

## Aufsatz StR

Univ.-Prof. em. Dr. Klaus Geppert

# Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. (die »Carolina«)

Wissens- und Nachdenkenswertes zu einer Rechtsquelle aus dem Jahre 1532

DOI 10.1515/jura-2015-0024

*Das Verständnis für jedwedes Recht erschließt sich letztlich nur aus seiner Geschichte, was in besonderem Maße für das Straf- und das Strafverfahrensrecht gilt. Vor diesem Hintergrund sei vorweg daran erinnert, dass speziell das deutsche Strafverfahrensrecht in seiner jahrhundertealten Geschichte zweimal entscheidende Impulse von außen erfahren hat: so zum ersten Mal durch die sog. Rezeption, wobei mit diesem Fachbegriff in Deutschland jene Übernahme fremder, d.h. vor allem aus dem römisch-kanonischen Recht hervorgegangener spätmittelalterlicher Rechtsideen und Rechtseinrichtungen gemeint ist, die im hohen Mittelalter mit der juristischen Schulung staatlicher Amtswalter in den oberitalienischen Rechtsschulen begann und die ihren Höhepunkt bei uns im ausgehenden 15. zum 16. Jahrhundert erreichte<sup>1</sup>. Der zweite maßgebliche Impuls aus dem Ausland erfolgte im Lauf des 19. Jahrhunderts durch die Übernahme moderner Prozessgrundsätze (Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, Beseitigung der Kabinettsjustiz, Einführung einer vom Gericht getrennten Staatsanwaltschaft u. a.), die letztlich fast alle über das nachrevolutionäre Frankreich aus England stammen. Auf diesen beiden monumentalen Beinen beruht maßgeblich bis zur Stunde unsere heutige Strafrechtsordnung.*

## I.

Für den Bereich der Rezeption – und nur um diese soll es nachfolgend gehen – steht für den strafrechtlichen Bereich in markanter Weise eben jene in der Überschrift genannte »Peinliche Halsgerichtsordnung« des Jahres

<sup>1</sup> Weiterführend dazu vor allem Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (3. Aufl. 1963: Nachdruck 1983), S. 107 ff.

Klaus Geppert: Berlin

1532, die zu Lebzeiten des Kaisers Karl V.<sup>2</sup> geschaffen wurde und die nach dessen Namen – obgleich in mittelhochdeutscher Sprache verfasst<sup>3</sup> – auch die »CAROLINA« genannt wird. Für das erwähnte 19. Jahrhundert stehen für den strafrechtlichen Bereich das Reichs-StGB von 1871 sowie die Reichs-StPO von 1877. Ebenso wie diese beiden Gesetze im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts eine lange Phase rechtlicher Zersplitterung beseitigt und mit der politischen Einigung Deutschlands damals auch die Rechtsvereinheitlichung geschaffen haben, hat auch die CAROLINA nach langem Ringen zwischen Kaiser, Reichsständen sowie territorialen Fürsten und Fürstbischöfen die erste reichseinheitliche Kodifikation im Straf- und im Strafprozessrecht zustande gebracht.

1. Weil Gesetze immer auch das Ergebnis ihrer Zeit sind, zum **geschichtlichen Hintergrund** und zur **Entstehungsgeschichte der CAROLINA**, jener von Eberhard Schmidt mit vollem Recht als »bewunderungswürdig«<sup>4</sup> und von Friedrich-Christian Schroeder<sup>5</sup> als »herausragendes Denkmal der deutschen Rechtsgeschichte« vielgelob-

<sup>2</sup> Das ist jener Kaiser des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation, der 1500 in Gent geboren und 1558 in Yuste/Spanien gestorben ist und seit seiner Ernennung zum König von Spanien (1516) auch über Spanien und dessen Nebenlande einschließlich der neuen Kolonien in Südamerika sowie nach dem Tod seines Großvaters Maximilian I. (1519) dann auch über alle habsburgischen Erblande in Österreich, Vorderösterreich und den Niederlanden geherrscht hat und somit nach eigenem Ausspruch Herrscher eines Landes war, »in dem die Sonne nicht unterging«.

<sup>3</sup> Man kann den Urtext der CAROLINA in zwei bei Reclam veröffentlichten Texten nachlesen: vgl. Heft 2990/90 a (1967), herausgegeben und erläutert von Gustav Radbruch, sowie Heft 18064 (2000), herausgegeben und erläutert von Friedrich-Christian Schroeder. Man liest sich im Übrigen relativ schnell in das Mittelhochdeutsch der damaligen Zeit ein. Nicht so einleuchtende Begriffe werden von F.-C. Schroeder in einem verdienstvollen Anhang (aaO S. 147 ff.) wie in einem Wörterbuch Artikel für Artikel übersetzt, nachdem besonders häufige Wörter -wie z.B. »anzeygung« (Indiz), »beweisung« (Zeugensbeweis) oder »urtheiler« (Schöffen) in einem vorgezogenen Glossar (aaO S. 146) erläutert wurden.

<sup>4</sup> Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (o. Fn. 1), S. 109.

<sup>5</sup> Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (o. Fn. 3), S. 205.

ten *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) zusammenfassend immerhin so viel:

Über die an den oberitalienischen Universitäten und Rechtsschulen (zunächst und vor allem Bologna, dann auch Padua, Perugia und Siena u.a.) ausgebildeten deutschen Scholaren kam etwa ab Mitte des 13. Jahrhunderts das kanonisch-italienische Recht auch nach Deutschland. Indem die Richterstellen zunehmend mit jenem dort ausgebildeten juristischen Nachwuchs besetzt wurden, waren diese jungen Juristen verständlicherweise bestrebt, das »fremde« Recht auch in der Praxis ihrer neuen Wirkungsstätte durchzusetzen<sup>6</sup>. So kam es im Lauf der Zeit gerade auf dem Gebiet der Strafrechtspflege zu dem heillos verwirrenden und zunehmend untragbaren Zustand, dass auf deutschem Boden nicht weniger als **drei verschiedene Prozessformen** in Übung waren: der akkusatorische Parteien-Rechtsgang altdeutscher Prägung (mehr Parteienbetrieb – »wo kein Kläger da kein Richter«- auf Initiative des Klägers und letztlich ohne ernsthafte eigene Tatsachenermittlung und nur mit formalistischen Pseudobeweisen: Gottesbeweise, Reinigungseid, sog. Leumundszeugen u.ä.)<sup>7</sup>, der mittelalterlich-deutsche Inquisitionsprozess in seiner noch rudimentären Prägung (Verfahren von Amtswegen mit Untersuchungsführer und Richter in *einer* Person und mit vorsichtigem Beginn einer rationalen Erforschung der materiellen Wahrheit, wobei vor allem dem Geständnis besondere Bedeutung zukam, zu dessen Erzielung gegebenenfalls auch die Folter eingesetzt werden durfte)<sup>8</sup> sowie in immer größerem Umfang auch der kanonisch-italienische Inquisitionsprozess neuer Form, wie er dann in der CAROLINA seine letztlich über Jahrhunderte gültige Form gefunden hat. Dieser Zustand erwies sich auch deshalb zunehmend als untragbar, weil gerade das **15. und das 16. Jahrhundert** fürwahr eine **Zeit der Wirren** war: erhebliche Unruhen religiöser Art und hier zu-

nächst diverse Ketzerbewegungen, die wohl mit Hus und seiner Verbrennung als Ketzer auf dem Konzil von Konstanz (1415) ihren Höhepunkt hatten, Glaubenskriege im Verlauf der Reformation und der Gegenreformation (1517: *Martin Luther* nagelt seine 95 Thesen an die Türe der Schlosskirche in Wittenberg), die Bauernkriege im heutigen Süddeutschland (1524 bis 1525), die als Ausbruch allgemeiner Volksunzufriedenheit mit den Herrschenden keineswegs nur auf die bäuerliche Bevölkerung beschränkt waren (dafür stehen die Namen der Ritter *Florian Geyer* und der vielzitierte *Götz von Berlichingen*) sowie vor allem wachsende Kriminalität (»landschädliche Leute«) in den immer größer werdenden Städten. Dieser politische und gesellschaftliche Hintergrund auf der einen Seite entwickelt besondere Brisanz, weil auf der anderen Seite eine tiefe Krise der Staatlichkeit nicht zu übersehen ist, in der die Zentralgewalt des Kaisers unverkennbare Mühe hat, sein Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation gegen die lokalen Mächte größerer und häufig genug auch allerkleinster Fürstentümer bzw. Fürstbischöfe und gegen die in ihrer Bedeutung wachsenden Reichsstädte durchzusetzen. Ein Doktorand des Jahres 1904 hat es schon damals auf den Punkt gebracht<sup>9</sup>: »Die völlige Ratlosigkeit, mit der... die Schöffen nach dem Sturz des altgermanischen und der Aufnahme des römisch-kanonischen Beweisrechts dem neuen Strafverfahren gegenüberstanden, das zwischen Akkusations- und Inquisitionsform hin und her schwankte und das die Folter keineswegs verabscheute, der große Mangel an geschriebenem Recht und die hieraus entstehende Ungewissheit über die mit Strafe bedrohten Delikte, die Verschiedenheit der in den vielen kleinen Staaten geltenden Strafsysteme zusammen mit den traurigen politischen Zuständen Deutschlands, die ein üppiges Blühen des Fehdewesens, fortgesetzte Zänkereien über den Umfang der verschiedenen Gerichtsbarkeiten geradezu begünstigten, hatten eine ungeheure Verwirrung im Rechtsleben jener Zeit herbeigeführt.«

