

Festschrift für Hinrich Rüping



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH • 2008

ISBN 978-3-8316-0850-8

Printed in Germany
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 • www.utzverlag.de

Recht und Macht
Zur Theorie und Praxis von Strafe

Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag

herausgegeben von Georg Steinberg

Herbert Utz Verlag



Heinrich Repping.

zwei Prinzipien liegen im Kampf um die Welt:
die Macht und das Recht

Thomas Mann, Der Zauberberg, IV 9

Vorwort

Im Juni 2007 fand im Leibniz-Haus in Hannover das Symposium „Recht und Macht. Zur Theorie und Praxis von Strafe“ anlässlich des 65. Geburtstags *Hinrich Röpings* statt. Zusammen mit den dort gehaltenen Vorträgen sind in der vorliegenden Festschrift zum Zeichen der wissenschaftlichen Wertschätzung für und persönlichen Verbundenheit mit dem Jubilar Beiträge seiner Freunde, Kollegen und Schüler gesammelt.

Will man das bisherige wissenschaftliche Wirken *Hinrich Röpings* knapp umreißen (über das auch die am Ende dieses Bandes befindliche Bibliografie informiert), sind als Arbeitsschwerpunkte die Strafrechtsgeschichte, hier insbesondere die Epochen der (Früh-)Aufklärung und des Nationalsozialismus zu nennen, im geltenden Recht vor allem das Strafprozessrecht und das Steuerstrafrecht. Als wissenschaftliche „Handschrift“ wird man die Verbindung der rechtsphilosophisch-ideengeschichtlichen Perspektive, nach der *Hinrich Röpings* seinen Lehrern *Hans Welzel* und *Hans-Ludwig Schreiber* verpflichtet bleibt, mit der „Praxis“ sehen dürfen, letztere verstanden nicht nur im Sinne einer kritischen „Theorie der Praxis“ (des geltenden Strafverfahrens- und Steuerstrafrechts), sondern auch einer „Praxis der Theorie“, indem neben der Forschungsarbeit integrative Bestandteile des wissenschaftlichen Wirkens des Jubilars stets auch die akademische Lehrtätigkeit sowie das Richteramt beziehungsweise, seit 2007, die anwaltliche Tätigkeit gewesen sind.

Indem die Beiträge des vorliegenden Bandes im Spektrum des geltenden Rechts neben strafrechtlichen Fragestellungen auch das Strafverständnis des Privat- und öffentlichen Rechts thematisieren, geschichtlich vom alttestamentlichen und mittelalterlichen Strafbegriff über spätmittelalterliches, barockes, früh- und neuzeitliches Strafverständnis reichen, spiegeln sie Arbeitsschwerpunkte, vor allem aber die auf disziplinäre Grenzüberschreitung zielende wissenschaftliche Ausrichtung des Jubilars wider.

Es sei schließlich der redaktionelle Hinweis gestattet, dass eine formale Anpassung der Beiträge aneinander, nicht zuletzt aufgrund der in den verschiedenen (Teil-) Disziplinen etablierten Unterschiedlichkeiten, und weil der Übergang zu inhaltlichen Akzentuierungen fließend ist, nicht in allen Konsequenzen angestrebt wurde. Zu danken für ebenso professionelle wie zuvorkommende Betreuung habe ich Frau Assessorin Antonia Hoffmann vom Herbert Utz Verlag.

Leipzig, im August 2008

Georg Steinberg

Teil I**„Strafe“ im geltenden Straf-, Zivil- und öffentlichen Recht 15**

Natürlicher Zusammenhang versus gesellschaftliche Bedeutung. Zur Kausalität der Beihilfe <i>von Günther Jakobs, Bonn</i>	17
Was bedeuten die in dem Katalog der Tatobjekte des § 306 Abs. 1 StGB verwendeten Begriffe? <i>von Hagen Wolff, Celle</i>	29
Regelungsmodelle zur Vermeidung von Mehrfachverfolgung derselben Tat innerhalb der Europäischen Union <i>von Henning Radtke und Franziska Mahler, Hannover</i>	49
Strafrecht im Wandel – Die Veränderungen im Sanktionssystem als Ausdruck zunehmender Punitivität? <i>von Bernd-Dieter Meier, Hannover</i>	73
Libérale Potentiale des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts – Überlegungen zur „Inzest-Entscheidung“ des BVerfG vom 26.02.2008 – 2 BvR 392/07 – <i>von Georg Steinberg, Münster und Passau</i>	91
Strafe im Privatrecht <i>von Norbert Gross, Karlsruhe</i>	109
Kann Schadensersatz Strafe sein? Zum Wandel des Verhältnisses von Schadensersatz und Strafe unter Berücksichtigung von Gefährdungshaftung, Versicherung und Familienrecht <i>von Stephan Meder, Hannover</i>	125
Gedanken zur Strafe im Privatrecht <i>von Bernd H. Oppermann, Hannover</i>	153

Positive Bekenntnisfreiheit versus Kirchensteuererhebung im Spiegel bundesverfassungsgerichtlicher Wertungsimpulse und ausländischer Alternativmodelle <i>von Jörg-Detlef Kühne, Hannover</i>	173
Parallelwelten – Drittmittel in strafrechtlicher und hochschulrechtlicher Hinsicht <i>von Max-Emanuel Geis, Erlangen</i>	195
Das Bundesverfassungsgericht als „Repeat Player“: Die Verfassungsbeschwerde als „Motor der Verfassungspolitik“ und Mittel zur Machtsteigerung <i>von Hubert Treiber, Hannover</i>	211
Teil II „Strafe“ in Philosophie und Rechtsgeschichte	227
Jenseits von Eden (Genesis 2,4b–3,24) <i>von Peter Probst, Gießen</i>	229
„Wer Menschenblut vergießt, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden.“ – Überlegungen zu peinlicher Strafe, Fehde und Buße im mosaischen Recht <i>von Günter Jerouschek, Jena</i>	237
Aus der Strafrechtspraxis der kursächsischen Fürstenschule Pforta in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts <i>von Heiner Lück, Halle</i>	249
Unrecht in der bildenden Kunst der frühen Neuzeit. Das Böse als versteckte Botschaft des Barock – Ein Essay <i>von Jörg Wolff, Lüneburg</i>	271
Die Zuständigkeit des kaiserlichen Reichshofrats in Reichspolizeisachen und die Ladung des Hallenser Rechtsgelehrten Christian Thomasius vor den Reichshofrat <i>von Wolfgang Sellert, Göttingen</i>	295
„Polizei“ im Deutschen Idealismus bei Johann Gottlieb Fichte <i>von Kay Waechter, Hannover</i>	309

Der Kerker als politisches Symbol in der Reformzeit <i>von Barna Mezey, Budapest</i>	325
Das sozialistische bürgerliche Recht in Ungarn <i>von Attila Horváth, Budapest</i>	337
Die Wiedermulassung vor den Nationalsozialisten geflohener Rechtsanwälte nach 1945 – ein bedrückendes Kapitel deutscher Standesgeschichte <i>von Tillmann Krach, Mainz</i>	349
Als Staatsanwalt in einem Verfahren gegen NS-Gewaltverbrecher <i>von Lothar Kirchner, Hannover</i>	363
Strafe, Strafvollzug und Strafdrohung im Bild <i>von Barbara Dölemeyer, Frankfurt am Main</i>	377
Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens. Zehn verbreitete Fehlvorstellungen und ihre notwendige Korrektur <i>von Arnd Koch, Augsburg</i>	393
Hinrich Rüping – Aus den Veröffentlichungen 1968–2008	411
Autorenverzeichnis	419

Teil I
„Strafe“ im geltenden Straf-, Zivil- und öffentlichen
Recht

Natürlicher Zusammenhang versus gesellschaftliche Bedeutung. Zur Kausalität der Beihilfe

von Günther Jakobs, Bonn

I. Die Garantenstellung als Ansatz

1. Einheitsgaranten?

Vor nunmehr 35 Jahren hat Rüping einen Aufsatz zum verzwickten Problem der „Teilnahme durch Unterlassen“ veröffentlicht.¹ Ersichtlich steht Rüping in dieser Arbeit unter dem Einfluss der – seinerzeit so genannten – Bonner Schule, die das finalistisch-tatherrschaftliche Verständnis des Begehungsdelikts nicht auf das Unterlassungsdelikt überträgt, da der Verstoß gegen einen *Gebot*statbestand keinen Vorsatz und keine Herrschaft kenne; Armin Kaufmann² hatte diese Lehre nach bedeutender Vorarbeit von Grünwald³ entwickelt, und Welzel folgte ihr in seinem Lehrbuch⁴. Rüping legt dar, ohne Garantenstellung gebe es kein begehungsgleiches Unrecht einer Unterlassung,⁵ mit einer solchen sei freilich „kein Raum mehr für eine Differenzierung nach der Nähe zum Erfolg“.⁶ Eine Beihilfe durch Unterlassen könne es nur dann geben,⁷ wenn dem unterlassenden Garanten ein subjektives Tätermerkmal fehlt,⁸ etwa die Zueignungsabsicht beim Diebstahl, oder wenn die Täterschaft an die Verletzung einer Sonderpflicht gebunden ist,⁹ etwa beim Meineid¹⁰.

1 Rüping, Teilnahme durch Unterlassen, *Revue de Droit International*, 52. Jahrgang, 1974, S. 126 ff. – Rüping behandelt auch die schwierige Frage der Anstiftung durch Unterlassen. Die hiesigen Ausführungen beschränken sich allerdings auf Beihilfe. Inwieweit die Ergebnisse auf mittäterschaftliche Beteiligung übertragen werden können, wird gleichfalls nicht behandelt. Einen Überblick über diverse Lehren zur Beteiligung beim Unterlassen geben LK-Roxin (Jähnke u. a., Hg., Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11. Auflage, Band 1, 1992–2003), § 25 Rn. 201 ff.; LK-Schünemann (Lauhütte u. a., Hg., Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Auflage, Band 1, 2007), § 25 Rn. 205 ff.

2 Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.

3 Grünwald, Das unechte Unterlassungsdelikt – seine Abweichungen vom Handlungsdelikt, Diss. masch., Göttingen 1957; auch ders., GA 1959, S. 110 ff.

