Juristen und Politikern der ungarischen Reformzeit übernommen, die europäisch gebildet waren und die ungarische Rechtskultur auf höchster Ebene vertraten. Diese Entwürfe sind mit dem Namen von Ferenc Deák verbunden, unserem ersten Justizminister (1848) und Schöpfer des sog. Ausgleichs mit Österreich von 1867, daneben aber wirkten daran auch solche Persönlichkeiten mit, wie Bertalan Szemere (der erste Innenminister, 1848), Freiherr József Eötvös (erster Kultusminister, 1848), László Szalay und Ferenc Pulszky. Der 1843 behandelte Gesetzesentwurf erschien noch im gleichen Jahr in Leipzig in deutscher Sprache, worüber sich auch Professor K. J. A. Mittermaier anerkennend ausserte.

Der materiellrechtliche Gesetzesvorschlag von 1843 vertrat inhaltlich die damals in Deutschland bereit schön ausgearbeitete Dogmatik. Der Text wurde in zwei Abschnitte eingeteilt: Allgemeine und besondere Bestimmungen der Verbrechen. Es ist aus dem allgemeinen Teil herauszuheben, dass die Todesstrafe und die entehrenden Strafen praktisch abgeschafft worden waren und in der Mitte des Sanktionensystems die Freiheitsstrafen standen. Durch diesen sehr eleganten, weitgehend liberalen Gesetzesentwurf auf einem europäischen Niveau von seiner Dogmatik und seines Inhalts wurde die strafrechtliche Grundlage der modernen, bürgerlichen Gesellschaft in Ungarn verwirklicht.

STRUKTURWANDEL IN DER STRAFRECHTSDOGMATIK ZUR ZEIT DES VORMÄRZ

Ob man über Strafrechtsdogmatik, oder noch allgemeiner: über Strafrechtswissenschaft sprechen kann, ist geschichtlich gesehen ein relativ neues Phänomen. Im Mittelalter verstand man *iurisprudentia* eigentlich zwei Sachen: Zivil- und Kanonisches Recht. Auch Dokortitel konnten nur von den beiden (Rechts)Gebieten verliehen werden: *doctor decretorum* und *doctor legum*, oder beides: *doctor iuris utriusque*.¹ Mit dem Strafrecht hat man sich weitgehend nicht als Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Interesses beschäftigt. Erst die Neuzeit hatte eine radikal neue Annäherung genommen, und versuchte Schritt für Schritt die Rechtsinstitute und die Struktur des Strafrechts herauszuarbeiten.

Die Untersuchung der Strafrechtsdogmatik ist deshalb aufschlussreich, weil der Aufbau der legislatorischen Entwürfe auch den Entwicklungsstand des zeitgenössischen Rechtsdenkens widerspiegelt. Die Dogmatik hat selbst also im allgemeinen keine selbständige kreative Kraft, sie kann aber als ein zuverlässiges Indiz zum Studieren der Strafrechtswissenschaft wahrgenommen werden.

1. DER VORMÄRZ IN UNGARN

Unter Vormärz versteht man in Ungarn die Epoche der gesellschaftlichen Modernisierung vor 1848, d. h. die sog. Reformzeit, die besonders aus rechtsgeschichtlicher Sicht im weiteren Sinne zu verstehen ist (1790–1848). Diese Annäherung stimmt also beson-

¹ Vgl. Köbler, G.: Juristenausbildung (Stichwort), in: HRG 2, 484.

ders für die Betrachtung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung mit besonderer Hinsicht auf das Strafrecht. Der Umbruch der auf ständischen Gründen stehenden damaligen ungarischen Gesellschaft war in rechtlichen Rahmen abgepielt. Das musste von mehreren Ursachen so geschehen. Völkerrechtlich und verfassungsrechtlich gesehen gehörte Ungarn ab 1526 bis 1918 zur Habsburg-Monarchie.² Dieses Verhältnis war zwar natürlich nicht problemlos, aber man kann auch aus heutiger Sicht offen sagen, dass die österreichischen Herrscher in der Regel die ungarische ständische Verfassung akzeptiert hatten. Das ungarische Königreich gehörte eigentlich nie zu den sog. Erbländern, sodaß Ungarn wie immer nach seinen eigenen Rechtsquellen leben konnte. Wien war nicht immer gegen die Modernisierung des Landes, sondern umgekehrt: Es gibt eine Reihe von Beispielen, wobei fortschrittliche Gesetzesvorschläge der Könige an der Opposition der ungarischen Stände gescheitert sind.

Die Zeit des ungarischen Vormärz war auch im Abendland eine sehr lebendige Epoche, die Spezialität war hier aber es, dass alle Probleme im Rahmen der österreichischen Monarchie gelöst werden mussten. Die unvermeidbaren Fragen der gesellschaftlichen, politischen, aber auch die wirtschaftlichen Entwicklung wurden in rechtlich formulierter Art gestellt, weil die erwähnte Kontak zwischen Wien und den ungarischen Ständen diese Kommunikation bevorzugte. Das Leben des Landes war teils durch Gesetze, teils durch das Gewohnheitsrecht geregelt. Beide Rechtsquellen waren legitim, jedoch nur über die erste konnte die Politik verfügen. In der Rechtspflege herrschte in der Regel die zweite, aber die praktikablen, nützlichen Gesetze waren selbsterklärend angewandt worden. Das zeitgenössische ungarische Rechtsquellen-system war

²Das Anfangsdatum ist einigermassen fraglich; es ist jedoch eine Tatsache, dass die ungarischen Parteien nach der katastrophalen Niederlage gegen die Türken bei Mohács (29.08.1526) einen eigenen, also insgesamt zwei Könige gewählt hatten. Die Mitteladeligen hatten Johannes von Zapolya gewählt, die Witwe des im Schlacht verstorbenen Königs und der sog. nádor (in der ungarischen ständischen Verfassung der zweite Mann nach dem König, der allein das Recht hatte, einen Reichstag zum Königswahl herbeizurufen) aber auf dem Reichstag in Pressburg (17.12.1526) Ferdinand von Habsburg auf den Thron erhoben hatten.

sehr lückenhaft, und es hatte oft sowohl veraltete³ als auch ausländische Rechtsquellen⁴ in Gebrauch genommen. Daneben gab es für die richterliche Willkür weiterhin ein schön breiter Spielraum.

Diese Situation war besonders bedauerlich für das Gebiet des Strafrechts. Die ungarische Strafrechtspflege funktionierte auch in der Neuzeit noch nach dem Muster des Mittelalters. Das Strafrecht ist weder materiell- noch verfahrensrechtlich kodifiziert worden. Das bedeutendste Rechtsbuch von Werbőczy (*Tripartitum*) hatte im wesentlichen nur soviel strafrechtliche Artikel, die zum Verstehen des adeligen Privatrechts unbedingt nötig war. Es ging aber in dieser Rechtsquelle praktisch gar nicht um ein allgemeines, öffentlichrechtliches Strafrecht, das die Hauptbahn der Entwicklung war. Die Gerichte hatten ihre Urteile im allgemeinen nach eigenen Überzeugungen und solchen Rechtsquellen, die anwendbar schienen, zu fällen. Es ging hier aber um Menschenleben, und es war gar nicht egal, dass die Gerichtspraxis in einem sonst ganz einheitlichem Staat die Tatbestände sehr unterschiedlich beurteilt.

Die Rechtseinheit vor allem im Strafrecht war auch für die (Wiener) Regierung wegen der allgemeinen Sicherheit ausserordentlich wichtig, weshalb Initiativen zur Schaffung eines Strafgesetzes vom König⁵ mehrmals auftauchten. Es gab aber gegen die königlichen Propositiones oft eine spontane Opposition vorhanden, einfach deswegen, weil sie aus Wien, von fremden Beratern kamen. Die Strafrechtsreform war dennoch ein politisch weitgehend neutrales Gebiet, aber die Kodifikation ging trotzdem sehr langsam voran.

³Die Gerichte konnten im Prinzip seit den Zeiten des Heiligen Stephans (1000) alle Gesetze anwenden, sie haben aber in der Neuzeit am liebsten zu dem Rechtsbuch (1514) von Stephan Werbőczy (*Tripartitum*) gegriffen, worin praktisch das ganze Gewohnheitsrecht (vor allem: das adelige Privatrecht) zusammengefasst wurde. Dieses Werk galt bis 1848 als die "Bibel des Adels."

⁴Auf dem Gebiet des Strafrechts ist davon die bekannteste die Landgerichtsordnung in Österreich unter der Enns von Ferdinand (1657).

⁵Nach der ungarischen Verfassung konnten die Gesetze zwar durch die Zusammenarbeit des Königs und der Stände (des Reichstages), jedoch ausschließlich in den vom König vorgelegten Sachen verfasst werden. Einen Gesetzesvorschlag (*propositio*) konnte also nur der König, die Deputaten (*ablegati*) bloß Bitten (*postulata*) vorlegen.

2. DIE STRUKTUR DES STRAFRECHTS AUF DER MITTELALTERLICHEN BASIS

Nach dem Rechtsdenken im Mittelalter ist das Strafrecht nicht eine Sache, die tauglich und würdig ist, sie wissenschaftlich zu studieren. Für den damalige Staat war nur wichtig, dass die Missetäter bestraft werden sollen (*ne crimina remaneant impunita*), und denselben Anspruch hatte auch der absolutistische Staat. Die rechtliche Grundlage war nicht so wesentlich, da die Übeltäter sich durch ihre Verbrechen sowieso ausser Gesetz gesetzt hatten. Eine gewisse prinzipielle Annäherung ist dem *Tripartitum* trotzdem zu entnehmen; der Verfasser teilt nämlich die *crimina* in Gruppen nach den Bestrafungsarten. Das zeigt eine praktische Vernunft und zugleich eine gewisse Systematisierung. Solche Gruppen waren etwa "Treulosigkeit" (*nota infidelitatis*), Gewalttaten (*actus maioris vel minoris potentiae*), Ehrlosigkeit (*infamia*), böswillige Prozessführung (*calumnia*) etc. In all diesen Gruppen fanden sich gleiche Strafen, z. B. bei "Treulosigkeit" eine konjunktive Sanktion, d.h. Enthauptung und Vermögensverlust bei dem Verurteilten.

In diesem Strafrecht findet man kaum sog. allgemeinrechtliche Bestimmungen. Es lässt sich aber soviel sagen, dass einige wichtige Distinktionen wie etwa Vorsatz und Fahrlässigkeit, in der Strafzumessung realisiert wurden. Es ist auch ein charakteristisches Merkmal, dass die ungarische Gesetzgebung nach dem Scheitern eines frühen Gesetzesvorschlages (1712) nur soviel zur Modernisierung des peinlichen Systems tun konnte, als dass sich die Anzahl der Tatbestände der "Treulosigkeit" im Jahre 1723 auf zehn vermindert hat.

3. STRAFRECHTSDOGMATIK DER NEUZEIT

Die Strafrechtswissenschaft im modernen Sinne ist eine Errungenschaft der neuzeitlichen europäischen Rechtsentwicklung. Auf den Grundlagen des römisch-kanonischen Rechts (*ius commune*) hat sich der Anspruch im Rechtsdenken herausgebildet, dass auch das Strafrecht dogmatisch geregelt werden soll. Es gab dazu kein

fertiges Vorbild, denn auch die justinianische Kodifikation blieb die Systematisierung des Strafrechts schuldig. Auch die frühmittelalterlichen germanischen Rechtsbücher (*leges Barbarorum*) waren wenig aufschlussreich. Hinsichtlich der ungarischen Entwicklung in der Neuzeit ist die Kenntnis der deutsch-österreichischen Rechtsentwicklung besonders wichtig.

Das im Mittelalter mehr nach Süd-Europa orientierte ungarische Rechtsleben geriet im Rahmen der Habsburger-Monarchie unter den weitgehenden Einfluss dieses Rechtskreises. Und das war ein grosses rechtsgeschichtliches Glück, weil das deutsche Strafrecht, die Strafrechtswissenschaft zu dieser Zeit (bis heute sozusagen) durch seine charakteristische philosophische Begründung zu einem der entwickelsten Zentren der allgemeinen Rechtsentwicklung gehört.

Diese wirklich ganz neue Dogmatik ging von der Erfahrung der Praxis aus: Das Strafrecht muss vor allem kodifiziert werden. Das Strafgesetz muss mit dem Anspruch der Allgemeinheit auftreten und soll den praktischen Erwartungen dienen. Die Dogmatik der ersten schön systematisierten Gesetze (Halsgerichtsordnungen u. ä.) entsprach diesen Bedürfnissen. Die *Carolina* war noch sehr kasuistisch, die Kodices des 17–18. Jahrhunderts spiegelten aber schon eine gründlich überlegte Dogmatik wider. Das wichtigste Merkmal war dabei, dass materielles Recht und Verfahrensrecht voneinander noch nicht scharf getrennt waren, und die Regelung in einem Gesetz behandelte beide Gebiete, wobei in der Reihenfolge immer das Verfahrensrecht an der ersten Stelle stand.

Von den strafrechtlichen Rechtsquellen des deutschen Raums ist für die ungarische Rechtspflege die österreichische “peinliche Landgerichtsordnung” (1656), die *Ferdinanda* das wichtigste, die in der Form einer lateinischen Übersetzung auch in die ungarische Gesetzessammlung (*Corpus Juris Hungarici*) inkorporiert worden war, und sie blieb bis 1844 solcherweise praktisch gültiges Recht. Um ein selbständiges ungarisches Strafgesetz zu schaffen, hatte der Reichstag 1712 den Entwurf eines Professors der Rechte von der Universität zu Tyrnau behandelt und nach den

überlieferten Akten auch akzeptiert; aus dem Vorschlag wurde trotzdem kein Gesetz.⁶

Es ist auffallend, wie dieses erste Produkt der ungarischen kodifikatorischen Bestrebungen ihr österreichisches Vorbild nachahmte. Die Dogmatik ist völlig gleich, es gibt aber inhaltlich eine Reihe von selbständigen Lösungen, die teils aus rechtstheoretischer Sicht sehr bemerkenswert sind, teils plastisch zeigen, dass der Autor ganz bewusst auch die tatsächliche Gerichtspraxis und das allgemeine ungarische Gewohnheitsrecht bevorzugt. Dieses Werk ist also als eine Mischung von entwickelter deutscher (aber fremder) Dogmatik und rückständigem (aber einheimischem) ungarischen Gewohnheitsrecht wahrzunehmen.

4. EINFÜHRUNG EINER MODERNEN DOGMATIK

Wie bekannt, auf die ungarische Rechtsentwicklung das deutsche/österreichische Recht einen sehr intensiven Einfluss in der Neuzeit ausgeübt hatte. Die ungarischen Strafgesetzentwürfe spiegeln sehr treu die Dogmatik ihrer ausländischen Vorbilder wider. Am Anfang des 19. Jahrhunderts fing die Dogmatik des Strafrechts langsam an sich umzustrukturieren.

Die Entwicklung der ungarischen Strafrechtswissenschaft ist am besten auch weiterhin an den Beispielen der Strafgesetz-Entwürfen zu illustrieren. Der erste moderne Entwurf (1795) hat eine bemerkenswerte Lösung gewählt, indem vor den Gesetzestext (als ein Präambulum) allgemeine Prinzipien (*principia*) plaziert worden sind. Diese 23 Grundprinzipien können natürlich auch als Vorbild eines Allgemeinen Teils angenommen werden, es gab aber einen bedeutenden "Schönheitsfehler" dabei, dass die *principia* rechtstechnisch oder kodifikatorisch gesehen ausserhalb des Gesetzes lagen. Die Rechtskraft dieser Bestimmungen war also mindestens bedenklich, die vor allem bei so wichtigen Fragen eine

⁶Vgl. Bónis György: Der erste Gesetzesvorschlag des ungarischen Strafgesetzbuches vom Jahre 1712 (= A magyar büntetőtörvénykönyv első javaslatlata 1712-ben.) Budapest 1934.

unvermeidbare Sache war. Die Problematik der Rechtskraft bei den Grundprinzipien war auch im Auge der nächsten Kommission ein Indiz dafür, um diesen inkohärenten Teil einfach zu löschen.⁷ Die Tat war damit begründet, dass die allgemeinen Thesen nicht ausser des Gesetzes, sondern umgekehrt, in den Text inkorporiert sein sollen. Die Kodifikatoren hatten also das Problem recht gesehen, aber schlecht gelöst. Die Richtung müsste nämlich gewesen sein, materielles Recht und Verfahrensrecht voneinander zu trennen und zu beiden Rechtsgebieten einen selbständigen allgemeinen (und besonderen) Teil zu konstruieren.

a) Deutsche Vorbilder

“Die Idee eines sowohl unanfechtbar begründeten als auch lückenlosen und in sich widerspruchsfreien Rechtssystems wirkte bis in die Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts fort, erfuhr dort ihre konsequenteste Ausarbeitung, aber auch eine Art von Gegnerschaft, welche die Hoffnungen auf die Realisierung eines geschlossenen Rechtssystems nachhaltig störte. Diese Hoffnungen haben sich bis auf den heutigen Tag nicht (neu) begründen lassen.”⁸ Das deutsche Strafrechtsdenken und kurz danach auch teilweise die Gesetzgebung hatten bereits am Anfang des 19. Jh. das Modell der mo-

⁷In dem damals gedruckten Entwurfstext der Kommission ist die Argumentation zu lesen: “*Tam praefationem, quae alioquin ad essentiam codicis criminalis referri nequit, quam et principia articulis praemissa censemus esse exmittenda, tum ideo, quod illa in ipsis articulis enunciari debeant, et effective etiam passim in iisdem, signanter in proiecto articulo de poenis continentur; tum quod plura ex iis ad doctrinalem traditionem iuris criminalis potius quam ad codicem criminalem pertineant, et secus etiam incongruum esse videatur ut articuli ad principia tamquam fundamenta extra legem posita semet provocent [...]*” Magyar Országos Levéltár, Archivum Regni N 117. 1. p.

⁸W. Hassemer: Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Stichwort), in: HRG 4, 388.

dernen Strafrechtsdogmatik entwickelt.⁹ Als das von Feuerbach¹⁰ formulierte, berühmte Strafgesetz für Bayern (1813) geschaffen wurde, war die Konstruktion eigentlich bereits fertig.

Gallus Alois Kleinschrod, Professor der Rechte auf der Julius-Maximilian-Universität zu Würzburg hatte in seinem von Feuerbach so scharf kritisierten "Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten"¹¹ (1802) die Einteilung des Kodifikationsmaterial gehandhabt, das im grossen und ganzen auch heute gilt. In seinem Werk waren zwar in einem Buch jedoch voneinander klar getrennt materielles Recht und Verfahrensrecht dargestellt. Es handelt sich im ersten Teil von Verbrechen und Strafen (materielles Recht) wurde in zwei weiteren Abteilungen allgemeine Gesetze über Verbrechen und Strafen (allgemeiner Teil) sowie von Verbrechen und Strafen insbesondere (besonderer Teil); im zweiten Teil von Beweisen und dem Verfahren in peinlichen Sachen (Verfahrensrecht) auch in zwei Abteilungen: "Von der Natur und Stärke der Beweise und Vermuthungen in peinlichen Sachen" (allgemeiner Teil) und "Vom gerichtlichen Verfahren in peinlichen Sachen." Diese Systematik wurden auch in den späteren Entwürfen¹² und Gesetzen beibehalten, nur die Formulierung und die Klassifikation wurden wesentlich fortentwickelt.

⁹Es ist ganz schwer festzustellen, welcher deutsche Gesetzentwurf oder gar welches Gesetz zum ersten Mal nach dem neuen Muster konstruiert wurde. Sicher ist, dass Kleinschrod (1762–1824) in seinem im Jahre 1802 publizierten Entwurf bereits eine solche dogmatische Systematisierung gehandhabt hat. Vgl. Rüping, H.: Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 2. Auflage, München 1991, S. 73.

¹⁰"Das erste wirklich moderne Strafgesetzbuch, hat es die gesamte Strafgesetzgebungsarbeit des 19. Jahrhunderts maßgebend bestimmt. Von ihm nimmt die rechtsstaatlich-liberale Epoche der Strafrechtsentwicklung ihren Ausgang. Feuerbachs Geist herrscht für ein volles Jahrhundert." E. Schmidt: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. [= *Einführung*] Unveränd. Nachdr. d. 3. Aufl. Göttingen 1983, S. 263. Vgl. E. Kaufmann: Strafe, Strafrecht (Stichwort), in: HRG 4, 2025–2027.

¹¹Vgl. E. Schmidt: Einführung, S. 262.

¹²Es sind hier für den ungarischen Strafgesetzentwurf von 1830 zeitlich besonders wichtig der bayerische "Revidierter Entwurf des Straf-Gesetzbuches" (1827) und ein anderer "Entwurf des Straf-Gesetzbuches" (1831) zu erwähnen. Das erste Werk teilt die strafbaren Handlungen in drei Teilen (Verbrechen,

b) Die Dogmatik des Strafrechts nach dem zweiten ungarischen Entwurf (1830)

In diesem sehr bescheidenen gesetzgeberischen Versuch nach einem vollständigen Strafgesetz erfährt man wenig von den Ergebnissen des zeitgenössischen deutschen Rechtsdenkens. Die Kodifikatoren hatten wie gesagt die Probe eines allgemeinen Teils des vorigen Entwurfs (1795) abgeschafft, und versuchten dessen Inhalt in den Gesetzestext einzubauen.

Der Gesetzentwurf besteht aus drei Teilen: Der erste heißt *De forma procedurae*, der zweite *De delictis eorumque poenis* und der dritte *De delictis politicis*. Davon handeln die ersten zwei Abteilungen traditionsgemäß vom Verfahrensrecht und materiellen Recht, die dritte von den Übertretungen. Im System des Werks ist also eine interessante Mischung alter und neuer Dogmatik wahrzunehmen. Auf der einen Seite ist die veraltete Lösung (Verfahrensrecht und materielles Recht sind in demselben Gesetz, und zwar in dieser Reihenfolge), auf der anderen Seite erscheint die trichotomische Aufteilung strafbarer Handlungen nach dem Muster etwa des *Code Penal*, mindestens soweit, dass auch die sog. Übertretungen inkorporiert werden. In der ungarischen Strafrechtsgeschichte findet sich das das erste Beispiel zur Kodifizierung der Übertretungen.

Die sprachliche Bezeichnung der Übertretungen ist in den damaligen Texten sehr bemerkenswert, da in Ungarn bis 1844 Latein als Amtssprache galt, verstand sich von selbst, dass auch Gesetzentwürfe in dieser Sprache formuliert wurden. Im Lateinischen gab es aber weder einen ursprünglichen antiken, noch mittelalterlichen oder neuzeitlichen Ausdruck für einen solchen strafrechtlichen Begriff. Die Kodifikatoren hatten also eine neue Benennung: das *delictum politicum* konstruiert. Der dogmatische Aufbau dieses Teils ist ziemlich primitiv. Die Regelung ist weitgehend kasuistisch, eine abstrakte Konzeption fehlt fast völlig. Besonders wichtig ist, dass die durch Vernachlässigung begangenen Tatbestände sehr leicht so schwer sein können, daß sie für

Vergehen, schwere Übertretungen), das zweite nur noch in zwei, also die Übertretungen hätten in einem gesonderten Gesetz kodifiziert werden sollen.

Verbrechen oder Vergehen gehalten werden müssten. Das Verhältnis zwischen Verbrechen und Übertretungen war dogmatisch noch gar nicht ausgearbeitet.

c) Die Dogmatik des Gesetzesvorschlags von 1843

Der nächste kodifikatorische Versuch blieb nicht bloß Entwurf, sondern er wurde vom ungarischen Reichstag behandelt, jedoch nicht auf Gesetzeskraft erhöht.¹³ Es ging da eigentlich um drei unabhängige Gesetzesvorschläge, nämlich: für das materielle Recht, das Verfahrensrecht und das Vollstreckungsrecht. Uns interessiert hier besonders der erste.

Der Vorschlag wählt das bichotome System, d. h. die strafbaren Handlungen sind in zwei Gruppen eingegliedert worden: Verbrechen und Übertretungen, wobei die letztere nicht in diesen Gesetzen geregelt sind. Unter Verbrechen verstand der Vorschlag alle gesetzwidrige Handlungen, das Vergehen als solches kannte er also nicht. Diese Lösung schien deswegen genügend zu sein, weil der Richter hätte einen ausserordentlich breiten Spielraum bei seiner Ermessensfreiheit bekommen: Das Gesetz hat nur das generale Maximum bei der Strafzumessung für die einzelnen Tatbestände festgelegt, das Minimum aber nicht. Die fast grenzlose Milderungsmöglichkeit war in der Hand des Richters ein effektives Mittel, wodurch er in den konkreten Strafen das *delictum* fein qualifizieren konnte. Das entsprach übrigens der tatsächlichen Praxis: Die ungarische Strafrechtspflege hatte mangels eines Strafgesetzes durch ihre spontane Rechtsfindung die Verbrechen qualifiziert.

Der materiellrechtliche Gesetzesvorschlag von 1843 vertrat inhaltlich die damals in Deutschland bereits schön ausgearbeitete Dogmatik. Der Text wurde in zwei Abschnitte eingeteilt: Allgemeine und besondere Bestimmungen der Verbrechen. Es ist aus dem allgemeinen Teil herauszuheben, dass die Todesstrafe und die

¹³Der materiellrechtliche Entwurf wurde von der unteren Tafel des Reichstages bejaht, von der oberen aber zurückgewiesen, vor allem deswegen, weil der Gesetzesvorschlag das Todesurteil als Strafart nicht kannte.

entehrenden Strafen praktisch abgeschafft worden wären und in der Mitte des Sanktionensystem die Freiheitsstrafen standen. Durch diesen sehr eleganten, weitgehend liberalen Gesetzentwurf auf einem europäischen Niveau von seiner Dogmatik und seines Inhalts wurde die strafrechtliche Grundlage der modernen, bürgerlichen Gesellschaft in Ungarn verwirklicht.

DAS PRINZIP *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE* IN DER PRAXIS DES UNGARISCHEN VERFASSUNGSGERICHTS

Mein Vortrag widmet sich der 20 jährigen Auslegungspraxis des ungarischen Verfassungsgerichts zu § 57 Abs. 4 ungarische Verfassung. Dieser ordnet an: „Niemand darf wegen einer Handlung, die zur Tatzeit nach ungarischem Recht keine Straftat war, für schuldig gesprochen und mit einer Strafe belegt werden.“

Im Folgenden möchte ich die historische Entwicklung des Prinzips *nullum crimen sine lege* von der Aufklärung bis in die Gegenwart kurz darstellen. Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ ist – in ihrer heutigen Form – eine Idee der Aufklärung.¹ Die Formulierung „*nulla poena sine lege*“ als Schranke staatlicher Willkür stammt in dieser Form von Anselm Feuerbach.² Aus dem reichen konzeptionellen Inhalt dieser Zwillings-These hebt sich ihre zeitliche Dimension heraus, nämlich das Verbot rückwirkender Sanktionen. Das Rückwirkungsverbot erhielt in den Menschenrechts-erklärungen Maryland (1776), Massachusetts (1780) und New Hampshire (1784) erstmals Verfassungsrang und gelangte so auch

¹ Auf Locke und Montesquieu geht der Gedanke zurück, dass Gesetze als Ausdruck der Vernunft Freiheit schaffen und die Sicherheit, sie gebrauchen zu können. Beccaria leitete aus derartigen Lehren vom Staatsvertrag die Forderung ab, dass Beschränkungen der Freiheit der Bürger nicht weiter gehen dürften, als sie es in den Gesetzen vereinbart hatten; Unrechtsfolgen müssen vorhersehbar sein. *Kadelbach*, Kapitel 15: Keine Strafe ohne Gesetz, in: *Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, S. 721.

² „Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (*Nulla poena sine lege*), denn lediglich die Androhung des Uebels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe.“ *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 9. Auflage 1826, S. 23.

in die amerikanische Bundesverfassung (1787).³ Das Gebot der Gesetzlichkeit und das Verbot der rückwirkenden Pönalisierung erscheinen in Europa erstmals in der *Déclaration des droits de l'homme* (1789) und in den darauffolgenden französischen Verfassungen (1791, 1793 und 1795).⁴ Im Laufe der Zeit haben die meisten europäischen Staaten das Gebot der Gesetzlichkeit der Strafe und das Rückwirkungsverbot in ihre Verfassungen aufgenommen.⁵ Der Grundsatz wurde auch durch völkerrechtliche Verträge bestätigt.⁶ Im Vergleich zur Entwicklung in den anderen europäischen Rechtsordnungen war dieses Prinzip in Ungarn zu-

³ Art. I Sec. 9 § 3 „No bill of attainder or ex post facto law shall be passed.“ Allerdings galt das Rückwirkungsverbot nur für geschriebene Gesetze, nicht dagegen für das common law.

⁴ Sie waren jedoch nicht als subjektive Rechte, sondern als zu konkretisierende Verfassungsgrundsätze konzipiert.

⁵ Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; § 8 Grundgesetz Finnlands; Art. 7 Abs. 1 Verfassung der Republik Griechenland; Art. 38 Abs. 1 Verfassung der Republik Irland; Art. 16 Verfassung des Königreiches der Niederlande; Art. 42 Abs. 1 Verfassung der Republik Polen; Art. 29. Abs. 1–4 Verfassung der Republik Portugal; Art. 39, Art. 40 Abs. 6 Charta der Grundrechte und -freiheiten. Nur die Gesetzlichkeit benennen: Art. 14 Koordinierte Verfassung Belgiens; Art. 14 Verfassung des Großherzogtums Luxemburg. Nur das Rückwirkungsverbot: Kapitel 2. Grundrechte und Freiheiten. § 10. Abs. 1 Verfassung des Königreiches Schweden; Art. 25. Verfassung des Königreiches Spanien. Zu jedem Hinweis siehe: Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, München 2005. Diese Prinzipien sind in einigen Verfassungen (wie z. B. in Ungarn, Polen, Portugal) als subjektives Recht („Niemand darf(...)“) formuliert, während andere (wie z. B. in Deutschland) auf den objektiv-rechtsstaatlichen Entstehungszusammenhang („Eine Tat kann nur bestraft werden(...)“) verweisen. Strukturelle Unterschiede ergeben sich nicht, diese Prinzipien sind in allen erwähnten Verfassungen als Bestandteil des Grundrechtskatalogs normiert. Differenzen bestehen jedoch im Hinblick darauf, ob beide Gewährleistungen des Grundsatzes nullum crimen, nulla poena sine lege im Text der Verfassung verbürgt sind (in Portugal sind beide Gewährleistungen in getrennten Sätzen – Art. 29. Abs. 1 und Abs. 3 –, während in Deutschland und Ungarn nur das Prinzip nullum crimen sine lege normiert ist).

⁶ Wie z. B. Art. 11 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte; Art. 7. Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und Art. 15. des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte. Während aber völkerrechtliche Verträge von einer Strafbarkeit nach „innerstaatlichem oder internationalem Recht“ ausgehen, verlangen die Verfassungen der Staaten innerstaatliches Recht (in Ungarn) oder ein Gesetz

nächst nur im Strafrecht geregelt⁷ und erhielt Verfassungsrang erst 1989, im Rahmen der Totalrevision der noch aus dem Jahre 1949 stammenden Verfassung⁸.

Politische Systemwechsel erscheinen als besondere Indikatoren für die Untersuchung des Rückwirkungsverbot in „unruhigen“ politischen Umbruchsituationen.⁹ In meinem Vortrag möchte ich eine Rechtsprechungsanalyse anbieten, in welcher zunächst die Stellungnahme des Verfassungsgerichts über die verfassungsrechtliche Bedeutung des Systemwechsels skizziert werden soll. Ausführlich hat das Verfassungsgericht diesen Standpunkt erstmalig in seiner grundlegenden ersten „Verjährungsentscheidung“¹⁰ vom

(in Deutschland). Es ist ganz eindeutig, dass gemäß der völkerrechtlichen Verträge auch das Völkerrecht als Grundlage der Strafbarkeit dienen soll.

⁷Schon die ersten Strafgesetzentwürfe (1795, 1830) legten die markante strafrechtliche Maxime der Bindung des Richters an das Gesetz fest. Der berühmte Gesetzesvorschlag von Franz Deák von 1843 formuliert in seinem ersten Paragraph das Prinzip *nullum crimen sine lege*: „Jegliche Handlung oder Unterlassung kann nur dann als Straftat betrachtet und bestraft werden, wenn das Gesetz dafür eine Strafe vorsieht.“ *Balogh*, Die ungarische Strafrechtskodifikation im 19. Jahrhundert, Münster 2010, S. 11. Unter dem Einfluss dieser Entwürfe ging dieses Prinzip in den Kodex Csemegi von 1878 ein. Das erste sozialistische Strafgesetzbuch von 1961 basierte auf dem Prinzip *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Es wurde auch in das heute geltende Gesetzbuch von 1978 übernommen.

⁸§ 34 des Gesetzes Nr. XXXI von 1989 tritt an die Stelle des früheren Kapitels über die Grundrechte und -Pflichten.

⁹*Arnold*, Neue Fragen an den Satz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, in: *Gröschner* (Hrsg.), Die Bedeutung P.J.A. Feuerbachs (1775–1883) für die Gegenwart, ARSP Beiheft Nr. 87, Stuttgart 2003, S. 107.

¹⁰Die Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts zur Problematik der Verjährung lässt sich in zwei Phasen einteilen. Zur ersten Phase gehören die drei Entscheidungen (Entscheidung Nr. 11/1992 (III. 5.) uVerfGE, 77 ff, deutsche Übersetzung in: *Brunner/Sólyom*: Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn, Analysen und Entscheidungssammlung 1990–1993, Baden-Baden, 1995, S. 333 ff; Entscheidung Nr. 41/1993 (VI. 30) uVerfGE 1993, 292 ff., deutsche Übersetzung in *Brunner/Sólyom* S. 511 ff.; Entscheidung Nr. 42/1993 (VI. 30) uVerfGE 1993, 300 ff.), die die Frage der Verjährung nach nationalem Recht betreffen. Zur zweiten Phase gehören diejenigen (Entscheidung Nr. 53/1995 (X. 13.) uVerfGE 1993, 323 ff; deutsche Übersetzung in *Brunner/Sólyom* S. 520 ff; Entscheidung Nr. 36/1996 (IX. 4.) uVerfGE 2006, 134 ff), die die Unverjährbarkeit der völkerrechtlichen Verbrechen und deren Wirkung im

März 1992 dargelegt.¹¹ Die Überlegungen des Verfassungsgerichts betrafen einerseits die Rechtsverhältnisse, die aufgrund der nach der geltenden Verfassung als verfassungswidrig anzusehenden Gesetze des früheren Systems entstanden sind, und andererseits die Gesetze, die sich auf verfassungswidrige Maßnahmen des früheren Systems beziehen und Gerechtigkeit schaffen sollen. Das Verfassungsgericht wies darauf hin, dass es auf dem Standpunkt der Rechtskontinuität steht, welcher besagt, dass sich die „rechtsstaatliche Revolution“ des politischen Umbruchs auf der Basis der Legalität vollzogen habe. Deshalb lehnt es einen Unterschied zwischen „vorkonstitutionellem“ und „nachkonstitutionellem“ Recht ab, sagt jedoch aus, dass alle geltenden Gesetze im Einklang mit der geltenden Verfassung stehen müssen. Die Auslegung der Rechtsstaatlichkeit (§ 2 Abs. 1 der Verfassung)¹² wurde zur Grundlage der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts in Urteilen mit Bezügen zum Systemwechsel.

Bei der Prüfung des Gesetzes, welches die Verjährung der während der Revolution und des Freiheitskampfes von 1956 begangenen schweren Straftaten betrifft, erklärte das Verfassungsgericht sowohl das Rechtsstaatsprinzip und den daraus folgenden Grundsatz der Rechtssicherheit als auch das in § 57 Abs. 4 verbürgte Prinzip des *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹³ für anwendbar. Seitens der Rechtswissenschaft wurde kritisiert, dass die Entschei-

nationalen Recht behandeln. *Sonnevend*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1997, S. 195, 196.

¹¹ Entscheidung Nr. 11/1992 (Fn. 10)

¹² Art. 2 Abs. 1 „Die Republik Ungarn ist ein unabhängiger, demokratischer Rechtsstaat.“

¹³ Der § 57 Abs. 4 verbürgt in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts beide Gewährleistungen des Grundsatzes *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Nach einer in der Kommentarliteratur vertretenen Auffassung führt eine Verletzung des Prinzips *nulla poena sine lege* nicht zu einem Verstoß gegen § 57 Abs. 4, sondern lediglich des § 2 Abs. 1, weil – im Gegensatz zu völkerrechtlichen Verträgen – dieses Prinzip in der Verfassung ausdrücklich nicht bestimmt sei. *Hollán*, 57. § *Bírószági eljárás garantciák* [Verfahrensgarantien], in: *Jakab* (Hrsg.), *Az Alkotmány kommentárja* [Verfassungskommentar] I-II, Budapest 2009, Band II. S. 323. Es ist jedoch zu bedenken, dass nach wohl herrschender Auffassung in der Strafrechtspflege diese beiden Prinzipien miteinander verknüpft sind. *Nagy*, *Magyar Jog* 1995, S. 257, 256.

dung die Frage der Spezialität zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und dem Prinzip *nullum crimen sine lege* nicht aufgegriffen hat.¹⁴ Aus der Entscheidung wird jedoch deutlich, dass § 57 Abs. 4 als Konkretisierung des Rechtsstaatsgebots für den Bereich der staatlichen Strafgewalt angesehen wird. Die rechtsstaatliche Funktion des Strafrechts beschränkt sich jedoch nicht darauf, Rechtssicherheit durch das Rückwirkungsverbot zu gewährleisten. Der Garantiegehalt des „verfassungsmäßigen Strafrechts“ umfasst auch andere Teilelemente des Rechtsstaatsgebots. Das Prinzip *nullum crimen sine lege* umfasst ein für den Bereich der Strafrechtspflege ausdrücklich formuliertes und strenger gefasstes Rückwirkungsverbot. In das Rückwirkungsverbot des § 57 Abs. 4 bezieht das Verfassungsgericht die Prinzipien des Vorbehalts des Gesetzes und des Bestimmtheitsgebots explizit nicht mit ein, weil diese Garantien durch andere Vorschriften der Verfassung gewährleistet sind.

Das Verfassungsgericht wählt eine eigenständige dogmatische Lösung zur Darstellung der Wesensmerkmale des verfassungsmäßigen Strafrechts. Namentlich kreiert es den allgemeinen Begriff des „verfassungsmäßigen Prinzips der strafrechtlichen Legalität“, indem es den strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt und das Bestimmtheitsgebot als dessen Elemente benennt. Der Gesetzesvorbehalt ist nach Auffassung des Gerichtes in § 8 Abs. 2 enthalten und das Bestimmtheitsgebot in § 2 Abs. 1. Als Begründung führt das Gericht bezüglich des strafrechtlichen Gesetzesvorbehaltes an, dass dieser in der allgemeinen Anordnung des § 8 Abs. 2 enthalten ist, wonach Grundrechtsbeschränkungen nur durch Gesetz bestimmt werden können. Spektakulärer scheint die Herleitung des Bestimmtheitsgebotes aus dem allgemeinen Rechtsstaatsgebot des § 2 Abs. 1. Von Anfang an erschloss das Verfassungsgericht den Inhalt der Rechtsstaatlichkeit durch die Rechtssicherheit. Die Rechtssicherheit fordert, dass das Recht eindeutig, berechenbar und voraussehbar sei. Aus dem Prinzip der Berechenbarkeit und der Vorhersehbarkeit lassen sich im Strafrecht das Verbot des rückwirkenden Gesetzes und insbesondere einer *ex post* Regelung sowie das Analogiever-

¹⁴ *Sonnevend* (Fn. 10), S. 199.

bot direkt ableiten.¹⁵ In den schillernden Begriff des „verfassungsmäßigen Prinzips der strafrechtlichen Legalität“ führt das Gericht noch weitere Strafrechtsprinzipien hinein und stützt diese auf verschiedene Normen der Verfassung. Der in § 8 Abs. 1 enthaltene allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für Gesetze (Zweck, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit) macht das Gericht für Strafgesetze fruchtbar.

Das geschriebene Prinzip des *nullum crimen, nulla poena sine lege* ist also Bestandteil des ungeschriebenen verfassungsmäßigen Prinzips der strafrechtlichen Legalität, ist aber nicht das einzige Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit einer Strafverfolgung. Dieser Grundsatz ist mithin eigenständige Maßstabnorm, deren Verletzung bereits für sich die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm begründet. Der Gehalt des § 57 Abs. 4 der Verfassung erfährt zwar eine Verstärkung durch § 2 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 und 2 der Verfassung, er hat jedoch seinen eigenständigen Inhalt.

Bei der Bestimmung des Schutzbereichs geht das Verfassungsgericht vom Zweck des Prinzips im klassischen Strafrecht aus und stellt fest, dass dieses Prinzip durch Jahrhunderte angereichert und erweitert wurde, so dass es heute bereits über die im besonderen Teil des Strafgesetzes formulierten Tatbestände hinaus weist. In § 57 Abs. 4 ist – dem europäischen Standard entsprechend – ein subjektives Recht des Einzelnen formuliert. Der Einzelne darf ausschließlich auf Grundlage eines Gesetzes verurteilt werden und auch die Strafzumessung muss gesetzlich geregelt sein. Das Rückwirkungsverbot bezieht sich jedoch nicht nur auf den Straftatbestand und die Straffolgen. Vielmehr bezieht das Verfassungsgericht auch die Verjährung in dessen Schutzbereich ein. Diese weite Auslegung des sachlichen Schutzbereichs erklärt das Gericht damit, dass alle strafrechtlichen Normen grundlegend und direkt die individuelle Freiheit und die verfassungsmäßige Situation des Einzelnen betreffen. Seiner Auffassung nach wird die individuelle Freiheit nicht nur durch die Tatbestände und Straffrahmen des besonderen Teils des

¹⁵In einer späteren Entscheidung [Entscheidung Nr. 18/2006. (V. 31.) uVerf-GE 2006, 294] leitet das Verfassungsgericht das Analogieverbot aus den beiden Verfassungsgeboten der Rechtsicherheit und dem Prinzip des *nullum crimen, nulla poena sine lege* ab.

Strafgesetzbuches betroffen, sondern auch durch alle Regeln der strafrechtlichen Verantwortung. Es stellte fest, dass das Prinzip *nullum crimen, nulla poena sine lege* nicht einfach nur verlangt, dass Straftaten ausschließlich durch Gesetz pönalisiert werden, sondern dass auch die strafrechtliche Verfolgung, Verurteilung und Strafvollstreckung auf gesetzlicher Grundlage beruhen müssen. Diese Formulierung machte klar, dass alle gesetzlichen Voraussetzungen der strafrechtlichen Beurteilung in den Schutzbereich des § 57 Abs. 4 fallen.¹⁶

Verjährungsvorschriften fallen damit unter den Geltungsbereich des § 57 Abs. 4.¹⁷ Nach dem Verfassungsgericht entsteht mit dem Eintritt der Verjährung ein subjektives Recht des Täters darauf, dass er nicht mehr verfolgt und bestraft wird. Das Verfassungsgericht sieht nämlich in der Verjährung eine Schranke der Strafgewalt des Staates, durch die der Staat das Risiko der Erfolglosigkeit der Strafverfolgung auf sich nimmt.¹⁸

Der § 57 Abs. 4 ist vorbehaltlos gewährleistet, es kann kein anderes verfassungsmäßiges Recht und kein Verfassungsauftrag mit dem Prinzip *nullum crimen sine lege* abgewogen werden. Die Absolutheit der strafrechtlichen Garantien wird damit begründet, dass diese bereits das Ergebnis einer Abwägung verkörpern. Für weitere Abwägungen könne es daher keinen Platz geben.

Im Konflikt zwischen dem Rückwirkungsverbot und dem Gebot materieller Gerechtigkeit hat sich das Verfassungsgericht nicht mit der Begründung durch die Gerechtigkeit zufrieden gegeben. Nach dem Verfassungsgericht kann die materielle Gerechtigkeit nur im Rahmen der Rechtssicherheit dienender Rechtsinstitute und Ga-

¹⁶ Im Gegensatz dazu ist das deutsche Bundesverfassungsgericht der Ansicht, dass das Strafverfahrensrecht sowie die Verfolgungsvoraussetzungen wie etwa die Verjährung und Antragsanforderungen, ebenso wie die Strafvollstreckung nicht unter Art. 103 Abs. 2 fallen. *Sachs* (Hrsg.), GG Kommentar, München 1999, S. 1848, Rn. 59.

¹⁷ Das Verfassungsgericht entschied nicht die Frage nach dem umstrittenen materiellrechtlichen oder verfahrensrechtlichen Charakter der Verjährung. Im Ergebnis kam jedoch das Urteil der materiellrechtlichen Auffassung nahe. *Sólyom*, Zum Geleit zu den Entscheidungen des Verfassungsgerichts der Republik Ungarn, in: *Brunner/Sólyom* (Fn. 10), S. 83.

¹⁸ *Sólyom* (Fn. 17), S. 83.

rantien verwirklicht werden. Die sich auf objektive und formelle Prinzipien stützende Rechtssicherheit ist stets der partiellen und subjektiven Gerechtigkeit vorzuziehen. Auch der Eintritt der Verjährung ist nicht relativierbar. Kein Eingriff in den Schutzbereich des § 57 Abs. 4 kann gerechtfertigt werden. Sowohl die Verlängerung als auch die Aufhebung noch nicht abgelaufener Verjährungsfristen verstoßen damit gegen § 57 Abs. 4 der Verfassung.

Das Verfassungsgericht hat die Strafbarkeit der völkerrechtlichen Verbrechen auf anderem Weg zu rechtfertigen versucht. Gegenüber der Bedingungslosigkeit des § 57 Abs. 4 lässt das Gericht in seinem dritten Verjährungsurteil¹⁹ Ausnahmen zugunsten des Völkerstrafrechts zu. Es geht davon aus, dass die Bestimmungen des internationalen Strafrechts über die Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit kraft § 7 Abs. 1 der Verfassung²⁰ in der ungarischen Rechtsordnung zur Geltung kommen, und dass § 57 Abs. 4 gegenüber den *ius cogens* Regeln des Völkerrechts zurücktreten muss. Diese Entscheidung wurde seit ihrer Verkündung heftig kritisiert.²¹ Grund der Kritik ist, dass es unklar bleibe, wie der vom Gericht geforderte Einklang zwischen dem nationalen Recht und dem Völkerrecht zu erreichen sei. Die Entscheidung weise lediglich darauf hin, dass bei der Gewährleistung des Einklangs die Besonderheiten sowohl des Völkerrechts als auch des innerstaatlichen Rechts beachtet werden müssen.²² Die obige Feststellung des Verfassungsgerichts könnte so ausgelegt werden, als ob das Verfassungsgericht den Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem nationalen Recht sichern wollte.²³ Diese vom Schrifttum identifizierten Wertungswidersprüche können ohne weiteres aufgelöst werden, wenn man sich folgende Prämisse vor Augen führt.

¹⁹ Entscheidung Nr. 53/1993 (Fn. 10).

²⁰ Art. 7 Abs. 1: Das Rechtssystem der Republik Ungarn akzeptiert die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts und sichert ferner den Einklang der internationalen Rechtsverpflichtungen und des inneren Rechts.

²¹ *Bragyova*, Állam- és Jogtudomány 3–4/1993, S. 213–263.

²² *Sonnevend* (Fn. 10), S. 210.

²³ *Hollán* (Fn. 13), S. 2079, Rn. 348.

Meiner Meinung nach gibt es eine aus der Entscheidung herleitbare verfassungsdogmatische Lösung²⁴, die den Konflikt zwischen der Bedingungslosigkeit des § 57 Abs. 4 der Verfassung und die Relativierung des Rückwirkungsverbotes im Völkerrecht (für die Aburteilung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sieht das Völkerrecht bestimmte Ausnahmen vom *nullum crimen* Grundsatz vor) auflösen könnte. In der Entscheidung wird untersucht, inwieweit das Völkerstrafrecht unabhängig vom nationalen Recht der Staaten gelten kann. Dabei geht das Verfassungsgericht von dem ausgeprägten internationalen Charakter dieser Rechtsnormen aus. Nach seiner Auffassung bilden die Straftatbestände der Kriegsverbrechen und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit einen besonderen Teil des Völkerrechts. Diese Straftaten sind nicht als Teile des innerstaatlichen Rechts entstanden, sondern wurden vielmehr von der Völkergemeinschaft für strafbar erklärt, weil ihre Begehung die Grundlagen der Völkergemeinschaft (Frieden und Sicherheit) und die Menschheit gefährdeten. Nach Ansicht des Verfassungsgerichts ist dies unvereinbar damit, dass ihre Strafbarkeit von innerstaatlichen Rechtsordnungen abhängt. Die Völkergemeinschaft setzt deshalb die Tatbestände fest und sie werden durch die internationale Gemeinschaft verfolgt und bestraft: entweder seien internationale Gerichte damit betraut oder die Staaten, die der Völkergemeinschaft angehören möchten, werden zur Verfolgung dieser Verbrechen verpflichtet. Aus dem internationalen Charakter dieser Verbrechen resultiere, dass die diesbezüglichen Regeln von dem innerstaatlichen Recht der Staaten unabhängig sind. Hieraus folge, dass das innerstaatliche Prinzip des *nullum crimen, nulla poena sine lege* nicht verletzt werden kann, wenn die strafrechtliche Verfolgung aufgrund des Völker-

²⁴Die Lösung wird aus dem deutschen Recht importiert: Kollisionen zwischen verschiedenen Grundrechten werden vom Bundesverfassungsgericht überwiegend auf Rechtfertigungsebene gelöst (verfassungsimmanente Schranken), in einigen Fällen hat es aber im Hinblick auf den Konflikt zwischen einem vorbehaltlos gewährleisteten und einem anderen Grundrecht die Kollision auf Schutzbereichsebene (verfassungsimmanente Schutzbereichsbegrenzung) gelöst. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II. Heidelberg 2004, S. 74. Rn. 320 f.

rechts stattfindet. Die Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit fallen also nicht unter den Schutzbereich des § 57 Abs. 4. Was gar nicht in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, kann durch Eingriffe nicht verletzt werden.

Die Kollision kann auf der Rechtfertigungsebene nicht gelöst werden, ohne dass das Verfassungsgericht in Widerspruch mit seiner ständigen Rechtsprechung gerät (verfassungsimmanente Schranken können gegen das Prinzip *nullum crimen, nulla poena* nicht abgewogen werden).²⁵ Zur Erhaltung des Axioms der Unbeschränkbarkeit kann im Fall des Völkerrechts der sachliche Gewährleistungsbereich des § 57 Abs. 4 verkürzt werden. Die Kollision kann mit einer verfassungsimmanenten Schutzbereichsbeschränkung schon auf dieser Ebene gelöst werden. § 57 Abs. 4 verliert nicht die Bestimmtheit der Reichweite des Schutzbereichs dadurch, dass Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine Ausnahme bilden. Die spezifischen Bestimmungen bezüglich der das Völkerrecht verletzenden Straftaten müssen nicht im § 57 Abs. 4 integriert werden. Sie kommen kraft der Bestimmung von § 7 Abs. 1 zur Geltung. Die Verfolgung und Bestrafung der Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf völkerrechtlicher Grundlage können nur unter Garantien durchgeführt werden. Diese Garantien sind jedoch mit denen des innerstaatlichen Rechts nicht austauschbar oder durch letzteres ersetzbar. Das Völkerrecht versteht das Bestehen der Garantie des Prinzips des *nullum crimen, nulla poena sine lege* für sich selbst und nicht für das innerstaatliche Recht.²⁶

²⁵Freilich könnte das Gericht auch sein bisheriges Axiom der Unbeschränkbarkeit aufgeben.

²⁶Nach einer Auffassung kann die Tatsache, dass das Völkerrecht seinerseits das Prinzip des *nullum crimen sine lege* anerkennt, die Garantie des ungarischen Rechts nicht ersetzen. Daher müssen jene Normen, die kraft § 7 Abs. 1 Bestandteil des ungarischen Rechts sind, in das Tatbestandsmerkmal „ungarisches Rechts“ i.S.d. § 57 Abs. 4 hineingezogen werden [*Hollán* (Fn 13.), S. 2079, Rn. 351]. Diese Ansicht lässt außer Acht, dass die ungarische Rechtsordnung auf der Grundlage des Dualismus steht (das Völkerrecht und das innerstaatliche Recht sind zwei unabhängige Rechtsordnungen und die Regeln des Völkerrechts können im Grundfall keine Wirkung im innerstaatlichen Recht entfalten). Das internationale Gewohnheitsrecht (und die

Besondere Probleme hat die Bedingungslosigkeit des Prinzips *nullum crimen, nulla poena sine lege* während der Bewältigung der totalitären Vergangenheit aufgeworfen. Gefragt werden muss freilich auch nach der Auslegung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes in den „ruhigen“ Zeiten. Es lässt sich beobachten, dass das Rückwirkungsverbot in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts an Bedeutung verloren hat. In den auf die Verjährungsurteile folgenden Entscheidungen²⁷ wird der Gewährleistungsinhalt dieses Rechts konkretisiert. Schon in seiner „Verjährungsentscheidung“²⁸ – deren Gegenstand ein Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung war – stellte das Verfassungsgericht einen Verstoß gegen § 57 Abs. 4 mit der Begründung fest, dass die Nachteile, die die vorgesehenen Strafverfahren selbst bei den Betroffenen verursachen, einer Strafe gleichkommen. Eine spätere Entscheidung²⁹ wies zunächst darauf, dass das Rückwirkungsverbot zweifellos eine Forderung gegenüber dem materiellen Strafrecht ist – so umschließt es die ganze Regelung des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches³⁰ – es fällt jedoch auch das Strafprozessrecht in den Schutzbereich des § 57 Abs. 4. Das Verfassungsgericht stellte schließlich fest, dass auch der Mangel strafprozessrechtlicher Regelung einen Verstoß gegen das subjektive Recht des Täters darstellt.

Das Prinzip *nullum crimen sine lege* hat infolge des Ziels der Europäischen Union, sich zu einem Raum der Freiheit, der Sicher-

ius cogens Normen) und die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden dementsprechend kraft § 7 Abs. 1 durch generelle Transformation, internationale Konventionen durch Umsetzungsgesetze qua spezielle Transformation Teil des innerstaatlichen Rechts. *Molnár/Sulyok/Jakab*, 7. § Nemzetközi jog és a belső jog; jogalkotási törvény [Das Völkerrecht und das innerstaatliche Recht; das Rechtssetzungsgesetz], in: *Jakab* (Fn 13.), S. 366, Rn. 31, S. 371, Rn. 43.

²⁷Entscheidung Nr. 2/1994. (I. 14.) uVerfGE 1994, 41; Entscheidung Nr. 35/1999. (XI. 26.) uVerfGE 1999, 310; Entscheidung Nr. 12/2001. (V. 14.) uVerfGE 2001, 163; Entscheidung Nr. 54/2004. (XII. 13.) uVerfGE 690; Entscheidung Nr. 18/2006. (V. 31.) uVerfGE 2006, 294.

²⁸Entscheidung Nr. 42/1993 (Fn. 10).

²⁹Entscheidung Nr. 35/1999 (Fn. 25).

³⁰Das Tatbestandsmerkmal „kollektiver Konsum“ bei der Bestrafung des Missbrauchs mit Drogen verstößt jedoch wegen seiner Unbestimmtheit (der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches kennt diesen Begriff nicht) nicht gegen § 57 Abs. 4, sondern gegen § 2 Abs. 1.

heit und des Rechts zu entwickeln, wieder Bedeutung gewonnen. Die Entscheidungen der nationalen Verfassungsgerichte zum Europäischen Haftbefehl machen die Tendenz der Verteidigung ihrer Strafhoheit sichtbar. Am 12. März 2008 hat das ungarische Verfassungsgericht eine Entscheidung gefällt, welche das Übereinkommen über die Übergabe zwischen den Mitgliedstaaten der EU einerseits und Island und Norwegen andererseits betrifft. Die Entscheidung konzentriert sich auf die Auslegung des Begriffs „nach ungarischem Recht“ des § 57 Abs. 4 der Verfassung.³¹ Das Verfassungsgericht weist zunächst darauf hin, dass § 7 Abs. 1 nicht einschlägig ist, weil das Gemeinschaftsrecht – trotz dessen völkerrechtlicher Grundlage – nicht als Völkerrecht qualifiziert werden kann. Auch die Integrationsklausel der Verfassung (§ 2/A.)³² hilft in diesem Fall nicht, weil es hier nicht um eine durch die Organe der Europäischen Union ausgeübte Zuständigkeit geht. Letztlich zieht das Verfassungsgericht die Konsequenz, dass das Gesetz über die Übereinkunft gegen § 57 Abs. 4 verstößt.³³ Nach Auffassung

³¹ Das Verfassungsgericht hat bemerkt, dass das Parlament während des Verfahrens die Verfassung qua Änderung des § 57 Abs. 4 für die Vereinbarung geöffnet hat, was zur Bewältigung der Verfassungswidrigkeit führen könnte. Zur Zeit der Verkündung der Entscheidung war diese Änderung jedoch nicht gültig, so dass sich das Gericht gezwungen sah, das Gesetz am Maßstab der gültigen Verfassungsnormen zu messen. Betreffend dem neuen, seit dem Inkraft-Treten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 geltenden § 57 Abs. 4 ist noch kein Antrag zum Verfassungsgericht eingereicht worden.

³² § 2/A Abs. (1) Die Republik Ungarn kann im Interesse ihrer Teilnahme als Mitgliedstaat an der Europäischen Union auf der Basis eines internationalen Vertrags — in einem zur Ausübung der sich aus den Gründungsverträgen der Europäischen Union bzw. der Europäischen Gemeinschaften (im Weiteren: Europäische Union) ergebenden Rechte und zur Erfüllung der Pflichten erforderlichen Maße — einzelne ihrer sich aus der Verfassung herleitenden Kompetenzen gemeinsam mit den anderen Mitgliedstaaten ausüben; diese Kompetenzausübung kann auch eigenständig, durch die Institutionen der Europäischen Union realisiert werden.

⁽²⁾ Zur Ratifizierung und Verkündung des internationalen Vertrags gemäß Absatz 1 ist eine Zweidrittelmehrheit der Parlamentsabgeordneten erforderlich.

³³ *Bragyova* gab seiner abweichenden Meinung in dem Sinne Ausdruck, dass § 57 Abs. 4 nicht berührt sei, weil die Übergabe bloß ein Verwaltungsverfahren und kein Strafverfahren sei. Zudem folge aus dem Prinzip *nullum crimen sine lege* das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit nicht zwingend. Vielmehr

des Verfassungsgerichts vermittelt das Umsetzungsgesetz durch dessen unzulängliche Formulierung den Anschein, als ob Ungarn dazu gezwungen wäre, auf die Untersuchung der Strafbarkeit nach innerstaatlichem Recht zu verzichten. Die Aufhebung des Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit durch die falsche Umsetzung der Vereinbarung verstößt gegen § 57 Abs. 4. Das Verfassungsgericht stellt fest, dass die Vereinbarung solche materiell-strafrechtlichen Begriffe beinhaltet, die im allgemeinen Teil des ungarischen Strafgesetzes nicht vorzufinden sind. Schließlich listet die Vereinbarung unter den Straftaten eine auf, welche in Ungarn nicht strafbar ist. Also gibt es ein *crimen, sine lege*.

Aus den Erwägungsgründen der Entscheidung stellt sich heraus, dass der Garantiegehalt des § 57 Abs. 4 erweitert wurde. Das Verfassungsgericht hat in „unruhigen Zeiten“ das Prinzip des *nullum crimen, nulla poena sine lege* mit dem Rückwirkungsverbot identifiziert und leitete das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes aus § 8 Abs. 2 ab. In „ruhigen“ Zeiten scheint das Gesetzlichkeitsprinzip mehr an Bedeutung zu gewinnen und das Verfassungsgericht hat den Vorbehalt des Gesetzes auch in § 57 Abs. 4 hineinbezogen. Das Bestimmtheitsgebot – also der hinreichend bestimmten Gesetzesfassung – wird weiterhin aus dem allgemeinen Rechtsstaatsgebots des § 2 Abs. 1 hergeleitet.

Als Schlussfolgerung kann festgestellt werden, dass das ungarische Verfassungsgericht ein eigenständiges System des verfassungsmäßigen Strafrechts ausgebaut hat. Ein Teilelement dieses Systems bildet das weit ausgelegte Prinzip des *nullum crimen sine lege*. Nachdem das Verfassungsgericht die völkerrechtliche Überlagerung des § 57 Abs. 4 anerkannt hat, bleibt abzuwarten, wie es künftige EU-rechtliche Vorgaben vor dem Hintergrund seiner bislang abwehrenden Rechtsprechung handhaben wird.³⁴

genüge es, wenn im Vollstreckungsstaat das Verbrechen gesetzlich bestimmt ist. Auf dem gleichen Standpunkt insoweit vgl. *Karsai/Ligeti*, Magyar Jog 6/2008, S. 399–408.

³⁴In einer gegenwärtig vor dem Verfassungsgericht anhängigen Rechtssache (Nr. 1128/D/2009) rügt der Beschwerdeführer unter anderem die Verletzung seines Rechts aus § 57 Abs. 4 durch die Ausstellung eines europäischen Haftbefehls.

II.

DIE VERDACHTSSTRAFE IN DEUTSCHLAND IM 19. JAHRHUNDERT

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ACrR	Archiv des Criminalrechts
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
Bibliothek	Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde
CCC	<i>Constitutio Criminalis Carolina</i> (1532) (zit. auch <i>Carolina</i> , bzw. in den Quellen PGO oder PHGO)
CJH	<i>Corpus Juris Hungarici</i> (1000–1895)
CCTh	<i>Constitutio Criminalis Theresiana</i> (1768) (zit. auch <i>Theresiana</i>)
CJBC	Codex Juris Bavarici Criminalis (1751)
GA	1. Goldammer's Archiv für Strafrecht 2. Generalakten (der Generalstaatsanwaltschaft Celle)
GS	Der Gerichtssaal
HPG	Helvetisches Peinliches Gesetzbuch (1799)
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Josephina	Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung Josephs II. (1787)
KO	Allgemeine Kriminalordnung für die Preußischen Staaten (1805)
NACrR	Neues Archiv des Criminalrechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

VIII *Abkürzungsverzeichnis*

NND	Neuer Nekrolog der Deutschen
Sammlung	Sammlung der Kurpfalz-Baierischen allgemeinen und besonderen Landesverordnungen
ZCrR	Zeitschrift für die Criminal-Rechts-Pflege ZdtStrV Zeitschrift für deutsches Strafverfahren
ZStw	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

EINFÜHRUNG

Seit der Carolina (1532) konnte Deutschland aus strafrechtlicher Sicht als „kodifiziert“ gelten, weil dieses berühmte Reichsgesetz praktisch in allen deutschen Territorien anerkannt und tatsächlich angewandt wurde. An ihre Stelle traten im 18. und 19. Jahrhundert zahlreiche Partikulargesetze, und so konnte A. F. Berner im Jahre 1867 mit Recht feststellen:

„Fast ganz Deutschland hat seine Strafgesetzbücher, hat sie zumeist auch schon für die Bedürfnisse des neuen Verfahrens reformirt, und neue Gesetzbücher von selbständiger Bedeutung werden in den Territorien des außerösterreichischen Deutschland fürs Erste wohl nicht wieder auftauchen. Wir stehen also am Ende einer Periode. Die Zukunft gehört der Zentralisation [...]“⁴¹

Die gesetzgeberische Reform des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts ist grundsätzlich in den einzelnen deutschen Territorialstaaten geschehen. Das Deutsche Reich strebte zwar nach seinem Zustandekommen (1871) einheitliche Gesetzbücher an; die legislativen Vorbilder hatten dazu eine sehr stabile, erprobte und hoch entwickelte Grundlage geliefert. Die Strafrechtsskodifikation bedeutete zur Zeit des Vereinigungsprozesses im wesentlichen bloß die Vereinheitlichung der einzelnen Regelungen der Partiku-

¹ Berner, S. VII.

largesetze, wobei die wichtigste Rolle das preußische Strafgesetzbuch von 1851 gespielt hatte.

Das Ziel der deutschen Reformbewegung war in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, aber in gewissem Maße auch in diesem ganzen Jahrhundert, den immer mehr veralteten Inquisitionsprozess zu modernisieren, aus dem gemeinen ein allgemeines Strafrecht zu machen. Wie es H. A. Zachariae im Titel seiner bekannten Programmschrift von 1846 formulierte: „Die Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens“ sind das Thema des 19. Jahrhunderts.² Selbstverständlich hatte sich auch das materielle Recht entwickelt, aber diese Entwicklung war mehr verborgen; sie ist in der Theorie, in wissenschaftlichen Abhandlungen,³ in Hand- und Lehrbüchern und natürlich in Gesetzbüchern greifbar. Demgegenüber spielten sich die Ereignisse und Ergebnisse der Strafverfahrensreform auf offener Bühne ab, und sie hatten wichtige Querverbindungen zur Politik, zum Fortschritt des öffentlichen Rechts und zur Verfassungsbewegung.⁴

Der Schwerpunkt lag also mehr auf der prozessrechtlichen Ebene. Unter den vielen und wohlbekanntesten Elementen hebe ich als ein Moment die Problematik der Verdachtsstrafe heraus. Was heißt Verdachtsstrafe? Wird im Strafprozess wirklich die Unschuld oder etwa auch die Schuld vermutet? Diese „immergrünen“ Fragen, deren Aktualität wohl nie verjährt, solange es menschliche Strafrechtspflege gibt, tauchen in der Praxis und in der Literatur immer wieder auf.⁵ Das Ziel dieser Arbeit ist es, die geschichtli-

² Sellert/Rüping, S. 17.

³ Ein Beispiel: K. Binding widmet nur ein Kapitel (‘Die Dreitheilung: Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen’) dem dogmatischen Problem der Trichotomie von strafbaren Handlungen in seinem Buch; vgl. Binding, S. 44–49.

⁴ Aufschlussreich und eine gute Illustration alles dessen ist, wie Hinrich Rüping das Kapitel VIII. – „Vom gemeinen zum allgemeinen Strafrecht“ (es handelt von der Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts bis zur Zeit des Kaiserreiches) – im zweiten Band gliedert: 1. Die Gebrechen und die Reform des Strafprozesses, 2. Die konstitutionelle Bewegung, 3. Justiz und Verwaltung, 4. Anklageprozeß, 5. Die Beteiligung von Laien, 6. Strafrecht und Strafvollzug, 7. Die Epoche des Liberalismus. Sellert / Rüping, S. 7.

⁵ Aktuell z. B. Dornseifer, S. 433: „Die Ausweitung der Strafbarkeitsgrenzen auf der Basis von Vorsatzvermutungen, die durch praktische

chen Grundlagen für ihre Beantwortung darzustellen. Es wird ein Zeitraum untersucht, in dem der Verdächtige noch „Dieb(in), Räuber(in), Mörder(in)“ hieß, aber auch schon der Anspruch aufkam, ein höher entwickeltes Beweissystem zu schaffen. Der damals völlig offene Diskurs befasste sich mit der Frage: Welche Maßstäbe und Gesichtspunkte sind tauglich, einen Verdächtigen als Überführten zu betrachten und mit einer Strafe zu belegen?

Zwischen Verdächtigen und Überführten ist im philosophischen Sinne in der Tat oft keine eindeutige Trennlinie zu ziehen; die durch zahlreiche objektive und subjektive Eigenschaften geprägten Indizien und Beweise abzuwägen, ist die unausweichliche Aufgabe des Richters; seine Arbeit ist nicht zu computerisieren. Eben weil man immer gespürt hatte, dass der Rechtsspruch auch einen wichtigen menschlichen Faktor enthält, galt die Entscheidung über die Schuld eines Menschen durchaus als eine Frage, die die Autorität des Richteramts betrifft. In den vergangenen Jahrhunderten, als für die Beweisführung noch keine abstrakten, festen Grundlagen (im heutigen Verständnis) vorhanden waren, konnte sogar eine einzige Richterpersönlichkeit die Rechtsprechung des ganzen Deutschen Reiches beeinflussen. Benedict Carpzow ist dafür ein hervorragendes Beispiel.⁶ Die Geschichte der Verdachtsstrafe ist zugleich die Geschichte der veränderten Auffassung über die richterliche Ermessensfreiheit. Ganz global gesehen, sind drei Entwicklungsphasen zu unterscheiden:

- a) Die „klassische“ Epoche des gemeinen Rechts, etwa bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts. Seit dem Beginn der Rezeption des römischen Rechts und besonders dem Inkrafttreten der CCC (1532) sind zwar für den Richter bestimmte Beweisregeln aufgestellt, die Möglichkeit zur Willkür durch die ausdrücklich erlaubte Analogie und die vielen arbiträren Strafen ist aber noch recht groß. Diese Phase wird maßgeblich durch die Anwendung der Folter gekennzeichnet.

Beweisschwierigkeiten motiviert sind, ist rechtsstaatlich bedenkliche Verdachtsstrafe.“

⁶ Vgl. Kleinheyer / Schröder, S. 50 ff.

- b) Die Übergangsperiode – ab Mitte des 18. Jahrhunderts bis etwa 1848: Diese rund hundert Jahre bilden zeitlich den Gegenstand der vorliegenden Arbeit. In dieser Zeit versucht man vor allem, die richterliche Willkür durch Entwicklung der gesetzlichen Beweistheorien zurückzudrängen. In der Beweisführung tritt eine erhebliche Rechtsunsicherheit infolge der Abschaffung der Folter auf. Man kann sich von den alten Beweisregeln und -gewohnheiten (trotz ihrer offensichtlichen Fehler) nicht lösen, ein neues Beweissystem, das aufgrund abstrakt formulierten Prozessrechts die freie richterliche Beweiswürdigung anerkennt, ist aber noch nicht geschaffen. Die Verdachtsstrafe ist ein typisches Phänomen dieser Periode. Die Arbeit versucht, die Problematik der Verdachtsstrafe und deren essentiellen Zusammenhang mit der Schuldvermutung darzustellen.
- c) Die Zeit der modernen Strafrechtspflege beginnt etwa um 1848. Die damalige Revolutionswelle hatte auch den in der Aufklärung wurzelnden Grundlagen der neuen beweisrechtlichen Idee der freien Beweiswürdigung Auftrieb gegeben.

Ungarn war zur selben Zeit in mancher Hinsicht in einer ähnlichen Lage, es hatte aber auch noch wesentlich andere Schwierigkeiten. Weitgehend gemeinsam war der „Zeitgeist“, d. h. derjenige des Zeitalters des absolutistischen Staates, wobei Staat und Untertan zueinander in einem vertikalen System standen. Ein gemeinsames Ziel war also sowohl für Deutschland wie auch für Ungarn, den Rechtsstaat zu gründen, wo keine Untertanen, sondern gleichberechtigte Bürger miteinander – horizontal – die Gesellschaft und das Rechtssystem bilden. Politisch und verfassungsgeschichtlich gesehen ist das Bestreben nach Gründung einer bürgerlichen Rechtsordnung zwar im Jahre 1848 in beiden Ländern⁷ gescheitert, der Fortschritt in der Strafrechtspflege ist aber unbestreitbar. Nach 1848 konnte nicht so weitergemacht werden wie zuvor.

⁷ Unter „Land“ wird hier neben Ungarn auch „Deutschland“ verstanden.

I. DAS RECHTSINSTITUT DER VERDACHTSSTRAFE

Die Bestrafung von Beschuldigten aufgrund bestimmter Indizien und Beweise, die eine volle Beweiskraft nicht erreichen, hat in der Strafrechtspflege der Menschheit wahrscheinlich immer eine Rolle gespielt. Das Urteil, dass der „Verbrecher“ überführt sei, ist in vielen Fällen durchaus subjektiv. Der Grad der Gewissheit nämlich, auf dessen Grundlage der Verdächtige als der wirkliche Täter des vorliegenden Verbrechens angesehen werden darf und wonach man ihn zu bestrafen pflegt, ist naturgemäß nicht rein objektiv zu definieren oder gar zu „digitalisieren“. Alle Beweise sind im Prinzip relativierbar.

Es gab neben dieser rechtsphilosophischen Überlegung auch einige praktische Ursachen, die hier eine wichtige Rolle gespielt haben; besonders ist der unbedingte Anspruch des Staates auf Vergeltung hervorzuheben.⁸ Man ging davon aus, dass die Verbrechen für die Sicherheit des Staates bzw. das „gesunde“ Leben der Gesellschaft und für die „gottgegebene“ moralische Ordnung so gefährlich seien, dass der Staat berechtigt, ja sogar verpflichtet sei, diese „Übel“ mit seiner vollen Gewalt zu beseitigen.⁹ Als Leitgedanke galt: Erträglicher (oder: der kleinere Schaden) ist es, einen Unschuldigen zu bestrafen, als einen Schuldigen ohne Strafe laufen zu lassen. Aus alledem folgt, dass nicht nur der vollkommen überführte Verdächtige, sondern auch die vor Gericht gezogene Person, die nach der Beweisführung oder nach der subjektiven Überzeugung des Richters zu einem bestimmten Grad¹⁰ verdächtig blieb und der es nicht gelang, diesen Verdacht zu zerstreuen, mit einer Strafe zu

⁸Die ausnahmslose Anwesenheit des allmächtigen Staates in Kriminalsachen fing (im christlichen Europa) eigentlich erst seit dem hohen Mittelalter an; das altertümliche römische Recht hatte nur die schweren, meistens die Gemeinde verletzenden Verbrechen für *crimina* erklärt. Vgl. Mommsen, S. 9 f.

⁹Vgl. Mauss, S. 110.

¹⁰Im deutschen Inquisitionsprozess galt als solcher Grad der sog. halbe Beweis, wie etwa das Bekenntnis eines Zeugen. Vgl. CJBC Teil 2, Kap. 10, § 10. Der Verfasser des Gesetzbuches formuliert folgendermaßen: „Der halbgemacht- oder halbentkräftete Beweis [...] ziehet entweder *torturam*, juramen-

rechnen hatte. Man hielt es für eine der wichtigsten Aufgaben des Staates, die gefährlichen Menschen aus der Gesellschaft zu „filtrieren“ – und als solche Personen galten nicht nur die überführten Beschuldigten, sondern auch die höchst verdächtigen Inquisiten.

Die Bestrafung von Leuten, die nach der jeweiligen gesetzlichen Beweistheorie¹¹ verdächtig gewesen waren, bereitete so lange kein besonderes Problem, wie die Strafjustiz nicht die Unschuld, sondern die Schuld des Betroffenen vermutete. Die Sanktion gegen die Verdächtigen war im allgemeinen milder als die Strafe, die gegen Überführte verhängt wurde.¹²

1. Die Entwicklung der außerordentlichen Strafe mit Blick auf die Verdachtsstrafe

Es war in der zeitgenössischen Rechtsliteratur allgemein verbreitet, unter Berufung auf den Wortgebrauch der Gesetze die Ausdrücke „Verdachtsstrafe“ und „außerordentliche Strafe“ synonym zu benutzen.¹³ So hieß es noch Anfang des 20. Jahrhunderts:

tum purgatorium, absolutionem ab instantia vel observatione judicialii, oder poenam extraordinariam gestalten Dingen nach sich.“ Kreittmayr, S. 556 f.

¹¹Die deutsche gemeinrechtliche Strafrechtspflege knüpfte auch in ihrer späteren Phase (im 19. Jahrhundert bis etwa 1848) an eine bestimmte, gesetzlich fixierte Beweistheorie an: „Das Gesetz kann bestimmte Regeln in der Art vorschreiben, dass es dem Richter angiebt, auf welche Beweismittel er das Strafurtheil bauen darf, welche Erfordernisse bei jedem Beweismittel vorhanden sein müssen, wenn darauf das Urtheil gebaut werden soll, und zwar so, dass die Richter absolut an diese Vorschriften gebunden sind und gar nicht verurtheilen dürfen, wenn nicht nach den gesetzlichen Beweisregeln Gewißheit vorhanden ist. Diese Ansicht liegt dem bayerischen Strafgesetzbuche, der preußischen, österreichischen Gesetzgebung und den neueren deutschen Entwürfen zum Grunde.“ Mittermaier, Lehre vom Beweis, S. 83.