2. Angesichts eines solchen Befundes wird in einer Zeit größter sozialer Umbrüche und gesellschaftlicher Verwerfungen der Ruf nach dem Strafrecht – das war damals vor knapp 500 Jahren nicht maßgeblich anders als heute – laut und lauter. So hat denn – um nunmehr die **eigentliche Entstehungsgeschichte der CAROLINA** kurz zu skizzieren<sup>10</sup> – das im Jahre 1495 im Zuge der Maximilianischen Reichsreform gegründete Reichskammergericht nach-

<sup>6</sup> Zumal das kanonisch-italienische Recht als das »keyserliche« Recht Anspruch auf Geltung innerhalb des gesamten Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation erhob: vgl. *Henkel*, Strafrechtsverfahrensrecht (2. Aufl. 1968), S. 38.

<sup>7</sup> Weiterführend vor allem *Eberh. Schmidt*, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 76 ff.; zusammenfassend auch *Ebel*, Rechtsgeschichte Band II: Neuzeit (1993), Rdn. 545 ff.

<sup>8</sup> Diese dem traditionellen Rechtsgang altfränkischer Art widersprechende neue Form von Inquisitionsverfahren hat sich nach h. M. letztlich schon vor der erst später erfolgenden Übernahme des fremden Rechts in der Rezeption (Übergang vom 15. zum 16. Jahrhundert) entwickelt: so jedenfalls (jedoch nicht ganz unbestritten) vor allem *Eberh. Schmidt*: ausführliche *derselbe* in seiner Monographie »Inquisitionsprozess und Rezeption« (1940) sowie zusammenfassend in seiner »Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege«, S. 86 ff.; vgl. auch *Ebel*, Rechtsgeschichte Bd. II, Rdn. 553.

<sup>9</sup> *Schoetensack*, Der Strafprozess der Carolina (1904), S. 2.

<sup>10</sup> Ausführlich dazu vor allem *Kleinheyer*, Tradition und Reform in der *Constitutio Criminalis Carolina*, in: »Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der CCC, herausgegeben von Peter Landau und Friedrich-Christian Schroeder (1984),

drücklich auf Schaffung einer wie immer gearteten rechtlichen Ordnung gedrängt, was denn auch die in Freiburg tagende Reichsversammlung von 1498 aufgriff und ihre Mitglieder aufforderte, auf dem nächsten Reichstag eine »ordnung fürzunehmen, wie man in criminalibus procedirn« soll. Es ist eher müssig, die einzelnen Reichstage aufzuzählen, in denen es aus den unterschiedlichsten Gründen nachfolgend nicht zur Verabschiedung dieses alle Reichsstände zufriedenstellenden neuen Gesetzes kam. Fortschritte gab es erst wieder – nach dem Regierungsantritt von Kaiser Karl V. (1519) – auf dem Reichstag von Worms (1521), weil mit der »Peinlichen Halsgerichtsordnung« des Fürstbischofs von Bamberg aus dem Jahre 1507 (der sog. Bambergensis) – einer Schöpfung von *Johann Freiherrn zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg*, von dem nachfolgend noch zu berichten sein wird – inzwischen eine Vorlage vorhanden war, an der man sich orientieren konnte und die zudem im Jahre 1516 als »Brandenburgische Halsgerichtsordnung« auch in den Brandenburgischen Fürstentümern Ansbach und Bayreuth eingeführt worden war. Der Schwung dieser Vorlage verpuffte aber bald wieder; die nachfolgenden Reichstage von Nürnberg (1524) und Speyer (1529) legten wieder den altbekannten Rückwärtsgang ein und verschoben die endgültige Lösung einmal mehr in einschlägige Unterausschüsse, bevor es auf dem Reichstag von Regensburg (1532) dann endlich gelang, die Bedenken einzelner Fürsten zu überwinden, die ihre territorialen althergebrachten Rechtsprivilegien in Gefahr sahen. Es gelang dies mit jener bekannten »**Salvatorischen Klausel**«, wie sie in der Vorrede der CAROLINA enthalten ist. Durch diese Klausel wurde den Bedenken der Reichsstände dadurch Rechnung getragen, dass »den Churfürsten, Fürsten und Stenden an jren alten wohlherbrachten rechtmessigen vnd billichen gebreuchen nichts benommen« werden soll. Man kann in dieser Formulierung nachgerade die hohe Schule und Raffinesse gesetzgeberischer Formulierungskunst sehen. Denn obwohl der CAROLINA dem bisherigen Partikularrecht gegenüber an sich nur subsidiäre Geltung zugesprochen wird, gibt die Salvatorische Klausel keineswegs einen Freibrief für jede Art territorialer Abweichung: zum einen, weil jedenfalls nur die althergebrachten »rechtmessigen und billigen gebreuche« aufrechterhalten blieben, zum andern, weil darüber hinaus auch der nachfolgende Art. 218 eine Vielzahl einzelner im Partikularrecht gebräuchlicher »missbreuche und böse vnuernünftigen gewohnheyten, so an etlichen orten vnd enden gehalten werden« aufzählt, die durch das

dann vorrangige »keyserliche« Recht obsolet werden und folglich nicht angewendet werden dürfen.

3. Gesetze sind nicht nur Ausdruck ihrer Zeit, sie sind auch das Werk von Menschen ihrer Zeit. Aus diesem Grund gilt unsere Aufmerksamkeit der Person von **Johann Freiherr von und zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg** (1465 bis 1528), der zu Recht als Schöpfer der CAROLINA gilt, obgleich er bei der Verabschiedung dieses Gesetzeswerkes im Jahre 1532 schon nicht mehr am Leben war<sup>11</sup>:

*Johann von Schwarzenberg* entstammte einem fränkischen Adelsgeschlecht und war als junger Mann zunächst an verschiedenen kriegerischen Unternehmungen von Kaiser Maximilian I. beteiligt. Er war kein gelehrter Jurist, konnte auch kein Latein; seine Entwicklung zum späteren Schöpfer monumentaler Gesetzeswerke war die »Erfahrung, nicht die schulmäßige Ausbildung«<sup>12</sup>. Diese Erfahrung hatte er in rund zwanzigjährigem Dienst am Hof des bambergischen Fürstbischofs gewonnen, wo er seit 1501 als Hofmeister der fürstbischöflichen Landesverwaltung oberster weltlicher Amtsträger und in dieser Eigenschaft zugleich Vorsitzender des dortigen Hofgerichtes war. Dieser Mann der Verwaltung hatte sich – nicht zuletzt nach dem Tod seiner bei der Geburt des gemeinsamen 12. Kindes verstorbenen Ehefrau im Jahre 1502 – auch berufen gefühlt, seiner Zeit nach Art eines Volksschriftstellers in Form unterschiedlichster volkserzieherischer Erbauungs- und Trostbücher einen Sitten- und eben auch Rechtsspiegel vorzuhalten: letzterenfalls verständlicherweise auch unter Zuhilfenahme gelehrter Juristen, die ihm Kenntnisse insbesondere des »fremden«, d. h. des kanonisch-oberitalienischen Rechts vermittelten und ihm bei Schaffung der erwähnten »Bambergischen Halsgerichtsordnung« zur Seite standen; ansonsten war diese aber geprägt von der *Schwarzenberg*'-schen ureigenen Sprachgewalt. Es war gewiss vor allem der Autorität seiner Bamberger Ämter zu danken, dass es in dem relativ kleinen Fürstbistum Bamberg so erstaunlich schnell zur Verabschiedung dieses Gesetzes im Jahre 1507 kam. Diese seine »Constitutio Criminalis Bambergensis« war nach alledem weniger ein Werk für Juristen als vielmehr vor allem für den Gebrauch von Laienrichtern und zu deren Unterrichtung gedacht.

