

Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik – Teil 2*

Von Akad. Mitarbeiter **Alexander Bechtel**, Tübingen**

2. Besonderer Teil

Eine umfassende Begutachtung des „Besonderen Teils“ der materiell-rechtlichen Vorschriften der Carolina kann im Rahmen der hiesigen Untersuchung nicht geleistet werden. Beispielhaft seien daher zunächst die Regelungen betreffend Mord und Totschlag sowie den Diebstahl hervorgehoben, die eine gute Vergleichsgrundlage für die entsprechenden Regelungen im Strafrecht der Gegenwart bilden. Im Anschluss soll der Straftatbestand der „Zauberei“ Erwähnung finden, dem es heute freilich an einer Entsprechung fehlt, der aber den Charakter der Carolina als Kodifikation der frühen Neuzeit deutlich hervortreten lässt.

Im Übrigen ist hinsichtlich der Systematik der Deliktstatbestände anzumerken, dass inhaltlich verwandte Tatbestände auch in der Kodifikation nebeneinander ihren Platz fanden. Namentlich *Friedrich-Christian Schroeder* gebührt das Verdienst, die Gliederung der Carolina präzise und schematisch abgefasst zu haben.¹ Angemerkt sei insoweit, dass die Straftaten gegen die Religion (Art. 106-109 CCC)² den Beginn des „Besonderen Teils“ bildeten. Etliche Vorschriften finden sich auch im Bereich der Sittlichkeitsdelikte (Art. 116-123 CCC), wozu u.a. die „Notzucht“ (Vergewaltigung), der Ehebruch und die Doppelehe zählen. Zahlreiche Bestimmungen widmen sich sodann der Tötung (Art. 130-156 CCC) und dem Diebstahl (Art. 157-175 CCC).

a) Mord und Totschlag

Die Tötungsdelikte erfuhren in der Carolina eine umfassende Regelung in einem eigenen Abschnitt („Hernach volgen etlich böse tödtung, vnd von straff der selben thätter“). So verhielt sie sich etwa zur Kindstötung (Art. 131), zur Abtreibung (Art. 133) sowie, was heute befremdlich anmutet, zur Selbsttötung (Art. 135: „Straff eygner tödtung“). Wengleich auch eine eingehendere Betrachtung der vorgenannten Regelungen lohnte, soll hier die Ausgestaltung der „klassischen Tötungsdelikte“ – Mord und Totschlag – im Mittelpunkt stehen, ist damit doch eine Materie berührt, die auch gegenwärtig Schauplatz strafrechtswissenschaftlicher und rechtspolitischer Debatten ist.³ Die Carolina nimmt „fürsetzliche mörder“ und

„todtschleger“ in Art. 137 in den Blick, wobei „fürsetzlich“ nicht mit „vorsätzlich“ übersetzt werden darf, sondern vielmehr im Gegensatz zum Handeln „auß gecheyt vnd zorn“, welches regelmäßig beim Totschläger vorliegen soll, steht.⁴ „Fürsetzlich“ ist als Handeln mit „Vorbedacht“⁵ bzw. mit „Überlegung“⁶ zu verstehen, während „gecheyt vnd zorn“ auf ein affektdominiertes Handeln abstellen.⁷ Das Kriterium der „Überlegung“ fand im Übrigen noch bis ins Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) von 1871 hinein Verwendung, bis sich der (nationalsozialistische) Gesetzgeber des Jahres 1941 für das – noch heute bestehende – kasuistische Regelungsmodell⁸ entschied.⁹

Ein Mörder oder Totschläger hatte nach Maßgabe des Art. 137 CCC „das leben verwürckt“. Jedoch sollte der Mörder „mit dem radt gericht“, der Totschläger dagegen „mit dem schwert vom leben zum todt gestrafft werden“. Eine weitere Qualifizierung auf Rechtsfolgenseite ist darin zu sehen, dass dem Mord an „hohen trefflichen personen des thetters eygen herrn“, Ehepartnern und nahen Angehörigen zusätzlich mit „zangen reissenn oder außschleyffung“ begegnet werden sollte.¹⁰

b) Diebstahl

Besondere Aufmerksamkeit erfährt in der Carolina nicht nur die Tötung, sondern auch der Diebstahl, dem gleich 19 Artikel (157-175) gewidmet sind. Der Begriff des Diebstahls („diebstall“) wird offenbar als bekannt vorausgesetzt, erfolgt doch keinerlei Konkretisierung durch das Gesetz. Vielmehr liegt der Fokus darauf, verschiedene Arten des Diebstahls

* Fortsetzung von ZJS 2017, 641.

** Der *Verf.* ist Akad. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Jörg Eisele* an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ *F.-C. Schroeder*, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina), 2000, S. 207 f.

² Darunter fallen etwa die Gotteslästerung (Art. 106) sowie die Zauberei (Art. 109).

³ Zur Reformdiskussion um die Ausgestaltung der §§ 211 ff. StGB vgl. *Bechtel*, JSE 2014, 267 (mit zahlreichen Nachweisen); vgl. ferner den Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, vorgelegt im Juni 2015; abrufbar unter

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abchlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf;jsessionid=

[9EE656ED2AD90040481704AA603B5524.1 cid297? blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abchlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf;jsessionid=) (3.1.2018).

⁴ *Geppert*, Jura 2015, 143 (147); *Gergen*, JA 2010, 575 (578); v. *Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 1925, S. 188 f.; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 116.

⁵ *Gergen*, JA 2010, 575 (578).

⁶ In diesem Sinne *Geppert*, Jura 2015, 143 (147); *Jähnke*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, Vor § 211 Rn. 35; *Eb. Schmidt* (Fn. 4), S. 116.

⁷ *Gergen*, JA 2010, 575 (578); *Jähnke* (Fn. 6), Vor § 211 Rn. 35.

⁸ Gemeint ist ein Modell, in dem der Mordtatbestand durch die Benennung einzelner Fälle (der Mordmerkmale) konkretisiert wird.

⁹ Zum Kriterium der „Überlegung“ und zu dessen Ablösung durch das kasuistische Regelungsmodell vgl. *Bechtel*, JSE 2014, 267 (270 ff.).

¹⁰ Zum „zangen reissenn“ vgl. *Waechter*, Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht, 1877, S. 123: „Dem Verurtheilten wurden vor der Hinrichtung mit glühenden Zangen Stücke Fleisch aus Armen, Beinen etc. gerissen [...]“. Zum Strafsystem der Carolina vgl. unten IV. 3.

sowie die – daran anknüpfenden – unterschiedlichen Rechtsfolgen darzustellen. Damit ist zugleich ein Charakteristikum der Carolina insgesamt benannt: Wichtiger als die genaue Beschreibung des vom Täter zu absolvierenden Handlungsprogramms war die Benennung des Deliktstypus und der damit verbundenen Strafe.¹¹ So wurde mit Blick auf den „kleinen“ Diebstahl, bei dem das Wegnahmeobjekt „vnder fünff gulden werth“ haben musste, zwischen „heymlichem“ (Art. 157 CCC) und „offentlichem“ (Art. 158 CCC) Diebstahl differenziert. Der „kleine“ Diebstahl war seinerseits zu scheiden vom „großen“ Diebstahl, bei welchem das Tatobjekt „fünff gülden oder darüber werth“ hatte (Art. 160 CCC). Diese Unterscheidung geht zurück auf germanisches Rechtsdenken.¹² Beide Arten des Diebstahls (groß und klein) wurden als besonders schwerwiegend betrachtet, wenn sie zum zweiten Mal („zum andern mal“) erfolgten (Art. 161 CCC). In Fällen, in denen der Täter zum dritten Mal des Diebstahls überführt wurde, sollte zwingend die Todesstrafe verhängt werden (Art. 162 CCC). Von besonderem Interesse sind ferner die Erschwerungsgründe aus den Art. 159, 160 CCC. Art. 159 CCC bezog sich auf den kleinen, Art. 160 auf den großen Diebstahl. Danach stand – unabhängig von der Frage, ob es sich um einen Ersttäter handelte – auf den Einbruchsdiebstahl sowie den Diebstahl mit Waffen die Todesstrafe, in bestimmten Fällen konnte es, soweit es sich um einen kleinen Diebstahl handelte und das richterliche Ermessen es gebot, auch beim Ausstechen der Augen oder dem Abhacken einer Hand bleiben.