¹²Es war z. B. in der Regel nicht erlaubt, jemanden unten solchen Umständen zur Todesstrafe zu verurteilen. Vgl. § 408 CrimO.

¹³Der Ausdruck „Verdachtsstrafe“ kam in den Rechtsquellen und in der Literatur bis zum Ende des 19. Jahrhunderts freilich nur sehr selten vor. Eine der ersten Erwähnungen (in Form: „Straff des Verdachts“) ist im CJBK Teil 2, Kap. 10, § 9 zu lesen. Vgl. Kreittmayr, S. 542, 566.

„Die außerordentliche oder Verdachtsstrafe des gemeinen Inquisitionsprozesses war die typische Strafe des unvollständigen Beweises, die Strafe der nicht voll bewiesenen Schuld des Angeklagten, der verdächtig eines Verbrechens dem Gemeinwohl gefährlich erschien.“¹⁴

Der Standpunkt der heutigen Strafrechtsgeschichtswissenschaft ist wesentlich anders:

„Indessen sollte jedem Strafrechtshistoriker aufgrund auch nur oberflächlicher Kenntnis des gemeinen Rechts bekannt sein, dass Begriff und Funktion der ‘außerordentlichen Strafe’ sehr viel weiter reichten und die Verdachtsstrafe nur ein einzelner Anwendungsfall der *poena extraordinaria* war, durch die die Kriminalisten seit jeher versucht hatten, sich von den strengen Fesseln des formalen Rechts zu befreien.“¹⁵

Es ist daher schwierig festzustellen, ob es sich um eine Verdachtsstrafe handelt, wenn die Quellen den Ausdruck „außerordentliche Strafe“ verwenden.

a) Die poena arbitraria in der gemeinrechtlichen Doktrin

Es erscheint zunächst notwendig, die geschichtliche Entwicklung und Veränderung des Begriffes „außerordentliche Strafe“ eingehender zu untersuchen, um den Unterschied zwischen *poena extraordinaria* und Verdachtsstrafe deutlich machen zu können.

Wo es in der Literatur um eine außerordentliche Strafe ging, verstand man darunter in der Regel eine arbiträre Strafe, d. h. eine willkürliche Strafe, die nach richterlichem Ermessen verhängt wird. Die zwei Begriffe (*poena arbitraria* – *poena extraordinaria*) sind in der gemeinrechtlichen Doktrin zwar synonym gebraucht worden, historisch gesehen waren sie aber nicht völlig identisch.

Die *poena arbitraria* ist die historisch ältere; sie bezieht sich nämlich auf die Ermessensfreiheit des Richters, der unter den ver-

¹⁴ Allmann, S. 1.

¹⁵ Schaffstein, Verdachtsstrafe, S. 501.

schiedensten Umständen das Recht erhielt, nicht nur die im Gesetz absolut angedrohten Strafen, sondern auch willkürlich eine Sanktion festzusetzen. Die Frage ist lediglich, in welchem Verhältnis diese arbiträre Strafe zu dem vom Gesetz für den richterlichen „Spielraum“ gezogenen Rahmen steht.

Eine *poena arbitraria* konnte bereits nach den Vorschriften der *Carolina* verhängt werden; der Begriff (und sein Inhalt) der außerordentlichen Strafe wurde aber erst später, in der gemeinrechtlichen Praxis, erarbeitet und gehandhabt. Er bezeichnete diejenige arbiträre Strafe, die nicht nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen, sondern auch darüber hinaus Anwendung finden konnte. Man kann sagen, dass die *Carolina* nur die *poena arbitraria* in engerem Sinne kannte und (an)erkannte (bei der der Richter sich nur im vom Gesetz vorgegebenen Raum bewegen durfte), die *poena arbitraria* in weiterem Sinne wurde durch die gemeinrechtliche Doktrin ins Leben gerufen.¹⁶ Der *Carolina* war eine außerordentliche Strafe noch fremd.¹⁷ Der Begriff *poena arbitraria* umfasste durchgehend die *poena extraordinaria*.

aa) Bestimmungen der Carolina

Die *poena arbitraria* als selbständiges Rechtsinstitut kam erst zur eigentlichen Bedeutung mit der Einführung der CCC (1532), die in gewissem Sinne als der erste reichseinheitliche Strafkodex gelten kann. Die arbiträre Strafe konnte danach verhängt werden, wenn die Bestimmungen des Gesetzes die Strafe nicht ausdrücklich vorschrieben oder alternative Strafandrohungen vorsahen.

Bezüglich der Wahl unter den verschiedenen Strafen und Formen der gleichen Sanktion war die richterliche Ermessensfreiheit relativ groß. Der Richter hatte das Recht, sowohl nach allgemeinen Maximen¹⁸ als auch aufgrund konkreter Bestimmungen nach seiner Überzeugung zu verfahren:

¹⁶ Vgl. Neef, S. 1781 f.

¹⁷ Vgl. Schaffstein, Verdachtsstrafe, S. 497.

¹⁸ „Item so jemandt unsern gemeynen geschrieen rechten nach, durch eyn verhandlung das leben verwürckt hat, soll man nach gattet gewohnhey, oder

„Item so eyner Gott zumist, dass gott nit bequem ist, oder mit seinen worten gott, das jm zusteht abschneidet, der almechtigkeyt gottes, sein heylige Mutter die jungkfrauw Maria schendet, sollen durch die amptleut oder Richter von ampts wegen angenommen, eingelegt und darumb an leih, leben oder gliedern, nach gelegenheytt und gestalt der person und lesterung gestrafft werden.“¹⁹

Ähnlich bietet eine andere Stelle der *Carolina* eine große Auswahl von anzuwendenden Strafarten:

„die selbigen boßhaftigen kupler und küplerin, auch die jhenen so wisentlicher geuerlicher und boßhaftiger weiß Are hewser darzu leihen, oder solch, inn jren hewsern zubesehen gestatten, sollen nach gelegenheytt der verhandlung und radt der rechtverstendigen, es sei mit verweisung des landts, Stellung inn branger, abschneidung der oren, oder außhawung reit rotten, oder anderm gestrafft werden.“²⁰

Die immer wieder auftauchenden, sich auf die Art der zu verhängenden Strafe beziehenden Klauseln „nach vermög der recht und ermessung des richters“ oder „nach gelegenheytt und gestalt der person“ bzw. „nach gestalt der sachen“, weisen auf eine außerordentlich große richterliche Ermessensfreiheit hin.²¹

Der Gesetzgeber gedachte einer uferlosen richterlichen Willkür dadurch Schranken zu setzen, dass er ein allgemeines Prinzip formulierte, nämlich das Postulat der Gerechtigkeit und des gemeinen Nutzens.²² Der Erfolg der *Carolina* in der Praxis beruhte u. a. darauf, dass es ihr gelang, zwei Bedürfnisse der zeitgenössischen

nach Ordnung eynes guten rechtverstentigen richters, so gelegenheytt und ergernuß der übelthatt ermessen kan, die form und weiß der selben tödtung halten und urtheilen.“ *Carolina*, Art. 104. Vgl. Art. 105.

¹⁹ Art. 106 CCC.

²⁰ Ebd. Art. 123.

²¹ So sollte auch der Münzfälscher „am leih oder gut nach gestalt der sachen, gestrafft werden“; a. a. O., Art. 111.; vgl. Art. 109, 114, 134.

²² Der Richter hatte die Pflicht, die Strafe „auß lieb der gerechtigkeit, und umb gemeynes nutz willen zu ordnen und zu machen“. Außerdem durfte die *poena arbitraria* erst nach vorheriger Rechtseinholung verhängt werden. Vgl. Art. 104 („Eyn Vorrede wie man mißthat peinlich straffen soll“).

Strafrechtspflege zugleich zu erfüllen. Sie hatte einerseits mit ihren zahlreichen absoluten Strafandrohungen, mit der Festlegung konkreter Tatbestände und durch eine einheitliche Regelung des Strafverfahrens ein objektives Werk in die Hände der Richter gegeben, wodurch die zu ihrer Zeit herrschende fast vollständige Willkür eingeschränkt wurde,²³ andererseits gewährte sie dem Richter in der Strafzumessung eine große Freiheit, die es möglich machte, in der Nachfolgezeit zum Grund der Erweiterung der *poena arbitraria* zu werden. Es war nicht schwer, aus den skizzierten Möglichkeiten des Richters in der Strafzumessung eine Interpretation abzuleiten, wonach dem Richter das Recht zustand, eine Strafe auch über die Regelungen des Gesetzes hinaus zu verhängen.²⁴

Die eigentliche Verdachtsstrafe, die hier als die Strafe in der Situation einer beweisrechtlichen Unbestimmtheit verstanden wird, war der *Carolina* noch fremd. Auch die *poena arbitraria* galt für sie als „ordentliche“ Strafe; überhaupt hatte die CCC das Begriffspaar *poena ordinaria* – *poena extraordinaria* noch gar nicht aufgestellt. In ihrem geschlossenen Beweissystem konnte praktisch kein beweisrechtliches Problem vorkommen: es stand nämlich die Folter zur Verfügung, der der Inquisit nach ausreichenden Anzeigen unterzogen wurde. Hatte er das Geständnis abgelegt, so wurde

²³ „In einem Bericht an den Reichstag zu Lindau führte das eben erst errichtete Reichskammergericht im Jahre 1496 Beschwerde darüber, dass die Fürsten, Reichsstädte und andere Obrigkeiten Leute unverschuldet und ohne Recht und endliche Ursache zum Tode verurteilt und gerichtet hätten, wie es aus fast täglich einlaufenden Klagen erfahren habe [...] Die Klagen über willkürliche Verhaftungen und Hinrichtungen erscheinen durchaus glaubhaft.“ Kroeschell, Bd. 2, S. 269.

²⁴ Dazu bot die CCC auch eine besondere Möglichkeit, indem sie die Analogie für die Richter ausdrücklich vorschrieb: „Item ferner ist zuvermercken, inn was peinlichen feilen oder verklagungen, die peinlichen straff inn disen nachfolgenden artickeln nit gesetzt oder gnugsam erklet oder verständig wer, sollen Richter und urtheyler (so es zu schulden kompt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder unverständlichen feilen, unsern Keyserlichen rechten, und diser unser Ordnung am gemessigsten gehandelt unnd geurtheylt werden soll, und alßdann jre erkantnuß darnach thun, wann nit alle zufellige erkantnuß und straff inn dieser unser Ordnung gnugsam mögen bedacht und beschriben werden.“ Art. 105 („Von unbenannten peinlichen feilen und straf- fen“). Vgl. Schaffstein, Studien, S. 159.

er als überführt verurteilt – hatte er sie überstanden, so musste er in der Regel freigesprochen werden. Der Richter konnte nach den Maximen der *Carolina* immer in dem Bewusstsein urteilen, dass das Strafübel sicher einen Schuldigen treffe. Für die CCC existierten lediglich Schuldige und Unschuldige. So gesehen, war sie ganz modern. Der Kern des Problems bestand natürlich in der Tortur selbst, die im Prinzip nach den Bestimmungen des Gesetzes ablaufen musste; und sie galt zu ihrer Zeit als ein angemessenes Mittel zur Erforschung der Wahrheit. Der Gesetzgeber hatte nicht voraussehen können, dass dieses Instrument später zur Herausbildung einer „Missgeburt“ des gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauchs, nämlich zu der Verdachtsstrafe führen würde.

bb) Die Auslegung der poena arbitraria bei Carpzow

Aufgrund der Ermächtigung der *Carolina*, wonach die Richter „nach gelegenheyt der personen und gestalt der sachen“ Strafen zumessen konnten, und nach dem ausdrücklichen Analogiegebot der CCC (Art. 105) war es möglich, die *poena arbitraria* erheblich auszudehnen.²⁵ Eine erweiterte Interpretation der *poena arbitraria* war aber zugleich auch notwendig, weil die CCC zu wenig Tatbestände pönalisiert hatte – es sollten also neue Tatbestände geschaffen werden – und weil die absoluten Strafdrohungen der Gerichtsordnung (vor allem die Todes- und Verstümmelungsstrafen) zunehmend als zu hart empfunden wurden.²⁶ Diese Arbeit nahm der sächsische Jurist Benedict Carpzow auf sich, und dank seiner unvergleichlichen Autorität verbreiteten sich die Auffassung über die modifizierte richterliche Strafbefugnis sowie die Gewohnheit, die Begriffe *poena arbitraria* – *poena extraordinaria* synonym zu benutzen, in ganz Deutschland.²⁷

²⁵ Während dieser Begriffsausdehnung hat sich die Bezeichnung *poena extraordinaria* herausgebildet, gegenüber der im Gesetz bestimmt fixierten Strafart, der *poena ordinaria*. Vgl. Neef, S. 1781 f.; Eb. Schmidt, Einführung, S. 166 f.

²⁶ Vgl. Lippmann, S. 18; Schaffstein, Studien, S. 162.

²⁷ Vgl. Carpzow, Qu. 133 De arbitriis seu extraordinariis poenis.

Carpzows Auffassung von der *poena extraordinaria* war sehr radikal; er war der Meinung, dass jede Strafe einen arbiträren Charakter trage, folglich alle Strafen eigentlich außerordentliche Strafen seien.²⁸ Damit nutzte er die von der CCC gegebene richterliche Ermessensfreiheit maximal aus bzw. erweiterte sie. Im Zusammenhang mit der *poena homicidii* wird festgestellt:

„Neque videbitur iudex istud faciens, poenam homicidii a lege statutam tollere, aut legi derogare (quod ipsi neutiquam concedendum), sed factum potius ipsum, quod in poenam incidit, ita concludere atque definire, ut non ea lege puniendum censeatur; maxime cum hodie omnia fere crimina sint arbitraria & extra ordinem puniantur.“²⁹

Im Gedankengang Carpzows spielt eine wichtige Rolle der Sammelbegriff des sog. *stellionatus* (Schufterei). Unter diesem Begriff versuchte Carpzw für die Handlungen, die zwar als strafwürdig angesehen wurden, gesetzlich aber nicht geregelt waren, ein Prinzip aufzustellen, wonach der Übeltäter rechtlich verurteilt werden kann.³⁰ Der Satz lautete: „Deficiente poena ordinaria, locum habet extraordinaria.“³¹ Dabei sind keine wirklichen, neuen Tatbestän-

²⁸ Dieser Gedanke findet sich allerdings nicht erst bei Carpzw: Er lehnte sich sehr eng an die Lehren der italienischen Strafrechtswissenschaft an. Die Postglossatoren vertraten nämlich (meist unter Berufung auf Dig. 48.19.13.) die Ansicht, dass jede Strafe eine außerordentliche und damit zugleich arbiträre Strafe sei. Der Grund für diese Auffassung war, dass auch die *cognitio extra ordinem* im alten römischen Strafprozess während der Kaiserzeit zum Regelverfahren geworden war. Vgl. Eb. Schmidt, Einführung, S. 167; Neef, S. 1782; Dolezalek, S. 1842 f.; Glöckner, Cogitationis, S. 39 f.

²⁹ Carpzw, Qu. 24 Nr. 9; vgl. Qu. 25 Nr. 1; Eb. Schmidt, Einführung, S. 167; Hippel, Strafprozeß S. 237 Anm. 2; Kaufmann, S. 2022.

³⁰ Die Bezeichnung *stellionatus* bedeutete ursprünglich jede Art des Betrugers und der Verfälschung, die in den Gesetzen nicht ausdrücklich benannt war. Vgl. Rüping, Grundriss, 29 f.; Mommsen, S. 671–681. In der Formulierung von Schaffstein hat Carpzw den Begriff *stellionatus* „zu einem allgemeinen ‘Lückenbü- ßer-Tatbestand’“ entwickelt; vgl. Schaffstein, *Stellionatus*, S. 287; Glöckner, *Stellionatus*, S. 1954.

³¹ Carpzw, Qu. 133 (De Arbitriis, seu Extraordinariis Poenis), Summaria 1; vgl. ebd. Nr. 13: „Sane in ore omnium fere est, quod, quando poenae neque ex legibus, neque ex statuto aut consuetudine aliqua certo definitae sunt, arbitraria debeat esse animadversio.“

de im eigentlichen Sinne formuliert, es wird aber eine Reihe von Rechtssprüchen („*casus et exempla*“) aus der Tätigkeit des Leipziger Schöppenstuhles „*pro declaratione*“ angeführt.³² Der Autor erwähnt solche Beispiele wie etwa das „Absaugen“ der Milch einer stillenden Mutter,³³ unzuchtiges Benehmen auf einer Hochzeit,³⁴ Entrüstung von Jungfrauen³⁵ etc.

Es ging ging in diesen Fällen durchaus nicht um eine Verdachtsstrafe. Die Handlungen, die hier bestraft wurden, mussten natürlich erwiesen sein. Carpzow hatte es den Richtern überlassen, praktisch nach ihrem „Rechtsgefühl“ Sachverhalte selbständig zu pönalisieren. Die richterliche Willkür, gegen die die Kriminalisten und die Gesetze der Aufklärungszeit so heftig gekämpft haben, hatte hier ihre Wurzeln.

Die *poena extraordinaria* im Verständnis von Carpzow wurde auch in den Fällen angewandt, für die zwar eine absolut bestimmte

³² Vgl. a. a. O., Nr. 33–44; Neef, S. 1782 f.

³³ „Ist hiebevorn H. H. zu Recht die Straffe des Gefängnisses auf einen Monat lang derowegen zuerkannt worden, dass er sein Weib täglichen dermassen an ihren Brüsten ausgesogen, dass ihr die Leibes-Kräfte, und ihrem Kinde die Nah rung dadurch gänzlichen entzogen worden.“ A. a. O., Nr. 34.

³⁴ „Hat ein Junger-Gesell [...] ihme ein paar langstielichte Hosen, und daran einen ungewöhnlichen und unzuchtigen Latz machen lassen, dieselben auf eine Hochzeit, darauf er Braut-Diener gewesen, aufn Abend angezogen, mit dem Frauenzimmer darinnen getantzet, und ist hernach auch aufn Tisch getreten, und hat üppige und leichtfertige Geberden damit getrieben, dass das Frauenzimmer darüber unwillig worden, vom Tische aufgestanden, und weggegangen; bey welcher Uppigkeit gedachter Junger-Gesell es nicht bleiben lassen, sondern hat vor berührten Latz aus den Hosen gerissen, auf einen Teller gelegt, und zum Schauspiel auf denen Tischen herum tragen lassen, bis endlich einer denselben genommen, und zum Fenster hinaus geworffen.“ Der *delinquent* wurde „mit zeitlicher Landes-Verweisung billig in Straffe genommen.“ A. a. O., Nr. 35.

³⁵ „Ist allda auf einer Wirtschaft, wie des Orts bräuchlich, ein Essen Kohl und Fleisch, daren der Koch unter dem Kohl ein blau Niederkleid geleet, den Jungen-Gesellen, so nächst den Jungfrauen über an einem Tische allein gessen, vorgetragen worden; und als die Jungen-Gesellen dessen inne geworden, hat einer dasselbe aus der Schüssel gezogen, und auf einem Teller den Jungfrauen, auf ihren Tisch vorgesetzt. So wird der Koch, so solches Niederkleid unter das Kraut gethan, und derselbe, welcher es den Jungfrauen vorgesetzt, um eine ziemliche Geld-Busse, ihrem Vermögen nach, in willkürliche Straffe billig genommen.“ A. a. O., Nr. 36.

Strafe vorgesehen war, aber diese Sanktion – nach der richterlichen Beurteilung – nicht zum konkreten Fall passte. Carpzw nahm an, dass der Gesetzgeber nur an einen Normalfall gedacht habe, von dem der Richter *ex causa* abweichen könne. Das ist zweifellos eine ziemlich willkürliche Interpretation; man darf aber nicht übersehen, dass von der gesetzlichen Strafe nicht nur nach oben, sondern auch nach unten abgewichen werden konnte.³⁶

Der Satz der gemeinrechtlichen Doktrin, dass die Todesstrafe als *poena extraordinaria* grundsätzlich nicht erlaubt sei, geht ebenfalls bis auf Carpzw zurück.³⁷ Bei ihm durften nämlich die Richter arbiträr nur Leibesstrafen und bürgerliche Sanktionen (mehrheitlich Geldstrafen), wie *fastigatio*, *amputatio*, *relegatio*, *carcer* und *multa pecuniaria* verhängen.³⁸

Bezüglich der Problematik der Verdachtsstrafe ist festzustellen, dass die Ausdehnung der richterlichen Strafbefugnis im Bereich des Prozessrechts eine gute Möglichkeit bot, in der Sache willkürlich Verdachtsstrafen zu verhängen.³⁹ Den Richtern, die aufgrund Carpzw's Lehren daran gewöhnt waren, außerordentliche Strafen sozusagen nach ihrer Überzeugung zu verhängen, erschien es als natürlich, nach Beseitigung des Beweisgewinnungsmittels der Folter, den Begriff der außerordentlichen Strafe schwerpunktmäßig auf die Verdachtsstrafe auszudehnen.⁴⁰ Nach Carpzw hätten sich zwar die Richter stets von *aequitas* und *iustitia* leiten lassen müssen, die spätere Praxis war aber kaum in der Lage, die Urteilspraxis auf dem von ihm vorgegebenen hohen Niveau weiterzuführen. Die Strafrechtspflege hatte sich in eine negative, durch Willkür geprägte Richtung entwickelt.⁴¹

³⁶ Vgl. Hippel, S. 237 f.

³⁷ „Poena arbitraria non potest extendi ad mortem.“ A. a. O., Sum. 19; vgl. ebd. Nr. 20, 22–27; ferner § 448 CrimO.

³⁸ Vgl. Carpzw, Qu. 133 Nr. 16, 17, 32, 46, 49.

³⁹ Vgl. Hälschner, S. 139; Wächter, S. 123.

⁴⁰ An der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert wurde bereits überwiegend unter außerordentlicher Strafe die Verdachtsstrafe verstanden.

⁴¹ Böhmer versuchte die Anwendungsfälle der außerordentlichen Strafe innerhalb der gesetzlichen Dispositionen zu bestimmen; er hatte jedoch die willkürlich zu ahndenden sog. *delicta innominata* (*mutatis mutandis*, das Rechtsinstitut *stellionatus*) beibehalten. Vgl. Elementa, Sect. 2 Cap. 1 § 9;

b) *Die poena arbitraria im Verständnis einiger Gesetzbücher im Zeitalter der Aufklärung*

Der Untergang des gemeinrechtlichen Rechtsdenkens begann mit dem allmählichen Einfluss der Aufklärung. Bestimmend in dieser neuen Epoche wurde die *ratio*, deren wichtigster Satz auf dem Feld des Strafrechts lautete: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁴² Dies bedeutete vor allen Dingen den Anspruch, den Richter an die „Buchstaben“ des Gesetzes zu binden. Dem gemeinen Recht war aber diese Idee durchaus fremd, sie konnte folglich nur relativ spät, erst in der *Josephina* (1787) zur Geltung kommen – hingegen sind in dem Kreittmayrschen Gesetzbuch und in der *Theresiana* nur leichte Tendenzen in diese Richtung festzustellen. Der Ausdruck „außerordentliche Strafe“ – und damit die Problematik der *poena arbitraria* –, mit stufenweise geänderten Inhalt, hält sich bis in das 19. Jahrhundert hinein.

aa) *Der Codex Juris Bavarici Criminalis (1751)*

Die außerordentliche Strafe wird noch im herkömmlichen Sinne und mit der *poena arbitraria* für gleichbedeutend erklärt:

„Bey willkürlichen und Extraordinari-Straffen, welche zur Richterlicher Ermäßigung ausgestellt seynd, soll die Obrigkeit alle mildern und beschwerende Umstände des Verbrechens wohl betrachten, in geringem oder zweifelhaften Fällen mehr zur Milde als Schärfe geneigt seyn, keine neue und ungewöhnliche Straffen erfinden, sofort zwischen dem Verbrechen und der Straff die rechte Proportion beobachten, und das blosses Arbitrium oder Gut-Bedunken, wo es die Statuta nicht ausdrücklich einräumen, auf die Todes-Straff niemahl erstrecken.“⁴³

Meditationes, Art. 105 §§ 1, 2; Neef, S. 1783 f.; Eb. Schmidt, Einführung, S. 167 f.

⁴² Vgl. Schreiber, *Nulla poena*, S. 1104 ff.

⁴³ CJBC Teil 1, Kap. 1, § 12.

Das durch den Geist der Aufklärung inspirierte Bestreben, zumindest die Grausamkeit des bisherigen Strafrechts zu mildern und die richterliche Willkür einigermaßen zurückzudrängen, ist unverkennbar.⁴⁴

bb) Die Constitutio Criminalis Theresiana (1768)

Das letzte gesetzgeberische Resultat der gemeinrechtlichen Doktrin in Österreich war die *Theresiana*, die das Problem der *poena arbitraria* ganz ähnlich dem CJBC auffasst. Die CCTh unterscheidet, wie gewöhnlich, zwischen ordentlichen und außerordentlichen Strafen:

„Die ordentlichen Straffen sind, welche das Gesetz auf die Verbrechen namentlich ausgesetzt. Dahingegen die willkührigen, und außerordentlichen Straffen damalen eintreten, wenn erstlich: das Gesetz auf ein Verbrechen keine gewisse Strafe ausgemessen, sondern stillschweigend oder ausdrücklich die Bestraffungsart der Willkuhr des Richters überlassen hat; oder andertens: wenn zwar das Gesetz eine gewisse Strafe auf ein Verbrechen überhaupt ausgesetzt hat, jedoch ein rechtmässiger, das ist, ein in dieser Halsgerichtsordnung enthaltener Milderungs- oder Beschwerungsumstand erheischet, von der sonst vorgeschrieben ordentlichen Straffe abzugehen.“⁴⁵

Es wird versucht, die außerordentliche Strafe in dem vom Gesetz gegebenen Rahmen zu halten. Es geht – der gesetzgeberischen Absicht nach – keineswegs um eine uferlose arbiträre Willkür; der Richter hat seine Erkenntnis

„[...] vernunftig so einzurichten, damit in wohlerwogenen Gegenheit aller beschwerend- und linderenden Umständen zwischen dem Verbrechen, und der Straffe eine Ebenmaß, und billige Gleichheit gehalten, somit weder einer allzugroßen Strenge, weder allzuvieler Gelindigkeit sich gebraucht werde. Wobey annoch zu beobachten, dass

⁴⁴ Vgl. Kobler, S. 338.

⁴⁵ CCTh Art. 7, § 1.

Erstlicht: In geringeren, oder zweifelhaften Straff-Fällen die Gelindigkeit der Schärffe vorzuziehen; und dass
 Andertens: Die willkührige Bestraffungen nicht auf die Todesstraffe zu er- weiteren seyen.“⁴⁶

Die *Theresiana* war in der Interpretation der *poena extraordinaria* so weit wie möglich gegangen – unter den Voraussetzungen der traditionellen Denkweise. Den entscheidenden Durchbruch brachte erst das nächste – materiellrechtliche – Strafgesetzbuch (*Josephina*).

cc) Das josephinische Gesetzbuch (1787)

Es gibt im Einführungsprivileg des Gesetzes⁴⁷ einen ausdrücklichen Verweis auf die Regel *nullum crimen sine lege*:

„Insbesondere aber werden die Kriminalrichter hiemit angewiesen, künftig ihr Amt nur gegen diejenigen zu handeln, die wegen eines in diesem Gesetze ausgedruckten Kriminalverbrechen bei dem Kriminalgerichte einkommen.“⁴⁸

Der Gesetzgeber wollte zugleich „alle Willkuhr“ entfernen, die außerordentlichen Strafen hätten also aus dem Gerichtsgebrauch verschwinden müssen – sicher ist nur, dass dieser Ausdruck im Gesetzestext nicht mehr zu lesen ist.

⁴⁶ Ebd. § 3.

⁴⁷ Dieses Gesetz war auch in Ungarn in Kraft getreten, galt jedoch bis zum Tode Königs Joseph II, der sich nicht mit der Stephanskronenkrone krönen lassen (um die Pflichten des verfassungsmässigen ungarischen Königs nicht leisten zu müssen), weshalb er „König mit Hut“ (d. h. ein König ohne Krone, was eigentlich ein verfassungswidriges Phänomen war) hieß.

⁴⁸ Patent vom 13. Januar. 1787, in: *Josephina* S. 1. Es wurde dem Richter auch die Anwendung von Analogie und Gewohnheitsrecht sowie jede Auslegung verboten. Vgl. Schreiber, *Nulla poena*, S. 1107.

Der Richter war zwar streng an das Gesetz gebunden,⁴⁹ für ihn blieb jedoch ein erheblicher Spielraum bei der Bemessung der Sanktion, da im Strafgesetzbuch lediglich die Strafart und die Mindest- sowie Höchstdauer der Strafe vorgegeben wurde.⁵⁰

dd) Das preußische Allgemeine Landrecht (1794)

Das berühmte Gesetz interpretiert das Begriffspaar ordentliche Strafe / außerordentliche Strafe im Rahmen der Schuld:

„Die im Gesetze Bestimmte Strafe eines Verbrechens heißt ordentliche; und trifft in der Regel nur den, welcher das Verbrechen vorsätzlich begangen hat.“⁵¹

Eine korrekte Definition der außerordentlichen Strafe versäumt das Gesetz; es stellt nur fest, dass es im Falle eines aus Fahrlässigkeit begangenen Verbrechens, mangels ausdrücklich bestimmter Strafe, von dem Richter eine außerordentliche Strafe nach den Grundsätzen des § 29 festzusetzen ist.⁵²

Gegen den „Verdacht“, dass das Gesetz nur die fahrlässig begangenen Verbrechen mit einer außerordentlichen Strafe belege, verwahrte sich schon Ernst Ferdinand Klein, einer der Schöpfer des Gesetzbuches, und wies beispielsweise auf den § 40 hin, wonach auch der vollendete, aber durch einen bloßen Zufall verhindert gebliebene Versuch, also eine an sich vorsätzliche Handlung, mit einer außerordentlichen Strafe geahndet werde. Es wurde ein Unterschied zwischen außerordentlicher und willkürlicher Strafe

⁴⁹ Der entscheidende Paragraph des Gesetzes lautet: „Der Kriminalrichter ist an die buchstäbliche Beobachtung des Gesetzes gebunden, so weit in demselben auf die Missethat die Grösse und Gattung der Strafe genau, und ausdrücklich bestimmt ist: Es ist ihm bei strenger Verantwortung die gesetzmässig vorgeschriebene Strafe weder zu lindern, noch zu verschärfen erlaubt.“ *Josephina* I § 13.

⁵⁰ Vgl. St. Schmidt, S. 200 ff.

⁵¹ ALR Teil II, Tit. 20, § 31.

⁵² Ebd. § 33.

gemacht, ihr Verhältnis zueinander war aber unklar – die letztere ist offensichtlich nur eine niedrigere Stufe der ersteren:

„Findet nur eine außerordentliche Strafe statt; so kann dieselbe niemals bis zum Tode oder zur Ehrlosigkeit ausgedehnt werden. Wenn die Gesetze eine willkürliche Strafe verordnen: so darf dieselbe nicht über Gefängnis von sechs Wochen, oder Funfzig Thaler Geldbuße, ausgedehnt werden.“⁵³

Die „gemeinrechtliche“ *poena arbitraria* gehörte also schon der Vergangenheit an; die außerordentliche Strafe im ALR bezeichnet nur noch die gegenüber der ordentlichen Strafe geminderte, aber vom Gesetz ebenso fixierte Strafe.

2. Der Begriff der Verdachtsstrafe

Sowohl die Quellen wie auch die Literatur erwähnen die Verdachtsstrafe sehr uneinheitlich. Dies kann aber nicht überraschen: Die Verdachtsstrafe war nicht einfach ein prozessrechtliches Institut, sondern ein tatsächliches Phänomen der Rechtsprechung, ein instinktives Verhalten der jeweiligen Strafrechtspflege, infolge der *a priori* bestehenden Überzeugung (Vermutung), dass der Verdächtige schuldig sei. Der rechtliche Inhalt der Verdachtsstrafe ist also so umfangreich, dass es meines Erachtens zweckmäßig ist, zwischen den Begriffen der Verdachtsstrafe im engeren und weiteren Sinne zu unterscheiden. Vom dogmatischen Gesichtspunkt aus gesehen bestand der wichtigste Unterschied darin, dass erstere Strafform der Ebene der Beweisführung zugehört, die letztere sich aber in Gestalt von materiellrechtlichen Instituten realisiert.

⁵³ A. a. O., §§ 34, 35. Vgl. Neef, S. 1784.

a) *Die Verdachtsstrafe im engeren Sinne*

Die Verdachtsstrafe in dieser Bedeutung, also die Bestrafung nicht vollkommen erwiesener Tatbestände, bzw. nicht vollständig überführter Angeschuldigter, wurde zwar während der Anwendung der Folter in der gemeinrechtlichen Epoche nicht zu einer häufig angewendeten Straftat, sie fehlte aber auch nicht gänzlich.

Man kann in ihrer Entwicklungsgeschichte zwei Phasen unterscheiden: vor und nach der Abschaffung der Folter. Die „peinliche Frage“ spielte deshalb eine bedeutende Rolle, weil das eigentliche Problem der Verdachtsstrafe darin bestand, dass die Praxis nach der Beseitigung dieses wichtigsten, zur Erwerbung der *regina probationis*, d. h. des Geständnisses des Verdächtigen, angewandten Mittels beweisrechtlich in einen luftleeren Raum geriet, und mangels einer freien richterlichen Beweiswürdigung notwendig zu einem Surrogat greifen musste.⁵⁴ Dieses Surrogat war die Verdachtsstrafe.

aa) *Die außerordentliche Strafe als Verdachtsstrafe während der Anwendung der Folter*

Die *Carolina* sah nach ihrem Beweissystem die Bestrafung nicht vollkommen überführter Verdächtiger noch nicht vor, die Praxis und die partikularen Gesetzgebungen führten aber – um die Ansprüche des immer souveräner werdenden, absolutistischen Staates zu befriedigen – den Brauch ein, dass die Beschuldigten, die nicht mehr der Folter unterworfen werden konnten, nicht ohne eine gewisse Sanktion bleiben durften. Dieses rechtliche Phänomen wird im folgenden anhand zweier markanter Strafgesetzbücher kurz dargestellt.

Das Kreittmayrsche Strafgesetzbuch (CJBC) nimmt noch an, dass die „peinliche Frage“ in der Beweisführung ein entscheidendes Instrument sei. Die Verdachtsstrafe wird mit der Folter für gleichrangig erklärt, indem

⁵⁴ Vgl. KO Bd. 1, S. 345.

„eine außerordentliche Straff auf einen halben Beweis oder Indicium proximum, in Fällen wo die Tortur nicht Platz-greiffig ist, wohl erkannt werden mag.“⁵⁵

Ebenso wird der von der Instanz entbundene Angeschuldigte „nach Gestalt des überbleibenden Verdachts“ mit einer arbiträren Strafe geahndet.⁵⁶

Die CCTh, eine der besten gesetzgeberischen Zusammenfassungen der gemeinrechtlichen Doktrin, behandelte diese Strafform unter den einzelnen Beweismitteln. Der Grundfall sei, dass mangels „vollkommenrechtlicher Beweisthum“ niemand mit ordentlicher Strafe belegt werden könne:

“Zumalen aber gleichwohlen entgegen dem Angeschuldigten mehr – oder mindere Innzuchten, und Beschwerungsumstände obwalten können, so hat der Richter solchen Falls alle Umstände wohl zu erwegen, und banget von seinem vernünftigen Ermessen ab: ob nach Beschaffenheit der Sache der Verdächtige entweder, bis andenweite Anzeigen sich hervorthun, des Arrestes einstweilig zu entlassen; oder gestalten Dingen nach demselben der Reinigungseyd aufzutragen; oder da nach Unser anderweiten Ausmessung genugsame Anzeigungen zur Scharffen Frage sich vorfanden, derselbe hiemit zu belegen, oder endlichen, da er mit starken Innzuchten beschweret wäre, die Tortur aber aus rechtlichen ursachen nicht vorgenommen werden könnte, zu einer willkührlichen Bestraffung fürzuschreiten seye.“⁵⁷⁵⁸

Der richterliche Spielraum wurde somit recht weit geschnitten; der Richter hatte bei den nicht vollkommen Überführten das Recht, sie entweder provisorisch zu entlassen oder zur Tortur zu zwingen bzw. den Reinigungseid ablegen zu lassen sowie im Endfall mit einer arbiträren Strafe zu belegen. Der letzte im Gesetz genannte Fall war die eigentliche Verdachtsstrafe – es ist aber klar, dass der Gesetzgeber ihr keine besondere Bedeutung einräumte.

⁵⁵ CJBC Teil 2, Kap. 10, § 10. Wer von der Tortur befreit worden war, siehe ebd. Kap. 8, § 5.

⁵⁶ Ebd. Kap. 10, § 9.

⁵⁷ *Theresiana*, Art. 34, § 17.

bb) Die „Blütezeit“ der Verdachtsstrafe

Die Hauptperiode der Verdachtsstrafe im eigentlichen Sinne setzte ein, als die Folter nicht mehr zur Verfügung der Strafrechtspflege stand, die moderne, auf der freien richterlichen Beweiswürdigung beruhende Urteilsfindung sich aber noch nicht herausgebildet hatte. Zeitlich gesehen sind dies die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts und die ersten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts. Einen besonderen Charakter verlieh der Verdachtsstrafe die Tatsache, dass ihre Blütezeit ungefähr mit der Epoche der Aufklärung zusammenfiel.

In der gemeinrechtlichen Kriminalpraxis war die richterliche Ermessens- und Urteilsfreiheit sehr groß und damit natürlich auch für Willkür offen. Der Richter sollte – neben den Bestimmungen des Gesetzes – nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetze, des Glaubens und der Billigkeit entscheiden und „*poenas iure probatas moribusque receptas*“⁵⁸ verhängen. Als Antithese dazu erschien in der Aufklärungszeit die Forderung, den Richter an das Gesetz, ja an dessen Buchstaben zu binden, um Willkür und Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Dies war verständlich: Die Aufklärungszeit war zugleich die Epoche des absolutistischen Staates.⁵⁹

Die in der Überschrift gewählte Bezeichnung „Blütezeit“ bedeutet nicht, dass die Verdachtsstrafe als Rechtsinstitut offen und allgemein anerkannt worden wäre; sie erscheint in den Rechtsquellen relativ selten, und auch die Literatur rügte sie immer heftiger.⁶⁰ Die außerordentliche Strafe selbst wurde, auch als Ausdruck, immer weniger „salonfähig“ – die Bezeichnung „Verdachtsstrafe“ konnte natürlich erst recht nicht in Frage kommen.

Der Ausdruck „Blütezeit“ ist aber insofern treffend, als er etwas Wichtiges zum Ausdruck bringt: nämlich, dass die Praxis die Ver-

⁵⁸ Vgl. Carpzow, Qu. 133 Nr. 15–19.

⁵⁹ Vgl. Mauß, S. 110. Erst im 19. Jahrhundert beginnt sich die Ansicht zu verbreiten, dass es auch ein Fehler ist, den Richter „zum Sklaven des Buchstabens“ des Gesetzes zu erniedrigen. Vgl. Jarcke, Handbuch, Bd. 1, S. 299 f.

⁶⁰ Ein sehr gutes Beispiel dafür ist die damals vom Archiv des Criminalrechts ausgeschriebene Preisfrage: „In wie fern lässt sich eine ausserordentliche Strafe [...] rechtfertigen?“

dachtsstrafe bereits ganz bewusst handhabte. Es wurden zahllose Verdachtsstrafen auch schon zur Zeit der Folter verhängt, sie wurden nur nicht als solche bezeichnet. Erst mit der Abschaffung der „peinlichen Frage“ wurde die eigentliche Natur des gemeinrechtlichen Beweissystems klar, die Praxis war aber natürlich unfähig, gleich ein neues System zu entwickeln. Sie musste notwendigerweise mit dem verbliebenen Instrumentarium auskommen, und dies brachte es mit sich, dass der Angeschuldigte als Verdächtiger verurteilt werden musste.

cc) Die preußische Kriminalordnung (1805)

Das verfahrensrechtliche Problem der Verdachtsstrafe ist am Beispiel Preußens, das bei der Beseitigung der Folter eine Vorreiterrolle spielte, gut darzustellen: die Schwierigkeit, ohne Einsatz der Folter neue Wege zur rechtmäßigen Erkenntnis der Wahrheit im Prozess zu finden. Dabei wird sogar ein offensichtlicher Rückfall in der Rechtsentwicklung sichtbar; nach der recht fortschrittlichen friderizianischen Zeit erlaubte die Verordnung vom 26. Februar 1799 die Züchtigung des (unbestimmte Antworten gebenden) Verdächtigen, später ließ die Criminalordnung von 1805 bei stärkerem Verdacht eine außerordentliche Strafe, d. h. eine Verdachtsstrafe zu.⁶¹

Die die Entwicklung des Inquisitionsprozesses in Preußen abschließende Criminalordnung beschäftigte sich mit dem Problem im Abschnitt über die „Wirkungen der Beweise und Vermuthungen in peinlichen Sachen“. Es wurde vor allem folgender Grundsatz festgelegt:

“Wer nur den Verdacht, ein Verbrechen begangen zu haben, gegen sich hat, ist dennoch nicht eher für schuldig zu achten, bis der Verdacht die gesetzmäßige Stärke erlangt hat.“⁶²

⁶¹ Vgl. Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 447.

⁶² § 366 CrimO.

Fraglich ist also nur, wie diese „Stärke“ beschaffen sein muss. Auf diese Frage erhält man eine abstrakte Antwort.⁶³ Die außerordentlichen Strafe kommt in zweierlei Hinsicht Bedeutung zu: sie wird einerseits nach strafmildernden Umständen erkannt,⁶⁴ andererseits kommt sie als eine echte Verdachtsstrafe vor. Die Verdachtsstrafe wird vor allem beim Anzeigenbeweis in Anspruch genommen. Die Bewertung der Anzeigen wird dem Richter überlassen, ein wichtiger Umstand wird aber mit Nachdruck hervorgehoben:

„Wenn mehrere Anzeigen in einem Falle zusammentreffen, welche mit einander übereinstimmen, und durch den schlimmen Charakter des Verdächtigen und die bisherige schlechte Lebensweise desselben unterstützt werden; so ist ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit vorhanden, bei dem eine außerordentliche Strafe in der Regel kein Bedenken haben kann.“⁶⁵

Bei Bestimmung der außerordentlichen Strafe hatte der Richter nicht nur auf die Schwere des Verbrechens, sondern zugleich auf das Gewicht der gegen den Verdächtigen vorhandenen Beweise sowie auf den Charakter und die bisherige Lebensart Rücksicht zu nehmen. Die außerordentliche Strafe konnte nie bis zur Todesstrafe und in der Regel auch nicht bis zur lebenslänglichen Gefangenschaft sowie auf Verlust von Stand und Würde ausgedehnt werden.⁶⁶

⁶³ „Der Richter hat hinreichende Gewißheit, wenn für die Wahrheit eines Umstandes vollkommen überzeugende Gründe vorhanden sind, und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ein bedeutender Grund für das Gegentheil nicht wohl denkbar ist.“ Ebd. § 393.

⁶⁴ Falls der Beschuldigte ohne Geständnis überführt wurde und eine Todesstrafe verhängt werden sollte, war diese Strafe erst zu verhängen, wenn zwei Drittel des Richterkollegiums einig waren. Sonst konnte nur eine außerordentliche Strafe eintreten. Zwar ist diese Situation nicht als Verdachtsstrafe zu betrachten, als „Gespenst“ steht sie trotzdem im Hintergrund; mangels eines einstimmigen Votums galt der Verdächtige nicht als vollkommen überführt. Vgl. ebd. §§ 394, 395.

⁶⁵ A. a. O. § 405.

⁶⁶ Vgl. ebd. §§ 407, 408; Zus. 1, 2; vgl. Kleinschrod, Grundbegriffe, § 134.

dd) Justus Claproth über die Verdachtsstrafe

Mit der Strafbarkeit des nicht vollständig überführten Verdächtigen beschäftigten sich in dieser Periode natürlich auch mehrere Rechtsgelehrte, wobei die Auffassung Justus Claproths repräsentativ für das Verständnis auch vieler anderer Rechtsgelehrter war.⁶⁷ Er behandelte die Frage sogar systematisch; seine Auffassung über die Verdachtsstrafe⁶⁸ stellt auch das Verständnis von vielen Rechtsgelehrten des ausgehenden 18. Jahrhunderts dar.

In der Beurteilung der Strafbarkeit des Beschuldigten spielen zwei Dinge eine wichtige Rolle: Erstens ein prozessrechtlicher Gesichtspunkt, nämlich die Frage, ob ein halber Beweis gegen den Betroffenen vorhanden ist; zweitens die materiellrechtliche Frage, ob das Gesetz den überführten Verbrecher beim konkreten Delikt mit der Todesstrafe belegt. Das Vorhandensein des sog. halben Beweises wurde in der gemeinrechtlichen Doktrin als ein „prozessualer Eckstein“ angesehen. Claproth stellte einen Katalog über die Umstände auf, welche in der Beweisführung als halbe Beweise zu betrachten seien:

- a) „Dasjenige Geständnis, welches nicht die ganze That, sondern nur so viele Umstände in sich enthalten, dass daraus ein sehr wahrscheinlicher Schluß auf die Hauptthat gezogen werden kann.
- ß) Wenn der Inquisit zwar die ganze That bekennet, aber unerwiesene Einrede vorschützet, welche das Verbrechen entweder gänzlich aus dem Wege räumen, oder doch mindern sollen.
- γ) Wenn nur ein unverwerflicher, oder zwey nicht völlig glaubwürdige Zeugen vorhanden sind, selbige aber nicht alles, was zu eben bemeldeten beyden Hauptpunkten gehöret, auszusagen im Stande sind; oder wenn ein Zeuge positiv einen Um-

⁶⁷ Vgl. Quistorp, Rechtliches Erachten; Anweisung; Kleinschrod, Unvollkommener Beweis; Weismantel; Mittermaier, Lehre vom Beweise.

⁶⁸ Claproth, Criminalrecht, Teil 2, Abschnitt 3, „Achstes Hauptstück von dem vollständigen und unvollständigen Beweise, von Abschaffung der Tortur, wie auch von dem Reinigungsseide.“

- stand verneine, welchen zwey glaubwürdige Zeugen positiv bejahet haben.
- δ) Wenn bey capitalen Verbrechen bloss Muthmasungen erwiesen sind, und das Geständnis des Inquisiten fehlet, wenn sie gleich den höchsten Grad der Wahrscheinlichkeit erreichen. Bey Verbrechen, die nicht auf Lebensstrafe abzielen, machet dieses hingegen ein vollständigen Beweis aus.
- ε) Wenn mehrere Vermuthungen wider den Inquisiten eintreten, welche, wenn sie völlig erwiesen wären, den höchsten Grad der Wahrscheinlichkeit ausmachen würden; gleichwohl diese Umstände selbst nicht vollständig, sondern nur halb erwiesen sind.
- ζ) Wenn einer von denen Fällen eintritt, wo wir bey einzelnen Verbrechen das eine, oder andere Beweismittel vor einen halben Beweis angenommen haben.
- η) Wenn zwar briefliche Urkunden vorhanden sind, selbige aber bey Verbrechen vorkommen, welche nicht durch briefliche Urkunden begangen werden, und gleichwohl die briefliche Urkunden nicht soviel in sich enthalten, als zu einem vollständigen und völlig richtigen Eingeständnis gehören.⁶⁹

Dieses Zitat zeigt plastisch, wie das Kriminaldenken in der Aufklärungszeit versuchte, für die zu modernisierende gesetzliche Beweistheorie Maßstäbe zu finden.⁷⁰ Das Bestreben konnte natürlich nicht erfolgreich sein; es geriet immer wieder in die Falle der Kasuistik. Die Kasuistik ist aber gerade ein Punkt des gemeinen Rechts, der mit dem Geist der aufgeklärten Codices, und mehr noch mit der rationalen Denkweise des 19. Jahrhunderts im wesentlichen unvereinbar war.⁷¹

⁶⁹ A. a. O., S. 179 f.; Globig, Versuch, Teil 2, S. 313 ff.

⁷⁰ Über den Charakter der deutschen Beweistheorie vgl. Mittermaier, Lehre vom Beweise, S. 84 ff.

⁷¹ Erst in den Schriften von Mittermaier ist eine systematische und konsequente Überwindung der gesetzlichen Beweistheorie zu erkennen: „Gelingt es uns unten, was wir hoffen, zeigen zu können, dass eine weise Gesetzgebung auch den Indizienbeweis als vollständig anerkennen muss, und dass weder ausserordentliche Strafe, noch *absolutio ab instantia* zu rechtfertigen ist, so kann nur von einem vollen Beweise die Rede sein und der Begriff eines unvollkom-

Bei der Bemessung der (Verdachts)strafe wurden wieder die erwähnten Aspekte berücksichtigt, nämlich, ob es um „Capitalverbrechen“ ging und ob der Grad der Gewissheit über die Schuld des Verdächtigen den kritischen Punkt (halber Beweis) erreichte. Im Fall der schwersten Delikte

„wird der Inquisit, welcher einen halben Beweis wider sich hat, nach der Verschiedenheit seines Standes vorerst entweder zur öffentlichen Arbeit verurtheilt, oder in ein Zuchthaus, Gefängnis, Hausarrest gesetzt, bis seine Schuld, oder Unschuld näher an den Tag kommt.“⁷²

Gibt es weniger als einen „halben Beweis“ (bei demselben Verbrechen), so sollte der Verdächtige von der Instanz entbunden werden. Bei leichteren Verbrechen war entweder eine „gelinde Strafe“ vorgesehen, oder der Angeschuldigte wurde verpflichtet, den Reinigungseid abzulegen.⁷³

b) Die Verdachtsstrafe im weiteren Sinne

Hinter dieser Interpretation stand die Überlegung, dass die Verdachtsstrafe als ein „Symptom“ der anhand der Schuldvermutung funktionierenden Strafrechtspflege auch in anderen Gestalten erschien. Diese Erscheinungsformen waren recht unterschiedlich, sie trugen jedoch erkennbare gemeinsame Kennzeichen: Alle waren sie materiellrechtliche Rechtsinstitute und wurden mehrheitlich

menen hat dann gar keinen Werth.“ Lehre vom Beweise, S. 139. Vgl. Abegg, Criminalprocess, 5. 225.

⁷² Claproth, a. a. O., S. 180.

⁷³ „Wären es aber Verbrechen, die bluse Leibesstrafe nach sich ziehen, so ist entweder der Beweis mehr als zur Hälfte geführt, und sodann soll ohne Reinigungseyd sofort eine gelinde Strafe erkannt werden, als sonst bey vollständigem Beweise erkannt seyn würde. Ist aber der Beweis nur bis zur Hälfte, oder unter derselben geführt, so soll der Inquisit sich eydlich reinigen, wozu er jedesmahl durch seinen Beichtvater, auser der Gerichtssession, gehörig vorzubereiten, der Eyd selbst auch nicht anders, als in dessen Gegenwart und unter vorgesetzter Warnung vor dem Meineyde, abgenommen werden.“ Claproth, a. a. O., S. 180 f.

nicht als wirkliche Strafen betrachtet, sondern lediglich als gewisse „Übel“, die immer einen bestimmten Zweck im Strafprozess haben.

Es spielten bei der Bemessung solcher „Übel“ besonders zwei Gesichtspunkte eine wichtige Rolle: der Anspruch der Wahrheitsforschung und die Verteidigung des „gemeinen Wohls“. Beide Bestrebungen werden auch heute noch als natürlich und richtig betrachtet; der historische Unterschied besteht darin, dass die gemeinrechtliche Doktrin, um diese Ziele zu erreichen, auch Mittel akzeptierte, die die Schuld des Verdächtigen voraussetzten. Es wurde also – unausgesprochen – die vermutete Schuld mit einer Sanktion belegt. Die einzelnen Institute der Verdachtsstrafe (in diesem weiteren Sinne) werden im folgenden nur kurz vorgestellt, weil sie im nächsten Abschnitt dieser Arbeit eingehend und relativ ausführlich erörtert werden.

aa) Die Folter

Die „peinliche Frage“ hatte vornehmlich die Funktion, durch ein – im Rahmen des gesetzlich geregelten Verfahrens zugefügtes – „physisches Übel“ das Geständnis des Angeschuldigten (d. h. des vermuteten Verbrechers) herauszupressen, um dadurch die materielle Wahrheit zu erhalten.⁷⁴ Sie wurde in der Aufklärungszeit zwar Gegenstand immer heftigerer Angriffe, ihre Beseitigung zog sich trotzdem bis in das 19. Jahrhundert hin.⁷⁵ Die Folter wurde zwar bloß als „Zwangsmittel“ angesehen, sie trug aber offensichtlich den Charakter einer Strafe. Ihre Beseitigung wurde auch von Rechtsgelehrten gefordert, die sonst noch der gemeinrechtlichen Denkweise anhiengen.⁷⁶

⁷⁴Eine repräsentative Rechtsquelle der Zeit, die *Theresiana* regelt die Anwendung der Tortur umfangreich; ihre Definition lautet: „Die peinliche Frage ist ein rechtliches Zwangsmittel, um einen leugnenden Uebelthäter, welcher der verübten That halber stark beschweret ist, in Abgang eines vollständigen Beweises zur Bekannthuß zu bringen, oder allenfalls denselben von dem ihm zu Last fallenden Verdacht, und Innzüchten zu reinigen.“ Art. 38, § 1.

⁷⁵Die Tortur wurde auf deutschem Rechtsgebiet zuerst in Preußen (1740), zuletzt in Gotha (1828) abgeschafft. Vgl. Eb. Schmidt, Einführung, S. 281.

⁷⁶Vgl. Claproth, Criminalrecht, S. 181 f.

bb) Die Ungehorsamsstrafen

Diese Art von Sanktionen wurde besonders nach der Abschaffung der Folter, als deren – in den Gesetzestexten natürlich nie deklariertes – Ersatz, sehr oft verhängt.⁷⁷ Sie sollte den „frechen, lügnischen“ Inquisiten treffen, der nicht bereit war, mit dem Gericht in der Wahrheitsforschung (d. h. im Beweis der eigenen Schuld) zusammenzuarbeiten. Die Pönalisierung solchen Verhaltens spiegelt den Zeitgeist des 18. Jahrhunderts wider, als es noch als selbstverständlich galt, den Bürger (*par excellence* den Angeschuldigten) als Untertan zu behandeln. Zwar trugen die Ungehorsams- (und Lügen)strafen einen klaren Vergeltungscharakter, das Merkmal der Verdachtsstrafe ist trotzdem unverkennbar: Die Sanktion wurde nämlich (ebenso wie bei der Folter) aufgrund der Überlegung verhängt, dass sie einen Schuldigen treffen solle, folglich auch – im heutigen Verständnis – als ein Teil der wirklichen Strafe betrachtet werden könne.

cc) Die Instanzenbindung

Die Entbindung des Angeschuldigten von der Instanz war eine besondere, allerdings milde Variante der Verdachtsstrafe; sie war eigentlich eine vorläufige Lossprechung, wenn es nicht gelang, die Unschuld (!) des Inquisiten zu beweisen, und wenn zugleich die Beweise für eine Verurteilung (auch zu einer Verdachtsstrafe im engeren Sinne) nicht ausreichten.⁷⁸ Sie hing über dem Losgesprochenen wie ein „Damoklesschwert“, weil bei neuen Verdachtsmomenten bzw. Beweisen dasselbe Verfahren gegen ihn wieder aufgenommen werden konnte. Die Instanzenbindung war seit dem 19. Jahrhundert in der Regel mit einer Polizeiaufsicht verbunden.

Die Idee der Verdachtsstrafe verkörpert sich in der Instanzenbindung in dem Sinne, dass die Strafrechtspflege einfach unfähig

⁷⁷ Vgl. Rüping, S. 65.

⁷⁸ Vgl. Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 431, 447; Eb. Schmidt, S. 272; Schwarplies, S. 70, 88; Rüping, S. 66.

war, auf den unbedingten Bestrafungsanspruch zu verzichten, wenn nur die Möglichkeit offen blieb, dass der Verdächtige der Täter sei. Der endgültige Freispruch war nur bei vollem Beweis der Unschuld möglich.

dd) Die Sicherungsmittel

Alle Beschreibungen der Aufgabe des Strafrechts enthalten den Gedanken der Gewährleistung der Sicherheit des Staates und seiner Bürger. Jede Sanktion, die diesem Zweck dient, kann in gewissem Sinne als eine Sicherungsmaßnahme aufgefasst werden. Die eigentlichen Sicherungsmittel waren aber nur die, die in unserer Epoche gegen die verdächtigen, aber nicht überführten und in der Regel losgesprochenen Angeschuldigten verhängt wurden – wie z. B. Kaution oder Polizeiaufsicht.⁷⁹

Die Sicherungsmittel galten in der Kriminalpraxis als „Prothesen“ einer nicht mehr und einer noch nicht existierenden Beweiswürdigung zu einer Zeit, als der Gerichtsgebrauch und die Rechtswissenschaft für den Fortschritt akzeptable Kompromisse suchten; einen (eventuell) Schuldigen freizusprechen wurde für ebenso unvorstellbar gehalten, wie einen offensichtlich Unschuldigen zu verurteilen. Die Zulässigkeit der außerordentlichen Strafe als Verdachtsstrafe wurde zwar lange nicht einheitlich abgelehnt, in der Literatur war die Meinung jedoch einheitlich: Dem Staat steht das Recht zu, sich vor verdächtigen und gefährlichen Leuten zu schützen und zu diesem Zweck auch bestimmte Zwangsmittel anzuwenden. Richtig sieht Schaffstein, dass mit dem Institut der damaligen Sicherungsmittel die Verdachtsstrafe in der Doktrin an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert zunächst eine neue Erscheinungsform gefunden hat.⁸⁰

⁷⁹ Über den Zusammenhang der Verdachtsstrafe mit den Sicherungsmitteln vgl. Schaffstein, Verdachtsstrafe, S. 493 ff.

⁸⁰ Vgl. Schaffstein, a. a. O., S. 515.

ee) Verdachtsstrafen im Rahmen von gesetzlichen Regelungen

Es gab Tatbestände auch in den Gesetzen, die einen Umstand bzw. ein Verhalten pönalisierte, das an sich oder für das „gemeine Wesen“ als gefährlich erschien und deswegen für strafwürdig gehalten wurde. Die Adressaten solcher gesetzlichen Regelungen haben nach heutigem Verständnis gar kein Verbrechen begangen, in den Augen der zeitgenössischen Strafrechtspflege erschien die betreffende Person bzw. ihr Verhalten jedoch strafwürdig. Im folgenden werden zwei derartige Delikte zur Verdeutlichung hervorgehoben, nämlich die Sanktionen gegen „Bettler und Vaganten“, sowie die Bestrafung der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt.

Vor allem die ausländischen Bettler, Vaganten und „Müßiggänger“ wurden schon wegen ihres „Bettel-Vagirens oder Müßiggangs“ mit Strafe belegt.⁸¹ Es geht hier in der Sache um das mittelalterliche Verfahren gegen „landschädliche Leute“, das auch im 18. Jahrhundert, allerdings letztmalig im Kreittmayrschen Kodex (1751) und in der *Theresiana* (1768) Anwendung fand. Personen aufgrund ihres äußeren Aussehens und Leumunds für verdächtige und gefährliche Leute, ja Verbrecher zu halten und sie deswegen mindestens des Landes zu verweisen, galt zwar im Mittelalter als selbstverständlich. Diese Auffassung ging im 18. Jahrhundert aber immer weiter zurück, so dass sich Sanktionen in den Gesetzbüchern des 19. Jahrhunderts nicht mehr finden.

Bei diesem Deliktstyp wurde – im heutigen Verständnis – der Verdacht bestraft, dass die erwähnten Personen kraft ihrer instabilen Vermögensverhältnisse und „verstockter Gewohnheiten“ früher oder später ohnehin Verbrechen begehen. Der Verdacht und die vermutete Gefährlichkeit selbst besaßen also strafbegründenden Charakter.

Die Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft und besonders der Geburt stand im engen Zusammenhang mit der sich im 18. Jahrhundert allmählich ändernden Beurteilung der Kindestö-

⁸¹ Vgl. CJBC Teil 1, Kap. 11; CCTh Teil 2, Art. 28, § 29.

tung.⁸² Während gegen Ende des 18. Jahrhunderts der „Kindsmord“ vom qualifizierten in ein privilegiertes Delikt umgewandelt wurde, wurde das Verbergen der Schwangerschaft und Entbindung als häufige „Vorbereitungshandlung“ für strafwürdig gehalten und lange selbständig pönalisiert. Dies war ein klarer Fall einer Verdachtsstrafe: Die Mutter wurde nämlich mit Strafe belegt, weil ihr unterstellt wurde, sie habe ihren Zustand verborgen gehalten, um das Verbrechen der Kindestötung später einfacher begehen zu können. Die Vermutung der Schuld der Kindesmutter war so stark, dass die Sanktion in der ersten Phase der Entwicklung (etwa im 18. Jahrhundert) auch dann verhängt wurde, wenn das Kind unverletzt und gesund weiterlebte.

II. NAHESTEHENDE RECHTSINSTITUTE

Die Verdachtsstrafe war nur eine der möglichen Reaktionen der unsicher gewordenen Strafrechtspflege beim Untergang des gemeinen Rechts. Um den verdächtigen, aber nicht vollkommen überführten Beschuldigten mit einer Sanktion belegen zu können, entwickelte die Praxis auch andere Methoden. Begründung und Zweck dieser Maßnahmen waren zwar unterschiedlich, im Hintergrund des juristischen Denkens stand aber immer die Überzeugung, dass der Verdächtige auf keinen Fall eine unschuldige Person sei und so ein gewisses „Übel“ gegen ihn ohnehin gerechtfertigt sei. Damit handelte es sich aber in unserem heutigen Verständnis auch um eine Verdachtsstrafe, die auf der Vermutung der Schuld gründet.

1. Die Ungehorsamsstrafe

Die Ungehorsamsstrafe als Rechtsinstitut, also die Bestrafung des ungehorsamen Inquisiten, der seine „offensichtliche“ Schuld hartnäckig leugnet, wesentliche Umstände bewusst verschweigt, sinn-

⁸² Zur Problematik der Kindestötung zusammenfassend vgl. Wächtershäuser.

lose Antworten gibt usw., befindet sich begrifflich zwischen der Folter und der Verdachtsstrafe. Die Folter wurde nicht als wirkliche Strafe, sondern lediglich als „peinliche Frage“ bzw. „Zwangsmittel“ angesehen, die Sanktion des sich schlecht verhaltenden Verdächtigen heißt schon Strafe. Die Ungehorsamsstrafe tauchte meist auch zeitlich nach der Abschaffung der Folter auf.⁸³ Das Verhältnis der Ungehorsamsstrafe zur Folter und zu der sog. Lügenstrafe war recht kompliziert, folglich war ihre damalige rechtliche Beurteilung nicht selten ausdrücklich positiv. Man merkte nämlich oft nicht, dass die Ungehorsamsstrafe (Lügenstrafe) und die Folter eigentlich dieselbe Funktion hatten.

Nach der Abschaffung der Folter wurde die Verdachtsstrafe in der Strafrechtspflege zu deren Surrogat. Das Verhältnis der Ungehorsamsstrafe zur Verdachtsstrafe ist aufschlussreich: Rein formell gesehen besteht der wesentlichste Unterschied zwischen Verdachtsstrafe (im engeren Sinne) und der Strafe des zu pönalisierenden Betragens des Verdächtigen darin, dass der Rechtsgrund der Sanktion sich im Fall der Verdachtsstrafe auf das zum Gegenstand der Anklage gewordene Verbrechen bezog, während bei der Ungehorsamsstrafe der Angeschuldigte wegen seines Verhaltens bzw. wegen seiner Äußerungen bestraft wurde. Auch die Ungehorsamsstrafe beruht jedoch unverkennbar auf der Schuldvermutung: Wenn nicht die Schuld vermutet worden wäre, wäre es unmöglich gewesen, einen – im Prinzip – Unschuldigen bloß wegen seiner Reaktionen während des Prozesses mit Strafe zu belegen.

a) Die Hauptfälle des strafwürdigen Ungehorsams

Unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Äußerungen und das konkrete Verhalten des Verdächtigen als zu pönalisierende Handlungen betrachtet wurden, ist sowohl in den Rechtsquellen wie auch unter den Rechtsgelehrten verschieden beurteilt worden. Man kann trotzdem eine einfache Klassifizierung vornehmen, wenn man zum

⁸³ Die Ungehorsamsstrafe wird in der neueren Rechtsliteratur eindeutig als Ersatz für die beseitigte Folter aufgefasst. Vgl. Rüping, S. 65.

einen die Aussage und zum anderen das Betragen des Beschuldigten betrachtet; diese zwei Hauptfälle enthalten im wesentlichen alle Umstände, die in Frage kommen.

aa) Verweigerung der Wahrheitspflicht

Vom Beschuldigten wurde verlangt, dass er die Wahrheit sage.⁸⁴ Dieser Satz enthält zweierlei: einerseits, dass der Verdächtige sich äußern musste, er durfte also nicht schweigen; andererseits die Wahrheitspflicht. Ein Verstoß gegen diese Pflichten wurde allgemein für strafwürdig gehalten. Dahinter standen zwei Überlegungen: Der Verdächtige wurde nicht als eine souveräne Person, sondern als Untertan angesehen, der gegenüber dem Staat (bzw. dem Gericht) vor allem Pflichten hat; außerdem wurde die Schuld des Verdächtigen vermutet.

Es galt als Verweigerung der Antwort, wenn der Verdächtige erklärte, dass er nicht antworten wolle, also die Kooperation mit dem Gericht verweigerte. Es wurden insbesondere die Fälle dazu gerechnet, in denen der Angeklagte nicht verraten wollte, wo er z. B. die gestohlenen Sachen versteckt hatte, wer seine Komplizen waren usw. Es wurde im gleichen Sinne verfahren, wenn der Beschuldigte sich krank (besonders geisteskrank), taub oder stumm stellte. Auch die unbestimmte Antwort galt als strafwürdig; hierher gehörten die ganz allgemein gehaltenen Antworten, die zweideutigen Antworten und die nicht verständlichen Antworten.⁸⁵

⁸⁴Diese Auffassung war zwar herrschende Meinung, jedoch nicht unbestritten, weil auch erkannt wurde, dass die Wahrheitspflicht mit dem Selbsterhaltungstrieb des Verdächtigen in Konflikt gerät. Das Bekenntnis des Beschuldigten blieb immerhin der beste Beweis; vgl. Soden, Bd. 2, S. 162; Bauer, Lehrbuch, § 130, S. 208, Anm. a), b).

⁸⁵Mittermaier zählt auch die Lüge zur Verweigerung der Wahrheit; kraft ihrer relativen Selbständigkeit behandle ich sie aber gesondert unter der Überschrift „Die Lügenstrafe“. Vgl. Mittermaier, Handbuch, S. 170 f.

bb) Das ungebührliche Betragen

Zu den Fällen eines solchen Verhaltens gehörte es, wenn der Verdächtige den Richter schlug, ihn beständig beleidigte, schrie, fluchte usw. Jede dieser Handlungen enthielt eine Verletzung der Pflichten des Bürgers (genauer: des Untertans), jede derselben störte den Gang der Untersuchung und „berechtigt den Staat zur Anwendung von Mitteln“ – meint Mittermaier –, „welche den Ungehorsam beugen, den frechfügenden oder boshafte Verbrecher bestrafen, in ihm die Lust, für die Zukunft Ähnliches zu thun, unterdrücken, und so die Untersuchung befördern.“⁸⁶

b) Abgrenzung der Ungehorsamsstrafe von der Folter

Die Ähnlichkeiten zwischen den zwei Rechtsinstituten waren so groß, dass die Ungehorsamsstrafe bereits am Anfang des 19. Jahrhunderts als ein der Folter äquivalentes Mittel angesehen wurde.⁸⁷ Diese Meinung war jedoch nicht allgemein verbreitet, weder in der Gesetzgebung noch unter den Rechtsgelehrten. Es ist kaum zu entscheiden, ob der damalige Gesetzgeber einfach nur zynisch war oder die offensichtliche Gleichheit zwischen der Folter und dem Schlagen nicht wahrgenommen hatte, als er einerseits fixierte „um den Verhafteten zum Geständniß zu bewegen, dürfen keine gewaltsamen Mittel angewandt werden“, andererseits es aber dem Richter überließ, die Beschuldigten, die sich z. B. hartnäckig weigerten, die Fragen des Inquirenten bestimmt zu beantworten, nach Belieben zu peitschen.⁸⁸ Nach der Abschaffung der Folter offenbarte nämlich die Praxis ein fast unwiderstehliches Bestreben, den Inquisiten, der den „normalen“ Ablauf des Prozesses hinderte, zum Gehorsam zu zwingen.

⁸⁶ Ebd. S. 171.

⁸⁷ Vgl. Arnim, S. 32 ff.

⁸⁸ Vgl. § 11 der Instruktion vom 26. Februar 1799 (Preußen); Arnim, S. 34.

aa) Position der Gesetzgebung

In dem beweisrechtlichen Vakuum versuchte die territoriale Gesetzgebung Rechtsnormen zu schaffen, die nach ihrer äußeren Gestalt nicht mehr die Kennzeichen der verbotenen Tortur an sich trugen (d. h. deren Zweck nicht ausdrücklich das Herauspressen des Geständnisses war), jedoch gab sie dem Inquirenten die Möglichkeit, mehr oder weniger nach den alten gemeinrechtlichen Gewohnheiten zu verfahren. Wichtig war nur die Funktion des Rechtsinstitutes, mit dessen Hilfe man zu einem „beruhigenden“ Urteil gelangen konnte.

PREUSSEN

Nachdem das Prügeln der Inquisiten unter Friedrich dem Großen in Preußen ganz untersagt worden war, erlaubte die Verordnung vom 26. Februar 1799 in sehr unbestimmten Ausdrücken wieder, den Verdächtigen in einigen Fällen zu schlagen.⁸⁹

Die Frage, ob es ratsam und nötig sei, das Schlagen der Angeeschuldigten wieder einzuführen, tauchte schon im Jahre 1796 auf. Die Thornsche Regierung⁹⁰ beantragte nämlich, dass in speziellen Fällen eine körperliche Züchtigung der hartnäckig leugnenden Inquisiten zur „Herausbringung“ der Wahrheit veranlasst werden könne, und forderte hierüber ein Gutachten vom Kammergericht an.⁹¹ Das Kammergericht war in seinem sehr gründlich und voll-

⁸⁹ Vgl. Mittermaier, Handbuch, S. 180 f.; Holtzendorff, Handbuch des pr. St., S. 337.

⁹⁰ Vgl. Mauß, S 80 f.

⁹¹ Der damalige preußische Justizminister Arnim berichtet über das Amt des Richterkollegiums: „Man befahl zugleich dem Cammergericht, bei Erstattung dieses Gutachtens, besonders mit in Erwägung zu ziehen: dass die Rohheit des gemeinen Mannes in Südpreußen denselben für andere Überführungsmittel, die bei cultivirten Menschen gebraucht werden könnten, unzugänglich mache, und dass der Unterschied der Sprache selbst einem geschickten und geübten Inquirenten die Anwendung der gewöhnlichen Mittel, wodurch sonst auch ein verstockter und hartnäckiger Inquisit, ohne wirklichen Zwang, zum

ständig abgefassten Gutachten vom 8. August 1796 gegen den geplanten Antrag und äußerte sich u. a. wie folgt:

„Jede Schärfe ohne Unterschied des Namens, wodurch dem Angeschuldigten körperliche Pein zugefügt wird, um ihn zum Bekenntniß eines Verbrechens zu vermögen, dessen man ihn verdächtig hält, ist im Grunde nichts anders als Tortur. Das Schlagen der Gefangenen gehört mit eben dem Rechte dahin, als die regelmäßigen und systematischen körperlichen Peinigungsmittel, welche vormals Unwissenheit, Aberglaube und Despotismus zu diesem Zweck erdacht hatten.“⁹²

Das Kammergericht sprach sich dahin gehend aus, dass

„in der künftigen allgemeinen Criminalprocessordnung nicht nur die Tortur ohne alle Ausnahme, sondern auch überhaupt der Gebrauch aller und jeder Zwangsmittel, um dadurch einen Verdächtigen zum Bekenntniß des Verbrechens oder zur Angabe der Mitschuldigen zu bringen, zu untersagen, auch von dieser Regel, weder bis zur Erscheinung der allgemeinen Criminalprocessordnung, noch nach derselben, eine Ausnahme in den Südpreußischen Provinzen zu machen [...]“

sei.⁹³ Durch die entschiedene Stellungnahme des Kammergerichtes unterblieb so zunächst die Wiedereinführung des Schlagens des Verdächtigen, das durch die angeführte Verordnung 1799 allgemein wieder erlaubt wurde.

Diese Rechtsnorm gab nämlich den Inquirenten folgendes Recht: Die Beschuldigten, die sich entweder hartnäckig weigerten, die gestellten Fragen bestimmt zu beantworten, oder die der Inquirent bei offenbaren Lügen und Widersprüchen ertappte, sowie solche, die der Inquirent für überführt erachtete und die gleichwohl die Angabe verweigerten (z. B. wo sich die gestohlenen Sachen

Geständniß der Wahrheit gebracht werden könne, ausnehmend erschwere.“ Arnim, S. 32.

⁹² Vgl. Arnim, S. 33.

⁹³ Die Erwähnung von Südpreußen will ein Hinweis auf einen zur damaligen Zeit berühmten Rechtsfall sein, dessen Gegenstand eine Reihe von rätselhaften Brandstiftungen in Südpreußen gewesen war. Vgl. Arnim, S. 44 ff.

befanden und was sie damit gemacht hatten), nach „Gefallen und Gutfinden“ zu schlagen, zu peitschen und zu züchtigen.⁹⁴ Diese Vorschrift führte – wengleich aufgrund einer anderen Überlegung und unter einer anderen Bezeichnung – im Ergebnis die Tortur wieder ein.

Die Criminalordnung von 1805 schreibt zwar im § 285 vor, dass keine gewaltsamen Mittel angewandt werden dürfen, um den Verdächtigen zum Geständnis zu bringen, die §§ 292–297 beinhalten aber doch massive Maßnahmen gegen Lügner oder „verstockte Verbrecher“.⁹⁵ Die Verhängung der Züchtigung wurde jedoch komplizierter: Der Inquirent sollte nämlich, wenn er zuvor den Verdächtigen hinlänglich ermahnt und gewarnt hatte, dem Richterkollegium (dessen Mitglied er war) oder dem Obergericht die Sache anzeigen, und dieses konnte durch ein Dekret eine Züchtigung eines solchen Angeschuldigten verfügen. Dies konnte besonders in Fällen vorkommen, in denen der Verdächtige die Angabe der Mitschuldigen verweigerte⁹⁶ oder wenn ein Räuber oder Dieb den Ort, an dem sich die entwendeten Sachen befanden, nicht anzeigen wollte. Die Züchtigung, die in Peitschen- oder „Ruthenhieben“, bzw. Entziehung der Kost oder Einzelhaft bestand, musste genau nach dem Dekret vollzogen und im Protokoll vermerkt werden. Die Folter (hier in Form einer Ungehorsamsstrafe) als Symbol der Erniedrigung der menschlichen Würde des Verdächtigen lebte weiter.⁹⁷

⁹⁴Die Untersuchungskommission ist im angeführten Rechtsfall (Fn. 85) vollkommen nach dieser Maxime verfahren. Vgl. Arnim, S. 34.

