



Rechtshistorische Reihe

424

Gerd Kleinheyer

Beiträge zur
Strafrechtsgeschichte

Herausgegeben von Franz Dorn,
Mathias Schmoeckel und Jan Schröder

Peter Lang

Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung*

Entwicklungsstufen des Grundsatzes „nulla poena sine lege“

Die gesetzliche Trennung von materiellem und Verfahrensrecht findet sich in der Strafrechtsentwicklung erst verhältnismäßig spät. Die ersten bedeutenden Strafrechtsgesetze, die Wormser Stadtrechtsreformation von 1498, die Constitutio Criminalis Bambergensis von 1507 und insbesondere die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 faßten Verfahrensrecht und materielles Strafrecht zusammen, und zwar unter Voranstellung des Verfahrens. Diese Verbindung findet sich auch in den späteren territorialen Strafgesetzen, wie etwa noch in der Peinlichen Halsgerichtsordnung Josephs I. von 1707¹ und dem Landrecht für das Königreich Preußen von 1721². Auch der Codex juris Bavarici criminalis von 1751³ und die Constitutio criminalis Theresiana von 1768⁴ verbanden beide Materien, jedoch in etwas abgewandelter Form: das bayerische Strafgesetz stellte das materielle Strafrecht in einem allgemeinen Teil und der Aufzählung einzelner Deliktstatbestände voran, und die Theresiana begann ebenfalls mit einer Art von allgemeiner Verbrechenslehre, es folgte der Prozeß, und sodann wurden die Verbrechenstatbestände behandelt.

Erstmals in der Josephinischen Gesetzgebung wurden Verfahrens- und materielles Strafrecht getrennt kodifiziert, und zwar das materielle Strafrecht im Gesetzbuch über Verbrechen und Strafen von 1787⁵, das Verfahren in der Allgemeinen Kriminal-Gerichtsordnung [4] von 1788⁶. In Preußen brachte das All-

* Dieser Beitrag (Antrittsvorlesung anlässlich der Habilitation, gehalten am 10. März 1967 vor der Bonner Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät) erschien ursprünglich unter gleichem Titel in der Reihe: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 358. Mohr Siebeck, Tübingen 1968. S. 1-24. Der Neudruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Verlages. Die Fußnoten wurden hinsichtlich der Nummerierung überarbeitet. In den eckigen Klammern ist die ursprüngliche Seitenzahl wiedergegeben.

1 Druck: Josephi deß Ersten ... Neue Peinliche Hals-Gerichts-Ordnung vor das Königreich Böheimb, Marggraffthumb Mähren und Herzogthumb Schlesien. Prag 1708.

2 Verbessertes Land-Recht des Königreichs Preußen vom 27. Juni 1721. Druck Königsberg 1721.

3 Hier benutzt in der 2. Auflage, München 1771.

4 Druck: Wien 1769.

5 Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, JGS 1787, Nr. 611, S. 8 ff., Kundmachungspatent vom 7. Januar 1787, aaO, S. 7 f.

6 JGS 1788, Nr. 848, S. 80; Kundmachungspatent vom 17. Juni 1788, aaO, S. 79. Selbständiger Druck: Wien 1788.

gemeine Landrecht von 1794 die Kodifikation des materiellen Strafrechtes, während das Strafverfahren - wie übrigens auch das sonstige Verfahrensrecht - ausgespart wurde. Erst 1805 erging die Kriminalordnung, die das Strafverfahren neu regelte. Das österreichische Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen von 1803 vereinte dann wieder Verfahrens- und materielles Recht unter Voranstellung des letzteren, und ebenso ist auch das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 aufgebaut.

Wie erklärt sich die Verbindung in den früheren Strafgesetzen? War die Trennung beider Materien in der österreichischen und preußischen Gesetzgebung eine zufällige, durch bloß äußere Umstände erzwungen, oder beruhte sie auf inneren Notwendigkeiten? Und schließlich: bedeutete die Verbindung in den österreichischen und bayerischen Gesetzen von 1803 und 1813 nur eine Rückkehr zum Hergebrachten, oder waren hier wiederum neue Vorstellungen vom Verhältnis der beiden Rechtsmaterien zueinander wirksam?