4 Welzel, Das deutsche Strafrecht, 7. Auflage, 1960, S. 177 ff., 11. Auflage, 1969, S. 200 ff.

5 Rüping (Fn. 1), S. 134 ff.

6 Rüping (Fn. 1), S. 137, im Anschluss an Armin Kaufmann (Fn. 2), S. 291 ff.; siehe auch Grünwald, Unterlassungsdelikt (Fn. 3), S. 97 ff., 112 f.

7 Siehe schon Grünwald, Unterlassungsdelikt (Fn. 3), S. 116.

8 Rüping (Fn. 1), S. 140 ff.

9 Rüping (Fn. 1), S. 142 f.

10 Rüping (Fn. 1) will allerdings die von der Rechtsprechung teils sehr „großzügig“ angenommene Pflicht, fremde Meineide zu verhüten, erheblich reduzieren, S. 142 f. mit Fn. 72–75.

Was bedeuten die in dem Katalog der Tatobjekte des § 306 Abs. 1 StGB verwendeten Begriffe?

von Hagen Wolff, Celle

I.

§ 306 Abs. 1 StGB hat seit dem 1. April 1998 § 308 Abs. 1 1. Altern. StGB – unmittelbare Brandstiftung –, der hinsichtlich der Deliktsvoraussetzungen seit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich sachlich unverändert gegolten hatte,¹ unter derselben Deliktsüberschrift Brandstiftung abgelöst.² Beide Vorschriften finden sich in dem Gesetzesabschnitt über Gemeingefährliche Straftaten. § 308 Abs. 1 1. Altern. StGB a.F. stellte die Brandstiftung an fremden Gebäuden, Schiffen, Hütten, Bergwerken, Magazinen, Warenvorräten, welche auf dazu bestimmten öffentlichen Plätzen lagern, Vorräten von landwirtschaftlichen Erzeugnissen oder von Bau- oder Brennmaterialien, Früchten auf dem Felde, Wäldungen oder Torfmooren unter Strafe. Der abschließende Katalog möglicher Brandstiftungsobjekte spiegelte damit die zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsstrafgesetzbuchs vorherrschende Wirtschaftsordnung wider; auch aus diesem Grunde wurde § 308 StGB a.F. als dringend reformbedürftig angesehen.³ Während die ersten Entwürfe zum 6. StrRG für die Reform des Brandstiftungsrechts zunächst an die Konzeption des Entwurfs 1962 anknüpften, aber auch Elemente des früheren § 185 StGB-DDR aufgriffen und einen umfassenden konkreten Gefährdungstatbestand der Brandstiftung vorschlugen,⁴ kehrte man während des Gesetzgebungsverfahrens zu einer abschließenden Aufzählung möglicher Tatobjekte der Brandstiftung zurück,⁵ änderte allerdings den bisherigen Katalog der Tatgegenstände.⁶ In dieser Gesetz gewordenen

1 RGL. 1871 S. 127, 187.

2 Art. 1 Nr. 80, Art. 9 des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 – 6. StrRG – BGBl. I 1998, S. 164, 181.

3 Vergleiche nur BGH, Beschluß vom 10. August 1995 – 4 StR 432/95 – BGHSt. 41, 219, 221; Geppert, Zur einfachen Brandstiftung (§ 308 StGB), Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992, S. 187 ff.

4 Referentenentwurf vom 15. Juli 1996, teilweise abgedruckt bei Freund, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, ZStW 109 (1997), S. 455, 467 ff., und Lindenberg, Brandstiftungsdelikte – §§ 306 ff. StGB Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2004, S. 185 f.; sowie Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.d.P. vom 11. März 1997 – BT-Drucks. 13/7164 – und Entwurf der Bundesregierung vom 25. September 1997 – BT-Drucks. 13/8587 –, jeweils S. 11 ff., 25 ff. Siehe zu diesen Entwürfen Freund, a. a. O., S. 483 ff.; Radtke, Das Ende der Gemeingefährlichkeit?, 1997.

5 Dieser Konzeptionswechsel hat im übrigen durchaus Tradition; vergleiche Geppert (Fn. 3), S. 187, 199 ff.

6 Siehe insbesondere Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats – BT-Drucks. 13/8587 Anlage 3, S. 86 ff. – sowie Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags vom 12. November 1997 – BT-Drucks. 13/8991, S. 23 ff. – und dessen Bericht vom 13. November 1997

Regelungsmodelle zur Vermeidung von Mehrfachverfolgung derselben Tat innerhalb der Europäischen Union

von Henning Radtke und Franziska Mahler, Hannover

I. Mehrfachverfolgungen im europäischen Rechtsraum, Gründe und Vermeidestrategien

Die gleichzeitig oder sukzessiv stattfindende Verfolgung derselben Tat (im prozessualen Sinne) desselben Beschuldigten oder Tatverdächtigen durch unterschiedliche Staaten ist sicherlich kein Alltagsphänomen in der Arbeit nationaler Strafverfolgungsbehörden. Bezieht man die praktische Bedeutung solcher Mehrfachverfolgungen auf die Ebene der Europäischen Union und misst die Relevanz des Problems an der Häufigkeit der Befassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) mit den Mehrfachverfolgungen betreffenden Rechtsfragen, scheint das Phänomen in seiner tatsächlichen Bedeutung aber nicht völlig marginal zu sein. Die mittlerweile erkleckliche Anzahl von Entscheidungen des EuGH zu unterschiedlichen Aspekten des Schutzes vor strafrechtlicher Mehrfachverfolgung,¹ auf die noch einzugehen sein wird, mag als Beleg für die geäußerte Einschätzung genügen. Die rechtstatsächlichen Umstände, die zu einem häufigeren Auftreten von Rechtsproblemen transnationaler Mehrfachverfolgung von Straftaten führen, sind vielfältig.² Änderungen in den tatsächlichen Verhaltens- und Vorgehensweisen von Straftätern gehören ebenso dazu wie die im hier interessierenden Kontext vor allem zu beachtende Tendenz zur Ausweitung des Geltungsbereichs der jeweiligen nationalen Strafrechtsordnungen.³ Ausdruck findet diese Ausweitungstendenz nationaler Strafgewalt(en) insbesondere in einem vermehrten Zugriff auf das Weltrechtsprinzip als Anknüpfungsgroundsatz für die Anwendung nationalen Strafrechts auf Lebenssachverhalte, die keinen oder nur einen schwach ausgeprägten Bezug zu dem Territorium des verfolgenden Nationalstaats haben.

1 EuGH, Urteil vom 11.2.2003 – verbundene Rechtssachen C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügger), NJW 2003, 1173 ff.; dazu Radtke/Busch, NStZ 2003, S. 281, (283 ff.); Vogel/Nourouzi, JuS 2003, S. 1059; S. Stein, NJW 2003, S. 1162; Thym, NStZ 2003, S. 332 sowie Streinz, JuS 2003, S. 1211; EuGH, Urteil vom 9.3.2006 – C-436/04 (Van Esbroeck), ABl. EU 2006, Nr. 131, 18 = NJW 2006, 1781–1783; dazu Kühne, JZ 2006, S. 1019 und Radtke, NStZ 2008, S. 362; EuGH, Urteil vom 28.9.2006 – C-150/05 (Van Straaten), NJW 2006, 3406 (LS) = JZ 2007, 245 ff. mit Anmerkung Kühne; EuGH, Urteil vom 28.9.2006 – C-467/04 (Gasparini), NStZ 2007, 408 ff.; EuGH, Urteil vom 18.7.2007 – C-288/05 (Kretzinger), NStZ 2008, 166 (LS); EuGH, Urteil vom 17.7.2007 – C-367/05 (Kraaijenbrink), NStZ 2008, 164 ff.

2 Vogel, in: Festschrift für Schroeder, 2006, S. 877.

3 Zutreffend Vander Beken/Vermeulen/Lagodny, NStZ 2002, S. 624 (625); siehe auch Lagodny, in: Festschrift für Trechsel, 2002, S. 253 ff.; Stein, ZStW 115 (2003), S. 983 (984).

Strafrecht im Wandel – Die Veränderungen im Sanktionssystem als Ausdruck zunehmender Punitivität?

von *Bernd-Dieter Meier, Hannover*

In seinem Eröffnungsvortrag zum 30. Strafverteidigertag 2006 thematisierte der Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts *Hassemer* die Veränderungen, die das Strafrecht seit geraumer Zeit durchziehen, und gelangte zu dem Fazit: „Das moderne Strafrecht ist dabei, sich in ein Gefahrenabwehrrecht zu verwandeln. Seine Diskurse werden vom Interesse an der Herstellung und Bewahrung von Sicherheit beherrscht. Freiheitsrechte und strafrechtliche Traditionen werden in Bedrohungsszenarien zerrieben.“¹ *Hassemer* machte seine Analyse vor allem an den gesetzlichen Veränderungen fest, die das Strafrecht durchzogen haben, an dem Ausbau der Strafdrohungen, der Verschärfung der Strafraumen, der Erleichterung von Tatnachweisen und dem Einfügen von heimlichen Ermittlungsinstrumenten in die Strafprozessordnung. Was weitgehend fehlte, war der Blick auf die Sanktionspraxis, die sich seit geraumer Zeit ebenfalls im Wandel befindet. Abgesehen von dem Hinweis auf die Verschärfung der Strafraumen und einem weiteren Hinweis auf den Ausbau der Sicherungsverwahrung, welcher vom 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts nicht unmaßgeblich mitgetragen worden ist,² blieb offen, wie sich denn die beschriebenen Gesetzesänderungen in der Praxis niedergeschlagen haben und auf welche Weise sich der allgemeine Wandel erklären lässt. Diesen Fragen soll im Folgenden genauer nachgegangen werden. Wohl wissend, dass Strafrecht sich nicht linear, sondern in Wellenbewegungen entwickelt, soll der Ausgangspunkt der Betrachtung dabei auf den Mauerfall und die Wiedervereinigung gelegt werden, markieren die Ereignisse der Jahre 1989/90 doch nicht nur im staatlich-politischen Bereich, sondern auch im gesellschaftlichen Miteinander einen Wendepunkt.

I. Bestandsaufnahme

1. Gesetzesänderungen

Lässt man die gesetzlichen Änderungen im Sanktionssystem Revue passieren, sticht die kontinuierliche Verschärfung als zentrales Element der Entwicklung seit dem Beginn der 1990er Jahre hervor. Soweit es die Strafraumen betrifft, wurde die Verschärfung meist durch die Schaffung neuer Qualifikationstatbestände, gelegentlich

1 *Hassemer*, StV 2006, S.328.