Daneben nahm sich die Carolina noch einiger „Sonderfälle“ an, so des Diebstahls durch junge Diebe (unter 14 Jahren; Art. 164 CCC), des Familiendiebstahls (Art. 165 CCC) sowie des Diebstahls „inn rechter hungers nott“ (Art. 166 CCC). Gemeinsam ist diesen Vorschriften, dass sie allesamt mildere Strafen, zum Teil gar ein Absehen von Strafe ermöglichen.¹³

Schließlich widmeten sich einige Artikel dem Diebstahl bestimmter Tatobjekte. Zu nennen sind der Felddiebstahl (Art. 167 CCC), der Holzdiebstahl (Art. 168 CCC), der Fischdiebstahl (Art. 169 CCC) und der Kirchendiebstahl (Art. 171-174 CCC)¹⁴.

c) Zauberei

Mit der Zauberei („zauberey“) ist ein Tatbestand in Bezug genommen, der Assoziationen zur historischen Epoche der

Hexenverfolgung¹⁵ weckt. Dabei kann zwischen Zauberei- und Hexenprozess durchaus differenziert werden, ist letzterer doch angereichert durch eine systematische Hexenlehre, die Verbreitung vor allem durch Schriften wie den „Hexenhammer“¹⁶ fand.

Die Carolina begnügte sich – ihrer Charakteristik entsprechend – in Art. 109 damit, zwischen schädlichem und unschädlichem Zauber zu differenzieren, ohne die Handlung weiter zu konkretisieren. Mit der Unterscheidung von schädlichem und unschädlichem Zauber greift die Carolina auf germanisches, mithin „heidnisches“ Rechtsdenken zurück.¹⁷ Auch die Strafandrohung – der Feuertod – reicht zurück ins „heidnische Altertum“¹⁸.

Straff der zauberey

109. Item so jemandt den leuten durch zauberey schaden oder nachtheyl zufügt, soll man straffen vom leben zum todt, vnnd man soll solche straff mit dem feuer thun. Wo aber jemandt zauberey gebraucht, vnnd damit niemant schaden gethan hett, soll sunst gestrafft werden, nach gelegenheit der sach, darinnen die vrtheyler radts gebrauchen sollen, wie vom radt suchen hernach geschriben steht.

Eine gewisse Konkretisierung des Zaubereitbestandes konnte unter Hinzuziehung des Art. 44 CCC („Von zauberey gnugsam anzeygung“) erreicht werden, einer – im Kern – prozessualen Vorschrift, die diejenigen *Indizien*¹⁹ benannte, bei deren Vorliegen „gnugsam vrsach zu peinlicher frage“ gegeben war.²⁰ Mit anderen Worten: Lagen die in Art. 44 CCC genannten Indizien vor, durfte die Folter als Instrument der Wahrheitsfindung eingesetzt werden. Indizien sollten etwa das Angebot sein, „andere menschen zauberei zu lernen“, die Bedrohung mit Zauberei sowie der Umgang mit

¹⁵ Eine exakte zeitliche Datierung ist – aufgrund der unterschiedlichen Entwicklung in den Territorien sowie der schwierigen Abgrenzung zu reinen Ketzerprozessen – kaum möglich, die Phase zwischen den Jahren 1500 und 1750 mag aber den Zeitraum darstellen, „in dem sich die überwiegende Zahl der Hexenprozesse abspielte“; vgl. dazu *Hammes*, Hexenwahn und Hexenprozesse, 1977, S. 13.

¹⁶ Eine 1487 veröffentlichte Schrift der Dominikaner *Heinrich Institoris* und *Jakob Sprenger*, in welcher – u.a. – die Merkmale einer jeden Hexe (Teufelspakt, Teufelsbuhlschaft, Schadenszauber, Teilnahme am Hexensabbat) benannt werden; dazu *Hammes* (Fn. 15), S. 50 ff.; *Schormann*, Hexenprozesse in Deutschland, 2. Aufl. 1986, S. 23.

¹⁷ Dazu *His* (Fn. 12), S. 109 f.

¹⁸ So die Formulierung bei *His* (Fn. 12), S. 109.

¹⁹ Zur Indizienlehre vgl. unten V. 2.

²⁰ *Hammes*, JuS 1978, 584 (586 f.), sieht in Art. 44 CCC die gegenüber Art. 109 CCC bedeutsamere Vorschrift: „Aufgabe dieser Vorschrift war es, dem Richter einige Anhaltspunkte zu geben, wann der sonst gesetzlich nicht näher umschriebene Tatbestand der Zauberei tatsächlich vorliege und welche Mindestvoraussetzungen für einen Folterbeschluss gegeben sein müssten“.

¹¹ So auch *Gergen*, JA 2010, 575 (577 f.); *Eb. Schmidt* (Fn. 4), S. 115 f., mit weiteren Beispielen sowie Ausnahmen.

¹² *Brunnenmeister*, Die Quellen der Bambergensis, 1879, S. 95 f.; *His*, Handbuch der mittelalterlichen und neueren Geschichte, 1928, S. 154 f.

¹³ So formuliert Art. 166 CCC (Diebstahl aus Hunger): „[...] Oder aber der selbigen dieb einer vnsträfflich erlassen würd [...]“

¹⁴ Art. 171 CCC erfasste freilich die Entwendung ungeweihter Gegenstände an geweihten Orten, womit insoweit der Tatort zum maßgeblichen Differenzierungskriterium erhoben wurde.

„dingen, geberden, worten vnd weisen, [...] die zauberey auf sich tragen“. Zudem musste die Person, auf die eines der vorgenannten Indizien zutrifft, „des selben [der Zauberei] sonst auch berüchtigt“ sein. Gemeint war, dass die Person ganz allgemein im Verdacht der Zauberei stehen musste. Dieses – gegenüber der Regelung in der Bambergischen Halsgerichtsordnung neu eingefügte – Kriterium sollte die Hürden hinsichtlich der Anwendung der Folter, mit welcher Geständnisse erzwungen wurden, erhöhen, wurde aber in der Praxis zur Intensivierung der Hexenprozesse genutzt.²¹

d) Kontinuitäten und Brüche

Ein Kontinuum stellt ohne Zweifel die grundlegende Unterscheidung von Mord und Totschlag dar. Das zur Abgrenzung der beiden Verbrechenstatbestände in der Carolina herangezogene Kriterium der „Überlegung“ wurde letztlich erst im Jahre 1941 durch ein kasuistisches Regelungsmodell abgelöst. Auch insoweit bestand also bis weit ins 20. Jahrhundert hinein eine Kontinuität.