⁹⁵Auch § 288 CrimO verbietet alles Stoßen, Schlagen oder jede Zufügung eines körperlichen Leidens.

⁹⁶Vgl. § 294. Es tauchte dann eine zusätzliche Ungewissheit in der Beweisführung auf: Der Richter hatte nämlich das Recht zu entscheiden, ob das vorliegende Verbrechen von einer einzigen Person hätte begangen werden können. Wenn er das verneinte, konnte die Anwendung des Zwangsmittels folgen.

⁹⁷Schon in der zeitgenössischen Literatur erhoben sich gegen diese Vorschriften kritische Stimmen: „Man muß bei diesen Bestimmungen rügen: 1) dass erst das Obergericht die Züchtigung bestimmen könne, weil dem Inquirenten dadurch zu leicht Zeit und Gelegenheit entgehen; wie viel Zeit wird durch diese beständigen Anfragen verschwendet, wie lange werden Prozesse dadurch verzögert. 2) Auch vermißt man eine genauere Bestimmung für das Obergericht, in welchen Fällen es die Züchtigung erkennen dürfe; denn

ÖSTERREICH

Das österreichische Gesetzbuch von 1803 bestimmte zuerst (§ 291), dass der Richter bei dem summarischen Verhör des Verdächtigen diesem ernst erklären soll, dass sein Schweigen bzw. widerspenstiges Betragen, sowie, wenn er keine Antwort auf die ihm gestellten Fragen geben oder seine Antwort auf andere, zur Sache nicht gehörende Gegenstände lenken will, nur zur Verschlimmerung seiner Situation gereichen kann. Das Gesetz gestattete aber noch keine Züchtigung.⁹⁸ Es bestimmte, dass erst bei dem ordentlichen Verhör im Fall, dass das ärztliche Gutachten die vom Angeschuldigten vorgespiegelte Sinnenverwirrung für reine Verstellung erklärte, der Richter den Verhafteten (nach vorausgegangener Warnung) zunächst an drei aufeinanderfolgenden Tagen bei Wasser und Brot eingesperrt halten und bei Erfolglosigkeit (nach wiederholter Warnung) mit Streichen, das alle drei Tage wiederholt werden konnte, bestrafen solle.⁹⁹ Ließ der Verdächtige dann von der Verstellung noch immer nicht ab, so war der Vorfall unter Beifügung sämtlicher Akten dem Obergericht vorzulegen.

Ebenso sollte der Verhaftete bestraft werden, wenn er auf die an ihn gestellten Fragen gar keine Antwort gab, obwohl der Richter ihn zuvor zur Pflicht, die Wahrheit zu sagen, ermahnt, und ihm Strafe wegen seiner Hartnäckigkeit angedroht hatte.¹⁰⁰ Genauso war zu verfahren, wenn der Verhörte sich auf eine „boshafte ungestümme Art“ betrug, die Untersuchung durch Angabe eines offenbar als falsch bewiesenen Umstandes zu verzögern versuchte und bei Lügen verharrte.¹⁰¹

das Obergericht kann, wenn das Gesetz schweigt, ja eben so leicht ungerecht werden, als das Untergericht; und 3) wie oft sie wiederholt werden könne.“ Mittermaier, Handbuch, S. 181; vgl. Paalzow, Teil 1, § 469.

⁹⁸ Vgl. Mittermaier, a. a. O., S. 181 f.

⁹⁹ Beim Streichen soll folgenderweise verfahren werden: Mit 10 Streichen den Anfang machen, die Zahl jedesmal um 5 vermehrt und so bis auf 30 hinauf gesteigert wird (§ 363).

¹⁰⁰ Vgl. a. a. O., § 364.

¹⁰¹ In all diesen Fällen konnte sich die Strafe jedoch nicht über 20 Streiche oder dreimaliges Fasten in einer Woche hinaus steigern. Vgl. Mittermaier, a. a. O., S. 183.

BAYERN

Es war typisch, dass die Gesetze vor allen Dingen das Verbot der Anwendung der Folter fixierten, zugleich aber trotzdem Strafen für den Ungehorsam des Verdächtigen vorschrieben. Ein Erlass von 1806 in Bayern setzte sogar in derselben Verordnung, welche die Tortur aufhob, für einige Fälle auch Ungehorsamsstrafen fest.¹⁰² Man kann als Ursachen solcher Strafen vier Hauptfälle unterscheiden:

- a) Ungebührliches Betragen: als solches galt, wenn der Inquisit aus „Muthwillen oder Bosheit“ lärmte und tobte, wenn er gegen den Inquirenten oder andere Gerichtspersonen Injurien oder Schimpfworte ausstieß, wenn er denselben eine körperliche Beleidigung (Verletzung) zuzufügen trachtete, sowie wenn er sich der Gewalt des Gerichts durch Flucht zu entziehen suchte. Der Verdächtige durfte wegen solchen Verhaltens mit Verschärfung des Gefängnisses oder mit körperlicher Züchtigung von 5 bis 10 Streichen bestraft werden (§ 3).
- β) Verweigerung der Antwort: dies war der Fall, wenn der Beschuldigte auf die ihm vorgelegten Fragen keine Erklärung von sich gab, indem er entweder die Beantwortung derselben versagte oder vorgab, den Richter nicht zu verstehen, sich taub, stumm, wahnsinnig, bzw. mit der „fallenden Sucht“ behaftet stellte und nach Aussage beeidigter Sachverständiger oder Zeugen die Verstellung desselben „unbezweifelt“ war; ferner auch, wenn die Antworten nur allgemein waren. Das Verfahren des Gerichts war in solchen Fällen recht differenziert. Der Verdächtige sollte zuerst bei Wasser und Brot drei Tage lang im Gefängnis gehalten, dann (wenn dies fruchtlos blieb) mit körperlicher Züchtigung von 5 bis 10 Streichen bestraft werden. Bei fortdauerndem Starrsinn sollte diese Sanktion alle drei Tage, jedoch nicht mehr als zweimal

¹⁰² Die Verordnung trat am 7. Juli 1806 in Kraft. Energisch erklärt sie in § 2, dass die Hofgerichte und Inquirenten sich nicht für befugt halten dürfen, die Tortur auf andere Weise, unter einem anderen Namen wieder einzuführen. Sie will nur diejenigen Zwangsmittel angewendet sehen, welche zur Beugung und Bestrafung des unbezweifelten Ungehorsams des Inquisiten gehören.

wiederholt werden. War der Inquisit durch alle diese Zwangsmittel nicht zu einer Antwort zu bewegen, so sollte der Richter in der Untersuchung ohne Rücksicht auf die Aussagen und Äußerungen des Verdächtigen fortfahren und den vollkommenen Beweis des Verbrechens durch die Person des Täters herzustellen suchen. Wenn es möglich war, auf die gefundenen Beweise allein eine Verurteilung zu bauen, so sollte der Verdächtige (seiner mangelnden Aussagen ungeachtet) zur „normalen“ Strafe verurteilt werden.¹⁰³

- γ) Unbestimmtheit der Antwort: hierher gehörten die Aussagen, mit welchen gar kein Sinn oder nur ein vieldeutiger verknüpft werden konnte; wenn der Inquisit in seiner Antwort von einem ganz anderen Gegenstand redete, als von dem, worauf die Frage sich bezog; wenn er seine Antworten „auf Schrauben stellt“, d. h. so antwortete, dass weder eine Bejahung noch Verneinung des Nichtwissens darin lag; wenn die Antwort viel zu allgemein war. Beharrte der Inquisit in seiner Unbestimmtheit, und zwar „aus Bosheit“, dann sollte er gleich dem, der gar nicht antwortete, bestraft werden.¹⁰⁴
- δ) Ungereimtheiten und Widersprüche lagen vor, wenn der Verdächtige verschiedene Umstände als wahr behauptete, von welchen der eine, sobald er für wahr angenommen wurde, die Denkbare oder Möglichkeit des anderen schlechterdings aufhob, und gleichwohl der Befragte nach geschehener Vorhaltung auf seinen sich widersprechenden Aussagen beharrte,¹⁰⁵ ohne ihre Unverträglichkeit auf glaubwürdige Art auszugleichen.¹⁰⁶ Es galt als ein wesentlicher Unterschied zur

¹⁰³ Wenn auf das Verbrechen eine Lebensstrafe stand, sollte der Verdächtige im Gefängnis ferner verwahrt, und wenn er daselbst noch ein Jahr lang in seiner „Hartnäckigkeit beharrt“, auf Lebenszeit ins Zuchthaus gebracht werden. Trotz der eventuell vollkommenen materiellen Gewissheit war dies wirklich eine *poe na extraordinaria*.

¹⁰⁴ Vgl. Mittermaier, a. a. O., S. 186 f.

¹⁰⁵ Der Richter hatte sich übrigens bei jedesmaliger Zumessung des Grades der Züchtigung „nach dem Grad des Ungehorsams“ mit Rücksicht auf die Schwere des angeschuldigten Verbrechens zu richten. Siehe a. a. O., § 4.

¹⁰⁶ Es sollten nur solche Widersprüche geahndet werden, die entweder auf das Straferkenntnis selbst oder auf den Fortgang der Untersuchung einen we-

Folter, dass während der Züchtigung an den Inquisiten keine speziellen Fragen gestellt werden durften. Sein Geständnis, das er während der Schmerzen ungefragt ablegte, war ungültig, wenn er es nicht nachher auf die vorgelegten Fragen hin wiederholte. Wie bekannt, war es gerade der Zweck der „peinlichen Frage“, das Geständnis herauszupressen.¹⁰⁷

bb) Meinungen der Rechtsgelehrten

Man könnte meinen, dass die prinzipielle Ähnlichkeit zwischen Folter und Ungehorsamsstrafe zumindest für die Rechtsgelehrten klar und eindeutig war. Die Wirklichkeit widerlegt aber diese Vermutung. Im Folgenden werden die gegensätzlichen Standpunkte kurz dargestellt.

ALBRECHT HEINRICH VON ARNIM

Der preußische Justizminister kritisierte besonders scharf die Bestimmung der Verordnung vom 26. Februar 1799, durch welche die Züchtigung des Verdächtigen u. a. bei unbestimmter Antwort erlaubt wurde, weil dadurch der richterlichen Willkür Tür und Tor geöffnet worden sei:

„Denn in dem ersten Fall jener dreifachen Erlaubniß zum Schlagen der Gefangenen (d. h. bei der Unbestimmtheit der Antwort) hängt es ja lediglich von der Willkür des Inquirenten ab: ob er eine Antwort des Angeschuldigten als bestimmt oder als unbestimmt ansehen und aufnehmen will, und das Schlagen des Angeschuldigten ist also in diesem Fall, in welchem noch nicht einmal von einem ganz oder zum Theil Überführten, sondern nur von einem Angeschuldigten, nach dem Ur-

sentlichen Einfluss hatten. An die Objektivität des Richters wurden damit erhebliche Anforderungen gestellt.

¹⁰⁷ Vgl. CCTh Art. 38, § 26.

heil des Inquirenten bloß Verdächtigen, die Rede ist, ganz der Beurtheilung und Willkür des Inquirenten überlassen.“¹⁰⁸

Wie gesagt, es war vielleicht das wichtigste Ziel der Folter, vom Verdächtigen ein Bekenntnis, also eine positive Aussage, durch Gewalt zu erhalten. Arnim sah genau, dass die erwähnte Bestimmung der preußischen Verordnung, indem sie die Züchtigung des Angeschuldigten erlaubte, der die Angabe verweigerte, wo sich die gestohlenen Sachen befänden und was er damit gemacht habe, ein Instrument schuf, dessen wirkliche Funktion mit der Folter identisch war. Diese Auffassung erscheint deshalb als richtig, weil Arnim auch darauf hinwies, dass das begangene Verbrechen und damit / darin die Schuld des Verdächtigen in diesem Verfahren präsumiert werde.¹⁰⁹ Nach der Meinung von Arnims kehrte also in der preußischen Strafrechtspflege die Folter wieder:

„Die Instruction vom 26sten Februar 1799 stellt also dadurch, dass sie das Schlagen der Angeschuldigten den nur gar zu oft sehr leidenschaftlich handelnden Inquirenten überläßt, nach dem Behaupten des Kammergerichts und nach den mit der älteren Gesetzgebung völlig übereinstimmenden Grundsätzen desselben, die Tortur fürchterlicher wieder her, als sie es vormals war.“¹¹⁰

¹⁰⁸ Arnim, a. a. O., S. 35. Der Autor sieht ganz klar, dass die zuerkannte Sanktion bei der Ungehorsamsstrafe – ebenso wie bei der Folter – auf keinen Fall mit der Strafe gleichgesetzt werden kann, weil es nur um einen Verdächtigen und nicht um einen Überführten geht.

¹⁰⁹ Arnim, a. a. O., S. 36: „Das Angeben, wo sich die gestohlenen Sachen befinden, und was er damit gemacht hat, setzt ja das Stehlen derselben nothwendig voraus; und indem also gewaltsame Mittel angewandt werden, ihn zu dieser Angabe zu bewegen, peinigt man ihn, um ein von derselben unzertrennliches Geständniß des angeschuldigten Verbrechens zu erpressen.“

¹¹⁰ Arnim, ebd., S. 36 f. Wie vollkommen die Grundsätze des Kammergerichts mit den von Arnim erwähnten, in der älteren Gesetzgebung angenommenen übereinstimmen, geht u. a. auch aus der an die „Breslauische Ober-Amts-Regierung“ ergangenen Verordnung vom 4. Oktober 1766 hervor, worin es heißt: „Auch wollen Wir Euch bei Gelegenheit des wider den Inquisiten N.N. von Euch veranlaßten sogenannten *examinis rigorosi* nicht verhalten, dass dergleichen ohne vorgängiges rechtliches Gutachten eines Criminal-collegii und von Uns eingeholte Approbation niemals verordnet werden muß, wie Ihr

Die Ungehorsamsstrafe wurde sogar für ein noch gefährlicheres Mittel als die Folter gehalten, weil die Subjektivität des Richters einen zu großen Raum erhielt. Die Folter konnte nämlich nur gegen einen wenigstens „halb überführten“ Angeschuldigten stattfinden, und der Richter war so an vorgeschriebene, verhältnismäßig objektive Regeln gebunden. Die Verhängung der „peinlichen Frage“ hing also nicht ausschließlich vom Belieben des Richters ab, ihre „Spielregeln“ waren genau festgelegt.

„Hier aber ist die Entscheidung: ob und in wiefern der Angeschuldigte für überführt zu achten sei, dem einzelnen Inquirenten überlassen; hier bestimmt ein oft sehr leidenschaftlich handelnder, junger und unerfahrener Inquirent den Grad der Züchtigung, und bestimmt ihn gerade in dem Augenblick, da er über das Benehmen des Angeschuldigten unzufrieden und aufgebracht, und nur selten fähig ist, die Lage der Sache richtig und kaltblütig zu überlegen. Ist das nicht mehr als Tortur? – Die Wahrheit zwingt mich, es zu bekennen, und es mit dem in der 9ten Note angeführten Rescript und mit dem Gutachten des Cammergerichts dafür zu erklären.“¹¹¹

Es gebe darüber hinaus – so Arnim – einen weiteren Nachteil dieses gerichtlichen Schlagens: Was selbst der Justiz erlaubt sei, davon glaubten andere Behörden noch weit unbedenklicher Gebrauch machen zu können, und außergerichtliche, auf die Kriminaluntersuchungen gleichwohl demnächst wesentlichen Einfluss gewinnende Misshandlungen der Angeschuldigten könnten allgemein werden. Arnim erwähnte diese Gefahr bereits als eine Realität.¹¹²

solches auch schon *ex dispositione Cod. Fried. P. Iv. Tit. V. §. 8. Litt. g.* hätten entnehmen können; denn durch Veränderung des Namens leidet die Sache keine Aenderung, und das Schlagen der Gefangenen hat vor den gemeinen Arien der Tortur nach die Bedenklichkeit voraus, dass die an den Inquisiten verübte Gewalt ganz unbestimmt ist.“ Vgl. Arnim, ebd. S. 37.

¹¹¹ Arnim, a. a. O., S. 38. Es gab auch eine zusätzliche Schwierigkeit: Das Gesetz erteilt die Erlaubnis des Schlagens jedem Inquirenten, also nicht nur dem Richter, sondern auch den Referendarien, wenn sie zur Führung der Untersuchungen eingesetzt wurden. Vgl. Kircheisen, Anm. zum oben angeführten Gutachten des Kammergerichts.

¹¹² „Vormals waren dergleichen Mißhandlungen der Angeschuldigten bei ihrer Arretirung von Seiten des Militairs und der Policei beinahe unerhört. Sie

CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER

Der berühmte Heidelberger Professor Mittermaier vertrat eine entgegengesetzte Meinung: Wenn eine Gesetzgebung auch die Folter aufhebe, so könne sie deswegen doch nicht die Fälle abschaffen, in denen ein „Verbrecher“ hartnäckig leugnet, jeder Frage ausweicht und das Gericht täuscht. Der Richter habe zu entscheiden, welche Mittel unter welchen Voraussetzungen gegenüber dem Inquisiten anzuwenden seien, um ihn bei „abnormalem“ Verhalten zu „normalem“ Betragen zu zwingen. Der Richter sollte natürlich nicht nach eigener Willkür handeln:

„Es gehört keine weitläufige Deduction dazu, um einzusehen, dass beim Mangel gesetzlicher Bestimmungen über diesen Punct die Willkür der Richter ohne Maaß ins Unendliche ausschweifen kann, dass wir dann wieder die Tortur eben so haben, und dass blos der Name geändert ist.“¹¹³

Mittermaier verwarf die Ungehorsamsstrafe nicht. Er ging von folgendem Satz aus:

„Jeder Bürger hat die heilige Pflicht schon als Unterthan, in dem Falle, wo er vor Gericht gerufen wird, I. sich würdig und ruhig zu betragen, keinen Muthwillen mit dem Staate zu treiben, und jede Handlung zu unterlassen, welche gegen den Privatmann zu thun schon verboten wäre. II. Er ist verpflichtet, Wahrheit dem Gerichte zu sagen. Sobald nun jemand eine dieser Pflichten vernachlässigt, sobald er solche verbotene Handlungen vornimmt, oder offenbare Unwahrheit sagt, sobald muß auch auf die verabsäumte Pflicht Strafe folgen, die nichts will, als dem Verbrecher für den vergangenen bezeugten Ungehorsam ein Uebel zuzufügen.“¹¹⁴

fielen wenigstens höchst selten vor, und sie wurden gerügt. Jetzt aber, nachdem man sich selbst bei der Justiz das Schlagen der Angeschuldigten erlaubt, sind sie ganz allgemein geworden, und könne kaum weiter gerügt werden, ob sie gleich bei Verwaltung der Criminaljustiz von den schrecklichsten Folgen sind, wie einige bald anzuführende Beispiele sehr auffallend bestätigen werden.“ Arnim, ebd. S. 41.

¹¹³ Mittermaier, Handbuch, S. 166. Vgl. Quistorp, Anweisung, S. 21 ff.

¹¹⁴ Mittermaier, ebd., S. 166 f.

Der Ungehorsam wurde also von ihm als ein strafwürdiger Tatbestand formuliert, und er wurde als eine positive, rechtswidrige Handlung aufgefasst. Das Bild spiegelt eine Auffassung, deren Wurzeln in der gemeinrechtlichen Doktrin verankert sind: Der Verdächtige wird lediglich als Untertan gesehen, dessen Ungehorsam als ein *quasi*-Delikt mit einer selbständigen Strafe zu ahnden ist. Mittermaier ist aber der Meinung, dass sich Folter und Ungehorsamsstrafe in ihrem Wesen voneinander unterscheiden. Die Unterschiede sah er in folgendem:

- a) Die Folter richtet sich allein gegen den Leugnenden (der eine ihm nachteilige Tatsache einfach verneint); die Ungehorsamsstrafe dagegen trifft entweder einen Lügner, oder jemanden, der eine Antwort verweigert bzw. sich ungebührlich beträgt.
- β) Die Ungehorsamsstrafe hat den Charakter der Strafe, d. h. einer gesetzlich bestimmten Folge einer unerlaubt begangenen Handlung – sie sieht daher immer nur auf das Vergangene. Die Folter ist dagegen nur für die Zukunft berechnet, sie will nur jemanden zum Geständnis bringen.
- γ) Die Folter hat keinen anderen Zweck, als ein Geständnis zu erpressen; die Ungehorsamsstrafe will unmittelbar kein Geständnis erreichen, sondern lediglich eine bestimmte Antwort – sie hat daher ihren Zweck erreicht, wenn der Inquisit nicht mehr lügt, sich nicht mehr „unartig“ beträgt.
- δ) Die Ungehorsamsstrafe kann nie einen Unschuldigen treffen, während bei der Folter auch ein ganz Unschuldiger gefoltert werden kann.
- ε) Die Folter will nur einen Beweis für das Urteil haben, die Ungehorsamsstrafe will die Hindernisse entfernen, die der Untersuchung im Wege stehen; sie sei daher auch dann verdient, wenn schließlich die Unschuld des Bestraften erwiesen ist. Die Tortur zielt daher nur auf ein Bekenntnis der Schuld, die Ungehorsamsstrafe erfüllt ihren Zweck auch dann, wenn die Unschuld festgestellt wird.

- ζ) Die Folter fügt ein „Übel“ zu wegen einer zurückgehaltenen Aussage, die Ungehorsamsstrafe hingegen wegen einer getanen, positiven Äußerung bzw. positiven bösen Handlung.¹¹⁵

Die Ungehorsamsstrafe sei also im wesentlichen ein erlaubtes, rechtmäßiges Mittel: die Strafrechtspflege müsse damit jedoch vorsichtig umgehen, um Missbräuche zu vermeiden.¹¹⁶ Es sei die Aufgabe der Gesetzgebung, etwaige Missbräuche vorauszusehen und die dagegen tauglichen Regelungen zu finden. Es seien die folgenden unbedingt vorzuschreiben: Das Gesetz solle vor allen Dingen das Maß der anzuwendenden Strafen feststellen;¹¹⁷ die Schmerzen solcher Strafen dürften nicht so groß sein, dass sie der Folter gleichkämen; ebenso solle das Gesetz auch die Zahl der Wiederholungen dieser Ungehorsamsstrafen angeben und den Inquirenten anweisen, möglichst alle Suggestionen während der Zufügung dieser Strafen zu vermeiden.¹¹⁸ Mittermaier versuchte, die Ungehorsamsstrafe auf eine objektive Grundlage zu stellen, um einerseits die in der Marter erscheinende Willkür vermeiden, andererseits die postulierten Vorteile der Ungehorsamsstrafe realisieren zu können.¹¹⁹ Wir müssen aus heutiger Sicht sagen, dass Arnim den Kern dieser Frage wesentlich klarer erkannt hatte.

¹¹⁵ Der Autor schließt zufrieden seinen Gedankengang mit den Worten: „So erscheinen doch bedeutende Verschiedenheiten der Folter und der Ungehorsamsstrafen, und es hängt jetzt nur von den Aussprüchen der Gesetzgebung ab, ob die letztern zweckmäßig wirken sollen.“ Mittermaier, a. a. O., S. 176.

¹¹⁶ „Auch die besten Gesetze helfen nichts, wenn unthätige, schlechte Richter sie handhaben.“ – schreibt Mittermaier, a. a. O., S. 176.

¹¹⁷ Die von Arnim gerügte preußische Verordnung hat eine solche Vorschrift gar nicht enthalten. Vgl. Arnim, S. 94.

¹¹⁸ Mittermaier denkt daran, dass es bei den körperlichen Schmerzen immer möglich sei, dass sie sehr nachdrücklich auf den Inquisiten wirken und ihn selbst zur Beantwortung von etwas bringen, was er sonst nicht gesagt hätte. Vgl. a. a. O., S. 178.

¹¹⁹ „Wenn so das Gesetz alles thut, um die Willkür zu verhindern; so werden doch kaum diese Ungehorsamsstrafen als bloßes Surrogat der ehemaligen Tortur erscheinen, ihre nachtheiligen Wirkungen werden vermieden werden, und wenn dann die Gesetzgebung auch möglicherweise Lücken gelassen hat,

2. Die Lügenstrafe

Die Lügenstrafe, d. h. die Sanktion für den „lügnerischen“ Inquisiten, ist von der Ungehorsamsstrafe nicht scharf zu trennen; beide Strafformen traten hauptsächlich nach der Abschaffung der Folter auf und betrafen die Angeschuldigten, die auf die Fragen des Richters (Inquirenten) „unpassende“ Antworten gegeben hatten. Man könnte sagen, dass der Begriff „Ungehorsamsstrafe“ auch die Lügenstrafe umfasste, wobei die Lüge einen speziellen Fall des Ungehorsams des Verdächtigen darstellt. Diese Ansicht war im 19. Jahrhundert allgemein verbreitet, und sie wird auch heute noch vertreten.¹²⁰ Der Begriff der Ungehorsamsstrafe war sehr umfassend, da er sich nicht nur auf den unbestimmt, falsch usw. Antwortenden (also auf verbale Äußerungen), sondern auch auf das ungebührliche Betragen des Angeschuldigten bezog.

Das Rechtsinstitut der Lügenstrafe gesondert zu behandeln, erscheint dennoch gerechtfertigt, weil es einen selbständigen, von der Strafe des Ungehorsams gut unterscheidbaren Charakter hatte. Die Lüge ist eine bestimmte Antwort des Verdächtigen, die aber der vom Richter erkannten oder zumindest vermuteten Wahrheit nicht entspricht. Es wurde für eine *quasi* selbständige Form der Lüge gehalten, wenn sich zwischen den verschiedenen Aussagen des Beklagten wesentliche Widersprüche ergaben – ihre Sanktion ist ein deutliches Beispiel für die Verdachtsstrafe.¹²¹

so kann sie mit dem Schicksale alles Menschlichen sich trösten.“ – denkt Mittermaier, ebd., S. 179.

¹²⁰ Auch Mittermaier behandelt die Lüge als eine Erscheinungsform des strafwürdigen Ungehorsams des Verdächtigen; vgl. Handbuch, S. 170 ff.; aus der neueren Literatur vgl. Graßberger, S. 154; Mauß, S. 6.

¹²¹ Hinter der Verhängung der Strafe stand nämlich die Überzeugung, dass der Verdächtige auch durch die Lüge seine Schuld verstärkte. Ein Unschuldiger brauche nicht zu lügen. Vgl. Mittermaier, a. a. O., S. 171.

a) Das Verhältnis des Leugnens zur Lüge

Das Leugnen als Äußerungsform des Verdächtigen ist manchmal der Lüge sehr ähnlich, weil darin auch ein negatives Verhalten gegenüber dem Gericht zum Ausdruck gebracht wird. Die Begriffe Lüge und Leugnen waren aber nicht gleichzusetzen; dies war in der Literatur bereits am Anfang des 19. Jahrhunderts anerkannt.

Wer gefragt wird, ob er ein Verbrechen begangen habe, und das in seiner Antwort verneint, der leugnet. Das Leugnen kann, muss aber nicht unbedingt eine Lüge sein; wenn das Leugnen der objektiven Wahrheit entspricht, so ist es natürlich keine Lüge. Bei der Lüge verneint der Verdächtige nicht bloß einfach etwas, sondern er behauptet positiv das Gegenteil der Wahrheit. Mittermaier sieht die Unterschiede ferner folgendermaßen:¹²²

- α) Man kennt bei der Lüge das Gegenteil der Aussage des Beschuldigten, so dass feststeht, dass er gegen seine Überzeugung spricht; bei dem Leugnen ist es hingegen nicht gewiss, dass man das Gegenteil als erwiesen betrachte.
- β) Wer leugnet, verneint eine ihm schädliche Tatsache, während dies beim Lügner nicht zum Begriff gehört.
- γ) Die Lüge zeichnet sich immer durch ein positives Behaupten aus, erscheint daher mehr *offensiv*, während das Leugnen meistens im einfachen Verneinen besteht, also eher *defensiv* ist.

Die Ungehorsamsstrafen betrafen nicht alle Fälle des Leugnens. Das „einfache“ Leugnen, wenn also der Verdächtige nicht lügt, wurde in der Strafrechtspflege nicht für strafwürdig erklärt, vor allen Dingen deshalb, weil der Staat keinen Maßstab für eine Straf-anwendung hatte; es fehlte der Beweis des begangenen Unrechts oder der verweigerten Antwort. Im Geist des Naturrechts war das

¹²² Vgl. Mittermaier, a. a. O., S. 168 f.

Leugnen im Strafverfahren als ein Recht des Angeschuldigten anerkannt: „Der Staat erkennt hier die Stimme der Natur, welche stark genug den Verbrecher zurückhält.“¹²³

b) Die Behandlung der Lüge in den Rechtsquellen

Mit der Abschaffung der Folter entstand prozessual eine Lücke; dem Richter fehlte eine gesetzlich genau festgelegte Handhabe, um den Betroffenen zweifelsfrei zu überführen. Kraft der Existenz der „gesetzlichen Beweistheorie“ musste die Gesetzgebung neue Zwangsmittel schaffen, mit deren Hilfe die Findung der – formellen – Wahrheit erreichbar schien, ohne die Folter anwenden zu müssen. Die Lüge galt als höchst gefährlich, weil sie naturgemäß zur Irreführung des Gerichts besonders geeignet war.¹²⁴

Weil die Lüge und der Ungehorsam des Inquisiten ähnliche Erscheinungen sind, behandeln die Rechtsquellen sie in der Regel gemeinsam.¹²⁵ Es gibt freilich einige Verordnungen, die die „gerichtliche Lüge“ verhältnismäßig selbständig behandeln – die einschlägigen Bestimmungen werden im folgenden zur Illustration vorgestellt.

aa) Preußen

Die mehrmals erwähnte Criminalordnung (1805) beschäftigt sich in mehreren Paragraphen ausführlich mit „halsstarrigen Verbrechern“, worunter auch die „Lügner“ zu verstehen sind. Die Bestim-

¹²³ Mittermaier, ebd., S. 169.

¹²⁴ Es ist zu bemerken, dass die Strafe der Lüge (und des Ungehorsams überhaupt) des Verdächtigen auch während der Anwendung der Folter im Strafprozess als natürlich galt. Zu deren Bestrafung diente vor allem die Tortur, sie war aber nicht selten selbständig geregelt. Diese Sanktion ist meines Erachtens jedoch gar nicht als „Lügenstrafe“ im eigentlichen Sinne anzusehen, weil es das Ziel einer solchen Züchtigung ist, ein entsprechendes Bekenntnis bzw. Geständnis herauszupressen. Vgl. CJBC Teil 2, § 12.; CCTh Art. 38, § 1.

¹²⁵ Vgl. Strafgesetzbuch für Bayern (1813), Teil 2, Art. 189; Österreichisches Strafgesetzbuch (1803), §§ 363–365.

mungen der Verordnung über die möglichen Zwangsmittel gegen den „frechen“ Verdächtigen sind durchaus widersprüchlich. Allerdings dürfen keine gewaltsamen Mittel angewandt werden (§ 285), um den Verdächtigen zum Geständnis zu bringen – dies wäre die buchstäbliche Wiedereinführung der Folter gewesen.¹²⁶

Die Züchtigung des „lügnerischen“ Angeschuldigten war trotzdem erlaubt, wenn auch nicht durch den einzelnen Richter, sondern durch einen sog. Collegial-Beschluss. Damit nämlich „der halsstarrige und verschlagene Verbrecher durch freche Lügen [...] sich nicht der verdienten Strafe entziehen möge“ (§ 292) sollte der Richter nach der Verwarnung dem „Collegio“, dessen Mitglied er ist, oder dem vorgesetzten „Landes-Collegio“, die Sache vollständig anzeigen und zugleich über den körperlichen Zustand des Angeschuldigten berichten. Dieses Richterkollegium war dann befugt, die Züchtigung eines solchen Verdächtigen zu verfügen.¹²⁷

Es ist besonders bedenklich, dass in den Folgevorschriften nicht bestimmt wurde, wie oft eine Züchtigung vorzunehmen sei. Mauß bemerkt hier sehr treffend:

„Es kann daher wohl davon ausgegangen werden, dass eine erfolglose Züchtigung mit ziemlicher Sicherheit so oft wiederholt wurde, bis der Betroffene mit der Sprache herausrückte. Was war dies aber anderes als die ursprüngliche Folter?“¹²⁸

¹²⁶ Es wird sogar bestimmt: „Auch wegen hartnäckig verweigerter Antwort oder Angabe des Mitschuldigen oder wegen wirklicher Lügen soll künftig Niemand vom Richter eigenmächtig gezüchtigt, oder sonst thätlich gemißhandelt werden.“ (§ 289).

¹²⁷ Die Züchtigung bestand in der Regel aus Peitschen- oder Rutenhieben. „Auch kann an deren Stelle nach Beschaffenheit des körperlichen Zustandes; Entziehung der besseren Kost, einsames Gefängniß, oder eine ähnliche der Gesundheit des Angeschuldigten unschädliche Maßregel gewählt werden.“ § 296 CrimO.

¹²⁸ Mauß, S. 12; Vgl. Tittmann, Geständnis, S. 105; Nöllner, Beiträge, S. 169 f.

bb) Baden

Das Besondere des badischen Strafedikts vom 1. Juli 1803 ist, dass von der Folter noch nicht abgesehen wurde; es enthielt trotzdem Bestimmungen, die als „Erforschungsmittel der Wahrheit“ bezeichnet wurden und sich auf „hartnäckige Lügner“ bezogen. Der Ausdruck „Erforschungsmittel der Wahrheit“ war eine damalige (zynische) Bezeichnung der Sanktionen, zu denen auch die Lügenstrafe gehörte.

Der Unterschied zwischen Folter und „Erforschungsmittel der Wahrheit“ bestand darin (§ 17), dass, während das zweite (praktisch die Züchtigung) ein Teil der wirklichen Strafe war, die erste immer eigene, nicht zu den gewöhnlichen Strafübeln gehörende Leiden zur Folge hatte.¹²⁹ Ein weiterer Unterschied bestand darin, dass die „peinliche Frage“ bei schweren, die Züchtigung bei geringen Verbrechen stattfindet. Es ist ein wichtiges Merkmal, dass der Gesetzgeber die Lügenstrafe nicht zu den Erforschungsmitteln der Wahrheit rechnete – um den Verdacht zu vermeiden, dass es hier um eine außerordentliche (Verdachts)Strafe geht.

Dem Untersuchungsrichter war das Recht gegeben, Strafe wegen gerichtlicher Lüge zu verhängen. Der Gesetzgeber stellte dafür drei Vorbedingungen auf: Die Strafe musste

- α) „stets mit bestimmter Angabe wegen welcher gerichtlichen Lüge sie zugemessen wurde, mittels Zwischenbescheid zu den Akten bemerkt, auch
- β) bei dessen Verkündigung an den Beschuldigten den Vorhalt der Überweisungsgründe, woraus die Unwahrheit anders als aus einem bloßen nachgefolgten Geständniß klar am Tag liegt, gemacht und
- γ) solche nie in die Form eines Erforschungsmittels gekleidet, also nicht in Bezug auf irgend eine Frage über noch unaufgeklärte Thatsachen gesetzt, noch mit Hoffnung oder Bewilligung eines Nachlasses an dem im Bescheid bestimmten Maß der Strafe auf den Fall einer richtigen Angabe der noch

¹²⁹ Vgl. Rhenanus, S. 21, Zus. 1; Mauß, S. 23 f.

unaufgeklärten Thatsachen vorgesellschaftet werden.“¹³⁰ Die Strafe der Lüge besteht in einer Geldbuße von 1 bis 10 Gulden oder verhältnismäßiger Leibesstrafe, bei ledigen Leuten aber in körperlicher Züchtigung.

c) Rechtsgelehrte über die Lügenstrafe

Der Standpunkt der zeitgenössischen Rechtsliteratur spiegelt überwiegend die jeweilige gesetzliche Regelung wider; die Vertreter der Rechtswissenschaft waren in der Beurteilung dieses Problems nur selten mutige Vorreiter. So wurde auch die Lügenstrafe weitgehend akzeptiert. Es gab dennoch einige Rechtsgelehrte, die der Meinung waren, dass auch das Recht zur Lüge dem Verdächtigen im Prozess zusteht.

aa) Überwiegende Meinung: die Lügenstrafe ist gerecht

Seit langem ging man von der fundamentalen These aus, dass der Bürger als Untertan dem Staat in jeder Beziehung unterworfen sei, folglich auch verpflichtet sei, im Prozess die Wahrheit zu sagen. Dass die Folter zur Ermittlung der materiellen Wahrheit ein untaugliches Mittel sei, wurde bereits im ausgehenden 18. Jahrhundert erkannt.¹³¹ Das Bestreben der Justiz aber, den (vermuteten) Verbrecher unbedingt zu bestrafen, war so stark, dass man es nach der Abschaffung der Folter als unbedingt notwendig ansah, ein entsprechendes Mittel zu haben, um die erwünschte Wahrheit zu erforschen.¹³²

¹³⁰ Vgl. Rhenanus, S. 21 f., Zus. 1. Die Lügenstrafe gilt in solchen Fällen nach Rhenanus nicht als peinliches, sondern nur als ein bürgerliches Vergehen, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Lüge nur durch wissentliches Leugnen der Wahrheit oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen begangen wurde. Vgl. a. a. O., § 41, Zus. 1–4.

¹³¹ Vgl. Sonnenfels, S. 47 ff. Es gab auch Verfechter der Folter; vgl. Quistorp, Anweisung, Einleitung V.

¹³² Vgl. Quistorp, Bemerkungen, S. 4; Koch, § 90.; Kleinschrod, Rechte des Richters, S. 6.

Die Bestrafung der „gerichtlichen Lüge“ war nach allgemeiner Auffassung gerechtfertigt, sogar eine Pflicht des Staates. Die Ansicht von Hohbach repräsentierte zu ihrer Zeit (1830) die herrschende Meinung:

„Hat nun hiernach der Staat nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, Verbrechen zu bestrafen, so müssen ihm nothwendig auch die Mittel dazu zu Gebote stehen, d. h. er hat nothwendig auch das Recht, diese Mittel zu gebrauchen [...] Der Staat hat daher auch das Recht, ihn (i. e. den Inquisiten) zu fragen, folglich er die Verbindlichkeit, zu antworten nicht nur, sondern auch gehörig, somit wahrheitsgemäß zu antworten.“¹³³

Etwa im gleichen Sinne formulierte Mittermaier, der aber auch das durch die Abschaffung der Folter entstehende Problem reflektierte:

„Erst da, als mehrere Staaten die Folter abschaffen, mußte man um andere Mittel sich umsehen, durch welche man die Bosheit der Verbrecher und ihr freches Lügen bestrafen, zugleich sie zur Aussage der Wahrheit bestimmen könnte.“¹³⁴

Auch ein Widerspruch in den Aussagen des Verdächtigen wurde als eine Art von Lüge angesehen und bestraft, dies aber erst dann, wenn der Widerspruch erwiesen werden konnte und wenn er so wesentlich war, dass dadurch die Untersuchung selbst in ihrem Gang litt. Zur zu bestrafenden Lüge zählte Mittermaier deshalb den Fall, dass der Angeschuldigte

„eine Frage einmal auf eine, und das zweitemal auf eine ganz entgegengesetzte verschiedene Weise beantwortet, so, dass man nothwendig sieht, dass der Verbrecher einmal wenigstens die Unwahrheit gesagt habe.“¹³⁵

¹³³ Hohbach I, S. 464 f. Vgl. Tittmann, Geständnis, S. 1; Handbuch, Bd. 4, S. 448 f., 453.; Henke, Handbuch, Bd. 3, S. 197; Müller, S. 344.

¹³⁴ Mittermaier, Handbuch, S. 165.

¹³⁵ Ebd., S. 171. Im Verständnis von Mittermaier gehört noch zur Lüge, „wenn der Gefragte einen actenmässig als ganz anders vorkommenden Punct falsch erzählt, und das Gegentheil angeibt.“ Ebd.

bb) Kritiker der Lügenstrafe

Paalzow erkannte wohl als einer der ersten (1807) dem Verdächtigen ein Recht auf Lüge zu und verwarf folgerichtig auch jede Lügenstrafe. Die Problematik der Lügenstrafe zeigt er am Bekenntnis des Inquisiten auf. Paalzow verglich den Strafprozess mit dem Zivilprozess und gelangte zu dem Schluss, dass es sinnvoll sei, wenn der Angeschuldigte im Kriminalverfahren anders als der Beklagte im Zivilprozeß ohne Rechtsbeistand bleibe. Denn dann müsse der Verdächtige für sich selbst sprechen, während der Rechtsbeistand leugnen / lügen müsse, damit er seinen Mandanten nicht verrät – und diese Lüge sei nach den Gesetzen unzulässig.¹³⁶ Er führt dann die englische Strafrechtspflege an, wonach es nicht angebracht ist, die Lüge des Angeschuldigten als eine strafwürdige Äußerung zu betrachten:

„Nach alten englischen Gesetzen hatte das Bekenntnis einer Missethat nicht nur keine Beweiskraft, sondern brachte den Bekenner sogar in den Verdacht, dass er verrückt sein mußte.“¹³⁷

Der Standpunkt von *Arnim* war sehr radikal: Er stellte sich bereits am Anfang des 19. Jahrhunderts ohne Vorbehalt gegen die Lügenstrafe und gegen jegliche Art von Folter. Der preußische Justizminister hielt sie auch für ungerecht, weil die Feststellung der Lüge durchaus willkürlich sei. Die Vorschrift der preußischen Verordnung vom 26. Februar 1799 wurde von ihm so heftig gerügt, weil sie es ganz der Beurteilung des Inquirenten überließ,

„ob der Angeschuldigte sich einer offenbaren Lüge und eines Widerspruchs schuldig gemacht habe oder nicht [...] Wo eine spätere Aussage des Angeschuldigten den frühern, zuweilen nur außergerichtlichen, Vernehmungen widerspricht, da wird er nicht Mißverständnisse, nicht

¹³⁶ Vgl. Paalzow, Bd. 1, S. 442 f. Er fügt gleichsam noch zu: „Man kann für diese Gewohnheit weiter nichts sagen, als dass sie die Natur des Inquisitionsprocesses mit sich bringe, in welchem Kläger und Richter in einer Person vereinigt sind.“ Ebd.

¹³⁷ A. a. O., Bd. 2, S. 5.

erzwungene Bekenntnisse ahnden. Er kann und wird vielmehr jeden Widerruf und jede spätere von der frühern Aussage des Angeschuldigten abweichende Aussage für Lügen halten, insofern sie nicht mit seiner vorgefassten Meinung zu vereinigen ist, und er wird sich also zum Züchtigen des Angeschuldigten für berechtigt halten.¹³⁸

Außer Arnim und Paalzow gab es zwar kaum uneingeschränkte Gegner der Lügenstrafe, das Problem dieser Strafe verschwand nach 1848 trotzdem – einfach deshalb, weil es sich durch die Anerkennung der freien richterlichen Beweiswürdigung und durch den Abbau der Einrichtungen des absolutistischen Staates, u. a. durch die Schaffung der bürgerlichen Rechtsgleichheit, von selbst gelöst hatte. Sobald der ständische Inhalt des Begriffs „Untertan“ beseitigt war, verschwand auch die Strafe der „gerichtlichen Lüge“. Sie passte nämlich nicht mehr zur menschlichen Würde des Verdächtigen und den neuen Maximen des Rechts.¹³⁹

3. Die Instanzenbindung

Das Bestreben der strafrechtlichen Praxis und Theorie, den nicht überführten Verdächtigen seiner „verdienten Strafe“ dennoch zuzuführen, hat noch eine besondere, allgemein verbreitete Sanktionsform zur Folge gehabt, die sog. Instanzenbindung (*absolutio ab instantia*). Diese war eigentlich eine bedingte Lossprechung. Die Justiz war nämlich lange unfähig, den Beschuldigten für unschuldig zu erklären, wenn die Beweise und Indizien zur Verurteilung (auch zu einer Verdachtsstrafe) ungenügend waren, jedoch ein bestimmter Verdacht geblieben war.

Es gab Instanzenbindung¹⁴⁰ auch schon zur Zeit der Anwendung der Folter (ihre Wurzeln reichen sogar in das römische Recht), ihre

¹³⁸ Arnim, S. 35 f.; Bauer, Lehrbuch, § 124, S. 195 Anm. b).

¹³⁹ Vgl. Mauß, S. 112.; Gerau, S. 281; Bauer, Theorie, S. 73; Mittermaier, Strafverfahren, Bd. 2, §§ 76, 137, 138; Temme, S. 73 f., 131.

¹⁴⁰ Bei ihrer Entstehung wurde sie eher als *absolutio ab observatione iudicii* oder *absolutio rebus stantibus prout stant* bezeichnet. Vgl. Allmann, S. 12 ff.; Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 431.

Funktion war damals aber eine andere. Die Untersuchung wurde hier nicht endgültig aufgehoben, sondern gleichsam nur vertagt. Die bisher benutzten Beweismittel durften im nächsten Prozess nicht wieder die Grundlage für eine erneute Anwendung der Folter sein. Nur wenn sich neue Anhaltspunkte fanden, konnte abermals gegen den früher Entlassenen vorgegangen werden.

Nach Abschaffung der Folter änderte sich der Charakter der Instanzenbindung insofern, als sie dem Beschuldigten, der nicht überführt werden konnte, den Stempel eines verdächtigen Menschen aufdrückte, gegen den jederzeit eine neue Untersuchung unter beliebiger Benutzung der früheren Beweise (Indizien) möglich war. Das Rechtsinstitut der Instanzenbindung zu dieser Zeit wird im folgenden auf der Grundlage einiger bedeutender Rechtsquellen dargestellt.

a) Das badische Strafedikt vom 4. April 1803

Das Gesetz ermöglichte neben der Verdachtsstrafe¹⁴¹ auch die *absolutio ab instantia* „nach Erschöpfung der gesetzlichen Erforschungswege“, wenn sich weitere Beweise nicht auffinden ließen, die zu einer ordentlichen Strafe hinreichend gewesen wären. Es war dies ein Urteil auf „klagfrei“, das den Verdächtigen „bis auf etwaig neuere zureichende Inzichten“ nur von der Untersuchung befreite, ihm jedoch die Eigenschaft einer verdächtigen Person beließ; der Angeschuldigte wurde also nur von der Instanz entbunden.¹⁴² Dies sollte namentlich dann ausgesprochen werden, wenn nach Beschaffenheit des Verbrechens und des Verdächtigen aus der Entlassung des „Täters“ weder für die allgemeine Sicherheit noch für die gesellschaftliche Sittlichkeit Gefahr zu befürchten war.

Wenn aber in irgendwelcher Beziehung Besorgnisse mit seiner Entlassung verbunden waren, so hatte das Urteil „bei sonst schon

¹⁴¹ Eine Verdachtsstrafe konnte nach dem Edikt nur verhängt werden, wenn geringere Verbrechen in Frage standen, die keine Zuchthausstrafe zur Folge haben konnten, und war nie über die Hälfte der auf den Überführungsfall gesetzten Strafe auszudehnen. Vgl. § 11.

¹⁴² Vgl. a. a. O., § 18.; Allmann, S. 64 f.

anrühigen Personen“ auf Verhaftung im Zuchthause und bei sonst „noch unbescholtenen Personen“ auf Verhaftung im Arbeitshaus zu lauten.¹⁴³ Es durfte nicht über die Hälfte jener Strafdauer hinaus ausgesprochen werden, die der Verdächtige zu erwarten gehabt hätte, wenn er des in Frage stehenden Verbrechens nach der Regel überführt gewesen wäre.¹⁴⁴

b) *Die preußische Criminalordnung
vom 11. Dezember 1805*

Als sich das Bestreben am Anfang des 19. Jahrhunderts verstärkte, die Folter zu beseitigen, wurden oft Rechtsregeln mit dem Ziel erlassen, keinen Verbrecher seiner Strafe entgehen zu lassen. So gesehen ist es kein Zufall, dass sich in dieser Zeit mehrere Edikte, Verordnungen usw. mit der außerordentlichen Strafe und mit der Instanzenbindung beschäftigten. Die preußische Criminalordnung zeigt die damals typische Auffassung in Bezug auf die Instanzenbindung.

Die *absolutio ab instantia* wurde „vorläufige Lossprechung“ genannt, und sie fand statt, „wenn der eigentliche Hergang der Sache gar nicht hat aufgeklärt werden, und der Verdächtige den gegen ihn streitenden Verdacht nicht hat ablehnen können.“¹⁴⁵ Es fällt auf,

¹⁴³ Es wurden als solche Fälle angesehen: vorsätzlicher oder überlegter Angriff auf Menschenleben oder Menschenfreiheit, Angriff auf die Staatssicherheit durch Hochverrat oder auf die Sicherheit der Privatexistenz, so u. a. Mord, Notzucht etc., sowie alle Angriffe auf das Vermögen, welche von „Landstreichern und Gaunern“ geschahen. Vgl. a. a. O., § 10.

¹⁴⁴ Vgl. a. a. O., §§ 10 und 18. Allmann betrachtet dies als eine im Instanzenbindungsurteil ausgesprochene polizeiliche Sicherheitsmaßregel; vgl. Allmann, S. 66.

¹⁴⁵ § 409 CrimO. Die völlige Freisprechung war auf die Fälle beschränkt, in denen das Verbrechen nicht erwiesen oder die gänzliche Unschuld des Verdächtigen völlig erwiesen war. Doch wurde auch hier noch eine Abstufung gemacht, indem nur die völlige Freisprechung, die sich auf den vollen Beweis der Unschuld gründete, jederzeit eine Befreiung von einer neuen Untersuchung wegen desselben Verbrechens bewirkte, dagegen der aus Mangel an Beweisen Freigesprochene in gleicher Weise, wie ein von der Instanz Entbundener neuerdings in Untersuchung gezogen werden konnte, sobald dazu neue rechtlich

dass der Gedanke der Schuldvermutung immer noch lebendig war. Der Angeschuldigte selbst musste den „gegen ihn streitenden Verdacht“ entkräften.

Wie im badischen Edikt war in der preußischen Criminalordnung die Mitwirkung der Polizei bei der Instanzenbindung vorgesehen. Es stand dem Richter frei, einen nur vorläufig Losgesprochenen, bei dem zu befürchten war, dass er seine wiedererlangte Freiheit missbrauchen würde, bei der Polizei seines Wohnortes anzuzeigen. Diese war dann verpflichtet, den Entlassenen sorgfältig zu beobachten und dem Richter von allen Umständen Nachricht zu geben, welche mit dem „begangenen“ Verbrechen in Beziehung stehen könnten und sich nach der Entlassung des Verdächtigen ergaben.¹⁴⁶ Eine wirkliche richterliche Ermessensfreiheit gab es auch in dieser Frage (d. h. in der Verhängung der Polizeiaufsicht) nicht, da der Justiz- und der Polizeiminister für bestimmte Verbrechen dem Richter eine Anzeigepflicht auferlegte.¹⁴⁷ Die Untersuchung konnte dann jederzeit wieder eröffnet werden, sobald erhebliche Umstände, Anzeigen oder Beweismittel bekannt wurden, die in dem bisherigen Prozess nicht vorgebracht worden waren (§ 411).

c) Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813

Es war also in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts allgemein üblich, den Beschuldigten beim bloßen Verdacht nicht zu einer aus-

begründete Veranlassungen vorhanden waren. Vgl. §§ 411, 413, 414; Allmann, S. 68; Conrad, a. a. O., S. 447.

¹⁴⁶ § 410 CrimO. Es ergingen aufgrund dieses Paragraphen zwei Reskripte, vom 12. September 1815 und vom 25. Juni 1832, betreffend die polizeiliche Observation der von der Instanz Losgesprochenen und die Mitteilung der Erkenntnisse an die Polizeibehörden zu diesem Zweck.

¹⁴⁷ Als solche Verbrechen galten: Verletzung der äußeren Sicherheit des Staates, Münzfälschung, Mord oder Totschlag, Raub und Diebstahl, Betrug und vorsätzliche Brandstiftung. Die Übersendung der Akten an das Polizeiministerium erfolgte jedesmal, wenn ein Staatsdiener wegen eines Verbrechens von der Instanz freigesprochen wurde. Vgl. § 410 CrimO, Zus. 1; Reskript vom 12. September 1815. Über die Behandlung der unter polizeilicher Aufsicht stehenden Personen siehe ebd. Zus. 2.

drücklichen Strafe, sondern zu einer mit Polizeiaufsicht verbundenen Instanzenbindung zu „verurteilen“.¹⁴⁸ Das bayerische Gesetzbuch regelte dies folgendermaßen:

„Sind die wider den Angeschuldigten aufgefundenen Verdachtsgründe und Beweise zur Verurtheilung nicht hinreichend, steht jedoch denselben ein Vertheidigungsbeweis nicht entgegen, oder bleibt, eines vorhandenen Vertheidigungsbeweises ungeachtet, noch so viel Verdacht wider den Angeschuldigten [...] um Jemand der Specialinquisition zu unterwerfen; so ist zu erkennen, dass die Untersuchung wegen mangelnden Beweises einzustellen sey (Entlassung von der Instanz).“¹⁴⁹

Mit derselben sollten die in dem Polizeistrafgesetzbuch verordneten Sicherheitsmaßregeln verbunden werden.¹⁵⁰ Die bayerische Kodifikation galt als Vorbild – natürlich nicht nur für die Rechtsfragen der Instanzenbindung – für eine Reihe von anderen partikularen Gesetzgebungen.¹⁵¹

¹⁴⁸ Vgl. Bayr. StGB (1813) Art. 329.

¹⁴⁹ Art. 356. Der von der Instanz Entbundene musste die Prozesskosten erstatten (Art. 407); ein klarer Beweis dafür, dass mit dem (entlassenen) Verdächtigen wie mit einem Schuldigen umgegangen wurde.

¹⁵⁰ Gemäß den Anmerkungen zum Strafgesetzbuch von Feuerbach (Bd. 1, Einleitung § 8, S. 25), sollte das Polizeistrafgesetzbuch als 3. Teil der gesamten Strafgesetzgebung dem Strafgesetzbuch seinerzeit nachfolgen, gelangte jedoch nicht zur Ausführung, weshalb sich an die Instanzenbindung weitere Sicherheitsmaßregeln nicht anschlossen. Vgl. Allmann, S. 74.

¹⁵¹ Dem bayerischen Kodex waren nachgebildet u. a. das Strafgesetzbuch für die herzoglich holsteinisch-oldenburgischen Lande vom 10. September 1814 und das weimar-eisenachische Gesetz vom 7. Mai 1819. Weder der dringende noch der entfernte Verdacht bewirkte zwar Strafe, konnte jedoch nur zur Entlassung von der Instanz führen (Art. 812, 839, bzw. § 38). Vgl. Holtzendorff, Strafprozeßrecht, S. 100.

III. PÖNALISIERUNG DER VERHEIMLICHTEN SCHWANGERSCHAFT UND GEBURT

Die Problematik der Verdachtsstrafe kann besonders plastisch anhand eines konkreten Delikts erläutert werden – eines Delikts, dessen Tatbestand sämtliche wesentlichen Kriterien enthielt, die für eine Verdachtsstrafe damals notwendig waren.

Die Verheimlichung der Schwangerschaft und / oder der Geburt war in der Aufklärungszeit und darüber hinaus bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts ein meistens selbständig pönalisierter Tatbestand der deutschen (bzw. österreichischen und schweizerischen) Gesetzbücher. Der typische Fall war der, dass eine unverheiratete Frau ihr Kind heimlich zur Welt brachte (und zuvor auch ihre Schwangerschaft – nicht zwingend, aber sehr oft – verheimlicht hatte), und das Kind später tot gefunden wurde. Die Mutter leugnete natürlich in der Regel, dass sie das Kind getötet habe. Die Art und Weise des Todes des Neugeborenen war im Kriminalprozess fast nie mehr zu rekonstruieren; es ließ sich also nicht mit Gewissheit feststellen, ob überhaupt eine (zumindest fahrlässige) Tötung geschehen sei.¹⁵² Diese Frage ist und war nicht zuletzt ein medizinisches Problem. Die Problematik der Entscheidung über die mögliche bzw. wahrscheinliche Todesursache eines Säuglings zeigte sich in einem Berliner ärztlichen Fachgutachten (1816):

„In jedem Fall schneller, heimlicher, d. h. in der Einsamkeit abgemachten Geburt, ist das Leben des Kindes als ein Leben nach der Geburt anzusehen. Sollte dem Richter aber ein Fall vorkommen, es ihm bei einer unter beihilfe geschehenen Geburt darauf ankäme, zu wissen, ob ein

¹⁵² Wie schwer die Beweisführung bei diesem Delikt war, zeigt eine Statistik aus Frankreich von 1893–1895: Von den wegen Kindestötung Angeklagten wurden immer noch 43,5 %, bei den sonstigen Tötungsdelikten dagegen nur noch 28,8% der Angeklagten freigesprochen. Vgl. Schwarz, S. 245.

vagitus uterus Statt gefunden, und das vorher athmende und schreiende Kind todt aus den Geburtstheilen geschafft worden: so könnte hier nur die Aussage der Zeugen entscheiden.“¹⁵³

Um die Ursache des Todes eines Neugeborenen festzustellen, standen der damaligen Kriminalmedizin nur sehr bescheidene Untersuchungsmethoden zur Verfügung, wie etwa die sog. Lungenprobe.¹⁵⁴

Da die Entbindung im Geheimen stattgefunden hatte und der Tod des Kindes auf einer Reihe von natürlichen Ursachen beruhen kann, gab es für die richterliche Ermessensfreiheit, ja Willkür, einen großen Spielraum. Die Beweisführung lief noch im festen Rahmen bestimmter Beweisregeln ab, und eine Beweiswürdigung im modernen Sinne existierte noch nicht, so dass oft eine Verdachtsstrafe Anwendung fand. Es wurde zugleich eine gesetzliche Schuldvermutung (manchmal in Form einer unwiderlegbaren Präsuntion) aufgestellt: Wenn eine Schwangerschaft und Geburt verheimlicht und danach das von derselben Frau geborene Kind tot gefunden wurde, war ein Kindesmord geschehen, dessen Täterin die Mutter war. Es entsprach einer gewissen Erfahrung, dass der Tod des Kindes oft der Verbergung der Schwangerschaft und Geburt folgte. Deswegen wurde bereits die Verheimlichung eines solchen Zustandes als strafwürdige Handlung erachtet und mit außerordentlicher (Verdachts)Strafe, durch die Strafgesetzbücher sogar mit ordentlicher Strafe belegt.¹⁵⁵

Die Lösung der gemeinrechtlichen Gesetzgebung und Strafrechtspflege war bezüglich der Beweisführung relativ einfach – die CCC hat mangels der Möglichkeit außerordentlicher Strafe nur eine einzige Variante gekannt: Wenn die absichtliche Verhehlung der Schwangerschaft und / oder ebenso die „hülflose Geburt“ (bei

¹⁵³ Merkwürdiges Gutachten der wissenschaftlichen Deputation für das Medicinalwesen im Ministerium des Innern über zwei auf Kindermord sich beziehende Fragen, in: NACrR Bd. 1 (1817) Stück 3, S. 443 f.

¹⁵⁴ Siehe Mittermaier, Note II, in: Feuerbach, Lehrbuch, S. 395, sowie Mittermaier, Beyträge III, S. 500 ff.

¹⁵⁵ Meist haben die partikuläre Gesetzgebung und die *iurisdictio* zusammen dieses Verhalten mit Strafe geahndet, allerdings nicht ausnahmslos. Die Theorie war in dieser Frage geteilt.

der also die Gebärende absichtlich keine Hilfsperson zugezogen hatte) erwiesen oder mindestens wahrscheinlich war, so sollte die Mutter zur Folter gebracht werden.¹⁵⁶ Die Tortur erschien aber immer weniger als geeignetes beweisrechtliches Mittel, und am Ende sollte die (präsumierte) Schuldige durch das Instrument der Verdachtsstrafe auf jeden Fall bestraft werden. Um diese Situation zu legalisieren, begann die partikuläre Gesetzgebung Vorschriften zu erlassen, wonach nicht nur der Kindesmord.¹⁵⁷ sondern auch seine (etwaige) Vorbereitungshandlung, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, strafbar war – und zwar unabhängig davon, ob das Kind tot gefunden wurde. Es ist bemerkenswert, dass in der späteren Phase der Entwicklung (im 19. Jahrhundert schon durchgehend) in Deutschland nur noch die verheimlichte Geburt mit Strafe geahndet wurde.

Wie gesagt, enthält das Delikt der Kindestötung in fast allen seinen Facetten Umstände, die für die Problematik der Verdachtsstrafe aufschlussreich sind. So ist neben der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt auch das letzte Moment der Begehung des Verbrechens, nämlich das Wegschaffen der (angeblichen) Kindesleiche, bemerkenswert. Es geht hier im Grunde genommen um dasselbe wie bei der Verheimlichung der Schwangerschaft: Die Mutter versucht im obigen Fall das Vor-Zeichen, hier aber das Nach-Zeichen ihrer Entbindung zu verbergen. Wurde dieses Verhalten pönalisiert, so war auch dies eine Verdachtsstrafe.¹⁵⁸ Was beweist überhaupt diese (manchmal nur vermutete, nicht immer feststehende) Handlung? Die Antwort Mittermaiers lautet:

“Dies Wegschaffen der Kindesleiche beweist nur, dass sie (d. h. die Mutter) ihre Niederkunft habe verheimlichen wollen, und wer in die Lage einer Person sich setzt, welche heimlich ein todes Kind geboren hat, begreift auch, wie der Wunsch, das, was der Zufall bisher glücklich

¹⁵⁶ Vgl. CCC Art. 131; Grolman, Grundsätze, S. 397 (§ 278).

¹⁵⁷ Die Bezeichnung „Kindesmord“ hat eine engere Bedeutung gehabt, nämlich: Tötung eines außerehelich erzeugten Neugeborenen in oder kurz nach der Entbindung durch seine Mutter, die meistens ledig war.

¹⁵⁸ Vgl. z. B. das bayerische Strafgesetzbuch (1813) Teil I, Art. 164, 165.; ALR Teil II, Tit. 20, § 961.

verbarg, in Zukunft verborgen zu halten, in dem Mädchen aufsteigt, und wie das Mittel den Wunsch zu erreichen, nämlich durch Wegschaffung der Kindesleiche, so nahe liegend sich darbietet.“¹⁵⁹

Es ist auffallend, dass z. B. Tittmann, der in der Pönalisierung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt kein besonderes Problem sah, zur Beantwortung dieser Frage sehr ähnlich Stellung nahm: Dass das heimliche Vergraben und Wegschaffen des Kindes an und für sich keinen Verdacht ergibt.¹⁶⁰

Es ist also festzustellen, dass die Gesetzgebung und die Strafrechtspflege (teilweise auch die Rechtswissenschaft) rund hundert Jahre lang die Verheimlichung der Schwangerschaft und noch mehr die der Geburt für strafbar erachteten, weil diese nach ihrer Überzeugung sehr oft eine Kindestötung vorbereiteten. Sie wurden für höchst gefährliche Handlungen gehalten, die an sich zu pönalisieren seien: wenn das Kind sogar tot gefunden wurde, galt dies in besonderem Maße. Diese Epoche dauerte ungefähr von 1740 bis etwa 1848, als die alte Rechtsauffassung und Rechtsordnung schon erschüttert, eine völlig neue aber noch nicht errichtet war. Es war eine Übergangsperiode, in der die Anzahl der Verbrechen der Kindestötung überdies wesentlich zugenommen zu haben scheint; so versuchte die Kriminalpolitik alles zu tun, diesen Misstand zu vermindern. Wie sich später herausstellte, blieb der Erfolg gering.

Etwa seit Ende des 17. Jahrhunderts sehen wir nun die Kindestötung allgemein in Deutschland Gegenstand einer verstärkten Reaktion werden. Einige Anlässe aus der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, eine große Anzahl aus der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts zeigen strafrechtliche und administrative Vorschriften, die speziell diesem Delikt begegnen sollen. Während z. B. die Stadt Nürnberg im 17. Jahrhundert in dieser Angelegenheit gar kein Dekret erlassen hat, ergingen allein von 1702 bis 1733 sieben Verordnungen.¹⁶¹ Die zunehmende Rigorosität (sogar Grausamkeit) der

¹⁵⁹ Mittermaier, Verheimlichung II, S. 601.

¹⁶⁰ Vgl. Tittmann, Handbuch, S. 590.

¹⁶¹ Vgl. Bode, S. 30 ff. Über die Anzahl der Hinrichtungen wegen Kindsmordes in den Städten Augsburg, Danzig, Frankfurt, LV Kyburg (Schweiz), Memmingen, Nürnberg, Ulm siehe Dülmen, S. 61–70.

Strafrechtspflege ist sehr gut auch an der Straftat zu beobachten: In Bayern war die typische Strafe bei diesem Delikt gegen Ende des 17. Jahrhunderts nach einem Erlass vom 21. April 1684 noch das Schwert,¹⁶² der CJBC spricht aber schon im Zusammenhang damit über „Schwert und glühenden Zangenriß“.¹⁶³ Auch Friedrich Wilhelm I. hatte in Preußen durch das Edikt vom 30. August 1720 für den Kindsmord die alte, schreckliche Todesstrafe der „Säckung“¹⁶⁴ wieder eingeführt, um „zu versuchen, ob die härtere Bestrafung den ruchlosen Gemütern einen Schrecken einjagen möge“. Drei Jahre später erging ein weiteres Edikt, auch über den Kindesmord.

Es ist zweifelhaft, ob es im 17. und 18. Jahrhundert tatsächlich eine Zunahme der Häufigkeit dieses Verbrechens gab. Sicher ist aber, dass eine solche angenommen wurde.¹⁶⁵ Die Gedanken der Aufklärungszeit haben keinen raschen Durchbruch in der Beurteilung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt mit sich gebracht. Es gab unter anderem einen lebhaften wissenschaftlichen und literarischen Streit darüber, ob die Todesstrafe zumindest im Falle der Kindestötung abgeschafft werden solle – mit minimalem Erfolg. Als wichtiges Moment ist hervorzuheben, dass die Todesstrafe auch religiös verankert war und insbesondere das alte Testament einen erheblichen Einfluss hatte. Dies ist ein deutliches Beispiel dafür, dass bis zum Heranreifen der Ideen der Aufklärung entwicklungsorientierte Anschauungen atypisch waren. Man sah kein Problem darin, die Ideen und Vorschriften eines

¹⁶² Sammlung, Bd. 3 (1788), Teil 1, Nr. CX.

¹⁶³ Vgl. CJBC Teil 1, Kap. 3, § 17.

¹⁶⁴ Die Strafe der sog. Säckung (*poena culei*) im Zusammenhang mit der Kindestötung hat eine lange Geschichte; vgl. im denselben Band den Aufsatz: Die verheimlichte Schwangerschaft [...], Anm. 23.

¹⁶⁵ Auch die neuere Rechtsliteratur ist dieser Frage von Ungewissheit geprägt: „Begegnet uns im 17. und 18. Jahrhundert allenthalben die Klage über die – angebliche oder wirkliche – Zunahme und Häufigkeit dieses Verbrechens, so ist jedenfalls in der neueren Zeit die Zahl der wegen Kindestötung Verurteilten ständig gesunken.“ Blanke, S. 8; „Eine vollständige Erklärung ist derzeit nicht zu leisten.“ Dülmen, S. 72.; vgl. Schwarz, S. 41 ff.; Ein Autor aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts: „Kein Kapital-Verbrechen wird so oft verübt und zur strafrechtlichen Ahndung gezogen, als das Verbrechen des Kindermordes.“ Gans, S. III.

altertümlichen (im wesentlichen religiösen) Werks in der Praxis umzusetzen.¹⁶⁶

Die Humanisierung des Strafrechts in der Aufklärungszeit rückte den Gedanken der Spezialprävention in den Vordergrund. In der Wissenschaft gelangte die Spezialprävention gegen Ausgang des 18. Jahrhunderts in den Systemen von Stübel, Grolman, Tittmann, Kleinschrod u. a. zur Herrschaft.¹⁶⁷ Es wurde erkannt, dass starke und überraschende Versuchungen, Furcht und Schrecken, mangelhafte Erziehung und Reife die innere Entschlussfreiheit beeinträchtigen. Je mehr physische und moralische Hindernisse umgekehrt einer Handlung entgegenstanden, um so größer musste der „böse Wille“ sein, der sie alle überwunden hatte. Dies ging einher mit einem grundlegenden Wandel, als dessen Ergebnis nicht nur die Gesichtspunkte der Handlung und ihrer Umstände in Betracht kamen, also die objektive Seite des Verbrechens, sondern man versuchte, auch den Angeklagten, dessen innere Welt, Motive, Umstände, physisch-psychischen Zustand zu erfassen. So inkonsequent das Zusammensetzen der Tat aus Determinismus und Indeterminismus ist, so verständlich ist es in einer Zeit, die, nachdem frühere Generationen im (angeblichen) Verbrecher nur das Fremde, den „Bösewicht“ gesehen hatten, anfang, ihn – den Menschen – zu verstehen.

1. Gesetzgeberische Tätigkeiten

Es geht hier natürlich nicht nur um Gesetzbücher, sondern auch um Verordnungen, die das Delikt der Kindestötung betrafen. Diese kurzen, knappen Rechtsquellen waren besonders geeignet, sich mit einer konkreten Angelegenheit der Kriminalpolitik zu beschäftigen. Der Kindsmord gab dafür einen besonderen Anlass.

So wurde dieses Delikt zum Beispiel in Kurpfalz-Bayern seit Ende des 17. bis zum ausgehenden 18. Jahrhundert – ähnlich wie in der Stadt Nürnberg – durch eine Reihe von Verordnungen geregelt. Die erste Verordnung erging am 21. April 1684 gegen

¹⁶⁶ Vgl. Schwarz, S. 66 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Grünhut, S. 32–57.

„die Weibspersonen, welche in Unzucht geschwängert werden, nicht allein ihre Schwängerung bößlich verhalten, und verlagnen, sondern auch ihre Kinder heimlich gebären, und gefährlicher Weiß an heimliche Orte verlegen, oder fallen lassen, und so ste nachmals, da derselben Kinder todt gefunden worden [...] alles boshaftig hindurch laugen.“¹⁶⁸

Wenn also eine solche „allergrausamste, unmenschlichste Mutter“ vorkäme, die

„ihre Schwängerung verhehlet, williglich ihr Kind allein gebähret, und hinnach in heimlich Ort, damit sie dessen abkommt, von sich legt [...] mit dem Schwerd vom Leben zum Tod hingerichtet werden solle, davor sich eine jede Weibsperson zu hüten weiß.“¹⁶⁹

Die nächste Verordnung vom 12. Dezember 1687 wies den Bannrichter an, „wann die Todesstrafe statt haben sollte, die verstrickte entweder gütlich oder mittels der Tortur bekennen müsse, dass das Kind in der Geburt lebendig gewesen.“¹⁷⁰ Die folgenden Erlasse (vom 7. April 1728; 29. Dezember 1738; 21. Januar 1739; 23. Juni 1774) wiederholten im wesentlichen bloß die Vorschriften der ersten. Die letzte Quelle im 18. Jahrhundert (vom 14. Dezember 1793) betont im Grunde nur, dass ein noch größeres Gewicht auf die Bekanntmachung der Verordnung von 1684 gelegt werden solle.¹⁷¹

Zusammenfassend: Sämtliche Verordnungen in Kurpfalz-Bayern bezogen sich auf den Fall, dass ein Neugeborenes tot gefunden und entweder vermutet oder „bewiesen“ (z. B. durch Tortur) worden war, dass die Beschuldigte die Mutter sei, und dass das Kind zumindest in der Geburt noch gelebt habe. Dies genügte zum Todesurteil – obzwar die fürstliche Gnade manchmal das Leben

¹⁶⁸ Sammlung, Bd. 3 (1788), Nr. CX, S. 113 f.

¹⁶⁹ Ebd. S. 114.

¹⁷⁰ Ebd.

¹⁷¹ Sammlung, Bd. 5 (1797), Nr. LXV, S. 30 f. Wächtershäuser erwähnt diese Verordnung als eine, die auf die selbständige Strafbarkeit der verheimlichten Niederkunft hinweist; meines Erachtens aber enthält diese Rechtsquelle keinen solchen Hinweis. Vgl. Wächtershäuser, S. 138.

der „Mörderin“ schonte.¹⁷² Obwohl die Todesstrafe (Schwert) durch mehr als hundert Jahre lang unverändert blieb, ging es aber nicht um die selbständige Pönalisierung der Verheimlichung der Schwangerschaft oder Geburt.¹⁷³ Wie die Praxis aussah, ist eine andere Frage. Die Prävention war in der Betonung der Wichtigkeit der Bekanntmachung der „Grundverordnung“ von 1684 erschöpft, ohne wirkliche Vorbeugemaßnahmen zu treffen.

a) Der Codex Juris Bavarici Criminalis

Der beachtenswerte Kreittmayrsche CJBC (1751) erwähnt die verheimlichte Geburt völlig im Geist der Schuldvermutung:

„kommt eine ledige Weibsperson heimlich nieder, und wird das Kind todt gefunden; so soll sie mit der Entschuldigung, ob seye das Kind schon todt von ihr gegangen, oder in der Geburt kein Leben an ihm zu verspüren gewesen, nicht angehöret, sondern für eine Kindsmörderin gehalten, und mit dem Schwerdt am Leben bestraft werden.“¹⁷⁴

Es ist dazu zu bemerken, dass die „einfache“ Schwertstrafe als eine verhältnismäßig milde Sanktion galt, da beim *parricidium* normalerweise – im Falle der Frauen – mit Schwert *und* glühendem Zangenriss (unterwegs zur Richtstätte) gestraft werden musste.¹⁷⁵ Die selbständig pönalisierte heimliche Niederkunft betrachtete der Gesetzgeber stillschweigend als ein privilegiertes Delikt, ihre Stra-

¹⁷² Vgl. Verordnung vom 23. Juni 1774, in: Sammlung, Bd. 3, S. 115.

¹⁷³ Dagegen interpretiert Wächtershäuser einige Bemerkungen der Verordnung vom 14. Dezember 1743 als Formulierung der selbständig pönalisierten Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt; vgl. S. 138.

¹⁷⁴ CJBC Teil 1, Kap. 3, § 21. Dazu merkt Lierow an: „Die unwiderlegliche Schuldvermutung, welche in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommt, ist eine Dokumentation dafür, dass der Inquisitionsprozess seit dem Inkrafttreten der Carolina einen Weg zu immer größerer Härte gegangen war.“ S. 74.

¹⁷⁵ Wie auch die Strafe selbst zeigt, geht es hier um eine Verdachtsstrafe, da sie nach der gemeinrechtlichen Rechtsauffassung nie so hart wie eine *poena ordinaria* sein konnte.

fe als ordentliche. Worauf bereits aufmerksam gemacht wurde, ist, dass das Tatbestandsmerkmal, dass das Kind tot gefunden wird, sehr wichtig war, denn es folgt:

„Wann das Kind nicht tod gefunden wird, und gleichwohl genugsame Anzeigungen der Niederkunft vorhanden seynd, so kommt es nach Maßgab des 2ten Theiss 3ten Cap. 4ten §vi auf die Visitation und im Fall des Laugnens auf die Tortur an, weil zu vermuthen ist, dass das todtte Kind auf die Seite geraumt worden.“¹⁷⁶

Dieser Paragraph macht zugleich auch deutlich, dass die Schuld der Angeklagten in der damaligen Gerichtspraxis und Gesetzgebung als selbstverständlich vorausgesetzt wurde. Die Last und die Folgerungen des Beweises musste der Inquisit auf sich nehmen. Diese Schuldvermutung war in der Tat im CJBC eine *praesumptio iuris et de iure*; es reichte aus, festzustellen, dass die Geburt „verhehlt“ und dann das Kind tot gefunden wurde. Die Mutter als Inquisitin hatte praktisch keine Chance, ihre Unschuld zu beweisen. Auch der Verfasser des Kodex, Kreittmayr, fügte wortkarg in seinem *Compendium codicis bavarici* hinzu: „Ledige Weibspersonen, welche heimlich niederkommen, werden *jure statutorio* als Kindsmörderinnen zum Schwert verurtheilt, wann das Kind tod ist.“¹⁷⁷ Die Möglichkeit, dass z. B. das lebendig geborene Kind wegen organischer Mängel gestorben sei, blieb völlig außer Betracht.