2 BVerfGE 109, 133, 149 ff.

Libérale Potentiale des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts – Überlegungen zur „Inzest-Entscheidung“ des BVerfG vom 26.02.2008 – 2 BvR 392/07 –

von Georg Steinberg, Münster und Passau

I. Einleitung

Die Zahl der strafrechtlichen Normen nimmt zu; eigenständige strafrechtliche Teilgebiete wie insbesondere das Wirtschaftsstrafrecht haben sich gebildet.¹ Hier wie allgemein ist die Tendenz zu einer „Vorverlagerung“ des strafrechtlichen Rechtsschutzes zu konstatieren, dogmatisch insbesondere mittels abstrakter Gefährungsdelikte sowie Strafnormen mit kollektiven und dabei deutlich abstrakten Rechtsgütern.² Dieser Ausdehnung des materiellrechtlichen Corpus korrespondieren strukturell bedeutsame Modifizierungen der strafprozessualen Praxis, indem, vor dem Hintergrund des quantitativen und qualitativen Anforderungszuwachses, „Konsenslösungen“ den gerichtlichen Alltag mitprägen.³

Die Veränderbarkeit von Recht entsprechend gesellschaftlichen Veränderungen ist als Faktum zu konstatieren, die Wiederherstellung früherer Zustände ebensowenig anzustreben wie realisierbar. Gleichwohl kann die Besinnung auf Kernbestände unseres (Straf-)Rechtsverständnisses Fehlentwicklungen verhindern helfen. Die Ideengeschichte kann dabei zwar nur unter methodischen Vorbehalten, im Bewusstsein ihrer begrenzten Aussagekraft als Erkenntnis-, gar als Rechtsquelle, fruchtbar gemacht werden; jedoch wäre es unzulänglich, den aktuellen Normenbestand, auch des Grundgesetzes, losgelöst von seinem ideengeschichtlichen Kontext zu begreifen. Wenn, bei aller Vielschichtigkeit und Brüchigkeit der (ideen-)geschichtlichen Entwicklung seither, vorliegend gerade von einer Besinnung auf die traditionsbildende Zeit der Aufklärung Erkenntnisgewinn erwartet wird, dann in der begründeten Hoffnung, dass *Hinrich Riping*, mein verehrter Lehrer, dies methodisch mitzutragen bereit sein wird.

Dass in diesem Zusammenhang das Rechtsgutskonzept (dessen aufgeklärt-liberale Genese zu diskutieren sein wird) aktuell „liberale“, nämlich den Strafgesetzgeber limitierende Potentiale freisetzen könnte oder sollte, ist jüngst rundweg in Abrede gestellt worden durch die Feststellung, „dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, [...] die mit den Mitteln

1 Kurzübersicht zur geschichtlichen Entwicklung bei Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Köln u. a. 2007, Rn. 49–54.

2 Näheres mit Nachweisen unter II. 3.

3 Zur Absprachepraxis nur Meyer-Goßner, Strafprozessordnung. Mit GVG und Nebengesetzen, 50. Auflage, München 2007, Einl. Rn. 119–119i, umfassende Nachweise dort Rn. 119i.

Strafe im Privatrecht

von Norbert Gross, Karlsruhe

Die Strafe geht mit dem Strafrecht eine enge und natürliche Verbindung ein. Dennoch steht das Strafrecht nicht für ein Monopol der Strafe. Alle Rechtsgebiete führen die lange, lange Reihe von Strafen vor Augen, die außerhalb des Strafrechts wirken und häufig härter und vernichtender sein können als alles Kriminal-Strafrecht. Nicht immer kommen sie als echte Strafen daher. Häufig folgen sie ganz anderen rechtlichen Regeln. Dennoch nimmt sie der Bürger als Strafen des Finanzamts, Strafen der Verwaltung, Strafen der Kartellbehörden, Strafen der EU-Kommission wahr, kurz alles Nachteile, die die Rechtsordnung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen auf allen Gebieten des bürgerlichen und Wirtschaftslebens bereit hält.

Auch das Privatrecht kennt eine große Anzahl von Strafen und sonstigen Nachteilen, die dem klassischen Strafrecht gelegentlich sehr nahe stehen, dazu vielfach aber keine Bezüge haben. Dennoch treffen dieses private und das öffentliche Strafrecht fast nie zusammen. Beide bewegen sich – institutionell und personell – auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlichen Welten. Dieser nicht-strafrechtliche Beitrag zu einem strafrechtlichen Symposium soll dazu dienen, daß sich die beiden Ebenen mit ihren Akteuren, Teile einer einheitlichen Rechtsordnung, nicht dauerhaft aus den Augen verlieren.

I.

Als Einführung soll dienen das makabre Abkommen zwischen *Shylok* und *Antonio* in Shakespeares „Kaufmann von Venedig“. Gegen ein Darlehen verpfändet *Antonio* ein Pfund Fleisch aus seinem Leib. Das Darlehen wird fällig und da *Antonio* das Darlehen nicht zurückzahlen kann, verlangt *Shylok* sein Pfand. Ein Pfund Fleisch aus dem Körper des venezianischen Kaufmanns. Die Sache kommt vor Gericht. Nach dem Scheitern aller Vergleichsversuche treten nun die Protagonisten der beiden gegensätzlichen Standpunkte auf. Während die einen erklären, das sei unmenschlich und zu der Rabulistik Zuflucht nehmen, daß dann wenigstens das Fleisch ohne einen einzigen Tropfen Blutes herausgeschnitten werden müsse – von vornherein unmöglich –, greifen die anderen hoch in den Sternenhimmel und beschwören den Bestand der Gesetze Venedigs (in der *Schlegel-Tieck'schen* Übersetzung):

Zur Antwort: Das Pfund Fleisch, das ich verlange,
ist teu'r gekauft, ist mein und ich will's haben.
Wenn Ihr's versagt, pfui über Eu'r Gesetz!

Kann Schadensersatz Strafe sein? Zum Wandel des Verhältnisses von Schadensersatz und Strafe unter Berücksichtigung von Gefährdungshaftung, Versicherung und Familienrecht

von *Stephan Meder, Hannover*

I. Einführung

„Ich erinnere mich von einem Richter gehört zu haben, der bei geringem Betrage des Streitobjekts, um des lästigen Processes überhoben zu sein, dem Kläger Zahlung aus eigener Tasche offerirte und höchst entrüstet war, wie derselbe dies Anerbieten zurückwies. Dass es dem Kläger um sein Recht, nicht um sein Geld zu thun sei, wollte diesem Manne des Rechts nicht in den Kopf, und wir rechnen es ihm nicht zur hohen Schuld an: er konnte den Vorwurf von sich abwälzen auf die Wissenschaft“.¹ Wer Schaden erlitten hat, begehrt nicht nur Ausgleich wirtschaftlicher Einbußen, sondern auch Sanktion normwidrigen Verhaltens. So jedenfalls hat es *Rudolf von Jhering* und so haben es Generationen von Juristen vor ihm gesehen. In der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts ergab sich allmählich ein Wandel der überkommenen Vorstellungen über das Verhältnis von Schadensersatz und Strafe. Eine rasch wachsende Zahl von Autoren war nun der Ansicht, man könne die Funktionen von Straf- und Zivilrecht fein säuberlich voneinander getrennt halten.

Jherings Kampf gegen diese neue Auffassung war wenig Erfolg beschieden.² Bis heute pflegt die Fachliteratur der Frage, ob das Zivilrecht unter bestimmten Umständen auch ‚strafrechtliche‘ Funktionen ausüben könne, eine deutliche Absage zu erteilen: Pönale Elemente seien im Zivilrecht ein Fremdkörper; jede Form der ‚Be-

1 R. v. Jhering, *Der Kampf ums Recht* (1872); verwendet wurde die 19. Auflage (1919), S. 86.

2 Allerdings gehörte ursprünglich auch Jhering zu den Anhängern dieser von ihm später so vehement kritisierten neuen Sichtweise. Dies bedarf der Erläuterung: Das Werk *Jherings* teilt sich bekanntlich in zwei Perioden. Im „Geist des römischen Rechts“ (1852–1865) enthält es die eigentliche Theorie der „Begriffsjurisprudenz“, eine von Jhering selbst geprägte Bezeichnung, die bis heute Anlaß zu Mißverständnissen bietet. Im „Zweck im Recht“ (1877–1883) enthält es dagegen eine Art ‚soziologischer‘ Untersuchung der Rechtsentstehung. Die eigentümliche Stellung, die Jhering auf Grund seiner vielbesprochenen ‚Kehre‘ in der Geschichte der Rechtswissenschaft einnimmt, findet auch in seinem Verständnis der Privatstrafe einen Niederschlag. In seiner 1867 erschienenen Schrift „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ ist Jhering noch ganz dem evolutionistischen Modell eines „fortwährenden Absterbens“ der Strafe verpflichtet, welches auch zum Verschwinden der Privatstrafe geführt habe: „Auf dem Gebiete des Civilrechts [ist] die Idee der Strafe der des Schadensersatzes erlegen“ (in: *Vermischte Schriften juristischen Inhalts* (1879), S. 155–240, zum Beispiel S. 157 f. und S. 222 ff.). Dagegen würdigt Jhering später die zentrale Bedeutung der Privatstrafe für das Zivilrecht. Die strikte Funktionsteilung von Straf- und Zivilrecht sei als Überschätzung der konstruktiven und begrifflichen Möglichkeiten der Jurisprudenz zu verwerfen. Nicht der Schaden solle gewogen werden, sondern das Unrecht, „ganz so wie im Strafrecht“ (vergleiche „*Der Kampf ums Recht*“, a. a. O., S. 75 ff., zum Beispiel S. 78 und S. 90).

Gedanken zur Strafe im Privatrecht

von Bernd H. Oppermann, Hannover

I. Begriffliches

Die Bedeutung der Strafe ist für das Zivilrecht auf den ersten Blick marginal. Scheinen doch die verdienstvollen Kommissionen zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches die Monster der Vergangenheit tüchtig gezähmt zu haben. Explizit gehörte die Entpönalisierung zu den Zielen der damals neuen Zivilrechtskodifikation. So müsse die „Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte ... bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten werden.“¹ Nicht das Verschulden, sondern in der Regel nur der Umfang des Schadens soll die Höhe des Schadensersatzes, zumal des deliktischen Schadens bestimmen. Jenes „gemeinrechtliche Prinzip“ bildete zusammen mit dem Grundsatz der Naturalrestitution sowie mit dem Verzicht auf Ersatz des Affektionsinteresses oder des Werts „der besonderen Vorliebe, welches das preuß. Recht aus ethischen oder strafrechtlichen Gründen bei vorsätzlicher Verletzung dem Verletzten zuspricht“,² ein solides Fundament eines rationalen und möglichst willkürfreien Privatrechts.