Die – hier nicht näher untersuchte – Strafbarkeit²² der Selbsttötung (Art. 135 CCC) mutet aus heutiger Sicht merkwürdig an, steht doch deren Straflosigkeit auf Basis des gegenwärtigen Rechts – ungeachtet des Ringens um die zutreffende Begründung²³ – außer Frage.²⁴ In der Pönalisierung der Selbsttötung zeigt sich indes der Charakter der Carolina als

Kodifikation der frühen Neuzeit. Erst das Denken der Aufklärung brachte einen grundlegenden Wandel: Anstelle eines der göttlichen Gerechtigkeit dienenden Strafrechts trat eine gesellschaftliche Begründung der Strafe, nach welcher in der Selbsttötung entweder schon keine Rechtsverletzung zu erblicken sei bzw. die erfolgte (Pflicht-)Verletzung aus kriminalpolitischen Gründen straffrei gelassen werden müsse.²⁵

Die ausdifferenzierte Regelung des Diebstahls in der Carolina erscheint auf den ersten Blick geradezu modern. Zu beachten ist freilich, dass bei einer Zusammenschau der verschiedenen Diebstahlsarten (groß/klein; heimlich/offen; erstmalig/wiederholt) weniger das Bild eines differenzierten Qualifikationssystems denn der Eindruck eines rechtsfolgeorientierten Sammelsuriums überkommener Diebstahlsformen entsteht. Bemerkenswert ist – dessen ungeachtet – die besondere Erfassung des Einbruchsdiebstahls sowie des Diebstahls mit Waffen (Art. 159 bzw. Art. 160 CCC). Auch heute sieht sich derjenige Dieb, welcher beim Diebstahl eine Waffe (oder ein gefährliches Werkzeug) bei sich führt, einem erhöhten Straffrahmen aus dem Qualifikationstatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB gegenüber. Während die Kontinuität mit Blick auf den bewaffneten Diebstahl relativ wenig erstaunt, verblüfft doch der Umstand, dass auch der Einbruchsdiebstahl als besonders schwerwiegend empfunden wurde. So wird die gegenwärtige Einstufung des *Wohnungseinbruchsdiebstahls* als Qualifikation (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) nicht unwesentlich auf den Umstand gestützt, dass mit dem Eindringen in fremden Wohnraum ein besonders intensiver Eingriff in die Opfersphäre verbunden ist. Dabei wird auf ein regelmäßig entstehendes Bedrohtheits- und Schutzlosigkeitsgefühl verwiesen.²⁶ Dem frühneuzeitlichen Denken dürfte die Einbeziehung der psychischen Folgen eines (Wohnungs-)Einbruchs eher fremd gewesen sein. Ggf. dominierte schlicht die Vorstellung, dass das Eindringen in „befriedete“ Bereiche gegenüber dem einfachen Diebstahl ein größeres Unrecht darstellte. Im Ergebnis zeigt sich jedenfalls – allen veränderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen zum Trotz – ein Gleichklang in Ansehung der strafrechtlichen Bewertung. Eine Kontinuität bis ins 19. Jahrhundert hinein ist schließlich bezüglich der Unterscheidung von „großem“ und „kleinem“ Diebstahl festzustellen. Mit der wertmäßigen Unterscheidung wurde erstmals im preußischen Strafgesetzbuch von 1851 gebrochen.²⁷ Dass sich eine Differenzierung nach Werten in § 243 Abs. 2 StGB „in gewisser Weise wieder[findet]“²⁸, ist nicht zu leugnen. Freilich ist zu beachten, dass die Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB²⁹ einzig auf Straf-

²¹ Überzeugend *Hammes*, JuS 1978, 584 (587).

²² Präzisierend ist festzuhalten, dass die Selbsttötung nur für den Fall mit Strafe bedroht war, dass sich der Suizident durch die eigene Tötung einer Bestrafung entziehen wollte. In diesem Fall sollte sein Vermögen der „oberkeyt“ zufallen.

²³ Der Begründungsaufwand resultiert maßgeblich daraus, dass § 212 Abs. 1 StGB von der Tötung eines „Menschen“, nicht aber von der Tötung eines „anderen Menschen“ spricht, weshalb der Wortlaut eine Subsumtion der Selbsttötung unter den Tatbestand im Ausgangspunkt gestattet. Dementsprechend finden sich – z.T. kumulativ, z.T. alternativ – Verweise auf die Gesetzessystematik und den Willen des historischen Gesetzgebers (vgl. etwa BGHSt 32, 367 [372]), das Fehlen einer Rechtsgutsverletzung (*Sax*, JZ 1975, 137 [146]) sowie das grundrechtlich verbürgte Recht, „einem für sinnlos und unerträglich gehaltenen Leben zu entfliehen“ (*Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 1 Rn. 19).

²⁴ BGHSt 2, 150 (152); 32, 367 (371 f.); 46, 279 (285); *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 1; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2017, Rn. 36; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, Vor § 211 Rn. 9; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 23), § 1 Rn. 16; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 37 ff.; *Roxin*, in: *Jescheck/Lüttger* (Hrsg.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29.4.1977*, 1977, S. 331 (336 f.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2017, § 3 Rn. 8 f.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 211 Rn. 33.

²⁵ Eingehend zum Umgang mit der Selbsttötung im Zeitalter der Aufklärung *Rehbach*, DRiZ 1986, 241 (244 ff.).

²⁶ Zum Ganzen *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 24), § 244 Rn. 30 m.w.N.

²⁷ *Schaffstein*, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte*, 1986, S. 96.

²⁸ *Schaffstein* (Fn. 27), S. 96.

²⁹ Zu dieser *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 24), § 14 Rn. 19 ff.; *Eser/Bosch* (Fn. 26), § 243 Rn. 48 ff.

zumessungsebene Relevanz entfaltet, ohne dass sie eine qualitative Unterscheidung auf Tatbestandsebene bewirken würde.

Mit Blick auf den Zauberei-Tatbestand lässt sich – wenig überraschend – keine Kontinuität erkennen. Es zeigt sich einmal mehr die Verankerung der Carolina in ihrer Zeit. Ohne das Verdienst, sowohl materielles Strafrecht als auch Strafverfahrensrecht umfassend und reichseinheitlich in Gesetzesform gegossen zu haben, schmälern zu wollen, kann die Carolina nicht als eine von einem humanistischen Menschenbild beseelte Kodifikation eingeordnet werden. Dies ist im Ausgangspunkt nicht als Kritik zu verstehen, sondern als schlichte Feststellung.³⁰ Dass die im Zusammenhang mit der Zauberei genannten Indizien *aus heutiger Sicht* „erschreckend“³¹ sind, steht außer Frage. Die Betonung der Notwendigkeit von Indizien sowie der Bedeutung des Geständnisses sind freilich – für sich genommenen – Faktoren, die in Richtung eines „beachtlichen rechtsstaatlichen Ansatz[es]“³² weisen, durch die Anwendung der Folter aber letztlich ad absurdum geführt werden.³³

3. Straftatfolgen

Verlässt man einmal die Perspektive des Rechtshistorikers und legt an das Rechtsfolgensystem der Carolina die „Kategorien der eigenen Gegenwart“³⁴ an, kommt man nicht umhin, zu erschrecken. Dies rührt zum einen daher, dass die häufigste Strafe die Todesstrafe ist.³⁵ Zum anderen erschüttert die Vielzahl an Tötungsarten, welche die Carolina kennt. So reicht das Spektrum von der Tötung mit dem Schwert über das Erhängen am Galgen bis zum Verbrennen.³⁶ Die Form der Vollstreckung richtete sich nach dem jeweiligen Delikt, wobei die Tötung mit dem Schwert als mildeste Form der Todesstrafe galt. Als besonders grausame Hinrichtungsart ist das „Lebendig vergraben“ (Art. 192 CCC) zu nennen, welches mit einer Pfählung einherging („vnd gepfelt werden soll“). Bei der Pfählung wurde dem/der Verurteilten ein Pfahl aus Holz oder Eisen durch das Herz oder den Bauch getrieben, bis der Körper am Boden anheftete. Diese Tötungsart wurde ausschließlich bei der Kindstötung angedroht (Art. 131 CCC).³⁷ Über das genaue Vorgehen – spricht: die Reihenfolge

von Begraben und Pfählen – schweigt sich die Carolina aus.³⁸ Bedeutsamer als die Tatsache, dass die Carolina diese Art der Hinrichtung überhaupt (noch) kannte, ist indes der Umstand, dass die Strafandrohung keine zwingende war. So heißt es in Art. 131 CCC: „Aber darinnen verzweiffelung zuerhütten, mögen die selben übelthäterinn inn welchem gericht die bequemicheyt des wassers darzu vorhanden ist, ertrenckt werden.“ Wenngleich der Begriff der „bequemicheyt“ im Zusammenhang mit der Vollstreckung der Todesstrafe – wiederum: aus heutiger Sicht – befremdlich anmutet, so ist doch das Bestreben zu erkennen, Grausamkeiten nicht um ihrer selbst willen aufrechtzuerhalten. Dies zeigt sich auch darin, dass zur Durchführung des Begrabens und Pfählens geraten wird, „wo aber solche übel [Kindstötungen] offft geschehe“ (Art. 131 CCC). Dort sei – „vmb mer forcht willen“ – an der ursprünglichen Strafdrohung festzuhalten, mindestens aber solle die Täterin vor dem Ertränken „mit glüenden zangen gerissen werde“. Die abschreckende Wirkung der Strafe, heute sprechen wir vom Strafzweck der negativen Generalprävention³⁹, war also auch – und insbesondere – für das Strafrecht der frühen Neuzeit von grundlegender Bedeutung.