Es ist auffallend, dass das Moment der Verheimlichung der Schwangerschaft in dem Kodex völlig fehlt. Nach dem gemeinen Recht ergab sich aus der heimlichen Niederkunft nur eine Präsumtion, welche höchstens ein *indicium ad torturam* ausmachte (wenn sie nicht in ausreichendem Maße widerlegt werden konnte), aber zur Verurteilung ohne Geständnis des mutmaßlichen Kindsmords nicht hinreichte – nach dem Charakter der Handlung konnte nämlich der Zeugenbeweis normalerweise nicht in Frage kommen. Und eben darin ist die größte beweisrechtliche Schwierigkeit der Caro-

¹⁷⁶ Anmerk. über den CJBC von einem anonymen Autor, München 1752, Teil 1, Kap. 3, § 21 b.

¹⁷⁷ *Compendium, Codex criminalis*, Pars 1, Cap. 3, § 17 bis 23.

lina zu sehen: Im gesetzlichen Beweissystem konnte der „gemeinrechtliche“ Richter den Täter als überführt ansehen, was entweder durch zwei Zeugnisse oder durch sein Geständnis bekräftigt wurde. Bei der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt ist die erste Variante meist ausgeschlossen. Wenn es aber auch nicht gelang, durch die „peinliche Frage“ ein entsprechendes Bekenntnis zu erpressen, so erfolgte prinzipiell der Freispruch. Die CCC kannte eigentlich die *poena extraordinaria* überhaupt nicht, die Praxis und die Rechtswissenschaft (vor allem durch die Tätigkeit von Carpzow) haben sie jedoch – auch im Sinne der Verdachtsstrafe – entwickelt.

Der CJBC ist noch überwiegend vom gemeinen Recht geprägt, die Wirkung der fortschrittlichen Rechtsauffassung der Wissenschaft aber ist auch schon spürbar. Die *generalia* vom Jahre 1684 und 1728 in Bayern, wie auch die oberpfälzische Malefizordnung erforderten neben der heimlichen Niederkunft auch die Verhehlung oder Ablehnung der Schwangerschaft und die Vertuschung des Kindes *ad poenam gladii*. Der Kreittmayrsche Kodex verlangte nur noch die heimliche Geburt und abstrahiert von allen übrigen,

„weil man allzuschwer befunden hat, ein Weibsbild dahin zu obligiren, dass sie selbst ihre Schwangerschaft, welcher sie wohl oft ohne ihr Verschulden durch Kranckheit, oder in anderweg entlediget werden kan, zu ihrer grossen Schand und Prostitution vor der Zeit eröffnen und solcher gestalt gleichsam ihr selbstige Anklägerin seyn solle.“¹⁷⁸

Es ist klar und sehr modern, dass Kreittmayr die Absurdität der Selbstanzeigespflicht ganz genau gesehen hat. Die Regelung ist also in dieser Hinsicht zugunsten der Frauen abgeändert worden.

Diese Beurteilung der Problematik war zu jener Zeit im deutschen Rechtsgebiet fast allgemein. In der Rheinpfalz wurde in der Neuauflage des Landrechts im Jahre 1700 der Titel 22 des 5. Teils, der ursprünglich lediglich die Aussetzung des Kindes behandelt hatte, erweitert. Bei verheimlichter oder gar geleugneter Schwangerschaft und bei totem Kind sollte die Mutter, die kein Zeugnis

¹⁷⁸ Anm. a. a. O., § 210.

oder anderen ausreichenden Anschein für die Totgeburt beibringen konnte (was eine klare Schuldvermutung darstellte), „als eine Kindsmörderin, vom Leben zum Tode verdammt und gebracht“ werden.¹⁷⁹ Auch in Nassau-Saarbrücken gebot noch die Landesordnung vom Februar 1764,

„dass alle außerhalb der Ehe geschwängerten Weibspersonen, wenn sie ihre Schwangerschaft oder gar ihre Niederkunft verheimlicht haben, die Geburt aber hiernächst todt erfunden wird, unbetrachtet aller Entschuldigungen, als wirkliche Kindsmörderinnen angesehen werden, und die Strafe des Schwerdts unnachlässig gewärtigen sollen.“¹⁸⁰

b) Das preußische Edikt von 1765

Friedrich der Große hat seinen Namen auch in die Rechtsgeschichte seiner Heimat eingepägt. Neben der Abschaffung der Folter und Einführung einer Reihe humaner Strafmethoden¹⁸¹ erließ er ein „Edikt wider den Mord neugeborener unehelicher Kinder usw. vom 8. Februar 1765“. Das Phänomen der Kindestötung blieb ein Problem auch in Preußen, obwohl schon im Jahre der Thronbesteigung Friedrichs des Großen eine erhebliche Humanisierung in Kraft getreten war, indem die Strafart des gemeinen Rechts im Falle des obigen Verbrechens – die „Säckung“ – allgemein durch die Schwertstrafe ersetzt wurde.¹⁸² Auch der aufgeklärte König selbst

¹⁷⁹ Auch die Bezeichnung „Kindsmörderin“ hat eine eigene Geschichte, und es wird dadurch sehr schön illustriert, wie langsam nur die qualifizierte Kindestötung zum privilegierten Delikt umgewandelt werden konnte. Den Ausdruck „Kindermord“ benutzt auch noch das preußische Strafgesetzbuch von 1851; er wurde erst im Strafgesetzbuch von 1871 aufgegeben.

¹⁸⁰ Zitiert bei Meister, Bemerkungen, Dec. LVIII.

¹⁸¹ Vgl. Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 444 ff.

¹⁸² Nach den damaligen Quellen nahm die Anzahl der Kindestötungen in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts radikal zu; die „Säckung“ oder aber Schwertstrafe verschärft durch Zwicken mit glühenden Zangen war auch in der Stadt Nürnberg üblich, wobei das Ertränken (im Sack, jedoch ohne Tiere) schon ab 1580 nicht mehr angewendet wurde, durch das Dekret vom 12. August 1702 vorübergehend aber wieder eingeführt worden war. Dasselbe Dekret bedrohte die bloße Schwangerschaftsverheimlichung, ohne dass das Kind dabei

war der Meinung, das Übel der Kindestötung mit strafrechtlichen Mitteln bewältigen zu können.¹⁸³¹⁸⁴

In den Fällen, in denen die mörderische Absicht der Mutter bzw. der Mord nicht als bewiesen anzusehen war, wurde die Todesstrafe abgeschafft. So das Edikt:

„Staupenschlag und lebenswierige Vestungs-Arbeit, alsdann erkannt werden soll;

1. Wenn die Mutter zwar des Kinder-Mords ueberfuehrt, solchen aber nicht bekennen will und zweifelhaft ist, ob das Kind nicht schon vor der Geburth todt gewesen.
2. Wenn die dem Kinde angethane Gewalt offenbar, die Mutter aber solche nicht an sich kommen lassen will und doch keine andere glaubwuerdige Ursach davon anzugeben vermag; und endlich
3. wenn bey ermangelnder Ueberfuehrung des Kinder-Mords, die Mutter ihr neugebohrnes Kind vor denen Augen des Gerichts verbirget.“¹⁸⁴

Die bloße Verheimlichung der Entbindung sollte nach dem Edikt, wenn das Kind am Leben blieb, mit sechs-, wenn es aber tot zur Welt kam oder in bzw. kurz nach der Geburt verstarb, mit zehnjähriger Zuchthausstrafe belegt werden. Der Gesichtspunkt der Erfolgshaftung wird an diesem Beispiel schwerpunktmäßig deutlich.

zu Schaden gekommen war, mit „empfindlichen Leibesstrafen“. Im Sinne des Dekrets vom Juni 1733 sollte die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nach auswärtigem Vorbild mit 2 bis 3 Monaten Zuchthaus, im Wiederholungsfalle mit schimpflicher Verweisung bestraft werden. Kam noch heimliche Geburt hinzu, so trat Pranger und Landesverweisung ein. Vgl. Bode, S. 26 ff.

¹⁸³ Im Prolog des Edikts heißt es: „Nachdem seit einiger Zeit das Verbrechen, da Weibspersonen ihre unehelich neugeborne Kinder mit boesem Vorsatz, oder durch Verwahrlosung, so aus Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt veranlasset wird, um das Leben bringen, haeufiger als jemals geworden, als werden wir in die Nothwendigkeit gesetzt, diesem Uebel durch ein geschaerftes Edict zu steuern.“

¹⁸⁴ Summaria des Edikts, 6.

c) Das preußische Allgemeine Landrecht

Das ALR für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794, bei dessen Abfassung – bezüglich des strafrechtlichen Teils – Ernst Ferdinand Klein eine herausragende Rolle spielte, beschäftigte sich auch ausführlich mit dem Problem der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt.¹⁸⁵ Der gesetzliche Tatbestand, die Verheimlichung der Schwangerschaft und / oder Geburt, gliederte sich in vier Varianten.

aa) Die bloße Verheimlichung der Schwangerschaft

Das Gesetz ging davon aus, dass eine „geschwächte Weibsperson“, welche die Entdeckung ihrer Schwangerschaft gegenüber den Eltern oder Vormündern, Dienstherrschaften, Hebammen oder Obrigkeit länger als vierzehn Tage, nachdem sie dieselbe zuerst wahrgenommen hatte, verheimlichte, „sich einer strafbaren Verheimlichung der Schwangerschaft schuldig und wegen aller daraus entstehenden nachtheiligen Folgen verantwortlich [macht].“¹⁸⁶ Und die Folgen waren durchaus nicht mild.

Es galt als entscheidender Gesichtspunkt, ob die Leibesfrucht, die den Gerichten ohnehin binnen 24 Stunden nach der Entbindung vorzuzeigen war, 30 Wochen alt gewesen war. Hatte die Mutter unterlassen, das Neugeborene vorzuzeigen, war aber dasselbe noch nicht 30 Wochen alt, musste mit einer sechsmonatigen bis zweijährigen Zuchthausstrafe gerechnet werden. Falls sowohl das Alter der Leibesfrucht ungewiss, wie auch der Umstand, ob es tot zur Welt gekommen sei, nicht zu ermitteln war, sollte die Straferkenntnis auf eine drei- bis vierjährige Zuchthausstrafe hinauslaufen.

Die Verheimlichung der Schwangerschaft – die (nach dem heutigen Verständnis) höchstens als eine Vorbereitungstätigkeit zu ei-

¹⁸⁵ Siehe §§ 933–964 ALR II 20; Vgl. Mittermaier, Fn. 8. zum Zusatzparagraph 239 a, in: Feuerbach, Lehrbuch, S. 399 f.

¹⁸⁶ A. a. O., § 933. Jede Vernachlässigung einer solchen gesetzlichen Pflicht zur Anzeige der Schwangerschaft oder Entbindung war als solche nach dem Gesetz strafbar.

ner Vorbereitungshandlung, d. h. zu der Verheimlichung der Geburt (indem dieser Umstand als eine Möglichkeit zum Kindesmord betrachtet, und deshalb mit Strafe bedroht wird) betrachtet werden könnte – wurde also kraft ihrer selbständigen Pönalisierung zum Tatbestand einer echten Verdachtsstrafe.

bb) Die verheimlichte Geburt

Eine besonders wichtige Frage war, unter welchen Umständen die Geburt als verheimlicht galt. Die Bestimmung des Gesetzes (§ 944) lautete wie folgt:

„Die Niederkunft ist für verheimlicht zu achten, wenn zur Zeit der Geburt keine Hebamme um Beystand ersucht, und auch keine andre ehrbare Weibsperson dabey zugezogen worden.“¹⁸⁷

Um den Verdacht der verheimlichten Entbindung zu vermeiden, reichte es aber, bei den eintretenden Geburtswehen um Hilfe zu rufen – vorausgesetzt, dass die Gebärende dieselbe wirklich erhielt. Dass im Hintergrund der Strafe der verheimlichten Niederkunft die Strafe des Verdachts stand, dass die auf diese Weise entbindende Frau ihr neugeborenes Kind wahrscheinlich töten wolle, wird daraus klar. Falls das Kind jedoch am Leben blieb, fiel alle Strafe weg – zugleich ein Zeichen entwickelter Rechtsauffassung.¹⁸⁸ Das war schon ein wesentlicher Fortschritt. Die Tatsache also, ob das Kind stirbt oder nach der Entbindung weiterlebt, wird als *differentia specifica* in diesem Kodex zum entscheidenden Tatbestandsmerkmal.

¹⁸⁷ Die Definition der Verheimlichung erscheint bei mehreren damaligen Kriminalisten etwa in gleichem Sinne – die Formulierung von Abegg kann als typisch gelten: „Verheimlichung heisst hier aber wohl nicht, wenn die Mutter ihren Zustand im Allgemeinen verbirgt, was wohl zu entschuldigen ist, sondern wenn sie es gegen solche Personen thut, die durch ihr Verhältnis überhaupt oder nach den Gesetzen berechtigt und verpflichtet sind, sie zur Rede zu stellen.“ Abegg, Strafrechts-Wiss., S. 351 (§ 252).

¹⁸⁸ „Ist das Kind am Leben erhalten worden, so soll die Verheimlichung der Geburt nicht gerügt werden.“ A. a. O., § 948.

cc) Verhehlte Geburt ohne verheimlichte Schwangerschaft

Hatte die „Geschwächte“ zwar nicht ihre Schwangerschaft, wohl aber die Geburt verheimlicht (und wird das Kind tot gefunden), so sollte dafür eine sechsmonatige Zuchthausstrafe verhängt werden. Auf den ersten Blick scheint dies eine ziemlich unwahrscheinliche Variante zu sein: Wenn eine Frau (oder ein Mädchen) ihre außereheliche Schwangerschaft monatelang nicht verborgen hat, warum sollte dies dann bei der Geburt geschehen? Es liegt natürlich auf der Hand, dass die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt der typische Fall ist. Es konnten jedoch unerwartete Umstände vorkommen, wonach eine ihre Schwangerschaft ohne Furcht tragende Frau ihren Willen kurz vor der Geburt änderte, z. B. weil das Eheversprechen des Verführers inzwischen gescheitert war.

Wie in anderen Gesetzbüchern üblich, wurde auch im ALR streng sanktioniert, wenn die Mutter das neugeborene Kind bzw. die Leiche eines solchen Kindes verschwinden ließ, damit die Art und Ursache des Todes nicht mehr ermittelt werden konnte.¹⁸⁹ Wie bereits erwähnt, ging es hier im Grunde auch um eine Verdachtsstrafe. Für diese Handlung wurde als Strafe zweijähriges Zuchthaus verhängt. Die Sanktion trug aber unumstritten gewisse vernünftige Merkmale; im Falle des Wegschaffens eines erwiesenermaßen lebendigen Neugeborenen geht es um viel mehr als um die Bestrafung eines bloßen Verdachts. Dies ist schon keine reine Schuldvermutung mehr, da sich im Verschwinden (meistens in Form von Aussetzung) des lebendigen Neugeborenen zumindest eine schuldhaft Vernachlässigung, also eine strafwürdige Tat offenbart. Der wichtigste Gesichtspunkt ist die Entscheidung, ob ein totes oder ein lebendiges Kind weggeschafft wurde – und immer wieder das Problem: Wer soll die Last der Beweisführung tragen? Ich bin der Meinung, dass diese Vorschrift des ALR als eine Übergangslösung zwischen der Verdachtsstrafe und einer gerechten Strafe zu betrachten ist.

¹⁸⁹ Es scheint vielleicht schon natürlich zu sein, dass eine solche – „mörderische“ – Absicht der Mutter vermutet wurde, jedoch in Form widerleglicher Präsuntion.

Wenn der Körper des Kindes zur Verfügung des Gerichts stand, aber Zeichen eines gewaltsamen Todes zu erkennen waren, konnte die Frau ihre Unschuld gar nicht beweisen:

“Ist sie einer vorsätzlichen unnatürlichen Behandlung des Kindes verdächtig: so soll sie, je nachdem dieser Verdacht mehr oder weniger dringend ist, mit einer sechs- bis zehnjährigen Zuchthausstrafe belegt werden.“¹⁹⁰

Dies ist eine klare Schuldvermutung – fraglich, ob sie widerlegbar war –, und zugleich ein nächstes, plastisches Beispiel für die Verdachtsstrafe.

dd) Verhehlte Geburt mit verheimlichter Schwangerschaft

Der Tatbestand: Verheimlichung der Schwangerschaft verbunden mit einer ebenso heimlichen Geburt zog die strengste Beurteilung nach sich – diese Handlungsvariante kam am häufigsten vor. Wenn die Beschuldigte unter solchen Umständen ein – angeblich – totes Kind auf die Welt gebracht hatte, und es war nicht mehr festzustellen, ob das Kind bei der Niederkunft noch gelebt hatte, sollte mit vier- bis sechsjähriger Zuchthausarbeit gestraft werden.¹⁹¹ Wenn das Neugeborene nach dem Fachgutachten der Sachverständigen bei der Geburt noch gelebt hatte, so wurde die vorige Strafe auf acht bis zehn Jahre erhöht.

¹⁹⁰ A. a. O., § 956.

¹⁹¹ Der Gesetzgeber hatte auch an den Fall der Frühgeburt gedacht, und zog eine Grenze: „Einem vollständigen Kinde wird eine Leibesfrucht, welche schon über dreyßig Wochen alt ist, gleich geachtet; doch soll, wenn das Kind nicht völlig ausgetragen gewesen, nur der niedrigste Grad der gesetzlichen Strafe statt finden.“ A. a. O., § 958.

„Zeigen sich aber an dem Körper des Kindes tödtliche Verletzungen, ohne dass ein von der Mutter verübter Mord vollständig ausgemittelt ist: so soll dieselbe dennoch mit öffentlichem Staupenschlage und lebenswieriger Zuchthausstrafe belegt werden.“¹⁹²

Wieder eine Verdachtsstrafe, und zwar in Form einer unwiderlegbaren Schuldvermutung. Die Beschuldigte hatte keine Möglichkeit, ungestraft davonzukommen, wenn nach der ärztlichen Beurteilung der Tod des Kindes wegen „tödtlicher“ Verletzungen geschah. Wenn keine Spuren schwerer Verletzung, sondern „bloß“ der Verdacht einer unnatürlichen und lebensgefährlichen Behandlung gegen die Gebärende vorhanden sind, ist auch die Sanktion verhältnismäßig milder: zwölf- bis fünfzehnjährige Zuchthausstrafe.

d) Strafgesetzbücher von Österreich

Obwohl Österreich von Anfang an ein selbständiges Territorium innerhalb des deutschen Rechtsgebietes war, ist festzuhalten, dass die juristische Denkweise, der Standpunkt und Geist der dortigen Gesetzbücher weitgehend „deutsch“ waren. Bis zum Ende des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation (1806), also in der von uns behandelten Epoche, wurden insgesamt drei Strafgesetzbücher (1768, 1787, 1803) erlassen, die alle in gewissem Sinne Schöpfungen der Aufklärung waren. Es ist noch nötig zu wissen, dass – abweichend von den deutschen Ländern – die österreichischen Kodizes nicht in dem ganzen Reich, sondern ausschließlich in den sog. Erbländern Geltung hatten, ihr Geltungsbereich erstreckte sich z. B. nicht auf Ungarn und Siebenbürgen, Croatien, Slavonien etc.

¹⁹² A. a. O., § 960a.

aa) Die Constitutio Criminalis Theresiana

Die *Theresiana* erörterte das Verbrechen der Kindestötung, gemäß der *Carolina*, von dem Verwandtenmord getrennt,¹⁹³ unter der Überschrift: „Von dem Kinderthun, oder Mordthat, so an neugebohrnen Kindern beschiehet.“¹⁹⁴ Der ganze Ablauf des Verfahrens wird gegenüber der Verdächtigen in systematischer Reihenfolge relativ ausführlich behandelt, wobei die gesetzgeberische Auffassung bezüglich der Schuldvermutung unverkennbar ist.

Es war nun zuerst die Person der verdächtigen Frauen festzustellen:

“Die Anzeigen zum Nachforschen (da nämlich eine ledige Person, die für eine Jungfer gehet, aus redlichen Vermuthungen im Verdacht wäre, dass sie heimlich ein Kind gehabt, und ertödtet habe) sind ungefähr folgende:

Erstlicht: Wenn eine ledige Weibsperson mit einem ungewöhnlich grossen Leib gesehen worden, und gähling den grossen Leib verlohren hat. Andertens: So einer ihre gewöhnliche Monatszeit ausgeblieben, und solchen Zuständen unterworfen gewesen, welche schwangeren Weibern eigen sind.

Drittens: Wenn sie vorhero wissentlich in Unzucht gelebet, sodann sich vor den Leuten verborgen, und nach einer Zeit sich wieder sehen lassen, ohne sagen zu wollen, und darthun zu können, wo sie gewesen?“¹⁹⁵

Eine Anzeigepflicht wurde jedoch nicht vorgeschrieben (ein solcher Mechanismus hat wahrscheinlich von selbst funktioniert), und auch der Kreis jener nicht erwähnt, die in der ersten Linie die Pflicht hätten, die verdächtigen „Weibspersonen“ anzuzeigen.

Der nächste Paragraph führte danach ausführlich in acht Punkten die Umstände an, die als „Anzeigen zum Gefängnis, und zur peinlichen Frage entspringen sodann, wenn stärkere Wahrnehmungen eines wohl gegründeten Verdachts sich hervorthun“ gel-

¹⁹³ Vgl. CCTh Art. 86: „Von dem Vatter-Kinder- und Eheleutmord“.

¹⁹⁴ Ebd. Art. 87.

¹⁹⁵ Ebd. Art. 87, § 2.

ten. Also: Indizien, die nicht nur zur Folter, sondern im bestimmten Fall auch zur Verurteilung genügend sind. So wenn zum Beispiel ein Kind tot gefunden wird, das die Zeichen einer Tötung an sich trägt, „und es wäre in selbiger Nachbarschaft eine ohne dieß verdächtiges, und übelbeschriebenes Weibsbild“, das beschuldigt werden kann, das Kind getötet zu haben, muss untersucht werden, ob es in seinen Brüsten Milch hat. Wenn ja, so hat diese Frau wider sich eine starke Vermutung, bzw. einen Anlass zur Tortur. Der einschlägige Punkt ist hierbei sehr aufschlussreich und ähnelt den Formulierungen der deutschen Gesetzbücher.

“Wenn ein Weibsbild ein lebendig gliedmäßiges Kind also heimlich getragen, forthin wie eine Jungfer aufgezogen, auch mit ihrem Willen, und geflissentlich allein, und ohne Hülf anderer Weiber gebohren; insonderheit wann sie laugnet, dass ein Kind vorhanden gewesen, welches hernach tod gefunden worden: in welchem Fall die vorgebende Entschuldigung der toden Geburt mit nichten anzuhören, noch deswegen eine Weisung, und Purgations-Prozeß zuzulassen, sondern wider dieselbe mit der Tortur wirklich zu verfahren ist.“¹⁹⁶

Erste Anzeichen der Aufklärung sind in der *Thesiana* schon spürbar, aber sie ist im Grunde genommen noch völlig im Geist des gemeinen Rechts verwurzelt. Die Strafe der Kindstötung ist zwar die Enthauptung, nach der Hinrichtung muss jedoch (im Grab) ein Pfahl durch das Herz geschlagen werden – vielleicht als *memento* an die mittelalterliche Strafart.¹⁹⁷ Die Tortur selbst ist ein Beleg für die Anlehnung an die alte Rechtspraxis, zugleich ein Übungsfeld, um festzustellen, inwieweit man dieses beweisrechtliche Mittel als untauglich und ungenügend betrachtet, weshalb für die Verdachtsstrafe eingetreten wurde. So ist die Inquisitin

“[...] besonders wenn sie sich durch Verschweig- und Verhehlung ihrer Schwangerschaft einer bösen Absicht verdächtig gemacht, mit der

¹⁹⁶ Ebd. § 3, Punkt 4.

¹⁹⁷ Das mittelalterliche deutsche Strafrecht bestrafte „Kindsmörderinnen“ mit Lebendigbegraben oder Pfählen. Vgl. Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 411.

Tortur zu belegen, und, da sie auch in der strengen Frage auf dieser Entschuldigung stets bestünde, gleichwohl wegen der verheilten Schwangerschaft willkürlich – nach Gestalt der Sachen schärfer, oder gelinder zu bestrafen. Welche willkürlich und außerordentliche Bestrafung auch in all anderen Fällen statt hat, wo die des Kindsmords verdächtige Person zwar die ihr zu Last gekommene Hauptinzüchten durch die ausgestandene Tortur abgeleinet hat, jedannoch aber wegen der boshaft verschwiegenen Schwängerung, und anderer dergleichen schuldbaren Handlungen halber noch besonders straffällig verbleibet.¹⁹⁸

Es ging schon längst nicht mehr darum, dass die Beschuldigte nach der überstandenen Tortur freigesprochen werden müsse, vielmehr um die Rechtfertigung eines veralteten Beweismittels. Und noch etwas ist wichtig: Die Tortur war zwar noch in Anwendung, wurde aber schon als eine Art der Strafe betrachtet, und eine Strafe musste unbedingt begründet sein; dies entfiel, falls die Inquisitin nach der Tortur freigesprochen wurde – damit ihre Unschuld anerkannt, folglich auch die „peinliche Frage“ als ungerecht erschienen wäre. Die Verdachtsstrafe als *subsidium* schien zunächst für solche Fälle als angemessen und genügend.

bb) Die *Sanctio Criminalis Josephina*

Das relativ kurze Gesetzbuch, das den materiellrechtlichen Teil enthält, erwähnt das Verbrechen der Kindstötung ebenso kurz, genauer gesagt: Es ist als selbständiger Tatbestand überhaupt nicht formuliert, sondern nur als eine Variante des Verwandtenmordes, davon nicht abgetrennt.¹⁹⁹ Wie bekannt, hatte die *Josephina* einen

¹⁹⁸ Ebd. § 6.

¹⁹⁹ So heißt es: „Wird durch den gemeinen, und die folgenden Gattungen des Mords zugleich auch das Band der väterlichen, mütterlichen und kindlichen Liebe, der ehelichen Treue, und der Verwandtschaft in dem §. 85. erwähnten Graden verletzt, denen hier noch die Geschwister der Aeltern und Großältern beyzuzählen sind; wird durch denselben endlich die engere Verbindung verletzt, vermög welcher der Thäter dem Ermordeten zur Ehrerbietung verpflichtet gewesen, so soll die Strafe auf im zweiten Grade langwieriges hartes Gefängnis

Januskopf: So hat sie etwa die Todesstrafe formell abgeschafft,²⁰⁰ die Freiheitsstrafen waren aber so grausam, was besonders an den Verschärfungen zu erkennen ist,²⁰¹ dass die Beseitigung der Todesstrafe fast als zynische Regelung betrachtet werden kann.

Mit dem Aufgehen der Kindstötung im Verwandtenmord überhaupt verschwand zugleich deren privilegierter Charakter, und sie wurde ebenso schwer bestraft wie ein allgemeiner Verwandtenmord. Weil der Umfang der *Josephina* relativ gering war, ist natürlich auch das Moment der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt gar nicht erwähnt. Wenn man davon ausgeht, dass der Richter streng an die Buchstaben des Gesetzes gebunden war, muss man annehmen, dass die verheimlichte Schwangerschaft und / oder Geburt zumindest als selbständiger Tatbestand nicht habe bestraft werden können; aber (die verheimlichte Geburt) zum Beispiel als Versuch zum Mord? – das ist nun eine offene Frage, die nur anhand der damaligen konkreten Prozessakten zu beantworten wäre.

e) Schweizerische Gesetzbücher

Die Bestimmungen der zeitgenössischen schweizerischen Kodizes heranzuziehen ist sehr aufschlussreich; sie zeigen eine weitgehende Ähnlichkeit mit der Auffassung der deutschen Gesetzgeber. Der Einfluss des gemeinen Rechts, aber auch die Abweichungen von ihm sind an der Beurteilung des Problems der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt recht gut darzustellen.

Einer der auffallendsten Unterschiede ist, dass die Verbergung der Schwangerschaft bzw. der Entbindung in den schweizerischen Strafgesetzen lange gar nicht erwähnt wurde. Sie erschien erst seit den 20er Jahren des 19. Jahrhunderts und wurde nur als „Gefährdungsdelikt“ aufgefasst, d. h. der Gesetzgeber pönalisierte dieses

bestimmt, und noch durch empfindliche Zusätze verschärfet werden.“ *Josephina* I, § 92.

²⁰⁰ Siehe ebd. I, § 20.

²⁰¹ Im Falle des Verwandtenmords betrug die Strafe zwischen 30 und 100(!) Jahren, und konnte noch „durch empfindliche Zusätze verschärfet werden“. Vgl. ebd. I, §§ 23 und 92.

Verhalten lediglich beim toten Kind. Es ist höchst wahrscheinlich, dass das Auftreten der selbständigen Bestrafung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt ein „Produkt“ des Einflusses des deutschen Rechts war. Ihre Auffassung als „Gefährungsdelikt“ und die Tatsache, dass die verheimlichte Schwangerschaft nicht an sich, sondern nur mit der Geburt zusammen pönalisiert wurde, weisen darauf hin, dass es die in Deutschland seit dem Anfang des 18. Jahrhunderts verstärkte „Hysterie“, die sich vor der epidemischen Verbreitung der Kindestötung gefürchtet hatte, in der Schweiz offensichtlich nicht gegeben hat.

Das erste helvetische Strafgesetzbuch (HPG) entstand zu einer Zeit (1799), als der Einfluss der französischen Revolution und des französischen Rechts unverkennbar war.²⁰² Dieser Kodex wurde schon damals für zu hart gehalten; die Anwendung der Todesstrafe ist darin weit verbreitet und fast sämtliche schwereren Delikte werden damit oder mit langjähriger „Kettenstrafe“ geahndet.²⁰³

In diesem Gesetzbuch wird die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt gar nicht, sondern nur die Ascendententötung erwähnt und mit Todesstrafe geahndet (§ 135). Die Kindestötung wurde also – ähnlich wie in der *Josephina* – als ein Fall der Verwandtentötung betrachtet; sie galt auf keinen Fall als ein privilegiertes Delikt. Trotz der kurzen Episode der Helvetik (1798–1803) hat das HPG in mehreren Kantonen weitergelebt:

„Die Waadt (bis 1843), Solothurn (bis 1859), Luzern (bis 1827), Thurgau (bis 1841) und vor allem Bern (bis 1857) zogen es vor, keine neue Strafrechtskodifikation zu erlassen, sondern kontinuierlich auf der Erbschaft der Helvetik aufzubauen. Mit Hilfe von Novellen versuchte man die in der Praxis aufgetretenen Lücken zu schließen, und bis zur Zusammenstellung eines neuen Strafgesetzbuches das HPG den eigenen, kleinstaatlichen Bedürfnissen anzupassen.“²⁰⁴

²⁰² Vgl. Alkalay, S. 146 ff.

²⁰³ Vgl. HPG §§ 135, 142.; Hilty, S. 621. Es ist allerdings ein fortschrittliches Kennzeichen, dass die Tortur nicht mehr angewandt wurde; vgl. §§ 2–5.

²⁰⁴ Alkalay, S. 219.

aa) Kanton Aargau

Aargau gehörte zu denjenigen Kantonen, die nach dem Untergang der Helvetischen Republik ein neues, selbständiges Strafgesetz erließen.²⁰⁵ Das Gesetz ahndete die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt tatbestandsgemäß und an sich nicht mit Strafe, nur als einen Umstand der Abtreibung der Leibesfrucht; namentlich die verdächtige „Weibsperson“, bei der die „Entbindung auf solche Art befördert wird, dass das Kind tot zur Welt kommt“, machte sich namentlich dieses Verbrechen schuldig.²⁰⁶ Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung erschien erst im prozessrechtlichen Teil des Gesetzes – als eine Anzeige zur Kindestötung.²⁰⁷ Der Gesetzgeber pönalisierte also die Verhehlung der Schwangerschaft und Entbindung nicht selbständig und beschäftigte sich damit kaum mehr als das HPG.

bb) Kanton Basel

Das „Criminalgesetzbuch für den Canton Basel“ (1821) erwähnte die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt hingegen ausdrücklich. Sie wurde im Geist der gemeinrechtlichen Schuldvermutung aufgefasst und mit einer Verdachtsstrafe geahndet.²⁰⁸ Für die Bestrafung sind als allgemeine Voraussetzungen zu beachten, dass die Leibesfrucht über 30 Wochen alt und tot auf die Welt

²⁰⁵ „Kanton-Aargauisches Gesetzbuch über Kriminal-Verbrechen“ von 1805; es enthält in seinem ersten Teil das materielle Recht, im zweiten Teil das Verfahrensrecht.

²⁰⁶ Die Strafe ist Zuchthausstrafe im ersten Grad, d. h. die mildeste Freiheitsstrafe, jedoch ohne Bestimmung der Dauer (§§ 120, 121); vgl. § 24.

²⁰⁷ „Als Anzeigen, die jedem Verbrechen besonders eigen sind, können betrecht werden: Beym Kindermord a) Vorsätzliche Verheimlichung der Schwangerschaft, besonders im Falle hartnäckigen Lügnerens, wenn die Beschuldigte darüber von Personen befragt worden, weiche hiezu das Recht oder Pflicht hatten; b) Heimliche Absetzung der Geburt und Unterlassung, Hilfe herbey zu rufen, wo sie möglich war.“ §§ 161, 162.

²⁰⁸ „Jede verheimlichte Schwangerschaft und Niederkunft ist einer korrektionalen Strafe unterworfen.“ § 105.

gekommen sein musste. Wurde sowohl die Schwangerschaft als auch die Entbindung verheimlicht, bestand die Strafe in zwei- bis sechsjährigem Zuchthaus.²⁰⁹ Die Strafe konnte, sofern nach ärztlichem Fachgutachten das Kind bei der Geburt noch gelebt hatte, bis auf 6–10 Jahre Zuchthaus, wenn sich am Leib des Kindes sogar tödliche Verletzungen zeigten, die Mutter als Mörderin aber nicht überführt wurde, bis auf 16–20 Jahre Kettenstrafe (ersten Grades) verschärft werden. Es ist klar, dass die Kindesmutter als vermutliche Täterin der Kindestötung angesehen wurde, und sie entkam der Todesstrafe kaum.²¹⁰ Die Bestrafung der präsumierten, aber nicht vollkommen überführten Verdächtigen erscheint am härtesten in diesem schweizerischen Gesetzbuch.

cc) Kanton Bern

Das die Verordnung von 1763 ersetzende und zugleich an das Helvetische Peinliche Gesetzbuch anknüpfende „Gesetz über den Kindermord, die Abtreibung der Leibesfrucht und die Aussetzung unbehüllicher Kinder“ vom 18. Februar 1823 stellte feste Grundlagen zur Beurteilung des Verhältnisses der Kindestötung zur verheimlichten Schwangerschaft und Geburt auf.²¹¹ Die Verheimlichung der Schwangerschaft an sich wurde nur als ein Indiz für eine Kindestötung betrachtet:

„Einer nicht in der Ehe lebenden Weibsperson, die nach dem 210ten Tage (30 Wochen) von ihrer Empfängniß an zu rechnen, niederkommt, ohne einem Mitgliede des Chorgherichts die Anzeige ihrer Schwanger-

²⁰⁹ Das Zuchthaus bildete im Sanktionensystem des Gesetzes nach der Todesstrafe und der Kettenstrafe die dritte Stufe.

²¹⁰ Vgl. § 106. Ein weiterer Beitrag zur Schuldvermutung ist, dass bei Wegschaffung der Leiche des Neugeborenen mit 6–10 Jahren, wenn es nicht klar geworden ist, ob das Kind in der Geburt gelebt hat, mit 10–14 Jahren Zuchthaus gerechnet werden musste.

²¹¹ Zwar ist die Bezeichnung der Rechtsquelle „Gesetz“, es ist trotzdem nicht nach Paragraphen, sondern – ähnlich einer Verordnung – nur in Punkte (insgesamt 34) eingeteilt.

schaft gemacht zu haben, fällt die Verheimlichung der Schwangerschaft zur Last, welche, je nach den Umständen, den Verdacht einer rechtswidrigen Absicht begründet.“ (Punkt 1.)

Eine Anzeigepflicht hatten nicht nur die Eltern und die Dienstherren, sondern jede in der Umgebung der Betroffenen lebende Person. Das angezeigte Mädchen wurde vom Chorgericht bzw. vom „Oberamtmann“ verhört, die es im Fall der Verweigerung durch „Kunstverständige“ untersuchen ließen (Punkt 7.). Die Bestrafung der Verheimlichung der Schwangerschaft kam nur bei einer ebenfalls verborgenen Geburt und beim toten Neugeborenen in Frage.

Der Gesetzgeber traf in der Bestrafung eine Unterscheidung danach, ob die Geburt aus Nachlässigkeit verheimlicht wurde. In diesem Fall, wenn außerdem die Schwangerschaft früher angezeigt wurde, musste mit sechs- bis achtzehnmonatiger Einsperrung, wenn nicht, mit Zuchthaus von 1–3 Jahren gerechnet werden (Punkt 11.). Die Sanktion war bei absichtlich verheimlichter Entbindung Zuchthaus von 2 bis zu 6 Jahren (Punkt 12.).²¹²

In dem Gesetz wurde – ähnlich der allgemeinen zeitgenössischen deutschen Praxis – die verheimlichte Schwangerschaft als solche nicht mehr, sondern nur zusammen mit der verhehlten Geburt mit einer verhältnismäßig milden Strafe geahndet. Wenn man noch berücksichtigt, dass ein mehr als 30 Wochen altes, totes Neugeborenes für die Bestrafung erforderlich war, kann man sagen, dass der Gesetzgeber von Bern die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung relativ modern als eine Art von Gefährdungsdelikt regelte.

²¹²Die Kindestötung wurde bei erwiesener mörderischer Absicht mit Todesstrafe geahndet; sie galt also durchaus nicht als privilegiertes Verbrechen. Vgl. Alkalay, S. 220.; ferner den Bericht über dieses Gesetz, in: NACrR Bd. 7 (1824), Stück 1, S. 45 f.

f) Strafgesetzbuch sowie Entwürfe für Bayern

Von der Verheimlichung der Schwangerschaft und der „hülflösen Geburt“ als gesetzlichem Beweismittel der Kindesötung, ja als mit der Kindsmordsstrafe bedrohtem Gefährdungsdelikt, war man zur Aufstellung einer Stufenfolge von gesetzlichen Verdachtsstrafen gekommen, die sich auf der Grundlage jener „Verhehlung“ nach der Zahl und Stärke der Anzeigen aufbaute, welche des weiteren tatsächlich für eine schuldhaftige Herbeiführung des Todes sprachen. Die Verdachtsstrafen sind noch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in deutschen Gesetzbüchern zu finden.

Es gilt als ein Kennzeichen der Entwicklung, dass die Bestimmungen der Gesetze im 19. Jahrhundert die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt zunehmend nur mit Strafe ahndeten, wenn das Neugeborene starb. Nach heutigem Verständnis könnte diese Änderung in der Beurteilung als ein Wandel aufgefasst werden, da die selbständig pönalisierte Verheimlichung jener Umstände allmählich als Gefährnungsdelikt betrachtet wurde. In dem Tod des Kindes wurde nämlich ein Beweis dafür gesehen, dass auch die „Verhehlung“ der Niederkunft (und der Schwangerschaft) den Tod verursachen konnte. Wenn das Kind am Leben blieb und unverletzt weiterlebte, sah der Gesetzgeber meistens keinen Grund, eine Strafe zu verhängen.

aa) Das Strafgesetzbuch von 1813

Neben anderen Kodizes enthielt auch das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 1. Oktober 1813 eine Reihe von Verdachtsstrafen bezüglich der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt, obwohl die Verdachtsstrafen im allgemeinen untersagt waren.²¹³ Die Beurteilung des Tatbestandes, dass

²¹³ Siehe Teil II, Art. 329, wie folgt: „Wegen bloßen Verdachts (Art. 326 und 327) kann auf keine Strafe, sondern nur auf Spezialinquisition, und was Endurtheile anbetrifft, auf Entlassung von der Instanz erkannt werden, jedoch vorbehaltlich der in dem Polizei-Strafgesetzbuche verordneten Sicherheitsmaßregeln.“

„lebendige Geburt und lebensfähige Reife des Kindes, und dass Beschädigungen oder lebensgefährliche Unterlassungen seinen Tod verursacht haben, zu vollkommener Gewißheit gebracht; allein die Mutter einer mörderischen Absicht nicht geständig oder überwiesen ist,“²¹⁴

war im Vergleich mit der Regelung des preußischen ALR²¹⁵ etwas milder; als Strafe musste mit zwölf- bis sechzehnjährigem Zuchthaus gerechnet werden.

Die Lebensfähigkeit des Kindes wurde zu einem sehr wichtigen Gesichtspunkt; wenn diese nicht vollständig bewiesen war oder wenn mörderische Absicht oder lebensgefährliche Misshandlung durch die Täterin nicht außer Zweifel war, hatte die Inquisit (die Frau) „nur“ acht bis zwölf Jahre Zuchthaus verwirkt.²¹⁶ Wenn weder die lebendige Geburt und Vollständigkeit des Kindes noch der böse Vorsatz der Mutter durch ein Geständnis oder anders nachgewiesen wurde, so war sie wegen der verheimlichten Geburt zu ein- bis vierjährigem Arbeitshaus zu verurteilen, vorausgesetzt, dass diese Umstände bewiesen waren.²¹⁷

Der Gesetzgeber konnte sich von der Versuchung der Schuldvermutung nicht befreien und formulierte *expressis verbis* den Tatbestand einer Verdachtsstrafe:

“Hat eine Weibsperson bei verheimlichter Schwangerschaft ein erwiesenermaßen todttes, unreifes Kind geboren, und die Leibesfrucht verborgen, oder auf die Seite geschafft, so hat sie, wenn nicht das Gegentheil aus aktenmäßigen Thatsachen sich ergibt, die Wahrscheinlichkeit des absichtlichen Abtreibens ihrer Leibesfrucht wider sich, und soll zu ein- bis zweijährigem Arbeitshause verurtheilt werden.“²¹⁸

²¹⁴ Ebd. Teil I, Art. 160.

²¹⁵ Vgl. ALR a. a. O., § 960a.

²¹⁶ Auch der hannoversche Strafgesetzbuch-Entwurf von 1826 setzte beim lebensunfähigen Neugeborenen die Strafe generell auf die Hälfte herab (Art. 235).

²¹⁷ Vgl. a. a. O., Art. 153. Genau dieselbe Strafe schrieb auch das Strafgesetzbuch von Oldenburg (1814) für solche Fälle vor; vgl. § 168.

²¹⁸ A. a. O., Art. 164.

Es wurde also die Wahrscheinlichkeit einer rechtswidrigen Handlung mit (ordentlicher) Strafe bedroht. Noch schärfere Sanktionen waren für den Fall festgesetzt, dass die Mutter heimlich entbunden hatte, das Kind aber nicht mehr vorgefunden wurde, und die Mutter nicht angeben konnte oder wollte, wo das Kind hingebracht worden war.²¹⁹

Ein klarer Fortschritt ist jedenfalls festzustellen: Der Art. 166 bestimmt eindeutig, dass die bloße Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nur für strafbar zu erachten ist, „wenn durch diese Verheimlichung selbst die tote Geburt oder das Absterben des Kindes fahrlässigerweise veranlaßt worden ist.“ Man muss also festhalten, dass das Strafgesetzbuch deutlich zur Abschaffung der Verdachtsstrafe tendierte, doch es gelang ihm noch nicht, dies auch in den Einzelregelungen durchzuführen.

bb) Entwürfe und die spätere Entwicklung

Auch der bayerische Entwurf aus dem Jahre 1822 behielt die obigen Verdachtsstrafen noch bei:

„Hat eine Mutter ihre Niederkunft verheimlicht, und ist es entweder nicht zur Gewißheit gebracht, dass ihr uneheliches Kind eines natürlichen Todes gestorben, oder ist der Tod des Kindes durch Unterlassung derjeniger Handlungen, welche vor, während oder nach der Geburt zur Erhaltung seines Lebens notwendig sind, hervorgebracht [...] worden [...], ohne dass die Mutter der mörderischen Absicht geständig oder überwiesen ist, so soll sie mit Arbeitshaus, oder bei besonders mildern Umständen mit Gefängnis, jedoch nicht unter sechs Monaten bestraft werden.“²²⁰

²¹⁹ Die Strafe lautete, auch wenn erwiesen war, dass die Angeschuldigte durch absichtliche Veranstaltungen den Körper des Kindes hatte verschwinden lassen oder sonst der möglichen richterlichen Untersuchung entzogen hatte, auf acht- bis zwölfjähriges Zuchthaus. Vgl. a. a. O., Art. 165.

²²⁰ Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern vom Jahre 1822, Art. 243.

Der Entwurf von 1827 bezeichnete diese Vorschriften, die er wiederum völlig änderte und zugunsten der Mutter abschwächte, als „zwei der allerschwersten und heikelsten Artikel“.²²¹

Es tauchte bei der heimlichen Entbindung freilich mit Recht die Frage auf, ob der Tod des Kindes nicht in der Geburt selbst mangels geschulter Hilfe eingetreten war. Schon der Art. 166 des bayerischen Kodex (1813) bezog sich im Grunde auf diesen Fall und sanktionierte eigentlich ein (erwiesenes) fahrlässiges Verhalten. Aus demselben Grunde wollten die preußischen Entwürfe bis 1836 Vorsichtsmaßnahmen beim Herannahen der Entbindung vorschreiben und bei Zuwiderhandlung wegen fahrlässiger Tötung bestrafen. Der Tatbestand der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt verschwand endgültig erst mit dem Strafgesetzbuch von 1861.

g) Strafgesetzbuch-Entwurf für Hannover

Die Gesetzbücher aus den 30er und 40er Jahren des 19. Jahrhunderts erwähnten nur noch den Fall der verheimlichten und „hüfllos veranstalteten“ Geburt – so hat sich auch der für das Königreich Hannover gefertigte Entwurf nur mit der verborgenen Niederkunft beschäftigt.²²² Typischerweise wurden für den Tatbestand zwei Hauptvarianten formuliert, nämlich:

„I. wenn solche in der Absicht, um das Kind zu töten, geschah, der Tod jedoch nicht erfolgte, als Versuch des Kindesmordes, nach den Bestimmungen über den Versuch;

II. wenn ohne diese Absicht der Tod des Kindes aus der verheimlichten Niederkunft entstanden ist, als fahrlässige Tötung, nach den allgemei-

²²¹ Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern vom Jahre 1827, Art. 212, 213; Siehe Motive, S. 205–220.

²²² Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, mit Anmerk. von Anton Bauer, Göttingen 1826. Vgl. Art. 130 des Strafgesetzbuches von Sachsen-Altenburg (1841).

nen Regeln von Bestrafung fahrlässiger Verbrechen zu strafen.“²²³ Den anderen damaligen Gesetzbüchern ähnlich erkennt der Entwurf sozusagen praktisch, auch dogmatisch ganz eindeutig die Problematik: Wenn die Mutter die „hülflose Geburt“ mit mörderischer Absicht geschehen ließ und das Kind wirklich stirbt, so folgt die Strafe des Kindsmords. Wenn aber diese böse Absicht nicht vorlag und auch das Kind selbst am Leben blieb, sollte dennoch eine Strafe drohen. Der Gesetzgeber hat wahrscheinlich an diesen Fall gedacht, als er zu den obigen Festlegungen noch eine Klausel hinzufügte:

III. “[...] und außer diesen beiden Fällen findet ein- bis dreimonatliches Gefängnis statt.“²²⁴

So war das bloße Faktum, dass eine Frau heimlich entbunden hat – wahrscheinlich aus Scham, Furcht vor den Eltern, Dienstherren etc. –, mit Gefängnisstrafe bedroht, die nach moderner Ansicht eine Verdachtsstrafe ist. Der Umstand, dass das Kind nach verheimlichter Niederkunft tot zur Welt kam oder durch Fahrlässigkeit umgekommen ist, von der Mutter verborgen oder auf die Seite geschafft wird, ist nur als ein Erschwerungsgrund berücksichtigt worden.²²⁵

h) Strafgesetzbücher für Baden und Sachsen

Ähnlich wie die anderen Kodizes erörterte das Kriminalgesetzbuch für Sachsen (1838) nur die Verheimlichung der Geburt als „hülflose“ Entbindung:²²⁶

²²³ A. a. O., Art. 238. Das Strafgesetzbuch von Württemberg (1839) ahndete die verheimlichte Geburt mörderischer Absicht mit Kreisgefängnis nicht unter sechs Monaten – ohne Angabe der Höchstdauer; vgl. Art. 252.

²²⁴ Ebd.; ähnlich das Gesetz für Braunschweig (1840), vgl. § 157.

²²⁵ Die Auffassung des tatsächlich in Kraft getretenen Gesetzes (1840) ist ähnlich; siehe Art. 238. Das Strafgesetzbuch für Hessen (1841) bestraft auch nur bei mörderischer Absicht die verheimlichte Geburt, die „aber wegen äußerer Hindernisse unterblieben ist.“ Vgl. Art. 261.

²²⁶ Vgl. Teil 2, Kap. 4, Art. 130; das Gesetz wurde auch in Sachsen-Altenburg eingeführt (3.5.1841); vgl. Stenglein, Bd. 1, S. 81.

„Eine Frauensperson, welche ihre Niederkunft in dem Maße verheimlicht, dass dadurch die nöthigen Hilfsleistungen von Seiten anderer Personen ausgeschlossen werden, ist mit einem bis zu sechs Jahren Arbeitshaus zu bestrafen, wenn die Verheimlichung in der Absicht, das Kind zu tödten, geschehen, die Ausführung dieser Absicht aber durch äußere Umstände verhindert worden ist.“²²⁷

Abweichend von der Lösung des hannoverschen Entwurfes (1826), in dem diese Tatbestandsvariante als Versuch zur Kindestötung aufgefasst wurde, pönalisierte der Gesetzgeber diese Handlung hier als selbständigen Tatbestand. Es wird noch eine andere Begehungsform erwähnt, nämlich der Fall, dass die verheimlichte Niederkunft nicht mit der genannten Absicht geschieht. Die Strafe ist zwei- bis dreimonatiges Gefängnis, weil wegen eines solchen Kindstods nicht die Sanktion der fahrlässigen Tötung eintritt. Wenn gar nichts geschieht, das Neugeborene also am Leben bleibt, sollte die bloße verheimlichte Entbindung monatelang im Gefängnis gebüßt werden.

Die Formulierung des Tatbestandes hebt deutlich hervor, dass der Verheimlichung die Absicht zugrunde liege, alle Hilfsleistungen von anderen Personen – anders gesagt: von *personae non gratiae* – zu verhindern. Unter dieser Voraussetzung ist das Verbrechen eigentlich ein versuchter Kindesmord, wobei die Verbrecherin an der Vollendung desselben nur durch äußere Umstände gehindert worden ist. Daher hätte schon die im Art. 126 angedrohte Zuchthausstrafe eintreten müssen. Der rechtspolitische Grund dafür, dass dennoch keine Zuchthausstrafe, sondern bloß Arbeitshausstrafe bis zu sechs Jahren verhängt werden sollte, wurde in der Beilage zur ständischen Schrift vom 2. Dezember 1837 geliefert:

“[...] es scheine um deswillen hier angemessener, statt der entehrenden Zuchthausstrafe die nicht entehrende Arbeitshausstrafe eintreten zu lassen, damit eine Frauensperson, welche einmal ihre Niederkunft in

²²⁷ Ebd. vgl. das Strafgesetzbuch von Württemberg (1839), Art. 252.

böslicher Absicht verheimlicht habe, nicht Alles daran setze, um durch Ausführung ihrer Absicht den Zeugen ihrer Schande zu vernichten.“²²⁸

Aus diesem Artikel könnte gefolgert werden, dass eine Verheimlichung der Entbindung schon an und für sich strafbar sei, wenn auch die Gebärende sich dabei die erforderliche Hilfe zu verschaffen gewünscht habe – doch das Gegenteil ergibt sich aus einer Bemerkung in den Motiven, und eine entsprechende Ansicht geht auch aus der Erklärung der Deputation der zweiten Kammer hervor.²²⁹ Man wollte, dass nur bei der Verheimlichung der „hülflosen“ Niederkunft der Tatbestand verwirklicht sei. Eine Verheimlichung im Sinne dieses Artikels war dann nicht anzunehmen, wenn die Schwangere ihren Zustand vertrauten oder nahe verwandten Personen, insbesondere solchen, von welchen sie Unterstützung erwarten konnte und bei denen der Verdacht einer Kollusion mit der Schwangeren ausgeschlossen war, eröffnet und nur gegen fremde Personen ihre Schwangerschaft ableugnete. Es ist als Schlussfolgerung festzustellen, dass die Verdachtsstrafe in Gestalt der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt aus diesem Kodex von 1838 schon verschwunden war.

Entsprechend der zeitgenössischen gesetzgeberischen Praxis prägnalisierte auch das badische Strafgesetzbuch (1845) nur noch die verheimlichte, „hülflose Niederkunft“²³⁰ *quasi* als Gefährdungsdelikt, besonders in den Fällen, in denen das Kind aus irgendwelcher Ursache tot gefunden wurde.²³¹ Die schon als solche strafbare Verheimlichung der Geburt oder gar der Schwangerschaft war dort nicht mehr erwähnt.

²²⁸ Abt. 1. Bd. 3. S. 576 f.; zitiert a. a. O. in Anm. zum Art. 130.

²²⁹ Beilage zur Abt. II. Sammlung 1, a. a. O., S. 95.

²³⁰ Vgl. § 218.

²³¹ Das Gesetz bedrohte mit Strafe ganz eindeutig die Handlung der absichtlich vorgenommenen „hülflosen Geburt“, bei der meist zugleich auch das Kind ums Leben kommt. Die Sanktionen waren danach differenziert, ob der Tod des Kindes durch das Dazwischentreten anderer, vom Willen der Gebärerin unabhängiger Umstände abgewendet wurde (Kreisgefängnis oder Arbeitshaus bis zu vier Jahren), oder das Kind infolge der Hilflosigkeit bei der Geburt, ohne Mitwirkung anderer, der Mutter zu Vorsatz zuzurechnenden Handlungen oder Unterlassungen ums Leben gekommen ist (Arbeitshaus oder Zuchthaus bis zu sechs Jahren); vgl. §§ 220, 221.

2. Die präventiven Maßnahmen

Der Staat und seine Behörden versuchten alles, das Ansteigen der nach damaliger Auffassung hohen Anzahl von Kindestötungen zu stoppen. Diese Präventivmaßnahmen sind für uns sehr interessant, weil sie Vorschriften enthielten, die stillschweigend oder ausdrücklich als Verdachtsstrafen aufgefasst werden können.

Die Lösung schien auf der Hand zu liegen; da dieses Delikt fast ausnahmslos aus unehelichem Beischlaf entstand, hätten die Sitten, die moralische Auffassung und Praxis verbessert werden sollen. Faktisch bedeutete das: Die geschwängerten Mädchen hätten sich z. B. – meistens den Beamten – anzeigen sollen.²³² Daneben hätten im allgemeinen auch die Personen, die in der direkten Umwelt des geschwängerten Mädchens lebten, eine Anzeigepflicht gehabt.

Man erkannte, dass es nicht genüge, die (Selbst-)Anzeige vorzuschreiben, dass es vielmehr unbedingt nötig sei, auch entsprechende Einrichtungen zu stiften, worin die Gebärenden ihre Kinder geheim, zugleich aber mit ärztlicher Versorgung zur Welt bringen konnten. Dies waren praktisch überall die Findelhäuser.²³³ So erging in Hessen-Kassel am 3. März 1761 ein Reglement, dass dem in Kassel bestehenden Waisenhaus ein „accouchir- und Findelhaus“ angegliedert werden solle.²³⁴ Einige Jahre später ergingen in demselben Land weitere Verordnungen, dass „zur Verhütung des Kindermords auf die in Unpflichten schwangere Dirnen genau Ob-

²³² Dass diese Selbst-Anzeige eine demütigende Situation gewesen ist, war schon damals klar. Man probierte mindestens Veranlassungen zur schonenderen Handhabung solcher Maßnahmen zu geben: „Es ist nun die Frage, wie sich die Polizei zu betragen habe, um nach Möglichkeit die Anzeige der Schwangerschaft zu erleichtern? Man hat gewiß, ich wiederhole es nochmals, wichtige Gründe, um eine solche nicht mehr mit derjenigen Härte zu verlangen, mit welcher man vormahls ein verunglücktes Mädchen zu nöthigen pflegte, in eigener Person vor Gericht zu erscheinen und daselbst ihre Schande selbst öffentlich zu bekennen und protokolliren zu lassen.“ Frank, S. 125.

²³³ Vgl. Wächtershäuser, S. 144.

²³⁴ Sammlung, Teil 6, Nr. MDCCCCLXXII; das Reglement wurde erst 1763 bekanntgemacht. Über den Inhalt der Verordnung ausführlich: Wächtershäuser, S. 141 ff.

sicht genommen werden“ sole.²³⁵ Die Eltern und „Brotherren“ waren darin verpflichtet, der Schwangerschaft verdächtige, aber leugnende Mädchen dem Pfarrer und den Beamten anzuzeigen. Stellte sich dann bei weiterem Leugnen durch Untersuchung seitens einer Hebamme heraus, dass der Verdacht doch gerechtfertigt war, so sollte man das Mädchen seiner „Hartnäckigkeit wegen einige Tage einstecken lassen“, eine Strafe, die angesichts der anderwärts vorgeschriebenen als außerordentlich mild bezeichnet werden muss.

Man glaubte, dass das edle Ziel mit solchen und ähnlichen administrativen Maßnahmen erreicht werden könne. In diesem Sinne formuliert Wächtershäuser:

“Ein Zeitalter, das der Strafdrohung generalpräventive Wirkung zuschrieb und sein Strafrecht weitgehend unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung begriff, mußte natürlich in der Pönalisierung eines bestimmten Verhaltens bereits eine Verhütungs- oder Vorbeugemaßnahme gegen dieses Verhalten erblicken.“²³⁶

Es ist noch zu bemerken, dass diese präventiven Maßnahmen in Wirklichkeit nicht selten ausgesprochenen Strafcharakter trugen (z. B. Landesverweisung).²³⁷ Dass auch sie im wesentlichen Verdachtsstrafen zumindest im weiteren Sinne waren, wurde praktisch nicht wahrgenommen.

a) Das preußische Edikt von 1765

Mit Vorbeugemaßnahmen dem (vermuteten oder wirklichen) Kindsmord zuvorzukommen, versuchte in Preußen erstmals Friedrich Wilhelm I.²³⁸ Er „sah die Hauptursache der Kindstötung in dem Treiben der Dirnen, die aus Furcht vor der öffentlichen Schande ihre heimlich geborenen unehelichen Kinder beseitigten, um

²³⁵ Vgl. Sammlung, Teil 6, Nr. MMCXXVII und MMCCXLV, sowie Teil 7, S. 180.

²³⁶ Wächtershäuser, S. 138.

²³⁷ Vgl. Eb. Schmidt, Einführung, S. 62.

²³⁸ Vgl. Eb. Schmidt, Kriminalpolitik, S. 61 ff.

einerseits in der menschlichen Gesellschaft nicht kompromittiert zu sein, andererseits den auf Hurerei gesetzten hohen Strafen zu entgehen.“²³⁹

Die Ortsbehörden hatten den Auftrag, die Wirtshäuser oft unangekündigt zu visitieren und dabei alle unlauteren Elemente vor die gerichtlichen Behörden zu bringen. Bei diesen Visitationen mussten die „ledigen Dirnen“ entweder ein ehrliches Gewerbe nachweisen können, oder sie wurden ins Arbeitshaus gebracht, wenn nicht gar des Landes verwiesen. Das war eine echte, dazu außergerichtliche Verdachtsstrafe.

Friedrich der Große versuchte, *tabula rasa* zu schaffen; nebst der besonders grausamen Strafe („Säcken“) – die von seinem Vater im Jahre 1720 neu eingeführt worden war – schaffte er in dem Edikt von 1765 alle Hurenstrafen ab.²⁴⁰ Dieses preußische Edikt ist wegen seiner Gründlichkeit eine der wichtigsten Quellen und enthält eine Reihe von Vorschriften bezüglich des Verhaltens der ledigen „Weibspersonen“. Darunter galt als wesentlichste die Pflicht der Selbstanzeige jener Personen:

„Eine jede in Unehren schwanger gehende Weibsperson muß ihre Schwangerschaft, wenn sie von jemanden gefragt wird, oder Herannahung der Geburtszeit, die bevorstehende Geburt wenigstens einer ehrbaren und verstaendigen Frau, die selbst Kinder gehabt hat, offenbaren und durch dieselbe sich zu ihrer Geburt noethige Huelfe zu verschaffen suchen.“²⁴¹

Die Unterlassung dieser Pflicht wurde mit erheblicher Sanktion bedroht.²⁴²

Am Text des Edikts ist wohl spürbar, dass sich der Gesetzgeber – im Hintergrund freilich Friedrich der Große selbst – der besonderen psychischen Lage der außerehelich Geschwängerten bewusst war und daraus konsequente Folgerungen zog. Es ist völlig eindeutig: Der Leitgedanke ist, die Ehre der Mädchen soweit wie möglich

²³⁹ Ebd. S. 61 f.

²⁴⁰ Vgl. a. a. O., V. Abs. 1.

²⁴¹ Ebd. III. Abs. 1.

²⁴² Vgl. ebd.

zu schonen. So musste die Schwangerschaft nicht unbedingt der Obrigkeit offenbart werden, es genügte, sich einer ehrbaren Frau (die auch selbst Mutter war) anzuvertrauen. Wurde in Anwesenheit einer solchen Frau ein uneheliches Kind tot geboren, so genügte das Vorzeigen des Kindes bei den Behörden,²⁴³ wenn aber zwei oder mehrere ehrbare Frauen dabei waren, war auch die Benachrichtigung der örtlichen Behörden nicht erforderlich. Es ist auch ein wichtiger Gesichtspunkt, dass die bei der Geburt anwesenden Frauen zu absoluter Verschwiegenheit gegenüber jedermann verpflichtet waren.²⁴⁴

Eltern (besonders die Mutter), die nächsten Anverwandten, Dienstherrn (in deren Abwesenheit die Domestiken), bei Bauers- und gemeinen Handwerksleuten auch die Obrigkeiten waren wie bisher gehalten, bei Schwangerschaftsverdacht darauf hinzuwirken, dass die Verdächtige ihren Zustand offenbare. Tat sie es, so nahm das Edikt sie in Schutz:

„Auch muessen die Aeltern und Dienstherrschaften, bey willkuerlicher Bestrafung, sich enthalten, durch unzeitige und unbillige Haerte, gefallene Weibspersonen zur Verzweiflung und Veruebung eines großen Uebels zu verleiten. Insonderheit muessen die Dienstherrschaften dergleichen Weibspersonen nach entdeckter Schwangerschaft nicht eher aus dem Dienste weisen, bis sie vorher die Mittel, die heimliche Geburt zu verhindern, angewendet, oder doch der Obrigkeit des Ortes den habenden Verdacht umstaendlich angezeigt haben.“²⁴⁵

Auch die Hebammen waren durch ihren Eid verpflichtet, sich zu dergleichen Besichtigungen zur Verfügung zu stellen, „und wenn die in Verdacht gezogene Person bey der Besichtigung unschuldig befunden wird, den Vorfall verschwiegen zu halten.“²⁴⁶

²⁴³ Vgl. a. a. O., II. Abs. 2.

²⁴⁴ Vgl. a. a. O., II. Abs. 3 und 4.

²⁴⁵ Ebd. IV. Abs. 4.

²⁴⁶ Ebd. IV. Abs. 3.

Trotz aller Bemühungen erreichte Friedrich der Große den gewünschten Erfolg nicht.²⁴⁷ In einem an Voltaire gerichteten Brief vom 11. Oktober 1777 stellte er resigniert fest:

“Allein ungeachtet aller dieser Erleichterungsmittel habe ich doch nicht dahin kommen können, ihnen (d. h. den Mägden) das unnatürliche Vorurteil, dessentwegen sie ihre Kinder töten, aus dem Kopfe zu bringen. Ehemals sah man es für eine Schande an, Mädchen zu heiraten, die Mütter waren, ohne einen Mann gehabt zu haben: ich beschäftige mich jetzt mit der Idee, wie ich diese Ansicht ausrotten will. Vielleicht gelingt es mir.“²⁴⁸

b) Vorschriften der Gesetzbücher der Aufklärungszeit

Auch die erwähnenswerten Kodizes des ausgehenden 18. Jahrhunderts versäumten nicht, auf die Pflichten aufmerksam zu machen, die die unehelichen Schwangeren, aber auch ihre Eltern, Dienstherren usw. hätten, und beschäftigen sich verhältnismäßig ausführlich mit dem Problem, wie der Kindstötung entgegengewirkt werden könne. An dieser Stelle werden nur die Vorschriften der CCTh und des preußischen ALR behandelt.²⁴⁹ Beide Werke waren charakteristische Schöpfungen der Übergangsperiode der Aufklärung – das erste wohl noch im gemeinen Recht verankert, das andere schon ein typisches Beispiel für das neue Denken.

aa) Die Constitutio Criminalis Theresiana

Obwohl die Regelungen der *Theresiana* noch vorwiegend durch das gemeine Recht geprägt waren, gab es eine Reihe von Zeichen,

²⁴⁷ Eb. Schmidt bemerkt dazu: „Jene gewiß sehr fortschrittlich gestimmte Verordnung im Edikte von 1765 verhalte wohl ziemlich fruchtlos, da sich die Ehrbegriffe ganzer Bevölkerungskreise naturgemäß nicht polizeilich regeln lassen.“ *Kriminalpolitik*, S. 65.

²⁴⁸ Mendelssohn-Bartholdy, S. 458 f.

²⁴⁹ Siehe CCTh Art. 87 und ALR a. a. O., §§ 888–932.

die schon aufgeklärte Züge zeigten. So war es durchaus fortschrittlich, dass die Strafe an der Geschwängerten geheim vollstreckt werden soll:

„Die aus menschlicher Schwachheit zum Fall gebrachte Weibsperson, welche ihre Schwangerschaft ihren Eltern, Freunden, oder sonst Jemanden verlässlich entdecken, nach der bereits oben Art. 6. §. 8, und Art. 81. §. 2. & 4. gethaten Anordnung mit keiner öffentlichen Bestrafung angesehen, sondern in geheim auf eine leidentliche Art bestraftet werden sollen.“²⁵⁰

„Menschliche Schwachheit“, geheimer Strafvollzug – solche Ausdrücke waren bisherin deutschen (österreichischen) Strafgesetzbüchern kaum zu finden. Der Präventivgedanke bekommt also ein wesentliches Gewicht. Derselbe Paragraph ordnet mit Blick auf die Prävention an:

„Aus der anhoffenden Beschwiegenheit der Schwängerung kein Anlaß zur Kindsvertuung genommen werden möge, so befehlen Wir hiemit nachdrucksamt, dass die Hausleute, besonders die in Diensten stehende Personen, wie auch die Hauswirthe, welche von der Schwangerschaft einer bey ihnen befindlich-geschwächten Weibsperson Wissenschaft haben, solche zuförderist, so viel möglich, in geheim den Eltern, Vormündern, Anverwandten, Hausvätern, oder Hausmüttern anzuzeigen.“

Die Obrigkeit wurde beauftragt, gegen vermutlich geschwängerte Personen durch Hebammen eine Untersuchung zu vollziehen, um die Tatsache der Schwangerschaft festzustellen; beim positiven Ergebnis waren alle Maßnahmen zu ergreifen, die nötig waren „zu Verhütung allen wider die Leibesfrucht besorglich-üblen Erfolgs vorgekehret werden solle.“²⁵¹

²⁵⁰ CCTh, a. a. O., § 8.

²⁵¹ Ebd. § 9.

bb) Das preußische Allgemeine Landrecht

Das ALR behandelt den Tatbestand unter der Überschrift „Vorbeugungsmittel“ sehr systematisch: Erst im allgemeinen, dann die Problematik der Entdeckung der Schwangerschaft. Das Gesetz fixiert vor allem:

„Um den Kindermord möglichst zu verhüten, haben die Gesetze unbescholtnen ledigen Weibspersonen, wenn sie unter dem Versprechen der Ehe geschwängert worden, die Rechte und Würden einer Ehefrau, oder wo die Ehe nicht statt finden kann, einer Hausfrau beygelegt.“²⁵²

Es war aber nicht nur für die Mutter, sondern auch für das geborene Kind gesorgt: Sobald die Schwangerschaft angezeigt war, musste der Leibesfrucht ein Vormund bestellt werden, welcher für des Kindes Verpflegung und Erziehung sorgen musste (vgl. § 891). Die Obrigkeiten jeden Orts mussten dafür sorgen, dass dort, wo keine entsprechenden öffentlichen Gebärdhäuser vorhanden waren, den Hebammen eine hinlänglich geräumige Wohnung verschafft werde (vgl. § 894).

Zur Frage der Entdeckung der Schwangerschaft: „Jede Frauensperson, die eines unehelichen Beyschlafs sich bewußt ist, muß auf ihre körperliche Beschaffenheit [...] sorgfältig Acht haben“ (§ 901) – lautete die Regelung des Gesetzgebers, der bezüglich der Pflichten der Schwangeren ganz genau die Verfügungen des Ediktes von 1765 übernahm.²⁵³ Wenn die Entbindung im Beisein von zwei Frauen (zu denen auch die Mutter der Gebärenden rechnete) geschah, so konnte die Geburt gegen jedermann verschwiegen werden (§ 910). Der „Schwängerer“ hatte darauf zu dringen, dass die Geschwächte den gesetzlichen Vorschriften gehörig nachkomme (§ 915).²⁵⁴ Eltern, Dienstherrn, Haus- oder Stubenwirtinnen hat-

²⁵² A. a. O., § 888.

²⁵³ Vgl. a. a. O., II. Abs. 4.

²⁵⁴ Das Gesetz behandelte den „Täter“ ziemlich milde: Bei Verabsäumung seiner obigen Pflicht, d. h. in allen Fällen, wo die „Geschwächte“ zur Strafe gezogen werden soll, macht er sich einer zwei- bis viermonatigen Gefängnisstrafe schuldig. Vgl. Klein, Grundsätze, S. 277 ff. (§ 355).

ten das Recht und die Pflicht, sich in verdächtigen Fällen nach der Schwangerschaft zu erkundigen:

„[...] läugnet die Verdächtige eine vorhandne Schwangerschaft beharrlich, ohne die Gründe des Verdachts durch wahrscheinliche Gegengründe zu heben [Schuldvermutung!]: so müssen sie ihren Verdacht, nebst den Gründen desselben, der Obrigkeit zur weiteren Untersuchung anzeigen“ (§ 921).

Das war eine besonders demütigende Situation für ein Mädchen; man kann sich wohl vorstellen, wie eine Hauswirtin ihre „gefallene“, aber nur eventuell geschwängerte Magd mit einem solchen Verfahren erniedrigen konnte. Die Schuldvermutung und ihre Zwillingschwester, die Verdachtsstrafe, haben noch lange gewirkt.

c) Vorstellungen und Vorschläge der Rechtsgelehrten

Die empfohlenen Präventivmaßnahmen waren von seiten der damaligen Rechtsliteratur sehr unterschiedlich, in einer Frage aber einig: Alle hielten sie für sehr wichtig und waren im Hinblick auf das Ergebnis optimistisch.

aa) Das Ehrenrettungs-Motiv

Die meisten Autoren gingen davon aus, dass der tiefste Grund der Kindestötung das Bestreben der ledigen „Weibspersonen“ sei, ihre durch den außerehelichen Beischlaf verlorene Geschlechtshere mittels der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, sogar eines eventuellen Mordes zu retten. Da diese Überzeugung allgemein war, schlossen sich auch die Präventivvorstellungen diesem Leitgedanken an.

So ergab sich auch vom Ehrenrettungsmotiv her die Idee, um dem Verbrechen der Kindestötung mit konkreten Maßnahmen zuvorkommen zu können, Findelhäuser und ähnliche Anstalten zu errichten. Die Auffassung von Globig und Huster ist dabei typisch:

„Dem Polizey-Richter lieget Vorzüglich ob, diesen Verbrechen vorzubeugen. Wenn er Findelhäuser anlegt, wenn er solche Anstalten macht, dass arme Gebährerinnen ohne Schande auf öffentliche Kosten niederkommen können, so wird er auch mit Recht die heimlichen Niederkunften ahnden, wenn sie gleich sonst ohne Schaden abgelaufen. So wird der peinliche Richter mit desto mehrerem Grunde den Kindermord bestrafen können.“²⁵⁵

Als weiteres aufgeklärtes Kennzeichen wird bei ihnen nachdrücklich die Notwendigkeit der Abschaffung der Strafe für den unehelichen Beischlaf und die uneheliche Niederkunft gefordert. Es wird sogar daran gedacht, den Kindesvater nach unehelicher Schwängerung zur Heirat zu verpflichten.²⁵⁶

bb) Die Auffassungen einzelner Kriminalisten

Es erscheint angebracht, die Auffassungen einiger Rechtsgelehrter über die vorliegende Frage eingehender zu untersuchen. Dafür werden meist prägnante Vertreter der Strafrechtswissenschaft ihrer Zeit gewählt, die sich mit der möglichen Verhinderung der Kindstötung gründlicher auseinandergesetzt haben.

JUSTUS CLAPROTH

Der Autor beginnt die Behandlung der Vorbeugemaßnahmen damit, dass er die Notwendigkeit der Hebammen betont.

„Auf jedem Dorfe soll eine in der Hebammenwissenschaft erfahrene und vom *collegio medico* examinierte Hebamme gehalten, und dahin Verpflichtet werden: auf alle ledige schwangere Frauenperson genaue Achtung zu geben, und selbige dem Gerichte anzuzeigen; das Gericht hat die schwangere Person sofort über die Schwängerung zu vernehmen.

²⁵⁵ Globig / Huster, Abhandlung, S. 190; Vier Zugaben, S. 414 ff.

²⁵⁶ Vgl. ebd. S. 242 f., 309 ff., 317 f.; St. Schmidt, S. 116.

Läugnete sie die Schwangerschaft, so soll die selbige von der Hebamme besichtigt werden. Fände sich nun die Person wirklich schwanger, und sie läugnete dennoch, so soll sie denen Personen, so um sie sind, zu genauer Aufsicht gegen die Zeit ihrer Niederkunft empfohlen, oder, wenn es eine herumstreichende Dirne wäre, beygesperret und zur Arbeit angehalten werden. Diejenige Frauenperson, welche überführt wird, dass sie schon 4 Monath schwanger gewesen, und selbiges geläugnet hat, soll überdem nach ausgestandenem Wochenbette mit Zuchthausstrafe gezüchtigt werden.⁴²⁵⁷

Man empfindet es als ziemlich empörend, dass eine Mutter, die nicht bereit war, ihre Schwangerschaft zu offenbaren, einige Zeit nach der Entbindung wegen ihres Leugnens der Schwangerschaft mit Zuchthausstrafe belegt wird. Das ist ohne Zweifel eine klare Verdachtsstrafe, dazu noch zu einem Zeitpunkt verhängt, in dem sich bereits herausgestellt hatte, dass das Neugeborene überhaupt kein Übel erlitten hatte. Allerdings gehörte auch dies zur „Naturkunde“ der Verdachtsstrafe.