Blicken wir zunächst wieder zurück auf die Carolina. Neuere Untersuchungen haben sich mit dem Wesen dieser Gerichtsordnung auseinandergesetzt und insbesondere Zweifel an deren Gesetzesqualität angemeldet⁷. Solche Bedenken sind insofern nicht von der Hand zu weisen, als die Carolina mit einem modernen Strafgesetz in der Tat nicht verglichen werden kann - was allerdings gegen ihren Gesetzescharakter nach *zeitgenössischer* Auffassung nichts besagen will⁸.

7 H. v. Weber, Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., Zeitschr. d. Savigny-Stiftg. f. Rechtsgeschichte (ZRG), Germ. Abt., Bd. 77, 1960, S. 288 ff., der die Unanwendbarkeit des modernen Gesetzesbegriffes auf die Carolina hervorhebt, ohne aber doch zu leugnen, daß die Carolina ein „Gesetzgebungswerk“ gewesen sei (S. 310); sie sei ein „Statut des Reiches“ gewesen (S. 309). Weitergehend mißt G. Schmidt, Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts, ZRG, Germ. Abt., Bd. 83, 1966, S. 239 ff., der Carolina nur die Bedeutung einer Zusammenstellung von „Empfehlungen und Ratschlägen“ bei (S. 255). Auf das Zustandekommen, nicht auf die Wirksamkeit abstellend K. S. Bader, Regensburg und das Reich, Bl. f. dt. Landesgeschichte, Jg. 98, 1962, S. 78.

8 Vor allem kann man daraus, daß die Carolina sich „nur“ als „Ordnung“ oder „Satzung“ bezeichnet, nicht aber als „Gesetz“, keinerlei Schlüsse gegen die Gesetzesqualität herleiten (vgl. aber v. Weber, aaO, S. 289; G. Schmidt, aaO, S. 252); keine der bedeutenden Ordnungen der Reformzeit des 15. und beginnenden 16. Jahrhunderts nennt sich „Gesetz“; der Terminus findet sich jedoch oft in der Paarformel „Ordnung und Gesetz“, etwa in der Wahlkapitulation Karls V. v. 1519, Art. 2, wo der König versprach, „vorgemeldte Gulden Bull, königlichen Landfrieden und andere des Heil. Reiches Ordnung und Gesetz confirmiren, erneuern und ... bessern“ zu wollen. „Ordnung“ erscheint hier gegenüber „Gesetz“ nicht als Geringeres, eher als gleichbedeutend.

[5] Ihrem Vorspruch zufolge wollte die Carolina die kaiserlichen Rechte für die ungelehrten Richter, Schöffen und Urteilssprecher anwendbar machen. Sie erhob also grundsätzlich nicht den Anspruch, neues Strafrecht zu setzen, wenn sie auch einige zweifelhaft gewordene Deliktsmerkmale näher zu bestimmen suchte. Die häufige Verweisung auf das Ratsuchen und damit auf die Anwendung in der Carolina selbst nicht beschriebenen Rechtes zeigt, daß an eine umfassende Regelung des materiellen Strafrechts nicht gedacht war. Wesentlich ausgeprägter tritt das Ziel einer Neuregelung auf dem Gebiete des Verfahrensrechtes hervor. Insbesondere für das Beweisrecht sollten mit der Herausarbeitung der die Folter allein rechtfertigenden „Anzeigen“, wie sie SCHWARZENBERG in der Bambergensis bereits vorgezeichnet hatte, vernunftgerechte Normen gesetzt werden, die einerseits die Bewahrung Unschuldiger vor ungerechter Verfolgung, andererseits die zuverlässige Ahndung wirklicher Verbrechen, kurz: eine gerechte Strafrechtspflege zum Ziele hatten.

In ihren prozessualen wie materiellrechtlichen Bestimmungen wandte die Carolina sich ausschließlich an die nicht gelehrten Richter. Diese sind auch gemeint, wenn es in der Vorrede heißt, daß „alle und jede unser unnd des Reichs underthanen sich hinfürter inn peinlichen sachen, inn bedenckung der gross und ferligkeyt der selben, jetzt angezeygten begrieff, dem gemeinen rechten, billicheyt und loblichen herbrachten gebreuchen gemess halten mögen“⁹. Für diese [6] Gerichtspersonen sollte die Carolina allerdings auch mehr sein als ein bloßes Kompendium; sie sollten sich ja mit ihrem Eid auf die Einhaltung der Halsgerichtsordnung verpflichten, und diese Form der Richterbindung hat die Carolina mit anderen Reichsgesetzen gemein. Auf Verfahrens- und materielle Bestimmungen sollten die Richter, Schöffen und Urteilssprecher in gleicher Weise verpflichtet werden. Daraus erklärt sich die Verbindung von Straf- und Strafprozeßrecht in der Carolina.