Nachdem die *Constitutio Criminalis Bambergensis* (CCB) im Jahre 1516 als »Brandenburgische Halsgerichtsordnung« auch in den brandenburgischen Territorien von Ansbach und Bayreuth eingeführt worden war, sahen die

S. 7ff, *Schoetensack* aaO (Fn. 9), S. 2ff, *Radbruch*, *Die Carolina* (o. Fn. 3), S. 3ff. sowie *F.-C. Schroeder*, *Die Carolina* (o. Fn. 3), S. 131ff.

<sup>11</sup> Zu Person und Leben von *Johann Freiherr zu Schwarzenberg* s. vor allem *Erik Wolf*, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (1944), S. 92ff.; vgl. auch *Eberh. Schmidt*, *Geschichte der Strafrechtspflege*, S. 108ff. sowie *Radbruch* aaO (Fn. 3) S. 6ff.

<sup>12</sup> So *Erik Wolf* aaO S. 96.

Jahre etwa bis 1524 *Johann von Schwarzenberg* auf der Höhe seines Wirkens. Damals noch im Dienste des Bamberger Fürstbischofs war er als Mitglied der Reichsversammlung auch auf dem Reichstag von Worms (1521) und als wohl leitender Kopf der dort eingesetzten Reformkommission prädestiniert, dem Weg zu einem Reichseinheitsgesetz reformerischen Auftrieb zu geben. Privat war *Johann von Schwarzenberg* in das Kampfgetümmel von Reformation und Gegenreformation geraten; als nachdrücklicher Anhänger von Luther – einer seiner Söhne gehörte zum engagierten Lager der Gegner – sah er sich 1526 gezwungen, die Dienste Bambergs zu verlassen und zeitweilig ins Lager des Markgrafen von Brandenburg zu wechseln. *Schwarzenberg* starb 1528 und konnte so nicht mehr erleben, wie sein gesetzgeberisches Kind – die CCB – zum erklärten Vorbild der CAROLINA und in weiten Passagen dort sogar wortwörtlich übernommen wurde.

## II.

Als Reichsgesetz verfolgte die CAROLINA maßgeblich **drei Ziele**<sup>13</sup>: (1) Im Streit zwischen Reichsidee und einzelstaatlichem Macht- und Geltungswillen und im Kampf gegen Rechtszerrissenheit ging es politisch zunächst einmal um Reichs- und Rechtseinheit. (2) Anders als im Bereich der zivilrechtlichen Rezeption, bei der es vor allem um die Übernahme des römisch-kanonischen Pandektenrechts ging<sup>14</sup>, ging es bei der Rezeption im strafrechtlichen Bereich immerhin auch darum, mit bewährten volkstümlichen Anschauungen nicht völlig zu brechen; wohl aber sollte speziell der Rechtsgang im Verfahren vereinheitlicht (Stichwort: Akkusations- oder Inquisitionsprozess?) und nicht zuletzt dem Beweisrecht durch Verarbeitung fremder, hier: dem italienisch-kanonistischen Recht entlehnter Ideen und Methoden neue Strukturen verschafft werden. (3) Vor dem Hintergrund seiner humanistisch geprägten Geisteshaltung ging es speziell *Schwarzenberg* darum, durch Erziehung der Laienrichter die Qualität der Strafrechtspflege insgesamt zu verbessern und in einer Zeit geistig-kultureller Zwiespältigkeit und krisenhaften Übergangs die Sinn- und Zweckhaftigkeit staatlichen Strafens neu zu überdenken.

1. Nachfolgend gilt es nun nicht, den **Inhalt der CAROLINA** wenn auch nur in groben Zügen nachzuzeich-

<sup>13</sup> So und zum Folgenden vor allem *Eberh. Schmidt*, Die Carolina, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: germanistische Abteilung, Band 53 (1933), S. 1 ff.

<sup>14</sup> Weiterführend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Auf. 1967), S. 97 ff.

nen. Sinn dieses ganz bewusst in einer rechtswissenschaftlichen Ausbildungszeitschrift veröffentlichten Beitrages ist vielmehr, darüber nachzudenken, worin denn damals das Neue oder auch nur das besonders Wichtige bestanden hat und wo wir möglicherweise noch in der Strafrechtsordnung von heute Elemente und Vorgehensweisen erkennen können, die schon in Karls V. »Peinlicher Halsgerichtsordnung« angelegt waren. Obgleich jenes Gesetz in erster Linie eine Strafprozessordnung war, in der das **materielle Strafrecht** eher nur am Rande miterwähnt wird, wollen wir unsere Suche hier beginnen

**a)** und uns dabei zunächst im »Besonderen Teil« des Strafrechts umschaun. Wer jetzt an Art. 103 Abs. 2 GG denkt und angesichts von »nullum crimen vel nulla poena sine lege« vermutet, dass dieser Grundsatz aus dem römischen Recht stammt und von dort gewiss auch von *Schwarzenberg* rezipiert wurde, liegt falsch; dieser Fundamentalsatz unseres heutigen Strafrechts ist ein Erfolg erst der liberalen Verfassungsbewegungen des 19. Jahrhunderts. Die CAROLINA hingegen hat noch nicht die Notwendigkeit gesehen, die Voraussetzungen für staatliches Strafen an genaue Voraussetzungen zu knüpfen; sie hat sich vielmehr damit begnügt, nur die einzelnen Verbrechen-, besser: die einzelnen Tätertypen zu bezeichnen, und in Art. 105 sogar die Zulässigkeit einer analogen Anwendung angedeutet<sup>15</sup>. Man hat sich offenbar darauf verlassen, dass die Laienrichter nach altem Herkommen wohl erkennen, wer z. B. einen »diebstal« (Art. 43) begangen hat<sup>16</sup> oder was unter einem »brenner« (Art. 125) oder einem »rauber« (Art. 126) zu verstehen ist. Unsystematisch über das ganze Gesetz verstreut finden wir aber eine Vielzahl von strafwürdigen, doch an keine näheren Voraussetzungen gebundenen Fehlverhaltensweisen, die sich in der Rechtssprache bis heute durchgesetzt haben (einmal mehr gewiss das ureigene Verdienst des genialen Sprachschöpfers *Johann von Schwarzenberg*!). Wie z. B. in Art. 125 und 126 ist dabei oft von »bosshaftigkeit« (Vorsatzerfordernis) die Rede oder es sind häufig bestimmte Begehungsmodalitäten aufgeführt, die wohl ebenfalls schon auf eine Tatbestandseinschränkung hinauslaufen: siehe etwa Art. 106 (»gottstesterung«), Art. 107 (»meyneydt«), Art. 110 (»nott-

<sup>15</sup> Dazu auch *Eberh. Schmidt*, Die Carolina (o. Fn. 13), S. 22.