Als Präventivmaßnahme hält Claproth die Abschaffung aller Kirchen- und entehrender Strafen für wünschenswert: „Um den Kindermord möglichst zu verhüten, soll künftig alle Kirchenbuse, nicht weniger alle Infamie und Hurenbrüche hinwegfallen.“²⁵⁸ Er legt auf jeden Fall den Schwerpunkt auf den richterlichen Prozess. So habe der Richter einen Personalarrest bis nach abgewarteten 6 Wochen nach der Feststellung der Schwangerschaft anzuordnen, wenn die Geschwängerte gar keine Wohnung habe oder ihre Eltern sowie Verwandten nicht in der Lage oder nicht willens seien, auf sie acht zu geben.

CHRISTIAN GOTTLIEB GMELIN

Es gab zu jener Zeit auch noch traditionelle Stimmen. Gmelin schien das beste Vorbeugemittel die Abschreckung durch unerbitt-

²⁵⁷ Claproth, Dorf-Ordnung, S. 594.

²⁵⁸ Claproth, Criminalrecht, S. 60.

liche Todesstrafe (beim Tod des Neugeborenen) zu sein. Er appellierte verblüffenderweise auch an das Ehrenrettungsmotiv, jedoch im negativen Sinne: Die Mutter

„[...] muß nach der Regel immer mit dem Tode bestraft, und weil Furcht vor Schande öfters die Quelle desselben ist, kann die Todesstrafe sehr nützlich mit einer öffentlichen Beschimpfung verbunden werden; und selbst, wo man die Todesstrafe abschaffen will, würde gewiss eine beschimpfende Strafe, z. B. Einbrennen eines Zeichens im Gesicht die wirksamste seyn.“²⁵⁹

Die wirkliche Prävention bedeutet bei ihm bloß die Pflicht der Eltern, Schwängerer, Verwandten, Freundinnen, Ärzte usw., das geschwängerte Mädchen bei der Obrigkeit anzuzeigen.²⁶⁰

CARL ERNST JARCKE

Jarcke, Professor der Rechte in Berlin, war ein Apologet des preussischen ALR. Die Selbstanzeige der schwangeren Frau hielt er für selbstverständlich:

„Dass die Geschwächte sich Jemanden entdecke, ist nicht bloß nicht unsittlich, sondern es ist eben so gewiß ihre Pflicht, Jemanden um Rath und Hülfe anzusprechen, wenn sie sich schwanger fühlt oder eine Schwangerschaft vermuthen muß, als es ihre Pflicht ist, für das Leben auch des noch nicht gebornen Kindes alle mögliche Sorge zu tragen, welche sie nicht tragen kann, wenn sie ihren Angehörigen u.s.w. ihre Schwangerschaft verheimlicht.“²⁶¹

Der Autor betrachtete es als Präventivmaßnahme der Strafrechtspflege, dass „die neuere gemeinrechtliche Praxis“ keine Strafe für

²⁵⁹ Gmelin, S. 139 f. (§ 68).

²⁶⁰ Vgl. ebd. S. 140 ff. (§ 68).

²⁶¹ Jarcke, Beiträge, S. 189.; Vgl. Mittermaier, Verheimlichung II, S. 568.

die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt verhängt, wenn das Leben des Kindes erhalten werde:

„Der Grund warum man in diesem Falle die Strafflosigkeit eintreten läßt, während man doch die Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft an sich als strafbar betrachtet, ist kein anderer, als der: die Gebärende zu bewegen, alle Sorge zur Erhaltung des Lebens des Kindes anzuwenden.“²⁶²

Die Rechtsentwicklung zeigte tatsächlich in diese Richtung, obwohl in der damaligen Praxis davon immer noch recht wenig zu merken war.²⁶³

JOHANN PETER FRANK

Warum eine „Mädchen-Mutter“ heimlich niederkommt, wurde also fast völlig einheitlich aufgefasst. Beiträge etwa zum Seelenzustand jener Frauen zu geben, war immerhin möglich. Frank erwähnt am Anfang des 19. Jahrhunderts ein interessantes Moment:

„Aber es steht noch ein Hindernis im Wege, welches eine schamhafte Person von der Offenbarung ihrer Geburt abschrecken, und dadurch zur heimlichen Entbindung und zum Kindermorde Anlaß geben kann: ich meine die Oeffentlichkeit der Taufceremonien. Ich dünkte daher, dass man, um größeren Uebeln zu begegnen, in solchen Fällen, allein durch die Seelsorger, die Taufe in der Behausung der unehelichen Mütter, in möglichster Stille und bloß in Beyseyn der Hebamme, administrieren lassen sollte, wodurch alles Aergerniß in der Gemeinde beseitiget, die Ehre des, obschon schuldigen Theiles, um denselben nicht zu großem Verbrechen zu reizen, soviel möglich geschonet und das Gemüth der benängstigten Mütter sehr beruhiget würde.“²⁶⁴

²⁶² Jarcke, Handbuch, S. 300.

²⁶³ Vgl. Wächtershäuser, S. 109 ff.; Dülmen, S. 72 f. An solchen Arbeiten, wie Bode's Dissertation über die Kindestötung und ihre Bestrafung in Nürnberg des Mittelalters, gibt es bis zur Gegenwart einen erheblichen Mangel.

²⁶⁴ Frank, S. 149 f.

Obwohl dieser Umstand in der zeitgenössischen Rechtsliteratur bei anderen Verfassern nicht auftaucht, konnte davon sicherlich in mehreren Fällen die Rede sein, weil die Weltanschauung religiös bestimmt war – und eine öffentliche Taufe für ein empfindliches Mädchen wirklich sehr erniedrigend, vielleicht fast unerträglich gewesen wäre.

LITERATURVERZEICHNIS

- Abegg, Julius Friedrich Heinrich: Lehrbuch des gemeinen Criminalprocesses. Königsberg 1833. [Criminalprocess]
- Abegg, Julius Friedrich Heinrich: Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft. Neustadt/Orla 1836. [Strafrechts-Wiss.]
- Allmann, Jean Marie: Außerordentliche Strafe und Instanzenbindung im Inquisitionsprozesse nach den wichtigsten Quellen bearbeitet. Diss. jur. Göttingen 1903.
- Alkalay, Michael: Das materielle Strafrecht der französischen Revolution und sein Einfluß auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 10), Diss. jur. Zürich 1984.
- Arnim, Albrecht Heinrich von: Bruchstücke über Verbrechen und Strafen, Frankfurt/Main und Leipzig 1803.
- Bauer, Anton: Grundsätze des Criminalprocesses, Marburg 1805. [Grundsätze]
- Bauer, Anton: Lehrbuch des Strafprozesses, Göttingen 1835. [Lehrbuch]
- Bauer, Anton: Die Theorie des Anzeigenbeweises (Abhandlungen aus dem Strafrechte und Strafprozesse, Bd. 3), Göttingen 1843. [Theorie]
- Berner, Albert Friedrich: Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, Leipzig 1867. [Neudruck von Scientia Verlag Aalen 1978. ISBN 3.511.09064.4.]
- Binding, Karl: Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen beurteilt, Leipzig 1869. [Neudruck von Scientia Verlag Aalen 1975. ISBN 3.511.09009.1.]
- Blanke, Dieter: Die Kindestötung in rechtlicher und kriminologischer Hinsicht, Diss. jur. Kiel 1966.
- Bode: Die Kindestötung und ihre Bestrafung in Nürnberg des Mittelalters, Diss. jur. Heidelberg 1915.

- Böhmer, Johann Samuel Friedrich: *Elementa iurisprudentiae criminalis in usum auditorii commoda methodo adornata*, 3. Aufl., Halle und Bernburg 1743. [Elementa]
- Böhmer, Johann Samuel Friedrich: *Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Practicam novum rerum criminalium*, Frankfurt/Main 1759. [Observationes]
- Böhmer, Johann Samuel Friedrich: *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam. Accessit vetus ordinatio criminalis Bambergensis, Brandenburgica, Hassiaca*. Halle und Magdeburg 1774. [Meditationes]
- Carpzow, Benedict: *Practica nova rerum criminalium imperialis Saxonica in tres partes divisa*, Ausgabe von Böhmer, J.S.F. von, Frankfurt/Main 1758.
- Claproth, Justus: *Ohnmaßgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches welcher die Prozeßrdnung vom Privat-Recht das Recht der Personen und von der Policey-Ordnung das Dorf-Recht in sich hält*, Frankfurt/Main 1773. [Dorf-Ordnung]
- Claproth, Justus: *Ohnmaßgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches*, 1. Forts. Criminalrecht, Frankfurt/Main 1774. [Criminalrecht]
- Conrad, Hermann: *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794* (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 77), Köln und Opladen 1958. [Grundlagen]
- Conrad, Hermann: *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, Karlsruhe 1962, Bd. 2, Karlsruhe 1966. [Rechtsgeschichte]
- Conrad, Hermann: *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat*, (Kleine Arbeitsreihe des Instituts für europäische und vergleichende Rechtsgeschichte an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 3) Graz 1971. [Richter und Gesetz]
- Dolezalek, Gero: *Postglossatoren* (Stichwort), HRG Bd. 3. S. 1842 f.
- Dornseifer, Gerhard: *Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg – ein Relikt der Verdachtsstrafe?* In: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 427 ff.
- Dülmen, Richard van: *Frauen vor Gericht: Kindsmord in der frühen Neuzeit*, Frankfurt/Main 1991.
- Frank, Johann Peter: *System einer vollständigen medicinischen Polizey*, Mannheim 1804.
- Gerau, Ludwig Friedrich Gottlieb: *Über Bedeutung des Geständnisses im allgemeinen wie des außergerichtlichen im Strafverfahren*, in: *ZdtStrV Neue Folge* Bd. 1 (1844) Heft 1.

- Globig, Hanns Ernst: Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises. Regensburg 1806, Nachdruck 1970. [Versuch]
- Globig, Hanns Ernst von – Huster, Johann Georg: Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, Zürich 1783, unveränderter Nachdruck 1969. [Abhandlung]
- Globig, Hanns Ernst von – Huster, Johann Georg: Vier Zugaben zu der im Jahre Nipperdey 1782 von der ökonomischen Gesellschaft zu Bern gekrönten Preisschrift: von der Criminalgesetzgebung, Altenburg 1785. [Vier Zugaben]
- Glöckner, Hans Peter: Stellionatus (Stichwort), HRG Bd. 4. S. 1951 ff. [Stellionatus]
- Glöckner, Hans Peter: Cogitationis poenam nemo patitur (D.48.19.18): zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 42), Frankfurt/Main 1989. [Cogitationis]
- Gmelin, Christian Gottlieb: Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, Tübingen 1785.
- Graßberger, Roland: Psychologie des Strafverfahrens, 2. Aufl. Wien – New York 1968.
- Grolman, Karl Ludwig von: Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde, Teil 1, Stück 2, 1796. [Bibliothek]
- Grünhut, Max: Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, Neudruck der Ausgabe Hamburg 1922. Aalen 1978.
- Hälschner, Hugo: Geschichte des Brandenburgisch-Preussischen Strafrechts, Bonn 1855.
- Henke, Eduard: Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft, Sulzbach 1809. [Grundriß]
- Henke, Eduard: Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Berlin – Stettin 1823–1838. [Handbuch]
- Hilty, Karl: Öffentliche Vorlesungen über die Helvetik, Bern 1878.
- Hippel, Robert von: Deutsches Strafrecht, 2. Bde. Berlin 1925 und 1930. [Strafrecht]
- Hippel, Robert von: Der deutsche Strafprozeß, Marburg 1941. [Strafprozeß]
- Hobach, Gustav: Über Ungehorsamsstrafe und Zwangsmittel zur Erforschung der Wahrheit gegen Anwesende Angeschuldigte, in: NACrR Bd. 12 (1832) Stück 3 [Hobach I], Forts. Stück 4. [Hobach II]

- Holtzendorff, Freiherr von: Handbuch des preußischen Strafrechts, Leipzig 1830. [Handbuch des pr. St.]
- Holtzendorff, Freiherr von: Handbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1871–1877. [Handbuch des dt. St.]
- Jarcke, Carl Ernst: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preußischen, österreichischen, bayerischen und französischen Strafgesetzgebung, Berlin 1827–1830. [Handbuch]
- Kaufmann, Ekkehard: Strafe, Strafrecht (Stichwort), HRG Bd. 4. S. 2011 ff.
- Klein, Ernst Ferdinand: Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts nebst Bemerkung der preussischen Gesetze, 2., vermehrte und verbesserte Aufl., Halle 1799. [Grundsätze]
- Kleinheyer, Gerd – Schröder, Jan (Hrsg.): Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl. Heidelberg 1996.
- Kleinschrod, Gallus Aloys: Ueber die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises in peinlichen Sachen, in: Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen Prozesse, Bd. 1, Nr. 1, Erlangen 1797. [Unvollkommener Beweis]
- Kleinschrod, Gallus Aloys: Über die Rechte, Pflichten und Klugheitsregeln des Richters bey peinlichen Verhören und Erfassung der Wahrheit in peinlichen Fällen, in: ACrR Bd. 1 (1798) Stück 2. [Rechte des Richters]
- Kleinschrod, Gallus Aloys: Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, 3. vermehrte und verbesserte Aufl., Erlangen 1805. [Grundbegriffe]
- Kobler, Michael: Bayerische Kodifikationen des Naturrechtszeitalters (Stichwort), HRG Bd. 1. S. 337 ff.
- Kreittmayr, Wiguläus Xaverius Aloysius von: Compendium codicis bavarici civilis, judiciarii, criminalis et annotationum. München 1768. [Compendium]
- Kroeschell, Karl: Deutsche Rechtsgeschichte. 2 (1250–1650), Reinbek bei Hamburg 1973.
- Lippmann, Karl: Historisch-dogmatische Darstellung der Lehre von der richterlichen Strafänderungsbefugnis, München 1963.
- Mauß, Detlef: Die „Lügenstrafe“ nach Abschaffung der Folter ab 1740, Diss. jur. Marburg 1974.

- Mendelssohn-Bartholdy, Gustav: Der König Friedrich der Große in seinen Briefen und Erlassen, sowie in zeitgenössischen Briefen, Berichten und Anekdoten, Ebenhausen/München 1912.
- Mittermaier, Karl Joseph Anton: Handbuch des peinlichen Prozesses, Bd. 2. Heidelberg 1812. [Handbuch]
- Mittermaier, Karl Joseph Anton: Beyträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindermordes und der Verheimlichung der Schwangerschaft, in: NACrR Bd. 7 (1824/1825) Stück 1 [Beyträge I], Forts. Stück 2 [Beyträge II], Forts. Stück 3. [Beyträge III]
- Mittermaier, Karl Joseph Anton: Über Herstellung des Thatbestandes des Kindermordes in Bezug auf die Todesursachen, in: NACrR Bd. 7 (1825) Stück 4. [Thatbestand des Kindermordes]
- Mittermaier, Karl Joseph Anton: Das deutsche Strafverfahren, Heidelberg 1827. [Strafverfahren]
- Mittermaier, Karl Joseph Anton: Über die Verheimlichung der Schwangerschaft oder Niederkunft, und hülflose Geburt, in: NACrR Bd. 10 (1828/1829) Stück 3 [Verheimlichung I], Forts. Stück 4. [Verheimlichung II]
- Mittermaier, Karl Joseph Anton: Die Lehre vom Beweise in deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens, Darmstadt 1834. [Neudruck 1970.] [Lehre vom Beweise]
- Mommsen, Theodor: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
- Müller, Wilhelm: Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozesses, Braunschweig 1837.
- Neef, Friedhelm: Poena arbitraria, (Stichwort) in: HRG III, Sp. 1782 ff.
- Nöllner, Friedrich: Der kurfürstlich hessische Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Abstellung mehrerer in der Strafrechtspflege wahrgenommenen Mängel, Karlsruhe 1840.
- Paalzow, Christian Ludwig: Kommentar über die Criminal-Ordnung für die preußischen Staaten, Berlin 1807.
- Rhenanus (Hrg.): Großherzoglich badisches Strafedikt vom 1.7.1803 und Rechtliches Verfahren bei der Strafgerechtigkeitspflege vom 1.7.1803, Mannheim 1823.
- Rüping, Hinrich: Das Leopoldinische Strafgesetzbuch und die strafrechtliche Aufklärung in Deutschland, in: La Leopoldina, Bd. V. 1989. [Aufklärung]
- Rüping, Hinrich: Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 2. Auflage, München 1991. [Grundriss]

- Schaffstein, Friedrich: Studien zur Entwicklung der Deliktatbestände im gemeinen deutschen Strafrecht. In: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philosophisch-Historische Klasse, Jahrgang 1985, Nr. 3. Göttingen 1985. [Studien]
- Schaffstein, Friedrich: Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts. In: ZStW 101 (1989). [Verdachtsstrafe]
- Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Unveränd. Nachdr. d. 3. Aufl. Göttingen 1983. [= Einführung]
- Schmidt, Stephani: Die Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung von Hanns Ernst von Globig und Johann Georg Huster: eine 1782 von der ökonomischen Gesellschaft Bern gekrönte Preisschrift (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 14), Berlin 1990.
- Schwarplies, Giesbert: Die Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes ‚ne bis in idem‘ im Strafprozeß. Diss. jur. Zürich 1970.
- Schwarz, Manfred: Die Kindestötung in ihrem Wandel vom qualifizierten zum privilegierten Delikt, Diss. jur. Berlin 1935.
- Schreiber, Hans-Ludwig: Gesetz und Richter (Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege), Frankfurt/Main 1976. [Gesetz]
- Schreiber, Hans-Ludwig: Nulla poena sine lege (Stichwort), HRG Bd. 3. S. 1104 ff. [Nulla poena]
- Sellert, Wolfgang – Rüping, Hinrich: Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege I–II, Scientia Verlag Aalen 1994. [ISBN 3.511.07272.7.]
- Soden, Julius Graf von: Geist der Criminalgesetze, 2., gänzlich umgearbeitete Auflage, Frankfurt 1792.
- Stenglein, Melchior: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, München 1858.
- Temme, Jodocus Donatus Hubertus: Grundzüge des deutschen Strafverfahrens, Arnsberg–Hamm 1850.
- Tittmann, Karl August: Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Leipzig 1800, Nachdruck 1978. [Grundlinien]
- Tittmann, Karl August: Über Geständnis und Widerruf in Strafsachen, Halle 1810. [Geständnis]
- Tittmann, Karl August: Handbuch der Sfrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Bd. 1, 2. Aufl. Halle 1822. [Handbuch]

- Quistorp, Johann Christian Edler von: Rechtliches Erachten, wie in Ermanglung eines vollständigen Beweises wider einen Angeschuldigten bey vorhandenen genugsamen Verdachte zu verfahren sey, besonders an Orten, wo die Tortur abgeschafft worden, Rostock 1774. [Rechtliches Erachten]
- Wächter, Gerd H.: Strafrechtliche Aufklärung. Strafrecht und soziale Hegemonie im achtzehnten Jahrhundert, Diss. jur. Frankfurt/Main 1987.
- Wächtershäuser, Wilhelm: Das Verbrechen des Kindesmordes im Zeitalter der Aufklärung, (Quellen und Forschungen zur Strafrechtsgeschichte 3) Berlin 1973.
- Weismantel, Johann Justin: Diff. de condemnatione facinorosorum ex indiciiis, Erfurt 1791.
- Wilda, Wilhelm Eduard: Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842.
- Wilda, Wilhelm Eduard: Anweisung für Richter beim Verfahren in Strafsachen wider solche, welche die Wahrheit nicht gestehen wollen, in Ländern, wo die Tortur abgeschafft ist, Leipzig 1788. [Anweisung]
- Wilda, Wilhelm Eduard: Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit, Leipzig 1793. [Bemerkungen]

DIE PREISFRAGE DES ARCHIVS DES CRIMINALRECHTS ÜBER DIE VERDACHTSSTRAFE: „In wie fern lässt sich eine ausserordentliche Strafe [...] rechtfertigen?“

Zur Zeit der Aufklärung war ein Preisausschreiben in Europa eine beliebte Form, um sich mit kriminalpolitischen Fragen, umfassenden oder einzelnen Problemen der Rechtsentwicklung auseinanderzusetzen.¹ „Sie wurden von Akademien, gelehrten und gemeinnützigen Gesellschaften, nicht selten aber auch von besorgten Landesvätern ausgelobt, um das interessierte Publikum zur Mitarbeit aufzufordern.“² Die Kontakte, die auf diese Weise zwischen dem Publikum und der die Preisaufgabe stellenden Person bzw. Institution zustande kamen, waren gegenseitig fruchtbar: Diese Methode bot nicht nur den Bewerbern die Chance, sich einen guten Ruf zu erwerben, sondern lenkte zugleich die Aufmerksamkeit auch auf den Stifter – manus manum lavat. Eine solche „Reklame“ brauchte vor allem eine neu gegründete wissenschaftliche Zeitschrift wie das Archiv des Criminalrechts, deren Herausgeber ein Preisausschreiben über die Verdachtsstrafe auslobten.³

¹ Vgl. St. Schmidt, 28 f., Eb. Schmidt, Einführung, S. 221 f.

² Alkalay, S. 21; vgl. den Vorbericht von Globig/Huster, Abhandlung.

³ Die Bekanntmachung erfolgte bereits im zweiten Heft des ACrR, im Jahre 1799. Das erste Heft ist 1798 erschienen.

Die beiden Gründer und Herausgeber der vierteljährlich erscheinenden Zeitschrift, Ernst Ferdinand Klein⁴ und Gallus Alloys Kleinschrod,⁵ waren angesehene Vertreter der Strafrechtswissenschaft ihrer Zeit. Das Archiv wollte ein neues Forum für aktuelle Themen des Kriminalrechts sein: „Die Herausgeber haben bereits in der Ankündigung dieser Zeitschrift bekannt gemacht, was das Publicum von diesem Archive zu erwarten habe. Der Hauptzweck desselben ist Aufbewahrung und schnelle Bekanntmachung der merkwürdigsten Gesetze, Einrichtungen, Begebenheiten und Schriften, welche sich auf das Criminalwesen beziehen. Es wird jedoch weniger auf die Ausfüllung aller Rubriken in jedem Stücke, als vielmehr darauf gesehen werden, daß das Merkwürdige von jeder Art, welches sich auf den Zweck des Archivs bezieht, so bald, als möglich, mitgeteilt werde.“⁶ In der Tat: Es beschäftigte sich ausführlich mit den neuesten in- und ausländischen Strafrechtsquellen und ebenso mit Einzelproblemen – die Problematik der außerordentlichen Strafe ist hier in erster Linie zu erwähnen.

Um diese beweisrechtliche Frage, deren Aktualität zur damaligen Zeit noch sehr lebendig war, eingehend vor der Öffentlichkeit zu erörtern, wurde die Preisfrage gestellt. Klein und Kleinschrod selbst haben als Prämie für die beste Abhandlung 50 Reichstaler in Gold, den Louis d’Or zu 5 Talern gerechnet, ausgesetzt.⁷ Die Bekanntmachung der Preisfrage fand am 24. Juni 1798 statt, und die Bewerber hatten bis zum 1. August 1799 Zeit, um ihre Arbeiten, mit einer Devise bezeichnet, zu verfertigen und an einen der „Kampfrichter“ einzusenden. Das Richteramt hatte der Präsident

⁴ Sein vollkommener Titel hieß: Königl. Preuß. Geheimer Justiz- und Kammergerichts-Rath, Director der Universität und Vorsteher der Juristen-Facultät zu Halle, Mitglied der Academie der Wissenschaften zu Berlin.

Er wirkte an der preußischen Gesetzgebung (ALR), vor allem am strafrechtlichen Teil mit; Bahnbrecher des sog. „zweispurigen Strafsystems“. Vgl. Kleinheyer/Schröder, S. 329.

⁵ Hofrat und Professor der Rechte an der Julius-Universität zu Würzburg.

⁶ ACrR Bd. 1 (1799), Stück 1, S. 183f.

⁷ Zum Vergleich: Die von der Berner Ökonomischen Gesellschaft am 5.2.1777 ausgeschriebene Preisfrage wurde ursprünglich mit 50 Louis d’Or dotiert, und wurde kurz darauf auf 100 Louis d’Or erhöht. Vgl. St. Schmidt, St. 30 f.

des Kammergerichts in Berlin Friedrich Leopold Kircheisen übernommen.⁸ Die Verleihung des Preises wurde Ende des Monats Dezember 1799 bekannt gegeben. Den ausgesetzten Preis garantierte die Verlagshandlung.⁹

1. DIE AUFGABE DER BEWERBER

Obwohl das Problem der außerordentlichen Strafe sehr reizvoll war, wurden nur sieben Abhandlungen eingesandt.¹⁰ Wir kennen davon nur die vier Preisschriften, die im dritten Band des Archivs publiziert worden sind. Der vollständige Text der Preisfrage lautete folgendermaßen: „In wie fern läßt sich eine außerordentliche Strafe, welche nicht als bloßes Sicherheitsmittel, sondern als eigentliche Strafe erkannt wird, rechtfertigen? und wenn dieses nicht möglich ist, welches Mittel kann man an deren Stelle setzen, um auf der einen Seite das gemeine Wesen gegen listige oder hartnäckige Verbrecher, und auf der andern die ohne ihre Schuld Verdächtigen gegen den Eigendünkel und die Willkühr des Richters zu schützen?“¹¹ Bevor einige Bemerkungen zur Aufgabenstellung gemacht werden, sei es erlaubt, die Erläuterung des Preisausschreibens im Original anzuführen:

⁸ Kircheisen, verdienter preußischer geheimer Staats- und Justizminister, geb. zu Berlin am 28. Juni 1749, starb daselbst am 18. März 1825. Ab 1767 studierte er in Halle. 1776 erhielt er eine Assessorstelle im Oberrevisionskollegium des Reichskammergerichtsrates; leitete die Arbeiten der Kriminaldeputation des Kammergerichts. Ab 1795 Vizepräsident, bald erster Präsident des Kammergerichts. Er hat im Rahmen der Kodifikationsarbeiten unter Friedrich dem Großen die Ausarbeitung eines Entwurfes zum Sachenrecht vorgenommen. Vgl. ADB Bd. 15, S. 789–791.

⁹ Hemmerde und Schwetschke zu Halle.

¹⁰ Diese Zahl erscheint niedrig wenn man an andere zeitgenössische Preisfragen denkt, z. B. an die 1780 ausgeschriebene Preisaufgabe: „Welches sind die besten ausführbaren Mittel, dem Kindermorde Einhalt zu tun?“, zu der über 400 Beiträge eingingen. Vgl. Schwarz, S. 150 ff., Wächtershäuser, S. 34 ff. und St. Schmidt, S. 116.

¹¹ ACrR Bd. 1(1799), Stück 2, S. 155.

„Daß die Quantität der Strafe sich nicht nach der Quantität der Ueberzeugung von der Gewißheit des Verbrechens und seines Urhebers richten könne, sondern daß ein schuldiger in die gesetzliche Strafe verurtheilt, ein unschuldiger aber freygesprochen werden sollte, ist klar. Hieraus ergiebt sich auch zugleich, daß ein Erkenntniß auf eine außerordentliche Strafe sich nur als Nothbehelf einigermaßen entschuldigen, aber nicht rechtfertigen lasse, weil sie für den Schuldigen zu gelinde, für den Unschuldigen aber zu hart ist. Würde der, welcher durch seine Schuld in Verdacht gerathen ist, zu Folge dieses Verdachts der öffentlichen Sicherheit wegen in Verwahrung gebracht, so ließe sich dieses zwar rechtfertigen, es würde aber nicht wie eine eigentliche Strafe angesehen werden können. Immer bleibt alsdann noch die Frage übrig, wie es in denjenigen Fällen gehalten werden sollte, wo der Verdacht dringend, gleichwohl aber kein strafbares Factum, welches eine Einschränkung der Freyheit zur Folge haben könnte, als gewiß anzunehmen wäre? Sogar die Folter, wenn sie sich auch übrigens rechtfertigen ließe, würde dem Uebel nicht abhelfen. Uebersteht der Verdächtige die Marter, und wird dennoch als ein gefährlicher Mensch seiner Freyheit beraubt, so ist es offenbar widerrechtlich. Wird er freigelassen, so ist die Gefahr für das gemeine Wesen um desto größer, je mehr sich die Folter rechtfertigen ließ. Denn wer kann Vertrauen zu einem Menschen haben, dessen Freysprechung auf Rechnung seiner Hartnäckigkeit geschrieben wird?

Ueberall wird man dem entschlossenen Bösewichte (denn dafür wird man ihn halten), aus dem Wege gehen; und es würde ihm nichts übrig bleiben, als der offenbare Krieg mit der menschlichen Gesellschaft, welche ihn überall ausstoßen und feindlich behandeln würde.

Der einzige Ausweg scheint hier ein Gericht der Geschwornen zu seyn, welches, wie in Frankreich, ohne Rücksicht auf irgend eine durch Gesetze bestimmte Theorie vom Beweise, allein nach seiner innern Ueberzeugung urtheilte. Es scheint auch, als lasse sich hierin von dem gesunden Menschenverstande mehr als von irgend einer steifen Theorie erwarten; aber ganz anders wird hierüber derjenige urtheilen, welchem auch nur einige Beyspiele von Verurtheilungen aus bloßen Anzeigen bekannt sind, welche der gemeine Menschenverstand vollkommen gebilliget haben würde, die aber dennoch, wie es sich in der Folge zeigte, einen Unschuldigen traf.

Wohin man auch seine Augen werfen mag, wird man überall Schwierigkeiten wahrnehmen, welche auch dem aufmerksamsten Beobachter unübersteiglich scheinen werden. Der bekannte Spruch, daß man lieber 10 Schuldige freisprechen, als einen Unschuldigen verurtheilen müsse, klingt schön, setzt aber das gemeine Wesen selbst nicht nur der größten Gefahr aus, sondern begünstigt auch offenbar die Unredlichen und Halsstarrigen; da hingegen zu Folge desselben die Weichen und redlicher Gesinnten als Opfer ihres zärtlichern moralischen Gefühls fallen würden.¹²

An diesen Ausführungen ist zu sehen, daß die Stifter des Preisausschreibens eigentlich die Problematik der Verdachtsstrafe erörtern lassen wollten. Darauf weist die Auslegung des Begriffes der außerordentlichen Strafe, als eine solche, die „für den Schuldigen zu gelinde, für den Unschuldigen aber zu hart ist“, hin. Im Wortgebrauch der Herausgeber wird der Ausdruck „außerordentliche Strafe“ völlig im Sinne der *Verdachtsstrafe* und nicht mehr einfach als Synonym für die *poena arbitraria* oder *poena extraordinaria* behandelt. Der letztere *terminus* bezog sich vor allem auf das materielle Recht bezeichnete im gemeinen Recht seit Carpzow die Strafen, die nach richterlichem Ermessen festgesetzt wurden.¹³ Gegen Ende des 18. Jahrhunderts ist dieses Rechtsinstitut allmählich in den Hintergrund getreten: Das Gesetzbuch Josephs II. von 1787 schafft die außerordentliche Strafe durch den berühmten § 13 praktisch völlig ab. Der zeitgenössische, in vieler Hinsicht sehr ähnliche Kodex, das ALR, unterscheidet zwar zwischen außerordentlicher und willkürlicher Strafe, die erstgenannte bedeutet aber nur noch die gegenüber der *poena ordinaria* geminderte Sanktion (Teil II, Tit. 20, 34, 35). Während also die Rechtsquellen die außer-

¹²A. a. O. S. 152–154.

¹³Eine *poena extraordinaria* konnte in zweierlei Hinsicht verhängt werden: Einmal, wenn das Gesetz zwar die Straftat benennt, aber die zu verhängende Strafe nicht festlegt. Zum zweiten aber auch in Fällen, die im Text des Gesetzes nicht für strafbar erklärt, jedoch strafwürdig sind. Als die abstrakt formulierten Codices noch fehlten (auch in der *Carolina* gab es noch viel Kasuistik), war der Bedarf dafür besonders groß. Vgl. Carpzow, Qu. 133 Nr. 1, 2; Neef, S. 1782 f., Schreiber, Richter, S. 29.

ordentliche Strafe mehr in materiellrechtlichem Sinne behandeln wird hier derselbe Begriff vorwiegend prozeßrechtlich aufgefasst. Die *poena extraordinaria* veraltete durch den Einfluß der Aufklärung mit der Durchsetzung der These *nullum crimen, nulla poena sine lege* zur Jahrhundertwende als materiellrechtliches Phänomen, als beweisrechtliches Problem blieb sie aber immer noch lebendig.

Man versuchte nach dieser Wende die außerordentliche (Verdachts)Strafe als nützliches und notwendiges Mittel gegen äußerst gefährliche Menschen zu rechtfertigen und damit die Verdachtsstrafe zum Sicherungsmittel umzuqualifizieren.¹⁴ Der Standpunkt von Klein und Kleinschrod erscheint in dieser Frage als eher unsicher: Einerseits gehen sie davon aus, daß eine solche Verdachtsstrafe nicht wie eine eigentliche Strafe angesehen werden kann – eine „Verwahrung“ und eine Strafe sind miteinander nicht vereinbar; das ist ein fortschrittlicher Gedanke. Was hat aber mit den höchst verdächtigen Leuten zu geschehen? – das sei eine Aufgabe für die Bewerber.

Viel eindeutiger ist die Beurteilung der Folter, die zur damaligen Zeit in den meisten Ländern bereits abgeschafft worden war. Bei deren Behandlung gibt es aber etwas, was sehr auffallend ist: Die „peinliche Frage“ wird nicht aus der Sicht des Inquisiten, sondern des Publikums behandelt! Also gerät wieder der Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit in den Vordergrund – „Denn wer kann Vertrauen zu einem Menschen haben, dessen Freysprechung auf Rechnung seiner Hartnäckigkeit geschrieben wird?“ Hinter dieser Formulierung steht doch wohl die Schuldvermutung – der Verdächtige ist in der Folter bei dem Geständnis seiner Schuld bloß davongekommen, er sei jedoch bestrafen, zumindest nicht auf freien Fuß zu lassen. Die Möglichkeit, daß der Angeschuldigte eventuell völlig unschuldig ist, wurde kaum in Erwägung gezogen.

„Der einzige Ausweg scheint hier ein Gericht der Geschwornen zu seyn“ – meinen die Stifter der Preisfrage. Dies ist eine wichtige Äußerung, die zeigt, daß nicht nur die Problematik der Verdachtsstrafe angesprochen wird, sondern daß es auch eine konstruktive Vorstellung von der Richtung der weiteren Entwicklung gibt. Es ist

¹⁴ Vgl. Schaffstein, ZStW 101 (1989), S. 509 ff.

anscheinend klar geworden, daß die beweisrechtlichen Schwierigkeiten im Falle der Verdachtsstrafe mit den traditionellen Methoden nicht zu lösen sind. Das ganze Beweissystem soll von Grund auf erneuert werden. Es geht nicht darum, daß es lediglich an einer „steifen Theorie“ mangelt; es geht vielmehr darum, daß in der Zukunft nach dem „gesunden Menschenverstande“ geurteilt werden sollte – eine einfache, mutige Formulierung der freien Beweiswürdigung. Die Idee des auf die innere Überzeugung des Richters gebauten Urteils schien noch verfrüht zu sein, denn der Geist und die juristische Denkweise des gemeinen Rechts, gegen die einer der schwersten Vorwürfe gerade die richterliche Willkür war, waren im Rechtswesen noch sehr lebendig. Das Geschworenengericht aber, welches die freie Beweiswürdigung durch Laien durchsetzte, erschien tauglich, aus diesem Teufelskreis herauszuführen.¹⁵

Die Erläuterung schließt mit einem Aufruf an die Bewerber: „Wir müssen aber bitten, bey Beantwortung dieser Frage einen doppelten Gesichtspunkt zu nehmen, und nicht nur anzugeben, welche Mittel ein weiser Gesetzgeber zur Verhütung dieser Uebel brauchen könne, sondern auch den Richter zu belehren, wie er sich bey dem Mangel solcher Gesetze zu verhalten habe.“¹⁶ Der praktische, strafrechtspflegerische Gesichtspunkt wurde damit in der Preisaufgabe betont.

¹⁵Der Teufelskreis wurde in folgendem erblickt: Man müßte ein neues Beweissystem aufbauen, weil im Rahmen des alten das Problem der Verdachtsstrafe nicht zu lösen ist – der einzige Ausweg scheint zu sein, dem Richter eine erhebliche Ermessensfreiheit zu gewähren; das wäre aber formell eine Rückkehr zur Zeit von Carpzows. Und das moderne Strafrecht kämpft eben gegen die richterliche Willkür – die Aufklärungszeit wird u. a. diese Bestreben gekennzeichnet. Mit den vorhandenen Mitteln ließe sich also keine Lösung zu finden.

¹⁶A. a. O. S. 155.

II. DIE EINZELNEN PREISSCHRIFTEN

Von den sieben eingesandten Abhandlungen sind wie gesagt nur jene vier bekannt, die im dritten Band des Archivs 1800 publiziert worden sind. Die Autoren der einzelnen Schriften sind teilweise angesehenere Personen der damaligen Rechtswissenschaft gewesen: Eisenhart und Zachariä gehörten dazu, während die anderen verhältnismäßig wenig bekannt waren.

Johann Adam Bergk (1769.–27. Okt. 1834) hieß der Teilnehmer, der seine Preisschrift mit der Devise „*Justitia est conservatrix civitatis*“ aus Leipzig eingeschickt hatte. Welche Tätigkeit er in dieser Stadt ausgeübt hat, geht aus dieser Publikation nicht hervor.¹⁷ Soviel ist jedoch bekannt, daß er als Privatgelehrter in Leipzig lebte und teils unter seinem Namen, teils unter den Namen Hainichen und Julius Frey eine große Zahl heute vergessener populär-philosophischer Schriften veröffentlichte, die sich auf die Philosophie von Kant, auf Psychologie, Rechts- und Religionsphilosophie bezogen.¹⁸

Über Heinrich August Vezin (1745–1816) ist ebenfalls nur wenig bekannt: Er ist „Kanzleyrath“ in Osnabrück (vorher Sekretär daselbst) gewesen, und hat seine Abhandlung mit dem Denkspruch „*Vitam impendere vero*“ versehen.¹⁹ Wir wissen außerdem, daß er seit 1808 als Richter des Tribunals der ersten Instanz zu Osnabrück im Weser-Departement tätig war.

Carl Salomo Zachariä (14. Sept. 1769 – 27. März 1843), Professor des Lehnrechts an der Universität in Wittenberg, seit 1807 bis zu seinem Tod in Heidelberg, war ein namhafter Vertreter der Rechtswissenschaft seiner Zeit und beschäftigte sich neben dem

¹⁷In der Überschrift seiner Abhandlung ist lediglich zu lesen: „Preisschrift über dieselbe Preisfrage von Hem J. A. Bergk in Leipzig“; Bergk, Preisschrift, S. 76. Interessant ist, daß ein Buch von ihm (Untersuchungen) sogar ohne Ortsangabe des Verfassers veröffentlicht wurde. Er hat im Archiv mehrmals publiziert, jedoch nur unter der Bezeichnung: Bergk; vgl. z. B. Ueber die Strafgerechtigkeit und über die Strafklugheit, in: ACrR Bd. 2 (1800), Stück 4, S. 139 ff.

¹⁸Vgl. ADB Bd. 2, S. 389; NND Bd. 12 (1834), S. 1254–1262.

¹⁹Siehe Vezin, S. 50–75.

Strafrecht auch mit anderen Rechtsgebieten.²⁰ Er verbarg sich hinter dem Kennwort „Fiat justitia, et pereat mundus“.²¹

Die gekrönte Preisschrift wurde von Ernst Ludwig August Eisenhart (1762–2. August 1808) geschrieben; sie trug die Chiffre „*Potest poena dilata exigi, non potest exacta revocari*“, hat einen mit der Theorie und Praxis des Criminalrechts vertrauten scharfsinnigen Verfasser verraten, und den Preis einstimmig zuerkannt erhalten.²² Diese Schrift des jüngeren Helmstedter Professors Eisenhart²³ „[...] darf aus heutiger Sicht als sein bedeutendstes Werk angesehen werden, obwohl sie sich nur den schon vorher von Boehmer und Klein entwickelten Gedanken anschließt“ – meint Schaffstein.²⁴ Diese Ansicht ist zu teilen, es ist aber noch hinzuzufügen, daß auch die Gründlichkeit, systematische Behandlung und Ausführlichkeit der Preisschrift (sie allein ist etwa so umfangreich wie die drei anderen publizierten Abhandlungen zusammen) wahrscheinlich für die Beurteilung maßgebliche Gesichtspunkte waren.

1. Johann Adam Bergk

Der Verfasser betont vor allem die Wichtigkeit der Gerechtigkeit, die als Minimum der Moralität gilt. Seiner Auffassung darüber ist

²⁰ Einige seiner wichtigeren Werke: Handbuch des Königlich Sächsischen Lehnrechts, 2. vermehrte Auflage, Leipzig 1823; Handbuch des Französischen Civilrechts, 4 Bde., 4. verbesserte und bedeutend vermehrte Auflage, Heidelberg 1837; Vierzig Bücher vom Staate, 5 Bde., Heidelberg 1820–1832.

²¹ Siehe Zachariä, Preisschrift, S. 1–59.

²² „Nachricht von der Ertheilung des Preißes wegen der in Nr. 15. St. 2. Th. 1. des Archivs des Criminalrechts aufgeworfnen Frage“, von den Kampfrichtern: Kircheisen, Klein, Kleinschrod; in: ACrR Bd. 2 (1800), Stück 4, S. 115.

²³ Sein Vater hieß Johann Friedrich Eisenhart (gest. 1783) und war auch Professor der Rechte in Helmstedt. Vgl. Weidlich, S. 280–304. Der jüngere Eisenhart promovierte in Helmstedt 1786, seit 1787 Privatdozent ebd.; er erlangte eine außerordentliche Professur 1788, eine ordentliche 1794.

²⁴ Schaffstein, ZStW 101 (1989), S. 512. Eisenhart schrieb mehrere Dissertationen und Bücher, darunter: Versuch einer Anleitung zum deutschen Stadt- und Bürgerrechte, o. O. 1791; Die Rechtswissenschaft nach ihrem Umfange, ihren einzelnen Theilen und Hülfswissenschaften, nebst einer juristischen Encyclopädie, 1. Aufl. o. O. 1794.

der Einfluß Kants sehr wohl anzumerken: „Wer tugendhaft werden will, muß sich an allgemeine Maximen gewöhnen, und zur Bekanntschaft mit solchen und an ihre Angewöhnung wird der Mensch durch ein stetes rechtliches Verfahren des Staates geführt und erzogen.“²⁵ Der Gedankengang der Preisschrift wird in fünf Abschnitten entfaltet, in welche der Autor die aufgeworfene Preisfrage gliedert: Der Begriff der Strafe selbst – Der Zweck der Strafe – Die Interpretation des Begriffes der außerordentlichen Strafe – Über die Gerechtigkeit der außerordentlichen Strafe – Die Probleme der Sicherungsmittel. Es bietet sich an, dieser Gliederung zu folgen.

a) Was bedeutet eigentlich „Strafe“?

Der Autor definiert den Begriff der Strafe in seinem Verhältnis zu den jeweiligen Strafgesetzen, als „ein wegen einer Gesetzübertretung durch den Staat zuerkanntes Uebel.“²⁶ Dabei gibt es drei Elemente:

- a) Das äußere Übel (die Beraubung der persönlichen Freiheit, Verminderung des Vermögens, Erbringung von Arbeiten usw.),
- β) das von dem Staat verhängt wird (sonst geht es überhaupt nicht um Strafrechtspflege),
- γ) wegen einer gesetzwidrigen Handlung – dieses letzte Moment ist das interessanteste. Auffallend ist, daß Bergk den Ausdruck „Gesetzübertretung“ benutzt, und nicht etwa einfach von einer abstrakten „Rechtswidrigkeit“ spricht. Das Gesetz hat den höchsten Rang unter den Rechtsquellen, seine Vorschriften gewähren eine hohe Objektivität. Es wird sogar die Maxime des aufklärerischen Strafrechts – *nullum crimen*,

²⁵A. a. O. S. 76. Ähnlich in einer anderen Schrift, über die Aufgabe der Strafe: „Die praktische Vernunft verlangt daher Ausgleichung des sittlichen Werthes mit einem sinnlichen Gute und der Unsittlichkeit mit einem sinnlichen Uebel, dieses aber muß verschuldet, d. h. durch Freyheit zugezogen seyn.“ Bergk, Untersuchungen, S. 162.

²⁶A. a. O. S. 78. Vgl. Bergk, Untersuchungen, S. 163 ff.

nulla poena sine lege – formuliert: „Eine Handlung ist nur in so ferne ein Verbrechen, als sie gegen ein vorhandenes Gesetz verstößt, und also kann ein Verbrecher rechtlicher Weise auch nur nach dem Gesetze gerichtet und durch dasselbe verdammt werden.“²⁷ Auffallend ist in dieser Definition weiterhin, daß der Begriff der Strafe überwiegend aus der Sicht des Staates entfaltet wird, die Perspektive des Subjekts bzw. des Beschuldigten erhält kaum Gewicht.

Es war ein Kennzeichen der Epoche der Aufklärung, den Richter an den Buchstaben des Gesetzes zu binden.²⁸ So heißt es bei Bergk: „[...] der Richter, der die Strafe zuerkennt, ist nur so lange als gültig anzusehen, als er den Buchstaben des Gesetzes, welcher allein der Wille des Souverains seyn kann, weil er allgemeinverständlich seyn soll, befolgt. Jede willkürliche Deutung, jede Ausforschung des Geistes des Gesetzes ist unerlaubt.“²⁹ Das schien logisch zu sein: Um die richterliche Willkür – die ein Dorn im Auge der damaligen Reformen war, und als die Verkörperung der Rechtsordnung des *ancien regime* gesehen wurde – zu vermeiden, sollen Gesetzbücher (vgl. das zeitgenössische „Kodifikationsfieber“) geschaffen werden, damit möglichst das ganze Lebensgebiet der Staatsbürger durch Gesetze „gedeckt“, ihr Verhalten dadurch geregelt wird. Bei der Anwendung des Gesetzes darf der Richter von dessen Vorschriften nicht abweichen – nur so ist ein modernes Rechtssystem durchzuführen. Dies war aber eine eher theoretische Vorstellung, die sich in der Praxis nicht bewährt hat – sie war zu starr.

b) Der Zweck der Strafe

Welches ist der Zweck der Strafe? – eine ebenso alte Frage wie das Strafrecht selbst; die Antwort hat sich demgemäß im Laufe der Zeiten immer wieder geändert. Der Autor unterscheidet zwischen ma-

²⁷ Ebd. S. 79.

²⁸ Vgl. z. B. Josephina I §13.

²⁹ A. a. O. S. 80.

teriellen und formellen Zwecken: Jene sind empirisch und ihre Erreichung sei ungewiß; diese aber allgemein und leicht zu erreichen. Durch Strafe die Menschen von Verbrechen abzuhalten (*praeventio generalis et specialis*), sei „fruchtlos“ – der Präventionsgedanke wird von ihm angegriffen. Es sei nicht möglich, erfolgreich Prävention zu betreiben, weil der Eindruck der Strafe auf die menschliche Natur sehr mannigfaltig sei: „[...] den Einen gewinnt eine gütige Behandlung, auf den Andern macht sie fast gar keinen Eindruck; den Einen schrecken physische Leiden, einen Andern machen sie halsstarrig; der Eine spottet der Drohungen, die man gegen ihn ausstößt, den Andern empören sie.“³⁰ Die präventive Strafe sei sogar durchaus ungerecht: „Man will zur Verhütung von zukünftigen Verbrechen auf Unschuldige einen ungewöhnlichen Eindruck machen, und man thut ihnen wehe, ob sie gleich nichts verschuldet haben.“³¹ In diesem Zusammenhang weist Bergk nachdrücklich auf die Bedeutung der Würde der Person des Verbrechers hin. Die Formulierung ist fast pathetisch und stellt den Verbrecher geradezu als Opfer dar: „Man behandelt ihn als bloßes Mittel zu erdichteten Zwecken, und sieht ihn für ein Opferthier an, das für die Sünden des Volkes büßen soll.“³² Die auf Prävention gebauten Strafzwecke sind also nicht nur praktisch unerreichbar, sondern auch widerrechtlich: „Der Mensch darf niemals weggeworfen werden.“³³

Demgegenüber trifft die gerechte und zweckmäßige Strafe – neben der Vermeidung der richterlichen Willkür – nur denjenigen, der die allgemeine Gesetzlichkeit aufgehoben hat, um das Gleichgewicht wieder herzustellen.³⁴ Schwerpunkt ist also das Gleichgewicht, in gewissem Sinne die Einheit des Staates; eine spekulative Einheit, die wieder geheilt werden soll: „Der Zweck der Strafe geht also auf die Erhaltung des Staates, der Eine rechtliche Person ist, und der stets Eine Perso bleiben soll; diese Einheit wird aber durch

³⁰ Ebd. S. 82.

³¹ Ebd. S. 84. Bergk steht mit dieser Meinung in Opposition zu Feuerbachs Theorie des psychologischen Zwangs. Vgl. Kleinheyer/Schröder, S. 84.

³² Ebd.

³³ Ebd. S. 85. Die Einwirkung des Naturrechts auf das Denken von Bergk ist ganz klar.

³⁴ Vgl. ebd. S. 86 f.

ein Verbrechen aufgehoben, und bleibt es so lange, als der Verbrecher nicht bestraft ist.”³⁵ Das ist eine reine Fiktion, eine Art von Vergeltungstheorie. Dieser Zweck sei allein rechtmäßig, weil er sich nur auf den Täter bezieht, und weil er lediglich die Wiederherstellung der gestörten Rechtsordnung beabsichtigt. Es grenzt dies fast an die Wiederbelebung des Talionsprinzips: „Es widerfährt ihm daher das, was er den Andern angethan hat, und es fällt ihm das Loos, das er verdient hat.”³⁶ Die Strafe erscheint bei Bergk als Selbstzweck, und trägt ihre Vernunft in sich; durch die Strafe wird die abstrakte Einheit des Staates von selbst geheilt.³⁷

*c) Die Interpretation des Begriffes
der außerordentlichen Strafe*

Bergk formuliert den Begriff der außerordentlichen Strafe etwa in gleichem Sinne, wie es seit Carpzow in der strafrechtlichen Literatur üblich war – vorwiegend materiellrechtlich und unter zwei Hauptformen: Um eine außerordentliche Strafe handelt es sich, „wo man entweder über das Gesetz hinausgeht, und also einen Verbrecher härter straft, als das Gesetz gebietet, oder überhaupt jemandem ein Uebel zufügt, das er nach dem Gesetze nicht verdient

³⁵ Ebd. S. 87.

³⁶ Ebd. S. 88. Wie inkonsequent diese Argumentation ist, kommt erst bei der Beurteilung der Todesstrafe ans Licht. Demnach sollte ein Mörder unbedingt vernichtet werden, um das „Gleichgewicht wieder herzustellen“ – gegen die Todesstrafe protestiert aber u. a. die Humanität. Das Vernichten des Menschenlebens ist mit den Postulaten der Aufklärung nicht vereinbar: „Der Staat kann niemand zwingen, sein Leben für einen Andern aufzuopfern, wenn er es nicht freywillig thut, noch viel weniger darf er einer Uebertretung wegen, die schon geschehen ist, ein Menschenleben schlachten [...] Die Sicherheit des Staats darf nie Menschenopfer verlangen [...]” Bergk, Untersuchungen, S. 177 f.

³⁷ In einer anderen Arbeit schreibt Bergk über dieselbe Frage: „Der Zweck der Strafe ist weder Besserung noch Rache, sondern Ausgleichung des sittlichen Unwerthes durch physische Leiden. Sie ist die natürliche Folge der Harmonie einer moralischen mit einer sinnlichen Welt. Man darf sie daher nicht als Mittel zu irgend etwas, sondern selbst als Zweck betrachten, der ausgeführt werden soll, weil etwas hervorgegangen, worauf er nothwendiger Weise durch Freyheit erfolgen soll.” Untersuchungen, S. 169.

hat, z. B. wenn man einen Verdächtigen als einen Ueberführten behandelt, oder wo man auch unter dem Gesetze bleibt und gelinder straft, als dasselbe gebietet."³⁸ Das im angeführten Text verwendete Beispiel (einen Verdächtigen wie einen Überführten behandeln) – worunter richtig der Tatbestand der sog. „Schufferei“ (Carpzow = *stellionatus*) verstanden werden müßte, verrät woran der Autor eigentlich denkt: an die Verdachtsstrafe. Jede Abweichung von dem Gesetz ist als etwas „Außerordentliches“ anzusehen. Die Interpretation des Begriffes hält sich im traditionellen Rahmen: Es gibt *poena ordinaria* und *poena extraordinaria*. Die letztere galt aber zur damaligen Zeit in eigentlichem Sinne als eine veraltete Einrichtung und kam nur noch selten vor. Der verfahrensrechtliche Gesichtspunkt kommt zunächst kaum zur Geltung.

Das Wesen der außerordentlichen Strafe besteht also nach dem Autor in einer Abweichung von den Vorschriften des Gesetzes. Unter einer außerordentlichen Strafe kann man mithin auch eine solche verstehen, die milder als die im Gesetz angedrohte ist. Diese Auslegung scheint auf den ersten Blick harmlos zu sein, in Wahrheit ist das aber nicht so. Eine gelindere Sanktion ist eine Strafe ohne Anordnung des Gesetzes, das übertreten worden ist, und „[...] ihre Zufügung ist ein Verbrechen, weil jemand als unschuldig verurtheilt wird.“³⁹ Die Frage wird also nicht in dem Sinne aufgefaßt, daß der „Verbrecher“ ohne die an sich fällige Strafe davongekommen ist, sondern von der Seite der Strafrechtspflege: Es ist eventuell einem unschuldigen Menschen eine (egal, wie große) Strafe zuerkannt worden. Und das ist eine echte Verdachtsstrafe. Auffallend ist, daß diese Betrachtungsweise die Schuldvermutung schon beseitigt zu haben scheint.

Eine mildere Sanktion darf auch dann nicht verhängt werden, wenn jemand die Rechtsordnung aus Not übertritt, weil man sagen könnte, daß alle Verbrechen aus irgendwelcher Not begangen werden. Weiterhin, „[...] wer geistig krank ist, kann kein Verbrechen begehen, weil er seines Verstandes nicht mächtig ist.“⁴⁰ Sehr inter-

³⁸ A. a. O. S. 89.

³⁹ Ebd. S. 119.

⁴⁰ Ebd. S. 120.

essant ist die Erörterung des Begnadigungs- bzw. Milderungsrechtes des Herrschers; obwohl dieses Instrument bis heute bekannt und in Anwendung ist, wird es vom Autor kategorisch abgelehnt: „Der Souverain, der immer so handeln muß, daß seine Handlung jedermanns Beystimmung erhält, kann und darf daher keinen Verbrecher begnadigen, weil er durch die Begnadigung einen Akt ausübt, der seinen Charakter gänzlich vernichtet.“⁴¹ Eine solche Inkonsequenz – ebenso wie die freie richterliche Beweiswürdigung – wäre nicht zu verzeihen und ist mit dem Staatsbegriff des Verfassers nicht zu vereinbaren.

d) Über die „Gerechtigkeit“ der außerordentlichen Strafe

Die Definition der außerordentlichen Strafe wird durch Bergk modifiziert, denn er formuliert diejenige Variante der außerordentlichen Strafe die die Verdachtsstrafe betrifft, schon mehr im prozeßrechtlichen Sinne, wenn nämlich das Gesetz einen Verdächtigen wie einen Schuldigen behandelt. Ist nun eine solche Strafart rechtlich? – fragt Bergk. Im Grunde natürlich nicht – lautet seine Antwort. Jegliche Strafe darf nur vom Staat und wegen wirklicher Übertretung eines Gesetzes verhängt werden. Die wichtigste Voraussetzung ist also das Vorhandensein einer Rechtsnorm, die durch ein Verbrechen verletzt worden ist. Es ist nicht ganz eindeutig, aber wahrscheinlich denkt der Verfasser an Verletzung von materiellrechtlichen Normen.⁴² Aber das Problem ist damit noch lange nicht gelöst, weil auch Rechtssätze denkbar sind, wonach eine Verdachtsstrafe als „rechtmäßig“ verhängt werden kann.⁴³ Dann erfolgt die Erwähnung und kurze, kritische Erörterung von zwei Tatbeständen; als gemeinsames Kennzeichen gilt für beide, daß die außerordentliche Strafe ausnahmsweise nicht schärfer als die im Gesetz festgelegte Strafe sein darf.

⁴¹ Ebd. S. 122.

⁴² Vgl. ebd. S. 90 f.

⁴³ Vgl. CJBC Teil 2, Kap. 10, 5 9; KO 406–408, sowie Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 431 u. 447.

Zur ersten Gruppe rechnet Bergk den Fall, daß der Täter sich Grausamkeiten zu schulden hat kommen lassen oder Gesinnungen gezeigt hat, die nur „[...] der verworfenste Bösewicht sich erlauben kann, und er hat einen Grad von Besonnenheit und Bosheit dabey gezeigt, der ihn als einen Teufel in Menschengestalt charakterisirt.“⁴⁴ Ist es nun in diesem Fall nicht erlaubt, den Verbrecher härter zu bestrafen, als das Gesetz gebietet? Die Antwort ist kategorisch: Nein; die Argumentation ist jedoch ziemlich flach, und sagt wenig: „Jede über das Gesetz hinausgehende Strafe ist also verboten, und ist selbst ein Verbrechen, weil es ein Grundgesetz des Staates ist, daß niemand des Genusses seiner Freyheit beraubt werden darf, außer durch den Ausspruch des Richters nach dem Gesetze, weil sonst jeder bürgerliche Verein sowohl unnütz- als unmöglich wäre.“⁴⁵

Bergk behandelt in der zweiten Gruppe die „kühnen Aufrührer“, die die Sicherheit des Staates mit einer völligen Auflösung oder mit dem Umsturz seiner Verfassung bedrohen; sind die Täter unter solchen Umständen nicht härter zu sanktionieren? Dieses Problem wird nicht bloß als ein strafrechtliches behandelt; es ist auch erheblich politisch geprägt. Die Meinung von Bergk ist im wesentlichen: Nein; der Staat darf nach den vorhandenen strafen. Wenn der Staat härter straft, als es das Gesetz vorsieht, so schafft der Staat selbst das *Oberherr-Untertan* (es geht nicht um *Staatsbürger!*) Verhältnis ab, und es kommt eine Situation zustande, bei der das Subjekt als Feind behandelt werden müßte. Folglich wäre es ein Widerspruch, über eine Strafe im innenrechtlichen Sinne zu sprechen. Der Fall wird politisch, ja völkerrechtlich geprägt sein, wenn die Aufrührer einen neuen, unabhängigen Staat proklamieren; da werden zunächst die beiden Parteien Feinde und eine Bestrafung kann wieder nicht erfolgen.

Den Kern der Ausführungen bildet die Behandlung zweier interessanter Probleme, nämlich erstens die Bestrafung eines bloß Verdächtigen und zweitens die Verlängerung der Strafzeit eines Verbrechers, der seine Strafzeit zwar überstanden hat, dem aber wegen der geringen Wahrscheinlichkeit seiner Besserung und aus

⁴⁴ A. a. O. S. 92.

⁴⁵ Ebd. S. 92 f.

Furcht vor neuen Verbrechen, die er begehen könnte, noch länger seine Freiheit vorenthalten wird. Der Fall ist der „Prototyp“ der Verdachtsstrafe und auch der zweite ist hierfür ein gutes Beispiel, wenn auch mehr im Gewand einer Sicherungsmaßnahme.⁴⁶ Beide Probleme werden in der Interpretation Bergks im Folgenden gesondert behandelt.

da) Die Verdachtsstrafe in engerem Sinne

Es geht hier eigentlich um prozeßrechtliche bzw. beweisrechtliche Fragen. Bergk unterscheidet zwischen Verdächtigem und Überführtem; Letzterer hat die Tat eingestanden, wobei die objektiven und subjektiven Beweise mit dieser Aussage übereinstimmen – jener leugnet entweder dieselbe, obgleich die Zeugen oder der Sachverhalt (oder beide zusammen) gegen ihn sprechen. Oder es liegt so, daß man überhaupt keine bestimmte Tat hat, deren man ihn beschuldigen könnte. Die „scharfe Entgegensetzung“ des Bekenntnisses (in Form des Eingeständnisses) mit den anderen Beweismitteln ist ein Kennzeichen der gemeinrechtlichen Denkart.⁴⁷ Den letztgenannten Verdacht kann sich der Inquisit entweder durch ein auffallendes Benehmen oder durch seine spezielle Lage beziehen. Die Beurteilung dieser Situation ist relativ einfach: „So lange nun aber die Obrigkeit keine bestimmte Thatsache vorweist, die jemanden als Urheber anklagt, kann sie auch niemanden weder im Verhafte behalten, noch weniger bestrafen.“⁴⁸

Was ist aber zu tun – fragt Bergk –, wenn ein bestimmtes und erwiesenes Verbrechen vorhanden ist, aber der Verdächtige leugnet und es keine zwei Zeugen gibt? Das ist das ominöse beweisrechtliche Problem, weswegen damals auch die Tortur eingeführt wurde. Bergk betrachtet den Verdacht als ein Fürwahrhalten aus subjektiven Gründen, daß jemand etwas Widerrechtliches begangen habe. Der Verdacht ist bloß etwas Subjektives („ein Meinen und

⁴⁶Zur Sicherheit des Individuums, vgl. Beccaria, S. 70 ff. (§§ 3/4); Schaffstein, ZStW 101 (1989), S. 73.

⁴⁷Vgl. *Carolina* Art. 26, 28.

⁴⁸A. a. O. S. 97 f.

kein Wissen”), kann also nicht allgemein mitgeteilt werden. Da der Kreis der Überführten sehr eng gezogen wird – die Tatsache des begangenen Verbrechens gewiß sein, die Zeugen⁴⁹ sollen wahrhaftig sein, und der Inquisit muß die ihm angeschuldigte Tat eingestanden haben –, bleibt ein breites Spektrum für Fälle, in denen auf Verdacht bestraft werden müßte. Es ist auffallend, wieviel Gewicht der Verfasser auf das Eingeständnis des Verdächtigen legt: Ein klares Zeichen dafür, daß von einer freien richterlichen Beweiswürdigung zur damaligen Zeit noch nicht die Rede sein konnte.

Die einzelnen Elemente eines als überführt zu betrachtenden Verbrechens stehen bei dem Autor miteinander in einem konjunktiven Verhältnis. So z. B. das Eingeständnis allein, das Zeugnis in eigener Sache „ist sehr verdächtig”, folglich darf man allein darauf auf keinen Fall eine Strafe bauen. Weshalb das Eingeständnis des Angeklagten zu seiner Verurteilung notwendig sein soll, wird in der Argumentation kraftlos erklärt. Die Aufgabe wäre in der Tat, die Identität zwischen dem Angeschuldigten und dem wirklichen Verbrecher ganz außer Zweifel zu setzen: „Fremde Personen können dies allein nicht bewirken, weil bey allem guten Willen und bey aller Aufmerksamkeit hier leicht ein Irrthum möglich ist; es ist also nothwendig, daß der Angeschuldigte die Wahrheit ihrer Aussage durch seine Einstimmung bekräftige. Aber dieses Eingeständniß ist, wegen eines leicht besorglichen Irrthums nicht allein nützlich, sondern auch rechtlich, weil niemand außer durch die Einstimmigkeit der dabey interessirten Parteyen verdammt werden darf.”⁵⁰ Der Richter muß also auch vom Angeklagten selbst die Worte des Eingeständnisses hören – sonst gilt der Verdächtige nicht als überführt. Dieses Bestreben nach einer fast absoluten Gewißheit, die scheinbar etwas Gutes, Modernes ist, ist in Wirklichkeit noch ein Requisite der gemeinrechtlichen Auffassung. Das Wesen dieses Beweises bleibt immer noch gewissermaßen formell, weil auch dann, wenn alle angeführten Voraussetzungen vorhanden sind, nicht

⁴⁹ Als Zeugen gelten auch Instrumente, Urkunden usw., „[...] die aber eine äußerst sorgfältige und gewissenhafte Untersuchung erfordern.” Ebd. S. 100 f.

⁵⁰ Ebd. S. 103. Um den Angeschuldigten zum Eingeständnis bringen, dürfe kein körperlicher Zwang (praktisch die Folter) ausgeübt werden. Vgl. S. 106 f.

sicher ist, daß in dem Richter eine innere Überzeugung von der Schuld des Verdächtigen entsteht.

Dieses subjektive Moment gewinnt aber zunächst keine entscheidende Bedeutung. Wenn also die Vorbedingungen nicht vollkommen erfüllt sind, bleibt der Angeklagte weiterhin ein Verdächtiger, der in der Regel freigesprochen werden muß. Die Verurteilung eines solchen Menschen „[...] widerspricht sich selbst, und ihre Zufügung ist das Grab aller Gerechtigkeit.“⁵¹ Es gibt nur Schuldige und Unschuldige. Das ist an sich eine schon sehr fortschrittliche Feststellung.

Der Gesichtspunkt der Sicherheit des Staates bzw. der Furcht seiner Bürger vor einem freigesprochenen, d. h. nicht überführten Verdächtigen tritt nachdrücklich in den Vordergrund. Es scheint logisch zu sein: Die Gesellschaft hat das Recht, sich vor einem solchen äußerst gefährlichen „Verbrecher“ durch eine außerordentliche Strafe zu schützen. Der Standpunkt des Autors dazu ist wieder kategorisch ablehnend; auch in solchen Fällen ist die Strafe nicht zu erlauben, „[...] denn wie will man im Stande seyn, jemand einen gefährlichen Mann öffentlich zu erklären, so lange er nicht jemandes Rechten Abbruch gethan hat? Der Staat darf seine Urtheile auf kein Meynen bauen, sondern muß sie auf ein Wissen gründen, wenn er verdammen will.“⁵²

Ein wichtiges Problem ist auch, ob der Gesetzgeber das Recht hat, ein Gesetz zu erlassen, das auf Verdächtige zugeschnitten ist.⁵³ Bergks Urteil ist wieder eindeutig: „Wenn die Gesetzgebung selbst ein Gesetz zur Bestrafung der Verdächtigen gäbe, dieses sowohl ungerecht als unanwendbar seyn würde.“⁵⁴ Ungerecht, weil das Gesetz sich nur auf festgestellte und nicht auf mutmaßliche Verbrecher beziehen darf; unanwendbar, weil ein Verdächtiger solcherweise bald verdammt, bald losgesprochen würde – der Gesetzgeber wäre unverzeihlich inkonsequent. Das Problem sieht jedoch in Wirklichkeit etwas anders aus: der Gesetzgeber bestraft nicht

⁵¹ Ebd. S. 105.

⁵² Ebd. S. 106.

⁵³ Daß es solche Gesetze in der Tat gab, ist gewiß; siehe das 5. (Paradigmatisches) Kapitel dieser Arbeit.

⁵⁴ Ebd. S. 110.

einfach einen Verdächtigen, sondern ein sich bereits verdächtiges Verhalten, das für strafwürdig erklärt und gehalten wird, folglich kann der Täter regelmäßig und rechtlich be- und verurteilt werden. Ein gutes Beispiel ist dafür die – im 5. Kapitel der Arbeit erörterte – damalige Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft.

db) Die Strafbarkeit nach Verbüßung der Strafe

Das Problem ist sehr naheliegend: Es scheint konsequent zu sein, eine außerordentliche Strafe dann zu verhängen, wenn befürchtet werden muß, daß ein Verbrecher, der seine Strafe verbüßt hat, neue, schwere Rechtsverletzungen begehen wird, sobald er seine Freiheit wieder erhält.⁵⁵ So einfach diese Fragestellung ist, so klar ist Bergks Antwort: Auch eine solche Strafe ist nicht erlaubt, denn man kann aufgrund der Gesinnung einer Person nicht mit Bestimmtheit etwas darüber aussagen, ob er ein guter oder schlechter, ein nützlicher oder schädlicher Bürger sein wird, ehe er noch etwas getan hat, das gut oder „böse“ ist, und ehe er wieder sein eigener Herr geworden ist. Eine solche Strafe und ein Gesetzbuch, das eine solche Sanktion enthalten würde, wäre äußerst ungerecht, weil es Gesinnungen richten würde, „[...] und also in die Regalien des Weltrichters eingriffe.“⁵⁶ Das Urteil könnte überhaupt nicht auf eine begangene Tat gebaut werden, und es wäre auch fast unmöglich, in einem Gesetzbuch die Kriterien der „strafwürdigen Gefährlichkeit“ zu definieren.

⁵⁵ Man findet auch heutzutage Beispiele dafür, daß ein höchst gefährlicher Verurteilter mit zusätzlicher Sanktion belegt wird. In der ungarischen Strafrechtspflege existierte zwischen 1974 und 1989 ein solches Rechtsinstitut namens „geschärfte Haft“ (szigorított őrizet), wonach die für die gemeine Ordnung und Sicherheit besonders gefährlichen und rückfälligen Verbrecher nach der überstandenen, ursprünglichen Strafe mit einem zusätzlichen Freiheitsentzug belegt werden konnten. Diese Sanktion wurde auch im Gefängnis vollstreckt, war also eine Verlängerung der originalen Strafe. Die „geschärfte Haft“, die Verdachtsstrafe der Gegenwart, durch die Wirkung der theoretischen Bedenken und der ungünstigen praktischen sowie exekutiven Erfahrungen abgeschafft worden. Vgl. Nagy/Tokaji, S. 247 f.

⁵⁶ A. a. O. S. 111.

Es kann natürlich vorkommen, daß jemand das Zuchthaus als noch größerer oder doch gleich großer Bösewicht verläßt, als er es betreten hat. „Ist dies nicht der Staat, der diesen Menschen verschlimmert hat, und gleichwohl will er ihn nunmehr wegen etwas strafen, was er selbst verschuldet hat?“⁵⁷ Bergk räumt ein: Auch die gerechte Strafe ist an sich ein Übel, die zwar nötig sei, jedoch unter Umständen auch ein Mittel, jemanden noch böser, unglücklicher und nicht selten noch gefährlicher zu machen. Die Besserung des Verbrechers wäre nach seiner Meinung nicht die Aufgabe des Staates, jedoch bleibt praktisch keine andere Möglichkeit, dieses Problem zu lösen.⁵⁸ Ein solcher Auftrag wäre aber in der Realität kaum auszuführen, weil auch die Aufseher selbst in den Gefängnissen größtenteils rohe und ungebildete Menschen sind.

Auch der Einwand, daß jemand an Verbrechen „gewohnt“ ist, wird von ihm abgelehnt. Bergk teilt die aufklärerische Meinung, wonach jeder Mensch rechtmäßig handeln wird, sobald ihn keine Not oder keine Beleidigung zum Widerrechtlichen auffordert. Wir wissen, daß diese Auffassung nicht vollkommen zutrifft, aber damals gab es noch keine kriminologischen, kriminalgenetischen, überhaupt soziologischen Forschungen. Man kann sich natürlich schon vorstellen, daß ein Freigelassener unfähig ist, für sich Arbeit und sogar die elementaren Lebensbedingungen zu schaffen. Daher sollte die Polizei solche „Müßiggänger“ beobachten, die „Vagabonden“ aufgreifen und ihnen Beschäftigung und Unterhalt geben. Der Staat sollte für Arbeitshäuser sorgen, wo er den Unbeschäftigten zu tun gebe. „Die Verbrecher, die aus dem Gefängnisse entlassen werden, sollten daher angehalten werden, anzugeben, wovon sie sich in Zukunft nähren wollten, und wenn sie keine bestimmte Beschäftigung, die sie treiben wollten, nachweisen könnten, so müssen sie in das Arbeitshaus geschickt werden, bis sie sich wieder bestimmt von etwas nähren könnten. Im Arbeitshause aber müßten

⁵⁷Ebd. S. 112.

⁵⁸So Bergk: „Es ist daher Pflicht des Staates, die Zuchthäuser zugleich in Besserungshäuser zu verwandeln, und kann er auch nicht die Gesinnung des Bestraften durch Zwang ändern, weil dies jeder Mensch nur selbst thun kann, so kann er ihn doch durch Beyspiel, Belehrung, Ermunterungen u. s. w. an Gesetzmäßigkeit in seinen Handlungen gewöhnen.“ Ebd. S. 113.

sie ihre völlige Freyheit haben und außer ihrem Unterhalte noch etwas verdienen können. Ueber sie müßte keine andere Aufsicht gehalten werden, als über die übrigen Mitglieder.”⁵⁹ Die Idee, den Arbeitslosen Arbeit zu geben, um dadurch eventuelle zukünftige Verbrechen zu vermeiden (vermindern), klingt human und praktisch; jedoch ist der Umstand, daß Menschen dorthin geschickt werden müßten, von einem Zwang geprägt, der für einen Freigelassenen wahrscheinlich als eine Art von Sanktion erscheinen würde. Die Nähe zur Verdachtsstrafe liegt dann auf der Hand.

e) Die Problematik der Sicherungsmittel

Bergk beschäftigt sich in erster Linie mit den Maßnahmen, durch die die Anzahl der Verbrechen überhaupt zu vermindern wäre. Es wird ein ganzer Katalog dafür vorgestellt: Errichtung von zweckmäßigen Erziehungs- und Unterrichtsanstalten; Förderung der Industrie (also Schaffung von Wohlstand im Lande); Errichtung von Arbeitshäusern; Einführung einer für die Sicherheit, Gesundheit und Bequemlichkeit der Einwohn sorgenden Polizei; Verfertigung und Bekanntmachung kurzer, allgemein-verständlicher privat- und strafrechtlicher Gesetze; Schaffung eines „Auflagesystems“, zu dem jeder nach seinen Vermögensverhältnissen beizusteuern hat, und das erst dann von jemanden einen Beitrag verlangt, wenn er sich in Umständen befindet, daß er bequem leben kann; Freigebung aller Handwerke und Gewerbe, alle Handels und Wandels; Einführung einer rechtlich organisierten Verfassung; Schutz der Rede- und Pressefreiheit; endlich Aufhebung und Vermeidung aller Einrichtungen, die nur noch strafbarer zu machen scheinen. „Durch diese Mittel wird ein Land an Aufklärung, Moralität, Industrie und Reichthum gewinnen, und die Einwohner werden einen Charakter erhalten, der an allgemeine Gesetzlichkeit in der Denk- und Handelsweise gewöhnt ist, und die Verbrechen werden selten werden.”⁶⁰ Die Aufklärung hat an den globalen und allgemeinen

⁵⁹ Ebd. S. 116.

⁶⁰ Ebd. S. 124.

Erfolg solcher Einrichtungen geglaubt, um die Fehler und Übel des Staates zu beseitigen und eine optimale Gesellschaft zu schaffen.

Im Rahmen der Verhütung von Verbrechen soll auch das ganze Strafsystem reformiert werden. So müsse der Gesetzgeber dafür sorgen, daß die Strafen gerecht und menschlich seien; daß ihr Zweck jedermann einleuchte; daß der Gestrafte zugleich rechtlich gebessert werde, die Gefängnisse gesund seien und die Gefangenen zweckmäßig beschäftigt würden; endlich, daß die Gefangenenaufseher unsträfliche, einsichtsvolle und humane Männer seien. Eine Wunschliste, die eine Reihe von modernen Ideen enthält, deren Verwirklichung aber in der Praxis damals kaum vorstellbar gewesen ist.