Nicht anders ist sie in späteren Strafgesetzen zu verstehen. Sehr deutlich wandten sich etwa die Kursächsischen Konstitutionen an Hofgerichte, Juristen-Fakultäten, Schöppenstühle und andere Gerichte. Wenn auch die Publikation den Untertanen Gelegenheit geben sollte, „sich daraus selbst allerley zu berichten und ires Fugs und Unfugs desto eher und leichter zu weisen, auch in allen

9 Darauf deutet einmal hin, daß von „bedenckung der gross und ferligkeyt“ der peinlichen Sachen die Rede ist, also insbesondere auf die Folgen ungerechter Tortur angespielt wird, zum anderen aber auch von „peinlichen Sachen“, also den zum *Gegenstand eines Gerichtsverfahrens* gewordenen Straftaten. Vgl. auch die Bemerkung in dem bei C. Güterbock, Die Entstehungsgeschichte der Carolina, Würzburg 1876, S. 108 mitgeteilten Bericht der verordneten Räte an den großen Ausschuß von 1529: „das gemeinlich alle des Reychs vnderthan sich der selben Ordnung als den rechten gemess halten, vmd darnach vrteln sollen“ (Hervorhebung v. Verf.).

fürfallenden Handlungen sich desto richtiger und schiedlicher zu verhalten“¹⁰, so drückt sich darin doch kaum mehr als eine Reflexwirkung der an die Gerichte gewandten Regelung aus. Die Josephinische Halsgerichtsordnung von 1707 wurde „insbesondere den königlichen Oberlandes-Gouverniis, Ober-Gericht, Landeshauptmannschaften und andern Gerichten“ eingeschränkt. Auch „Fürsten und Stände, Städte und Einwohner“ sollten zwar die Peinliche Halsgerichtsordnung einhalten, aber nur „zur Beförderung des heilsamen Justizwesens“¹¹. Es ging also auch hier um die Vervollkommnung des Strafverfahrens. Wenn das Kundmachungspatent für das preußische Landrecht von 1721 „allen Untertanen, Angehörigen und Eingesessenen“ befahl, dieser Ordnung und Satzung des Landrechts in allen Punkten und Artikeln nachzuleben, so kann daraus für das Strafrecht ebenfalls wenig entnommen werden; denn der zitierte Befehl wandte sich an diejenigen, die im Königreich Preußen „gerichtlich zu handeln haben und künftig zu handeln bekommen mögen“, und wollte das [7] Entstehen einer gegensätzlichen Observanz verhüten. Die Delinquenten sind damit nicht angesprochen, und der strafrechtliche Teil des Gesetzes wendet sich denn auch ganz eindeutig an die Strafverfolgungsbehörden, abgesehen vielleicht von einigen Einzelbestimmungen, die den Untertanen Anzeigepflichten auferlegten. Eine Ausnahme bilden auch die Vorschriften über Beleidigungen und Duelle¹²; sie erweisen sich jedenfalls als auch an den einzelnen Untertan gerichtet; hier ging es eben nicht nur um die Verdeutlichung geltenden Rechtes, sondern um die Errichtung neuer Verbote.

Das absolutistische Streben nach territorialer Rechtsvereinheitlichung auf dem Boden der gemeinrechtlichen Strafrechtswissenschaft, schon im preußischen Landrecht von 1721 anklingend, beherrschte die Kodifikation des bayerischen Strafrechts von 1751¹³ und die Theresiana von 1768¹⁴. Bei dieser Zielset-

10 Publikationsedikt, abgedruckt bei W. Kunkel, H. Thieme, Fr. Beyerle, Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Bd. I, 2. Halbband: Landrechte des 16. Jahrhunderts, S. 257 f.

11 Vorrede zur Josephina, a. E.

12 P. III, Sechstes Buch, Tit. VI, Art. XVI enthält die wörtliche Wiedergabe des Duelledikts vom 28. Juni 1713; darin § X die Anzeigepflichten betreffend.