Den klaren Worten ist für sich wenig hinzuzufügen, mit der Folge, dass dieser Beitrag für eine Festschrift zu kurz werden würde. Die Erweiterung des Zitatschatzes könnte nennenswerten Erkenntnisgewinn nicht zeitigen, außer noch deutlicher zu machen, dass allein der Verdacht moralisierender und strafrechtlicher Wertung der Diskreditierung von Positionen genügt und bisweilen noch genügt.

Nun war auch das Prinzip von Anfang an aber nicht unumstritten (1.). Zudem kann die Rechtsentwicklung unter dem BGB in verschiedener Hinsicht als Relativierung eines entpönalisierten Zivilrechtssystems begriffen werden (2.).

1. Brüchiges Prinzip

Was die Einwände betrifft, so ergeben sie sich unmittelbar aus dem pflichtgemäßen Verlangen nach Genugtuung und Prävention gegenüber dem Rechtsbruch über die Entschädigung hinaus, ohne damit nur auf das Strafrecht mit seinen notwendig eng umgrenzten Tatbeständen verwiesen zu sein.³ Eine fortschrittliche Rechts-

1 B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II. Inhalt der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, S. 10. Hintergrund des Zitats war die Diskussion der Frage der Anlehnung an die Abstufung des Umfangs des Schadensersatzes nach dem Grad des Verschuldens, wie es die Vorschriften des Preußischen Allgemeinen Landrechts vorgesehen hatten.

2 Ebd., S. 10, 12.

3 Geht man einige Jahre zurück, so hatte R. von Jhering, Der Kampf ums Recht, Wien 1872 (Reclamausgabe Leipzig), S. 97, 100 ff., 112 ff., diese Position ausformuliert, ohne deshalb das Zivilrecht pönalisieren

Positive Bekenntnisfreiheit versus Kirchensteuererhebung im Spiegel bundesverfassungsgerichtlicher Wertungsimpulse und ausländischer Alternativmodelle

von Jörg-Detlef Kühne, Hannover

I. Zum Stand der Rechtsprechung

Bei der Suche nach weiteren Steuersparmöglichkeiten beziehungsweise steuerlichen Schlupflöchern dürfte es kaum einen Steuerberater geben, der seinen Klienten nicht einen zumindest dezenten Hinweis auf Steuerverminderung durch Kirchenaustritt gäbe. Dies ist inzwischen nicht nur faktische Unterstellung, sondern seit einem breit veröffentlichten Urteil des BGH¹ von Mitte 2006 auch rechtliches Gebot. – Was ursprünglich Wohltat für die Kirchen war, nämlich die staatliche Steuereinzahlung, erweist sich damit für sie inzwischen als Plage. Der Kirchenaustritt wird steuerlich „belohnt“ mit der Folge dramatisch fallender kirchlicher Zugehörigkeitszahlen und Einnahmen.² Dem entspricht, dass, soweit Erhebungen zu Austrittsgründen vorhanden sind, sie sämtlich einen signifikanten finanziellen Motivationsanteil³ ausweisen.

Dass es dazu gekommen ist, dafür haben drei rechtliche Weichenstellungen mit gesorgt, an die nachfolgend kurz erinnert sei:

Erstens verbaute die Rechtsprechung bis Ende der 70er Jahre die seinerzeit auch von *Heinrich Böll* favorisierte Lösung eines modifizierten Kirchenaustritts. Er sollte nur hinsichtlich der Kirchensteuerpflicht beziehungsweise „in ihrer Eigenschaft als kirchensteuerberechtigter öffentlich-rechtlicher Körperschaft“⁴ gelten, wie der Teilaustritt umständlich, aber juristisch präzise zu formulieren war. Hätte die Rechtspre-

1 Vom 18.5.2006 – IX ZR 53/05 (nicht in der amtlichen Sammlung) = NJW-RR 2006, S. 1645 ff., sowie unter anderem WM 2006, S. 1736 ff.; gekürzter Abdruck unter anderem DB 2006, S. 2004 ff.; DStR 2006, S. 2278 ff.; MDR 2007, S. 154.

2 Neueste Übersicht über Kirchenzugehörigkeits- und Dissidentenanteil nach Bundesländern in: B. Albrecht/M. v. Baratta u. a. (Hg.), *Der Fischer Weltalmanach* 2008, 2007, S. 139, wonach der Dissidentenanteil zwischen 15,2% (Saarland) und 80,6% (Sachsen-Anhalt) liegt. Zu den zum Teil bereits dramatischen Finanzfolgen vergleiche nur den Artikel: Ein Sparplan erschüttert die (evangelischen) Gemeinden, in: *Hannoversche Allgemeine Zeitung* vom 4.5.2007, S. 17, und C. Nathan, Im (katholischen) Bistum Essen wird jede 3. Kirche geschlossen, in: *Monumente, Magazin für Denkmalkultur in Deutschland* 17 (2007), Heft 9/10, S. 56 ff.

3 Vergleiche A. Feige, *Kirchenaustritt. Eine soziologische Untersuchung von Ursachen und Bedingungen*, 2. Auflage 1996, S. 157 ff., 359 ff., sowie R. Volz, *Massenhaft unbekannt – Kirchenaustritte. Forschungsbericht über die Eintrittsstudie der Evangelischen Landeskirche in Baden*, 2005 (Internetfassung von M. Nüchtern), S. 17, wonach bei gut einem Drittel (37%) auf Nachfrage die Kirchensteuer ein wichtiger Grund für den Austritt gewesen war. Für statistische Signifikanzüberprüfung und -bestätigung danke ich meinem Fakultätskollegen H. Treiber.

4 So OLG Hamm NJW 1971, S. 149, das einen solchen Teilaustritt hinnahm.

Parallelwelten – Drittmittel in strafrechtlicher und hochschulrechtlicher Hinsicht

von Max-Emanuel Geis, Erlangen

I. Vom Eindruck schwindender Einheit der Rechtsordnung

Ebenso, wie die moderne Gesellschaft sich zu einem immer komplexeren Gebilde entwickelt, ergeht es zwangsläufig auch der Gesamtrechtsordnung. Rechtsgebiete entstehen komplett neu, werden „ausdifferenziert“,¹ sei es durch die Entwicklung innovativer, rechtlich aus Steuerungs- oder Haftungs Zwecken zu erfassender Techniken,² sei es durch die teleologische Neuausrichtung bestehender Regelungskomplexe,³ sei es schließlich auch durch die permanente Hinterfragung rechtlicher Lücken und Schlupflöcher durch klagefreudige Zeitgenossen. Empirisch ist längst erwiesen, dass die Parlamentarier *in toto* nicht mehr in der Lage sind, alle neu zu erlassenden Normen gleichermaßen zu erfassen, sondern sich auf ihre jeweiligen Spezialisten verlassen müssen. Folge ist: Viele Gesetze folgen primär der je eigenen Perspektive und Spartenlogik der zuständigen Ausschüsse. Die Sensibilität für allfällige normative Widersprüche zwischen einzelnen Teilrechtsregimen geht dabei zusehends verloren, die Aufgabe der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung, die man optimalerweise in den Plenarsitzungen des Gesetzgebungsverfahrens verorten würde, wird häufig nicht mehr zureichend wahrgenommen. Unterschiedliche Bewertungen des gleichen Lebenssachverhalts in verschiedenen Teilrechtsordnungen häufen sich, Brüche in der Folgerichtigkeit werden sichtbar. Besonders auffällig ist dies sicherlich im Verhältnis des Steuerrechts zu anderen Gebieten des Rechts, wo antagonistische Wertungen schon fast alltäglich sind und zum verfassungsrechtlichen Postulat der Systemgerechtigkeit geführt haben.⁴

1 Vergleiche Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999; Philipp Andreas Männle, *Ausdifferenzierung und Steuerung bei Organisationen – Eine Problembestimmung aus systemtheoretischer Perspektive*, 2007.

2 Exemplarisch das IT-Recht und das Gentechnikrecht.

3 Namentlich die ökonomische Neuausrichtung des öffentlichen Dienstes durch das *New Public Management*. Die Literatur hierzu ist mittlerweile kaum überschaubar, stellvertretend für die rechts- und verwaltungswissenschaftliche sowie die betriebswirtschaftliche Sicht seien zitiert: Klaus König, *Zur Kritik eines neuen öffentlichen Managements*, 1997; Gernod Grüning, *Grundlagen des New-public-Management*, 2000; Gunnar Folke Schuppert, *Verwaltungswissenschaften*, 2000, S. 1000 und passim; Dietrich Budäus/Peter Conrad/Georg Schreyögg, *New Public Management*, 1988.

4 Vergleiche BVerfGE 81, 156 (207); 85, 238 (247); 98, 106 ff.; Lerke Osterloh, in: Michael Sachs (Hg.), *Grundgesetz Kommentar*, 4. Auflage 2007, Art. 3 Rn. 99 Fn. 179; Jörg Haass, in: *KritJ* 2002, S. 104 ff.; Paul Kirchhof, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik*

Das Bundesverfassungsgericht als „Repeat Player“: Die Verfassungsbeschwerde als „Motor der Verfassungspolitik“ und Mittel zur Machtsteigerung¹

von Hubert Treiber, Hannover

I.