Mit Blick auf die Leibesstrafen lässt sich von einem den Hinrichtungsarten vergleichbaren Einfallsreichtum sprechen – möglich waren etwa das Abschneiden der Zunge, das Abhacken der Finger oder das Abschneiden der Ohren (vgl. Art. 198 CCC). Daneben existierten die Pranger-Strafe sowie die Landesverweisung (vgl. etwa Art. 123 CCC). Dass in Zeiten engster Verflechtung von weltlichen Rechts- und religiösen Lehrsätzen⁴⁰ das alttestamentarische Prinzip „Auge für Auge, Zahn für Zahn“⁴¹ in seiner Ausprägung als Talionsformel eine wichtige Rolle spielte, darf als wahrscheinlich gelten.⁴² Der Vergeltungsgedanke, der auch beim heutigen Strafen nicht völlig aus den Augen zu verlieren ist⁴³, war daher zentral.⁴⁴ Der These, dass etwa den Strafandrohungen beim (Einbruchs-)Diebstahl (Art. 159 CCC: Verlust der Hand) sowie beim Meineid (Art. 107 CCC: Verlust der Schwur-

³⁰ Zurecht mahnt *Schaffstein* (Fn. 27), S. 57, der Rechtshistoriker müsse sich „hüten, sein Material nur an den Kategorien der eigenen Gegenwart zu messen, die [...] erst das Ergebnis einer langen Entwicklung ist“.

³¹ *F.-C. Schroeder* (Fn. 1), S. 209.

³² *F.-C. Schroeder* (Fn. 1), S. 209.

³³ Vgl. wiederum *F.-C. Schroeder* (Fn. 1), S. 209.

³⁴ *Schaffstein* (Fn. 27), S. 57.

³⁵ *F.C.-Schroeder* (Fn. 1), S. 212.

³⁶ Zu nennen sind ferner die „Viertelung“, das „Rädern“, das Ertränken sowie das (Lebendig-)Begraben (vgl. Art. 192 CCC). Angereichert werden konnte die Tötung durch das vorherige „Schleifen“ des Verurteilten zum Richtplatz (Art. 193 CCC) und das „Reißen des Leibes mit glühenden Zangen“ (Art. 194 CCC).

³⁷ Zur Bedeutung dieser Hinrichtungsart in der Carolina vgl. *Feucht*, Grube und Pfahl, 1967, S. 68.

³⁸ Eingehend zu den praktizierten Formen *Feucht* (Fn. 37), S. 4 ff.; nach *Waechter* (Fn. 10), S. 122, „wurde der Verurteilte lebendig in ein Grab gelegt, ihm ein spitzer Pfahl durch den Leib getrieben und dann das Grab geschlossen“.

³⁹ Dazu *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 2 Rn. 21 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 17; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 25.

⁴⁰ Die oben (IV. 2. c) angesprochene Hexenverfolgung liefert ein eindrückliches Beispiel für eine derartige Symbiose.

⁴¹ Durch die lutherische Bibelübersetzung bekannt als „Auge um Auge, Zahn um Zahn“.

⁴² In diese Richtung auch *F.-C. Schroeder* (Fn. 1), S. 213; vgl. zum Talionsprinzip auch *Eisele* (Fn. 39), § 2 Rn. 45.

⁴³ Zu entsprechenden Anhaltspunkten im Strafgesetzbuch vgl. *Heinrich* (Fn. 39), Rn. 20.

⁴⁴ Vgl. auch *v. Hippel* (Fn. 4), § 14 VII 3; *Eisele* (Fn. 39), § 2 Rn. 45, formuliert mit Blick auf die mittelalterlichen (und frühneuzeitlichen) Leibesstrafen: „Hier wird Brutalität durch Brutalität vergolten [...]“.

finger) „Elemente der Individualprävention“⁴⁵ innewohnten, kann im Rahmen dieses Beitrags nicht weiter nachgegangen werden. Dafür spricht freilich, dass der durch bestimmte Leibesstrafen erreichten „Kenntlichmachung der Vorbestraftheit“⁴⁶ durchaus spezialpräventiver Charakter (negativer Ausprägung) zukommt.⁴⁷ Schließlich sei angemerkt, dass der Ausrichtung der Strafe auf eine – die Resozialisierung ermöglichende – Besserung des Täters⁴⁸ in der frühen Neuzeit keine Bedeutung zukam. Insoweit „war die Zeit noch nicht reif“⁴⁹. Der Täter sollte nicht mit der Gesellschaft, sondern mit Gott versöhnt werden.⁵⁰

Bei der kurzen Einführung in das Strafsystem der Carolina fällt auf, dass von der Freiheitsstrafe, neben der Geldstrafe eine der beiden Hauptstrafen im gegenwärtigen Strafsystem (vgl. §§ 38 ff. StGB), keine Rede ist. Dies liegt daran, dass die Freiheitsstrafe „noch nicht erfunden war“⁵¹. Eine Freiheitsentziehung kam allenfalls bei Personen in Betracht, bei denen die Begehung schwerwiegender Straftaten ernsthaft zu befürchten stand. In Art. 176 CCC⁵² heißt es dazu: „Solchen künftigen vnrechtlichen schaden vnd übel zu fürkommen, soll die selbig vnghaubhaftige böshaftige person inn gefengknüß [...]“. Das so bezeichnete „gefengknüß“ diente also – um im heutigen Sprachgebrauch zu bleiben – der Sicherungsverwahrung. Die Freiheitsentziehung hatte damit präventiven, nicht repressiven Charakter. Im Zusammenhang mit dem „kleinen Diebstahl“ (Art. 157 CCC)⁵³ wird auf die Möglichkeit der Einkerkung verwiesen, sofern der Dieb nicht in der Lage ist, die gegenüber dem Geschädigten zu entrichtende Geldbuße zu bezahlen. Diese Form der „Ersatzfreiheitsstrafe“ ist freilich nicht zu verwechseln mit der Freiheitsstrafe als Hauptstrafe.⁵⁴

V. Strafprozessrecht

Nicht selten wird in Auseinandersetzung mit der Carolina, ihrem Charakter und ihrer Bedeutung die Bemerkung vorweggeschickt, es handle sich primär um eine Strafprozess-

⁴⁵ Geppert, Jura 2015, 143 (149).

⁴⁶ F.-C. Schroeder (Fn. 1), S. 213.

⁴⁷ Untermuert wird das Ganze durch den Umstand, dass die Carolina bereits die „Sicherungsverwahrung“ kannte, dazu sogleich.

⁴⁸ Zum Strafzweck der positiven Spezialprävention vgl. wiederum Eisele (Fn. 39), § 2 Rn. 36; Heinrich (Fn. 39), Rn. 18.

⁴⁹ Schütz, Jura 1998, 516 (522).

⁵⁰ Art. 102 CCC ordnete an, man möge den zum Tode Verurteilten beichten lassen; wenigstens ein Priester solle ihn „der lieb gottes, rechtem glauben und vertrauen zu Got vnd dem verdienst Christi vnsers seligmachers, auch zu berewung seiner sünd vermanen“.

