

Academia Iuris

Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte

von

Prof. Dr. Rudolf Gmür, Prof. Dr. Andreas Roth

14., überarbeitete Auflage

Verlag Franz Vahlen München 2014

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4821 4

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Auch das ABGB beruht auf einer Synthese von wissenschaftlich-systematischem Naturrecht, römischem Recht und germanischem Recht. Ständesrecht, zB Adelsrecht, wird in ihm zwar, anders als im ALR, nicht behandelt, blieb aber, anders als in Frankreich, als Gewohnheitsrecht und aufgrund von Spezialgesetzen, zT bis 1918, weiterhin in Kraft. Eine auffällige Eigenart des ABGB liegt in seiner Kürze (1502 Paragraphen). Sie entspricht dem kantianischen Grundsatz, dass die Gesetzgebung auf das Maß zu beschränken sei, welches für die Aufrechterhaltung der Freiheit erforderlich ist. Sprachlich ist das ABGB sehr gediegen, wenn auch nicht so leicht verständlich wie das ALR, nicht so brillant wie der Code civil und nicht so peinlich genau wie das BGB. Geltung erlangte es in den meisten Gebieten Österreich-Ungarns, in manchen allerdings nur vorübergehend. Von den österreichischen Juristen wird es auch heute noch hoch geschätzt.

Inhalt

Knapper Umfang

Sprache

Geltungsbereich

VII. Zivilprozess

Er war im 16.–18. Jahrhundert in weiten Teilen Deutschlands weitgehend nach den Grundsätzen des *römisch-kanonischen Prozessrechts* (siehe, auch zum folgenden, → Rn. 226) gestaltet. Demgemäß war er beherrscht von der *Dispositionsmaxime*, dem *Parteibetrieb* und der *Verhandlungsmaxime*, also von Prinzipien, nach denen die Initiative zur Einleitung und Durchführung des Prozesses ausschließlich bei den Parteien liegt (→ Rn. 69).

323 Grundsätze des römisch-kanonischen Prozessrechts

In diesem Rahmen war der Zivilprozess fein ausgewogen, aber, zumal wegen seiner Schriftlichkeit, umständlich. Kennzeichnend für ihn waren unter anderem folgende Regeln, die, mit Einschränkungen, heute noch gelten:

»*Quod non est in actis, non est in mundo*«

(Grundsatz des streng schriftlichen Verfahrens, wonach der Richter nur berücksichtigen darf, was in den Akten festgehalten ist. Dieser Grundsatz bezieht sich nur auf den Sachverhalt, nicht auf die Rechtsätze, die auf ihn anzuwenden sind);

Schriftliches Verfahren

»*Da mihi facta, dabo tibi ius*«

(Die Parteien haben dem Richter den von ihnen behaupteten Sachverhalt vorzutragen und zu beweisen; der Richter aber hat die einschlägigen Rechtssätze auf den vorgetragenen und bewiesenen Sachverhalt anzuwenden);

Rolle der Parteien und des Richters

»*Curia novit iura*«

(auch umgekehrt formuliert: »*Iura novit curia*«. Über diesen Grundsatz siehe → Rn. 297);

Von Amts wegen erfolgende Anwendung des geltenden Rechts
Begrenzung der richterlichen Entscheidungsbefugnis durch den Parteiwillen

»*Ne eat iudex ultra petita partium*«

(Der Richter darf nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen; insbesondere darf er dem Kläger nicht mehr zusprechen, als dieser verlangt, aber auch nicht weniger, als der Beklagte dem Kläger zu gewähren bereit ist).