Folgt man der früheren Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts, *Jutta Limbach*,² dann macht die Verfassungsbeschwerde „die Bürger zu Wächtern des Grundgesetzes“, deren „Rechtssinn und Widerspruchsgeist“ erst das Bundesverfassungsgericht in die Lage versetze, als „Hüter der Grundrechte“ tätig zu werden, wobei in einführenden Darstellungen beziehungsweise Lehrbüchern zum Verfassungsrecht wie zum Verfassungsgericht vor allem den Freiheitsrechten besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird. Nicht zuletzt die immer wieder herausgestellte Verknüpfung der Wächterfunktion mit den Freiheitsrechten hat dazu geführt, den auf seine Grundrechte bedachten Bürger zur „offene(n) Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ dazu zu rechnen.³ Im Selbst- wie Fremdbild des Verfassungsgerichts erfährt der individuelle Grundrechtsschutz (vor allem im Sinne der Freiheitsrechte) auf jeden Fall besondere Beachtung.⁴ Zweifel an dieser idealen Präsentation hätte jedoch eine empirisch abgesicherte Momentaufnahme zu den Absendern von Verfassungsbeschwerden aus dem Jahre 1967 insofern wecken können, als sie zeigt, dass „die größte Gruppe von Beschwerdeführern Justizrechte (im Strafprozess oder als Strafgefangene) geltend macht“, gefolgt von Bürgern, welche „die Beschwerde (...) in ihrer Rolle als Steuerzahler“ benutzen (siehe *Tabelle 1*).⁵ Freilich darf dieser Befund nicht verallgemeinert werden, auch wenn für die Jahre nach dieser Momentaufnahme Mitglieder des Gerichts diesen Befund weiterhin gelten lassen wollten.⁶

1 Für kritische Hinweise danke ich Pascale Cancik (Frankfurt am Main) sowie den Teilnehmern am Symposium „Recht und Macht“.

2 Jutta Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht*, München 2001, insbesondere S.36 ff.

3 Vergleiche Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in: *Juristenzeitung* 1975, S.297–305. Kritisch zu dieser Schweise Häberles: Erhard Blankenburg/ Hubert Treiber, *Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in: *Juristenzeitung* 1982, S.543–551.

4 Statt vieler Peter Häberle, *Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 45 (1997), S.89–135, 112 ff.

5 Erhard Blankenburg, *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin usw. 1995, S.110. Eine vorsichtiger Interpretation findet sich bei Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 1982, S.157 f.

6 Bryde 1982, S.157 f.

Teil II
„Strafe“ in Philosophie und Rechtsgeschichte

Jenseits von Eden (Genesis 2,4b–3,24)

von Peter Probst, Gießen

„So schickte Gott den Menschen aus dem Garten Eden fort, das Ackerland zu bearbeiten, von dem er genommen war./ Und er vertrieb den Menschen und ließ östlich vom Garten Eden die Cherubim sich lagern und das zuckende Flammenschwert, den Weg zum Baum des Lebens zu bewachen“ (3,23–24).

Das ist das Ende der Erzählung von Eden und deren Anfang zugleich. Man muss das Ende dieser Erzählung verstanden haben, um den Anfang derselben verstehen zu können; denn jenseits von Eden lebt der Mensch und aus ‚Jenseits von Eden‘ kommt auch diese Erzählung: Sie ist eine nachdenkliche Reprojektion und als solche die Selbstverständigung des Menschen in dessen Weltverständigung. Was dort und damals geschah, hat hier und heute noch kein Ende. Die Erzählung fragt: Wie lebt der Mensch; und was ist der Mensch, dass er so lebt, wie er lebt? Und wer diese Erzählung verstehen will, der muss sich als den verstehen, auf den sich diese Erzählung bezieht: das ist zunächst der Mensch; alsdann der Mensch als Mann und als Frau – und als wir alle. So verstanden, ist diese Erzählung die Entdeckung des Menschseins in dessen Entwicklung: als äußerer Mensch in seinem Leib und Leben, und als innerer Mensch in seinem Sichverstehen. Die Erzählung beschreibt das Erwachen und Erwachen des Menschen: der Mensch erkennt sich als den, der er ist; denn was in Eden geschieht, das geschieht an jedem von uns, und in jedem von uns. Aber wie macht der Erzähler das?

Die Erzählung hat zwei Fixpunkte: alles dreht sich um zwei Bäume, den „Baum des Lebens“ (2,9) und den „Baum der Erkenntnis des Guten und Bösen“ (2,9). Die zwei Bäume kommen aus ursprünglich zwei verschiedenen Erzählungen, die in dieser Erzählung miteinander verwebt sind. Und insgesamt ist dann zehnmal von einem Baum die Rede, entweder von dem einen Baum oder von dem anderen Baum: 2,9 (zweimal) u. 2,17 u. 3,3 u. 3,6 u. 3,11 u. 3,12 u. 3,17 u. 3,22 u. 3,24. Der „Baum des Lebens“ wird als Erster und als Letzter genannt, denn alles dreht sich um das Innwerden des menschlichen Lebens in seinem Dasein und Sosein. So wird die Erzählung durch den „Baum des Lebens“ in sich geschlossen. Die Erzählung hat einen äußeren und einen inneren Dramaturgen: der äußere Dramaturg ist der Erzähler, der steuert die Geschichte; und der innere Dramaturg ist Gott, der steuert das Geschehen. Die Erzählung wird nun in zwei Akten entwickelt: erster Akt von 2,4b bis 2,25, und zweiter Akt von 3,1 bis 3,24.

„Wer Menschenblut vergießt, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden.“ – Überlegungen zu peinlicher Strafe, Fehde und Buße im mosaischen Recht

von Günter Jerouschek, Jena

I. Ein Brudermord und seine Bestrafung

„Und Adam erkannte sein Weib Eva, und sie ward schwanger und gebar den Kain und sprach: Ich habe einen Mann gewonnen mit dem Herrn. Und sie fuhr fort und gebar Abel, seinen Bruder. Und Abel ward ein Schäfer; Kain aber ward ein Ackermann. Es begab sich aber nach etlicher Zeit, daß Kain dem Herrn Opfer brachte von den Früchten des Feldes; und Abel brachte auch von den Erstlingen seiner Herde und von ihrem Fett. Und der Herr sah gnädig an Abel und sein Opfer; aber Kain und sein Opfer sah er nicht gnädig an. Da ergrimmte Kain sehr, und seine Gebärde verstellte sich. Da sprach der Herr zu Kain: Warum ergrimmt du? Und warum verstellst sich deine Gebärde? Ist's nicht also? Wenn du fromm bist, so bist du angenehm: Bist du aber nicht fromm, so ruhet die Sünde vor der Tür, und nach dir hat sie Verlangen; du aber herrsche über sie. Da redete Kain mit seinem Bruder Abel. Und es begab sich, da sie auf dem Felde waren, erhob sich Kain wider seinen Bruder Abel und schlug ihn tot. Da sprach der Herr zu Kain: Wo ist dein Bruder Abel? Er sprach: Ich weiß nicht; soll ich meines Bruders Hüter sein? Er aber sprach: Was hast Du getan? Die Stimme des Blutes deines Bruders schreit von mir zu der Erde. Und nun verflucht seist du auf der Erde, die ihr Maul hat aufgetan und deines Bruders Blut von deinen Händen empfangen. Wenn du den Acker bauen wirst, soll er dir hinfort sein Vermögen nicht geben. Unstet und flüchtig sollst du sein auf Erden. Kain aber sprach zu dem Herrn: Meine Sünde ist größer, denn daß sie mir vergeben werden möge. Siehe, du treibst mich heute aus dem Lande, und ich muß mich vor deinem Angesicht verbergen und muß unstet und flüchtig sein auf Erden. So wird mir's gehen, daß mich totschlage, wer mich findet. Aber der Herr sprach zu ihm: Nein; sondern wer den Kain totschlägt, das soll siebenfältig gerächt werden. Und der Herr machte ein Zeichen an Kain, daß ihn niemand erschläge, wer ihn fände.“ (Genesis 4, 1–15; die Bibelzitate folgen der Übersetzung nach Luther.)

1. Die ausgehandelte Strafe

Was war geschehen? Gott Vater wertschätzte Abels Tieropfer mit gnädigem Blick, Kains Feldfrüchte hingegen wurden verschmäht, Gott bevorzugte den Schäfer vor dem Bauern. Es ging um Anerkennung und Liebe in den Augen des Vaters, um Scham, Ingrim, Empörung und Wut seitens des zurückgesetzten Erstgebore-

Aus der Strafrechtspraxis der kursächsischen Fürstenschule Pforta in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts

von Heiner Lück, Halle

I. Einleitung

Im Gefolge der Reformation wurden sowohl im (bis 1547 ernestinischen) Kurfürstentum als auch im (albertinischen) Herzogtum Sachsen Kloostergüter in großem Umfang säkularisiert. Ihr Grundbesitz kam an bereits bestehende Ämter als Verwaltungs- und Justizbehörden oder bildete die Grundlage für die Einrichtung neuer Ämter.¹ In den Klöstern St. Augustin (Grimma), St. Afra (Meißen) und Pforta bei Naumburg wurden Schulen zur Ausbildung von Sprösslingen, keineswegs nur gehobener Schichten, eingerichtet. Das Konzept der (später so genannten) kursächsischen Fürstenschulen geht auf den herzoglichen/kurfürstlichen Rat Georg von Carlowitz² zurück, welcher damit den Bedarf an tüchtigen Verwaltungsbeamten und Lehrern befriedigen wollte.³ Es sah vor, elf- oder zwölfjährige Jungen ohne Ansehung ihres Standes bei entsprechender Begabung in die Schule aufzunehmen und ihnen dort für sechs Jahre Verpflegung, Unterkunft und Unterricht kostenlos bereitzustellen. Aufgrund der in den Klöstern aus dem Mittelalter überkommenen Bibliotheken, Wohnräume, Gemeinschaftsräume, Wirtschaftsgebäude und einer entsprechenden wirtschaftlichen Infrastruktur boten sich die Klöster für eine solche neue Zweckbestimmung an. Unter dem 9. November 1540 war die endgültige Schließung des Klosters Pforta verfügt worden. Drei Jahre später, am 19. November 1543, wurde der Schulbetrieb aufgenommen. In den ersten Jahren nach der Gründung waren hier 100 Schüler untergebracht, seit etwa 1580 150 Schüler.

1 Vergleiche dazu Karlheinz Blaschke, Die Ausbreitung des Staates in Sachsen und der Ausbau seiner räumlichen Verwaltungsbezirke, in: Blätter für deutsche Landesgeschichte 91 (1954), S. 74–109.