⁵¹ F.-C. Schroeder (Fn. 1), S. 211.

⁵² Auch Art. 195 CCC behandelt – in noch pauschalerer Form – die Möglichkeit, Personen vorbeugend in Haft zu nehmen.

⁵³ Dazu oben IV. 2. b).

⁵⁴ Eingehend zur Entwicklung der Freiheitsstrafe (als Hauptstrafe), welche – jedenfalls in deutschsprachigen Gebieten – erst mit Beginn des 17. Jahrhunderts ihren „Siegesszug“ antrat, v. Hippel, ZStW 18 (1898), S. 419 ff., 608 ff.

ordnung.⁵⁵ Dies ist insoweit zutreffend, als die Intention der Schöpfer der Carolina dahin ging, den unhaltbar gewordenen Zuständen in der deutschen Strafrechtspflege entgegenzuwirken. Gemeint war primär die willkürliche Anwendung der Folter, die ihrerseits maßgeblich auf das Fehlen von Beschuldigtenrechten zurückzuführen war.⁵⁶ Der Fokus lag also auf dem Prozess der Wahrheitsfindung, mithin auf klassischem Verfahrensrecht. Vor diesem Entstehungshintergrund leuchtet die Betonung des prozessualen Charakters ein. Zugleich kann mit Blick auf den materiell-rechtlichen Gehalt der Carolina nicht geleugnet werden, dass sowohl in Ansehung des Allgemeinen als auch in Ansehung des Besonderen Teils bedeutende Grundlagen gelegt wurden, ohne die das Entstehen einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik kaum gedacht werden kann. Die oben vorgenommene Begutachtung einzelner Vorschriften mag als hinreichender Beleg dienen.⁵⁷ Löst man sich also einmal von den die reichseinheitliche Kodifikation begleitenden Umständen und betrachtet das Gesamtbild, ist mit v. Hippel festzustellen, dass „Strafrecht und Strafprozess in der Carolina völlig ebenbürtig nebeneinander [stehen]“⁵⁸. Die in prozessualer Hinsicht erzielten Fortschritte sollen damit keinesfalls in Abrede gestellt werden. Vielmehr soll selbigen im Folgenden die verdiente Anerkennung zuteilwerden.

1. Verfahrenseinleitung und Inquisitionsprinzip

Die Carolina kennt zwei Wege, auf denen ein Strafverfahren angestoßen werden kann: die Einleitung ex officio (von Amts wegen) sowie die Privatklage. Beide Verfahrensarten stehen in der Carolina formal gleichberechtigt nebeneinander.⁵⁹ Bezieht man erneut den Entstehungshintergrund der Carolina ein, vergegenwärtigt sich also, dass es um nicht weniger als die Schaffung einer geordneten, effizienten und dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit verpflichteten Strafrechtspflege ging, leuchtet ein, dass das Hauptaugenmerk auf der Verfahrenseinleitung ex officio lag. Dies zeigt sich schon darin, dass es zur Einleitung eines solchen Verfahrens nach Art. 6 CCC genügte, wenn „jemand eyner übelthat durch gemeynen leumut berüchtiget“ wurde bzw. wenn „andere glaubwürdige anzeygung verdacht vnd argkwonig“ vorlag. Diese – letztlich geringen – Anforderungen sorgten dafür, dass die Privatklage „im allgemeinen entbehrlich“⁶⁰ war.⁶¹ Wenig attraktiv wurde die Privatklage freilich auch dadurch,

⁵⁵ Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2013, Rn. 448; Gergen, JA 2010, 575 (576); Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 10 IV.

⁵⁶ Dazu im ersten Teil III. 1.

⁵⁷ Vgl. im ersten Teil IV. 1. und oben IV. 2.

⁵⁸ v. Hippel (Fn. 4), § 14 V.

⁵⁹ Die Art. 6-10 befassen sich ausschließlich mit der Einleitung von Amts wegen, während die Art. 11-17 sich recht ausführlich der Privatklage widmen.

⁶⁰ v. Hippel (Fn. 4), § 14 IX 1.

⁶¹ Damit erfolgte eine eindeutige Abkehr vom überkommenen Strafprozess deutscher Prägung, der dem Prinzip „Wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter“ folgte; dazu etwa F.-C. Schroeder (Fn. 1), S. 132.

dass der Ankläger mit Blick auf anfallende Kosten und dem Angeklagten drohenden Nachteilen Bürgschaft zu leisten hatte (Art. 12 CCC). Schließlich ist zu beachten, dass der Verfahrensgang, unabhängig von der Art der Verfahrenseinleitung (ex officio oder privat), vom Inquisitionsprinzip geprägt war.⁶² Nach Klageerhebung wurde auch die sog. Privatklage zum „amtlich betriebene[n] Inquisitionsprozeß“⁶³. In dieser Verbindung von privater Klageerhebung und amtlicher Ermittlung liegt nicht nur ein Bruch mit dem italienischen Rechtsdenken, das streng zwischen accusatio und inquisitio unterschied⁶⁴, sondern auch mit dem – bis dahin gängigen – Akkusationsprozess deutschrechtlicher Prägung, der sich dadurch auszeichnete, dass die anklagende Partei Beweise für die Schuld des Beklagten beibringen musste.⁶⁵

Festgehalten werden kann, dass das amtlich eingeleitete Inquisitionsverfahren spätestens mit Einführung der Carolina zur bedeutendsten Verfahrensart wurde.⁶⁶

Wird das Strafverfahren also durchgängig vom Inquisitionsprinzip geprägt, verdient dieses genauere Betrachtung. In Auseinandersetzung mit dem Entstehungshintergrund der Bambergensis wurde deutlich, dass das Inquisitionsprinzip als solches bereits im 15. Jahrhundert bekannt war.⁶⁷ Seine Wurzeln liegen gar im 13. Jahrhundert, als Papst *Innozenz III.* das kirchliche Strafverfahren vom reinen Akkusationsprozess in Richtung eines objektiven Erforschungsverfahrens umgestaltete. Hintergrund war die häufig fehlende Bereitschaft, gegenüber mächtigen Amtsträgern in die Rolle des Anklägers zu schlüpfen.⁶⁸ Problematisch war an der im weltlichen Bereich⁶⁹ praktizierten Form des Inquisitionsprozesses, dass alles, was zur Ermittlung der „Wahrheit“ dienlich schien, nahezu voraussetzungslos herangezogen werden konnte. In Bezug genommen ist in erster Linie das Instrument der Folter. Dem Inquisitionsprozess der Carolina ist mit dem eben beschriebenen Inquisitionsprozess gemein, dass Richter und Ankläger personengleich sind und – im öffentlichen Interesse – nach der „Wahrheit“ forschen.⁷⁰ Eine weitere Gemeinsamkeit liegt in der enormen Bedeutung des Geständnisses. Weitere – zur Verurteilung führende – Beweismittel können Zeu-

genaussagen sein. Schon daraus wird ersichtlich, dass die Carolina den Rahmen des Inquisitionsprozesses nicht von Grund auf neu absteckte, sondern sich daran machte, die Wahrheitsfindung in geordnete Bahnen zu lenken. Bei diesem Ordnungsprozess wurde, wie bei Betrachtung der Indizienlehre zu zeigen sein wird, endlich auch die Position des Angeklagten⁷¹ in den Blick genommen.