- Zivilklagen gegen den Landesherrn (Fiskus) **324** Es war zulässig, dass ein *Untertan gegen seinen Landesherrn* eine Zivilklage erhob. Doch hatte er den Landesherrn um dessen Würde willen nicht als solchen, sondern als »*Fiskus*« zu verklagen.
- Kabinettsjustiz
Müller-Arnold-Prozess (1779)
Kodifikationen des Zivilprozessrechts
Herrschaft der Untersuchungsmaxime in der preußischen Zivilprozessordnung (1781)
Code de procédure civile (1806)
Mündliches Verfahren
Einfluss auf die Reichszivilprozessordnung (1877)
- Andererseits hatte der Landesherr in den meisten Territorien das dem alten *ius evocandi* (→ Rn. 227) ähnliche Recht, jeden Zivilprozess – sowie auch jeden Strafprozess – vor der Fällung eines gerichtlichen Urteils durch *Machtspruch* selbst zu entscheiden oder dem Gericht Weisungen zu erteilen, wie es den Fall zu entscheiden habe. Obwohl die aufgrund dieses Rechts geübte *Kabinettsjustiz* (ein von deren Kritikern später geprägter Ausdruck) starke Gefahren des Machtmissbrauchs in sich barg, war sie keineswegs schlechthin unbeliebt, da das Volk vom Herrscher oft eine raschere und gerechtere Rechtsprechung als von den ordentlichen Gerichten erwartete. Dennoch verzichtete *Friedrich der Große* als aufgeklärter Herrscher zunächst auf dieses Recht, ließ sich dann aber 1779 im Zorn über vermeintlich geschehenes schweres Unrecht (Abweisung der Klage des *Müllers Arnold* gegen einen adligen Gutsherrn, der der Mühle des Klägers das Wasser abgegraben habe) zur Bestrafung der seines Erachtens schuldigen Richter und zur Absetzung des sie verteidigenden Justizministers *Fürst* hinreißen, was als schwerer Justizskandal in die Geschichte eingegangen ist.
- 325** Von ca. 1750 an wurde das Zivilprozessrecht in verschiedenen Territorien *systematisch kodifiziert*. Unter diesen Kodifikationen ist besonders eigenartig die *preußische Zivilprozessordnung* (*Corpus iuris Fridericianum*, 1. Teil) von 1781, welche die bis dahin nur den Strafprozess beherrschende *Untersuchungsmaxime* in den Zivilprozess einführte. Danach hatte fortan der Richter auch in Zivilsachen, die allerdings weiterhin nur auf Klage einer Partei hin vor ihn kamen, den Sachverhalt von Amts wegen zu klären. Diese Reform entsprach dem Willen *Friedrichs des Großen*, die ihm verhassten Anwälte vor allem im Interesse der unbemittelten Volksschichten überflüssig zu machen. Das neue Verfahren blieb aber nur einige Jahrzehnte in Kraft. Im Zeitalter des Liberalismus wurde nämlich infolge des ihn kennzeichnenden Bestrebens, die Freiheit und zugleich die Verantwortung des Individuums zu verstärken, die *Untersuchungsmaxime* im Zivilprozess wieder durch die *Verhandlungsmaxime* ersetzt (preußische Verordnungen von 1843 und 1846).
- 326** Inzwischen hatte der französische »*Code de procédure civile*« (1806), der auch in den Rheinlanden galt, bahnbrechende Neuerungen im Zivilprozessrecht gebracht. Er sah nämlich ein weitgehend *mündliches Verfahren* vor, das vor allem geeignet war, die Anwälte zu großen rhetorischen Leistungen zu veranlassen. Dieses Verfahren ist 1877 zum Teil in die Reichszivilprozessordnung aufgenommen worden, wird aber von den deutschen Anwälten und Gerichten, außer in den Rheinlanden mit ihrer französisch-rechtlichen Tradition, meist doch nicht im Sinn einer wirklichen Mündlichkeit gehandhabt.

G. Strafrecht und Strafprozessrecht

I. Reformen unter Bewahrung des mittelalterlichen Strafrechtscharakters

Viele italienische Gelehrte, unter anderem die Konsiliatoren *Bartolus und Baldus* (→ Rn. 129), hatten im 14. und 15. Jahrhundert aufgrund des Corpus iuris civilis außer dem Zivilrecht auch das Strafrecht wissenschaftlich untersucht. Sie gelangten auf diese Weise zur Aufstellung zahlreicher Lehren, die zwar nicht die Härte des überlieferten mittelalterlichen Strafrechts (vgl., auch zum folgenden, → Rn. 214 ff.), aber doch die vielerorts als Missstand empfundene Willkür seiner Handhabung zu beschränken suchten. Diese Lehren drangen auch nach Deutschland und fanden zu Beginn des 16. Jahrhunderts einen Niederschlag in der 1507 in Kraft gesetzten *Halsgerichtsordnung für das Fürstbistum Bamberg* (»*Constitutio criminalis Bambergensis*«). Dieses epochemachende Gesetz kam durch fruchtbare Zusammenarbeit zwischen rechtsgelehrten Würdenträgern des Bischofs und einem seiner nicht rechtsgelehrten, aber rechtserfahrenen Vasallen, *Johann Freiberr von Schwarzenberg*, zustande, dem die lange herrschende Lehre sogar die nahezu alleinige Autorschaft zuschrieb. Das Werk wurde später »*mater Carolinae*« genannt, weil es dank seiner allgemein anerkannten Vortrefflichkeit die unmittelbare, teilweise wörtlich übernommene Vorlage der *Peinlichen Gerichtsordnung Karls V.* (»*Constitutio criminalis Carolina*«) wurde, die nach 11 Jahre dauernden Verhandlungen 1532 auf dem Reichstag zu Regensburg zustande kam.