13 Im Einführungspatent vom 7. Oktober 1751 werden die Mängel, die durch das Gesetz beseitigt werden sollten, genannt: „... Es liegt ... zu Tag, in was verwirrt- und mangelhaften Zustand sowohl das gemeine, als statutarische Recht ohngeachtet dessen, was man seithero durch allerhand Specialverordnungen daran zu bessern gesucht hat, sich dato noch in Unsem Churlanden befinde, und wie sehr man sowohl bey hoch- als niedern Gerichten in schleunig- und gleich durchgehender Justizadministration fast täglich dadurch gehindert werde...“

14 Das Einführungspatent vom 31. Dezember 1768 nennt folgende Gründe für den Erlaß der Theresiana:

zung war es folgerichtig, wenn der Gesetzgeber des bayerischen Codex bei einer umfassenden Regelung der Deliktstatbestände ansetzte und die Kriminalgerichtsbarkeit in den zweiten Teil des Gesetzes verwies. Auch [8] hier stand im Vordergrund aber nicht die Absicht, neues Recht zu setzen; man wollte nur das geltende Recht vereinheitlichen und den Gerichten damit feste Grundsätze für die Rechtsprechung an die Hand geben. Dem Richter wurde die analoge Anwendung des Gesetzes gestattet, doch suchte der Gesetzgeber die Weiterentwicklung des Strafrechts dadurch in der Hand zu behalten, daß er dem Richter vorschrieb, solche Analogiefälle dem Geheimen Rat mitzuteilen. Noch ausgeprägter zeigt sich die Theresiana in ihrem ganzen Umfang als Gerichtsordnung. Die Verbrechenstatbestände bilden den zweiten Teil, der geradezu als „anderer Theil der allgemeinen peinlichen Gerichtsordnung“ bezeichnet ist. Die an sich fortschrittliche allgemeine Verbrechenlehre ist sogar in den Verfahrensteil verwiesen¹⁵.

So erweisen sich alle diese Gesetze als Gerichtsordnungen, als Ordnungen für die Gerichte. Der einzelne Untertan ist darin gar nicht oder nur beiläufig angesprochen. Ihm gegenüber wird das Strafrecht in diesen Ordnungen nicht gesetzt, sondern es wird ihm allenfalls durch die Publikation Gelegenheit gegeben, sich über das geltende Recht zu informieren. Der Regent wendet sich an die Organe der Rechtspflege, als deren Objekt der Delinquent erscheint¹⁶.

1. Die die Strafen und das Verfahren betreffenden Rechtsunterschiede zwischen den einzelnen Erblanden;

2. „ein gar merklicher Abgang theils an einigen Hauptmaterien, welche erforderlich sind; theils an ausführlicher Abhandlung der rechtlichen Anzeigungen, dann deren ein jegliches Verbrechen beschwerend- oder milderenden Umständen; hauptsächlich aber an dem nöthigen Unterricht: welchergestalten, mit was Ordnung, und Vorsichten jegliche Gattung der Criminal-Verfahrungen von Anfang bis zum Ende Rechtsbehörigermassen auszuführen seye“;

3. „... daß „das Malefizwesen sowohl in der Veranlass- und Einleitung, dann gänzlichen Abführung der Criminal-Proceßen, als auch in der Aburtheilung der Uebelthätern, und Vollstreckung der peinlichen Urtheilen in all-Unseren deutschen Erblanden durchgehends, so viel möglich, nach einerley rechtlichen Grundsätzen, und mit einer gleichen Verfahrungsart gebührend abgehandlet werde...“.

15 Erster Theil: von der peinlichen Verfahrung. Erster Artikel: von den Verbrechen überhaupt.

16 Nach Kreittmayr, Anm. z. Cod. Crim., 2. Aufl. 1774, war die Veröffentlichung des Codex „sub viva voce praeconis“ nicht erforderlich gewesen, da er „für die Obrigkeiten zu mehrerm Unterricht“, nicht aber für die Malefikanten geschrieben sei, „als welchen ihnen Orts genug sein kann, daß ihnen die Strafmäßigkeit ihrer bösen Tat nicht unbekannt sei oder sein könne“; s. auch W. Peitzsch, Kriminalpolitik in Bayern unter der Geltung des Codex juris criminalis Bavarici v. 1751, Jur. Diss. München 1967, Einltg.