2. Die Indizienlehre

Die mit der Person *Schwarzenbergs* verbundene Indizienlehre wurde bereits weiter oben umrissen.⁷² Ihre Bedeutung entfaltete sie im Zusammenhang mit der Folter, sollte diese doch nach Maßgabe des Art. 20 CCC ausgeschlossen sein, „wo nicht zuor redlich anzeygen der mißthat [...] vorhanden“. Es bedurfte also eines hinreichenden Anlasses, bevor zur „peinlichen Befragung“ geschritten werden konnte. Gefordert wurden bestimmte Indizien, die teils abstrakt, teils mit Blick auf einzelne Delikte formuliert wurden.⁷³ Wichtig ist auch die in Art. 22 CCC hervorgehobene Unterscheidung von *Indizien*, die zur Folter ermächtigen, und *Beweisen*, die eine Verurteilung rechtfertigen. Mit Blick auf die Indizien sind zwei Gruppen zu unterscheiden: die entfernten und die nahen Indizien.⁷⁴ Das Vorliegen *eines* entfernten Indizes ermächtigte nicht zur Folter, notwendig war das Vorhandensein *mindestens zweier* Anhaltspunkte. Entfernte Indizien waren etwa der Umstand, dass die Person auf dem Weg zum Tatort gesehen wurde, die Tatsache, dass die Person ähnliche Kleider wie der am Tatort Beobachtete besitzt sowie der Umstand, dass die Person „bei solchen leuten wunong oder gesellschaft habe, die der gleichen missethat üben“ (Art. 25 CCC). Handelte es sich dagegen um ein nahes Indiz, etwa die Beschuldigung durch einen Mittäter (Art. 31 CCC) oder ein außergerichtliches Geständnis (Art. 32 CCC), genügte das Vorliegen *eines* entsprechenden Anhaltspunktes. Brachte der Angeklagte entlastende Umstände vor, hatte der Richter eine Abwägung zwischen diesen und den belastenden Indizien vorzunehmen, um über die Anwendung der Folter zu entscheiden (Art. 28 CCC). In Zweifelsfällen sei der Rat von Rechtsverständigen einzuholen.⁷⁵

⁶² *Eb. Schmidt* (Fn. 4), S. 126; vgl. auch *Geppert*, Jura 2015, 143 (150); *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, 2002, S. 60.

⁶³ *Eb. Schmidt* (Fn. 4), S. 126.

⁶⁴ Zu diesen Prozessformen der italienischen Jurisprudenz vgl. *Brunnenmeister* (Fn. 12), S. 213 ff.

⁶⁵ Dazu *Ignor* (Fn. 62), S. 43 f.

⁶⁶ *Dezza*, Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit, 2017, 5.2.2; *Geppert*, Jura 2015, 143 (150); *Hirte/Hübsch*, JA 2009, 606 (610).

⁶⁷ Dazu im ersten Teil III. 1.

⁶⁸ Eingehend zur Entwicklung des Inquisitionsprozesses in der kirchlichen Strafgerichtsbarkeit *Ignor* (Fn. 62), S. 47 ff.

⁶⁹ Zur allmählichen Übernahme des Inquisitionsprinzips durch weltliche Gerichte vgl. abermals *Ignor* (Fn. 62), S. 49 ff.

⁷⁰ *Ignor* (Fn. 62), S. 56, fasst das Wesen des Inquisitionsprozesses mit den Schlagworten „Offizialprinzip, Untersuchungsgrundsatz und Prinzip der materiellen Wahrheit“ zusammen.

⁷¹ Ein „Ermittlungsverfahren“ heutiger Prägung gab es nicht. Alle Ermittlungen wurden im Rahmen des Gerichtsverfahrens vorgenommen, weshalb die Bezeichnung als „Angeklagter“ – nicht: „Beschuldigter“ bzw. „Angeschuldigter“ – durchaus zutreffend ist.

⁷² Dazu im ersten Teil III. 1.

⁷³ Vgl. etwa die Indizien, die im Zusammenhang mit dem Zauberei-Tatbestand zur Folter ermächtigen sollten, oben IV. 2. c); beim Mord sollte gem. Art. 33 CCC ein Indiz sein, dass der des Mordes Verdächtige zur Tatzeit mit blutigen Kleidern und/oder Waffen gesehen wurde; beim Diebstahl sollte nach Maßgabe des Art. 43 CCC das Auffinden des Diebesguts beim Verdächtigen, der keinen Gewährsmann benennen kann, ein Indiz sein.

⁷⁴ Eingehend *Dezza* (Fn. 66), 5.2.3.

⁷⁵ Zur Bedeutung solcher Rechtsverständiger im Inquisitionsprozess vgl. unten V. 4.

Während die vorgenannten Indizien zum Einsatz der auf ein Geständnis („eygen bekennen“) gerichteten Folter führen konnten, vermochte der zur Verurteilung notwendige Beweis – alternativ – auch durch die Aussage von mindestens zwei glaubhaften Zeugen erbracht zu werden (Art. 67 CCC). Voraussetzung einer Verurteilung war demnach stets ein Geständnis oder ein hinreichender Zeugenbeweis. Andere Beweismittel kannte das frühneuzeitliche Inquisitionsverfahren nicht (mehr). Institute wie der Reinigungseid⁷⁶, Gottesurteil oder Zweikampf hatten ausgedient. Zugleich wird deutlich, dass die Carolina vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wie er heute in § 261 StPO normiert ist, noch ein erhebliches Stück entfernt war. Entschieden wurde stets nach festen Beweisregeln, was mit einer eigenverantwortlichen richterlichen Überzeugungsbildung wenig gemein hat.

3. Sicherungsmechanismen

So ausdifferenziert das Indizienystem der Carolina auch erscheinen mag, gingen doch offenbar auch ihre Schöpfer nicht davon aus, dass die Folter von nun an einen Ausnahmefall darstellen würde. So finden sich etliche Vorschriften zum Vorgehen bei der Folter, wobei die Vielzahl der zugunsten des Angeklagten eingebauten Sicherungsmechanismen erstaunt. Art. 47 CCC verlangt, den Angeklagten vor der peinlichen Befragung darauf hinzuweisen, dass er (noch) die Möglichkeit habe, entlastende Umstände vorzutragen. Insbesondere solle man ihn „erinnern, ob er kunt weisen vnd anzeygen, daß er auff die zeit, als die angezogen missethath geschehen, bei leuten, auch an enden oder orten gewest sei, dardurch verstanden, daß er der verdachten missethath nit gethn haben kundt“. Art. 47 CCC erklärt denn auch, weshalb entsprechende Hinweise zu erteilen sind: „Vnnd solcher erinnerung ist darumb not, daß mancher auß eynfalt oder schrecken, nit fürzuschlagen weist, ob er gleich vnschuldig ist, wie er sich des entschuldigen vnd außführen soll.“ Damit scheint ein Zugeständnis an die (furchtsame) menschliche Natur gemacht. Man könnte gar von einem humanistischen Einschlag sprechen, erfolgte das Zugeständnis nicht im Rahmen des Instrumentariums der Folter, dessen Einsatz von einer humanistischen Weltsicht nicht weiter entfernt sein könnte.⁷⁷

Ein besonderes Augenmerk legt die Carolina auch auf die Schlüssigkeit der Aussage. Diese sei jedenfalls bei der Angabe von Umständen zu bejahen, „die keyn vnschuldiger wissen kann“ (Art. 54 CCC). Suggestivfragen sind ausdrücklich nicht erlaubt.⁷⁸ Zudem soll das erfolgte Geständnis dadurch abgesichert werden, dass der Angeklagte in zeitlichem Abstand („zum minsten über den andern, oder mer tag nach der marter“) mit seiner Aussage konfrontiert und in diesem Zu-

⁷⁶ Durch Beschwören seiner Integrität konnte sich der einer Straftat Verdächtige von den Vorwürfen befreien. Aufs Spiel setzte er sein Seelenheil; dazu *Ignor* (Fn. 62), S. 48.

⁷⁷ Dies gilt jedenfalls, soweit man einen Menschenwürde basierten Humanismus-Begriff zugrunde legt.

⁷⁸ Vgl. Art. 56 CCC: „[...] solchs [die Wahrheitsfindung] würdet aber etwa damit verderbt, wenn den gefangen jn anemen oder fragen, die selben vmbstende der missethath vorgesagt vnd darauff befragt werden“.

sammenhang befragt wird, „ob sein bekantnuß wahr sei“ (Art. 56 CCC).