Die »*Carolina*« ist nach äußerem Umfang und innerem Gehalt das bedeutendste Reichsgesetz, das im alten Reich jemals zustande gekommen ist. Abgefasst ist sie in einer schönen und kräftigen deutschen Sprache, die uns zwar heute etwas umständlich erscheint, aber den Gerichtsschöffen und wohl auch dem Volk verständlich war. Ihre Ausdrucksweise, zB die Art, in der sie die einzelnen Verbrechenstatbestände beschreibt, ist präziser als diejenige der mittelalterlichen Gesetze, obwohl sie insoweit heutigen Anforderungen an die Gesetzgebung nicht genügen würde. Vorzüglich ist ihre klare, übersichtliche Gliederung, welche sie als – allerdings noch der Vollständigkeit ermangelnde – Vorläuferin einer Kodifikation im engsten Sinne (→ Rn. 311) erscheinen lässt. Bemerkenswert ist auch ihr hoher sittlicher Gehalt, der sich besonders im offensichtlichen Bestreben des Gesetzgebers zeigt, zwar die schuldigen Verbrecher einer gerechten Strafe zuzuführen, aber die noch nicht schuldig befundenen Angeeschuldigten vor unnützen Quälereien, vor dauernder Schädigung und besonders vor ungerechter Verurteilung zu bewahren.

Die Carolina ordnet in ihrer ersten Hälfte den *Strafprozess*. Ein solcher war – nach der Praxis regelmäßig – von Amts wegen zu eröffnen und gemäß der *Untersuchungsmaxime*, die eine von Amts wegen erfolgende Klärung des Sachverhalts verlangte, durchzuführen. Die Strafunter-