2 * um 1480, † 2.5.1550 Burg Kriebstein; Schwiegersohn des herzoglich-sächsischen Rats Cäsar von Pflug, 1502 Hofrat, 1510 Amtmann in Dresden, 1517–1520 Landvogt in Pirna, 1520 Hauptmann in Sagan, 1522 Amtmann in Radeberg, 1522 Rat am herzoglichen Hof in Dresden, 1535 Erwerb der Herrschaft Schönfeld bei Dresden, 1543 Erwerb der Herrschaft Kriebstein durch Tausch gegen Schönfeld (Walther Killy/Rudolf Vierhaus (Hg.): Deutsche Biographische Enzyklopädie, Taschenbuchausgabe, München 2001 (im Folgenden: DBE), Band 2, S. 282; Günther Wartenberg, Landesherrschaft und Reformation. Moritz von Sachsen und die albertinische Kirchenpolitik bis 1546 (= Arbeiten zur Kirchengeschichte 10), Weimar 1988, S. 87–89).

3 Vergleiche Jonas Flöter/Günther Wartenberg (Hg.), Die sächsischen Fürsten- und Landesschulen. Interaktion von lutherisch-humanistischem Erziehungsideal und Eliten-Bildung, Leipzig 2004; Helga-Maria Kühn, Die Einziehung des geistlichen Gutes im albertinischen Sachsen 1539–1553 (= Mitteldeutsche Forschungen 43), Köln/Graz 1966, S. 106 f.; Wartenberg, Landesherrschaft und Reformation (Fn. 2), S. 153, 177 f.

Unrecht in der bildenden Kunst der frühen Neuzeit. Das Böse als versteckte Botschaft des Barock – Ein Essay

von Jörg Wolff, Lüneburg

I. Forschungsfrage

Unrecht kann vielerlei Gestalt annehmen und jede Zeitepoche definiert diesen Begriff anders, so auch die Barockepoche. Wir können den Rechtsquellen und schriftlichen Berichten, Urteilssammlungen und Rechtsbüchern entnehmen, wie das Unrecht einer Zeit aussieht. Kriminalität ist nur eine, besonders bekannte Form. Hinzu traten in der frühen Neuzeit religiöses Unrecht, deliktisches Unrecht und Verstöße gegen Polizei-, Landesordnungen u.ä. Wenig beachtet wird bislang das Unrecht in der bildenden Kunst einer Zeit. Kann hier eine Quelle wissenschaftlicher Erkenntnis sein oder steht sie im Widerspruch zu den gängigen Methoden der Wissenschaft?

II. Auswahl der Kunstbereiche

In der Zeit zwischen der Reformation und dem Ausgang des achtzehnten Jahrhunderts lassen sich bildliche Darstellungen des Unrechts in großer Fülle finden. Auch die Barockliteratur hatte unrechtes Handeln häufig zum Gegenstand, ebenso das Theater und andere Formen der Kunst. Daher könnte es ertragreich sein, dieser Zeit bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts genauer nachzugehen und die Unrechtsdarstellungen zu betrachten. Damit knüpfen wir an eine von *Hinrich Ripping* bevorzugte Epoche an.

Kunst ist Vielfalt. Eine Auswahl aus den verschiedenen Bereichen der Barockkunst ist notwendig. Stets verbinden sich Geschichte und Literatur in der Betrachtung. Wenn man dem Kulturhistoriker *Egon Friedell* folgt, dann können überhaupt nur Dichter historisch arbeiten.¹ Die Dichter seien die wahren Historiker, weil sie sich ihrer Deutung besonders bewusst seien. Darin liege eben das dichterische Talent. *Friedell* zitiert ein Wort *Goethes* zu diesem Vorgehen: „Den Stoff sieht jedermann vor sich, den Gehalt findet nur der, der etwas dazu zu tun hat“.² Aus ähnlichen Gründen kommt der jüngst verstorbene Historiker *Gordon Craig* dazu, den Dichter *Fontane* als Historiker zu betrachten. *Fontane* habe seine Begabung als Historiker der Tatsache zu verdanken, dass er als ein großer Künstler, „mehr darauf aus (war), in die Geschich-

1 Egon Friedell, *Kulturgeschichte der Neuzeit, Die Krisis der europäischen Seele von der schwarzen Pest bis zum ersten Weltkrieg*, München 1927–1931, S.9 ff.

2 Friedell (Fn. 1), S.15 f.

Die Zuständigkeit des kaiserlichen Reichshofrats in Reichspolizeisachen und die Ladung des Hallenser Rechtsgelehrten Christian Thomasius vor den Reichshofrat

von Wolfgang Sellert, Göttingen

I.

Gegen *Christian Thomasius*, den *Hinrich Rüping* als wahrheitsliebenden und unabhängigen Geist gerühmt hat,¹ beantragte im August 1714 der *Fiscalis Imperialis Aulicus Johann Thomas Edler von Quentel*² am kaiserlichen Reichshofrat (RHR) in Wien eine Strafe von 50 *Marck löbigen Goldes*.³ *Thomasius* wurde vorgeworfen, dass seine im April 1713 erschienene und im September desselben Jahres von der kaiserlichen Bücherkommission⁴ auf der Frankfurter Herbstmesse beschlagnahmte Schrift *De Concubinato*⁵ sowie andere seiner Veröffentlichungen⁶ *Schmäbe-Schriften* seien. Sie

1 H. Rüping, Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule (= Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Band 81), Bonn 1968, S. 188; vergleiche ferner K. Luig, Thomasius, Christian, in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Band 5, hg. v. A. Erler/E. Kaufmann/D. Werkmüller, Berlin 1998, Sp. 186–195.

2 Johann Thomas Edler von Quentel oder Quentl (ca. 1657–1727) wurde am 3. März 1714 zum Reichshoffiskal ernannt; vergleiche O. v. Gschließer, Der Reichshofrat (= Veröffentlichungen der Kommission für neuere Geschichte des ehemaligen Österreichs, Band 33), Wien 1942, Nachdruck Nendeln/Lichtenstein 1970, S. 417; ferner G. P. Obersteiner, Das Reichshoffiskalat 1596 bis 1806, in: A. Baumann/P. Oestmann/St. Wendehorst/S. Westphal (Hg.), Reichspersonal. Funktionsträger für Kaiser und Reich (= Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, hg. v. F. Battenberg/A. Cordes/B. Diestelkamp/U. Eisenhardt/A. Laufs/W. Sellert, Band 46), Köln/Weimar/Wien 2003, S. 89–164 (101, 115, 118, 141 ff., 161 f.).

3 Haus-, Hof- und Staatsarchiv Wien (HHStA Wien), Reichshofrat Decisa, K. 2044, *Fiscalis c/a Thomasius, Acta 1714–1717* (nicht foliert).

4 Zur Geschichte, Funktion, Zuständigkeit, Verfahrensweise, Besetzung und Praxis der kaiserlichen Bücherkommission vergleiche U. Eisenhardt, Die kaiserliche Aufsicht über Buchdruck, Buchhandel und Presse im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation (1496–1806). Ein Beitrag zur Geschichte der Bücher- und Pressezensur (= Studien und Quellen zur Geschichte des Deutschen Verfassungsrechts, hg. v. H. Conrad/G. Kleinheyer/U. Scheuner, Reihe A: Studien, Band 3), Karlsruhe 1970.

5 Chr. Thomasius, *Dissertatio de Concubinato*, Halle 1713 (deutsche Fassung: Chr. Thomasius, Von der Kebs-Ehe, in: Herrn Christian Thomasens Außerlesener Und dazu gehöriger Schrifften, Zweyter Theil, Franckfurt 1714, S. 437–521; vergleiche dazu den Beitrag von E. Schumann, Christian Thomasius' juristische Disputation „Von der Kebs-Ehe“ 1714, in: H. Lück (Hg.), Christian Thomasius (1655–1728). Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung, Hildesheim/Zürich/New York 2006, S. 267–296; ferner G. Schubart-Fikentscher, Die Unehelichen-Frage in der Frühzeit der Aufklärung (= Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Phil.-Hist. Kl. Band 112, Heft 3), Berlin 1967.

6 Es ging unter anderem auch um die von Chr. Thomasius mit „Anmerckungen zum Gebrauch“ versehene Schrift: Baron v. Pufendorf, Politische Betrachtung der Geistlichen Monarchie des Stuhls zu Rom, Halle 1717. Eine erste, mir nicht zugängliche Ausgabe dieser Schrift dürfte 1714 veröffentlicht worden

Der Kerker als politisches Symbol in der Reformzeit

von Barna Mezey, Budapest

I. Der Kerker im ungarischen Strafsystem

Der *carcer* ist eines der ältesten Elemente der ungarischen Rechtspraxis: seit den Dekreten von *Stephan dem Heiligen* (1000–1038) und *Ladislaus I.* (1077–1095) ist er eine Institution, die sowohl im geschriebenen Recht als auch in der Rechtsprechung erscheint. Sie hat jedoch – wie in der Rechtshistorie des Kontinents – auch in Ungarn nicht nur eine einzige, ausschließliche Funktion: Der Kerker erfüllte zahlreiche Aufgaben, angefangen von der vorläufigen Festnahme über die Sicherungshaft und die Strafe bis hin zum Mittel der Eintreibung von Privatschulden. Seiner Funktion nach war er also vielfältig. Dies traf aber keineswegs auf seine Architektur und Funktionsweise zu.

Neben den *carcern*, die an den verschiedensten Punkten von Burgen und Festungen, meistens in Kellern, Wachttürmen, Burgmauern, in Toreingängen, im Burggraben oder an sonstigen sonderbaren Orten eingerichtet waren, erwiesen sich alle Gebäude, in denen man sich nur um eine entsprechende Bewachung zu kümmern brauchte, als geeignet für das Gefangenhalten von Menschen. So entsprachen diesem Zweck die Schlösser von Gutsherren, oder auch Gebäude in Gutshöfen. Im achtzehnten Jahrhundert verfügten die größeren Gutshöfe schon über einen eigenen Kerker, wie auch die Komitate. In den Dörfern hielt man – in Ermangelung eines Besseren – die Festgenommenen im Haus des Richters fest. Gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts bestanden eine kurze Zeit auch einige Landesanstalten.

Die Ansprüche der Rechtsprechung in den Städten trafen sich mit den architektonischen Gegebenheiten, und auch eine gewisse Differenzierung der Gefängnisse nahm ihren Anfang. Gemäß der Unterscheidung zwischen Arrest und Kerker wurde auch die Vollstreckung getrennt: Sie wurde entweder in der sogenannten Bürgerstube oder im Keller des Rathauses „hinter Schloss und Riegel“ vorgenommen. Der Arrest war eine für ehrbare Bürger vorbehaltene Institution „ehrlichen Charakters“, während im Kerker die verschiedensten Gemeinverbrecher zusammengepfertcht waren, vom Dieb angefangen bis hin zum Mörder.