Schließlich sehen sich diejenigen Richter, die sich in Ansehung der Folter nicht an den gesetzlich gesteckten Rahmen halten, selbst einer – inhaltlich recht vage gehaltenen – Strafandrohung gegenüber (Art. 61 CCC).

4. Die an der Entscheidungsfindung Beteiligten

Eine detaillierte Festschreibung der Gerichtsbesetzung, wie sie heute – in Gestalt des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) – selbstverständlich ist, sucht man in der Carolina vergebens. Aus einer Zusammenschau der Art. 1 und 81 CCC ergibt sich indes, dass das Gericht mit einem Richter und mehreren „vrtheylern“ (Schöffen) besetzt war⁷⁹, wobei der Richter nicht mehr nur mit der Verfahrensleitung betraut war, sondern auch über ein Mitentscheidungsrecht verfügte (Art. 81 CCC). Über die Anzahl der Schöffen findet sich eine Angabe in Art. 84 CCC, wo im Zusammenhang mit dem „Endlichen Rechtstag“⁸⁰ davon die Rede ist, dass das Gericht „nit vnder sibem oder acht schöffen besetzt“ sein dürfe. Im eigentlichen Gerichtsverfahren, das vom „Endlichen Rechtstag“ strikt zu scheiden ist, bedurfte es nicht durchgängig der Mitwirkung des gesamten Gerichts. So ließ Art. 47 CCC es genügen, wenn eine peinliche Befragung „inn gegenwertigkeit des Richters, vnd zum wenigsten zweyer des gerichtts vnd des gerichtts schreibers“ vorgenommen wurde.

Mit Blick auf den Gerichtsschreiber ist festzuhalten, dass dieser im Inquisitionsprozess eine bedeutende Rolle spielte, konnte die in etlichen Artikeln – zum Teil nur im Zweifelsfalle – angeordnete⁸¹, im Wege der Aktenversendung erfolgende Erkundigung bei Rechtsverständigen doch nur bei gewissenhafter Protokollierung des bisherigen Prozessgeschehens erfolgen. Art. 219 CCC benennt wiederum die gelehrten Autoritäten, bei denen Rat zu suchen war, namentlich bei den „Oberhöfen“ („oberhofen“), der landesherrlichen Obrigkeit („oberkeyt“) oder den juristischen Fakultäten („den nechsten hohen schulen“). Besonders bemerkenswert an Art. 219 CCC ist, dass dieser eine Erkundigung offenbar auch über die gesetzlich angeordneten Fälle hinaus vorsah, spricht er doch reichlich pauschal davon, dass in Zweifelsfällen („darinn jnen zweiuuel zufiel“) Rat einzuholen sei.⁸² Zur Klarstellung sein angemerkt, dass die Einholung eines Rechtsrates gleichzusetzen war mit der Bitte um Entscheidung.⁸³ Diese Einbindung rechtskundiger Stellen mag den Weg geebnet haben für ein

⁷⁹ Vgl. auch *Geppert*, Jura 2015, 143 (150); *Schütz*, Jura 1998, 516 (423).

⁸⁰ Zu diesem sogleich, V. 5.

⁸¹ Vgl. etwa die Art. 112 (Brief- und Siegfälschung), 117 (Unkeuschheit „mit nahende gesipten freunden“), 118 (Entführung einer Frau), 123 (Kuppelei), 131 (Kindstötung), 133 (Abtreibung), 160 (großer Diebstahl), 169 (Fischdiebstahl).

⁸² In diesem Sinne auch *Dezza* (Fn. 66), 5.2.5 („allgemeines Hilfsmittel“); ferner *Geppert*, Jura 2015, 143 (150); a.A. offenbar *F.-C. Schroeder* (Fn. 1), S. 215, wonach das Rat-suchen „nur bei den weniger schweren Delikten vorgesehen war“.

⁸³ Deutlich auch *Ignor* (Fn. 62), S. 61.

„Professorenrecht“⁸⁴, das die Rechtspflege in Deutschland über Jahrhunderte prägte. Die heute oft bemühte Gegensätzlichkeit von „Rechtsprechung“ und „Literatur“ kann also mitnichten auf eine lange Tradition zurückblicken. Vielmehr gingen beide Disziplinen – ganz selbstverständlich – eine Symbiose ein, die in Zeiten einer in jeglicher Hinsicht unabhängigen Justiz unvorstellbar ist.⁸⁵

5. Der „endliche Rechtstag“

Beschäftigt man sich mit Aspekten im Gerichtsverfahren der Carolina, die gegenwärtig „unvorstellbar“ sind, landet man zwangsläufig auch beim „Endlichen Rechtstag“. Dieser konnte auf Verlangen des Klägers oder des Beklagten abgehalten werden (Art. 78 CCC). Erstaunlich ist, dass das Urteil bereits vor Abhaltung des Rechtstags abgefasst werden sollte (Art. 81 CCC), womit dem öffentlich abgehaltenen Rechtstag mehr der Charakter eines Schauspiels zukam.⁸⁶ Ein Schauspiel, das als Verbeugung vor der deutschen Tradition öffentlicher Gerichtsbarkeit gelten kann⁸⁷, zur Urteilsfindung aber nichts mehr beizutragen vermochte. Zwar wurde dem Angeklagten die Möglichkeit eingeräumt, „Fürsprache“ für sich halten zu lassen. So stand dem nicht geständigen sowie dem „Entschuldigungsgründe“⁸⁸ anführenden Angeklagten gemäß Art. 91 CCC ein „Fürsprecher“ (aus dem Kreis der Schöffen, Art. 88 CCC) zu. Doch durfte sich dieser Fürsprecher nur einer in Art. 91 CCC festgehaltenen Formel bedienen, die nicht mehr besagte, als dass der Angeklagte um die (An-)Erkennung seiner Unschuld und angemessene Entschädigung bittet. Ein echtes Plädoyer sieht unzweifelhaft anders aus. Die Verkündung des Urteils überlässt der Richter dem „schreiber“ (Art. 94 CCC). Im Falle der Todesstrafe kommt es unmittelbar zur Vollstreckung (Art. 96 f. CCC).

Der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass die Carolina keine Rechtsmittel kannte.

⁸⁴ So *Dezza* (Fn. 66), 5.2.5.

⁸⁵ Dass Gerichte bei ihrer Entscheidungsfindung auf Gedankengut aus der Rechtswissenschaft zurückgreifen, ist von völlig anderer Qualität. Immerhin wird die Entscheidung nicht von der Einholung eines Gutachtens abhängig gemacht, sondern – unter Berücksichtigung vorhandener Rechtsauffassungen – eigenständig begründet.

⁸⁶ Vgl. auch *Dezza* (Fn. 66), 5.2.4 („rituelle Zeremonie“); *Geppert*, Jura 2015, 143 (151, „nicht mehr als bloßes Zeremoniell ohne jeden Sachbezug“); v. *Hippel* (Fn. 4), § 14 IX 1 Fn. 4 („im wesentlichen eine bloße Formalität“); *Schütz*, Jura 1998, 516 (523, „Scheinverfahren“).

⁸⁷ Das Festhalten an tradierten Formen zeigt sich insbesondere in Art. 82 CCC, in welchem dargelegt wird, wie der Gerichtstag zu eröffnen ist: Zunächst sind die Glocken an dem (öffentlichen) Platz zu läuten, an dem Gericht gehalten wird, bevor der Richter und die Schöffen Einzug halten. Der Richter hat – „nach ländlichem herkommen eyns jeden orts“ – den Stab oder das Schwert in der Hand zu halten.

⁸⁸ Gemeint sind alle Umstände, welche einer Strafbarkeit entgegenstehen, mithin Gründe, die nach heutigem Verständnis als Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgründe einzuordnen sind.