<sup>16</sup> Zu erwähnen sind dazu allenfalls die »etlich artickel vom diebstall«, wo in den Art. 157 bis 175 die vielfältigsten Arten von Diebstahl – erstmalig oder Bagatellfälle (»under fünff gülden werth«), Wiederholungstaten oder Diebstahl mittels Einsteigen, Einbruch oder mit Gewaltanwendung oder Waffen- ausgeführt und dann auch mit unterschiedlichen Straffolgen belegt sind. Wer denkt hier nicht zwangsläufig an die §§ 242, 243 und 244 einschließlich der §§ 249 und 250 unseres heutigen Strafgesetzbuches, denen unverkennbar ähnliche Differenzierungen zugrunde liegen?



zucht«), Art. 111 (»die müntz gefelscht«) oder Art. 133 (»kindt abtreibt«) und viele andere Beispiele mehr. Wenn der Leser schließlich Art. 137 aufschlägt, denkt er gewiss zwangsläufig an die heutigen §§ 211 und 212 StGB und an die heikle Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag, mit der sich nicht nur unsere Zweitsemester in ihren Anfängerübungen, sondern schon viele Jahrzehnte lang die deutschen Strafgerichte herumplagen müssen und bezüglich deren neuerdings auch der Bundestag sich mit einer Reform zu befassen gedenkt. Schon in Art. 137 ist nämlich von »mörder oder todschläger« die Rede und dem »fürsetzlichen mutwilligen mörder«, der mit dem besonders ehrabschneidenden Tod durch Rädern zu bestrafen ist, wird der »totschläger« gegenübergestellt, der »auß gecheyt und zorn« (Jähzorn) gehandelt hat und dem der nicht ehrabschneidende Tod durch das Schwert zgedacht ist. Dies ist eine Stelle in der CAROLINA, bei welcher der Rückgriff Schwarzenbergs auf das römische Recht deutlich zu erkennen ist, kannte doch schon jenes die Unterscheidung zwischen »propositum«, d. h. der einer kalten Überlegung und »impetus«, d. h. der einem situationsgebundenen Angriff entspringenden Tötung<sup>17</sup>.

b) Wir dürfen in der CAROLINA auch keinen »**Allgemeinen Teil**« des Strafrechts erwarten, in dem für alle Taten gültige Strafbarkeits- und Begehungsmodalitäten systematisch aufbereitet sind und näher erläutert werden. Gleichwohl sind wir erstaunt, dass und in welchem Umfang auch insoweit die von einer Lynchjustiz oft kaum mehr zu unterscheidende verwilderte Strafrechtspflege der damaligen Zeit – jedenfalls in der Theorie – überwunden und auf ein neues Niveau angehoben wird; auch hier sind die Anklänge an das »gelehrte« oberitalienische Recht unverkennbar<sup>18</sup>. Bei der Lektüre stoßen wir immer wieder auf Ausdrücke, die allesamt in die heutige Rechtssprache eingegangen sind. Einmal mehr gebührt hohes Lob dafür Johann von Schwarzenberg, der neben Martin Luther (Übersetzung des Neuen Testaments zu ähnlicher Zeit) als genialer Sprachschöpfer des deutschen Raums in der deutschen Sprachgeschichte bisher wohl zu wenig Anerkennung gefunden hat<sup>19</sup>. Auch wenn diese Begriffe erst in späterer Zeit

näher erläutert, strukturiert und dogmatisch verfeinert werden, waren sie ansatzweise eben doch schon in der CAROLINA vorhanden. Nachfolgend drei Beispiele für diesen wenngleich vorsichtigen, doch unübersehbaren rechtsdogmatischen Fortschritt:

(1) In Art. 146 etwa wird sehr wohl schon zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit differenziert und im Falle einer Tötung danach gefragt, ob die Tat »von ungeschichten ganz ungeheuerlicher weiß und wider des thätters willen« geschehen ist<sup>20</sup>. Und eben diese **Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit** wird an gleicher Stelle sogar durch Fallbeschreibungen näher veranschaulicht: so etwa durch das Beispiel (»gleichnuss«) des Barbiers, der bei der Rasur eines Kunden »durch eynen gestossen« wird und dadurch seinem unglücklichen Opfer »wider seinem willen die gurgel abschneidet«, oder durch das Bild des Schützen, der im Schießstand nicht aufpasst (»inn der zilstatt unfürsichtiger weiß«) und es dadurch zu einem tödlichen Schuss kommt.

(2) Eindrucksvoll auch Art. 178, wo es um die **Strafbarkeit des Versuchs** geht. Danach soll auch bestraft werden, wessen Vorsatz (»böser will«) zwar auf Tatbegehung und Erfolgsherbeiführung gerichtet war und in äußerlich wahrnehmbaren Handlungen zum Ausdruck gekommen ist (»mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der selben missethat dienstlich sein mögen«), dieses Wollen durch äußere Umstände aber nicht zur Vollendung kam (»doch an volnbringung der selben missethat durch andere mittel wider seinen willen verhindert würde«). Da unter dem Begriff »scheinlich« offenbar unser heutiges »augenscheinlich« zu verstehen ist, ist ersichtlich gemeint, was man jetzt als »Ausführungshandlung« begreift. Wer aber sieht von hier aus nicht auch unseren heutigen § 22 StGB, wonach strafbar ist, wer »nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt«?

(3) In Art. 177 schließlich geht es um **Mitwirkung mehrerer an einer Straftat**, nämlich um die – das sei vorweg gesagt: nur vorsätzlich, d. h. »wissentlicher und geuerlicher weiß« geleistete – Mitwirkung an der Tat eines anderen. Zwar ist hier offenbar nur die Beihilfe (»einicherley hilff, beistandt oder fürderung«) angesprochen, es fehlt also ein Hinweis auf die Anstiftung; doch weil diese drei

<sup>17</sup> Hierzu insgesamt vor allem Eberh. Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 115 ff.

<sup>18</sup> S. wiederum Eberh. Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 117 ff.

<sup>19</sup> So auch der Vorwurf von F.-C. Schroeder, Die Carolina (o. Fn. 3), S. 206, der dort auch darauf hinweist, dass aus der Bambergensis und über diese dann auch aus der CAROLINA sehr viele Ausdrücke in die deutsche Rechtssprache und von dort häufig auch in die Alltagshochsprache eingegangen sind: So dürfen z. B. Rechte nicht »verkürzt« (Art. 83) oder »abgeschnitten« werden (Art. 156), Rechtsmittel werden »ingelegt« (Art. 89) und Entscheidungen des Gerichts werden als

»Erkenntnisse« bezeichnet (Art. 12). Und auch heute noch geschieht manches aus »gutem grundt« (Art. 162) und manches geht auch heute noch oft »über das Verständnis« von jemandem (Art. 150).

<sup>20</sup> Ausweislich der verdienstvollen Übersetzung von F.-C. Schroeder, Die Carolina (o. Fn. 3), S. 180: »ungeuerlich« i. S. von unabsichtlich und »von ungeschichten« i. S. von Ungeschick und durch unglückliche Umstände.

Möglichkeiten der Beihilfe durch den Zusatz »wie das alles namen hat« ergänzt werden, darf man wohl annehmen, dass es hier letztlich um Teilnahme an fremder Haupttat schlechthin geht und auch Anstiftung und Mittäterschaft erfasst sind<sup>21</sup>. Zudem wird den »urtheilern« (den Schöffen) ausdrücklich aufgegeben, in der schriftlichen Urteilsbegründung anzugeben, worin genau das beanstandete Fehlverhalten bestanden hat, weil davon die Art der Bestrafung abhängt: fürwahr ebenfalls ein deutlicher Fortschritt in der Dogmatik staatlichen Strafs!

c) Zur Dogmatik des Strafens gehört natürlich und letztlich zuvörderst die Frage, worin denn nun die »peinlich straff«<sup>22</sup> (von der Karl V. »Peinliche Halsgerichtsordnung« ihren Namen erhalten hat) besteht, zu der die Missetäter der CAROLINA verurteilt werden können. Zu deren **Strafensystem** immerhin so viel<sup>23</sup>:

Die CAROLINA kennt außer der **Todes-** letztlich nur **Leibesstrafen**. Die **Freiheitsstrafe** erscheint allenfalls in der unbestimmten Form der Art. 176 und 195, die sich als eine Art verhängter Sicherheitshaft gegenüber rückfallgefährdeten Wiederholungstätern erweist und unserer heutigen (unbestimmt verhängten und in regelmäßigen Zeitabständen zu überprüfenden) Maßregel der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) entspricht. In den beiden genannten Artikeln geht es um präventiven Freiheitsentzug bei hinreichenden Indizien (»anzeugung«) für »künftige übelthetige beschedigung« (Art. 195), der zwar zeitlich unbestimmt verhängt wird, doch nicht länger dauern soll, als die Rückfallgefahr »nach erkenntnuß des selben gericht« behoben scheint; dabei wird dem Gericht im selben Satz ans Herz gelegt, »solch straff nit leichtuertiglich oder on mergklich verdecktlicheyt« zu verhängen (Art. 176). Ansonsten wird Freiheitsstrafe (»kercker«) nur bei leichtem Diebstahl verhängt (Art. 157), was angesichts der damaligen Vollzugsverhältnisse in der Sache gewiss schon zu den Leibesstrafen gezählt werden könnte. **Geldstrafen** gehören nicht zu den »peinlichen Strafen«, werden in der CCC vielmehr als »geltbuß« bezeichnet, die als solche auch nicht an den Staat, sondern z. B. beim ersten heimlichen Diebstahl (Art. 157) als doppelter Wertersatz (»zwisepil«) und beim ersten offenen Diebstahl (Art. 158) als vierfacher Schadensersatz (»vierfeltig bezalen«) an den Verletzten zu leisten ist – nebenbei, doch ebenfalls nicht ganz uninteressant: Kann der Täter diesen Betrag nicht aufbringen, tritt »kercker... etlich zeitlang« an diese Stelle, was sich als eine

Art früher Ersatzfreiheitsstrafe nach Art des heutigen § 43 StGB darstellt.