327 Italienische Strafrechtswissenschaft (14. und 15. Jhdt.)

Einfluss auf Deutschland

Constitutio criminalis Bambergensis (1507) Schwarzenberg

328 Constitutio criminalis Carolina (1532)

329 Strafprozessrechtlicher Teil

Voraussetzungen der Folterung			suchung wurde durch einzelne Gerichts- und Ratsmitglieder, meist mit Beiziehung eines Henkers als Folterknecht, geheim geführt. Auf ihr lag das Schwergewicht des Prozesses, was ihn nach einhellig herrschender Auffassung außer in den Fällen eines auf private oder öffentliche Anklage hin eröffneten Akkusationsverfahrens, zum sog. <i>Inquisitionsprozess</i> machte. In den wichtigsten Punkten stimmte der Strafprozess der Carolina mit dem aus dem Spätmittelalter überlieferten (→ Rn. 223) überein. Neuerungen von größter Tragweite brachte die Carolina aber darin, dass sie die Folterung des Angeschuldigten nur gestattete, wenn einen hohen Verdacht begründende »Anzeigen« (Indizien) – je nach ihrer Art in größerer oder geringerer Zahl – förmlich nachgewiesen waren, und dass sie für eine Verurteilung einen noch strengeren Beweis verlangte, dessen Mindestvoraussetzungen gemäß einer sog. <i>gesetzlichen Beweistheorie</i> genau festgelegt waren. Auch suchte sie durch ein vorbildliches <i>Verbot des Stellens von Suggestivfragen</i> sowie durch die Vorschrift, dass alle Geständnisse bestmöglich auf ihre Wahrheit zu überprüfen seien und unmittelbar in der Folter abgegebene nicht zu protokollieren seien, auf bloßen Scheinbeweisen beruhende Verurteilungen zu verhindern. Soweit diese Vorschriften in der Praxis strikt eingehalten wurden, dürfte es nicht leicht vorgekommen sein, dass Unschuldige gefoltert oder gar aufgrund eines falschen Geständnisses verurteilt wurden. Was die Verfahrensbeendigung angeht, so sah die Carolina, dem mittelalterlichen Recht entsprechend (→ Rn. 223), den im alten Landtagsverfahren durchzuführenden » <i>endlichen Rechtstag</i> « vor, an dem das ganze Volk zusammenströmte und das Gericht auf öffentliche Klage und Verteidigung hin das regelmäßig vorher schriftlich gefasste Urteil verkündete. Lautete dieses auf eine Strafe an Leib und Leben (Todesstrafe), so sollte der Richter an den Orten, wo es üblich war, seinen <i>Stab zerbrechen</i> . Auch hatte er, falls der Verurteilte nicht vom Landesherrn begnadigt wurde, das Urteil sogleich, ohne Appellationsmöglichkeit, durch den Nachrichten (Scharfrichter, Henker) vollstrecken zu lassen. Dieses auch als »Theater des Schreckens« bezeichnete Verfahren diente einerseits der herrschaftlichen Machtentfaltung, entsprach aber auch den tradierten Vorstellungen der Bevölkerung von der Öffentlichkeit der Verfahren, ohne die die Legitimität infrage gestellt worden wäre.
Voraussetzungen der Verurteilung gesetzliche Beweistheorie			
Endlicher Rechtstag			
Materiellrechtlicher Teil Ansätze zu einem allgemeinen Teil des Strafrechts Einzelne Verbrechenstatbestände	330		Die zweite Hälfte der Carolina regelt das <i>materielle Strafrecht</i> . Sie enthält <i>Ansätze zu einem allgemeinen Strafrechtsteil</i> , indem sie trefflich gefasste Bestimmungen über Notwehr, Beihilfe, Versuch und von Jugendlichen begangene Verbrechen aufweist. Daran schließen sich Bestimmungen über die einzelnen Verbrechenstatbestände und die für sie vorgesehenen Strafen, die fast durchweg mit den aus dem Mittelalter überlieferten übereinstimmen, also sehr hart sind (→ Rn. 215). So wird in den Art. 125 und 126 bestimmt: »Item die boßhaftigten überwunden brenner sollen mit dem fewer vom leben zum todt gericht werden. »Item eyn jeder boßhaftiger überwundner rauber, soll nach vermöge unser vorfarn unnd unserer gemeyner keyserlichen rechten, mit dem schwerdt oder wie an jedem

ort inn disen fellen mit guter gewonheytt herkommen ist, doch am leben gestrafft werden«.

Die Verfasser der Carolina hielten es für unmöglich, das Strafrecht vollständig zu normieren. Sie stellten daher keinen vollständigen Verbrechenkatalog auf und ließen (entgegen dem erst im 18. Jahrhundert aufgestellten – 1801 formulierten – Grundsatz »nulla poena sine lege«) auch die *Bestrafung nicht genannter Verbrechen* zu. Doch hatte das Gericht in solchen Fällen ein Gutachten von Rechtsgelehrten einzuholen und durfte keinesfalls eine Todesstrafe verhängen.

331 Unvollständigkeitsregelung

Bestrafung nicht genannter Verbrechen

Galeerenstrafe

Möglich war in solchen Fällen die Verurteilung zu einer zeitlichen, meist in der venezianischen Flotte zu verbüßenden *Galeerenstrafe*, die auch häufig als *Verdachtsstrafe* verhängt wurde, nämlich dann, wenn ein Angeschuldigter trotz Folterung nicht geständig war, aber nach wie vor dringende Verdachtsgründe gegen ihn bestanden.

Viele Reichsstände hatten lange ihre Zustimmung zur Verabschiedung der Carolina verweigert, weil sie von einer gesamtdeutschen Vereinheitlichung des Strafrechts und Strafprozessrechts eine Machteinbuße und dazu eine Erschwerung ihres Kampfes gegen das Verbrechen fürchteten. Die meisten von ihnen wurden aber schließlich für das Gesetz gewonnen, nachdem in dieses folgende »Salvatorische Klausel« eingefügt worden war: »Doch wollen wir durch diese gnedige Erinnerung Churfürsten, Fürsten und Stenden an iren alten wohlherbrachten rechtmessigen und billichen gebreuchen nichts benommen haben«.