VI. Bedeutung und Rezeption

Die reichseinheitliche Kodifikation aus dem Jahre 1532 wird als „einzigartiger, gewaltiger Markstein deutscher Gesetzgebung“⁸⁹, als „Kern aller strafrechtlich ausgerichteten Wissenschaft bis zu den Kodifikationen des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts“⁹⁰, als „herausragendes Denkmal der deutschen Rechtsgeschichte“⁹¹ gewürdigt. Unter Berücksichtigung der Fortschritte, die sowohl prozessual als auch materiell-rechtlich erreicht wurden, kann (all-)dem nur zugestimmt werden. Von besonderem Interesse ist vor dem Hintergrund der in der Entstehungszeit bestehenden Spannungslage zwischen Reichs- und Territorialinteressen, wie sich die Carolina in den einzelnen Territorien durchzusetzen vermochte.

In etlichen Territorien ergingen als Reaktion auf die Carolina eigene Gerichtsordnungen, die sich inhaltlich und wörtlich nah an das Reichsgesetz anlehnten.⁹² In anderen Territorien erging die Anweisung, unmittelbar der Carolina zu folgen.⁹³ In wenigen Territorien erfolgte eine nur teilweise Rezeption⁹⁴, während namentlich Ober- und Niederbayern einen eigenständigen Weg beschritten.⁹⁵

Diejenige unter den Strafrechtswissenschaftlern, die über die Grenzen eines Territoriums hinaus Gehör finden wollten, mussten zwangsläufig die Carolina zur Grundlage ihrer Arbeiten machen und taten dies denn auch. Noch im Jahre 1770 veröffentlichte *Johann Samuel Friedrich von Böhmer* mit seinen „Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam“ eine umfassende Kommentierung der Carolina.

Die Carolina wurde also – unmittelbar oder vermittelt über regionale Gerichtsordnungen – zur Grundlage des Strafrechts in weiten Teilen Deutschlands. Eine vergleichbare Bedeutung hat erst wieder das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 erreicht, das im Strafgesetzbuch der Gegenwart fortwirkt. Damit sollen große reformerische Leistungen, die – wie die Abschaffung der Folter in Preußen durch *Friedrich II.* (1740) – das Straf- und Strafprozessrecht in der Zwischenzeit mehr und mehr humanisiert haben, keineswegs verkannt werden. Sucht man aber nach einer Kodifikation, die der Carolina in ihrer Bedeutung gleichkommt, so wird man erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts fündig.

VII. Resümee

Die Ausführungen zum materiellen Strafrecht sowie zum Strafprozessrecht haben gezeigt, dass der Carolina unzwei-

⁸⁹ v. *Hippel* (Fn. 4), § 14 X 3; ähnlich *Schaffstein* (Fn. 27), S. 65: „Markstein der deutschen Strafrechtsgeschichte“.

⁹⁰ *Gergen*, JA 2010, 575 (578).

⁹¹ *F.-C. Schroeder* (Fn. 1), S. 205.

⁹² Nach *Eb. Schmidt* (Fn. 4), S. 142 f., sind dies: Hessen, (Chur-)Köln, Pommern, Baden, die (Chur-)Pfalz sowie Hamburg.

⁹³ *Eb. Schmidt* (Fn. 4), S. 142, nennt Mecklenburg, Münster, Butzbach.

⁹⁴ *Eb. Schmidt* (Fn. 4), S. 143, richtet sein Augenmerk insoweit auf das Herzogtum Preußen.

⁹⁵ *Eb. Schmidt* (Fn. 4), S. 143.

felhaft das Verdienst der Systematisierung zuzusprechen ist. Im materiellen Recht wurden bestimmte, miteinander verwandte Delikte in einzelnen Abschnitten zusammengefasst, wobei – aus gegenwärtiger Sicht – insbesondere die Schaffung und Bündelung einiger Vorschriften allgemeiner Natur (betreffend Versuch, Teilnahme, Schuldfähigkeit) hervorzuheben ist. Neben die (formale) Systematisierung tritt das Bemühen, Elemente der Willkür nach Möglichkeit auszuschalten. In diesem Zusammenhang kommt der Indizienlehre besonderes Gewicht zu, die auf den ersten Blick – mit ihren langen Indizienkatalogen – reichlich formal und technisch daherkommt, tatsächlich aber die Rechtsposition des Angeklagten in den Blick nimmt bzw. eine solche erst schafft. Dass in der Folter in den Augen des aufgeklärten Menschen das eigentliche Grundübel liegt, das nur dazu dient, „die Fähigkeit eines Beschuldigten zu ermitteln, einem mehr oder weniger intensiven, mehr oder wenigen langen und mehr oder weniger häufig wiederholten Schmerz zu widerstehen“⁹⁶, versteht sich von selbst. Das Bestreben, das Element der Willkür zu eliminieren, darf dennoch als beachtlicher Fortschritt gesehen werden.

Der in etlichen Vorschriften explizit angeordnete, aber auch darüber hinaus mögliche Rückgriff auf den Rat von „Rechtskundigen“ erscheint in Zeiten einer unabhängigen Justiz, die in ihren Spruchkörpern durchweg auf gut ausgebildete Juristen zurückgreifen kann, kaum als erstrebenswerter Zustand. Mit Blick auf die Gerichtsbesetzung in der frühen Neuzeit⁹⁷ erweist sich die Einbeziehung von Rechtskundigen dagegen als bedeutender Schritt hin zu einer Professionalisierung der Strafrechtspflege.

Wendet man den Blick von diesen prozessualen Fortschritten zurück zum materiellen Recht, ist es insbesondere die Fruchtbarmachung des Schuldprinzips, die als epochemachend einzuordnen ist. Der neuen Akzentuierung der subjektiven Zurechenbarkeit liegt die – heute selbstverständliche – Erkenntnis zugrunde, dass die durch eine äußere Handlung bzw. einen äußeren Erfolg ins Visier des Strafrechts geratene Person *als Mensch* gleichermaßen vernunftbegabt wie triebgesteuert ist. Diese Weichenstellung – in Abkehr von der reinen Erfolgshaftung – prägt unser Strafrecht bis heute.⁹⁸

Die Carolina ragt nicht nur in der deutschen Strafrechts-, sondern ganz allgemein in der deutschen Rechtsgeschichte heraus. Was dem Zivilprozessrecht und dem Zivilrecht letztlich erst in den Jahren 1879 (Inkrafttreten der ZPO) bzw.

1900 (Inkrafttreten des BGB) vergönnt war, bewirkte die Carolina für den Bereich des Straf- und Strafprozessrechts bereits zu Beginn der Neuzeit: die Schaffung allgemeingültiger, der Rechtszersplitterung entgegenwirkender Regelungen.⁹⁹ Ihrer Einordnung als „Markstein der deutschen Strafrechtsgeschichte“¹⁰⁰ ist daher mit Nachdruck zuzustimmen.

⁹⁶ Dezza (Fn. 66), 5.2.3.

⁹⁷ Waechter (Fn. 10), S. 102, spricht von einer Besetzung „mit ganz unfähigen und unwürdigen Subjecten“.

⁹⁸ Damit soll nicht die Existenz von Ansätzen verkannt werden, die – ausgehend von einer deterministischen Grundhaltung – den Schuldbegriff in seiner gegenwärtigen Ausprägung (als Frage der „Vorwerfbarkeit“) kritisch sehen. Seien menschliche Entscheidungen in Wahrheit stets durch biochemische und physikalische Prozesse vorherbestimmt, fehle es bereits am freien Willen und damit an der Grundlage jedes strafrechtlichen Vorwurfs; zu entsprechenden Ansätzen siehe Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 13 Rn. 110 ff.

⁹⁹ Dass die Carolina nicht überall umfassend rezipiert wurde, wurde bereits weiter oben (VI.) dargetan.

¹⁰⁰ Schaffstein (Fn. 27), S. 65.