Dabei verhinderten die vielen Funktionen lange Zeit eine Profilbereinigung, aber auch die Strafpraxis der ständischen Gesellschaft begünstigte sie nicht, denn eine grundlegende Erwartung gegenüber der Strafvollstreckung war die Abschreckung. Dies machte den *carcer* und die Verhältnisse in den Kerkern zwangsweise der allgemeinen Härte der Vollstreckungspraxis ähnlich. Im Zeitalter der Todesstrafen und der Sanktionen wie Verstümmelung und körperlicher Züchtigung konnte der Kerker seinen Platz im Strafsystem nur einnehmen, wenn er selbst die Züge annahm,

Das sozialistische bürgerliche Recht in Ungarn

von Attila Horváth, Budapest

In Ungarn verfügte das Privatrecht über eine fast tausendjährige Tradition, über ausgereifte Rechtsinstitute vor allem aus der römisch-germanischen Rechtsfamilie. Die privatrechtlichen Institute wie auch die freie Marktwirtschaft, das Privateigentum und der Grundsatz von Treu und Glauben¹ waren im Bewusstsein der Bevölkerung tief verankert. Vor diesem historischen Hintergrund wurde das ungarische Volk zur raschen Anpassung an die Institutionen der sowjetischen Diktatur und das sowjetische Recht gezwungen. Dies bedeutete nicht nur die Abschaffung des Privateigentums, sondern auch, dass der ungarische Staat die sowjetischen (russischen) Rechtsnormen niedrigeren Niveaus übernehmen musste. Die Anpassung erfolgte aber in den verschiedenen Rechtsgebieten auf unterschiedliche Art und Weise. Das XX. Gesetz von 1949, die Verfassung der Volksrepublik Ungarn, ist zum Beispiel eine beinahe wörtliche Übersetzung der stalinistischen Verfassung von 1936. Hingegen konnten auf dem Gebiet des Privatrechts einige bürgerlich-rechtliche Traditionen und nationale Eigentümlichkeiten bewahrt werden. Dabei mussten allerdings, da auch das russische bürgerliche Recht selbst kontinuierlich weiterentwickelt wurde, die ungarischen Juristen stets der jeweils aktuellen dortigen Rechtslage Rechnung tragen.

I. Das Zeitalter des sogenannten Kriegskommunismus

Die kommunistischen Anführer mit *Lenin (W. I. Ulyanov, 1870–1924)* an der Spitze glaubten nach der Machtübernahme am 7. November 1917, dass sie das von *K. Marx (1818–1883)* und *F. Engels (1820–1895)* erträumte gesellschaftliche Modell auf einen Schlag einführen könnten. Deshalb wurden das Privateigentum der Bürger größtenteils umgehend enteignet, die Privatautonomie abgeschafft und dabei die elementarsten Bedürfnisse der Bevölkerung missachtet.² Mit einem einzigen Federstrich setzten die Kommunisten das frühere zaristische Recht aus und befahlen gemäß § 22 des Dekrets über die Volksgerichte vom 30. November 1918, dass Urteile nunmehr gestützt auf das „revolutionäre Rechtsempfinden“ zu fällen seien. Ferner war in

1 János Zlitzky, *Wissenschaft und Gerichtsbarkeit. Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1997 (*Ius commune*. Sonderheft 91); ders., *Ungarn*, in: Helmuth Coing (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, München 1986, III/2; Gábor Béli, *Magyar jogtörténet. A tradicionális jog*, Budapest-Pécs 1999; Mária Homoki Nagy, *A magyar magánjog történetének vázlata 1848-ig*, Szeged 2001; Attila Horváth, *A magyar magánjog történetének alapjai*, Budapest 2006.

2 Rechtsschöpfung im Dienste der Tagespolitik war für die Sowjetunion typisch, vergleiche Joffe, *A szovjet civilisztikai gondolkodás fejlődése*, Budapest 1979, S. 10–13.

Die Wiederzulassung vor den Nationalsozialisten geflohener Rechtsanwälte nach 1945 – ein bedrückendes Kapitel deutscher Standes- geschichte

von *Tillmann Krach, Mainz*

Einleitung

Wie die deutsche Anwaltschaft die NS-Zeit „bewältigt“ hat, ist ein noch weitgehend unerforschtes Thema. Die Problematik der „Entnazifizierung“ – und ihres Scheiterns – wurde jüngst von *Hinrich Rüping* näher beleuchtet, wenn auch nur als Teilaspekt einer regional begrenzten Studie über Anwälte im Nationalsozialismus.¹ Die Anwaltschaft der Nachkriegszeit wurde aber auch noch auf ganz andere Weise mit dem konfrontiert, was sich in ihren Reihen in den zwölf Jahren der Nazi-diktatur abgespielt hatte: Die meisten der aus ihren Kanzleien verjagten Kollegen beziehungsweise deren Nachkommen beanspruchten eine Entschädigung für das, was ihnen Staat und Stand zugefügt hatten und einige wollten sogar den Status wieder erlangen, den ihnen die NS-Gesetzgebung geraubt hatte: Sie bestanden darauf, sich wieder „Rechtsanwalt“ nennen und ihren Beruf unter diesem Titel auch wieder ausüben zu dürfen. Allerdings waren nicht alle bereit, ihre zwischenzeitlich erworbene ausländische Staatsangehörigkeit hierfür zu opfern und manch einer verspürte auch keineswegs das Bedürfnis, auf Dauer in seine alte Heimat zurückzukehren. Zu diesen gehörte auch der Mainzer Rechtsanwalt *Josef Kahn* (später *Joseph Kent*), dessen Schicksal im Mittelpunkt der folgenden Betrachtung steht. Die Geschehnisse in allen Details nachzuvollziehen, ist nur möglich, weil die einschlägigen Wiedergutmachungs- und Personalakten erhalten sind und dem Verfasser zugänglich gemacht wurden.² Wie bei dem erwähnten Werk von *Hinrich Rüping* erweist sich auch hier die Auswertung personenbezogener Verwaltungsvorgänge als eine Arbeitsmethode, die Erkenntnisse durchaus über den Einzelfall hinaus vermitteln kann und gleichzeitig die Darstellung historischer Vorgänge mit Leben erfüllt.³

1 Rüping, *Rechtsanwälte im Bezirk Celle während des Nationalsozialismus*, 2007, S. 178–226.

2 Entschädigungsakte Hessisches StA Wiesbaden Abt. 518 Nr. 21301 (2 Bände); Personalakte des Hessischen Landgerichts Mainz; Personalakte der Rechtsanwaltskammer Koblenz (2 Bände); Personalakte des Justizministeriums Rheinland-Pfalz.

3 So beruhen auch die das vorliegende Thema berührenden Regionalstudien von Douma, *Deutsche Anwälte zwischen Demokratie und Diktatur*, 1998, und Weber, *Das Schicksal der jüdischen Rechtsanwälte in Bayern nach 1933*, 2006, zu großen Teilen auf einer Auswertung von Aktenmaterial.

Als Staatsanwalt in einem Verfahren gegen NS-Gewaltverbrecher

von Lothar Kirchner, Hannover

I. Einleitung

Mit *Hinrich Ripping* verbindet mich neben anderen gemeinsamen Interessen und Tätigkeiten insbesondere die Beschäftigung mit dem Dritten Reich, wenn auch mit ganz verschiedenen Ansätzen. So erforscht er diese Zeit seit langem als Strafrechtshistoriker und das sehr umfassend und immer wieder beeindruckend. Dagegen habe ich mich mit diesem Gebiet als Strafrechtspraktiker befasst und von 1973 bis 1977 bei der Staatsanwaltschaft Hannover wegen NS-Gewaltverbrechen ermittelt. Mein zeitlicher Abstand zu diesen Verfahren entspricht also in etwa dem, den die Zeugen zu dem Geschehen hatten, über das sie seinerzeit in meinen Verfahren ausgesagt haben. Losgelassen haben mich die damaligen Erfahrungen und Erlebnisse nie. Deshalb komme ich der Anregung meines Freundes *Hinrich Ripping* auch gern nach und schildere meine Erinnerungen an meinen ersten vom Anfang der Ermittlungen bis zur Rechtskraft begleiteten Schwurgerichtsprozess.

Auffällig selten haben sich unmittelbar selbst an diesen Verfahren beteiligte Richter, Staatsanwälte und auch Rechtsanwälte zu diesen Vorgängen geäußert oder sind um eine Schilderung gebeten worden. Dies mag daran gelegen haben, dass sie sich zwar in der Erfüllung eines gesetzlichen Auftrags unter Umständen Jahre lang um eine gewissenhafte, sachgemäße Aufklärung und gerechte Beurteilung bemüht haben, durch diese Tätigkeit aber häufig in das Kreuzfeuer der öffentlichen Kritik geraten sind.

So hatte ich den Lagerältesten – also den Leiter der sogenannten Häftlingsselbstverwaltung – eines KZ-Nebenlagers wegen mehrfachen Mordes angeklagt. In der Hauptverhandlung wurde unter anderen der damalige Häftlingsarzt des Lagers als Zeuge zu den Anschuldigungen vernommen. Er berichtete über Vorgänge in der Krankenstation, bei denen der Angeklagte Häftlinge zu Tode gebracht haben sollte. Hierbei brach es plötzlich aus dem Angeklagten heraus, der Zeuge solle man ganz stille sein, denn er habe schließlich selbst wiederholt auf Anordnung von oben hin Häftlinge mit sogenannten Todesspritzen umgebracht. Dies schilderte er dann noch in weiteren Einzelheiten. Der Zeuge bestritt sofort alles vehement. Gleichwohl bestand für mich als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft und auch für die Schwurgerichtskammer zunächst einmal ein Anfangsverdacht auf Beihilfe zum Mord gegen den Zeugen, der zu entsprechenden Maßnahmen veranlasste, denn absolut ausschließen konnte man den Verdacht nach diesen massiven Vorwürfen nicht ohne weiteres. Die in solcher Situation nach der StPO übliche Einleitung eines Er-

Strafe, Strafvollzug und Strafdrohung im Bild

von Barbara Dölemeyer, Frankfurt am Main

Lange Zeit war die Geschichte des Strafrechts ein von der Rechtshistorie vernachlässigter Bereich, sie wird meist auch heute nur als Einleitungshistorie von den Vertretern des aktuellen Strafrechts betrieben. Mit dem 1981 erstmals publizierten Grundriss der Strafrechtsgeschichte¹ legte *Hinrich Rüpzig* ein Lehrbuch vor, das für längere Zeit das einzige dem Studenten zugängliche Hilfsmittel war, die historische Dimension des Strafens und die Entwicklung eines staatlichen Strafanspruchs hin zum aktuellen Strafmopol in Grundzügen nachzuvollziehen. So mag es ziemen, dem Jubilar eine kleine rechtsikonographische Betrachtung zu widmen, die einige Aspekte der Historie von Strafe und Strafvollzug sowie Zeichen der Strafdrohung mit Bildern illustriert.