Die Todes- und Leibesstrafen der CAROLINA entsprechen in ihrer uns Heutigen nachgerade unvorstellbaren Härte der »Grausamkeit ihres Zeitalters«, stehen aber gleichwohl »hoch über der verwilderten Lynchjustiz ihrer Zeit«<sup>24</sup>. Die mannigfache Vielfalt der **Todesstrafe** wird in den Art. 192 bis 194 protokollschärf beschrieben: Da wird nicht nur mit dem Schwert, dem Feuer oder dem Galgen vom Leben zum Tod befördert, da wird auch gevierteilt (»durch seinen gantzen leib zu vier stücken zu schnitten und zerhawen«), gerädert, ertränkt, lebendig begraben oder gepfählt (Art. 192) und da wird der zum Tode Verurteilte gegebenenfalls zuvor noch »an die richtstatt geschleyfft« (Art. 193) oder »vor der tödtung mit glienden zangen gerissen« (Art. 194). Ähnlich phantasievoll war die damalige Zeit auch beim Erfinden von **Leibesstrafen**, soll nach Art. 196 bis 198 in enumerativ aufgezählten Fällen doch an den Pranger oder »ins halßeisen gestellt«, die Zunge, beide Ohren oder ganz bestimmte Finger abgeschnitten und der Verurteilte »mit ruten außgehawen« werden und vieles andere mehr. Wir Heutigen sollten uns aber nicht über dieses Zerrbild staatlichen Strafens erheben, sondern den Mut *Schwarzenbergs* und seiner Mitkombattanten respektieren, diese Grausamkeit – man wird vermuten dürfen: damals gewiss auch gegen vielleicht »herrschende Meinung« – nicht nur reglementieren, sondern in Strafmaß und Strafhöhe auch der Eigenart der strafwürdigen Verfehlung, der besonderen Tatsituation und/oder schließlich der Person des Missetäters gerecht werden zu wollen. Schon bei der Wahl der Todesart wird die Ausgangstat berücksichtigt: Als mildeste Strafe gilt die Hinrichtung mit dem Schwert (z. B. bei Totschlag im Jähzorn: Art. 137), als ehrlos angesehen wird hingegen der Tod am Galgen (z. B. bei Rückfalldiebstahl: Art. 162) und als schwerste Strafe ist die Vierteilung zu nennen, die bei »verreterey« zu Lasten des eigenen Landes bzw. der eigenen Stadt oder zu Lasten seines »eygen Herrn, bettgenossen oder nahet gesipten freunt« vorgesehen ist (Art. 124). In vielen Fällen ist gegenüber Frauen eine Milderung der Todesart ins Ermessen des Richters gestellt (z. B. meist Ertränken statt Vierteilung: z. B. Art. 124, 130 oder 159), und auf dieser Linie bleibt es dem Richter immer wieder freigestellt, bei Wahl der Todesart auch auf Besonderheiten in der Person des Täters und seiner jeweiligen Tatmotivation Rücksicht zu nehmen: so etwa gegenüber Jugendlichen (»jugent«) oder gegenüber Menschen, die »anderer gebrechlicheyt halben ... irer synn nit hett« (Art. 179), gegenüber Dieben »under

21 Ebenso *Eberh. Schmidt*, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 120.

22 Kommt vom lat. poena = die Strafe.

23 Zu einem breiteren Überblick s. vor allem die Zusammenfassungen bei *Radbruch*, Die Carolina (Fn. 3), S. 9ff. sowie bei *F.-C. Schroeder*, Die Carolina (Fn. 3), S. 210ff.

24 So wörtlich *Radbruch* aaO S. 12.

viertzehnen jaren« (Art. 164) oder wenn die Tat aus Verzweiflung (Art. 131: bei Kindstötung), in einer Notlage (z. B. Diebstahl aus Hunger von Weib und Kind: Art. 166), in einer Art von Notwehr (Art. 140) oder schließlich nur »aus leichtuertigkeyt oder unuerstandt« verübt worden ist. Es könnten noch mehr Beispiele dieser Art aufgezählt werden, die alle als Beleg dafür dienen können, dass wir es hier mit einer Urform tatrichterlicher Strafart- und Strafzumessung oder jedenfalls mit einer Bemühung in dieser Richtung zu tun haben, die für das Jahr 1532 als rechtsstaatlicher Fortschritt nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Immerhin einen gewissen rechtspolitischen Sinn kann es schließlich auch machen, wenn z. B. dem Meineidigen die Schwurhand abgehauen (Art. 107), dem Gotteslästerer die Zunge abgeschnitten (Art. 106), dem Einbrecher die Augen ausgestochen oder die Hand abgehauen (Art. 159) und dem Kuppler oder der Kupplerin die Ohren abgeschnitten (Art. 123) werden: dies jedenfalls dann, wenn man in diesen verstümmelnden Leibesstrafen nicht nur eine Verwirklichung des alttestamentarischen »Auge um Auge, Zahn um Zahn«, sondern letztlich sogar ein »dem Verbrecher auf den Leib geschriebenes Strafregister« zu sehen bereit<sup>25</sup>. Doch jetzt genug dieser Aufzählung mittelalterlicher Grausamkeiten!

**d)** Wir erinnern uns, dass die CAROLINA immer wieder z. B. zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit differenziert, auf eine mögliche Leichtfertigkeit, den Unverstand oder auf eine Notlage des Täters hinweist und auch eine Sonderbehandlung von Jugendlichen und Leuten anmahnt, die ihre Sinne nicht beieinander haben. Das Gesetz geht also ersichtlich davon aus, dass –wie *Eberhard Schmidt* es schon früh auf den Punkt gebracht hat und wie seither unbestritten anerkannt ist– »ein wie immer geartetes ›Dafürkönnen‹ in jedem Einzelfall Voraussetzung gerechter Bestrafung ist« und die große Bedeutung der Bambergensis ebenso wie ihr folgend der CAROLINA somit vor allem darin liegt, »dass es *Schwarzenberg* hier endlich gelungen ist, das Prinzip der Schuldhaftung dem staatlichen Strafen zugrunde zu legen«, selbst wenn er »den Schuldbegriff in seiner ganzen Bedeutung und Tiefe gewiss noch nicht erfasst hat«<sup>26</sup>. Bekanntlich streitet man schon seit der Antike über Wesen und Zweck der Strafe. Beleg dafür ist die auf *Protagoras* zurückgehende, von *Seneca* aufgegriffene