Der Verfasser hat, als er die Kriterien der Strafbarkeit aufgestellt hat, ein Problem ungelöst gelassen; nämlich, daß nur derjenige Angeklagte verurteilt werden darf, der seine Schuld bzw. seine Tat bekennt. Was soll aber mit solchen Angeschuldigten geschehen, die ihr Verbrechen hartnäckig leugnen, und die, wenn sie freigelassen würden, die öffentliche Sicherheit wahrscheinlich schwer verletzen würden? Auf der einen Seite die außerordentliche Strafe (d. h. die Verdachtsstrafe) vermeiden, auf der anderen Seite alles tun, daß kein Verbrechen ungestraft bleibe. Dies ist ein Weg zwischen Scylla und Charybdis. Bergks Vorschlag lautet folgendermaßen: Es sollte eine Regelung getroffen werden, daß der hartnäckige Leugner eines Verbrechens, das er nach der gewissenhaften Aussage der Zeugen und nach der Prüfung aller Umstände begangen hat, „einsichtsvollen und guten Männern“ eine Zeitlang zur Verwahrung übergeben werde, damit er durch Belehrung und Rührung zum Geständnis gebracht werde. Es ist kaum verständlich, warum das Geständnis für den Autor so unentbehrlich ist. Doch das Bestreben zu versuchen, den Verbrecher – außer mit dem Gericht – mit sich selbst moralisch zu konfrontieren, ist menschlich akzeptabel. Wenn aber dieser Versuch nicht gelingt, erhält ein solcher offenbar schuldiger seine Freiheit wieder, „[...] so muß die Gesetzgebung in solchen Fällen verordnen, daß er sich unter der besondern Policey eines Ortes eine Zeitlang befinde, damit diese über seine Aufführung wache, und durch ihre Aufmerksamkeit ihn sowohl von Verbrechen abhalte, als auch zu einer Umänderung seiner Gesinnung

Veranlassung gebe.“⁶¹ Also Freilassung, mit einer Polizeibeobachtung „eine Zeitlang“ verbunden – sie steht nach unserer Meinung einer Verdachtsstrafe nahe. Hätte Bergk im System der freien richterlichen Beweiswürdigung gedacht, so hätte er das Geständnis des Verdächtigen nicht für unentbehrlich halten müssen; er war unfähig, die Vermutung der Unschuld zu akzeptieren. Bei ihm spielt folglich das Rechtsinstitut der Polizeiaufsicht – die als „Maßregel der Besserung und Sicherung“ in Gestalt der Führungsaufsicht auch im heutigen deutschen System angewandt wird – in unserem Verständnis die Rolle der (Verdachts)Strafe.

Es wäre daneben wünschenswert, eine Prozeßform einzuführen, die zur Ermittlung von Schuld und Unschuld „vorzüglich geschickt“ ist, und die sowohl unschuldig Verdächtige rettet, als offenbare „Bösewichter“ der verdienten Strafe nicht entkommen läßt. Der Autor sieht kein besseres Mittel als das Geschworenengericht. Es ist schade, daß er seine Meinung im Zusammenhang mit dieser wichtigen Einrichtung angesichts der Problematik der außerordentlichen Strafe nicht ausführlich entfaltet. Nur die vorgeschlagenen Aufgaben bzw. die Befugnisse der Geschworenen werden angeführt: Entscheidung *a*) über die Wirklichkeit der in Untersuchung begriffenen Tat, *b*) ob Gründe genug vorhanden sind, den Angeklagten für den Urheber der Tat zu erklären, *c*) und über die Schuld des Angeklagten. Die Strafe selbst würde außerhalb der Funktionen dieses Gerichtes liegen und wäre im Gesetz enthalten. Der Autor hat die eigentliche Bedeutung der Geschworenen für die Ausbildung der freien richterlichen Beweiswürdigung bzw. des modernen, die innere Überzeugung des Richters mit den objektiven Ergebnissen der Beweisführung verbindenden Urteils offensichtlich nicht erkannt. Man hat den Eindruck, daß Bergk das Geschworenengericht nur erwähnt, weil es von den Stiftern der Preisausschreibung als der „einzige Ausweg“ aus dem Dilemma zwischen Verurteilung oder Freisprechung eines Verdächtigen bezeichnet wurde. Der tiefere Sinn dieses Gerichtes blieb aber für ihn angesichts der Problematik der Verdachtsstrafe unklar.

⁶¹ Ebd. S. 126.

f) Die Grundsätze des Verfassers

Bergk betont vor allen Dingen die Notwendigkeit, den Richter strengstens an die Vorschriften des Gesetzes zu binden – eine typisch aufklärerische Forderung. Der Buchstabe des Gesetzes ist die Norm, nach welcher der Richter allein handeln darf. „Weicht daher der Richter von dem buchstäblichen Sinne des Gesetzes ab, oder verletzt er muthwillig und absichtlich die eingeführten Formen zur Vollziehung des Gesetzes, so muß sie (d. h. die vollziehende Gewalt) ihn augenblicklich zur Untersuchung lassen.“⁶² In diesem rigorosen System ist der Richter bloß ein Sklave der jeweiligen Gesetze.

„Wahrhaftigkeit und Redlichkeit muß dem Richter über alles heilig seyn, weil sein Beyspiel auf den Charakter des Volkes wirkt. Jeder Trug und jede List aber ist nicht allein unmoralisch, sondern ein solches Verfahren von Seiten des Richters ist auch widerrechtlich.“⁶³ Die Beurteilung des Richters ist widersprüchlich: Er sollte eine makellose Persönlichkeit sein und vorzügliche Fachkenntnisse haben, sowie zur entscheidenden Figur des Prozesses werden. Gleichzeitig wird er aber an die Buchstaben des Gesetzes gebunden, wobei kein Raum mehr für seine innere Überzeugung, genauer gesagt dafür, daß er dieselbe zur Geltung bringen kann, bleibt.

Für den Fall, daß der „hartnäckige“ Angeklagte, der „offenbar“ ein wirklicher und gefährlicher Verbrecher ist, freigesprochen wurde, schlägt er vor, daß der Betroffene einer besonderen Ortsobrigkeit zur Aufsicht anempfohlen werden sollte. Dieser Mensch dürfte aber keineswegs seiner Freiheit beraubt werden, und auch diese „Untersuchung“ darf nur kurze Zeit dauern. Die Grenze zwischen Strafe und Freiheit ist ziemlich elastisch, weil die Strafe selbst an sich gewissermaßen subjektiv ist.

Die summarische Schlußfolgerung des Verfassers lautet: „Niemand darf also seine Freyheit verlieren, außer durch das Gesetz, und jede außerordentliche Strafe ist keine Strafe, sondern ein Ver-

⁶²Ebd. S. 128. Wie Bergk sich das Verhältnis zwischen der richterlichen und exekutiven Gewalt vorgestellt hat, ist zumindest problematisch – vermutlich nicht ganz im Sinne von Montesquieu.

⁶³Ebd. S. 130.

brechen, das an dem ganzen Staate begangen wird.“⁶⁴ Die Maxime, die einzige Richtschnur, sei das Gesetz – das ist richtig. Die Schwierigkeit lag darin, daß das Gesetz den Richter noch nicht an die freie Beweiswürdigung „gebunden“, sondern an ein gesetzlich fixiertes Beweissystem „gefesselt“ hatte.

2. Heinrich August Vezin

Diese Abhandlung ist die kürzeste unter den publizierten Preisschriften und trägt eine bescheidene Überschrift: „Versuch einer Beantwortung der im Archive des Criminal-Rechts B. I. St. 2. S. 152. stehenden Preisaufgabe“.⁶⁵ Der Verfasser behandelt das Thema in zwei Teilen, und zwar: *a)* Kann und wie kann die außerordentliche Strafe gerechtfertigt werden?, *b)* Gibt es ein Surrogat dieser außerordentlichen Strafe, welches den Staat sichert, ohne Ungerechtigkeit gegen den Verdächtigen zu tun? Die zweite Frage wird zu zwei Unterfragen aufgeteilt: *ba)* Worauf kann der Richter in den Fällen erkennen, in denen er sonst zur außerordentlichen Strafe seine „Zuflucht“ nahm?, und *bb)* Was sollte der Gesetzgeber für solche Fälle verordnen?

Der Autor behandelt die Problematik der außerordentlichen Strafe ganz im proßrechtlichen Sinne: Es geht unverkennbar um die Verdachtsstrafe. Die Formulierung der außerordentlichen Strafe stimmt mit dem Begriff der Verdachtsstrafe überein, nämlich „[...] diejenige außerordentliche Strafe, die man gegen den nicht vollkommen überwiesenen Beschuldigten verhängt, in der That eine sehr *außerordentliche* Strafe.“⁶⁶ Auch Vezin ist der Meinung, daß die Abschaffung der Folter dafür verantwortlich ist, daß ein

⁶⁴ Ebd. S. 136.

⁶⁵ ACrR Bd. 3 (1801), Stück 3, S. 50.

⁶⁶ Ebd. S. 56. Es wird auch die traditionelle, materiellrechtliche Annäherung des Begriffes der außerordentlichen Strafe erwähnt; da die Problematik der außerordentlichen Strafe in diesem Zusammenhang unter so polar gespannten Umständen erscheint – ordentliche Strafe = Anwendung der Vorschriften des Gesetzes, bzw. außerordentliche Strafe = Abweichung von denselben –, wird natürlich die *poena extraordinaria* kategorisch abgelehnt.

unvollkommen erwiesener Tatbestand zum grundsätzlichen beweisrechtlichen Problem werden konnte, was auch das Urteilen wesentlich berührt: „Seitdem man den bis zur Folter gravirten Inculpaten dadurch nicht mehr zum Selbsgeständnisse bringen, mithin den unvollständigen Beweis dadurch nicht mehr vervollständigen konnte, mußten nothwendig die neueren Criminalisten in einige Verlegenheit gerathen, was denn mit einem solchen Menschen anzufangen sey.“⁶⁷ So kam der Gedanke auf, der Obrigkeit ein Sicherungs- oder Präventionsrecht einzuräumen, wodurch sie u. a. die Befugnis erhielt, einen des Verbrechens zwar nicht überführten, aber doch sehr verdächtigen und gefährlichen Menschen zur Sicherheit der Gesellschaft, entweder so lange, bis die Gefahr verschwunden war, oder nach den Umständen sogar lebenslang, zu verwahren. Auch die Gerichte haben eine solche Praxis geschaffen und in diesem Geist haben einige Juristenfakultäten, wie die zu Göttingen, zu Leipzig und besonders zu Halle, mehrere Gutachten abgefaßt,⁶⁸ und solche Sicherheitsmaßregeln werden u. a. auch von Kleinschrod und Quistorp gebilligt.⁶⁹

Es ist ein grundsätzliches Problem, ob Sicherheitsmaßnahmen als wirkliche Strafen betrachtet werden müssen – schon die Preisausschreibung hat die Aufmerksamkeit auf dieses Phänomen gelenkt. Der Autor ist sogar der Überzeugung, daß die ganze über die Berechtigung von Sicherungsmitteln entstandene Fehde überhaupt nicht entstanden wäre, wenn man mit dem Wort: *Strafe*, nicht so „höchst schwankende Begriffe verbände“. Es scheint also nützlich zu sein, sich kurz mit den Begriffen der Strafe und des Strafrechts in der Interpretation von Vezin zu beschäftigen.

⁶⁷ Ebd. S. 54.

⁶⁸ Vgl. Merkwürdige Rechtsfälle der Hallischen Juristenfacultät, in: ACrR Bd. 1 (1799), Stück 2, S. 32 f.

⁶⁹ Vgl. Kleinschrod, Unvollkommener Beweis, S. 21.; Quistorp, Entwurf, Teil 2, 92; Rechtliches Erachten, S. 18; Anweisung, S. 47 ff. (§ 26)

a) Die Definition der Strafe und des Strafrechts

Der Autor zeigt ein auffälliges Sprachgefühl bezüglich des Inhaltes der Begriffe. Es scheint ihm, daß für diejenige Befugnis, welche dem Staat wider diejenigen seiner Bürger zusteht, die die Rechtsordnung des Ganzen, bzw. die Rechte eines Einzelnen verletzen, das Wort *Strafrecht* eine ziemlich unangemessene Benennung ist; und daß die Sanktion, die der Staat kraft solcher Befugnis wider den Rechtsverletzer verfügt, etwas ganz anderes sei, als was im gemeinen Leben, im Alltagsleben normalerweise *Strafe* genannt wird. Vezin weist darauf hin, daß Strafe „umgangssprachlich“ eher etwas Sittliches bedeutet, d. h. die Folge der Immoralität ist.⁷⁰ Der Verfasser hat in gewissem Sinne recht; die Verwechslung oder Vermischung der zwei Komponenten des Straf-Begriffes (Moralität-Rechtlichkeit, Subjektivität-Objektivität) ist aber nicht zufällig, sondern hat eine eigene Geschichte.

Im mittelalterlichen Rechtsdenken galt die These: *crimen peccatum est*. Das heißt soviel wie, daß der Verbrecher zugleich als *persona peccata* (d. h. sündhaftige Person), und zwar im religiös-sittlichen Sinne, betrachtet worden war. So nahe sich Staat und Kirche damals waren, war es unvorstellbar, den Begriff der Strafe objektiviert (säkularisiert) sehen zu können. Der Verurteilte war nicht nur ein Verletzer menschlicher Gesetze, sondern auch der göttlichen Rechtsordnung; er wurde nicht einfach nur schuldig, sondern zugleich für sündig gehalten. Dies alles schien so selbstverständlich sein, daß diese Überzeugung in die allgemeine (aber auch in die rechtliche) Denkweise eingegangen ist. Und solche Reflexe können sehr beharrlich sein. Dazu kommt noch der Gesichtspunkt, daß die Strafgesetzgebung – auch heutzutage – vorwiegend ein Verhalten pönalisiert, das auch moralisch zu verurteilen ist. Daß also dem Begriff „Strafe“ teilweise (oder sogar überwiegend) ein negativer moralischer Klang anhaftet, ist nicht überraschend.

⁷⁰ So Vezin: „Das Uebel, welches, als natürliche Folge, oder als Zufall, eine sittlich böse Handlung begleitet, die Uebel, welche von Gottlosen in jenem Leben erwarten, nennt man durchgehends Strafe, und überhaupt nennt man alles das so, was der Mensch durch die Immoralität irgend einer Handlung verdient hat.“ A. a. O. S. 57.

Nach der naturrechtlichen Auffassung des Autors⁷¹ ist es die allerwichtigste Aufgabe des Staates, die Sicherheit sowohl des Ganzen wie auch der Einzelnen zu gewähren. Im Verständnis des Autors kann die Obrigkeit im Hinblick auf Rechtsverletzungen kein anderes Recht, keine andere Pflicht, keinen anderen Zweck haben, als die Sicherheit. Man könnte sagen, daß es hier um eine frühe Formulierung des Anspruches des „Minimal-Staates“ geht. Zu den fraglichen Begriffen wird festgestellt: „Ich kann mir demnach unter Strafrecht nichts anders, als das Befugnis der Obrigkeit denken, dem Staate und dessen Gliedern vor den Beleidigern ihrer Rechte Sicherheit zu verschaffen, und unter Strafe nichts anderes, als dasjenige Mittel, welches die Obrigkeit wider den Beleidiger der Rechte des Staats oder dessen Gliedern, zur Sicherheit der letztern zu ergreifen befugt ist.“⁷²

Im Ausdrucksverständnis von Vezin gelten die Begriffe: Strafrecht, Sicherungsrecht, Präventionsrecht als miteinander synonym. Das Aufgabengebiet des Strafrechtsg, die Befugnisse des Staates (der Obrigkeit) sind relativ groß; während nämlich der „Naturmensch“ nur seine Existenz hat, so hat der „gesellschaftliche mensch“ auch sein Privateigentum, seine Ehre usw. zu verteidigen. Der Verfasser lehnt also die Meinung ab, die staatlich zuerkannte als eine Art von Rache zu betrachten.⁷³ Das Ziel der Strafe sei nicht die „Aussöhnung“ und „Abbußung“ des Verbrechens (das würde

⁷¹ Es ist charakteristisch, daß das naturrechtliche Denken in der Aufklärung mit der Gesellschaftsvertrag-Theorie das Wesen der postulierten bürgerlichen Gesellschaft in die ferne Vergangenheit zurückprojiziert. Ein schönes Beispiel ist dafür die Formulierung von Vezin: „Der außer aller Verbindung mit Andern isolirt lebende Naturmensch hat nur Ein Recht, das Recht zu seyn, mithin sich zu erhalten, und vertheidigen. Um dieses Recht zu sichern, und mit geringerem Aufwande auszuüben, vereinigten sich Naturmenschen in eine Gesellschaft, übertrugen ihre Selbsterhaltungs- und Selbstvertheidigungsrechte dieser Gesellschaft und deren Vorstehern, und um diese in den Stand zu setzen, die übernommene Verpflichtung, das Ganze und die Einzelnen zu erhalten und zu vertheidigen, wirksam ausüben zu können, verpflichteten sie selbst sich, auch ihrer Mitglieder Rechte nicht zu verletzen, den Vorstehern, so weit es die Erfüllung des Contracts erfordert zu gehorchen, und ihren Antheil zu den Verwaltungskosten beyzutragen.“ A. a. O. S. 58 f.

⁷² Ebd. S. 62.

⁷³ Vgl. ebd. S. 60.

der Beurteilung des Verbrechens, bzw. des Verbrechers einen rein ethischen Charakter einräumen), sondern die Verhütung ähnlicher für die Zukunft, entweder durch Besserung des Täters, oder Abschreckung anderer durch Beispiel, oder Außerstandsetzung des Verbrechers, weiter zu schaden. Die Strafe könne auch nicht im moralischen Sinne aufgefaßt werden, weil diese Auffassung eine vertikale Struktur zwischen den Parteien notwendig voraussetzt (wie etwa das Eltern-Kind Verhältnis), die aber unter den Menschen und im Falle von Erwachsenen überhaupt nicht vorstellbar ist. Strafen könnte solcherweise nur „der Schöpfer wider sein Geschöpf“, dieser Vergleich fällt aber schon außerhalb die Zuständigkeit der menschlichen Strafrechtspflege.

b) Die außerordentliche Strafe als Sicherungsmittel

Wenn also unter Strafe vor allem die Befugnis des Staates zu verstehen ist, Sicherheit zu schaffen, d. h. das Recht, zukünftige Verbrechen möglichst zu verhüten, eventuelle Täter/innen mit einem bestimmten Übel zu bedrohen bzw. diese Drohung zu vollziehen, versteht sich von selbst, daß auch diejenigen „strafwürdig“ sind, die eines Verbrechens zwar nicht vollkommen überführt, aber doch durch „eigene Schuld sehr verdächtige, mithin sehr gefährliche“ Menschen sind. Ja, die „[...] Sicherheit des Staats und der Einzelnen ist der einzige, ausschließliche, allgemeine, alle übrigen in sich fassende Hauptzweck der Strafe.“⁷⁴

Da nun die Strafrechtspflege sich in der Tätigkeit des Richters verkörpert, ist es nötig zu bestimmen, nach welchen „Spielregeln“ er sein Amt auszuüben hat. Als Richtschnur muß ihm dabei natürlich das Gesetz dienen; und zwar dort, wo dieses die Art des Verfahrens oder die Gattung und das Maß der Strafe ihm überlassen hat, sein rechtliches Ermessen – dort aber, wo das Gesetz ganz schweigt, die Analogie des Gesetzes. Entscheidend ist also, wie das Gesetz dieses Problem behandelt. Der Autor weist auf die *Carolina* hin, die die Verdachtsstrafe als materiellrechtliches Rechtsinstitut

⁷⁴Ebd. S. 65.

erwähnt. Es geht um den Artikel 176, unter der Überschrift: „Von straff oder versorgung der personen von den man auß ertzeygten vrsachen, übels und missethatt warten muß“. Dieser Hinweis ist auffällig, weil in der Rechtsliteratur die Meinung verbreitet ist, daß die Verdachtsstrafe der *Carolina* fremd ist.⁷⁵

Der Artikel 176 handelt von Folgendem: Wenn von einem Menschen, weil er die „Urpheide“ gebrochen, oder nach verbüßter Strafe mitt einer ähnlichen neuen Missetat gedroht, und doch das Leben nicht verwirkt hätte, oder aus anderen genügenden Ursachen nicht zu erwarten stehe, daß er seine Mitmenschen mit gewaltsamen, tätlichen Beschädigungen verschone, oder sie bei ihren Rechten unverletzt ließe, und dann dieser Verdacht rechtlich erwiesen sei; so solle derselbe, falls er nicht eine entsprechende Kautions-, Gewißheit oder Sicherheit zu leisten vermöge, bis zu dessen Geschehen im Gefängnis eingesperrt werden. Es wird im Gesetztext nicht fixiert, wie lange ein solcher Gefängnis-„Aufenthalt“ (ohne hinreichende Kautions-, genügende Sicherheit über sich selbst vorzulegen) dauern kann – vielleicht bis zum Tod. Vezins Auffassung lautet, daß „[...] da, wo die Carolina gilt, nach dem 176sten Artikel derselben, und da, wo sie nicht gilt, nach der allgemeinen Analogie des Strafrechts, der Richter alledings befugt sey, in den Fällen, da man sonst zu der außerordentlichen Strafe seine Zuflucht nahm, mithin gegen zwar unüberführte, aber doch durch ihre Schuld verdächtige und gefährliche Personen, Sicherungs- und Präventions-Uebel zu erkennen.“⁷⁶ Der Verfasser formuliert seine Meinung ganz bewußt gegen diejenigen, die das Richteramt so streng auf die bloße Anwendung des Gesetzes auf die Tat einschränken wollen. Die Klage über die richterliche Willkür wird zurückgewiesen: „[...] der Richter, der nach den Acten und nach der Analogie der Rechte spricht,

⁷⁵ Die *Carolina* kennt keine außerordentliche Strafe, nur arbiträre Strafe, die zwar nach Ermessen des Gerichtes, jedoch mit dem Rat der Rechtsverständigen bestimmt werden sollte (vgl. Art. 109, 111, 119, 133, 134, 180), behandelt sie aber als materiellrechtliches Rechtsinstitut. Die Verdachtsstrafe im engeren. d. h. prozeßrechtlichen Sinne, erwähnt sie nicht. Vgl. Conrad, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 412; Schaffstein, ZStW 101 (1989), S. 497.

⁷⁶ A. a. O. S. 68.

spricht nicht nach Willkür.⁷⁷ Das Dilemma wird deutlich; einen verdächtigen Menschen „auf freiem Fuß“ zu lassen, sei ebenso gefährlich, wie es ungerecht sei, einen Verdächtigen der Freiheit zu berauben. Es gibt zwei negative Möglichkeiten – man müßte natürlich das kleinere Übel wählen. Der Verfasser stimmt für das zweite. Argument ist das Interesse des Staates und seiner Mitglieder.

Veziñ lehnt interessanterweise auch den Gedanken des Geschworenengerichts ab. Er hält es nicht für ein Kollegium, das *sine ira et studio* erkennt: „Würden nun gar die Geschwornen aus den Miteinwohnern des Beschuldigten erwählt, wie leicht könnte da die Furcht vor eigener Gefahr irre leiten!“⁷⁸ Wie auch an diesem Beispiel sichtbar ist, beschäftigt sich der Autor mit der Problematik des Geschworenengerichts nur ganz oberflächlich.

Es wird nun die folgende Lösung vorgeschlagen: Der Richter sollte in den Fällen, in denen der Beschuldigte weder zum Geständnis gebracht noch überführt worden ist, und doch eine „dem gemeinen Wesen“ gefährliche Person geachtet würde, nicht selbst erkennen, sondern müßte die Akten an die höchste Kriminalgerichtsstelle einsenden. Dieses Gericht wäre allein zuständig, in solchen Fällen zu entscheiden. Wenn nun der Inculpat als so verdächtig und gefährlich betrachtet würde, daß man seine Freiheit als mit der „gemeinen Sicherheit“ unvereinbar erachte, könnte das Urteil sogar auf lebenslängliche Einsperrung lauten! Die Dauer einer nur zeitlichen Einsperrung müßte nicht genau bestimmt, sondern von dem Betragen des „Verurteilten“ abhängig gemacht werden. Der Aufseher des Verwahrungsorts sollte über das Verhalten des Einsperrten dem Gericht von Zeit zu Zeit berichten, und auch das Gericht selbst würde ihn zeitweise kontrollieren. Daneben scheint kein Grund dagegen zu sprechen, die in Verwahrung genommene Person zur Arbeit zu zwingen, um sie ihren Unterhalt verdienen zu lassen.

Nach Meinung des Autors ist es unmöglich, die notwendigen Anzeigen und Motive detailliert zu bestimmen, d. h. abstrakt zu

⁷⁷Ebd. S. 69. Veziñ wagt sogar die Äußerung: Die Willkür sei nicht unbedingt schlechter, als ein unvernünftiges Gesetz. „Jene, wenn sie ungemessen ist, kann schaden; dieses aber schadet sicher.“ Vgl. ebd.

⁷⁸Ebd. S. 71.

definieren, um eine solche Entscheidung zu begründen. Man könnte als unentbehrliches Moment allein die doppelte Qualifizierung des Tatbestandes: verdächtig *und* gefährlich, hervorheben. Die Auffassung des Autors wird jedoch durch Beispiele sichtbar. Die Verurteilung wäre als gerechtfertigt zu betrachten, wenn etwa: ein Mensch eine Reihe von Jahren hindurch vieler, teils größerer, teils geringerer Verbrechen durch die Allgemeinheit bezichtigt würde und seit seiner Inhaftierung in der Gegend, wo er gewohnt, keine oder wesentlich weniger Verbrechen begangen wurden. Weitere Kennzeichen: Die inhaftierte Person äußert „gefährliche Drohungen“; ihre Mitbewohner „zittern“ vor ihrer Entlassung; die vorher erlittenen Strafen, Inquisitionen, haben sie verschlimmert statt sie zu bessern; endlich alle ihre Reden und Handlungen sie als „[...] einen irreligieusen, durchaus verderbten, zu allem Bösen fähigen, und incorrigiblen Menschen darstellen, der alle Bande der bürgerlichen Ordnung abgeschüttelt, und dem nichts heilig ist.“⁷⁹ Obwohl es kaum zu leugnen ist, daß es solche Menschen gibt (auch Veziel selbst behauptet, daß ein solcher Fall in der Wirklichkeit vorgekommen war), ist seine Argumentation – aus heutiger Sicht – doch zu pragmatisch. Die Denkart des Autors ist scheinbar sehr praxisbezogen, sie würde aber für die Gesellschaft (= für den Staat) zuungunsten der Einzelpersonen zu viel Opfer bringen.

3. Carl Salomo Zachariä

Zachariä betrachtet das Thema des Preisausschreibens als zum „philosophischen Criminalrecht“ gehörend, folglich muß auch dessen Beantwortung durch philosophische Annäherung geprägt sein. Der Autor wählt die Methode, zwei ganz verschiedene, aber dennoch gleich konsequente Konstruktionen vorzustellen, sozusagen anzubieten; er entscheidet sich aber nicht zwischen ihnen, diese Aufgabe wird „dem freyen Geiste des Lesers“ überlassen. Die Abhandlung erörtert also die Problematik der außerordentlichen Strafe unter zwei Gesichtspunkten: nach dem System der „relativen“

⁷⁹Ebd. S. 74.

und der „absoluten“ Strafgerechtigkeit. Dies bedeutet kurz gesagt, daß die aufgeworfene Frage im ersten Fall mehr Praktisch, im anderen Fall mehr theoretisch aufgefaßt und entfaltet wird.

a) Das System der „relativen“ Strafgerechtigkeit

Dieses System steht mit der empirischen Deduktion des Staates und der Staatsgewalt in einer unzertrennlichen Verbindung. Der Gedankengang des Verfassers geht selbstverständlich von der Gesellschaftsvertrag-Idee aus, d. h. setzt den Stand des Menschen in der Natur voraus. Er hätte ein „ewiger Krieg“ (*bellum omnium contra omnes*) stattgefunden, der in einem unmittelbaren Widerspruch mit dem Grundtriebe des Menschen gestanden habe, nämlich glücklich zu sein. Die Erfahrung habe schnell gezeigt, daß dieser Widerspruch am einfachsten durch die Einrichtung einer Anstalt zu lösen ist, der gegenüber die Menschen auf einen Teil ihrer Rechte verzichten, damit dieser Anstalt die Macht zukommt, sie zu verteidigen. Diese Einrichtung sei der Staat, „[...] welcher also nichts anders, als eine Gesellschaft ist, in welcher sich mehrere Menschen ihrer Sicherheit wegen einer äußern Gewalt unterwerfen.“⁸⁰ Es ist klar, daß der Schwerpunkt auf der Sicherheit liegt. Der Staat hat nur soviel Macht andere Menschen zu bestrafen, wie sie der Mensch „im Stande der Natur“ gehabt bzw. auf den Staat übertragen hat. Die Strafe – in juristischem Sinne des Wortes – wird als ein physisches Übel interpretiert, mit dem eine Person wegen Verletzung der Rechtsordnung bedroht oder belegt wird, um Übertretungen der Gesetze – überhaupt oder für die Zukunft – vorzubeugen. Das Prinzip und das Ziel der Strafe kann einzig und allein die Prävention sein; so die *praeventio specialis* wie die *generalis*. Die Aufgabe des Staates besteht folglich *par excellence* darin, die Sicherheit der Einzelnen zu gewährleisten. Die Interpretation der Strafe und des Strafrechts ist rational und konsequent nicht anders vorstellbar.

Die außerordentliche Strafe knüpft in diesem Punkt an den Präventionsgedanken an. Es ist zu bemerken, daß die außerordentli-

⁸⁰ A. a. O. S. 5.

che Strafe als prozeßrechtliches Rechtsinstitut völlig im Sinne der Verdachtsstrafe aufgefaßt wird.⁸¹ Es gibt zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Strafe Ähnlichkeiten und Unterschiede: Wichtiger sei die Ähnlichkeit, daß nämlich die Strafe in beiden Fällen wegen der Übertretung des Gesetzes zuerkannt wird; der Unterschied ist „nur“ der, daß die Sanktion bei der außerordentlichen Strafe wegen der wahrscheinlichen Übertretung der Rechtsnorm verhängt wird. Wegen der Prävention steht dem Staat also das Recht zu, einen Verdächtigen zu bestrafen. Fraglich ist nun, nach welchem Kriterium die Sanktion verhängt werden darf. Als Maßstab sollte die moralische Gewißheit über das begangene Verbrechen in Betracht gezogen werden. Ob der Verfasser unter dieser moralischen Gewißheit eine innere richterliche Überzeugung oder nur eine Vermutung verstanden hat, ist unklar und wird auch nicht erklärt.

Zachariä hat mit dieser Beantwortung des ersten Teils der Preisfrage erreicht, daß die andere Fragestellung: Was sei mit den listigen und harrtnäckigen Angeschuldigten zu tun, überflüssig wurde. Wenn der Staat praktisch jeden Verdächtigen bestrafen darf, bleiben in der Tat nur noch Unschuldige auf „freiem Fuß“. Das wäre natürlich viel zu einfach – das Problem ist in eigentlichem Sinne dadurch noch nicht gelöst worden, sondern nur umgestaltet. Die neue Annäherung an die Frage lautet folgendermaßen: „Wie muß eine außerordentliche Strafe beschaffen seyn, um auf der einen Seite das gemeine Wesen gegen listige oder hartnäckige Verbrecher, und auf der andern die ohne ihre Schuld Verdächtigen gegen den Eigendünkel und die Willkühr des Richters zu schützen?“⁸²

Zachariä untersucht die Beschaffenheit der außerordentlichen Strafe von der Seite des Rechts und der Politik. Die erste Sicht bezieht sich auf die Garantien für den Einzelnen – welchen Kriterien

⁸¹ So Zachariä: „Wir verstehen aber hier unter einer außerordentlichen Strafe eine solche, die einem auf den bloßen Verdacht, daß er ein Verbrechen beging, zuerkannt wird; diejenige Strafe aber, die gegen einen vollkommen-überwiesenen Verbrecher verhängt wird, wird hier eine ordentliche Strafe genannt.“ A. O. S. 7.

⁸² Ebd. S. 10.

die außerordentliche Strafe entsprechen soll, damit die verdächtige Person gegen die Willkür des Richters geschützt werden kann. Der andere Gesichtspunkt widmet sich den Interessen der Gesellschaft, damit das „gemeine Wesen“ gegen die gefährlichen und listigen Verbrecher gesichert sei. Es erscheint zweckmäßig, diesem Gedankengang zu folgen.

aa) Die außerordentliche Strafe aus der Sicht des Verdächtigen

Aufgabe des Rechts wäre es hier, eine Lösung zu finden, damit die wirklich unschuldigen Menschen nicht bestraft werden. Anders gesagt: Unter welchen Bedingungen stimmt eine außerordentliche Strafe mit den „Grundsätzen des Rechts“ überein? Die wichtigste Bedingung sei unumstritten die subjektive Überzeugung des Richters von der Schuld des Angeklagten; der Richter dürfe durchaus nicht aus bloßer Leidenschaft oder wegen seiner Vorurteile jemanden mit außerordentlicher Strafe belegen, sondern erst dann, wenn er in seinem Gewissen von der Schuld des Betroffenen überzeugt ist. Die größte Schwierigkeit steckt offenbar in der richterlichen Subjektivität – da dieses Moment aber notwendig zu sein scheint, bleibt nur eine Möglichkeit: Die Subjektivität sollte soweit wie möglich objektiviert werden. Die Vorschläge dafür sind etwa unparteiliche Richter, gründliche Beweisführung, oder die Schaffung mehrerer Instanzen. Abgesehen davon müssen jedoch bezüglich des Verbrechens zwei Voraussetzungen sein. Auf der objektiven Seite des Verbrechens ist es notwendig, daß die Verletzung des Gesetzes wirklich geschehen und zugleich vollkommen bewiesen wird. Auf der subjektiven Seite besteht als Vorbedingung die Notwendigkeit des Vorhandenseins zumindest eines Verdachts gegen den Angeschuldigten.

Eine außerordentliche Strafe dürfte nur so lange dauern, als der Verdacht besteht, weswegen sie verhängt wurde. Die erkannte außerordentliche Strafe sollte nicht nur in den Fällen ausgesetzt werden, in denen die Unschuld des Bestraften erwiesen ist, oder die gegen ihn sprechenden Anzeigen entkräftet werden, sondern auch, sobald der Verdächtige im Kerker durch sein Betragen „überzeu-

gende Beweise" seiner Besserung gegeben hat.⁸³ Diese Regel ist an sich logisch: Wenn die Strafe selbst aus der gefährlichen Handlungsweise und Denkart des Verdächtigen entstand, dann darf sie nach einem verändertes Verhalten aufgehoben werden, denn dann hat die Strafe ihr Ziel erreicht.

Die außerordentliche Strafe darf nach Zachariä nicht länger dauern als die Gefahr, durch die das Publikum von einem gefährlichen oder verdächtigen Menschen bedroht wird. Diese These ist sehr ähnlich der vorigen, berührt aber schwerpunktmäßig die äußere Gelegenheit oder Veranlassung des Vergehens. Wenn es z. B. um einen Diebstahl geht, den der Verdächtige aus Armut begangen haben soll, müßte ihm die auferlegte Strafe erlassen werden, sobald er zu besseren Vermögensumständen gelangt oder ein hinlängliches Einkommen nachweisen kann. Fraglich ist aber, wie ein Mensch der im Gefängnis sitzt, zu besseren finanziellen Umständen gelangen kann. Die Ausführung dieser Idee scheint unklar und unsicher, auch Zachariä bekennt: „Durch richterliche Bestimmungen diesen Grundsatz bey außerordentlichen Strafen anzuwenden, dürfte in den meisten Fällen schon schwieriger seyn.“⁸⁴

In der Frage, ob das Recht, jemanden mit einer außerordentlichen Strafe zu belegen, dem Richteramt oder der Exekutivgewalt zusteht, vertritt der Autor einen eindeutigen Standpunkt: Diese „gefährliche“ Befugnis darf ausschließlich durch Gerichtsprozeß ausgeübt werden. Die Gefahr ist sonst sehr groß, daß die „bürgerliche Freiheit“ zu oft verletzt würde. Es gibt aber daneben noch einen wichtigen rechtlichen Gesichtspunkt: Die Frage, ob einer eines Verbrechens überführt oder genügend verdächtig zu halten sei, ist auch für Zachariä eine rechtliche Frage. Und über eine rechtliche Frage ist allein das Gericht befugt zu entscheiden.

Für Zachariä gehört der Fall, daß ein Verdächtiger bis zum Ausgang der Untersuchung in Haft genommen wird, sobald zu befürchten ist, daß er durch Entweichen die von dem Gesetz angedrohte Strafe vereiteln würde, eigentlich nicht hierher, weil es dabei in der Tat nicht um eine bloße Sicherheitsmaßregel, sondern um die

⁸³ Siehe ebd. S. 16.

⁸⁴ Ebd. S. 18.

Vollstreckung des Gesetzes geht. Eine außerordentliche Strafe dürfe ebensowenig wie eine ordentliche mit der menschlichen Würde der Person des Verbrechens (Verdächtigen) in Widerspruch stehen. Es war damals üblich, die Zuchthausstrafe bei Kapitalverbrechen durch von Zeit zu Zeit erfolgende körperliche Züchtigungen zu verschärfen – eine solche Behandlung sei im Falle der außerordentlichen Strafe besonders entehrend.

Die außerordentliche Strafe darf ferner nie so groß sein wie die ordentliche. Dieser Zusammenhang ist klar, wenn der Unterschied an Gewißheit zwischen einer überführten und einer vermuteten Handlung betrachtet wird. Es war ein alter Grundsatz, daß die außerordentliche Strafe im Vergleich mit der ordentlichen immer milder sein soll, und nie eine solche Strafe sein darf, welche nicht wieder aufgehoben werden kann – so dürfte sie also keinesfalls eine Lebensstrafe sein.⁸⁵ Die Todesstrafe ist insofern auch bei der ordentlichen Strafe problematisch, ein Verdächtiger ist aber berechtigt, mehr Rechtsschutz zu genießen – meint Zachariä.

Die Größe der außerordentlichen Strafe sei teils im Verhältnis zu der ordentlichen Strafe des Verbrechens, teils nach der Schwere des Verdachts zu bestimmen, der gegen den Angeschuldigten besteht. Je mehr also der geführte Beweis die Eigenschaft eines vollkommenen hat, desto näher kann die außerordentliche Strafe der ordentlichen kommen. Das Neue daran ist der Anspruch, die Persönlichkeit des Verdächtigen zu berücksichtigen. Normalerweise richtete sich nämlich die Größe der Sanktion nach dem Gewicht des Verbrechens, der Person des Angeklagten wurde nur geringe Aufmerksamkeit geschenkt.

Wenn die außerordentliche Strafe eine Gefängnisstrafe ist, so müßte sie so eingerichtet werden, daß sie zugleich als ein Mittel gelten kann, den Verdächtigen zu bessern. Der Besserungsgedanke, also die Idee, die Persönlichkeit des Verbrechens humaner, vollkommener, gesetzesehrender zu formen, ist an sich sehr modern – vorausgesetzt, daß sich dieses Bestreben nicht in einem erniedrigenden physischen oder psychischen Übel verkörpert. Die

⁸⁵ So konnte die außerordentliche Strafe z. B. auch nach der preußischen KO nie Todesstrafe sein. Vgl § 510.

Besserung des Täters (Verdächtigen) stimmt mit dem Strafzweck überein – nämlich den Staat gegen die Verletzung seiner Gesetze zu sichern – sagt Zachariä. Die Besserung des Inhaftierten ist zugleich ein sehr wichtiges Argument für die außerordentliche Strafe selbst, die sich dadurch als ein zweckmäßiges, nützliches und sinnvolles Instrument bezeichnen läßt. Die praktischen Probleme bei der Realisierung dieser Vorstellung sind sicher groß. Auch Zachariä erwähnt nur eine Lösungsvariante: „Es würden zum Beyspiel die wegen eines bloßen Verdachts Verhafteten von den wirklichen Verbrechern zu trennen, es würde auf ihren Unterricht und ihre moralische Bildung eine besondere Aufmerksamkeit zu wenden, und die Arbeit, wozu man sie anhielte, so einzurichten sey, daß sie selbst daran nach und nach Interesse fänden.“⁸⁶

ab) Das Interesse der Gesellschaft an der außerordentlichen Strafe

Vereinfacht betrachtet, wäre es natürlich das Interesse der Gesellschaft (des Staates), möglichst viele verdächtige Personen „hinter Gittern“ zu wissen. Die außerordentliche Strafe, die als eine Art von Sicherheitsmaßnahme betrachtet wird, scheint dazu ein geeignetes Mittel zu sein. Zahlreiche solche Sicherungsmittel sind vorstellbar – die Auswahl unter denselben bleibt dem billigen Ermessen des Richters überlassen, der besonders den Charakter des Angeschuldigten sowie andere individuelle Umstände zu berücksichtigen hat. Freilich bleibt hier der Willkür des Richters immer noch ein sehr großer Spielraum; dieser Punkt ist aber nicht zu umgehen. Da sei der menschliche Faktor in dem „Spiel“, das Strafrecht, Strafrechtspflege heißt. Zachariä baut ein vierstufiges Sicherheitsleistungssystem auf, wobei die einzelnen Maßnahmen allmählich immer strenger werden.

In erster Linie könnte die Sicherheitsmaßnahme in der Form eines bloßen Versprechens geschehen. Ein bloßes Versprechen von seiten des Verdächtigen als außerordentliche Strafe scheint kaum

⁸⁶A. a. O. S. 27.

in Betracht kommen zu können. Der Verfasser stellt sich dies vor, daß das Nichteinhalten eines solchen Versprechens mit einem besonderen Nachteil, mit einer besonderen Strafe verbunden wäre. Die Verwarnung, unter der in diesem Fall der Verdächtige zu entlassen sei, dürfte wohl dahin zu bestimmen sein, der Betroffene, insofern er sich in Zukunft eines Verbrechens derselben Art schuldig machen würde, auch desjenigen Verbrechens überführt betrachtet werden solle, dessentwegen er gegenwärtig in die Untersuchung geraten war. Man kann dagegen zumindest zwei Einwände erheben. Erstens: Diese Art der Sicherheitsmaßnahme ist in all den Fällen nicht anwendbar, in denen die auf ein Verbrechen gesetzte Strafe nicht wesentlich vergrößert werden kann, auch wenn einer mehr als einmal das Gesetz verletzt hat. So wäre z. B. die Verwarnung ganz unzweckmäßig, wenn „Lebensstrafe“ oder lebenslängliches Gefängnis auf das Verbrechen stünde. Zweitens: Noch weniger scheint dieses Mittel tauglich, wenn es um „listige Verbrecher“ geht – gegen die mit solchen „Waffen“ zu kämpfen, sinnlos wäre. Der Richter hätte seine Aufmerksamkeit auf den individuellen Charakter des Angeschuldigten zu richten, wenn er diese Art der Sicherheitsleistung erwählt, die sich sonst wegen ihrer Billigkeit ganz vorzüglich empfiehlt.

Eine weitere Sicherheitsmaßnahme kann durch *Verpfändung* geschehen. Diese außerordentliche Strafe wäre praktisch mit einer normalen gemeinrechtlichen *cautio* identisch: Der Verdächtige müßte ein Pfand oder eine Hypothek für sein zukünftiges gesetzmäßiges Betragen zur Verfügung stellen, das verfiere, sobald er eines ähnlichen Verbrechens würde. Diese außerordentliche Strafe wäre auf solche Vergehen zu beschränken, die durch eine Geldstrafe „abgebüßt“ werden können, also bei mildereren Delikten.⁸⁷ Die Anwendbarkeit dieser Sanktion wird aber auch dadurch beschränkt, daß sie bei einer gänzlichen Armut des Angeschuldigten naturgemäß entfallen muß. Dieser Einwand taucht bei der Kaution notwendigerweise auf. Es würde von dem Angeschuldigten soviel

⁸⁷ Zachariä denkt nicht allein an diejenigen rechtswidrigen Handlungen, die die Gesetze mit Geldstrafe bedrohen, sondern „[...] auch an diejenigen, welche nach den Grundsätzen des philosophischen Criminalrechts mit einer solchen Strafe belegt werden können.“ A. a. O. S. 32.

Kautio zu verlangen sein, wie die Strafe des Verbrechens betrüge, wenn es erwiesen wäre. Die Geldstrafe wäre hier eigentlich vollstreckt, jedoch mit einer Rückgabepflicht – vorausgesetzt, daß keine neue Rechtsverletzung von seiten des Betroffenen in der Zukunft stattfindet. Die Zeit zu bestimmen, wie lange eine solche „Geldentziehung“ dauern müßte, ist fast unmöglich. „Im Allgemeinen läßt sich wol nur soviel darüber festsetzen, daß es hierbey auf die Größe des Vergehens und des gegen den Angeschuldigten obwaltenden Verdachts ankommt.“⁸⁸ Es wäre daneben noch erforderlich, daß der Verdächtige nach dem Ablauf des gesetzten Termins glaubwürdige Zeugen beibringen kann, die sein Wohlverhalten beweisen.

Eine Sicherheitsleistung könnte drittens durch Bürgen gestellt werden. Eine außerordentliche Strafe, die dieser Art der *cautio* entspricht, würde also darin bestehen, daß der Verdächtige einen oder sogar mehrere Bürgen für sein künftiges Wohlverhalten zu stellen hätte. Die Bürgschaft (ein privatrechtliches Rechtsinstitut) als eine strafrechtliche Sicherheitsmaßnahme, sogar eventuell eine wirkliche Strafe – ist allerdings ein origineller Gedanke. Die Bürgen würden ein erhebliches Risiko auf sich nehmen, d. h. sie müßten sich selbst der auf das Verbrechen gesetzten Strafe unterwerfen, dessen der Verdächtige angeklagt wird, falls sich der Angeklagte in der Folge eines ähnlichen Verbrechens schuldig macht. Der Verfasser geht davon aus, daß die Sanktion in dieser Weise gegen die Bürgen vollstreckt werden muß, da sie eigentlich als falsche Zeugen zu betrachten und demgemäß zu bestrafen seien.

Das Versprechen, welches die Bürgen zu leisten hätten, wäre jedoch nicht so zu verstehen, daß sie wegen einer jeden rechtswidrigen Handlung, die der Angeschuldigte in Zukunft begehen würde, auch wenn sie von einer anderen Art sein sollte, eintreten müßten; noch dahin auszulegen, daß sie, wenn der Verdächtige von neuem ein Verbrechen derselben Art begehen sollte, die Strafe des wiederholten Verbrechens verdienen. Es sollte bewiesen werden, daß sie dem Angeschuldigten durch ihre Bürgschaft Gelegenheit zu neuen Vergehen geben wollten, und deshalb wären sie als Mitgenossen desselben Verbrechens noch besonders zu bestrafen. Die Beweis-

⁸⁸ Ebd. S. 34.

führung wäre eine zumindest komplizierte Sache gewesen. Diese Variante der außerordentlichen Strafe gefällt Zachariä jedoch besonders, weil dadurch der Verdächtige zugleich mittelbar einer genaueren Aufsicht durch die Bürgen unterworfen wäre, zu welcher diese im eigenen Interesse veranlaßt wären.

Was die Eigenschaften der Bürgen betrifft: Sie müssen unbescholtene Männer sein, die als Zeugen für die Unschuld des Angeklagten Glaubwürdigkeit verdienen, zum andern hat der Richter besonders dann ihre Vermögensumstände zu berücksichtigen, wenn es um ein Verbrechen geht, auf welches nach den Gesetzen eine Geldstrafe zu erkennen ist. In der Regel könnte nur durch zwei Bürgen eine hinlängliche Sicherheit gestellt werden (ebenso wie nur durch zwei Zeugen ein gültiger Beweis geführt werden kann – *unus testis nullus testis*), bei geringeren Vergehen dürfte jedoch schon ein einziger Bürge ausreichen, ebenso dann, wenn nur ein geringer Verdacht gegen den Angeklagten spricht. Die Zeit endlich, auf welche eine solche *cautio fidejussoria criminalis* festzulegen wäre, wäre auch nur nach den allgemeinen Überlegungen zu bestimmen.

Eine echte Strafe könnte viertens für die schwersten Fälle, gegen die gefährlichsten Personen, verhängt werden, und zwar entweder Gefängnis oder „Konfination“, d. h. Beschränkung des Aufenthaltes einer bestimmten Person an einen bestimmten Ort. Was das Interesse des Staates angeht, wäre diese außerordentliche Strafe die zweckmäßigste, „nur“ in Beziehung auf den Verhafteten ist sie das härteste Übel, das ihm zugefügt werden kann. Diese Sanktion ist umso bedenklicher, als der Verdächtige dabei seine Unschuld nicht beweisen kann. Daß diese Sanktion eine echte Strafe ist, stellt Zachariä richtig fest: „Wollte man ihn damit trösten, daß er das Gefängnis nicht als eine Strafe, sondern nur als ein Sicherheitsmittel zu betrachten habe (*nuda detentio*), so würde er mit Recht antworten können: *In verbis simus faciles, dummodo conveniamus in re!*“⁸⁹ Diese Art von außerordentlicher Strafe wäre also nur im äußersten Fall anzuwenden.

⁸⁹Ebd. S. 38.

b) Das System der „absoluten“ Strafgerechtigkeit

Mit Blick auf das System der „relativen“ Strafgerechtigkeit interpretiert Zachariä diese Auffassung folgenderweise: „So wie dort der Trieb nach Glückseligkeit und das davon abgeleitete Bedürfnis nach Sicherheit an der Spitze des Ganzen stand, so ist es hier der Begriff der Freiheit, mit welchem unser System steht oder fällt. Dort wurde die Nothwendigkeit, einen Staat zu errichten, aus der Erfahrung abgeleitet. Hier geht der Staat und der Rechtsgrund, auf welchem die Staatsgewalt beruhet, aus einer *a priori* feststehenden Rechtspflicht hervor.“⁹⁰ Der Zweck der Strafe kann also nach dieser Auffassung schlechterdings nicht die Sicherheit des Staates sein; die Strafe sei bloß ein physisches Übel, womit jemand bedroht oder belegt wird, weil er ein Gesetz (des Staates) verletzt hat.

Der Grundgedanke dieses Systems ist: Alles Recht beruht auf der gegenseitigen Übereinstimmung der äußern Freiheit der Menschen. Der Autor geht bei der Begründung dieser Variante der Strafgerechtigkeit auch von der Gesellschaftsvertrags-Theorie aus, die aber hier eine wesentlich abweichende Bedeutung erhält. Demnach wäre für den Menschen „der Stand der Natur“ ein Zustand der Rechtslosigkeit gewesen, weil in demselben ein jeder sein eigener Richter war.⁹¹ Es ist daher eine Rechtspflicht, diesen Zustand der Rechtslosigkeit zu verlassen und einen äußeren Richter in Beziehung auf das gemeinsame Recht anzuerkennen. Das wäre nun der

⁹⁰Ebd. S. 40.

⁹¹Diese Auffassung vom Gesellschaftsvertrag stimmt Wort für Wort mit dem entsprechenden Satz von Immanuel Kant überein, der in seiner 1797 publizierten Schrift über das „Ursituiertsein“ des Menschen folgendes schreibt: „Zwar durfte sein natürlicher Zustand nicht eben darum ein Zustand der Ungerechtigkeit (*iniustus*) seyn, einander nur nach dem bloßen Maaße seiner Gewalt zu begegnen; aber es war doch ein Zustand der Rechtslosigkeit (*status iustitia vacuus*), wo, wenn das Recht streitig (*ius controversum*) war, sich kein kompetenter Richter fand, rechtskräftig den Ausspruch zu thun, aus welchem nun in einen rechtlichen zu treten, ein jeder den Anderen mit Gewalt antreiben darf; weil obgleich nach jedes seinen Rechtsbegriffen etwas Äußeres durch Bemächtigung oder Vertrag erworben werden kann, diese Erwerbung doch nur provisorisch ist, so lange sie noch keine öffentliche (*distributive*) Gerechtigkeit bestimmt, und durch keine dies Recht ausübende Gewalt gesichert ist.“ Kant, Rechtslehre, S. 163 f.

Staat, dessen Endzweck also nur darin bestehen kann, der Rechtsordnung eine objektive Sanktion zu erteilen.

Die Strafgewalt des Staates kann nicht aus dem „Naturstand“ des Menschen, sondern nur aus Vernunftprinzipien abgeleitet werden, da nämlich nach den Grundsätzen der „praktischen Vernunft“ ein jeder, der ihre Gesetze verletzt, Strafe verdient; da ferner ein jeder Gesetzgeber die Übertreter seiner Gesetze zu bestrafen befugt ist; und da endlich die postulierte Rechtspflicht den Staat zu einer Gesetzgebung in Sachen des objektiven Rechts berechtigt, so steht damit die Strafgewalt des Staates, als ein absolutes Recht desselben, unerschütterlich fest.

Ist es nun in einem solchen System überhaupt möglich, eine außerordentliche Strafe als eine eigentliche Strafe zu rechtfertigen? Die Antwort ist ein kategorisches Nein. Die Strafgewalt ist hier ein objektives Instrument, das sich keinerlei Subjektivität erlauben kann. Das Urteil des Richters, durch welches eine Strafe zuerkannt wird, „[...] muß ein objektives Urtheil (ein Urtheil in der eigentlichen Bedeutung des Wortes) seyn, da er den Grundsatz der praktischen Vernunft, daß er, der unrecht handelte, Strafe verdient, auf den einzelnen Fall anzuwenden hat, und mithin nur nach objektiven Beweisgründen, gleichsam als ein Repräsentant der praktischen Urtheilskraft, zu sprechen befugt ist.“⁹² Eine außerordentliche Strafe also, die als ein subjektives Urteil betrachtet werden müßte, ist diesem System im Grunde fremd.

Da folgt aber die gestellte Preisfrage: Welches Mittel kann man deren Stelle setzen, um auf der einen Seite das Publikum gegen „listige oder hartnäckige Verbrecher“, und auf der anderen Seite die ohne ihre Schuld Verdächtigen gegen die Willkür des Richters zu schützen? Wenn überhaupt etwas in Betracht kommen kann, so wäre das allenfalls ein Sicherungsmittel. Jegliche Sicherungsmittel sind aber in dieser Konstruktion von der außerordentlichen Strafe scharf zu unterscheiden. Das erstere würde aus dem Präventionsrecht des Staates, die letztere aus der Strafgewalt desselben abzuleiten sein. Wie gesagt, ist die außerordentliche Strafe nicht akzeptabel, weil nur durch die ordentliche Strafe der Zustand der

⁹²Ebd. S. 44.

Rechtslosigkeit aufgehoben, an die Stelle von Meinung und Willkür „Urteil“ und Gerechtigkeit gestellt werden kann. Aus diesem Grundsatz ergibt sich unmittelbar, daß auch eine Sicherheitsleistung, die wegen eines Verdachts von dem Angeschuldigten gefordert würde, als rechtswidrig zu verwerfen wäre. Durch ein jedes Sicherungsmittel, das man auf einen bloßen Verdacht hin verhängte, würde nämlich das Recht auf einen guten Namen verletzt, das jedem Staatsbürger zusteht. Kraft dieses Rechts muß er so lange für einen unschuldigen Menschen gehalten, und natürlich in dieser Eigenschaft behandelt werden, als nicht das Gegenteil erwiesen ist. Das ist schon der Gedanke der Unschuldvermutung. Es gibt für dieses Strafsystem nur zweierlei Menschen: Schuldige und Unschuldige; mit einem Verdächtigen ist nichts zu tun... Damit setzt sich der Grundsatz durch, daß es besser ist, daß der Schuldige ungestraft bleibe, als daß der Unschuldige bestraft werde.

Natürlich ist auch dieses System nicht unanfechtbar; Zachariä selbst erwähnt einige erhebliche Einwände. Erstens: Der Unterschied zwischen dem vollkommenen und unvollkommenen Beweis sei relativ, d. h. man könne nie einen eigentlich vollkommenen Beweis gegen den Angeschuldigten führen. Ein solcher Beweis müßte *objektiv* (wenn die richterliche Überzeugung ganz allein die Folge der angegebenen Gründe ist) und *absolut* (wenn die durch den Beweis bewirkte Überzeugung in jeder Hinsicht hinlänglich ist) sein, daneben 3 Elemente enthalten: *a)* daß die Tat wirklich geschehen ist, *b)* daß der Verdächtige dieselbe begangen hat, und *c)* daß diese Tat ihm als Schuld angerechnet werden könne. Die interessanteste, aber zugleich die komplizierteste Frage ist freilich die Problematik der Zurechnung, die aber von dem Autor nicht ausführlich erörtert wird. Er ist der Meinung, daß es eigentlich nur eine „juridische Zurechnung“ gibt, die aber im philosophischen Sinne durchaus nicht unfehlbar ist.

Man könnte auch sagen, daß dem Staat das Recht zustehen sollte, von einem Verdächtigen zumindest eine „Kautions“ zu verlangen, der Sicherheit der Gesellschaft zuliebe. Dieser Einwand wird jedoch damit zurückgewiesen, „[...] daß ein jeder Mensch, sobald er in den Staat tritt, schon dadurch dem gemeinen Wesen Sicherheit wegen seines Wohlverhaltens leistet, daß er sich überhaupt der

Staatsgewalt und den Strafen, die sie den Uebertretern ihrer Gesetze droht, unterwirft. Wollte also der Staat noch eine besondere Sicherheitsleistung von ihm fordern, so würde diese eine wahre Strafe sein (ein *privilegium odiosum*), die ihm doch nur nach einem vollkommenen Beweis auferlegt werden kann.⁹³ Die Kaution gilt also als eine Art von Strafe, die nur eine außerordentliche sein könnte, folglich zu verwerfen ist.

Es wird drittens der Einwand erwähnt, daß die außerordentliche Strafe nach dem System der „absoluten“ Strafgerechtigkeit auch als eine Art von Volkserziehung betrachtet werden könnte, die im wesentlichen ein Recht, sogar eine Pflicht des Staates ist. Ja – antwortet der Verfasser –, aber das Recht des Staates, seine Mitglieder zu erziehen, erstreckt sich nicht über das Alter hinaus, mit welchem der Mensch im Stande ist, selbst seine Freiheit zu gebrauchen, und mit welchem daher auch die elterliche Gewalt aufhört. Aber gerade in diesen Jahren der Minderjährigkeit ist es verboten, außerordentliche Strafen zu verhängen. Die Volkserziehung, die unter Umständen auch durch gewisse Gewalt ausgeübt werden kann, darf nicht auf die Erwachsenen ausgedehnt werden.

Es ist ein ganz besonderes Problem, wenn die außerordentliche Strafe „dank“ der Gesetzgebung in Gestalt von positiven Gesetzen erscheint.⁹⁴ Diese Variante der außerordentlichen Strafe sei die gefährlichste Form: Dadurch könne sowohl die Tortur („die man jetzt doch wohl allgemein für eine Barbarey der Vorzeit erklärt“ – sagt Zachariä) wie auch die „Sicherheitsmaßregeln“ der französischen Revolution leicht gerechtfertigt werden. Der Verfasser bemerkt richtig, daß auch die Tortur in eigentlichem Sinne eine Strafe, sogar Strafe des Verdachts war – nur hieß sie anders. Und die Revolution in Frankreich hat die Schrecklichkeit der Rechtsnormen gezeigt, die nur die Aufgabe gehabt haben, die gefährlichen, verdächtigen Leute, z. B. die Personen des Adels des *ancien regime*, zu vernichten.

Die Zusammenfassung der Abhandlung ist ganz lakonisch: Die Praxis habe sich für das erstere („relative“) System entschieden

⁹³ Ebd. S. 54.

⁹⁴ Siehe das 5. Kapitel dieser Arbeit, über die Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft.

– die „römischen Gesetze“ und die *Carolina* scheinen eher das letztere („absolute“) zu begünstigen.⁹⁵ Zachariä nimmt keine feste Position ein: Er überläßt es seinen Lesern, „[...] sich für das eine oder für das andere zu erklären.“ Man hat jedoch das Gefühl, da das System der „relativen“ Strafgerechtigkeit in der vorliegenden Preisschrift doppelt so ausführlich behandelt wird wie das System der „absoluten“, so daß jene „Handlungsmethode“ der Überzeugung des Autors näher stehen könnte.

4. Die gekrönte Preisschrift von Eisenhart

Der Verfasser behandelt die ausgeschriebene Preisfrage in zwei Abschnitten. Er setzt sich vor allem mit der Frage der Beweisführung auseinander, d. h. mit dem Begriff des vollkommenen Beweises, mit der Vollständigkeit oder Unvollständigkeit desselben, mit den Anzeigen, sowie mit dem *Sein*⁹⁶ der außerordentlichen Strafe. Der zweite Abschnitt beschäftigt sich mit dem *Sollen* des aufgeworfenen Problems: Was soll mit den „listigen, gefährlichen und hartnäckigen“ Leuten, mit den nicht überführten „Verbrechern“ geschehen? Dort werden auch die Sicherungsmittel behandelt.

a) Von den vollkommenen und unvollkommenen Beweisen

Es ist eine der wichtigsten Fragen, was es eigentlich für die Beweisführung bedeutet, einen Beweis als vollkommen zu betrachten, genauer: Wann ist ein Beweis vollkommen? Das ist der Eckstein der Problematik der außerordentlichen Strafe auf der Ebene des Prozeßrechts.

⁹⁵ Diese Bemerkung, ja die Behauptung von Zachariä ist natürlich sehr anfechtbar.

⁹⁶ *Sein* und *Sollen* sind bekannte und beliebte Grundbegriffe einer statischen oder dynamischen bzw. einer deskriptiven oder konstruktiven Anschauung der Wirklichkeit bei Kant, dessen Schriften zur damaligen Zeit schon sehr verbreitet gewesen sind; ihre Wirkung auf die vorliegenden Preisschriften ist deutlich spürbar. Vgl. Kant, *Reine Vernunft*, S. 226 ff.

aa) Verdacht, Beweis und dessen Arten

Der erste Schritt besteht darin, den Begriff des Verdachts zu definieren: „Die auf gewisse Voraussetzungen gegründete Meinung, daß ein anderer eine unerlaubte Handlung begangen habe, heißt Verdacht.“⁹⁷ So wird jemand eines Verbrechens, d. h. einer strafbaren Handlung verdächtig, sobald gewisse Voraussetzungen die Meinung begründen, daß er der Urheber eines Verbrechens ist. Der Verdacht ist wahrscheinlich begründet – sagt Eisenhart –, wenn die Gründe, die für die Wahrheit der Voraussetzungen vorhanden sind, die Gründe überwiegen, die sich für das Nichtvorhandensein derselben anführen lassen. Die „Anstellung der Untersuchung“ sowie das Gerichtsverfahren beginnen nun gegen eine konkrete Person aufgrund eines bestimmten Verdachts – sonst könnte lediglich von Willkür die Rede sein.

Es wäre der nächste Schritt für den Richter, von dem Verdacht zur Gewißheit (zum Beweis) zu kommen. Die Mittel, um zu einer richtigen Kenntnis über Tathandlungen zu gelangen, werden Beweismittel genannt. Die durch die Beweismittel vermittelte Überzeugung kann gesetzmäßig, also objektiv sein, oder sie bedeutet die subjektive „Privatüberzeugung“ des Richters – im idealen Fall decken sich beide natürlich. Es gibt zwei Wege, wie der Richter zur Überzeugung vom Vorliegen einer Tatsache gelangen kann: Der erste ist gerade, einfach und natürlich und leitet unmittelbar auf die Tatsache, indem z. B. Geständnis, Zeugen etc. vorhanden sind; der andere ist ein Umweg, indem der Richter aus mit gesetzlich gebilligten Beweismitteln genügend erwiesenen Tatsachen, die nicht automatisch und unmittelbar den Gegenstand der Untersuchung ausmachen, mit Hilfe richtiger Vernunftschlüsse das *factum principale* (oder: die Hauptsache, d. h. die Wirklichkeit eines begangenen Verbrechens und eine konkrete Person, die als der Urheber des Verbrechens betrachtet werden kann) in Gewißheit zu bringen sucht. Die Tatsachen, aus denen eine Schlußfolgerung auf die Wirklichkeit der Hauptsache gezogen werden kann, mit denen ein sogenannter künstlicher Beweis geführt wird, werden Anzeigen

⁹⁷Eisenhart, Preisschrift I, S. 70

oder Indizien genannt. Die *Carolina*, mit ihr der gemeinrechtliche Gerichtsgebrauch und die meisten damaligen Gesetze betrachten auch die mangelhaften „natürlichen Beweise“, wie z. B. das außergerichtliche Geständnis, die Aussage nur eines klassischen Zeugen über die Hauptsache, als Indizien.⁹⁸

Der Begriff eines vollständig bewiesenen Verbrechens hat eine doppelte Beziehung und kann in einer materiellen und in einer formellen Bedeutung gebraucht werden. Eine materielle Vollständigkeit des Beweises ist vorhanden, wenn all die Bedingungen, unter denen die auf das Verbrechen gesetzlich festgesetzte Strafe gegen dessen Urheber verhängt werden kann, bewiesen worden sind; d. h. die formelle Vollständigkeit des Beweises aller notwendigen Tatsachen ergibt die materielle Vollständigkeit. Eine formelle Vollständigkeit des Beweises ist dann gegeben, wenn die zur Untersuchung herangezogenen Tatsachen durch gesetzliche Beweismittel so dargetan worden sind, wie die es erfordern, wenn der Richter sich von deren Wirklichkeit überzeugen lassen soll. Die materielle Vollständigkeit müsse unbedingt auch formell vollständig sein.⁹⁹ Die materielle Unvollständigkeit des Beweises bei einem Verbrechen hat nicht unbedingt zur Folge, daß der Verdächtige von aller Strafe loszusprechen ist, sondern es kommt darauf an, ob nach Abzug dessen, was an dieser Art der Vollständigkeit abgeht, dasjenige, was übrig bleibt, an sich noch strafwürdig erscheint, und formell vollständig bewiesen ist. Wenn der Beweis materiell so unvollständig ist, daß nichts Strafwürdiges übrig bleibt, so muß der Freispruch folgen.

⁹⁸ Siehe CCC Art. 32, 33.

⁹⁹ Im Verständnis von Eisenhart ergibt sich aus diesem doppelten Begriff der Vollständigkeit des Beweises, daß auch der Begriff des unvollständigen Beweises in eine zweifachen Beziehung genommen werden kann. Eine formelle Unvollständigkeit im Beweis solcher tatsächlichen Umstände, die als Bedingungen der auf ein Verbrechen festgesetzten Strafe vorauszusetzen sind, hat jederzeit materielle Unvollständigkeit des Beweises zur Folge, obgleich diese mit dessen formeller Vollständigkeit sehr wohl bestehen kann. Vgl. a. a. O. S. 77.

ab) Die Anzeigen und deren Arten

Die Anzeigen (Indizien) machen die Grundlage des künstlichen Beweises aus. Ihr Wert oder ihre Stärke hängt von dem Zusammenhang der ihnen zugrunde liegenden Tatsachen mit der Hauptsache ab. Je notwendiger und unmittelbarer dieser Zusammenhang ist, desto stärker wird eine Anzeige sein. Auf diesen Satz gründet sich die Einteilung in nahe und entfernte Anzeigen, die in der damaligen Rechtsliteratur allgemein verbreitet war.¹⁰⁰ Für die nahe, gewisse Anzeige kann als Musterbeispiel die Niederkunft einer Ehefrau dienen, deren Ehemann im Zeitraum der Zeugung abwesend war.¹⁰¹ Dadurch ist zwar der außereheliche Beischlaf der Ehefrau vollkommen bewiesen, aber dieser allein macht noch keinen Ehebruch aus, sondern er muß von einer Verletzung der ehelichen Treue begleitet sein. Es ist nämlich sehr wohl möglich, daß die Frau z. B. vergewaltigt wurde, so daß sie von ihrer Seite aus völlig unschuldig ist. Solche Anzeigen also, welche die Hauptsache des Verbrechens vollkommen begründen, und bei denen „nur“ die Frage offen bleibt, ob das dem Täter (der Täterin) zugerechnet werden kann, heißen *absolut nahe* Indizien.

Die Distinktion zwischen entfernten und nahen Anzeigen ist allerdings nur ein Resultat der wissenschaftlichen Reflexion; die positiven Gesetze hatten im allgemeinen keine Regel festgesetzt, nach der die Grenzlinie gezogen werden könnte.¹⁰² Eisenhart interpretiert sie folgenderweise: „Nahe ist die Anzeige, wenn der Zusammenhang der dabey zum Grunde liegenden Thatsache mit der Hauptsache, der Erfahrung nach, als gewöhnlich angenommen werden muß, und dagegen ihr Zusammenhang mit anderen Thatsachen entweder in physischer oder moralischer oder in beider Hinsicht zu

¹⁰⁰ Vgl. Klein, Grundsätze, S. 65 ff.

¹⁰¹ Weitere Beispiele bei Filangieri, S. 303 ff.

¹⁰² Zwar finden wir Beispiele für die beiden Begriffe, aber die in den Gesetzen als nah oder als entfernt angegebenen Anzeigen behaupten nicht unmittelbar fest den ihnen beigelegten Charakter, sondern sie können denselben durch ihren Zusammenhang mit anderen Tatsachen verändern und vertauschen. Vgl. CCC Art. 25. – „Von gemeynen argkwonen und anzeygungen, so sich auff alle missethat ziehen“

den außerordentlichen und ungewöhnlichen Erscheinungen in dem Laufe der Dinge gehören würde; entfernt ist eine Anzeige, wenn zwar der Zusammenhang der dabey zum Grunde liegenden Thatsache mit der Hauptsache nicht nur denkbar, sondern auch leichter als mit irgend einer andern Thatsache möglich ist, doch aber letzterer nichts außerordentliches und ganz ungewöhnliches, weder in physischer noch moralischer Hinsicht, mit sich führt.“¹⁰³ Aus dieser Formulierung ergeben sich weitere Folgerungen, nämlich: Mehrere entfernte Anzeigen erlangen die Stärke einer nahen Anzeige, wenn das Zusammentreffen der dabei zugrunde liegenden Fakten auf einen engen Zusammenhang mit der Hauptsache hinführt; mehrere entfernte Anzeigen, bei welchen ein Zusammentreffen dieser Art nicht vorhanden ist, verändern ihre Eigenschaft als entfernte Anzeigen nicht und können daher nie den Wert einer nahen Anzeige erreichen.

Um eine Verdachtsstrafe begründen zu können, ist die Frage besonders wichtig, ob nicht der Grad von Gewißheit aus dem Zusammentreffen mehrerer naher Anzeigen entstehen kann. Eisenhart ist der Meinung, daß eine bloße Häufung solcher Anzeigen keine völlige Gewißheit hervorbringen kann, obgleich dadurch der Verdacht möglicherweise ungemein verstärkt wird. Eine Gewißheit kann jedoch durch Anzeigen dann zustande kommen, wenn die einzelnen Indizien so ineinander greifen, daß keine andere Möglichkeit bleibt, als daß unter der Voraussetzung, daß die dabei zugrunde liegenden Tatsachen vollständig bewiesen sind, der Verdächtige notwendig der Urheber des Verbrechens sein müsse. Bei einem Zusammentreffen der nahen Anzeigen dieser Art geht es nicht um bloße Häufung mehrerer Indizien, sondern um eine solche Vereinigung derselben, welche die Möglichkeit ausschließt, daß die kombinierten Fakten mit irgendeiner anderen Tatsache als der Hauptsache des vorliegenden Verbrechens im Zusammenhang stehen können. Es wird deutlich, daß Eisenhart der Gewißheit in der Beweisführung und beim Urteil einen herausragenden Platz einräumt und schon hier seine die Verdachtsstrafe ablehnende Haltung zum Ausdruck kommt.

¹⁰³ A. a. O. S. 82.

ac) Die Problematik des Indizienbeweises

Es können im Prinzip drei verschiedene Fälle eintreten, in welchen die rechtliche Wirkung der Anzeigen in Betracht gezogen werden kann. Erstens: Wenn der Beweis, den der Inquisit gegen sich hat, nur auf Anzeigen beruht. Zweitens: Die „Hauptsache“ zwar unmittelbar durch die gesetzlichen Beweismittel, aber unvollständig bewiesen worden ist, jedoch zugleich Anzeigen diesen unvollständigen, natürlichen Beweis unterstützen. Drittens: Der unmittelbare oder natürliche, vollständige Beweis auch den künstlichen Beweis durch Anzeigen für sich hat. Die rechtliche Beurteilung der letzten Variante bereitet eigentlich keine Schwierigkeiten, wenn also ein natürlicher Beweis der „Hauptsache“ vollständig gegeben ist, und außerdem noch durch Anzeigen unterstützt wird. Umso interessanter sind die ersten zwei Varianten: Ob und inwiefern ein bloß künstlicher Beweis ausreicht, um gegen einen Verdächtigen eine „peinliche Strafe“ zu erkennen?

Im Rahmen des gemeinen Rechts galt (seit 1495) neben dem deutschen (germanischen) auch das römische Recht als – subsidiär – anwendbare Rechtsquelle, und die Standpunkte der zwei Rechtsquellengruppen in dieser Frage sind recht unterschiedlich. Was nämlich das römische Recht betrifft, so scheint dieses den Beweis durch Anzeigen, welche in einem unzweifelhaften Zusammenhang mit dem „Hauptfactum“ stehen, und die Gewißheit des letzteren klar machen, dem unmittelbaren Beweis der „Hauptsache“ völlig gleichgeachtet und für ausreichend angesehen zu haben, um darauf ein Straferkenntnis zu gründen – meint Eisenhart.¹⁰⁴ Hingegen schreibt die PGO vor (Art. 22, 23, 30.), daß niemand auf irgendeine Anzeige, „Argwohn“ oder Verdacht hin zu „peinlicher Strafe“ verurteilt werden soll, sondern nur dann, wenn „genugsame“, d. h. vollständig erwiesene Anzeigen vorhanden sind. Bekanntlich konnte der Inquisit – wenn er mindestens einen halben Beweis gegen sich hatte – „nur“ der Tortur unterworfen werden: Die Verurteilung war erst aufgrund seines Bekenntnisses oder des Beweises möglich. Jedenfalls ist sicher, daß die *Carolina* denjenigen

¹⁰⁴ Vgl. Cod. Just. 9.9.1; 4.19.23.

Beweis, welcher auf bloßen Anzeigen beruht, nicht als einen gesetzlich vollständigen Beweis betrachtet hat. Die *Carolina* schließt aus dem Begriff einer Anzeige den Begriff der Gewißheit aus, und sie versteht unter Anzeige (*indicium*) überhaupt ein unvollständiges Beweismittel; folglich rechnet sie solche Anzeigen, aus denen sich Gewißheit der „Hauptsache“ ergibt, zu den Beweisen, worauf ein peinliches Erkenntnis schon gebaut werden könne (Art. 22.). Sie sagt im Art. 19. ausdrücklich, daß redliche Anzeigen von ihr in gleicher Bedeutung wie die Ausdrücke redliches Wahrzeichen, Argwohn, und Verdacht gebraucht würden, und rechnet daher im Art. 23. die Aussage *eines* guten Zeugen über die „Hauptsache“ des Verbrechens, welche ihrer Natur nach gar nicht zu den Anzeigen in eigentlichem Sinne gehört, sondern nur einen mangelhaften natürlichen Beweis ausmacht, doch zu den Anzeigen.

Nach Meinung von Eisenhart machen die Zeugenaussagen, insofern sie unmittelbar auf die „Hauptsache“ gerichtet sind, ein natürliches Beweismittel aus, welches aber unvollständig sein kann, wenn dabei nicht die Bedingungen eintreten, unter denen die Gesetze ihm vollkommene Glaubwürdigkeit geben. Für die *Carolina* gilt als entscheidendes Moment zwar die Gewißheit, aber in ihrer damaligen, durchaus formellen Bedeutung. Sie versteht unter den Beweisen (Art. 19, 21, 23 sowie 62, 69.) nichts anderes als die Gewißheit über das Verbrechen und seinen Urheber durch überzeugende Gründe, die sowohl durch den künstlichen Beweis vermittelt Anzeigen, wie auch durch den natürlichen oder unmittelbaren Beweis des „Hauptfactums“ selbst zusatende kommen kann.¹⁰⁵

Der nächste Schritt ist das Problem der Zurechnung. Freilich kann es dabei noch ungewiß bleiben, ob das Verbrechen seinem Urheber vollkommen zugerechnet werden kann; die gehört allerdings zu den notwendigen Bedingungen, unter denen die im Gesetz bestimmte Strafe auf den Täter anzuwenden ist. Im Verständnis von Eisenhart begründen die Anzeigen, besonders die absolut nahen Anzeigen eine Vermutung für die Schuld des Inquisiten, die praktisch sehr schwer zu widerlegen ist. Um bei dem schon angeführten

¹⁰⁵ Der Verfasser nimmt hier mit Grolman überein; vgl. Grolman, Bibliothek, Teil I, Stück 1, S. 167 ff.