332

Salvatorische Klausel

Diese Klausel entspricht weitgehend der in → Rn. 297 wiedergegebenen Bestimmung der Reichskammergerichtsordnung, dass die Assessoren des RKG auch urteilen sollen, »nach redlichen, erbern und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewonhaiten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sy pracht werden«. Beide Bestimmungen ordnen an, dass nicht nur nach gemeinem Zivilrecht, bzw. nach der Carolina, sondern auch und zwar sogar vorrangig nach dem geltenden partikulären Recht geurteilt werden solle. Doch richtete sich die Klausel der RKG an das RKG selbst als höchstes Reichsgericht, die Salvatorische Klausel der Carolina aber an die Landesherren, Reichsstädte und ihre für Strafsachen zuständigen Gerichte, deren Urteile nicht an das RKG weitergezogen werden konnten.

Vergleich mit der RKG

Die praktische Bedeutung der Salvatorischen Klausel für die künftige Rechtsentwicklung erwies sich indessen als noch geringer als die Wirkung des in der RKG vorgesehenen Vorbehalts zugunsten des partikulären Rechts; denn die Carolina drängte wegen ihrer großen sachlichen Vorzüge das bisherige partikuläre Strafrecht und Strafprozessrecht der meisten Territorien und Reichsstädte bis auf wenige Einzelheiten zurück. Die Folge war, dass sich die Strafrechtspflege verbesserte. Zwar blieb sie hart, streifte aber ihre frühere Willkürlichkeit weitgehend ab.

Auswirkungen

Allerdings flackerte Willkür in Strafprozessen nicht selten auf, weil die Carolina nicht immer strikt beachtet wurde. Auch kam es vereinzelt im 15., vermehrt im 16. und 17. Jahrhundert zu furchtbaren Exzessen in *Hexenprozessen*, die man aus Angst vor den vermeintlich gemeingefährlichen, vom Teufel besessenen Hexen rücksichtslos durchführte, ohne die von der Carolina vorgesehenen Kontrollen gegen ungerechtfertigte oder übermäßige Folterungen zu beachten. Man stellte den Angeschuldigten, zumeist Frauen, stereotype Fragen, die

333 Neue Missstände

Hexenprozesse

- von zwei Ketzerrichtern, den Dominikanern *Institoris* und *Sprenger*, in einem 1487 erschienenen Buch »*Malleus maleficarum*« (= *Hexenhammer*) formuliert worden waren, nämlich Fragen nach ihren Bündnissen und Buhlschaften mit dem Teufel sowie nach ihrem verderblichen Wirken, und setzte die Befragung so lange mit immer härteren Folterungen fort, bis die Gemarterten ein uneingeschränktes Geständnis ablegten. Diese Praxis wurde, in freilich zurückhaltender Weise, sogar von hervorragenden Rechtsgelehrten gebilligt, so vom sächsischen Juristen *Benedikt Carpzow* (1595–1666). Die Zahl der Opfer lässt sich nicht exakt belegen, Schätzungen gehen davon aus, dass in Mitteleuropa 40.000–80.000 Menschen als Hexen verbrannt worden sind.
- Carpzow (1595–1666)
- Gegner der Hexereiprozesse
- 333a Bedeutende Gegner der Hexereiprozesse waren im 16. Jahrhundert der niederländische Arzt *Johann Weyer* (»*De praestigii demonum*«, 1563) sowie im 17. Jahrhundert der Jesuitenpater *Friedrich Spee von Langenfeld* (»*Cautio criminalis*«, 1631), der in seiner anonym veröffentlichten und bei den Gegnern der Hexenprozesse sehr geschätzten Schrift auf die Unglaubwürdigkeit der Aussagen Gefolterter hinwies und damit begründete, dass unzählige Unschuldige hingerichtet würden. Im 17. Jahrhundert begannen einzelne Landesherren damit, die Hexenverfolgungen einzustellen, bspw. die schwedische Königin *Christine* in den von den Schweden im Dreißigjährigen Krieg besetzten deutschen Gebieten sowie im Kurfürstentum Mainz Kurfürst *Johann von Schönborn* gegen Ende des Jahrhunderts
- Strafrechtswissenschaft
- 333b Die Wissenschaft des gemeinen Rechts hat sich auch mit dem Strafrecht befasst, ihre bedeutendsten Vertreter sind der Italiener *Decianus* (1509–1582), der vor allem wesentliche Fragen des allgemeinen Teils genauer begrifflich erfasste, ferner in Deutschland der sächsische Rechtsgelehrte *Benedikt Carpzow* (1595–1666), dessen Werk an der forensischen Praxis, die er am Leipziger Schöffentuhl als dessen Vorsitzender kennen lernte, ausgerichtet ist, sowie schließlich der den Aufklärern zuzurechnende *Carl Ferdinand Hommel* (1722–1781).