und durch *Hugo Grotius* weiterverbreitete Formel<sup>27</sup>: »Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur.« Für die Nicht-Lateiner: »Kein vernünftiger Mensch bestraft, weil in der Vergangenheit gesündigt wurde, sondern damit in der Zukunft nicht mehr gesündigt werde.« Die Aufgabe der Strafe besteht danach entweder *repressiv* in der Vergeltung, der Wiedergutmachung, der Sühne für vergangenes Unrecht oder aber *präventiv* in der Verhinderung künftigen Fehlverhaltens, wobei man diesbezüglich allerdings um zwei ganz unterschiedliche Wege streitet: entweder *Spezial-* oder auch *Individualprävention* (gemeint: Sicherung vor dem bzw. Besserung oder Individualabschreckung des straffällig gewordenen einzelnen Täters) oder aber *Generalprävention* (gemeint: durch die gerechte Bestrafung des einzelnen Straftäters die vielen anderen Rechtsgenossen ihrerseits von der künftigen Begehung von Straftaten abzuhalten). Vor diesem Hintergrund kann man im Strafsystem der CAROLINA trotz ihrer unvorstellbaren Härte jedenfalls gewaltige Fortschritte im Denken und im Verständnis für das sehen, was mit staatlicher Strafe bezweckt wird und was mit welcher Strafe wie zu sanktionieren ist. Man kann durchaus mehr oder weniger deutliche Anzeichen zur Berücksichtigung aller jener Strafzwecke erkennen: härtestes Talionsprinzip nach dem mosaischen »Auge um Auge, Zahn um Zahn« ebenso wie Elemente der *Individualprävention* (der Meineidige verliert den Schwurfinger, der Einbruchsdieb die Hand, dem Gotteslästerer wird die Zunge abgeschnitten) und schließlich auch der *Generalprävention* (Pranger, jedermann sieht auf den Straßen und Märkten die leibesverstümmelten Vorbestraften und denkt: »Das möchte ich mir nun doch nicht antun!«). Und man kann feststellen, dass der Richter der CAROLINA von Gesetzes wegen ausdrücklich dazu angehalten wird, alles dies bei seiner Strafscheidung »nach ordnung eynes guten rechtuerstendigen richters ... auß lieb der gerechtigkeit und umb gemeynes nutz willen« (also erklärtermaßen auch: gemeinen Nutzens wegen!) zu bedenken<sup>28</sup>. Gleichwohl gehe ich nun aber nicht so weit, behaupten zu wollen, dass der Verwirklichung des strafrechtlichen Schuldprinzips damit in der CAROLINA Tür und Tor geöffnet war, wohl aber will ich den Leser dahin sensibilisieren zu erkennen, dass hier jedenfalls rudimentär wichtige Wurzeln unseres heutigen Schuldstrafrechts liegen, nämlich: dass Strafe sittliche Vorwerfbarkeit voraussetzt, über die reine Übelzufügung hinaus zum sittlichen Vorwurf wird und Maßprinzip der Strafe demzufol-

<sup>25</sup> So denn auch schon *Radbruch*, *Die Carolina* (Fn. 3), S. 11 und ebenso *F.-C. Schroeder*, *Die Carolina* (Fn. 3), S. 213.

<sup>26</sup> *Geschichte der Strafrechtspflege*, S. 117; ausführlich und seither noch immer wegführend *Eberh. Schmidt* zuvor auch schon in seinem Vortrag vom 27. Juli 1932 vor der Juristischen Fakultät der Berliner Universität (o. Fn. 13), S. 10 ff.

<sup>27</sup> Zitiert nach *Robert von Hippel*, *Deutsches Strafrecht*: Band I (1925), § 21 III/1.

<sup>28</sup> So nachdrücklich Art. 104 in einer gewissermaßen vor die Klammer gezogenen »vorrede wie man der mißthat peinlich straffen soll«.

ge die in der Tat hervorgetretene persönliche Schuld des Täters ist. Damit ist letztlich schon im Gesetz von 1532 ein Fundament geschaffen, auf dem der Bundesgerichtshof rund 450 Jahre später der Antinomie von Repression und Prävention, die nicht immer in die gleiche Richtung zielen, sondern bisweilen auch zu Konfliktslagen führen können, durch ihr Bekenntnis zur sog. **schuldgerechten Vergeltungsstrafe** gerecht werden konnte. Weil aber die schuldangemessene Strafe bekanntlich keine feste rechnerische Größe ist, sondern lediglich einen Rahmen darstellt, »der nach unten durch die *schon* schuldangemessene Strafe und nach oben durch die *noch* schuldangemessene Strafe begrenzt wird«<sup>29</sup>, können innerhalb dieser Schuldproportion somit auch spezial- und generalpräventive Aspekte mitberücksichtigt werden. Nicht tendenziell anders war es nach alledem schon im Jahre 1532!

2. Die CAROLINA – bekanntlich in erster Linie eine Strafprozessordnung- war verständlicherweise bestrebt, das »fremde« Recht gerade im **gerichtsorganisatorischen Bereich** und bei der Klärung der **Verfahrensart** möglichst homogen mit dem althergebrachten Rechtsgang zu verbinden. Wie kaum anders zu erwarten, hat sich auch hier das Neue weitgehend durchgesetzt; denn die Auffassung von Wesen und Zweck staatlichen Strafens, wie sie in der CCC verwirklicht werden sollte, war mit dem altherkömmlichen deutschen Rechtsgang und seinem eher privaten Genugtuungsmodell (einschließlich dessen nur formalisierten Pseudobeweisen) letztlich kaum kompatibel:

Die CAROLINA sah grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Einleitung des Verfahrens vor. Es konnte zum einen durch Anklage des Verletzten selbst (oder eines öffentlichen Anklägers) in Gang gebracht werden (Akkusationsverfahren), konnte daneben aber auch »von der oberkeyt unnd von ampts wegen« in Gang gebracht werden, was nach Art. 6 bis 10 an sich die Ausnahme war, in der Praxis freilich zunehmend zur Regel wurde<sup>30</sup>. Zum Einschreiten von Amts wegen kam es schon bei verbreitetem Gerücht oder bei hinreichend begründetem sonstigem Verdacht (Art. 6) oder bei Offenkundigkeit (Art. 8). Man ist sich heute im Übrigen weithin dahin einig, dass auch das durch den Verletzten selbst in Gang gesetzte Verfahren im weiteren Verlauf streng »inquisitorisch« durchgeführt wurde. Das vom Offizialprinzip beherrschte und auf strikte Erforschung der Wahrheit angelegte **Inquisitionsmodell** hat

<sup>29</sup> So erstmals BGHSt. 7, 28 (32) und seither gefestigte Rechtsprechung.

<sup>30</sup> Dies vor allem deshalb, weil dem privaten Ankläger die Anklage in den Art. 12ff. außerordentlich erschwert wurde, so vor allem durch strenge Sicherheitsleistungen und Bürgschaften; s. dazu auch *Eberh. Schmidt*, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 126.

also **auf breiter Linie obsiegt**<sup>31</sup>. Es wurde zwar die herkömmliche Unterscheidung in »*richter*« und »*urtheiler*« beibehalten (Art. 1), doch im Verfahren selbst die deutschrechtliche Trennung von Verhandlungsleitung und Urteilsfindung letztlich aufgehoben. Der verhandlungsführende Richter wurde an der Urteilsfindung beteiligt (Art. 81), was zwangsläufig zu einem immer stärkeren Übergewicht des (zunehmend) gelehrten Richters gegenüber den ungelehrten (und durch das neue Gesetz zunehmend überforderten) »Urteilern« führte. Weiteren Einfluss verlor die Richterbank dadurch, dass sie »*inn allen zweiuellen fellen*« den Rat eines auswärtigen rechtsgelehrten Kollegiums –der »Oberhöfe« (Behörden des Landesherren), der Rechtsfakultäten oder der mit ausgebildeten Juristen besetzten »Schöppenstühle«- einzuholen hatte (Art. 219)<sup>32</sup>. Die eigentliche Entscheidung lag somit schlussendlich bei jenem rechtsgelehrten Kollegium und nicht beim peinlichen Gericht, welches das schriftlich abgefasste Gutachten der Rechtsgelehrten lediglich noch als Urteil zu verkünden hatte (Art. 81 und 94). Weil das Institut der Aktenversendung ohne schriftliche Aufzeichnung aller maßgeblichen bisherigen Verfahrensergebnisse nicht möglich war, war der Gerichtsschreiber zum Mitglied des peinlichen Gerichts geworden (Art. 1). Besonders erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang die Art. 71ff., wonach der Gerichtsschreiber bei der Zeugenvernehmung aufzuschreiben hatte, »*ob der zeug inn seiner sage würd wanckelmütig und unbestendig erfunden, solch umstende und wie er den zeugen in eusserlichen geberde vermerckt zu dem handel aufschreiben*«. Hier sehen wir die Grundlage für die im späteren Inquisitionsprozess so bedeutungsvollen sog. Gebärdenprotokolle<sup>33</sup>. Der Prozess war somit weitgehend schriftlich geworden, zumal auch dem Beschuldigten und seinem Fürsprecher gestattet war, ihre Stellungnahmen schriftlich vorzutragen (Art. 89 und 90).