Der lange Zeit minimalen wissenschaftlichen Befassung mit Strafrechtsgeschichte steht eine viel größere allgemeine Aufmerksamkeit gegenüber: Weshalb denkt ein von Fachkenntnissen eher unbelasteter Zeitgenosse, wenn man ihm erzählt, man arbeite über Rechtsgeschichte, sogleich an Strafrechtsgeschichte? Ist es das Außergewöhnliche, die Normabweichung, die Gewalt, die interessiert? Kriminalität als eine der „Obsessionen der modernen Gesellschaft“?² Interessant ist offenbar nur, was aus dem Rahmen fällt – das normenkonträre Verhalten. Die historische Kriminalitätsforschung hat weiterhin hohe Konjunktur.³ Die der Allgemeinheit bekanntesten „Rechtsdenkmäler“ und Sachzeugen der Rechtsausübung sind sicher Strafwerkzeuge wie Galgen, Pranger, Halseisen, Schandkugel oder auch die bei Besuchern von Schlossmuseen gruselig beliebten Folterwerkzeuge (deren Authentizität allerdings oft fraglich ist).⁴ Bezeichnenderweise trägt das „Kriminalmuseum“ in Rothenburg ob der Tauber immer noch diese Bezeichnung, obwohl es sein Interessengebiet auf andere Rechtsbereiche außerhalb des Strafens erweitert hat.

Beim Aufsuchen der heute noch vorhandenen „Rechtsdenkmäler“ und „Sachzeugen der Rechtsausübung“ kommt uns eine Bildersammlung zugute, welche der Rechtshistoriker *Karl Frölich* angelegt hat, der ab 1923 als ordentlicher Professor an der juristischen Fakultät in Gießen lehrte und sich seit den dreißiger Jahren mit dem

1 Grundriss der Strafrechtsgeschichte, München 1981.

2 Gerd Schwerhoff, Aktenkundig und gerichtsnorisch. Einführung in die Historische Kriminalitätsforschung, Tübingen 1999, S. 10.

3 Gerd Schwerhoff, Devianz in der alteuropäischen Gesellschaft. Umriss einer historischen Kriminalitätsforschung, in: Zeitschrift für Historische Forschung 19 (1992), S. 385 ff., hier S. 388; Joachim Eibach, Kriminalitätsgeschichte zwischen Sozialgeschichte und Historischer Kulturforschung, in: Historische Zeitschrift 263 (1996), S. 681 ff.

4 Vergleiche Wolfgang Schild, Die Eiserne Jungfrau, Dichtung und Wahrheit, Schriftenreihe des Mittelalterlichen Kriminalmuseums Rothenburg o. d. T. Nr. 3 (2000).

Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens. Zehn verbreitete Fehlvorstellungen und ihre notwendige Korrektur

von Arnd Koch, Augsburg

Einführung

Ein Blick in Lehrbücher und Kommentierungen zum Strafprozessrecht offenbart, dass über die Geschichte des deutschen Strafverfahrens nicht selten Stereotypen und Fehlvorstellungen verbreitet werden. Ein Gutteil der bis heute zu verzeichnenden Geringschätzung des frühneuzeitlichen Strafprozesses geht hierbei auf Autoren des Aufklärungszeitalters zurück, deren seinerzeitige Kritik am vorgefundenen Recht sich freilich eher durch Rhetorik als durch wissenschaftliche Genauigkeit auszeichnete.¹ Ein weiterer Grund für die Zählebigkeit historischer Fehlvorstellungen liegt in der Gleichgültigkeit gegenüber Erkenntnissen der neueren rechtshistorischen und strafrechtshistorischen Forschung. Dies erscheint umso bedauerlicher, als es zu den besonderen Verdiensten des *Jubilars* gehört, mit seinem „Grundriss der Strafrechtsgeschichte“ eine ebenso kompakte wie stets aktuelle Gesamtübersicht vorgelegt zu haben.²

I. Der Begriff „Inquisitionsverfahren“

Die erste hier zu erörternde Fehlvorstellung betrifft den Begriff des „Inquisitionsverfahrens“. Die Begriffe „Inquisition“ und „Inquisitionsverfahren“ sind massiv negativ besetzt. In der Umgangssprache, nicht selten auch in fachwissenschaftlichen Abhandlungen, dienen sie der polemischen Anprangerung wirklicher oder vermeintlicher Missstände.³ Es scheint eine untrennbare Verbindung zwischen „Inquisition“ einerseits und Folter, Hexenprozessen sowie verfahrensrechtlicher Willkür aller Arten andererseits zu bestehen.⁴ Doch führt die unreflektierte Zugrundelegung

1 Vergleiche allgemein zu den bis in die Gegenwart fortwirkenden Fehlvorstellungen der Aufklärer über das gemeinrechtliche Verfahren Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 159 ff.; Jerouschek, in: Rüping (Hg.), Die Hallesche Schule des Naturrechts, 2002, S. 84 ff.

2 Rüping, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 1. Auflage 1981, 2. Auflage 1991, 3. Auflage 1998, 4. Auflage 2002, 5. Auflage 2007 (seit der 4. Auflage gemeinsam mit Jerouschek).

3 Beispiele bei Jerouschek, ZStW 104 (1992), S. 329 ff.

4 Schwerhoff, Die Inquisition, 2004, S. 8 ff.; Sellert, in: Achterberg/Krawietz/Wyduckel (Hg.), Festschrift für Hans Ulrich Scupin, 1983, S. 161. Die schlimmsten Greuel traut man gemeinhin der „Spanischen Inquisition“ zu. Doch wurden in manchen Splitterterritorien des Heiligen Römischen Reiches binnen weniger Jahre weitaus mehr „Hexen“ verbrannt als in der Geschichte Spaniens. So stehen geschätzten 150 bis 300 Hinrichtungen in Spanien etwa 450 Verbrennungen in der Fürstpropstei Ellwangen oder 400

Hinrich Rüping – Aus den Veröffentlichungen 1968–2008

Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung
in der Thomasius-Schule, Diss. iur. Bonn, Bonn 1968

Gottlieb Gerhard Titius und die Naturrechtslehre in Deutschland um die Wende
vom 17. zum 18. Jahrhundert, ZRG 87 (1970), 314–326

Geldstrafe und Buße, ZStW 85 (1973), 672–695

Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, JR 1974, 135–140

Der Schutz der Gerichtsverhandlung, ZZP 88 (1975), 212–238

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren,
Habil.-Schr. Göttingen, Berlin 1976

Funktionen der Laienrichter im Strafverfahren, JR 1976, 269–274

Sterbehilfe und „gelenkte Sterblichkeit“, DMW 1976, 1332–1335

Wesen und Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht, DMW 1977, 368–370

Individual- und Gemeinschaftsinteressen im Recht der Organtransplantation,
GA 1978, 129–137

Thomasius und seine Schüler im brandenburgischen Staat, in: Humanismus und
Naturrecht in Berlin-Brandenburg-Preußen, Veröffentlichungen der Historischen
Kommission Berlin 48 (1979), 76–89

Theorie und Praxis des Strafverfahrens, 1. Auflage Bonn 1979; 2. Auflage
München 1983; *unter dem Titel* Das Strafverfahren, 3. Auflage 1997

Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren, ZStW 91 (1979), 351–363

Zur Problematik des Mordtatbestandes, JZ 1979, 617–621

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. iur. *Barbara Dölemeyer*,
Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main

Prof. Dr. iur. *Max-Emanuel Geis*,
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. iur. *Norbert Gross*, Docteur en Droit (Univ. Grenoble)
Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Präsident der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof

Dr. iur. *Attila Horváth*,
Eötvös Loránd Universität Budapest

Prof. em. Dr. iur. Dr. h. c. mult. *Günther Jakobs*,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Dr. h. c. *Günter Jerouschek*, M. A.
Friedrich-Schiller-Universität Jena

MR i. R. *Lothar Kirchner*,
Präsident a. D. des Landesjustizprüfungsamts im niedersächsischen
Justizministerium, Hannover

Priv.-Doz. Dr. iur. *Arnd Koch*,
Universität Augsburg

Rechtsanwalt Dr. iur. *Tillmann Krach*,
Mainz

Prof. i. R. Dr. iur. *Jörg-Detlef Kühne*,
Leibniz-Universität Hannover

Prof. Dr. iur. *Heiner Lück*,
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Ref. iur. *Franziska Mahler*,
Leibniz-Universität Hannover/London School of Economics

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. iur. *Stephan Meder*,
Leibniz-Universität Hannover

Prof. Dr. iur. *Bernd-Dieter Meier*,
Leibniz-Universität Hannover

Prof. Dr. iur. *Barna Mezey*,
Eötvös Loránd Universität Budapest

Prof. Dr. iur. *Bernd H. Oppermann*, LL.M. (UCLA)
Leibniz-Universität Hannover

Priv.-Doz. Dr. phil. *Peter Probst*,
Justus-Liebig-Universität Gießen

Prof. Dr. iur. *Henning Radtke*,
Leibniz-Universität Hannover

Prof. em. Dr. iur. *Wolfgang Sellert*,
Georg-August-Universität Göttingen

Priv.-Doz. Dr. iur. *Georg Steinberg*,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster/Universität Passau

Prof. Dr. rer. soc. *Hubert Treiber*, M.A., Lic.,
Leibniz-Universität Hannover

Prof. Dr. iur. *Kay Waechter*,
Leibniz-Universität Hannover

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D. *Hagen Wolff*,
Celle

Prof. em. Dr. phil. *Jörg Wolff*,
Leuphana Universität Lüneburg