II. Reformpostulate der Aufklärungszeit

- Rationalisten des 17. Jahrhunderts als Vorläufer der Aufklärer
- 334 Man kann zwar die *Rationalisten* des 17. Jahrhunderts als Vorläufer der Aufklärer bezeichnen, weil sie gegenüber der aus der Scholastik überlieferten philosophischen Tradition, die sich auf Autoritäten, besonders auf vorbehaltlos für wahr gehaltene antike Texte, stützte, kritisch eingestellt waren. Aber ihre Achtung vor der Überlieferung war doch noch so stark, dass bspw. *Grotius* bei vielen Fragen darauf hinwies, dass schon antike und spätere Autoren gleich wie er gedacht hätten. Aufklärer im engeren Sinne gibt es erst seit etwa 1700, dh seitdem, unter anderem infolge des Endes von Pestepidemien und wachsenden Wohlstandes breiter Bevölkerungsschichten, allmählich ein optimistischeres Weltbild das frühere religiös-pessimistische zurückgedrängt hatte; denn erst von da an kam ein bewusster (mitunter etwas seichter) *Fortschrittsglaube* und *Fortschrittswille* auf, dem man durch Kritik an den in Staat und Gesellschaft bestehenden Verhältnissen
- Beginn der Aufklärung im engeren Sinn (um 1700)
- Hauptmerkmale der Aufklärung

sen zum Durchbruch helfen wollte. Unter den Aufklärern waren für die Strafrechtsentwicklung besonders bedeutend:

1. Christian Thomasius

→ Rn. 310.

Dieser streitbare Mann, der an der neugegründeten preußischen Aufklärungsuniversität Halle lehrte, bekämpfte, den Fußstapfen des seinerzeit erfolglos mutigen Jesuiten *von Spee* (*»Cautio criminalis«*, 1631) folgend, die *Hexenprozesse* in einem Buch *»De crimine magiae«*, das er unter dem Titel *»Vom Verbrechen der Hexe- und Zauberei«* auch in deutscher Übersetzung erscheinen ließ (1701).

335

Kampf gegen
Hexenprozesse

Vorläufer: v. Spee
(1631)

2. Montesquieu

stellte in seinem *»Esprit des lois«* (= Geist der Gesetze, 1748) als einer der ersten sehr eindrucksvoll die Forderung auf, *dass keine Bestrafung ohne Gesetz* erfolgen dürfe (1801 *von Feuerbach* als Grundsatz *»nulla poena sine lege«* formuliert, → Rn. 344).

336 Keine Bestrafung
ohne Gesetz

3. Beccaria

ein im damals österreichischen Mailand wirkender Edelmann und Professor, verfasste mit 26 Jahren ein Buch *»Dei delitti e delle pene«* (*Von den Verbrechen und Strafen*), das zu den klassischen Werken der italienischen Literatur gehört. Beccaria, der, wie andere Naturrechtler, davon ausging, dass die staatliche Ordnung letztlich auf einem zwischen den Menschen geschlossenen Gesellschaftsvertrag beruhe, entwickelte umfassende Lehren über ein dem Gesellschaftsvertrag entsprechendes Strafrecht. Wie *Montesquieu* setzte er sich für den Grundsatz *»keine Strafe ohne Gesetz«* ein und lehnte mit Nachdruck die Folter ab, weil sie kein zur Ermittlung der Wahrheit taugliches Mittel sei. Auch war er ein strikter *Gegner der Todesstrafe*, und zwar mit der später von *Kant* als sophistisch kritisierten Begründung, dass niemand im Gesellschaftsvertrag gültig in seine eventuelle künftige Tötung habe einwilligen können.