Die inquisitorische Zielrichtung brachte es mit sich, dass der entscheidungsrelevante Sachverhalt nach und nach zusammengetragen wurde und meist auch nicht alle Beweisaufnahmen vor dem vollzählig versammelten Gericht stattfinden konnten. Dies war indes auch nicht zwingend geboten; denn Art. 47 erlaubte die peinliche Befra-

<sup>31</sup> Hierzu und zum Folgenden einmal mehr ausführlich und grundlegend vor allem *Eberh. Schmidt*, Die Carolina (Fn. 13), S. 25ff.; zusammenfassend *derselbe* auch in seiner »Geschichte der Strafrechtspflege« (S. 125ff.). Dazu auch schon *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren (1979), S. 15ff.

<sup>32</sup> Hier liegt die Wurzel der sog. »Aktenversendung«, die bis ins 19. Jahrhundert hinein Anwendung fand; dazu *Eberh. Schmidt*, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 134f.

<sup>33</sup> Dazu *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens (1846), S. 162ff.



gung des Beschuldigten auch nur »*inn gegenwertigkeit des richters und zum wenigsten zweyer des gerichts und des gerichts schreibers*« und Art.72 ließ die Vernehmung eines Zeugen sogar außerhalb des Gerichts durch von der »*nechten oberkeyt*« bestellte rechtskundige »*kundschaftt verhörer*« zu, was wiederum genau protokolliert werden musste und alles dies mit der Folge, dass dem später entscheidenden Urteilerkollegium der *unmittelbare* Gesamteindruck der Beweisaufnahme verschlossen blieb und dieses sich mit nur *mittelbaren* Protokollen begnügen musste. So ging in der Praxis der CAROLINA mit zunehmender Schriftlichkeit der Kommunikation schleichend auch die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verloren. Daran hat auch die in hergebrachter Form ablaufende öffentlich-mündliche Schlussverhandlung des »*Endlichen Rechtstages*« nichts Wesentliches geändert. Neue Tatsachen konnten hier nicht mehr vorgebracht werden; es musste letztlich nur das bereits schriftlich vorliegende Rechtsgutachten des gelehrten Kollegiums als Urteil verlesen werden<sup>34</sup>. Eine Schlussverhandlung dieser Art war nicht mehr als bloßes Zeremoniell ohne jeden Sachbezug, man darf auch sagen: reine »Komödie«<sup>35</sup>, die erst rund 300 Jahre später durch die Reformbewegung des 19. Jahrhunderts -in jenem zweiten Impuls aus dem Ausland, von dem eingangs die Rede war- mühsam überwunden werden konnte.

3. Was schließlich das **Beweisrecht der CAROLINA** angeht, fällt das Urteil von uns Nachvorderen trotz aller diesbezüglicher Schwächen dieses Gesetzes insgesamt günstiger aus als unsere Würdigung des damaligen Verfahrensganges. Jedenfalls tendenziell gelungen ist die endgültige Abkehr vom formalen Beweisprinzip altdeutscher Art und der Übergang zu differenzierten Beweisregeln nach dem Vorbild oberitalienisch-kanonischer Indizienlehre<sup>36</sup>. Erklärtes Ziel war die Erforschung der materiellen Wahrheit, sollte das erkennende Gericht aus-

weislich von Art. 56 doch erklärtermaßen »*auff den grundt der warheyt kommen*«. Schöner lässt sich der noch heute unseren Strafprozess beherrschende Amtsermittlungsgrundsatz von § 244 Abs. 2 StPO sicherlich nicht beschreiben<sup>37</sup>. Dieser alles in allem tendenziell positiven Würdigung steht im Übrigen nicht entgegen, dass diese Indizienlehre schwergewichtig auf den Gebrauch der Folter bezogen wird, von der das Gesetz schönfärberisch als der »*peinlichen Frage*« spricht. Zugunsten der CAROLINA (und zugunsten auch von *Schwarzenberg*) sollte man in diesem Zusammenhang allerdings auch darauf hinweisen, dass die Schöpfer von CCB und CCC die Folter nicht erfunden, sie vielmehr schon *vorgefunden* haben, doch augenfällig bestrebt gewesen waren, ihr frühe rechtsstaatliche Fesseln anzulegen:

a) Die CAROLINA unterschied zwischen der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen verurteilt werden durfte, und der Frage, wann zum Erreichen eines Geständnisses gefoltert werden durfte. Eine **Verurteilung zu peinlicher Strafe** durfte nicht auf bloße Indizien gestützt werden; sie war nur möglich bei glaubhaftem Geständnis – noch immer galt: »*Confessio est regina probationum*« (auf deutsch: Das Geständnis des Angeklagten ist die Königin der Beweismittel)! – oder bei Überführung durch mindestens zwei Zeugen. Unmissverständlich deutlich der zentrale Art. 22: »*Item es ist auch zu merken, daß niemant auff eynicherley anzeygung, argkwons warzeichen oder verdacht entlich zu peinlicher straff soll verurtheylt werden*«, sondern allein »*auff eygen bekennen oder beweisung*«. Grundlage einer Verurteilung war somit in erster Linie das (gerichtliche<sup>38</sup>) Geständnis des Beschuldigten (Art. 60), das der Richter nach Lage des Falles auf seine persönliche Glaubwürdigkeit und auch auf die Glaubhaftigkeit der Aussage zu überprüfen hatte. Detaillierte Anweisungen gaben ihm dabei die Art. 48ff, deren Lektüre nicht nur rechtsgeschichtlichen Wert hat, sondern noch heute aussagepsychologisch wertvoll ist. So war dem Richter z.B. nicht nur aufgegeben, nach Motiven zur Tat oder nach Umständen zu fragen, die nur der Täter wissen konnte; in Art. 56 wurde er – heute noch genau so aktuell wie im Jahre 1532 – sogar ausdrücklich vor den Gefahren des Vorhalts aus den Akten gewarnt. Für den Fall, dass das Geständnis auf dem »*Endlichen Rechtstag*« widerrufen

34 Bezeichnend dafür ist Art. 81, wonach Urteiler und Richter bereits vor dem Rechtstag auf Grund der »*ordentlich beschriben*« Protokolle zu beschließen hatten, »*was sie zu recht sprechen wollen*«.

35 So wörtlich schon *August von Kries*, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts (1892), S. 33. Auf dieser Linie rund 100 Jahre später auch *Wolfgang Schild* in seinem Beitrag »*Der »entliche Rechtstag« als das Theater des Rechts*«, in: *Landau/F.-C. Schroeder*, Strafrecht, Strafprozess und Rezeption (1984), S. 29ff.

36 Zusammenfassend und weiterführend neben *Eberh. Schmidt*, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 127ff. vor allem *Wilfried Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen (1967), S. 125ff. sowie *Ursula Westhoff*, Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts (1955), S. 84ff.; si. auch *Geppert*, Grundsatz der Unmittelbarkeit, S. 18f.

37 Zu »*Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) und Aufklärungsrüge im Strafprozess*« s. speziell für den studentischen Leser *Geppert JURA* 2003, 255ff.

38 Ein außergerichtliches Geständnis wurde nur als Indiz zur Anwendung der Folter und nur dann zugelassen, wenn der Verdächtige »*eyn solche person (ist), daß man sich derselben that zu jr versehen mag*« (Art. 32).

würde, ließ Art. 91 jedoch ausdrücklich die eidliche Vernehmung der »zwen geordenten schöpfen« zu, die die »verleßne urgicht (Geständnis) ... gehört haben«.

Subsidiär war eine Verurteilung auch möglich bei **Überführung durch mindestens »zweyen oder dreien glaubhaftigen guten zeugen«** (Art. 67); dabei waren dem Richter in den Art. 63ff. auch hier Hilfen gegeben, unter welchen Voraussetzungen er in diesem Sinn von »genugsamen zeugen« ausgehen konnte<sup>39</sup>. So genügten »unbekannte zeugen« beispielsweise nur, sofern der Beweisführer nachweisen konnte, »daß sie redlich und unerleumbt weren« (Art. 63)<sup>40</sup>. Vor allem aber musste es sich um Tatzeugen im engen Sinn handeln. Dies folgte nicht nur aus Art. 65, demzufolge die Zeugen »von jrem selbs eygen waren wissen« aussagen sollten und es nicht für »gnugsam« erachtet wurde, was sie »vonn frembden hören sagen würden«. Der **Hörensagenbeweis** war also **schlechthin ausgeschlossen**, was zudem aus dem Gesamtzusammenhang des Art. 23 folgte, wo der Begriff des »gnugsamen« Zeugen ausdrücklich auf die Bekundung der »hauptsach der misethat« und damit auf das bezogen wird, was wir strafprozessual heute als »Haupttatsachen« bezeichnen, die als solche unmittelbar und nicht nur indiziell auf Schuld und Täterschaft einer bestimmten Person hinweisen.