Beispiel der des Ehebruchs angeschuldigten Frau zu bleiben: Es ist die Aufgabe der Ehefrau zu beweisen, daß eine Notzucht an ihr verübt wurde. Wenn sie sich also damit von der Strafe des Ehebruchs zu befreien sucht, daß sie eine an ihr verübte Vergewaltigung behauptet, so wird dieser Einwand nur unter der Bedingung rechtliche Wirkung haben können, daß sie denselben durch solche Gründe zu unterstützen im Stande ist, die wenn auch nicht auf völlig erwiesenen, so doch wenigstens auf wahrscheinlichen Tatsachen beruhen.¹⁰⁶ Gelingt der Angeschuldigten dies nicht, so wird der Richter sie als überführt zur gesetzlichen Strafe verurteilen müssen. Eisenhart selbst hat wahrscheinlich nicht bemerkt, daß er hier, während er gegen die Verdachtsstrafe und die Anerkennung der materiellen Gewißheit in der „Hauptsache“ kämpft, in die Falle der Schuldvermutung¹⁰⁷ gerät. An dieser Stelle nur ganz kurz über das Wesen der Schuldvermutung: In diesem Fall ist der Inquisit selbst verpflichtet, durch eigene Handlungen seine Unschuld zu erweisen – es wird also seine Schuld vermutet und damit eine Verdachtsstrafe begründet. Ob die Unschuld (durch die Angeschuldigte) oder die Schuld (durch den Kläger) zu beweisen ist, ist eine entscheidende Frage: Es ist in unserem Fall leicht vorstellbar, daß es für die Ehefrau fast unmöglich ist, ihre damalige Vergewaltigung etwa ein Jahr später zu beweisen. Die durch die Anzeigen gewonnene Vermutung wird so oft zu einer *praesumptio iuris et de iure*, die die Grundlage einer Verdachtsstrafe bildet.

Allein wichtig ist nun die inhaltliche Gewißheit – der Verfasser erwähnt es nicht ausdrücklich, es ist aber klar, daß er an die richterliche Überzeugung denkt. Der Richter ist zunächst nicht berechtigt, selbst bei mehreren bloß nahen Anzeigen eine Strafe zu verhängen, wenn ein natürlicher Beweis gänzlich fehlen sollte. Als Ausnahmefall gilt, wenn die Tatsache, auf die sich eine Anzeige gründet, an und für sich schon ein Verbrechen ausmacht, und daher eine besondere Strafe nach sich zieht. Es geht darum, daß die Gesetzgebung die Verdachtsstrafe zum materiellrechtlichen Instrument macht, und dazu einen Tatbestand kreiert. Der Autor führt – frei-

¹⁰⁶ Vgl. a. a. O. S. 94 ff.

¹⁰⁷ Zur Schuldvermutung näher das 4. Kapitel dieser Arbeit.

lich nicht zufällig – die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt an, die eigentlich nur eine Anzeige für einen Kindesmord sein kann, durch die damalige Strafgesetzgebung aber allgemein zum selbständigen Verbrechen erklärt wurde.¹⁰⁸ Eisenhart billigt diesen Standpunkt nicht und beruft sich in seiner Argumentation auf das gemeine Recht: „Nach dem gemeinen peinlichen Rechte steht solches nicht zu behaupten, wenn gleich nach einem allgemeinen Gerichtsgebrauch, womit es aber immer mißlich aussieht, solches nach der Meinung einiger Criminalisten stattfinden soll.“¹⁰⁹ Er grenzt sich in dieser Frage von denjenigen klar ab, die in der Pönalisierung des obigen Tatbestandes kein besonderes Problem gesehen haben.¹¹⁰

Eisenhart erwähnt in diesem Zusammenhang den fall der pflichtwidrigen Unterlassung der Anzeige bei dem verbrechen des Hochverrats, der „nach der gemeinen Meinung der Criminalisten“ auch an sich zu strafen sei. Die unterlassene Denunziation wird nicht einfach als ein zu bestrafendes Nichttun aufgefaßt, sondern als ein Verhalten, in dem sich eine Billigung dieses Delikts offenbart, die in gewissem Sinne auch als eine Teilnahme daran interpretiert werden kann.¹¹¹ In der Beurteilung dieses Problems ist der Verfasser ziemlich vorsichtig; er sagt lediglich, daß die Gesetze im allgemeinen diese Meinung nicht unterstützen. Nur soviel sei zuzugeben, daß sie in verschiedenen partikularrechten übernommen und bestätigt worden ist, z. B. durch eine Österreichische Verordnung vom 2. Januar 1795, in deren § 4 es heißt: „Auch derjenige ist als mitschuldig anzusehen, der einen ihm bekannten, des Hochverraths schuldigen Verbrecher der Obrigkeit anzuzeigen unterläßt, und soll daher lebenslang mit hartem Kerker bestraft werden.“

¹⁰⁸ Dazu ausführlich das 5. Kapitel dieser Arbeit. Die selbständig pönalisierte Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt gilt als Musterbeispiel dafür, inwiefern die Verdachtsstrafe in materiellrechtlicher Gestalt auftreten konnte.

¹⁰⁹ A. a. O. S. 96. Auch in diesem Zusammenhang wird Grolman erwähnt; Grundsätze, § 338.

¹¹⁰ Solche Autoren waren besonders: Claproth, Grolman, Tittmann, Quistorp; ausführlich siehe den Punkt III/1. des 5. Kapitels dieser Arbeit.

¹¹¹ Vgl. Quistorp, Grundsätze, § 152.

Eine spezielle Möglichkeit der Verdachtsstrafe ergibt sich daraus, daß manche Verbrechen die Eigenschaft haben, Anzeigen eines anderen, noch schwereren Verbrechens zu sein (*Vorkehrungsverbrechen*). Die Frage ist, ob in diesem Fall das (erwiesene) Verbrechen, das eine solche zusätzliche Eigenschaft hat, nicht härter bestraft werden müßte? Eisenhart spürt die Gefahr der Verdachtsstrafe ganz richtig und lehnt deshalb diese Meinung ab: „Mir scheint im Allgemeinen diese Frage verneint werden zu müssen, da in der Regel Anzeigen keine solche Gewißheit hervorbringen, als die Gesetze erfordern, wenn eine Strafe stattfinden soll.“¹¹² Die Argumentation ist nicht ausführlich genug, aber eindeutig.

Danach wird das Problem untersucht, welche Wirkung den Anzeigen dann beizulegen sei, wenn sie mit einem direkten oder natürlichen, aber unvollständigen Beweis zusammentreffen. Die Gesetze geben dem Richter dafür keine Richtschnur – auch die wichtigste gemeinrechtliche Rechtsquelle selbst, die PGO, hat es unterlassen, die Konkurrenz des unvollständigen, direkten Beweises mit Anzeigen ausdrücklich zu regeln.¹¹³ Sie benutzt den Begriff des *halben Beweises*, der durch die folgenden unvollständigen, direkten Beweismittel zu erreichen ist: a) Die Aussage eines klassischen Zeugen bezüglich der „Hauptsache“; b) Die Aussage von wenigstens zwei nicht klassischen, jedoch auch nicht völlig verwerflichen Zeugen. Die PGO handelt zwar im Art. 63 und 64. von solchen Personen, die gar nicht zum Zeugnis zugelassen werden sollen, hingegen schweigt sie über den Wert der nicht klassischen, jedoch auch nicht ganz verwerflichen Zeuge.¹¹⁴ c) Das außergerichtliche Bekenntnis

¹¹² A. a. O. S. 98. Eisenhart nimmt den Fall aus, daß durch die strafbare Handlung, welche der Anzeige zugrunde liegt, die Erforschung des Urhebers des Hauptverbrechens erschwert oder vielleicht ganz unmöglich gemacht worden ist. Da rückt der Gesichtspunkt der Sicherheit des Staates in den Vordergrund, sich vor den gefährlichsten Leuten zu schützen.

¹¹³ Die PGO schreibt im Art. 64 lediglich für die Tortur als allgemeine Regel vor, daß der Inquisit wenigstens einen *halben Beweis* gegen sich haben muß, damit die „peinliche Frage“ angeordnet werden kann.

¹¹⁴ Es wurde daher viel über den Wert ihrer Aussagen gestritten, indem einige Autoren ihnen ohne Unterschied die Kraft eines vollständigen Beweises absprachen, andere die Bestimmung ihres Werts dem richterlichen Ermessen überlassen, noch andere die Aussage zweier solcher der eines klassischen

der „Hauptsache“, unter der Voraussetzung, daß es bestimmt und bei vorhandener Gewißheit des *corporis delicti* abgelegt ist.¹¹⁵ d) Das zwar gerichtlich abgelegte, aber widerrufenes Bekenntnis der „Hauptsache“, ohne daß der Inquisit Umstände darzutun vermochte, welche die Unrichtigkeit des zuerst abgelegten Bekenntnisses außer Zweifel setzen.¹¹⁶ 116 Was die Anzeigen betrifft, legt ihnen die *Carolina* die Kraft eines halben Beweises bei, wenn Sie die Eigenschaft naher Anzeigen haben. Das Problem bleibt aber immer noch offen: Ob und inwiefern der direkte, unvollständige Beweis, wenn er durch die obigen Möglichkeiten zu einem halben Beweis gebracht worden ist, durch Hinzukommen solcher Anzeigen, die ebenfalls die Kraft eines halben Beweises haben, für vollständig zu halten sei?

Eisenhart behauptet, daß die allgemeine Meinung der zeitgenössischen Kriminalisten davon ausgeht, daß aus einer solcher Kombination des natürlichen und künstlichen Beweises in keinem Fall ein vollständiger Beweis entstehen könne.¹¹⁷ Seine persönliche Meinung weicht jedoch im Grunde davon ab: „Wenn der unvollständige, jedoch wenigstens zur Hälfte vorhandene, directe Beweis durch solche Anzeigen unterstützt wird, welche das mangelhafte desselben völlig ergänzen, er alsdann auch Vollständigkeit erhalte, und zur Erkennung einer peinlichen Strafe hinlänglich sey.“¹¹⁸ Diese Bemerkung des Autors ist ein mutiger Durchbruch: Noch im starren Rahmen und mit den alten Begriffen der gemeinrechtlichen Denkweise versucht er doch, die grundsätzliche Wichtigkeit und Priorität der materiellen Gerechtigkeit im Laufe der Beweisführung und im Rechtspruch darzulegen und bereitet damit den Boden für die freie, richterliche Beweiswürdigung vor.

Zeugen, und vier oder noch mehr solcher Zeugen der Aussage von zwei klassischen Zeugen gleichwertig beurteilt haben. Vgl. Quistorp, Grundsätze, § 706.

¹¹⁵ Siehe CCC Art. 32. vgl. Boehmer, Meditationes, bei diesem Art. § 1.; Grolman, Grundsätze, § 635.

¹¹⁶ Im Art. 63 und 64 der PGO geht es eigentlich um den Widerruf des unter der Tortur abgelegten Bekenntnisses. Vgl. Klein, Annalen, Bd. 16, S. 45.

¹¹⁷ Vgl. Eisenhart, a. a. O. S. 103; Quistorp, Grundsätze, § 676.

¹¹⁸ A. a. O. S. 106.

Er argumentiert daneben überzeugend, daß es eigentlich auch bei den zwei klassischen Zeugen „nur“ um eine *praesumptio iuris* gehe, nämlich, daß die Aussage solcher Zeugen als wahr gelten solle, weil nicht anzunehmen sei, daß zwei Personen, bei denen der Wille, die Wahrheit zu sagen, vermutet werden muß, geirrt haben, wenn sie miteinander übereinstimmen. Und dieselbe rechtliche Vermutung gilt auch für die speziellen Angaben eines einzelnen klassischen Zeugen oder mehrerer nicht klassischer Zeugen, wenn der Inhalt ihrer Aussagen durch Anzeigen in dem Maße unterstützt wird, daß dessen Gewißheit als notwendig angenommen werden muß, sobald die der Anzeige zugrunde liegende Tatsache hinlänglich erwiesen ist. „Man kann mit Sicherheit den Grad von Gewißheit annehmen, welcher nach der Absicht des Gesetzes für Wahrheit gelten soll, und hierbey muß der Richter sich beruhigen, in dessen Kräften es nicht liegt, bis absoluten Gewißheit der Thathandlungen, über welche er zu urtheilen hat, zu gelangen.“¹¹⁹ Eine absolute Gewißheit im philosophischen Sinne ist in der Tat nicht zu erreichen – realistisch ist aber ein sehr hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, die im normalen Lauf der Dinge und nach den Regeln der Logik als Wahrheit betrachtet und von Eisenhart „rechtliche Gewißheit“ genannt wird. Eine unwiderlegbare Vermutung sollte aber praktisch verboten sein, um der Gefahr der Verdachtsstrafe zu entgehen. Kurz zusammengefaßt lautet der Standpunkt des Verfassers: Allein wichtig ist die materielle Wahrheit in Bezug auf die „Hauptsache“ des Verbrechens.

ad) Außerordentliche Strafen, die nicht als Verdachtsstrafen anzusehen sind

Es liegt auf der Hand, daß es einzig und allein vom Resultat des Beweises abhängt, ob gegen den Inquisiten eine Strafe zu verhängen sei oder nicht. Und die wesentlichste Frage ist dabei, ab welchem Grad der Gewißheit über die „Hauptsache“ (neben der Berücksich-

¹¹⁹Ebd. S. 108. Das außergerichtliche oder widerrufenes Bekenntnis wird völlig gleich beurteilt. Vgl. S. 108 ff.

tigung der Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten) eine Strafe zuzuerkennen ist. Die Entscheidung darüber muß das Gesetz in die Hände des Richters geben. Daher ist eine willkürliche Strafe in des Wortes eigentlicher Bedeutung ein juristisches Unding, weil der Richter sich nicht über das Gesetz erheben und keine Strafe verfügen darf, wenn die Voraussetzung nicht vorhanden ist, unter der das Gesetz gestraft wissen will – und das Gesetz darf natürlich nie erlauben, in einzelnen Fällen willkürlich (d. h. abweichend von dem von der Rechtsnorm vorgegebenen Maßstab) zu strafen. Soviel ist also klar, daß eine willkürliche Strafe in engerem Sinne völlig ungerecht ist, und sie geht auch die außerordentliche Strafe im wesentlichen nichts an.

Die Grenze zwischen der (gerechten) Strafe und der (ungerechten) Willkür ist aber bei weitem nicht eindeutig. Eisenhart erwähnt richtig, daß der Ausdruck: „willkürliche Strafe“ von den zeitgenössischen Kriminalisten oft in einer anderen Bedeutung benutzt wird, die der Autor „gesetzlich willkürliche Strafe“ nennt.¹²⁰ Es geht hier um Verbrechen, die in so mannigfaltigen Gestalten, in so verschiedenen Graden von Gefährlichkeit oder Schädlichkeit erscheinen, daß der Gesetzgeber nur allgemein die Drohung eines Strafübels gegen sie festsetzen kann, hingegen die Art und das Maß desselben dem Ermessen des Richters (jedoch nach den allgemeinen Regeln des zu beobachtenden Verhältnisses der Strafen zu den Verbrechen) überlassen muß. Hier kann man in der Tat nicht von eigentlicher Willkür sprechen. Der Richter hat lediglich bei der Bemessung der Sanktion einen gewissen „Spielraum“ – diese Methode entspricht schon völlig dem modernen Strafzumessungsvorgang.

Mit der obigen „gesetzlich willkürlichen Strafe“ ist wiederum die außerordentliche Strafe nicht zu verwechseln, die irgendeine gesetzliche Bestimmung der Strafe (sei es auch nur im Hinblick auf die Qualität, ohne Rücksicht auf die Quantität) voraussetzt, von der aber aus einem besonderen rechtmäßigen Grund abgewichen werden kann. Im Verständnis von Eisenhart gehört zu diesen Voraussetzungen, daß *a*) das Verbrechen vollendet worden, also es nicht bei dem Versuch geblieben sei, *b*) dasselbe vorsätzlich verübt

¹²⁰ Vgl. Klein, Grundsätze, S. 114 f.

worden sei, endlich *c*) der „böse Vorsatz“ als eine vollständig freie EntschlieÙung zugerechnet werden könne.¹²¹ Die Strafe, die unter diesen Bedingungen verhängt wird, heißt ordentliche Strafe. Eine außerordentliche Strafe findet aber nicht statt, wenn diese Voraussetzungen ganz oder zum Teil fehlen, wenn z. B. aller Grund wegfällt, dem Urheber des Verbrechens dasselbe zuzurechnen, so daß gar keine Bestrafung erfolgen darf. Wenn aber bei dem Angeschuldigten nicht alle Zurechnung wegfällt, oder wenn auch nicht ein „böser Vorsatz“, so doch wenigstens eine *culpa* beim Urheber des Verbrechens vorliegt, so wird auf eine von der ordentlichen abweichende, mithin eine außerordentliche Strafe in der Regel erkannt. Es gibt dabei zwei Varianten: Der Fall, für den das Gesetz selbst eine besondere Strafe als Ausnahme von der Regel bestimmt hat – heißt „gesetzlich außerordentliche Strafe“; der Fall, in dem eine solche Bestimmung im Gesetz nicht erfolgt ist, und die Bestimmung der Sanktion dem Ermessen des Richters überlassen wird, heißt „willkürlich außerordentliche Strafe“.

Alle bisher erwähnten Kategorien der außerordentlichen Strafe stimmen darin überein, daß dabei keine Rücksicht auf den Grad der Stärke des Beweises genommen wurde, weil sie sämtlich zur Anwendung der Strafe erfordern, daß derjenige Grad von Gewißheit im Hinblick sowohl auf das Verbrechen als auch auf seinen Urheber vorhanden sei, den das Gesetz zum vollständigen Beweis erfordert, also die „rechtliche Gewißheit“. In diesen Fällen hieß die Sanktion undifferenziert außerordentliche Strafe, und man mußte dabei an eine künstliche oder zusammengesetzte, bzw. unvollständige natürliche oder einfache Beweisart denken. Man war gezwungen, auch diejenige Strafe außerordentliche Strafe zu nennen, bei der eine volle materielle Gewißheit (und darüber hinaus eine richterliche Überzeugung) vorhanden war, die formelle Vollständigkeit jedoch fehlte. So Eisenhart: „In unendlich vielen Fällen ist bisher gegen Verbrecher, welche durch einen künstlichen oder zusammen-

¹²¹Die Meinung von Eisenhart weicht in dieser Frage vom Standpunkt Feuerbachs ab, der bei bestimmten Strafen die Befugnis des Richters, insofern das Gesetz sie bei Bestimmung der Strafe nicht ausdrücklich einräumt, die Strafe wegen Fehlen des Vorsatzes oder wegen unvollkommener Zurechnung zu mildern, ausschließt. Vgl. Feuerbach, Revision, Teil I, Kap. 4, S. 203.

gesetzten Beweis eines Verbrechens überwiesen waren, mit recht eine außerordentliche Strafe erkannt worden, obgleich aus einem unrichtigen Grunde, indem man diesen von der Beweisart hernahm, da er doch vielmehr in der materiellen Unvollständigkeit des Beweises zu suchen gewesen wäre.“¹²² Dieser Satz sollte auch umgekehrt gelten: Der Übertreter einer Rechtsnorm (eines Gesetzes) war nicht selten vor der auf sein Verbrechen vorgeschriebenen ordentlichen Strafe verschont worden, obwohl die materielle Vollständigkeit des Beweises vorhanden war; – die Ansicht des Autors dazu: „Solches nach einer meiner Meynung nach richtigen Theorie des Beweises in peinlichen Fällen nicht geschehen dürfen.“¹²³ Der Verfasser sieht den Kern des Problems genau: Der Begriff der außerordentlichen Strafe ist es, der eigentlich überflüssig, sogar schädlich ist. Ordentliche Strafe – außerordentliche Strafe ist ein künstliches Begriffpaar, wobei der letztere nur als Notbehelf infolge der starren, folglich ungenügenden Beweisführung des gemeinen Rechts entstanden ist.

b) Die außerordentliche Strafe als Verdachtsstrafe

Es ist auch ein neues Element, daß die persönliche Überzeugung des Richters als wesentliches Moment im Verständnis von Eisenhart erscheint. Wie gesagt, eine absolute Gewißheit ist in der Beweisführung praktisch nicht erreichbar, aber – er meint –: „[...] allein dieses rechtfertigt noch keinesweges den Schluß, daß, wo dieser Beweis fehle, der Richter zu Folge seiner Privatüberzeugung den Verdächtigen des Verbrechens für überführt halten könne, ungeachtet er nach der in den Gesetzen gegründeten Theorie vom Beweise sich nicht für überzeugt halten soll.“¹²⁴ Der Eckstein in der Beweiswürdigung, der vom Gesetz unbedingt festgesetzt werden muß, ist der Grad der Gewißheit; der soll dem Richter als absolute Wahrheit und Richtschnur gelten, und so kann auch bei noch so

¹²² A. a. O. S. 118.

¹²³ Ebd.

¹²⁴ Eisenhart, Preisschrift II, S. 2. Vgl. Marxen, S. 41 f.

großem Verdacht, der diesen Grad der Gewißheit nicht erreicht, auf keine außerordentliche Strafe erkannt werden. Das wäre nämlich in der Tat eine Verdachtsstrafe.

Eisenhart erkennt auch, daß die außerordentliche Strafe – im Sinne der Verdachtsstrafe – nach der Abschaffung der Folter eine neue „Blütezeit“ gehabt hat, weil man ein Surrogat für dieses alte Beweismittel gebraucht hat, dessen „[...] Anwendung gewissermaßen den Streit zwischen dem Gerichtsgebrauche und den ausdrücklichen Gesetzen ausgleiche.“¹²⁵ Die außerordentliche Strafe ist solcherweise in einem beweisrechtlichen Vakuum gehandhabt worden. Wenn man annimmt, daß die Tortur ebenso grausames wie unzweckmäßiges Mittel ist, die Wahrheit zu erforschen, so darf man sich deshalb wie noch nicht zum Schluß berechtigt glauben, daß wenigstens eine außerordentliche Strafe an ihre Stelle treten müsse. Vielmehr ist der Richter nur dann zu strafen berechtigt, wenn er ihre sich zufolge der Gesetze von der Übertretung eines Strafgesetzes für überzeugt halten muß.

Eisenhart stellt sich auf die Seite derjenigen Rechtsgelehrten, die zwar als die Regel zugeben, daß bei unvollständigem Beweis auf eine außerordentliche Strafe nicht erkannt werden könne, indes bei geringeren Verbrechen, welche selbst bei vollem Beweis höchstens eine leichtere oder nur privatrechtliche Strafe nach sich ziehen würden, eine Ausnahme zulassen wollen.¹²⁶ Es gehe hier durchaus nicht um Verdachtsstrafe – die vollkommene (jedoch überwiegend subjektive) richterliche Überzeugung muß vorliegen: „Es werde aber ein so starker Verdacht zu der Zuerkennung einer solchen Strafe erfordert, daß der Richter, ohne einen Vorwurf seines Gewissens befürchten zu dürfen, dem Inquisiten mit festem Muthe ins Gesicht sagen könne, daß er der Verbrecher sey.“¹²⁷

¹²⁵ A. a. O. S. 3. Der Autor denkt daran, daß die Tortur nach den „ausdrücklichen gemeinen, peinlichen Gesetzen“ nicht abgeschafft worden sei, und während der Anwendung der Folter eine bestimmte „Harmonie“ in der Beweisführung geherrscht habe. Daß die Tortur für das Hervorbringen der Wahrheit ein untaugliches Mittel ist, ist für Eisenhart keine Frage; vgl. ebd. S. 4.

¹²⁶ Vgl. Kleinschrod, Unvollkommener Beweis, S. 28.

¹²⁷ A. a. O. S. 10. Kleinschrod betrachtet eine solche Strafe als *ordentliche*, weil er in Strafsachen kleiner Art annimmt, daß die aus Vermutungen entstehende Gewißheit voller Beweis sei; vgl. a. a. O. S. 28 ff.

ba) Der Gesichtspunkt des „gemeinen Wesens“

Bei der Beurteilung der außerordentlichen Strafe taucht notwendigerweise als Gesichtspunkt das Interesse des Staates auf, ein Thema, das aber von Eisenhart nur kurz behandelt wird. Der Zweck des Staates ist auch nach Eisenhart die Gewährung der Sicherheit der ganzen Gesellschaft und des einzelnen Bürgers. So scheint es nötig, daß man bei vorhandener Gewißheit des *corporis delicti* und bei genügendem Verdacht wider den mutmaßlichen Urheber des Verbrechens „sich beruhigen“ und diesen nicht unbestraft lassen könne.

Um die außerordentliche Strafe in solchen Fällen zu rechtfertigen, führt der Autor die Meinung eines zeitgenössischen Kriminalisten namens Weismantel an, der den Rat gibt, daß der Richter bei „dringendem Verdachte“ dem Herrscher über die geführte Untersuchung einen Bericht erstatte und demselben anheim gebe, eine außerordentliche Strafe *per modum privilegii odiosi* gegen den Verdächtigen zu verfügen.¹²⁸ Das Problem der außerordentlichen Strafe mit solchen kasuistischen Rechtsquellen bzw. Methoden zu lösen, liegt Eisenhart fern; er zweifelt sogar, daß die Macht des Regenten so weit auszudehnen sei, daß er einen Verdächtigen schuldig zu erklären befugt sei. Denn der Herrscher selbst kann einer an sich dem Gesetz zuwiderlaufenden, mithin unrechtmäßigen Strafe durch ein „Privilegium“ keine Rechtmäßigkeit verleihen.¹²⁹ Es wird von Eisenhart behauptet, daß eine Verdachtsstrafe auch durch eine ausdrückliche Rechtsnorm nicht zu rechtfertigen ist – weil sie im wesentlichen an sich unrechtmäßig ist.

bb) Das Geschworenengericht als Lösungsmöglichkeit der Verdachtsstrafe

Danach wird das schon in dem Preisausschreiben angesprochene Institut des Geschworenengerichts als eine Möglichkeit, die außerordentliche Strafe zu vermeiden, untersucht. Der große Vorteil

¹²⁸ Vgl. Weismantel, § 24.

¹²⁹ Vgl. Kleinschrod, a. a. O. § 13.

dieses Gerichtes scheint darin zu bestehen, daß das Gericht der Geschworenen an keine durch Gesetze bestimmte Theorie vom Beweis gebunden ist, sondern den Ausspruch nach der persönlichen Überzeugung der Richter tätigt.

Als Vorbild galt dafür damals das französische Geschworenengericht, wobei – entsprechend dem angelsächsischen Gebrauch – zwölf Geschworene den Angeschuldigten einstimmig für „überwiesen“, folglich für schuldig zu erklären hatten, damit das Strafgesetz zur Anwendung kommen konnte.¹³⁰ Eisenhart formuliert seine Meinung vorsichtig: Das Urteil von zwölf Männern scheint auf den ersten Blick von weit größerem Gewicht zu sein als das Urteil eines Richters, der nach den allgemeinen Regeln mit gänzlicher Hintansetzung seiner Privatüberzeugung in der Frage entscheiden muß, ob der Angeschuldigte des Verbrechens überführt ist oder nicht. Andererseits aber habe dieses Gericht auch einen erheblichen Nachteil: „Die wichtigste Bedenklichkeit, die meiner Meinung nach gegen die Einführung eines Geschworenengerichts eintritt, liegt darin, daß das von den Geschworenen nach ihrer Privatüberzeugung ausgesprochene Urtheil keiner gesetzmäßigen Prüfung fähig ist, indem es an einem allgemeinen Maaßstabe fehlt, wornach die Richtigkeit desselben ermessen werden könnte.“¹³¹ Zu dieser in der Sache selbst liegenden Unvollkommenheit rechnet Eisenhart noch außerdem die zufälligen Mängel, welchen die Errichtung eines Geschworenengerichts in so reichem Maße ausgesetzt ist – es hänge viel von den Einsichten, von der Unparteilichkeit und Einbildungskraft der konkreten Personen der Geschworenen ab. Kurz: Das größte Problem ist, daß es bei diesem Gericht viel zu viel Zufälliges, „Außerrechtliches“ gibt. Der größte Wert der „real existierenden“ deutschen Gerichtsverfassung sei es, daß der Richter da gebunden ist, über die Gewißheit der Tathandlungen nach bestimmten gesetzlichen Regeln zu urteilen. Die Aufgabe sei bloß, die Regeln des Beweises noch genauer und mit „völliger Deutlich-

¹³⁰ Ausführlich zur zeitgenössischen französischen Kriminalverfassung Klein und Kleinschrod, in: ACrR Bd. 1 (1799), Stück 4, S. 47 ff.

¹³¹ Eisenhart, a. a. O. S. 18.

keit" zu bestimmen. Der Autor lehnt also endlich das Geschworenengericht als ein mögliches Mittel für die Lösung des Problems der außerordentlichen Strafe kategorisch ab.

c) Allgemeine Fragen der Sicherungsmittel

Es sei nun klar, daß der Richter, der bei Beurteilung „peinlicher Fälle" die Regeln einer gesetzlichen Beweistheorie zu beobachten verpflichtet ist, keinen Gesichtspunkt hat, aus welchem bei der Unvollständigkeit des Beweises sich die Zuerkennung einer außerordentlichen Strafe rechtfertigen ließe. Der Verdacht ist an sich kein Grund zur Verurteilung; wenn er aber auch durch Anzeigen unterstützt wird, wird fraglich, ob der bisherige Verdacht bis zur „gesetzmäßigen Gewißheit" gebracht werden kann. Wie bekannt, ist Eisenhart der Meinung, daß es auch durch – besonders „absolut nahe" – Anzeigen möglich ist, die Schuld des Verdächtigen hinlänglich zu erweisen, d. h. einen vollständigen Beweis zu führen.

Eine andere Variante ist die, daß die Gewißheit über die Schuld des Betroffenen den Grad des vollständigen Beweises zwar nicht erreicht, der Verdächtige jedoch nach aller Wahrscheinlichkeit schuldig ist, und nur die prinzipielle Möglichkeit seiner Unschuld übrig bleibt. Das wäre der eigentliche Fall, in dem die Frage auftaucht, ob sich auch da die Wirkung des unvollkommenen Beweises bloß auf Lossprechung einschränken und damit die Sicherheit des „gemeinen Wesens" gewährleistet werden kann. Die Person, die nach allen Gründen der Wahrscheinlichkeit als der Urheber des Verbrechens angesehen werden muß, für deren Unschuld keine Gründe vorhanden sind, habe die Vermutung eines „bösen Willens" gegen sich. Soviel ist also sicher, daß dieser Verdächtige eine sehr gefährliche Person ist – es gibt also eine reale Gefahr-Situation, auf die man reagieren müsse. Eisenhart dazu: „In einem solchen Falle die Hände in den Schooß legen, und abwarten, bis der Verdächtige einmal ein Verbrechen begehe, dessen er hinlänglich überführt werden könne, um zur verdienten Strafe gezogen zu werden; kein Mittel anwenden, die Gefahr, womit das gemeine Wesen in der Person des Verdächtigen bedroht wird, zu entfernen; würde eine keineswe-

ges zu rechtfertigende Nachlässigkeit der Regierung seyn."¹³² Der Staat habe die Aufgabe, gegen solche Leute die erforderlichen und entsprechenden Maßregeln, und zwar Sicherheitsmaßnahmen zu treffen.

ca) Der Unterschied zwischen der Strafe
und dem Sicherungsmittel

Es ist unentbehrlich, die Begriffe „Strafe“ und „Sicherungsmittel“ voneinander abzugrenzen. Beide sind nach ihrem Zweck verschieden; die Strafe hat die Aufgabe, durch die Autorität und die Kraft eines Strafgesetzes wegen der Übertretung desselben ein ausdrückliches Übel zuzufügen. Hierauf wird bei dem Sicherungsmittel keine Rücksicht genommen, bei dessen Anwendung man es dahingestellt läßt, ob wirklich der Verdächtige die Rechtsnorm übertreten hat, oder nur die Gefahr abzuwenden sei, mit der durch die Person des Angeschuldigten die Sicherheit des Publikums wegen befürchtender zukünftiger Verbrechen bedroht wird.¹³³ Es ergibt sich hieraus, daß es nicht zum der Sicherungsmaßregeln gehört, dem Verdächtigen ein sinnliches Übel zuzufügen. Wenn es möglich wäre, Mittel ausfindig zu machen, die ohne jegliche Beschränkung der Freiheit des Verdächtigen den Staat und dessen Bürger gegen die Gefahr (womit ein solcher Mensch ihre Sicherheit bedroht) hinlänglich schützen könnten, dann würden diese vor allen anderen gewählt werden müssen. Wenn aber solche Mittel nicht vorhanden sind, so darf man auch Sanktionen anwenden, die zwar als Strafen erscheinen, aber nicht als Strafübel betrachtet werden können.¹³⁴ Bei der Bestimmung also – meint Eisenhart – kann keine Rücksicht auf die Beschaffenheit und Größe der Strafe genommen werden, zu welcher der Verdächtige bei vollständiger Überführung verur-

¹³² Ebd. S. 24.

¹³³ Eisenhart sieht den Zweck der Strafe in der Abschreckung aller Untertanen (sic!) vor gesetzwidrigen Handlungen durch Androhung sinnlicher Übel. Er stimmt in dieser Frage vollkommen mit Feuerbach überein; vgl. Feuerbach, Revision, S. 67 ff.

¹³⁴ Vgl. Zachariä, Preisschrift, S. 38.

teilt werden müßte. Die Beschaffenheit und Größe der Gefahr sind einzig und allein der Maßstab, nach dem die Sicherungsmittel im Einzelfall zu bestimmen sind. Unter mehreren Sicherungsmitteln ist dasjenige zu wählen, welches am wenigsten die Freiheit der betroffenen Person einschränkt.

Strafe und Sicherungsmittel seien ferner voneinander auch nach der Wirkung zu unterscheiden. Eine überstandene Strafe befreit von weiterer Strafe wegen des nämlichen Verbrechens, obwohl es sein kann, daß der *delinquent* bei einem neuen Verbrechen kraft seiner früheren Bestrafung härter bestraft wird.¹³⁵ Das gegen den Verdächtigen angewandte Sicherheitsmittel habe hingegen nie die Wirkung, daß dadurch die Verbindlichkeit des Angeschuldigten, sich der verdienten Strafe zu unterwerfen, aufgehoben werde, wenn der gegen ihn vorhandene Verdacht durch neue Beweismittel zur „rechtmäßigen Gewißheit“ gebracht werden sollte.

cb) Über die Befugnis, eine Sicherungsmaßnahme zu verfügen

Eisenhart will die Befugnis, Sicherungsmittel zu vollstrecken, der Polizei zukommen lassen; die Maßnahmen seien jedoch nicht als „Polizeyahndungen“ zu betrachten, auf welche der Begriff von Strafe allerdings passe, weil diese in „Strafübeln“ bestehen, die Polizeigesetze gegen die Übertreter derselben festsetzen.¹³⁶ Die Verfügung solcher Ahndungen setzt (wie jede andere Strafe) die Vollständigkeit des Beweises voraus; die Sicherungsmittel hingegen sind „bloß“ Anordnungen der Polizei, um wahrscheinlichen Beleidigungen durch Verbrechen zuvorzukommen.

Eine andere wichtige Frage ist, wenn das Recht zukommt, Sicherungsmaßregeln gegen einen Verdächtigen zu verfügen. Der Autor teilt die Standpunkte der damaligen Strafrechtler in zwei Parteien auf; die eine Würde den Richter, die andere die Exekutivgewalt bevorzugen. Zu der ersten Gruppe werden Böhmer und Klein ge-

¹³⁵ Vgl. Klein, Grundsätze, § 156.

¹³⁶ Vgl. mit der Theorie der Strafgerechtigkeit in Polizeisachen von Globig und Huster; Globig/Huster, Abhandlung, S. 291.

rechnet.¹³⁷ Sie meinen, daß es zum Richteramt gehöre, bei Anwendung der Gesetze darauf zu sehen, daß der Kollision zwischen ihr und dem „gemeinen Besten“ vorgebeugt werde. Wenn das Recht dem Richter zugesteht, einen Angeschuldigten – je nachdem – zu verurteilen oder freizusprechen, so sei auch er es, der den Verdächtigen unter bestimmten Umständen mit einer Sicherungsmaßnahme belegt. behaupten u. a. Leyser, Struben und Feuerbach, daß der Richter nicht befugt sei, Verfügungen zu erteilen, wo das Gesetz selbst schweigt.¹³⁸ Dem Richter bleibe nichts übrig, als die Lage der Sache nebst seinem Gutachten über die zu treffenden Sicherheitsmaßregeln an die „höchste Regierung“ zu berichten und dieser anheim zu geben, was sie darauf zu verfügen für nötig erachte.

Die Meinung von Eisenhart lautet folgendermaßen: Er geht davon aus, daß owohl die Kriminal- wie auch die Polizeigewalt aus einer und derselben Quelle entspringen, und beide seien schuldig, wenn nicht alles Mögliche getan wird, eine für die Sicherheit des Publikums wahrscheinliche Gefahr abzuwehren. Die Befugnis müßte jedoch irgendwie verteilt werden: Der Autor scheint die Polizei zu wählen. Das Problem ist allerdings komplex, das Richteramt ist damit sowieso eng verknüpft, weil eine solche Polizeibefugnis nur nach einer „peinlichen“ Untersuchung und nach deren Resultate ausgeübt werden könne. Der Richter ist aus diesem Vorgang durchaus nicht auszuschließen: „Wer anders als der peinliche Richter kann und darf bestimmen“ – schreibt Eisenhart „ob der Inquisit nur einen unvollständigen Beweis wider sich habe, in welchem Grade derselbe verdächtig sey, und ob der ihn beschwehrende Verdacht von der Beschaffenheit sey, daß er die Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln gegen ihn nothwendig mache?“¹³⁹ Auch der Richter wäre es, der am besten beurteilen kann, das nötige und entsprechende Sicherheitsmittel zu bestimmen. Die tatsächliche Anwendung des vom Richter erkannten Mittels würde aber der Polizei

¹³⁷ Vgl. Boehmer, *Observationes*, Qu. 125. obs. 3.; Klein, in: *ACrR Bd. 1 (1799)*, Stück 2, S. 34 ff.

¹³⁸ Vgl. Leyser, *Meditationes*, Specimen DCXLI, Nr. 10, 11, 12; Strube, Teil 2, S. 117; Feuerbach, *Revision*, S. 334 ff.

¹³⁹ A. a. O. S. 32.

vorbehalten bleiben, und die stünde mit der „Criminalgewalt“ in keiner weiteren Verbindung.

Wie zu sehen ist, versucht Eisenhart einen Kompromiß zwischen den zwei Standpunkten durchzuführen, es gelingt ihm indes- sen jedoch nicht, einen Widerspruch mit sich zu vermeiden. Er läßt die Befugnis zur Verfügung über ein Sicherungsmittel der Polizei zukommen, über das Wesen der Angelegenheit, über das rechtliche Problem der angestellten Untersuchung müßte jedoch naturgemäß der Richter erkennen. Man hat das Gefühl, daß auch der Autor der wirklichen Meinung ist, daß die Polizei praktisch nur die Rolle der Exekution spielen würde. Es bleibt nämlich völlig unklar, welche Befugnis die Polizei in dem Entscheidungsprozeß hat.¹⁴⁰

cc) Die Vorbedingungen der Verhängung der Sicherungsmittel

Eisenhart ist also der Überzeugung, daß die Sicherungsmaßnahmen gegen die nicht überführten, gefährlichen Verdächtigen nützlich, sogar notwendig sind, und er gibt als Voraussetzung für die Anwendung derselben im allgemeinen an, daß sich gegen den Ange- schuldigten ein dringender Verdacht aus der Untersuchung ergebe, der nur die abstrakte Möglichkeit der Unschuld übrig läßt. Es muß außerdem noch hinzukommen, daß der Verdacht von einer realen Gefahr für die gemeine Sicherheit begleitet ist. Die weiteren Be- dingungen seien die folgenden:

- a) Das *corpus delicti* muß völlig erwiesen sein. Solange dieses noch zweifelhaft ist, bleibt bei allem Verdacht ein Verbrechen verübt zu haben, die Gefahr noch zu entfernt. Der Schlüs- selbegriff ist die Gefahr; diese ist zu objektivieren, um den rechtlichen Grund für das Sicherungsmittel begründen zu können. Erst wenn die Gefahr für das „gemeine Wesen“ be- wiesen ist, ist auch die Sicherungsmaßnahme gerechtfertigt. Und für die Objektivierung der Gefahr gibt es kein besseres Mittel als eine erwiesene Übertretung des Gesetzes.

¹⁴⁰ Vgl. ebd. S. 32 ff.

- β) Das Verbrechen, dessen der Verdächtige beschuldigt wird, soll praktisch sehr schwer – zumindest von der Art sein, daß die Besorgnis der Gefahr (die von der Seite des Verdächtigen im Fall seiner „Lossprechung“ droht) auf keine andere Weise als dadurch aufgehoben werden kann, daß der Betroffene auf irgendwelche Weise eine Einschränkung seiner Freiheit erleide.
- γ) Der Verdächtige muß sich nach den Untersuchungsakten erwiesenermaßen als eine Person dargestellt haben, von der die Wiederholung des begangenen oder ähnlichen Verbrechens zu befürchten ist. Dabei wird besonders die Erziehung, moralische Bildung, physische Kraft, sowie Charakter und Lebenswandel des Verdächtigen berücksichtigt.

Wenn die angeführten Erfordernisse konjunktiv vorhanden sind, sieht Eisenhart in der Anwendung einer Sicherungsmaßnahme, die zumindest formell, meistens aber auch eine wirkliche Beschränkung der persönlichen Freiheit des Angeschuldigten sein soll, überhaupt kein Problem. Spezielle Bestimmungen für die Anwendung der Sicherheitsmittel in den einzelnen Fällen zu geben, hält Eisenhart nicht für möglich, weil dabei auf den Grad der Zurechnung keine Rücksicht genommen werden kann, sondern alles von der Wahrscheinlichkeit und der Größe der Gefahr abhängt – kurz: Die Situation sei viel zu individuell. Der Autor lehnt ferner den Standpunkt ab, daß der Grad der Unvollständigkeit des Beweises zum Maßstab des anzuwendenden Sicherheitsmittels dienen könnte. Er betont, daß beim Bestimmen des Sicherungsmittels anderen Umständen, wie den Eigenschaften, Fähigkeiten und besonders dem Charakter des Verdächtigen, eine wesentlich größere Aufmerksamkeit gewidmet werden muß.

d) Die einzelnen Sicherungsmaßnahmen

Der Autor stellt bei den empfohlenen Sicherungsmitteln ein vierstufiges System auf – von den mildereren zu den schärferen. Die Wahl eines dieser vorgeschlagenen Mittel dürfe nicht willkürlich

sein, sondern müsse nach dem Grad der von der Person des Verdächtigen zu befürchtenden Gefahr bestimmt werden.¹⁴¹

da) Erster Grad: Kautio

Das mildeste Sicherheitsmittel, das am wenigsten die äußere Freiheit des Verdächtigen beeinträchtigt, sei die demselben auferlegte „Bestellung“ einer Kautio aus seinem Vermögen.¹⁴² Der Natur der Sache nach entsteht bei dieser Maßnahme eine erhebliche Schwierigkeit: Da sie voraussetzt, daß der Verdächtige Vermögen besitze, so wird der entgegengesetzte Umstand sie unbrauchbar machen. Zweckmäßig würde aber dieses Mittel für solche Fälle sein, in denen der Verdacht in einem Verbrechen seinen Grund hat, dessen Quelle in einem aus Gewinnsucht unternommenen Betrug zu suchen ist. Eisenhart hält dieses Mittel für außerordentlich nützlich und geschickt: „Die Vermögens-Cautio leistet einen zwiefachen Nutzen, indem sie erstlich auf den Fall, wenn der Verdächtige künftig andere durch Betrug in Schaden setzen sollte, es nicht an einem Gegenstande fehlen läßt, woran der Betrogene sich erholen kann, und zweytens in dem Habsüchtigen die Vorstellung eines Verlustes an dem, was er schon besitzt, lebhaft erhält, wenn er sich durch Betrug fremder Habe bemächtigt, und dadurch wirksam wird, in ihm den Gedanken, andere zu betrügen, im ersten Keime zu ersticken.“¹⁴³

db) Zweiter Grad: Polizeiaufsicht

Das zweite Sicherungsmittel sei für den Verdächtigen schon wesentlich belastender, weil es ihn einer besonderen Aufsicht der Polizei seines Wohnortes unterwirft. Diese Maßnahme würde nur an-

¹⁴¹ Jedes einzelne dieser Mittel ist wieder vielfacher Abstufungen fähig, bei deren Festsetzung dem Ermessen des Richters nach den jeweils vorkommenden Umständen breiter Raum bleiben müsse. Vgl. ebd. S. 37 f.

¹⁴² Vgl. Zachariä, Preisschrift, S. 32 f.

¹⁴³ A. a. O. S. 38.

wendbar sein, wenn man annehmen kann, daß Umstände vorhanden sind, die für den Verdächtigen ein wichtiges Interesse begründen, an seinem bisherigen Wohnort zu bleiben.¹⁴⁴ Gegen Personen aber, die an eine „herumschweifende“ Lebensart gewöhnt sind (kein bestimmtes Gewerbe betreiben usw.), wäre wenig oder gar keine Sicherheit mit diesem Mittel erreichen lassen. In Ansehung der Anwendung dieses Mittels selbst würde die Rolle der Polizeiobrigkeit darin bestehen, vom Verdächtigen von Zeit zu Zeit über seinen Vermögenszustand eine Rechenschaft abzufordern. Die Polizei sollte es außerdem nicht verabsäumen, bei solchen Personen, die von den Umständen und der Lebensart des Verdächtigen Wissen haben können, darüber öfters Erkundigungen einzuziehen, und im Fall, daß die Resultate dieser Untersuchungen und Nachforschungen nicht vorteilhaft für den Verdächtigen ausfallen sollten, ihn mit strengeren Maßregeln zu bedrohen bzw. zu belegen.¹⁴⁵ Übrigens sollte die Freiheit des Verdächtigen nicht beschränkt werden, er dürfte sein bisheriges (erlaubtes) Gewerbe fortsetzen.

dc) Dritter Grad: Verhaftung des Verdächtigen

Unter den vorgeschlagenen Mitteln scheint das strengste die Verhaftung des Verdächtigen zu sein. Weil es dabei um den gänzlichen Verlust der persönlichen Freiheit geht, muß besonders vorsichtig gehandelt werden. Eisenhart stellt sich das folgendermaßen vor: „Für den Richter muß es daher Pflicht seyn, nicht anders auf Verhaftung des Verdächtigen zu erkennen, als wenn das Verbrechen, worauf der Verdacht sich gegen letztern gründet, von der Beschaffenheit ist, daß dadurch entweder unmittelbar die bürgerliche Gesellschaft oder der Staat, oder solche Rechte des einzelnen Bürgers,

¹⁴⁴ Eisenhart denkt an einen solchen Fall, daß der Angeschuldigte z. B. mit erheblichem unbeweglichen Vermögen begütert ist; oder er betreibt ein Gewerbe, welches ihm sein notwendiges Auskommen sichert. Vgl. a.a.O. S. 39.

¹⁴⁵ Z. B. Verurteilung zu Zwangsarbeiten; vgl. ebd. S. 40.

die an sich keines Ersatzes fähig sind, verletzt oder auf eine höchst gefährliche Weise bedroht worden sind.“¹⁴⁶

Wie die konkrete Situation, der Lebensumstand des „Verurteilten“ aussähe, verrät der Verfasser kaum. So bleibt unklar, in welcher Anstalt er die Inhaftierung vollstrecken würde – man hat das Gefühl, daß an ein Arbeitshaus oder etwas ähnliches gedacht ist.¹⁴⁷ Der Gefangene werde zu Arbeiten angehalten, aber die Polizei – die seine Aufsicht leistet – sollte ihn mit Arbeiten verschonen, die seinen Kräften nicht angemessen sind. Dem Inhaftierten dürfte sein Lohn – abgesehen von seinen Unterhaltungskosten – nicht vorenthalten werden.¹⁴⁸ Es ginge also um eine bezahlte Zwangsarbeit.

dd) Vierter Grad: Orts- bzw. Landesverweisung

Dieser Grad der Sicherungsmittel ist nicht unbedingt der schärfste, er kann sogar in bestimmten Fällen als ausgesprochen mild angesehen werden. Auch Eisenhart selbst ist skeptisch: „Bloße Verweisungen sind indeß mit mancherley Nachtheilen verknüpft, welche deren Anwendung bedenklich machen, indem sie theils benachbarte Länder oder Gerichtsbezirke der Gefahr aussetzen, wovon der Richter, welcher sie verfügt, seinen Staat oder Gerichtsbezirk zu befreien sucht; theils leisten sie selbst dem Lande oder Districte, woraus der Verdächtige verwiesen worden ist, eine zu unvollkommene Sicherheit, weil eine heimliche Rückkehr, wenigstens auf so lange Zeit, als zur eines Verbrechens hinreichend ist, dadurch nicht leicht unmöglich gemacht wird.“¹⁴⁹ Zu diesen Bedenklichkeiten kann außerdem der Umstand gerechnet werden, daß dieses Sicherungsmittel zur Verschlimmerung der Moralität des Verwiesenen beiträgt, indem es Gelegenheit gibt, ihn zu einem „Landstreicher“ zu machen.

¹⁴⁶ A.a.O. S. 42. Der Autor denkt an Verbrechen, wie Hochverrat, Landesverräterei, Aufruhr, Brandstiftung, Mord, Raub u. a. m.

¹⁴⁷ Eisenhart spricht bloß über eine gewisse „öffentliche Arbeitsanstalt“, ohne näheres zu sagen. Vgl. a. a. O. S. 42.

¹⁴⁸ Vgl. Globig, Betrachtung, S. 56 f.

¹⁴⁹ Ebd. S. 43.

Der Autor denkt aber tatsächlich an die sog. „Konfination“, bei der man dem Verwiesenen einen Platz zu seinem künftigen Aufenthalt anweist, und ihn einer besonderen Aufsicht der Polizei unterstellt.¹⁵⁰ Dieses Sicherungsmittel würde vorzüglich seinem Endzweck entsprechen, wenn der Staat in der Lage wäre, dem Verdächtigen einen Aufenthalt zuzuweisen, woraus eine heimliche Entfernung unmöglich wäre und der Betroffene durch Arbeit seinen Unterhalt verdienen könnte. Der Autor hielt eine Festung zum Aufenthalt des Verdächtigen für tauglich; es sieht also so aus, als bestehe der einzige Unterschied zwischen dem dritten und vierten Grad darin, daß der Verbannte sich in einem „Arbeitshaus“ aufhalten müßte, das fern von seinem Wohnort liegt. Flöhe der Verdächtige aber aus der Festung, so könnte er sodann wegen seines Ungehorsams mit Gefängnis bestraft werden.

e) Die Dauer der Sicherungsmaßnahme

Eisenhart beantwortet diese Frage verblüffend einfach: Die Sicherungsmaßnahme solle so lange dauern, wie von dem Verdächtigen eine Gefahr zu befürchten ist.¹⁵¹ Im Feld der Strafe (in engerem Sinne) ist eine Sanktion mit unbestimmter Dauer als ein Zeichen der Gnadenlosigkeit und eine Möglichkeit für die totale Willkür anzusehen. Da es aber hier eigentlich nicht um Strafe, sondern „bloß“ um Sicherungsmittel geht, ist es für Eisenhart unproblematisch, die Sanktion ohne Einschränkung zu bestimmen. Wann die Maßnahme beendet werden soll, wird nach den folgenden Kriterien entschieden:

- a) Wenn die Unschuld des Verdächtigen an dem Verbrechen, in bezug auf welches der dringende Verdacht auf ihn gefallen war, ans Licht kommen sollte. Durch die entdeckte Unschuld wird der Grund einer befürchteten Gefahr, die ein Sicherungsmittel rechtfertigen konnte, nicht bloß geschwächt, son-

¹⁵⁰ Vgl. Kleinschrod, Grundbegriffe, S. 44 ff. Es ist zu bemerken, daß Eisenhart die Möglichkeit der tatsächlichen Landesverweisung nicht völlig verwirft. Siehe a. a. O. S. 45.

¹⁵¹ Vgl. Klein/Kleinschrod, ACrR Bd. 1 (1799), St. 2, S. 37.

dern völlig aufgehoben. Der Autor schweigt aber z. B. darüber, wem die Pflicht obliegt, die (eventuelle) Unschuld des Verdächtigen zu erforschen. Vermutlich dem Angeschuldigten (und seinen Angehörigen), was aber zweifach bedenklich wäre: Erstens, weil der Verdächtige etwa in einer Festung eingesperrt ist, so daß er keinerlei Möglichkeit hat, Beweise für seine Unschuld zu beschaffen. Zweitens, weil diese Auffassung eine klare Erscheinungsform der Schuldvermutung ist.

- β) Die Anwendung des Sicherheitsmittels fällt ferner weg, wenn eine solche moralische Besserung von dem Verdächtigen anzunehmen ist, daß die Verübung weiterer Verbrechen in der Zukunft mit großer Wahrscheinlichkeit von ihm nicht zu befürchten ist.¹⁵² Dabei können natürlich nur Verbrechen in Frage kommen, durch welche er sich verdächtig gemacht hatte. Um die tatsächliche Besserung des Verdächtigen festzustellen, sei es nicht hinreichend, daß er keine widerrechtlichen Handlungen verübe, sondern es müssen von ihm positive Handlungen bekannt sein, die eine gebesserte Gesinnung offenbaren. Eisenhart läßt die Frage unbeantwortet, wem das Recht zusteht, die Sicherungsmittel aufzuheben. Er spricht nur von einem „scharfsichtigen und geschickten Beobachter“. Aber: Wer solle er sein? Gehöre er vielleicht zur Polizei? Entscheide er ganz allein über das Ende der Sicherungsmaßnahme, oder fertige er nur einen Bericht an? – viele Fragen, keine Antwort.¹⁵³
- γ) Drittens könne endlich eine physische Veränderung, welche mit der Person des Verdächtigen vorgegangen ist, die Aufhebung der bisher angewandten Sicherungsmittels fordern. Hier geht es eigentlich um außerordentliche Umstände: Al-

¹⁵² Eisenhart führt das folgende Beispiel an: „Der Verdacht war durch wahrscheinliche vom Inquisiten geschehene Verübung eines Verbrechens begründet, dessen Quelle in der lüderlichen Lebensart des Inquisiten gesucht werden mußte; dieser aber, nachdem er unter öffentliche besondere Polizeyaufsicht genommen worden ist, läßt seit geraumer Zeit keine Spuren seiner vorigen Lebensart mehr von sich blicken, indem er ein fleißiger Arbeiter geworden ist, den Trunk, das Spiel, böse Gesellschaften vermeidet, und im Gegentheile seine Pflichten als Hausvater und Bürger mit Treue erfüllt.“ A. a. O. S. 50.

¹⁵³ Vgl. a. a. O. S. 51.

ter, Krankheiten und andere Zufälle können die körperlichen, seelischen Kräfte in einem solchen Grad schädigen, daß es praktisch unmöglich wird, Verbrechen (der Art, deren der Angeschuldigte sich verdächtig gemacht hatte) künftig zu begehen.¹⁵⁴

Sodann behandelt der Verfasser das Problem, ob nach der gesetzlich vorgeschriebenen Verjährungszeit des Verbrechens, dessen der Betroffene beschuldigt worden war, die Sicherungsmaßnahme automatisch aufgehoben werden sollte. Er ist skeptisch gegenüber diesem Standpunkt. Er verneint, daß der Hauptgrund der Verjährung in „peinlichen“ Fällen in der präsumierten Besserung des Verbrechens besteht – vielmehr liege dieser teils in der Schwierigkeit, die der Beweis einer Tat nach Ablauf von z. B. 20 Jahren mit sich führt, teils darin, daß man dadurch der Rachsucht der Ankläger Schranken zu setzen sucht.¹⁵⁵ Eisenhart ist der festen Meinung, daß der Verdächtige erst von der Sicherungsmaßnahme befreit werden kann, wenn genug Zeichen für seine Besserung vorhanden sind. Die bloße „Unterlassung“ des Angeschuldigten während eines bestimmten Zeitraums gibt an und für sich keinen Grund ab, aus dem auf Besserung geschlossen werden könnte, und folglich reicht diese auch nicht hin, das Publikum vor dem Verdächtigen zu sichern. *Gefahr* und *Besserung*: Dies sind die zwei Hauptbegriffe des Autors für die Sicherungsmaßnahmen. So elastisch und relativ der Inhalt derselben ist, so ist auch der Zeitpunkt ihrer Aufhebung für ihn nicht exakt zu bestimmen. Es ist allerdings ein konsequenter Gedankengang.

Zum Schluß stellt sich die wichtige Frage, wie sich der Staat im Fall der Aufhebung des Sicherungsmittels zu verhalten habe. Es geht darum, daß die Vermögensumstände des Verdächtigen – vornehmlich bei der Entziehung seiner äußeren Freiheit, Bewegungs- bzw. Handelsfreiheit – in einem hohen Grad vernachlässigt worden sind. Hier erscheint eine Lücke, die kompensiert werden müßte,

¹⁵⁴ Die Zerrüttung der Verstandeskräfte des Verdächtigen wird von Eisenhart als vornehmlicher Anlaß, die Sicherungsmittel aufzuheben. Vgl. ebd. S. 52.

¹⁵⁵ Vgl. Boehmer, *Observationes*, Qu. 141, obs. 1; Kleinschrod, *Grundbegriffe*, Teil 2, 102; Grolman, *Grundsätze*, § 696.

weil Nachteil nicht die Folge eines „Strafübels“ ist, sondern bloß die Wirkung einer Sicherungsmaßnahme. Demgemäß macht es Eisenhart dem Staat zur Pflicht, den Verdächtigen zu entschädigen. Es gebe aber bei der Entschädigung – wie oben bei der Festsetzung der Dauer der Sicherungsmaßmen – drei verschiedene Grundfälle, nämlich:

- α) Der Grund für die Beendigung der Anwendung des Sicherungsmittels besteht darin, daß die Unschuld des Inquisiten erkannt worden ist. „In diesem Falle wird der höchste Grad von Verbindlichkeit für den Staat eintreten“ – schreibt Eisenhart –, „diejenigen Nachteile, welche die gegen den bisher Verdächtigen angewandten Maßregeln diesem zugezogen hatten, zu entfernen. Er hat nicht bloß dafür zu sorgen, daß der unschuldig befundene Verbrecher (*sic!*) künftig seinen nothdürftigen Unterhalt finde, sondern er muß ihn auch wegen des immittelst durch Einschränkung seiner Freyheit erlittenen Verlusts entschädigen.“¹⁵⁶ Also: neben dem *damnum emergens* hätte auch das *lucrum cessans* erstattet werden müssen. Der Ehre des unschuldig Gefangenen müßte durch eine öffentliche Erklärung seiner Unschuld eine Genugtuung geleistet werden.
- β) Ist zweitens die Besserung der Grund der Aufhebung der Sicherungsmaßnahme, so sei der Staat nur verpflichtet, den Befreiten insoweit zu unterstützen, daß er sich selbst sein ehrliches Auskommen zu verschaffen vermag. Die Ursache ist klar: Es ist nicht erwiesen worden, daß der Verdächtige das betreffende Verbrechen nicht begangen habe.
- γ) Der dritte Fall ist, daß das physische Unvermögen des Verdächtigen (weitere Verbrechen zu begehen) der Beweggrund ist, die verfügte Einschränkung zu beenden. Der Betroffene habe dann nur das Recht, die „Wohltat“ der öffentlichen Armenpflege zu genießen. Eine eigentliche Entschädigung des Angeschuldigten könnte hier auch nicht in Frage kommen,

¹⁵⁶A. a. O. S. 60 f. Dieser Fall hat große Ähnlichkeit mit dem, daß die Unschuld eines Bestraften entdeckt worden ist. Über die dann zu leistende Genugtuung siehe Globig/Huster, Abhandlung, S. 509.

„[...] weil die Veranlassung seiner Befreyung nicht Handlungen, welche als Verdienst dem Verdächtigen anzurechnen sind, sondern dem bloßen Zufalle zugeschrieben werden muß.“¹⁵⁷

Soweit die Abhandlung von Eisenhart, die ziemlich umfangreich (und stellenweise umständlich), auch nicht ohne Widersprüche, der Preisverleihung jedoch würdig gewesen ist.

5. Bemerkungen der Redaktion des Archiv des Criminalrechts zur Preisschrift von Eisenhart

Es wird vor allen Dingen festgehalten, daß die außerordentliche Strafe (im Sinne der Verdachtsstrafe) für den Inquisiten durchaus ungerecht ist: „[...] wenn er schuldig ist, zu wenig, und wenn er unschuldig ist, mit Unrecht bestraft wird.“¹⁵⁸ Wie im Preisausschreiben bereits angedeutet, war das Geschworenengericht als ein(zig) e Lösungsmöglichkeit für das bekannte Dilemma von Klein empfohlen worden.¹⁵⁹ Jetzt ist er der Meinung, daß auch dieses Institut keine gute Lösung bietet; der Schwerpunkt wird in seiner Argumentation darauf gelegt, daß die Geschworenen einfach unfähig sind, ein objektives, d. h. unparteiliches Urteil zu fällen. Sie seien nämlich nicht in der Lage, sich gegen die angenehmen oder widrigen Eindrücke hinlänglich zu verwahren. Dazu kommt noch der Gesichtspunkt, daß diese „Laien“ in Kriminalen weniger geübt und auch weniger der Gesetze kundig sind. Das Urteil eines Berufsrichters wird deshalb für objektiver und zuverlässiger erklärt als das von zwölf „Zivilisten“.

Was den beweisrechtlichen Kern des Problems angeht, übernimmt Klein die Theorie von Eisenhart über die formellen und ma-

¹⁵⁷ A. a. O. S. 62 f.

¹⁵⁸ Klein, Anmerkungen, S. 64. Die Formulierung dieser Bemerkungen stammt von Ernst Ferdinand Klein.

¹⁵⁹ Obwohl nicht mit voller Überzeugung, hat Klein doch eine zeitlang den Standpunkt vertreten, daß durch die Einführung des Geschworenengerichts die Verdachtsstrafe vermieden werden könnte. Vgl. Annalen, Teil 2, S. 167.

teriellen Beweise völlig. Er stimmt damit vollkommen überein, daß bloß eine formelle Vollständigkeit des Beweises für die moderne Strafrechtspflege nicht mehr genügend ist.¹⁶⁰ In diesem Sinne bejaht auch er ausdrücklich die außerordentliche Strafe, wenn sie als Sicherungsmittel eingesetzt wird.

Sicherungsmaßnahmen werden also auch von Klein akzeptiert. Daß jemand aber auf bloßen Verdacht zu verurteilen sei, auch wenn es „nur“ um Sicherungsmittel geht, erscheint ihm zu willkürlich. Deshalb sucht Klein für die Verhängung einen gesichert(er)en Ausgangspunkt: Er würde von der Seite des Verdächtigen eine „eigne Schuld“ fordern. Dabei kommen solche (erwiesenen) Handlungen in Frage, welche den Angeschuldigten als einen Menschen darstellen, dem man die Tat wohl zutrauen kann. Der Charakter und die Lebensart gelten hier als entscheidendes Moment. Die Sicherheitsmaßnahme ist zu rechtfertigen, „[...] wenn jemand durch einen lange fortgesetzten lüderlichen Müßiggang und durch oftmalige Verletzung seiner Bürgerpflichten einen durch die übrigen Umstände unterstützten Verdacht gegen sich erregt hat.“¹⁶¹ Auch Klein unterscheidet zwischen milderer und schärferer Sicherungsmitteln – hier wird ein Beispiel nur für das letztere erwähnt, nämlich die Arrestierung des Verdächtigen, wofür die obige „eigene Verschuldung“ notwendig sei.

Der Verlust der persönlichen Freiheit ist auch für Klein die entscheidende Maßnahme, die wirklich ernst genommen werden muß. Solange diese nicht oder nur wenig eingeschränkt wird, macht sie keine besondere Sorge. An Strafe denkt man erst, die Bewegungs- und Handlungsfreiheit gehemmt wird – das ist also der Fall der Verdachtsstrafe. Es sollte aber die Verdachtsstrafe gerade ver-

¹⁶⁰ In der Interpretation von Klein wird das Interesse des Publikums hervorgehoben, weil bei dieser Maxime zu viel an dem „gemeinen Wesen“ gefährliche Angeschuldigte freigesprochen werden müßten: „Diese Folge wird für den Staat um so gefährlicher, je mehr sich mit der wachsenden Aufklärung auch die Kenntniß der Gesetze verbreitet, und man muß alsdenn sehr bald dahin kommen, daß man entweder mit Beyseitsetzung der Gesetze willkürlich verfährt, oder sich genöthigt sieht, die öffentliche Sicherheit den allerschlauesten und verwegensten Bösewichtern preis geben, indessen der ehrliche Verbrecher zum Märtyrer seiner Ehrlichkeit wird.“ A. a. O. S. 66.

¹⁶¹ Ebd. S. 71. Vgl. Annalen, Teil 8, S. 25.

mieden werden. Man versucht deshalb, solche strengeren Sicherungsmaßnahmen möglichst zu objektivieren und zu erklären, daß es hier eigentlich nicht um Strafe geht. Es gelang nicht – meint Klein –, gegen die Verdachtsstrafe ein wirklich taugliches „Mittel“ zu finden.

6. Das Gutachten von Kircheisen über die Preisschriften und eine Antwort von Klein darauf

Um in der Problematik der Verdachtsstrafe einen bestimmten Standpunkt zu gewinnen, ist es für Kircheisen (der der Vorsitzende der „Kampfrichter“ war) vor allen Dingen wesentlich, den Unterschied zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Strafe zu fixieren und den Begriff der außerordentlichen Strafe näher zu definieren. Die Bestimmung der ordentlichen Strafe erfolgt ganz „traditionell“¹⁶², in den Begriff der außerordentlichen Strafe nimmt er aber sowohl den materiellrechtlichen wie auch den prozeßrechtlichen Aspekt hinein: „Fehlet eine von den Bedingungen, welche der Gesetzgeber bey Bestimmung der Strafe vorausgesetzt hat, oder die Gewißheit der That ist nicht vollständig dargethan: so tritt die außerordentliche Strafe ein. Wir haben also schon zwei Hauptgründe, die uns verpflichten, eine außerordentliche Strafe zu wählen, einmal die Unvollständigkeit des Strafgesetzes für den vorliegenden Fall, andernteils die Unvollständigkeit der juristischen Gewißheit der Beschuldigung.“¹⁶³ Die außerordentliche Strafe gilt für ihn als eine vollkommen selbstverständliche Art von

¹⁶² „Wenn die zu bestrafende Rechtsverletzung unter allen von dem Gesetzgeber vorausgesetzten Bedingungen ausgeübet, und zur Evidenz des erkennenden Richters gebracht ist, so heißt das Uebel, welches dem Angeklagten auferlegt wird, die ordentliche Strafe.“ Kircheisen/Klein, S. 117 f. Diese Formulierung scheint die materielle Vollständigkeit des Beweises als Maßstab anzuerkennen.

¹⁶³ Ebd. S. 118. Die willkürliche Strafe habe mit der außerordentlichen Strafe überhaupt nichts zu tun; Kircheisen bezieht sich auf das ALR, in dessen Begriffsgebrauch sich die willkürliche Strafe auf solche geringen Vergehen bezieht, welche das Geseü im allgemeinen als solche charakterisiert, jedoch nur pauschal mit einer Strafe bedroht. Vgl. ALR Teil II, Tit. 20, § 1264. Die

Strafe; Kircheisen würde sogar die außerordentliche Todesstrafe für gerechtfertigt halten!¹⁶⁴ Der Maßstab, nach welchem sich diese außerordentliche Strafe (hier im materiellrechtlichen Sinne) richten muß, besteht in der Zahl oder in der Wichtigkeit der fehlenden Bedingungen der ordentlichen Strafe. Als Beispiel wird - was nicht überrascht - das Verbrechen der Kindestötung genannt, und zwar in der Variante, daß die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt als Tatbestandselemente betrachtet werden. Wenn ein Moment fehlt - meint Kircheisen -, erfolgt sowieso eine außerordentliche Strafe; bezüglich des Gewichtes der Sanktion ist nur zu beachten, ob es an einem wichtigen oder unwichtigen Moment mangelt.

Es sei unstrittig der schwierigere Fall der außerordentlichen Strafe, daß die „juristische Gewißheit der Beschuldigung“ fehlt, also die Situation der Verdachtsstrafe entsteht. Das Problem wird von ihm dahingehend formuliert, „[...] ob in Ermangelung einer vollständigen Ausmittlung der Beschuldigung der Angeklagte außerordentlich gestraft oder von der Instanz losgesprochen werden müsse.“¹⁶⁵ Den Unterschied sieht der Autor darin, ob ein (unvollständiger) Beweis oder nur Indizien gegen den Inquisit vorhanden sind. Im ersten Fall sei die außerordentliche Strafe erlaubt, im letzteren könne die *absolutio ab instantia* erfolgen. Der Beweis ist bei ihm dem Indiz sowieso übergeordnet, jedoch nicht im materiellen, eigentlichen Sinne, sondern bloß formell. Mehrere, einander ergänzende „unvollständige“ Beweise können zwar eine feste Überzeugung von der Schuld des Verdächtigen im Richter bilden, der aber dennoch nur eine außerordentliche Strafe verhängen dürfe.

Den Streit, ob eine Sicherungsmaßnahme erlaubt ist oder nicht, behandelt Kircheisen praktisch nicht; das ALR schreibt nämlich

Schranken für das richterliche Ermessen sind verhältnismäßig eng; vgl. ebd. § 35.

¹⁶⁴ Siehe ebd. S. 119. Vgl. Klein, Grundsätze, S. 109. (§ 79); ALR a. a. O. § 34. Kircheisen behauptet, daß das ALR (a. a. O. § 33) unter einer außerordentlichen Strafe nur die Strafe fahrlässiger Verbrechen verstehe.

¹⁶⁵ A. a. O. S. 121. Wenn nur ein unvollständiger Beweis vorhanden, jedoch das *corpus delicti* erwiesen ist, hält Kircheisen die Unschuld des Verdächtigen moralisch für unmöglich, folglich eine außerordentliche Strafe für durchaus rechters.

ihre Anwendung in bestimmten Fällen sogar ausdrücklich vor.¹⁶⁶ Das Sicherungsmittel – das hier als eine eigenständige Art von Verdachtsstrafe erscheint – kann im ALR erst nach einer ausgestandener Strafe verhängt werden, wenn es der Charakter und bestimmte Umstände des Verbrechers begründen.¹⁶⁷

Ernst Ferdinand Klein reagierte – von der Seite der Redaktion her – auf die Schrift von Kircheisen sehr höflich, jedoch kritisch. Die Auseinandersetzung ist zwischen ihnen umso interessanter, als der eine der Präsident des höchsten deutschen Gerichtes (Kircheisen), der andere der eigentliche Verfasser des einschlägigen Titels des Gesetzbuches gewesen ist, um dessen Bestimmungen es hier geht. Klein bestreitet vor allen Dingen, daß das ALR unter dem Begriff der außerordentlichen Strafe nur die fahrlässigen Verbrechen verstehe. Aus der Definition der ordentlichen Strafe: „Die im Gesetze bestimmte Strafe eines Verbrechens heißt die ordentliche; und trifft in der Regel nur den, welcher das Verbrechen vorsätzlich begangen hat.“ (a. a. O. § 31) folgt nicht, daß alle fahrlässigen Verbrechen durch außerordentliche Strafe bestraft werden müßten, weil der zweite Satz in dem angeführten Paragraphen ein ganz neuer Satz sei. Zu diesem Fall zieht er auch die §§ 39 und 40 heran, in denen es um den vollendeten, aber erfolglosen Versuch geht – da, wo der Vorsatz freilich vorhanden ist, müßte auch eine außerordentliche Strafe eintreten.¹⁶⁸

Was den Unterschied zwischen Anzeigen und unvollständigen Beweisen betrifft verneint Klein die moralische Gewißheit über die Schuld des Verdächtigen, der gegen sich bloß eine Zeugenaussage hat und das Vorhandensein des *corpus delicti*. Er bevorzugt die kongruenten Indizien: „Die Verbindung mehrerer dringenden Anzeigen bey mir eine ungleich größere Ueberzeugung wirken wür-

¹⁶⁶ Vgl. ALR a. a. O. §§ 5, 1160 und 1534.

¹⁶⁷ So formuliert Kircheisen: „Unsere Richter erkennen darüber, ob der Angeklagte ein solches Subjekt sey, von welchem sich außer denjenigen, für deren Begehung er eigentlich gestraft wird, solche künftig zu begehende Verbrechen erwarten lassen, die den Staat berechtigen, das eigentliche Präventionsrecht auszuüben.“ A. a. O. S. 126.

¹⁶⁸ Vgl. ebd. S. 128 ff.

de.“¹⁶⁹ Das Bekenntnis eines einzigen Zeugen – als der typische Fall für den unvollständigen Beweis – sei durchaus unbestimmt, sehr leicht zu relativieren, sogar zu widerlegen.

Im Zusammenhang mit den Sicherungsmaßnahmen ist Klein übrigens ein entschiedener Anhänger der Besserung der Verbrecher, die das Gesetz oft bloß übertreten, weil sie keine bürgerlichen Gewerbe haben: „Ein Dieb, welcher deßwegen, weil er nichts gelernt hatte, wovon er sich ernähren konnte, zum Diebshandwerk seine Zuflucht nahm, hat den Reiz, dieses Handwerk von neuem zu ergreifen, verloren, sobald er irgend ein Gewerbe erlernt hat, welches ihm hinlänglichen Unterhalt verschafft.“¹⁷⁰ Er würde Aufsehern der „Besserungsanstalten“ sogar das Recht geben, die Eingesperrten zeitweise zu beurlauben.

Zu der außerordentlichen Strafe rechnet Klein „nur“ die Fälle, wo nicht alle Bedingungen des Strafgesetzes eintreten. Die Sicherheitsmittel gelten als selbstverständlich, werden aber in einer völlig anderen Interpretation aufgefaßt, als sie in dem Preisausschreiben erörtert worden sind.

7. Anmerkungen zu den Preisschriften

Die in diesem Kapitel abgehandelten Preisschriften haben das Phänomen widerspiegelt, inwieweit die außerordentliche Strafe (im Sinne der Verdachtsstrafe) in den verschiedensten Auffassungen zur damaligen Zeit erschienen ist. Die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert – der Zeitpunkt des Preisausschreibens – ist die Zeit des epochalen Übergangs gewesen, als die gemeinrechtliche Denkweise bereits gescheitert, die moderne, rechtstaatliche Art aber ihre neuen Sätze, Rechtsnormen und Praxis noch nicht ausgebildet hatte. Eine solche „sanfte Revolution“ des Rechts war natürlich unvorstellbar ohne Kompromisse, Ungewißheiten, sogar Widersprüche –

¹⁶⁹ Ebd. S. 132.

¹⁷⁰ Ebd. S. 136. Klein führt konkrete Fälle als Beleg für die tatsächliche Besserung aus eigener Erfahrung an.

oft in demselben System. Die Verdachtsstrafe als im wesentlichen beweisrechtliches Problem illustriert diese Situation.