337

Ablehnung der
Todesstrafe

III. Reformen der Aufklärungszeit

1. Einzelreformen

Unter dem Einfluss der Aufklärung wurden sehr bald in einigen Staaten das materielle Strafrecht und der Strafprozess in Einzelpunkten reformiert. So wurden manchenorts nicht nur *Hexenprozesse* zurückgedrängt, sondern die ehemals drakonischen Strafen für religiöse Delikte wie Gotteslästerung stark gemildert. Auch verbot *Friedrich der Große* bei seinem Regierungsantritt (1740) die Anwendung der Folter, ausgenommen in Fällen, in denen ein Staatsverbrechen aufzudecken war. Entsprechende Verbote wurden 1776 in Österreich und 1806 in Bayern erlassen. Doch wurden die Strafprozesse in all diesen

338

Verbot der Folterung

Aufrechterhaltung des Inquisitionsprozesses

Staaten weiterhin *Inquisitionsprozesse* als durchgeführt, dh als Prozesse, deren Schwergewicht auf einer von Amts wegen durchzuführenden heimlichen Strafuntersuchung lag (→ Rn. 223). In diesen Prozessen verlegten sich die Richter, nach Abschaffung der Folter, öfters darauf, den Angeschuldigten durch raffinierte Fragestellungen zu einem Geständnis zu überlisten. Jedenfalls standen sie, besonders wenn eine Untersuchung sehr mühevoll verlaufen war, bei der Abfassung der für das Urteil grundlegenden Berichte und der Fällung des Urteils selbst dem Angeschuldigten häufig nicht mehr objektiv gegenüber.

2. Kodifikationen

- 339 Kurz nachdem *Montesquieu* in seinem epochemachenden »Geist der Gesetze« sinngemäß den Grundsatz »nulla poena sine lege« postuliert hatte, schritten einzelne Staaten zur selbstständigen Kodifikation des Strafrechts, was allerdings auch durch die naturrechtlich und aufklärerisch bedingten Reformforderungen veranlasst war. So wurde in Bayern 1751 der von *Kreittmayr* verfasste »*Codex iuris criminalis bavarici*« (→ Rn. 313) erlassen. Wenige Jahre nach dem Erscheinen des Werks von *Beccaria* aber trat in Österreich die »*Constitutio criminalis Theresiana*« (1768) in Kraft. Dieses umfassende Gesetzbuch strebte nicht nur Vollständigkeit an, sondern legte alle Tatbestände genau fest. Insofern zeigt sich in ihm ein bedeutender Fortschritt gegenüber der *Carolina*. Von dieser unterscheidet sich die *Thesiana* ferner dadurch, dass sie dem Richter, entsprechend den damals auch ihm gegenüber herrschenden polizeistaatlich-bevormundenden Tendenzen, fast keinen Ermessensspielraum für die Strafzumessung gab (was vom heutigen Standpunkt aus ein erheblicher Mangel ist). Im Übrigen enthält dieses Gesetz, das das überlieferte Strafsystem aufrecht erhielt und die Anwendung der Folter weiterhin gestattete, bis sie (wie oben erwähnt) 1776 verboten wurde, noch ganz den mittelalterlich-theokratischen Geist der *Carolina*. Doch wurde es 1787/88 durch aufgeklärte *Josefinische Kriminalgesetze* ersetzt, die die Todesstrafe nur noch für seltene Fälle vorsahen, aber an ihre Stelle zwecks mitleidloser Abschreckung die inhuman harte Strafe des Schiffsziehens treten ließen.

Diese Gesetze wurden indessen 1803 durch ein milderes Strafgesetzbuch ersetzt, das lange als legislatorische Meisterleistung galt und in seinen Grundzügen bis 1975 in Kraft stand.

In Preußen: Strafrecht des ALR (1794)

340 Moderner war das *Strafrecht des Preussischen Allgemeinen Landrechts*. Es sah grausame Strafen an Leib und Leben nur noch für wenige Tatbestände vor. Auch verfolgten seine Strafen nicht mehr einen weitgehend religiös begründeten Vergeltungszweck. Vielmehr dienten sie außer einer weltlich verstandenen Vergeltung rein praktischen Zwecken, und zwar einerseits der *Spezialprävention*, nämlich der *Sicherung* der Gesellschaft vor dem Täter bis zu dessen durch den Strafvollzug anzustrebenden *Besserung*, die vor allem auf *Ernst Ferdinand Klein*, den Bearbeiter des strafrechtlichen Teils des ALR, zurückgeht; und andererseits der *Generalprävention*, nämlich der *Abschreckung* der Volksmassen. Damit aber waren sie letztlich Mittel zur