**b)** Fehlt es nicht nur an einem (gerichtlichen) Geständnis des Angeklagten, sondern auch am Überführungsbeweis durch mindestens zwei für »gnugsam« erachtete Zeugen (negativ formuliert: lagen somit nur »eynicherley anzeygung, argkwons warzeichen oder verdacht« vor), durfte niemand allein schon aus diesem Grund zu peinlicher Strafe verurteilt werden. Ein solchermaßen nur indiziell begründeter Verdacht führte indes nicht zum Freispruch, sondern allenfalls zur **»peinlichen Frage«**, d. h. zur **Anordnung der Folter**. Welche Foltermittel im Einzelnen dabei erlaubt sein sollten, dazu schweigt sich die sonst so wortreiche CAROLINA allerdings aus. Der richterlichen Phantasie damaliger Zeit war also reichlich Raum gegeben, wenn in Art. 58 diesbezüglich zu lesen ist: »vil, offt oder wenig, hart oder linder nach ermessung eyns guten vernünfftigen Richters«. Wie einschlägig nachzulesen ist, waren Daumen- und Beinschrauben sowie »gespickter Ha-

se«, bei dem der Proband über eine mit Zacken versehene Walze gezogen wird, damals besonders »beliebt«<sup>41</sup>.

Im Übrigen kann ich bezüglich der Frage, in welcher Weise die CAROLINA sich bemüht hat, die Folter wenigstens ein wenig zu disziplinieren, kurz zusammenfassen, was ich schon an anderer Stelle ausgeführt habe<sup>42</sup>:

Die Folter anzuwenden stand – und hierin liegt das große Verdienst der CAROLINA, was in seiner Folgewirkung für die Rechtskultur der nachfolgenden Jahrhunderte nicht hoch genug einzuschätzen ist! – nicht im Belieben des Richters, sondern setzte nach heutiger Sprachart hinreichenden Tatverdacht, in der Sprache der CCC: »redlich anzeygen der mißthat« voraus (Art. 20). Diese Indizien berechtigten aber nur zur Folter, wenn sie zum einen »gnugsam« (Art. 22) und zum andern »für bewisen angenommen« waren (Art. 45). Nicht zuletzt aus diesem zusätzlichen Erfordernis erfolgreicher »beweisung« folgte die Pflicht des erkennenden Gerichts zur Wahrheitsermittlung und zu gewissenhafter Prüfung der einzelnen Folterungsvoraussetzungen. In Art. 28 war zudem zum Ausdruck gebracht, dass die Indizien für und wider den Beschuldigten sorgfältig gegeneinander abzuwägen seien, so vor allem dahin, ob »die ursachen des argkwons grösser seind dann die ursach der entschuldigung«. Zur Bekräftigung dieser Pflicht entwickelte die CAROLINA in ihren Art. 18ff. im Übrigen eine detaillierte Indizienlehre, die für die damalige Zeit in nachgerade vorbildlicher Weise Richtung, Stärke und das Zusammenspiel unterschiedlichster Indizien behandelt, vorliegend aber nicht weiter vertieft werden kann<sup>43</sup>. Allenfalls ein Beispiel für viele: Der des Mordes Verdächtige durfte gefoltert werden, wenn er »umb die selbig zeit, als der mordt geschehen verdecktlicher weiß mit blutigen kleydern oder waffen gesehen« wurde oder Habe des Getöteten bei sich hatte: dies jedoch nur, sofern er keine glaubhafte Begründung dafür geben konnte (Art. 33).

Abschließend allenfalls noch dies: Bevor mit der Folter begonnen werden durfte, war ein gerichtliches Verhör durchzuführen (Art. 46). Kam es ohne ausreichende Indizien zur Anwendung der Folter, durfte das Geständnis nicht als Urteilsgrundlage verwendet werden (Art. 18 bis 20). Das unmittelbar unter dem Druck der Folter abgelegte Geständnis war an sich unverwertbar; es durfte nur verwertet werden, wenn der Angeklagte das durch den Ge-

<sup>39</sup> Hierzu und zum Folgenden schon Geppert in seinem Beitrag »Die CAROLINA, der Beweis vom Hörensagen und der Bundesgerichtshof«, veröffentlicht in dem von Fijal, Leuchte und Schiewer herausgegebenen Sammelband »Juristen werdent herren uf erden« (2006), S. 27ff.

<sup>40</sup> Frage an den Zeitgenossen von heute: Wer erkennt hier nicht die Problematik der Beweisführung mit weithin unbekanntem, d. h. behördlich geheimgehaltenen V-Leuten?

<sup>41</sup> Näher Edwin Kube, Beweisverfahren und Kriminalistik in Deutschland (1964), S. 73ff.

<sup>42</sup> Obige Fußnote 39: dort S. 33ff.

<sup>43</sup> Zusammenfassend Eberh. Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 127ff.; vgl. auch Ursula Westhoff (Fn. 36) S. 84ff. sowie Bertram Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess (1992), S. 128ff.

richtsschreiber zu Papier gebrachte Geständnis *nach* Beendigung der Folter (Art. 58: »so er von der marter gelassen«) anderntags (Art. 56: »zum mindesten über den andern oder mer tag nach der Marter«) erneut bestätigt hat. Jetzt aber ganz wichtig: Leider findet sich in der CAROLINA keine Vorschrift, die sich deutlich zur Frage äußert, ob die Folter überhaupt oder gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen und wie oft sie wiederholt werden darf. Einmal mehr soll es »nach ermessung eynes guten vernünfftigen Richters« diesem überlassen sein, wie »vil, oft oder wenig, hart oder linder« die peinliche Frage wiederholt werden darf (Art. 58) und wann der Beschuldigte als »nit überwunden« endgültig freizusprechen ist. Diese Lücke ist natürlich mehr als nur ein Schönheitsfehler, scheint als gesetzgeberische Fehlleistung, mit der man die ganze schöne Indizienlehre hätte ad absurdum führen können, in der Folgezeit in der gerichtlichen Praxis aber dahin repariert worden zu sein, dass die Folter erklärtermaßen nur bei Vorliegen neuer Indizien für zulässig erachtet wurde<sup>44</sup>.

### III.

**Wie ging es nach dem Jahr 1532 weiter?** Die Folter jedenfalls hatte noch lange Bestand in unserem Land; es war

bekanntlich erst rund 200 Jahre später Friedrich der Große, der mit seinem Regierungsantritt (1740) in Preußen die Folter abgeschafft hat; das war damals mutig, weil andere deutsche Länder an der Folter sehr wohl noch länger festgehalten haben<sup>45</sup>. Hatte die CAROLINA Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ansonsten wenigstens noch dem gesetzesmäßigen Scheine nach aufrechterhalten, war es der Folgezeit vorbehalten, den Prozess der CCC auch dieses äußeren Scheins endgültig zu entkleiden und ihn zu dem zu machen, was unter der Bezeichnung »**geheimer schriftlicher Inquisitionsprozess (allgemeinen Rechts)**« letztlich rund 300 Jahre die Strafrechtspflege in Deutschland beherrscht hat und erst unter Einfluss eben jenes zweiten Impulses von außen her, von dem einleitend die Rede war, zur Reformbewegung des 19. Jahrhunderts<sup>46</sup> und über diese zu unserer heutigen Strafrechts- und Strafverfahrensordnung geführt hat. Dieser mein Beitrag wollte den Leser in Stande setzen, an der einen oder anderen Stelle die Wurzeln zu erkennen, die sich aus der CAROLINA bis in unser heutiges Recht fortgepflanzt haben.

---

<sup>44</sup> S. dazu Michael Kunze, »Der Fall der Bäuerin von Winden. Zum Einfluss der Carolina auf die Praxis des Münchner Hofgerichts im 17. Jahrhundert«, in: Strafrecht, Strafprozess und Rezeption (o. Fn. 10), S. 177 (199 ff.).

---

<sup>45</sup> Siehe dazu Radbruch, Die Carolina (o. Fn. 3), S. 19.

<sup>46</sup> Weiterführend vor allem Eberh. Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 194 ff.; vgl. auch die Zusammenfassung bei Geppert, Grundsatz der Unmittelbarkeit, S. 19 ff.