Die einzelnen Meinungen unterscheiden sich voneinander oft in der Beurteilung der außerordentlichen Strafe; weder wurde der Begriff allgemein einheitlich gebraucht, noch war ihr Verhältnis zur ordentlichen Strafe und zu den Sicherungsmitteln unstrittig. In zwei Fragen sind aber die Verfasser vollkommen einig:

a) Daß dem Staat ein Präventionsrecht zusteht, sich und seine Bürger durch Sicherungsmaßnahmen vor den „gefährlichen und verdächtigen“ Leuten zu schützen. Die Sicherungsmittel sind also – in den verschiedensten Formen – allgemein anerkannt.

b) Die Autoren haben ebenso den Standpunkt vertreten (abgesehen von der . Nischeinbaren Ausnahme von Bergk), daß das Geschworenengericht die Lösung der Problematik der außerordentlichen Strafe ein untaugliches Mittel sei. Aus ihrer Argumentation wird aber klar, daß sie weder den Kern des Problems der Verdachtsstrafe, noch das Wesen des Geschworenengerichts im Zusammenhang damit richtig verstanden haben. Sie sahen in diesem Urteilsforum bloß ein Laienkollegium, das subjektiv urteilt, leicht zu manipulieren ist usw. Die Möglichkeit der freien – d. h. ohne vorgeschriebene Beweistheorien – Urteilsfällung hat auf sie keine besondere Wirkung ausgeübt. Man war der Auffassung, daß der damalige Strafprozeß im Grunde zufriedenstellend sei, er nur modernisiert werden sollte. Die Verdachtsstrafe als Erscheinungsform der Schuldvermutung lebte also als Sicherungsmaßnahme weiter.

ABKÜRZUNGEN UND LITERATUR

ACrR = Archiv des Criminalrechts

ADB = Allgemeine Deutsche Biographie

Alkalay = Alkalay, Michael: Das materielle Strafrecht der französischen Revolution und sein Einfluß auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 10), Diss. Zürich 1984.

- Beccaria = Beccaria, Cesare (übersetzt, mit biographischer Einleitung und Anmerkungen versehen von Karl Esselborn): Über Verbrechen und Strafen, Leipzig 1905.
- Bergk, Preisschrift = Bergk, Johann Adam: „Iustitia est conservatrix civitatis“, in: ACrR Bd. 3 (1800), Stück 3, S. 76 ff.
- Bergk, Untersuchungen = Bergk, Johann Adam: Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrechte mit einer Kritik der neuetzten Konstitution der französischen Republik, Leipzig, 1796. [Nachdruck 1975.]
- Boehmer, Meditationes = Boehmer, Johann Samuel Friedrich: Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam. Accessit vetus ordinatio criminalis Bambergensis, Brandenburgica, Hassiaca. Halle und Magdeburg 1774.
- Carpzow = Carpzov, Benedict: Practica nova rerum criminalium imperialis Saxonica int res partes divisa, Ausgabe von Böhmer, J. S. F. von, Frankfurt am Main 1758.
- Claproth, Criminalrecht = Claproth, Justus: Ohnmaßgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches, 1. Forts. Criminalrecht, Frankfurt am Main 1774.
- Conrad, Rechtsgeschichte = Conrad, Hermann: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, Karlsruhe 1962, Bd. 2, Karlsruhe 1966.
- Eisenhart, Preisschrift = Eisenhart, Ernst Ludwig August: „Potest poena dilata exigi, non potest exacta revocari“, in: ACrR Bd. 3 (1800), Stück 1, S. 63 ff. [Preisschrift I], Forts. Stück 2, S. 1 ff. [Preisschrift II]
- Feuerbach, Revision = Feuerbach, Anselm Ritter von: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erfurt 1799. [Nachdruck 1966]
- Filangieri = Filangieri, Gaetano (übersetzt von J. C. Siebenkees): System der Gesetzgebung, Bd. 2, 2. Aufl., Ansbach 1789.
- Globig, Betrachtung = Globig, Hanns Ernst: Betrachtung bey dem Entwurf eines Criminal-Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Dresden und Leipzig 1788.
- Globig/Huster, Abhandlung = Globig, Hans Ernst von/Huster, Johann Georg: Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, Zürich 1783, unveränderter Neudruck 1969.
- Grolman, Bibliothek = Grolman, Karl Ludwig von: Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und gesetzkunde, Teil 1, Stück 2, 1796.
- Grolman, Grundsätze = Grolman, Karl Ludwig von: Grundsätze der Criminalwissenschaft, 2., ganz umgearbeitete Auflage, Gießen und Darmstadt 1805.
- Kant, Rechtslehre = Kant, Immanuel: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 17967. [Nachdruck 1970.]

- Kirchseisen = Kirchseisen, Friedrich Leopold / Klein, Ernst Ferdinand: Schreiben des Herrn Kammergerichts-Präsidenten von Kirchseisen an die Herausgeber, bey Gelegenheit der eingegangenen Preißschriften; nebst einer Antwort des Redacteurs, in: ACrR Bd. 2 (1800), Stück 4, S. 116 ff.
- Klein, Annalen = Klein, Ernst Ferdinand: Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, Bd. 16, Berlin und Stettin 1798.
- Klein, Grundsätze = Klein, Ernst Ferdinand: Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts nebst Bemerkungen der preussischen Gesetze, 2., vermehrte und verbesserte Auflage, Halle 1799.
- Kleinheyer/Schröder = Kleinheyer, Gerd/Schröder, Jan (Hrsg.): Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, Karlsruhe und Heidelberg 1976.
- Kleinschrod, Unvollkommener Beweis = Kleinschrod, Gallus Aloys: Ueber die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises in peinlichen Sachen, in: Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen Prozesse, Bd. 1, Nr. 1, Erlangen 1797.
- Leyser, Meditationes = Leyser, Augustin: Meditationes ad Pandectas, Bde. 1–10, Leipzig 1717–1747.
- Marxen = Marxen, Klaus: Der Kampf gegen das liberale Strafrecht (Schriften zum Strafrecht, Bd. 22), Berlin 1975.
- Nagy/Tokaji = Nagy, Ferenc / Tokaji, Géza: A magyar büntetőjog általános része [Allgemeiner Teil des ungarischen Strafrechts], Bd. 2, Szeged 1989/1990.
- Neef = Neef, Friedhelm: poena arbitraria (Stichwort), in: HRG Bd. 3. Sp. 1782 ff.
- NND = Neuer Nekrolog der Deutschen
- Quistorp, Grundsätze = Quistorp, Johann Christian Edler von: Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts, 1. Aufl. Leipzig und Rostock 1770 [Grundsätze I]; 6. Aufl. 1796. [Grundsätze II]
- Quistorp, Rechtliches Erachten = Quistorp, Johann Christian Edler von: Rechtliches Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises wider einen Angeschuldigten bey vorhandenen genugsamen Verdachte zu verfahren sey, besonders an Orten, wo die Tortur abgeschafft worden, Rostock 1774.
- Quistorp, Entwurf = Quistorp, Johann Christian Edler von: Ausführlicher Entwurf zu einem Gesetzbuch in peinlichen und Strafsachen, Rostock und Leipzig 1782.
- Quistorp, Anweisung = Quistorp, Johann Christian Edler von: Anweisung für Richter beim Verfahren in Strafsachen wider solche, welche die

- Wahrheit nicht gestehen wollen, in Ländern, wo die Tortur abgeschafft ist, Leipzig 1788.
- Schaffstein = Schaffstein, Friedrich: Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts, in: ZStW 101 (1989), S. 493 ff.
- St. Schmidt = Schmidt, Stefani: Die Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung von Hanns Ernst von Globig und Johann Georg Huster: eine 1782 von der Ökonomischen Gesellschaft Bern gekrönte Preisschrift (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 14), Berlin 1990.
- Eb. Schmidt, Einführung = Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, Göttingen 1983.
- Schreiber = Schreiber, Hans-Ludwig: Gesetz und Richter (Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege)? Frankfurt am Main 1976.
- Schwarz = Schwarz, Manfred: Die Kindestötung in ihrem Wandel vom qualifizierten zum privilegierten Delikt, Diss. Berlin 1935.
- Strube = Strube, David Georg: Rechtliche Bedenken, Ausgabe von Ernst Spangenberg, Hannover 1827.
- Tittmann, Geständnis = Tittmann, Karl August: Über Geständnis und Widerruf in Strafsachen, Halle 1810.
- Vezin = Vezin, Heinrich August: Versuch einer Beantwortung der im Archive des Criminal-Rechts B. I. St. 2. S. 152. stehenden Preisfrage, in: ACrR Bd. 3 (1800), Stück 3, S. 50 ff.
- Wächtershäuser = Wächtershäuser, Wilhelm: Das Verbrechen des Kindesmordes im Zeitalter der Aufklärung (Quellen und Forschungen zur Strafrechtsgeschichte, Bd. 3), Berlin 1973.
- Weidlich = Weidlich, Christoph: Zuverlässige Nachrichten von den jetztlebenden Rechtsgelehrten, Bd. 4, Halle 1760.
- Weismantel = Weismantel, Johann Justin: Diff. de condemnatione facinorosorum ex indiciis, Erfurt 1791.
- Zachariä, Preisschrift = Zachariä, Carl Salomo: „Fiat justitia et pereat mundus“, in: ACrR Bd. 3 (1800), Stück 4, S. 1 ff.

DIE VERHEIMLICHTE SCHWANGERSCHAFT UND GEBURT ALS DELICTUM SUI GENERIS

Ein Beitrag zur Problematik der Verdachtsstrafe

Es scheint zunächst nötig, den Begriff *Verdachtsstrafe* zu definieren. In der früheren Rechtsliteratur war es sozusagen allgemein üblich, 'Verdachtsstrafe' und 'außerordentliche Strafe' synonym zu benutzen; auch Allmann bemerkt in Zusammenhang damit: "Die außerordentliche oder Verdachtsstrafe des gemeinen Inquisitionsprozesses war die typische Strafe des unvollständigen Beweises, die Strafe, der nicht voll bewiesenen Schuld des Angeklagten, der verdächtig eines Verbrechens dem Gemeinwohl gefährlich erschien."¹ Der Standpunkt der heutigen Strafrechtsgeschichtswissenschaft ist wesentlich anders: "Indessen sollte jedem Strafrechtshistoriker aufgrund auch nur oberflächlicher Kenntnis des gemeinen Rechts bekannt sein, daß Begriff und Funktion der 'außerordentlichen Strafe' sehr viel weiter reichten und die Verdachtsstrafe nur ein einzelner Anwendungsfall der poena extraordinaria war, durch welche die Kriminalisten seit jeher versucht hatten, sich von den strengen Fesseln des formalen Rechts zu befreien."² In

¹ Allmann, Jean Marie: Außerordentliche Strafe und Instanzenbindung im Inquisitionsprozesse nach den wichtigsten Quellen bearbeitet, München, 1903, S. 1.

² Schaffstein, Friedrich: Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozess des 17. und 18. Jahrhunderts, in: ZStW Nr. 3, 1989, S. 501.

der Tat sind die Begriffe der außerordentlichen Strafe und der Verdachtsstrafe nicht ohne weiteres miteinander zu identifizieren.³

Die Verdachtsstrafe war einerseits ein prozessrechtliches Phänomen, und sie bezog sich auf den Fall, daß der Verdächtige eines nicht vollkommen erwiesenen Verbrechens vom Richter gemäß den Indizien mit einer willkürlichen Strafe (*poena arbitraria*) belegt worden war; andererseits war sie auch ein materiellrechtliches Institut, da der Gesetzgeber die präsumierte Schuld des Inquisiten – und nicht die überführte Handlung – im Rahmen eines gesetzlichen Tatbestandes mit (ordentlicher) Strafe geahndet hat.⁴ Im letzteren Fall wird also ein Verhalten pönalisiert, das für das heutige Verständnis höchstens eine Vorbereitungshandlung (z. B. für eine Kinderstötung) sein kann, wodurch sie aber mit einem wirklichen Verbrechen als zusammengehörig erscheint, während es damals als ein potientes Verbrechen angesehen wurde, das selbständig zu bestrafen war. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist auch dies in der Tat nur eine Folgerung eines beweisrechtlichen Problems.

Obwohl die Verdachtsstrafe auch schon der gemeinrechtlichen Strafrechtspflege bekannt war, gewann sie ihre eigentliche Bedeutung erst nach der Abschaffung der Folter.⁵ Aus beweisrechtlichem Gesichtspunkt entstand nun eine Leere, die ein Surrogat er-

³Diese Unterscheidung war auch für die damaligen Quellen nicht unbekannt. So unterscheidet z. B. die *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768) zwischen ordentlichen und außerordentlichen Strafen (Teil 1, Art. 7, § 1), und regelt den Fall der Verdachtsstrafe davon ganz unabhängig, nämlich: “gegen den kein vollrechtliches Beweisthum vorhanden wäre, [...] ein Reinigungseid oder Tortur anzuwenden [...] oder endlichem, da er mit starken Inzüchten beschwärt wäre, die Tortur aber aus rechtlichen Gründen nicht vorgenommen werden könnte, zu einer willkürlichen Bestrafung fürzuschreiten seye.” (Teil I, Art. 34, § 17).

⁴Vgl. Preußischer Edikt vom 8. Februar 1765, Summaria 2, 6.

⁵Wann und wo die Folter noch in Anspruch genommen wurde, war die Beweisführung relativ einfach; hatte der Angeklagte rechte Anzeigen wider sich, und verweigerte er das Geständnis, wurde er auf die Tortur gespannt. Leugnete er auch hier beharrlich, so erfolgte prinzipiell seine Lossprechung. Die Rechtswissenschaft (vor allem Carpzov) und die territorialen Gesetzgebungen haben jedoch für solche Fälle außerordentliche Strafen im Sinne der Verdachtsstrafe entwickelt, die aber unter dem Bestehen der Tortur nicht zur typischen Strafform wurden.

forderlich machte: diese Funktion übernahm die außerordentliche Strafe im Sinne der Verdachtsstrafe. So zum Beispiel war in Preußen, wo die 'peinliche Frage' 1740 im Grunde beseitigt wurde, durch die Kabinettsordre vom 4. August 1754 festgesetzt worden, daß beim leugnen in Kapitalsachen, und wenn die Umstände den Inquisiten nicht völlig überführten, auf lebenslängliche Freiheitsstrafe erkannt werden solle.⁶ Wann überhaupt eine Verdachtsstrafe⁷ eintreten kann, wurde auch deutlich formuliert:⁸

“1. Wenn der Thatbestand nicht mit juridischer Gewißheit erhoben (vorausgesetzt, daß das Gesetz keine Ausnahme bei gewissen Verbrechen, z. B. beim Morde, gestattet). 2. Wenn der Thäter nicht vollkommen überführt ist. 3. Wenn für die Existenz aller gesetzlichen Requisiten der That keine juridische Gewißheit vorhanden ist.”

In diesem Referat möchte ich die Problematik der Verdachtsstrafe an einem konkreten Delikt illustrieren, überwiegend anhand der Gesetzgebung. Die *verheimlichte Schwangerschaft und Geburt* war in der Aufklärungszeit und darüber bis etwa in die Mitte des 19. Jahrhunderts ein selbständig pönalisierter Tatbestand der Gesetzbücher. Der typische Fall, daß eine unverheiratete Frau ihr Kind heimlich zur Welt bringt (und zuvor meistens auch ihre Schwangerschaft verheimlicht hat), das Kind aber später tot gefunden wird. Die Mutter leugnet natürlich in der Regel, daß sie das Kind getötet hätte. Es kommt sehr oft vor, daß die Art und Weise des Todes des Neugeborenen nicht mehr festzustellen ist, es läßt sich also nicht mit gewißheit festlegen, ob überhaupt eine (zumindest fahrlässi-

⁶Nach der Verordnung vom 15. Januar 1776 § 8 sollte in solchen Fällen auf zeitliches Gefängnis, nach Befinden der Umstände, erkannt werden. Das ALR (Teil 2, Tit. 20, § 34) disponiert, daß eine außerordentliche Strafe nie bis zum Tode, oder zur Ehrlosigkeit, ausgedehnt werden könne.

⁷Die damaligen Quellen und Rechtsliteratur benutzten allgemein (fast ausschließlich) die Bezeichnung: außerordentliche Strafe. Es ist die Aufgabe des Forschers, festzustellen, wann es wirklich um Verdachtsstrafe geht.

⁸Allgemeine Criminal-Ordnung für die königlich preußischen Staaten, vom 11. Dezember 1805, Bd. 1. § 408, bzw. Zusatz 2, S. 346.

ge) Tötung geschehen ist.⁹ Da die Entbindung völlig im geheimen stattfindet, und der Tod eines Neugeborenen aus einer Reihe von natürlichen Ursachen entstehen kann, gab es für die richterliche Ermessensfreiheit einen sehr großen Raum. Freie Beweiswürdigung im modernen Sinne existierte noch nicht, also trat die Verdachtsstrafe ein. Es wurde eine Schuldvermutung (manchmal in Form einer unwiderlegbaren Präsumpion) aufgestellt, nämlich: wenn eine Schwangerschaft und Geburt verheimlicht und danach das Kind tot gefunden wird, ist ein Kindesmord geschehen, dessen Täterin die Mutter ist. Es war vor allem für die Praxis offensichtlich, daß auf die Verbergung der Schwangerschaft und Geburt zu oft der Tod des Kindes folgte. Deswegen wurde die Verheimlichung eines solchen Zustands als strafbare Handlung erachtet und mit außerordentlicher (Verdacht)Strafe belegt. Ein Autor aus dem 19. Jh. namens Bartz ist der Meinung, daß die die Strafrechtspflege allein am Pönalisieren der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt 'schuld' ist: "Das bloße Faktum, daß man öfter gestraft hat, die Praxis, ist keine gültige Quelle zur Rechtfertigung einer solchen Strafe, sie hat nur als Gewohnheitsrecht legale Kraft, und Gewohnheitsrecht kann nie gemeines Recht werden."¹⁰ Auch Ernst Ferdinand Klein bestätigt diesen Standpunkt: "Außer den Anzeigen der vorhergehenden Schwangerschaft und der nachfolgenden Geburt kommt als eine besondere gesetzliche Anzeige des begangenen Kindermordes nach der P.G.O. Art. 131 die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt in Betrachtung. Allein obgleich zur peinlichen Frage deshalb geschritten werden soll, so kann doch nach gemeinem Rechte die Verbergung der Schwangerschaft und Geburt, für sich genommen, nicht als eine strafbare Handlung betrachtet werden."¹¹

⁹ Wie schwer die Beweisführung bei diesem Delikt war, zeigt eine Statistik in Frankreich 1893–95: von den wegen Kindestötung Angeklagten war immer noch 43,5%, bei den sonstigen Tötungsdelikten dagegen nur noch 28,8% der Angeklagten freigesprochen. Vgl. Schwarz, Manfred: Die Kindestötung in ihrem Wandel vom qualifizierten zum privilegierten Delikt, Diss. Berlin, 1935, S. 245.

¹⁰ Über die Strafbarkeit verheimlichter Schwangerschaft und Geburt, in: Archiv des Criminalrechts, Bd. 6, Stück 2, S. 75.

¹¹ Grundsätze des Criminalrechts, 2. Ausgabe, § 351.

Die Lösung der Gesetzgebung war relativ einfach – die C.C.C. hatte mangels der Möglichkeit außerordentlicher Strafe nur eine einzige Variante zur Verfügung; wenn die absichtliche Verhöhnung der Schwangerschaft und ebenso die ‘hilflose Geburt’ (bei der also die Gebärende absichtlich keine Hilfspersonen zugezogen hat) erwiesen ist, so soll die Mutter zur Tortur gebracht werden (Art. 131).¹² Die Tortur erschien aber immer weniger als geeignetes beweisrechtliches Mittel, und am Ende sollte die (präsumierte) Schuldige durch das Instrument der Verdachtsstrafe auf jeden Fall bestraft werden. Um diese Situation zu legalisieren, begann die partikuläre Gesetzgebung Vorschriften zu verfassen, wonach nicht nur der Kindesmord,¹³ sondern auch seine (eventuelle) Vorbereitungshandlung, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt für strafbar betrachtet wurde – und zwar nicht nur für den Fall, daß das Kind tot gefunden wird, sondern davon unabhängig, allgemein. Es ist bemerkenswert, daß in der späteren Phase der Entwicklung (im 19. Jh. schon durchgehend) nur noch der erstere Fall mit Strafe geahndet wurde. Zusammenfassend kann man sagen, daß die Gesetzgebung und die Strafrechtspflege (teilweise auch die Rechtswissenschaft) rund hundert Jahre lang die Verhöhnung der Schwangerschaft und Geburt für strafbar erachtet hat, weil ihrer Überzeugung nach daraus Kindesmord entstehe. Dies wurde für eine höchst gefährliche Handlung gehalten, die an sich zu pönalisieren ist; wenn das Kind tot gefunden wird, erst recht. Die Epoche dauerte von 1740 bis etwa 1848, als die alte Rechtsauffassung und Rechtsordnung schon erschüttert, eine völlig neue aber noch nicht aufgestellt war. Es ist eine Übergangsperiode gewesen, in der die Anzahl der Verbrechen des Kindesmordes obendrein wesentlich zugenommen zu haben scheint; so versuchte die Kriminalpolitik alles zu tun, dieses Übel zu vermindern. Wie sich später herausgestellt hat, blieb der Erfolg gering.

¹² Vgl. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 2. Auflage, § 437.

¹³ Die Bezeichnung Kindesmord hat eine engere Bedeutung gehabt, nämlich: Tötung eines außerehelich erzeugten Neugeborenen in oder kurz nach der Entbindung durch seine Mutter, die meistens ledig ist.

I. BLICK AUF DIE GESETZGEBUNG

1. Der *Codex juris bavarici criminalis* (1751) erwähnt die verheimlichte Geburt: “Kommt eine ledige Weibsperson heimlich nieder, und wird das Kind todt gefunden; so soll sie mit der Entschuldigung, ob seye das Kind schon todt von ihr gegangen, oder in der Geburt kein Leben an ihm zu verspüren gewesen, nicht angehört, sondern für eine Kindsmörderin gehalten, und mit dem Schwerdt am Leben bestraft werden.”¹⁴ Es ist zu bemerken, daß die ‘einfache’ Schwertstrafe als eine verhältnismäßig milde Sanktion galt, da beim Parricidium normalerweise – im Falle der Frauen – mit Schwert *und* glühendem Zangen-Riß gerechnet werden mußte.¹⁵

Die selbständig pönalisierte heimliche Niederkunft hat der Gesetzgeber stillschweigend als ein privilegiertes Delikt, ihre Strafe als ordentlich betrachtet. Worauf schon aufmerksam gemacht wurde, ist, daß das Tatbestandsmerkmal, ob das Kind tot gefunden wird, sehr wichtig war, denn es folgt: “wann das Kind nicht tot gefunden wird, und gleichwohl genugsame Anzeigen der Niederkunft vorhanden seynd, so kommt es nach Maßgab des 2ten Theils 3ten Cap. 4ten § auf die Visitation und im Fall des Laugens auf die Tortur an, weil zu vermuthen ist, daß das todte Kind auf die Seite geraumt worden.”¹⁶ Dieser Paragraph macht zugleich auch deutlich, daß die Schuld der Angeklagten in der damaligen Gerichtspraxis und Gesetzgebung als selbstverständlich vorausgesetzt worden war. Die Last und die Folgerungen des Beweises mußte der Inquisit auf sich nehmen. Diese Schuldvermutung war in der Tat eine *praesumptio iuris et de iure*; es reichte aus, festzustellen, daß die Geburt verhehlt und dann das Kind tot gefunden

¹⁴I. Teil, 3. Cap. § 21 Dazu merkt Werner Lierow an: “Die unwiderlegliche Schuldvermutung, welche in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommt, ist eine Dokumentation dafür, daß der Inquisitionsprozess seit dem Inkrafttreten der Carolina einen Weg zu immer größerer Härte gegangen war.” Probleme der Schuldvermutungen im Zuge der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Strafverfahrens, Diss. 1956, S. 74.

¹⁵CJBC § 17 Wie auch die Strafe selbst zeigt, es geht hier um eine Verdachtsstrafe.

¹⁶Anmerkungen über den CJBC, München, 1752, von einem unbenannten Autor, I. Teil 3.Cap. § 21b.

wurde, die Mutter als Inquisitin hatte praktisch keine Chance, ihre Unschuld zu beweisen. Auch der Verfasser des Codex, Kreittmayr, fügt wortkarg in seinem *Compendium codicis bavarici* hinzu: “Ledige Weibspersonen, welche heimlich niederkommen, werden *iure statuario* als Kindsmörderinnen zum Schwert verurtheilt, wann das Kind tod ist.”¹⁷ 16 Die Möglichkeit, daß z. B. das lebendig geborene Kind wegen organischer Mangel gestorben sei, blieb völlig außer Betracht.

Es ist auffallend, daß das Moment der Verheimlichung der Schwangerschaft aus dem Codex völlig fehlt. Nach dem gemeinen Recht ergibt sich aus der heimlichen Niederkunft nur eine Präsumption, welche höchstens ein *indicium ad torturam* ausmacht (wenn sie nicht in ausreichendem Maße widerlegt werden kann), aber zur Verurteilung ohne Geständnis des mutmaßlichen Kindsmords nicht hinreicht (nach dem Charakter der Handlung kann der Zeugenbeweis normalerweise nicht in Frage kommen). Und eben darin ist die größte beweisrechtliche Schwierigkeit der Carolina zu sehen: im gesetzlichen Beweissystem der C.C.C. konnte der Richter den Täter als überführt ansehen, welcher entweder durch zwei Zeugnisse oder durch sein Geständnis bekräftigt war. Bei Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung ist die erste Variante meist ausgeschlossen, wenn es aber auch nicht gelang, in der Tortur ein entsprechendes Bekenntnis zu erpressen, so erfolgte prinzipiell der Freispruch. Die Carolina kannte eigentlich die *poena extraordinaria* überhaupt nicht, die Praxis und die Rechtswissenschaft (vor allem durch die Tätigkeit von Carpzov) hat sie jedoch – auch im Sinne der Verdachtsstrafe – entwickelt.

Der CJBC ist noch überwiegend vom gemeinen Recht geprägt, die Wirkung der fortschrittlichen Rechtsauffassung der Wissenschaft aber ist auch schon spürbar. Die *Generalia* vom Jahre 1684 und 1728 wie auch die oberpfälzische Malefizordnu efordern nebst der heimlichen Niederkunft auch die Verhehlung oder Ablegnung der Schwangerschaft und die Vertuschung des Kindes *ad poenam gladii*. Der Kreittmayrsche Codex verlangt nur noch die heimliche Geburt und abstrahiert von allen übrigen, “weil man allzuschwer

¹⁷ Codex criminalis, Pars I. Cap. III. § 17 bis 23.

befunden hat, ein Weibsbild dahin zu obligiren, daß sie selbst ihre Schwangerschaft, welcher sie wohl oft ohne ihr Verschulden durch Kranckheit, oder in anderweg entlediget werden kan, zu ihrer grossen Schand und Prostitution vor der Zeit eröffnen und solcher gestalt gleichsam ihr selbstige Anklägerin seyn solle.“¹⁸ Es ist klar, daß Kreittmayr die Absurdität der Pflicht der Selbstanzeige ganz genau gesehen hat. Die Regelung ist also in dieser Hinsicht zugunsten der Frauen abgeändert worden.

2. Diese Beurteilung der Problematik war zu jener Zeit im deutschen Rechtsgebiet fast allgemein. In der Rheinpfalz findet sich in der Neuauflage des Landrechts im Jahre 1700 der Titel 22 des 5. Teils, der ursprünglich lediglich die Aussetzung des Kindes behandelt hatte, erweitert: Bei verheimlichter oder gar geleugneter Schwangerschaft und totem Kind soll die Mutter, die kein Zeugnis oder anderen ausreichenden Anschein für die Totgeburt beibringen kann (Schuldvermutung!), “als eine Kindsmörderin, vom Leben zum Tode verdammt und gebracht” werden.

In Nassau-Saarbrücken gebot noch die Landesordnung vom 24. Februar 1764, “daß alle außerhalb der Ehe geschwangerten Weibspersonen, wenn sie ihre Schwangerschaft oder gar ihre Niederkunft verheimlicht haben, die Geburt aber hiernächst todt erfunden wird, unbetrachtet aller Entschuldigungen, als wirkliche Kindsmörderinnen¹⁹ angesehen werden, und die Strafe des Schwerdts unnachlässig gewärtigen sollen.“²⁰

3. Die Gedanken der Aufklärungszeit haben keinen raschen Durchbruch in der Beurteilung der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt mit sich gebracht. Es gab einen lebhaften wissenschaftlichen und literarischen Streit darüber, ob die Todesstrafe zumindest

¹⁸ Anm. a.a. O. § 210.

¹⁹ Auch die Bezeichnung selbst: ‘Kindsmörderin’ hat die eigene Geschichte, und es wird dadurch sehr schön illustriert, wie langsam nur aus der qualifizierten Kindstötung zum privilegierten Delikt umgewandelt werden konnte. Den Ausdruck ‘Kindermord’ benutzt auch noch das Preuß. St. GB von 1851 und er wurde erst im Reichs-StGB aufgegeben.

²⁰ Zitiert bei Chr. Friedr. Georg Meister, Dec. LVIII.

im Falle der Kindestötung abgeschafft werden solle – mit minimalem Ergebnis. Als wichtiges Moment ist hervorzuheben, daß die Todesstrafe auch religiös verankert war, besonders das alte Testament hatte einen enorm starken Einfluß. Es ist dadurch auch plastisch illustriert, daß bis zum Heranreifen der Ideen der Aufklärung entwicklungsorientierte Anschauungen untypisch waren. Man sah kein Problem darin, die Ideen und Vorschriften eines altertümlichen (im Grunde religiösen) Werks in der Praxis durchzuführen.²¹

Es war in der Humanisierung des Strafrechts der Aufklärungszeit eine bemerkbare Erscheinung, daß der Gedanke der Spezialprävention in den Vordergrund rückte. In der Strafrechtswissenschaft gelangt die Spezialprävention gegen Ausgang des 18. Jh. in den Systemen von Stübel, Grolmann, Tittmann, Kleinschrod u. a. zur Herrschaft.²² Es wurde klar, daß starke und überraschende Versuchungen, Furcht und Schrecken, mangelhafte Erziehung und Reife die innere Entschlußfreiheit beeinträchtigen. Je mehr physische und moralische Hindernisse umgekehrt einer Handlung entgegenstanden, um so größer muß der böse Wille sein, sie alle zu überwinden. Überhaupt: es fing derjenige epochale Anschauungswechsel an, als dessen Ergebnis nicht nur die Gesichtspunkte der Handlung und ihrer Umstände, also die objektive Seite des Verbrechen, in Betracht kamen, sondern man versuchte, auch den Angeklagten, dessen innere Welt, Veranlassungen, Umstände, physischen-psychischen Zustand zu erfassen. So inkonsequent das Zusammensetzen der Tat aus Determinismus und Indeterminismus ist, so verständlich ist es in einer Zeit, die, nachdem frühere Generationen im (angeblichen) Verbrecher nur das Fremde, den Bösewicht gesehen hatten, angefangen hatte, ihn – den Menschen – stückweise zu verstehen.

4. Friedrich der Große hat seinen Namen auch in die Rechtsgeschichte seiner Heimat (Preußen) eingepägt. Neben der Abschaffung der Folter und Einführung einer Reihe humaner Strafmethoden

²¹ Vgl. Schwarz, S. 66 ff.

²² Vgl. Grünhut, Max: Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtl. Zurechnung (Hamburgische Schriften zur ges. Strafrechtsw., H. 3.), Hamburg, 1922, S. 32–57.

den²³ hat er ein *Edikt wider den Mord neugeborener unehelicher Kinder usw. vom 8. Febr. 1765* herausgegeben. Das Phänomen der Kindestötung blieb ein schweres Problem auch in Preußen, obwohl schon im Jahre der Thronbesteigung Friedrichs des Großen eine erhebliche Humanisierung in Kraft getreten war, als die Straftat des gemeinen Rechts im Falle des obigen Verbrechens (die Säckung²⁴ allgemein durch die Schwertstrafe ersetzt wurde. Auch der aufgeklärte König selbst war der Meinung, das Übel der Kindestötung mit strafrechtlichen Mitteln überwältigen zu können.²⁵

In Fällen, in denen die mörderische Absicht der Mutter, bzw. der Mord nicht als bewiesen anzusehen war, wurde die Todesstrafe abgeschafft. So das Edikt:

²³ Conrad, Hermann: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 444 ff.

²⁴ Die Strafe der sog. Säckung (*poena culei*) im Zusammenhang mit der Kindestötung hat eine lange Geschichte. Die Kindestötung ist im römischen Recht sowie im italienischen Recht des ausgehenden Mittelalters bloß als Fall der Verwandtentötung (*parricidium*) betrachtet worden. Die germanischen Volksrechte, mit Ausnahme der Lex Visigotorum, erwähnen sie als solche noch nicht. Auch mehrere nordgermanische Rechte, die die Tötung des Kindes durch dessen Mutter berühren, ahnden sie dementsprechend mit einer geringeren Strafe. (Wilda, Wilh. Eduard: Das Strafrecht der Germanen, Halle, 1842, S. 728, Anm. 1; His, Rudolf: Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Carolina, München u. Berlin, 1928, S. 122.) Die Schärfe der strafrechtlichen Beurteilung dieses Übels hat zwar mit der Ausbreitung des Christentums bzw. des kanonischen Rechts (wobei als zusätzliche Schuld angenommen wurde, daß das Neugeborene starb, ohne die Taufe empfangen zu haben) wesentlich zugenommen, doch die *poena culei*, das Ertränken in einem Sack mit Hund, Affen, Hahn und Schlange, war auch der Carolina noch ganz unbekannt. Sie wurde allerdings wenig später aus dem römischen Recht rezipiert, wo sie unter Augustus und Hadrian, vor allem aber seit Constantine die Strafe der Ascendententötung war (Mommsen, Theodor: Römisches Strafrecht, Leipzig, 1899, S. 646.). Namentlich seit Carpzov wurde nun vielfach angenommen (*Practicae novae*, Questio IX, Nr. 25 f.), daß unter Ertränken im Sinne des Art. 131 der C.C.C. die *poena culei* zu verstehen sei. Diese enorm grausame Strafe gegen die nicht selten unschuldigen Mütter ist allmählich aus der Praxis verschwunden, und wurde von der Todesstrafe durch das Schwert ersetzt.

²⁵ Es läßt sich im Prolog des Edikts lesen: "Nachdem seit einiger Zeit das Verbrechen, da Weibspersonen ihre unehelich neugeborne Kinder mit boesem Vorsatz, oder durch Verwahrlosung, so aus Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt veranlassen wird, um das Leben bringen, haeufiger als jemals geworden, als werden wir in die Nothwendigkeit gesetzt, diesem Uebel durch ein geschaerftes Edict zu steuern."

“Staupenschlag und lebenswierige Vestungs-Arbeit, alsdann erkannt werden soll; 1. Wenn die Mutter zwar des Kinder-Mords ueberfuehrt, solchen aber nicht bekennen will und zweifelhaft ist, ob das Kind nicht schon vor der Geburth todt gewesen. 2. Wenn die dem Kinde angethane Gewalt offenbar, die Mutter aber solche nicht an sich kommen lassen will und doch keine andere glaubwuerdige Ursach davon anzugeben vermag; und endlich 3. wenn bey ermangelnder Ueberfuehrung des Kinder-Mords, die Mutter ihr neugebohrnes Kind vor denen Augen des Gerichts verbirget.”²⁶

Die bloße Verheimlichung der Niederkunft soll nach dem Edikt, wenn das Kind am Leben bleibt, mit sechs-, wenn es aber tot zur Welt kommt, oder in sowie kurz nach der Geburt verstirbt, mit zehnjähriger Zuchthausstrafe belegt werden.

5. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794, bei dessen Verfertigung – bezüglich des Strafrechtlichen Teils – Ernst Ferdinand Klein eine hervorragende Rolle gespielt hat, beschäftigt sich auch sehr ausführlich mit der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt.²⁷ Der gesetzliche Tatbestand, Verhehlung der Schwangerschaft und Niederkunft, ist in vier Teile geteilt und erörtert;

- a. die bloße Verheimlichung der Schwangerschaft,
- b. Verheimlichung der Niederkunft, die aufgeteilt wird in
- c. ohne Verheimlichung der Schwangerschaft und
- d. mit verheimlichter Schwangerschaft.

a) Das Gesetz geht davon aus, daß eine ‘geschwächte Weibsperson’, welche die Entdeckung ihrer Schwangerschaft gegenüber den Eltern oder Vormündern, Dienstherrschaften, Hebammen oder Obrigkeit länger als vierzehn Tage, nachdem sie dieselbe zuerst wahrgenommen hatte, verheimlicht, “sich einer strafbaren Verheimlichung der Schwangerschaft schuldig und wegen aller daraus

²⁶ Summaria des Edikts, 6.

²⁷ ALR II. 20. Tit. §§ 933–964.

entstehenden nachtheiligen Folgen verantwortlich (macht).²⁸ Und die Folgen waren durchaus nicht mild.

Es galt als entscheidender Gesichtspunkt, ob die Leibesfrucht, die den Gerichten ohnehin binnen vierundzwanzig Stunden nach der Entbindung vorzuzeigen war, dreißig Wochen alt gewesen ist. Hat die Mutter unterlassen, das Neugeborene vorzuzeigen, war aber dasselbe noch nicht dreißig Wochen alt, musste mit einer sechsmonatigen bis zweijährigen Zuchthausstrafe gerechnet werden. Im Falle, daß sowohl das Alter der Leibesfrucht ungewiß wie auch der Umstand, ob es tot zur Welt gekommen sei, nicht zu ermitteln war, sollte die Straferkenntnis auf eine drei- bis vierjährige Zuchthausstrafe hinauslaufen.

b) Es ist eine besonders wichtige Frage, unter welchen Umständen die Geburt als verheimlicht gilt. Das Gesetz lautet: "Die Niederkunft ist für verheimlicht zu achten, wenn zur Zeit der Geburt keine Hebamme um Beystand ersucht, und auch keine andre ehrbare Weibsperson dabey zugezogen worden."²⁹ Um den Verdacht der verheimlichten Entbindung zu vermeiden, reichte es aber, bei den eintretenden Geburtswehen um Hilfe zu rufen – vorausgesetzt, daß die Gebärende dieselben wirklich erhalten hat. Daß im Hintergrund der Strafe verheimlichter Niederkunft die Strafe des Verdachts stand, daß die solcherweise entbindende Frau ihr neugeborenes Kind wahrscheinlich töten will, wird daraus klar. Falls das Kind jedoch am Leben bleibt, fällt jegliche Strafe weg – zugleich ein Zeichen entwickelter Rechtsauffassung: "Ist das Kind am Leben erhalten worden, so soll die Verheimlichung der Geburt nicht gerügt werden."³⁰ Das ist schon ein wesentlicher Fortschritt.

²⁸ A.a.o. § 933. Jede Vernachlässigung einer solchen gesetzlichen Pflicht zur Anzeige der Schwangerschaft oder Entbindung war nach dem Gesetz an sich strafbar.

²⁹ A.a.O. § 944. Mittermaier analysiert ganz überzeugend, wieweit auch der Begriff der verheimlichten Geburt zu relativieren ist; Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindermordes und der Verheimlichung der Schwangerschaft, in: Neues Archiv des Criminalrechts, VII. Bd. 1. Stück, Halle, 1824.

³⁰ A.a.O. § 948.

Die Tatsache also, ob das Kind stirbt oder nach der Geburt weiterlebt, wird in diesem Kodex zum entscheidenden Tatbestandsmerkmal.

c) Hat die 'Geschwächte' zwar ihre Schwangerschaft nicht verheimlicht, die Geburt aber schon (und das Kind wird tot gefunden), so soll dafür eine sechsmonatige Zuchthausstrafe verhängt werden. Auf den ersten Blick scheint dies eine ziemlich unwahrscheinliche Variante: Wenn eine Frau ihre außereheliche Schwangerschaft monatelang nicht verborgen hat, warum tut sie dies im äußersten Moment bei der Geburt? Es liegt natürlich auf der Hand, daß Verheimlichung der Schwangerschaft *und* Geburt der typische Fall ist. Es konnten aber unerwartete Umstände vorkommen, darunter, daß eine ihre Schwangerschaft ohne Furcht tragende Frau ihren Willen kurz vor der Geburt ändert, z. B. weil das Eheversprechen des Verführers inzwischen gescheitert ist.

Wie es auch in anderen Gesetzen üblich war, wird auch im ALR streng sanktioniert, wenn die Mutter das neugeborene Kind verschwinden läßt, damit die Art und Ursache des Todes nicht mehr ermittelt werden kann.³¹ Dafür wurde als Strafe zweijähriges Zuchthaus verhängt. Die Sanktion trägt aber in diesem Fall schon vernünftige Merkmale; es geht hier um viel mehr als um die Strafe eines bloßen Verdachts. Das ist schon keine reine Schuldvermutung mehr, da sich im Verschwinden (meistens in Form einer Aussetzung) des Neugeborenen zumindest ein schuldhaftes Verhalten, ja eine Handlung, also eine strafwürdige Tat offenbart.

Wenn der Körper des Kindes zur Verfügung des Gerichts steht, aber Zeichen eines gewaltsamen Todes zu erkennen sind, kann die Inquisitin ihre Unschuld gar nicht erweisen: "Ist sie einer vorsätzlichen unnatürlichen Behandlung des Kindes verdächtig: so soll sie, je nachdem dieser Verdacht mehr oder weniger dringend ist, mit einer sechs- bis zehnjährigen Zuchthausstrafe be-

³¹ Es scheint vielleicht schon natürlich, daß eine solche Absicht der Mutter vermutet worden ist, jedoch in Form widerleglicher Präsumption.

legt werden.“³² Das ist eine reine Schuldvermutung – fraglich, ob sie widerleglich war –, zugleich ein plastisches Beispiel für Verdachtsstrafe.

d) Der Tatbestand: Verheimlichung der Schwangerschaft verbunden mit ebensolcher Geburt zog die strengste Beurteilung nach sich – in den meisten Fällen kam diese Handlungsvariante vor. Wenn die Angeschuldigte unter solchen Umständen ein totes Kind zur Welt gebracht hat, und es war nicht mehr festzustellen, ob das Kind in der Niederkunft noch gelebt hat, sollte mit vier- bis sechsjähriger Zuchthausarbeit gestraft werden.³³ Hat das Neugeborene nach dem Fachgutachten der Sachverständigen in der Geburt noch gelebt, so wird die vorige Strafe auf acht bis zehn Jahre erhöht. “Zeigen sich aber an dem Körper des Kindes tödtliche Verletzungen, ohne daß ein von der Mutter verübter Mord vollständig ausgemittelt ist: so soll dieselbe dennoch mit öffentlichem Staupenschlage und lebenswieriger Zuchthausstrafe belegt werden.”³⁴ Wieder eine Verdachtsstrafe, und zwar in Form einer unwiderlegbaren Schuldvermutung. Die unglückliche Angeklagte hatte keine Möglichkeit, ungestraft davonzukommen, wenn nach der ärztlichen Beurteilung der Tod des Kindes wegen ‘tödtlicher’ Verletzungen geschah. Wenn keine Spuren schwerer Verletzung, sondern ‘bloß’ der Verdacht einer unnatürlichen und lebensgefährlichen Behandlung gegen die Gebärerin vorhanden sind, ist auch die Sanktion verhältnismäßig mild: zwölf- bis fünfzehnjährige Zuchthausstrafe.

6. Von der Verheimlichung der Schwangerschaft und der ‘hilflosen Geburt’ als gesetzlichem Beweismittel der Kindestötung, ja als mit der Kindsmordesstrafe bedrohtem Gefährdungsdelikt, war man zur Aufstellung einer Stufenfolge von gesetzlichen Verdachtsstrafen

³² A.a.o. § 956.

³³ Der Gesetzgeber hat auch an den Fall der Frühgeburt gedacht, und zog eine Grenze: “Einem vollständigen Kinde wird eine Leibesfrucht, welche schon über dreyßig Wochen alt ist, gleich geachtet: doch soll, wenn das Kind nicht völlig ausgetragen gewesen, nur der niedrigste Grad der gesetzlichen Strafe statt finden.” (a.a.O. § 958.)

³⁴ A.a.O. § 960a.

gekommen, die sich auf der Grundlage jener Verhehlung nach der Zahl und Stärke der Anzeichen aufbauten, welche des weiteren tatsächlich für eine schuldhafte Herbeiführung des Todes sprachen. Die Verdachtsstrafen sind wohl noch in der ersten Hälfte des 19. Jh. in deutschen Gesetzbüchern vorhanden. Auch das *Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 1. Okt. 1813* enthält eine Reihe von Verdachtsstrafen bezüglich der Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung, obwohl die Verdachtsstrafen im allgemeinen untersagt sind.³⁵

Die Beurteilung des Tatbestandes, als "lebendige Geburt und lebensfähige Reife des Kindes, und daß Beschädigungen oder lebensgefährliche Unterlassungen seinen Tod verursacht haben, zu vollkommener Gewißheit gebracht; allein die Mutter einer mörderischen Absicht nicht geständig oder überwiesen ist,"³⁶ wurde im Vergleich mit der Regelung des ALR³⁷ etwas milder: als Strafe mußte mit zwölf- bis sechzehnjährigem Zuchthaus gerechnet werden. Die Lebensfähigkeit des Kindes ist zu einem sehr wichtigen Gesichtspunkt herangewachsen; wenn diese nicht vollständig erwiesen war oder wenn die mörderische Absicht oder lebensgefährliche Mißhandlung der Täterin außer Zweifel war, hatte die Inquisitin 'nur' acht bis zwölf Jahre Zuchthaus verwirkt.³⁸ Wenn weder die lebendige Geburt und Vollständigkeit des Kindes noch der böse Vorsatz der Mutter durch ein Geständnis oder anders nachgewiesen ist, so ist sie wegen verheimlichter Schwangerschaft und Niederkunft zu ein- bis vierjährigem Arbeitshaus zu verurteilen, vorausgesetzt, daß die letzteren Umstände (vorhanden und) erwiesen sind.³⁹

Im Art. 164 formuliert der Gesetzgeber *expressis verbis* den Tatbestand einer Verdachtsstrafe: "Hat eine Weibsperson bei ver-

³⁵ Teil. 11 Art. 329, wie folgt: "Wegen bloßen Verdachts (Art. 326 u. 327) kann auf keine Strafe, sondern nur auf Spezialinquisition, und was Endurtheile anbetrifft, auf Entlassung von der Instanz erkannt werden, jedoch vorbehaltlich der in dem Polizei-Strafgesetzbuche verordneten Sicherheitsmaßregeln."

³⁶ Teil I. Art. 160.

³⁷ ALR a.a.O. § 960a.

³⁸ Auch der hannoversche Strafgesetzbuch-Entwurf von 1826 hat beim lebensunfähigen Neugeborenen die Strafe generell auf die Hälfte herabgesetzt. (Art. 235.)

³⁹ A.a.O. Art. 163.

heimlicher Schwangerschaft ein erwiesenermaßen todttes, unreifes Kind geboren, und die Leibesfrucht verborgen, oder auf die Seite geschafft, so hat sie, wenn nicht das Gegentheil aus aktenmäßigen Thatsachen sich ergibt, die Wahrscheinlichkeit des absichtlichen Abtreibens ihrer Leibesfrucht wider sich, und soll zu ein- bis zweijährigem Arbeitshause verurtheilt werden.“⁴⁰ Es wurde also die Wahrscheinlichkeit einer rechtswidrigen Handlung mit (ordentlicher) Strafe bedroht. Noch schärfere Sanktionen waren für den Fall festgesetzt, daß die Mutter heimlich entbunden hat, das Kind aber nicht vorgefunden wird, und die Mutter nicht angeben kann oder will, wo das Kind hingebraht wurde.⁴¹

Ein klarer Fortschritt ist jedenfalls zu registrieren: der Art. 166 bestimmt eindeutig, daß die bloße Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft nur für strafbar zu erachten ist, “wenn durch diese Verheimlichung selbst die todtte Geburt oder das Absterben des Kindes fahrlässigerweise veranlaßt worden ist.” Man muß also festhalten, daß das Strafgesetzbuch eine klare Tendenz zur Abschaffung der Verdachtsstrafen aufwies, doch es gelang ihm noch nicht, dies auch in allen Einzelregelungen durchzuführen.

7. Ebenso hat auch der *bayerische Entwurf vom Jahre 1822* die obigen Verdachtsstrafen noch am Leben gehalten; “Hat eine Mutter ihre Niederkunft verheimlicht, und ist es entweder nicht zur Gewißheit gebracht, daß ihr uneheliches Kind eines natürlichen Todes gestorben, oder ist der Tod des Kindes durch Unterlassung derjenigen Handlungen, welche vor, während oder nach der Geburt zur Erhaltung seines Lebens notwendig sind, hervorgebracht [...] worden [...], ohne daß die Mutter der mörderischen Absicht geständig oder überwiesen ist, so soll sie mit Arbeitshaus, oder bei besonders mildernden Umständen mit Gefängnis, jedoch nicht unter sechs

⁴⁰ A.a.O. Art. 164.

⁴¹ Die Strafe lautete, auch wenn erwiesen war, daß die Angeschuldigte durch absichtliche Veranstaltungen den Körper des Kindes verschwinden ließ, oder sonst der möglichen richterlichen Untersuchung entzogen hat, acht- bis zwölfjähriges Zuchthaus. (A.a.a. Art. 165.)

Monaten bestraft werden.“⁴² Der Entwurf von 1827 bezeichnet diese Vorschriften, welche er wiederum völlig ändert und zugunsten der Mutter abschwächt, als “zwei der allerschwersten und heikelsten Artikel.“⁴³

Es taucht bei der heimlichen Entbindung freilich mit Recht die Frage auf, ob der Tod des Kindes nicht in der Geburt selbst mangels geschulter Hilfe eingetreten war. Schon der Artikel 166 des bayerischen Kodex (1813) bezieht sich im Grunde genommen auf diesen Fall, und sanktioniert eigentlich ein (erwiesenes) fahrlässiges Verhalten. Aus demselben Grunde wollten die preußischen Entwürfe bis 1836 Vorsichtsmaßnahmen beim Herannahen der Entbindung vorschreiben, und bei Zuwiderhandlung wegen fahrlässiger Tötung bestrafen.

Der nächste bayrische *Kodex vom 29. August 1848* hob die ominösen Art. 160–170 des früheren Gesetzbuches (1813) auf und setzte an ihre Stelle die Bestimmung: “Eine Mutter, welche in der Absicht, ihr neugeborenes uneheliches Kind zu töten, sich einer lebensgefährlichen Handlung oder Unterlassung an demselben schuldig macht, soll, wenn die lebendige Geburt oder die Lebensfähigkeit des Kindes nicht nachgewiesen ist, mit vier- bis achtjährigem Arbeitshause bestraft werden.” Endlich ist auch diese Vorschrift im *Strafgesetzbuch vom Jahre 1861* verschwunden.

8. Auch der für Hannover gefertigte Entwurf hat sich mit der verheimlichten Niederkunft gründlich beschäftigt.⁴⁴ Es fällt ins Auge, daß die Verhehlung der Schwangerschaft nicht mehr erwähnt ist – im Art. 238 wird ausschließlich die verheimlichte Geburt behandelt. Der Verfasser formuliert im Grunde zwei Hauptvarianten dieses Tatbestandes, der ‘hilflosen Geburt’, nämlich: “I. wenn solche in der Absicht, um das Kind zu tödten, geschah, der Tod jedoch nicht erfolgte, als Versuch des Kindesmordes, nach der Bestimmungen über den Versuch; II. wenn ohne diese Absicht der Tod

⁴² Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern vom Jahre 1822, Art. 243.

⁴³ Ebenda; Siehe Motive, S. 205–220.

⁴⁴ Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, mit Anmerk. von Anton Bauer, Göttingen, 1826.

des Kindes aus der verheimlichten Niederkunft entstanden ist, als fahrlässige Tödtung, nach den allgemeinen Regeln von Bestrafung fahrlässiger Verbrechen zu strafen.”

Der Entwurf faßt sozusagen sehr geschickt, praktisch, auch dogmatisch ganz eindeutig die Problematik auf; wenn die Mutter die ‘hilflose Geburt’ mit mörderischer Absicht geschehen ließ und das Kind stirbt wirklich, so folgt die Strafe des Kindsmords. Wenn aber diese böse Absicht nicht vorlag und auch das Kind selbst am Leben bleibt, sollte dennoch eine Strafe drohen. Der Gesetzgeber hat wahrscheinlich an diesen Fall gedacht, als er zu den obigen Festlegungen noch eine Klausel fügte: “III. außer diesen beiden Fällen findet ein bis dreimonatliches Gefängnis statt.”⁴⁵ So war das bloße Faktum, daß eine Frau heimlich entbunden hat – wahrscheinlich aus Scham, Furcht vor den Eltern, Dienstherrn etc. –, mit Gefängnisstrafe bedroht. Der Umstand, daß das Kind nach verheimlichter Niederkunft tot zur Welt kam oder durch Fahrlässigkeit umgekommen ist, von der Mutter verborgen oder auf die Seite geschafft wird, ist nur als ein Erschwerungsgrund berücksichtigt worden.

9. Auch das *Criminalgesetzbuch für Sachsen vom Jahre 1848*⁴⁶ erörtert nur die Verheimlichung der Geburt als ‘hilflose’ Entbindung: “Eine Frauensperson, welche ihre Niederkunft in dem Maße verheimlicht, daß dadurch die nöthigen Hilfsleistungen von Seiten anderer Personen ausgeschlossen werden, ist mit einem bis zu sechs Jahren Arbeitshaus zu bestrafen, wenn die Verheimlichung in der Absicht, das Kind zu tödten, geschehen, die Ausführung dieser Absicht aber durch äußere Umstände verhindert worden ist.”⁴⁷ Abweichend von der Lösung des hannoverschen Entwurfes (1826), wo diese Tatbestandsvariante als Versuch der Kindstötung aufgefaßt worden ist, pönalisiert der Gesetzgeber hier diese Handlung als selbständigen Tatbestand. Es wird noch eine andere Begehungsform erwähnt: der Fall, daß die verheimlichte Niederkunft nicht mit

⁴⁵ A.a.O. auch die vorigen Zitate Art. 238.

⁴⁶ Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, mit erläuternden Bemerkungen zum praktischen Gebrauche und einer Vergleichung des Entwurfs [...] von Christian Ernst Weiß, Dresden u. Leipzig, 1848.

⁴⁷ A.a.O. Art. 130.

der obigen Absicht veranstaltet wird. Die Strafe ist zwei- bis dreimonatiges Gefängnis, weil wegen eines solchen Kindstods nicht die Strafe der fahrlässigen Tötung eintritt. Wenn nichts Besonderes geschieht, das Neugeborene am Leben bleibt, sollte wegen der bloßen verheimlichten Entbindung monatelang im Gefängnis gebußt werden.

Die Formulierung des Tatbestandes hebt deutlich hervor, daß der Verheimlichung die Absicht zu Grunde liegt, alle Hilfsleistungen von Seiten anderer Personen – anders gesagt: die *personae non gratae* – zu entfernen. Unter dieser Voraussetzung ist das Verbrechen eigentlich ein versuchter Kindermord, wobei die Verbrecherin an Vollendung desselben nur durch äußere Umstände gehindert worden ist. Daher hatte schon die im Art. 126 angedrohte Zuchthausstrafe eintreten müssen. Daß dennoch keine Zuchthausstrafe, sondern bloß Arbeitshausstrafe bis zu sechs Jahren zuerkannt werden sollte, dafür ist in der Beilage zur ständischen Schrift vom 2. Dez. 1837 der rechtspolitische Grund angegeben: “es schein um deswillen hier angemessener, statt der entehrenden Zuchthausstrafe die nicht entehrende Arbeitshausstrafe eintreten zu lassen, damit eine Frauensperson, welche einmal ihre Niederkunft in bösslicher Absicht verheimlicht habe, nicht Alles daran setze, um durch Ausführung ihrer Absicht den Zeugen ihrer Schande zu vernichten.”⁴⁸

Aus diesem Artikel könnte gefolgert werden, daß eine Verheimlichung der Entbindung schon an und für sich strafbar sei, wenn auch die Gebärende sich dabei die erforderliche Hilfe zu verschaffen gewußt habe – doch das Gegenteil ergibt sich aus einer Bemerkung in den Motiven, und eine entsprechende Ansicht geht auch aus der Erklärung der Deputation der zweiten Kammer hervor.⁴⁹ Es war beabsichtigt, daß sich nur bei der Verheimlichung der ‘hilflosen’ Niederkunft der Tatbestand realisieren sollte. Eine Verheimlichung im Sinne dieses Artikels ist dann nicht anzunehmen, wenn die Schwangere ihren Zustand vertrauten oder nahe verwandten Personen, insbesondere solchen, von welchen sie Unterstützung erwarten kann und bei denen der Verdacht einer Collusion mit der

⁴⁸ I. Abt. III. Bd. S. 576 u. 577. Zitiert in Anm. zum Art. 130 a.a.O.

⁴⁹ Beilage zur II. Abt. 1. Samml. S. 95 a.a.O.

Schwangeren ausgeschlossen ist, entdeckte und nur gegen fremde Personen ihre Schwangerschaft ableugnete. Es ist als Konklusion festzustellen, daß die Verdachtsstrafe in Gestalt der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt aus diesem Kodex von 1848 schon verschwunden ist.

Ähnlich dem sächsischen pönalisiert auch das badische Strafgesetzbuch (1845)⁵⁰ nur noch die verheimlichte Entbindung *quasi* als Gefährdungsdelikt, besonders in Fällen, wenn das Kind aus irgendwelcher Ursache tot gefunden wird. Das Gesetz bedroht mit Strafe ganz eindeutig die Handlung der absichtlich veranstalteten 'hilflosen' Geburt, bei der meist zugleich auch das Kind ums Leben kommt. Die Sanktionen waren davon abhängig differenziert, ob der Tod des Kindes durch andere dazwischen getretene, vom Willen der Gebälerin unabhängige Umstände abgewendet wurde (Kreisgefängnis oder Arbeitshaus bis zu vier Jahren), oder das Kind infolge der Hilflosigkeit bei der Geburt, ohne Mitwirkung anderer, der Mutter zu Vorsatz zuzurechnenden Handlungen oder Unterlassungen um das Leben gekommen ist (Arbeitshaus oder Zuchthaus bis zu sechs Jahren). Die schon an sich strafbare Verheimlichung der Geburt, sogar der Schwangerschaft, ist dort nicht mehr erwähnt.

II. VERHÜTUNGSMASSNAHMEN

1. Der Staat und seine Behörden versuchten alles, die Steigerung der nach der damaligen Auffassung ungeheuer hohen Anzahl der Kindestötung zu stoppen. Die Lösung schien auf der Hand zu liegen; da dieses Delikt fast ausnahmslos aus unehelichem Beischlaf entstand, hätten die Sitten, die moralischen Auffassungen verbessert werden müssen. Folglich hatten die geschwangerten Mädchen sich z. B. – meistens den Beamten – anzeigen sollen. Man glaubte, daß das edle Ziel mit solchen und ähnlichen administrativen Maßnahmen gut erreicht werden kann. In diesem Sinne bemerkt Wächtershäuser: "Ein Zeitalter, das der Strafdrohung generalpra-

⁵⁰ Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden, nebst dem Einführungs-Edikt, Karlsruhe, 1845.

ventive Wirkung zuschrieb und sein Strafrecht weitgehend unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung begriff, mußte natürlich in der Pönalisierung eines bestimmten Verhaltens bereits eine Verhütungs- oder Vorbeugemaßnahme gegen dieses Verhalten erblicken.⁵¹ Es ist zu bemerken, daß diese präventiven Maßnahmen in Wirklichkeit nicht selten ausgesprochenen Strafcharakter trugen (z. B. Landesverweisung).⁵² Daß auch sie im Grunde Verdachtsstrafen zumindest im weiteren Sinne waren, wurde praktisch gar nicht wahrgenommen.

2. In der *Kurpfalz* erging im Jahre 1760 eine Verordnung, die die Forderung der Selbstanzeige, für die man dem Mädchen Hilfe in Aussicht stellte, daneben aber für die Umgebung Anzeigepflichten mit Strafsanktion anordnete. Im Jahre 1767 erging ein neues Edikt, in dem es heißt, die Verordnung habe ungeachtet ihrer guten Absicht nichts gefruchtet. Die Schwangeren (natürlich nur die unehelichen) sind weiterhin verpflichtet, ihren Zustand zu offenbaren.

3. Mit Vorbeugemaßnahmen dem (vermuteten oder wirklichen) Kindsmord entgegenzukommen, versuchte in *Preußen* erst Friedrich Wilhelm I.⁵³ Er "sah die Hauptursache der Kindestötung in dem Treiben der Dirnen, die aus Furcht vor der öffentlichen Schande ihre heimlich geborenen unehelichen Kinder beseitigten, um einerseits in der menschlichen Gesellschaft nicht kompromittiert zu sein, andererseits den auf Hurerei gesetzten hohen Strafen zu entgehen."⁵⁴ Die Ortsbehörden hatten den Auftrag, die Wirtschaftshäuser oft unvermutet zu visitieren und dabei alle unlauteren Elemente vor die gerichtlichen Behörden zu bringen; bei diesen Visitationen mußten die 'ledigen Dirnen' entweder ein ehrliches Gewerbe nachweisen können, oder sie wurden ins Arbeitshaus gebracht, wenn

⁵¹ Wächtershäuser, Wilhelm: Das Verbrechen des Kindsmordes im Zeitalter der Aufklärung, Berlin, 1973, S. 138.

⁵² Vgl. Schmidt, Eberhard: Die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 62.

⁵³ Schmidt, Eberhard: Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II, Berlin, 1914, S. 61 ff.

⁵⁴ A.a.O. S. 61 f.

nicht gar des Landes verwiesen. Das war eine echte, dazu außgerichtliche Verdachtsstrafe.

Friedrich der Große versuchte eine *tabula rasa* zu schaffen; nebst der besonders grausamen Strafe des Säckens (das von seinem Vater im Jahre 1720 neueingeführt worden war) hat er in dem *Edikt vom 1765* alle Hurenstrafen abgeschafft.⁵⁵ Dieses preußische Edikt, wegen seiner Gründlichkeit eine der wichtigsten Quellen, enthält eine Reihe von Vorschriften bezüglich des Verhaltens der 'ledigen Weibspersonen': "Eine jede in Unehren schwanger gehende Weibsperson muß ihre Schwangerschaft, wenn sie von jemanden gefragt wird, oder Herannahung der Geburtszeit, die bevorstehende Geburt wenigstens einer ehrbaren und verstaendigen Frau, die selbst Kinder gehabt hat, offenbaren und durch dieselbe sich die zu ihrer Geburt noethige Huelfe zu verschaffen suchen."⁵⁶ Die Unterlassung dieser Pflicht ist mit erheblicher Sanktion bedroht worden.⁵⁷

An der Text des Edikts ist gut spürbar, daß der Gesetzgeber – im Hintergrund Friedrich der Große selbst – sich der besonderen psychischen Lage der außerehelich Geschwangerten bewußt war und daraus konsequente Folgerungen zog. Es ist völlig eindeutig: der Leitgedanke ist, die Ehre der Mädchen soweit wie möglich zu schonen. So mußte die Schwangerschaft nicht unbedingt der Obrigkeit offenbart werden, es genügte, sich einer ehrbaren Frau (die selbst Mutter war) anzuvertrauen. Wurde in Anwesenheit einer solchen Frau ein uneheliches Kind tot geboren, so genügte die Vorzeigung des Kindes bei den Behörden;⁵⁸ wenn aber zwei oder mehrere ehrbare Frauen dabei waren, war auch die Benachrichtigung der örtlichen Behörden nicht erforderlich. Es ist auch ein wichtiger Gesichtspunkt, daß die bei der Geburt anwesenden Frauen zu absoluter Verschwiegenheit gegenüber jedermann verpflichtet waren.⁵⁹

Eltern (besonders die Mutter), die nächsten Anverwandten, Dienstherrn (in deren Abwesenheit die Domestiken), bei Bauers- und gemeinen Handwerksleuten auch die Obrigkeiten waren wie

⁵⁵ A.a.O. V. Abs. 1.

⁵⁶ A.a.O. III. Abs. 1.

⁵⁷ Ebenda.

⁵⁸ A.a.O. II. Abs. 2.

⁵⁹ A.a.O. II. Abs. 4; Abs. 3.

bisher gehalten, bei Schwangerschaftsverdacht darauf hinzuwirken, daß die Verdächtige ihren Zustand offenbare. Tat sie es, so hat das Edikt sie in Schutz genommen: "Auch muessen die Aeltern und Dienstherrschaften, bey willkuerlicher Bestrafung, sich enthalten, durch unzeitige und unbillige Haerte, gefallene Weibspersonen zur Verzweiflung und Veruebung eines großen Uebels zu verleiten. Insonderheit muessen die Dienstherrschaften dergleichen Weibspersonen nach entdeckter Schwangerschaft nicht eher aus dem Dienste weisen, bis sie vorher die Mittel, die heimliche Geburt zu verhindern, angewendet, oder doch der Obrigkeit des Ortes den habenden Verdacht umstaendlich angezeigt haben."⁶⁰ Auch die Hebammen waren durch ihren Eid verpflichtet, sich zu dergleichen Besichtigungen zur Verfügung zu stellen, "und wenn die in Verdacht gezo-gene Person bey der Besichtigung unschuldig befunden wird, den Vorfall verschwiegen zu halten."⁶¹

Trotz aller Bemühungen hatte Friedrich der Große den gewünschten Erfolg nicht erricht. Eberhard Schidt bemerkt es treffend: "Jene gewiß sehr fortschrittlich gestimmte Verordnung im Edikte von 1765 verhallte wohl ziemlich fruchtlos, da sich die Ehrbegriffe ganzer Bevölkerungskreise naturgemäß nicht polizeilich regeln lassen."⁶² In einem an Voltaire gerichteten Brief vom 11. Oktober 1777 stellt er resigniert fest: "Allein ungeachtet aller dieser Erleichterungsmittel habe ich doch nicht dahin kommen können, ihnen (d. h. den Magden) das unnatürliche Vorurteil, dessentwegen sie ihre Kinder töten, aus dem Kopfe zu bringen. Ehemals sah man es für eine Schade an, Mädchen zu heiraten, die Mütter waren, ohne einen Mann gehabt zu haben: ich beschäftige mich jetzt mit der Idee, wie ich diese Ansicht ausrotten will. Vielleicht gelingt es mir."⁶³

⁶⁰ A.a.O. IV. Abs. 4.

⁶¹ A.a.O. IV. Abs. 3.

⁶² Kriminalpolitik, S. 65.

⁶³ Mendelssohn-Bartholdy, Gustav: Der König Friedrich der Große in seinen Briefen und Erlassen, sowie in zeitgenössischen Briefen, Berichten und Anekdoten, Ebenhausen b. München, 1912, S. 458 f.

4. In Hessen-Kassel erging am 10. September 1765 eine *Verordnung, daß zu Verhütung des Kindermodts auf die in Unpflichten schwangere Dirnen genau Obsicht genommen werden solle*. Die Eltern und ‘Brotherren’ wurden darin verpflichtet, der Schwangerschaft verdächtige, aber leugnende Mädchen dem Pfarrer und den Beamten anzuzeigen. Stellt sich dann bei weiterem Leugnen durch Untersuchung seitens einer Hebamme heraus, daß der Verdacht doch gerechtfertigt war, so soll man das Mädchen seiner “Hartnäckigkeit wegen einige Tage einstecken lassen,” eine Strafe, die angesichts der anderwärts vorgeschriebenen als außerordentlich milde bezeichnet werden muß.

In demselben Land hat schon vier Jahre früher der Landgraf von Hessen durch ein Reglement vom 3. März 1761 angeordnet, daß dem in Kassel bestehenden Waisenhaus ein ‘accouchir- und Findelhaus’ angegliedert werden solle.⁶⁴ Man hat es klar erkannt, daß es nicht genügt, die (Selbst)Anzeige für die außerehelichen Schwängern vorzuschreiben – unbedingt nötig ist es, entsprechende Einrichtungen zu stiften, worin die Gebärenden ihre Kinder geheim, zugleich aber mit ärztlicher Versorgung zur Welt bringen können. Dies waren praktisch allenthalben die Findelhäuser.

5. Auch die berühmten Kodices der Aufklärungszeit und Anfang des 19. Jahrhunderts versäumen nicht, darauf aufmerksam zu machen, was für Pflichten die unehelichen Schwängeren, aber auch ihre Eltern, Dienstherrn etc. haben. An dieser Stelle beschäftigen wir uns nur mit den Vorschriften des preußischen ALR.⁶⁵

Das Gesetz behandelt den Tatbestand unter der Überschrift ‘Vorbeugungsmittel’ schön systematisch; erst ‘überhaupt’, dann folgt die Frage der Entdeckung der Schwangerschaft, *a)* von Seiten der Schwängern, *b)* dles Schwängeres, *c)* der Eltern, Dienstherrn und Hauswirtinnen, *d)* endlich die Pflichten derjenigen, denen eine Schwangere sich entdeckt. Das Gesetz deklariert vor allem: “Um den Kindermord möglichst zu verhüten, haben die Gesetze unbescholtenen ledigen Weibspersonen, wenn sie unter dem Verspre-

⁶⁴ Über den Inhalt dieser Verordnung ausführlich: Wächtershäuser, S. 141 ff.

⁶⁵ A.a.O. §§ 888–932.

chen der Ehe geschwängert worden, die Rechte und Würden einer Ehefrau, oder wo die Ehe nicht statt finden kann, einer Hausfrau beygelegt.“⁶⁶ Es war aber nicht nur für die Mutter, sondern auch für das zu gebärende Kind gesorgt: sobald die Schwangerschaft angezeigt war, mußte der Leibesfrucht ein Vormund bestellt werden, welcher für des Kindes Verpflegung und Erziehung sorgen mußte (§ 891). Die Obrigkeiten jedes Orts mussten dafür sorgen, wo keine entsprechende, öffentliche Gebärhäuser vorhanden sind, den Hebammen eine hinlänglich geräumige Wohnung zu verschaffen (§ 894).

“Jede Frauensperson, die eines unehelichen Beyschlafs sich bewußt ist, muß auf ihre körperliche Beschaffenheit [...] sorgfältig Acht haben” (§ 901) – lautet das Wort des Gesetzgebers, der bezüglich der Pflichten der Schwangern ganz genau die Verfügungen des Edikt von 1765 übernimmt⁶⁷ – also, wenn die Entbindung im Beisein von zwei Frauen (unter welche sich auch die Mutter der Gebärenden rechnen läßt) geschieht, so kann die Geburt gegen jedermann verschwiegen werden (§ 910). Der ‘Schwängerer’ hatte darauf zu dringen, daß die Geschwächte den gesetzlichen Vorschriften gehörig nachkomme (§ 915). Das Gesetz hat den ‘Täter’ ziemlich mild behandelt: bei Verabsäumung seiner obigen Pflicht, d. h. in allen Fällen, wo die ‘Geschwächte’ zur Strafe gezogen werden soll, hat er sich einer zwei- bis viermonatigen Gefängnisstrafe schuldig.

Eltern, Dienstherren, Haus- oder Stubenwirtinnen hatten das Recht und die Pflicht, sich in verdächtigen Fällen nach der Schwangerschaft zu erkundigen: “läugnet die Verdächtige eine vorhandene Schwangerschaft beharrlich, ohne die Gründe des Verdachts durch wahrscheinliche Gegengründe zu heben [Schuldvermutung!]: so müssen sie ihren Verdacht, nebst den Gründen desselben, der Obrigkeit zur weiteren Untersuchung anzeigen.” (§ 921.) Das war eine besonders demütigende Situation für ein Mädchen; man kann

⁶⁶ A.a.O. § 888.

⁶⁷ A.a.O. II. Abs. 4.

sich wohl vorstellen, wie eine Hauswirtin ihre 'gefallene', aber nur eventuell auch geschwängerte Magd mit einem solchen Verfahren erniedrigen konnte. Die Schuldvermutung und ihre Zwillingschwester, die Verdachtsstrafe, waren noch lange Alleinherrscherinnen.

ZU DEN SCHRIFTEN DIESES BANDES

I.

Die Entwicklung des Strafrechts. In: Gábor Máthé (Hg.): Die Entwicklung der Verfassung und des Rechts in Ungarn, Dialóg Campus Verlag, Budapest, 2017, 217–269. p.

Wissenstransfer auf dem Gebiet der Strafrechtskodifikation. In: Ellen Bos – Kálmán Pócza (Hg.): Rechtssysteme im Donauraum. Vernetzung und Transfer (Andrássy Studien zur Europaforschung 10), Nomos, Baden-Baden 2014, S. 13–24

Ein wenig bekannter Strafgesetzentwurf von 1829/30. In: Gábor Máthé – Barna Mezey (Hg.): Von dem Vormärz bis zum 20. Jahrhundert. Tradition und Erneuerung in der ungarischen Rechtsentwicklung. Studien zu den Reformen in den 19–20. Jahrhunderten, Eötvös Loránd-Universität, Juristische Fakultät, Würzburg–Budapest 2002, S. 9–11.

Die Dogmatik des materiellen Strafrechts. Entwicklungsgeschichtlicher Überblick mit besonderer Hinsicht auf den Gesetzesvorschlag von 1843/44. In: Máthé Gábor – Werner Ogris (Hg.): Die Entwicklung der österreichischungarischen Strafrechtskodifikation im XIX–XX. Jahrhundert, Budapest–Wien, 1996, S. 181–201

Fragestellungen in der ungarischen Strafrechtskodifikation im 19. Jahrhundert. In: Mária Homoki-Nagy – Norbert Varga (ed.): Codification Achievements and Failures in the 19th–20th Century (7th Conference on Legal History in Szeged), Szeged, 2018, 21–28. p.

Strukturwandel in der Strafrechtsdogmatik zur Zeit des Vormärz. In: Barna Mezey (Hg.): Strafrechtsgeschichte an der Grenze des nächsten Jahrtausendes (Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Publikationen des Lehrstuhls für Ungarische Rechtsgeschichte an der Eötvös Loránd Universität), Gondolat Verlag, Budapest 2003, S. 85–94.

Das Prinzip nullum crimen, nulla poena sine lege in der Praxis des ungarischen Verfassungsgerichts. In: Krisztina Karsai – Ferenc Nagy – Zsolt Szomora (Hg.): Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht. Beiträge eines Humboldt-Kollegs (Schriften des Zentrums für Europäische und Internationale Strafrechtsstudien 2), V&R unipress Universitätsverlag Osnabrück, 2011, S. 9–18.

II.

Die Verdachtsstrafe in Deutschland im 19. Jahrhundert. In: Thomas Vormbaum (Hg.): Rechtsgeschichte und Rechtsgeschen. Kleine Schriften Bd. 20, LIT Verlag Dr. W. Hopf Berlin 2009.

Die Preisfrage des Archivs des Criminalrechts über die Verdachtsstrafe: „In wie fern lässt sich eine ausserordentliche Strafe [...] rechtfertigen?“ In: Elemér Balogh: Die Verdachtsstrafe als Erscheinungsform der Schuldvermutung. Das Problem der Verdachtsstrafe nach der Abschaffung der Folter bis zur Einführung der freien Beweiswürdigung (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors an der Hohen Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.), 3. Kapitel. Acta Jur. et Pol. Szeged, 1993, S. 51–108.

Die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt als delictum sui generis. Ein Beitrag zur Problematik der Verdachtsstrafe. In: Paul Nève / Chris Coppens (Hrsg.): Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23. bis 27. September 1990, Gerard Noodt Instituut, Nijmegen 1992, S. 264–283.

.