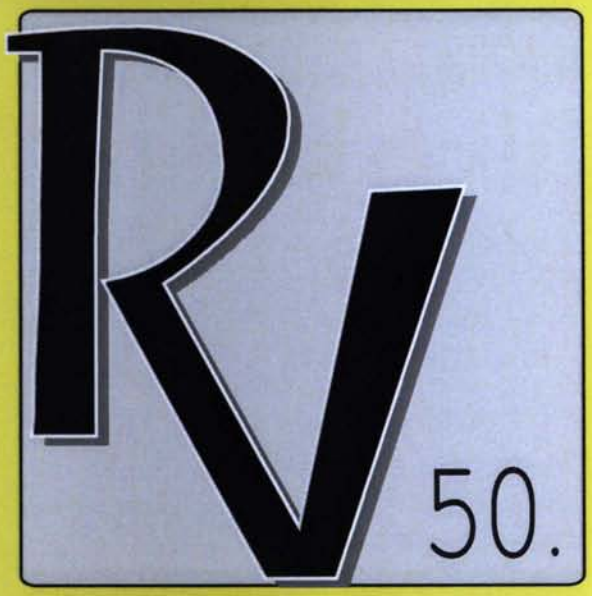
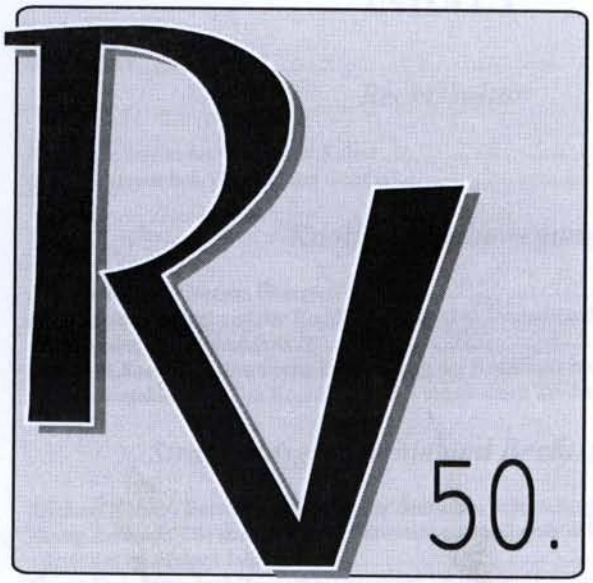


Rechtsgeschichtliche Vorträge

JUBILEUMSBAND

Budapest
2007.



Rechtsgeschichtliche Vorträge

JUBILEUMSBAND

Budapest
2007.

INHALT

VORWORT 7

Rechtskultur

Hoo Nam Seelmann: Recht und Kultur 11
Günter Jerouschek: Skandal um Goethe? 24

Kodifikationsbewegung

Kurt Seelmann: Gaetano Filangieri 33
***Paolo Becchi*:** Hegel und der Kodifikationsstreit in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts 53
Elisabeth Koch: Die historische Entwicklung der Kodifikation des Privatrechts 63
Mária Homoki-Nagy: Die Kodifikation des ungarischen Zivilrechts im 19. Jahrhundert 73

Strafrechtsgeschichte und Rechtsphilosophie

Michael Köhler: Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte 80
***Georg Ambach*:** Die strafrechtliche Entwicklung der Republik Estland in der ersten Seite des zwanzigen Jahrhunderts 86
Georg Steinberg: Aufklärerische Tendenzen im ungarischen Strafrecht 97
Attila Horváth: Geschichte des Strafrechts in Ungarn während des sowjetisch geprägten Sozialismus, mit besonderem Hinblick auf die Schauprozesse 111

Sanktionen

Barna Mezey: Kerker und Arrest (Anfänge der Freiheitsstrafe in Ungarn) 140
Kinga Bódiné Beliznai: Gefängniswesen in Ungarn und Siebenbürgen im 16-18. Jahrhundert (Angaben und Quellen zur Geschichte des ungarischen Gefängniswesens) 168
Markus Hirte: Poenae et poenitentiae – Sanktionen im Recht der Kirche des Mittelalters. 173
***Harald Maihold*:** „Ein Schauspiel für den Pöbel" Zur Leichnamsstrafe und ihrer Überwindung in der Aufklärungsphilosophie 190

Prozessrecht in der Geschichte

Wolfgang Sellert: Der Beweis und die Strafzumessung im Inquisitionsprozeß 219
Arnd Koch: Schwurgerichte oder Schöffengerichte? C.J.A. Mittermaier und die Laienbeteiligung im Strafverfahren 231
***Hinrich Rüping*:** Anwaltsgeschichte als Juristische Zeitgeschichte 239
Gábor Béli: Die Verjährung (praescriptio) und die Ersitzung (usucapio) im alten ungarischen Recht 256

Grundrechte und Verfassungsgeschichte

Reiner Schulze: Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur 263
Wilhelm Brauneder: Grundrechtsentwicklung in Österreich 283
Gábor Máthé: Der bürgerliche Rechtsstaat in Ungarn 288
József Ruszoly: István Csekey und die ungarische Verfassung 293
Magdolna Szigeti: Die Grundrechte und deren Geltung in dem sozialistischen Ungarn 316

Verwaltungsgeschichte

Attila Barna: Der wahre Diener des Staates – Verwaltungsreformen von Joseph II. in den ungarischen Komitaten 323
István Stipta: Die Herausbildung, und die Wirkung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit auf den ungarischen Verwaltungsrechtsschutz 338

Zivilrechtsgeschichte

Werner Ogris: W. A. Mozarts Hausstandsgründung 356
József Szalma: Haupttendenzen im ungarischen (Deliktrecht) Haftpflichtrecht 362

Juristenausbildung

Gernot Kocher: Alte und neue Ziele der Juristenausbildung in Österreich 376
Markus Steppan: Die Grazer Juristenausbildung von 1945 bis zur Gegenwart 379

VERFASSERLIST 387

Vorwort

„In den vergangenen Jahren sind die Kontakte der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Budapester Universität mit dem Ausland erfreulich lebhafter geworden.

Als deren Teil haben ausländische Professoren an der Fakultät großes Interesse beanspruchende rechtsgeschichtliche Vorträge gehalten, die Mitarbeiter der Lehrstühle für Rechtsgeschichte haben die Möglichkeit bekommen, im Ausland zu forschen und Vorträge zu halten.

Die Faszikel des Lehrstuhls für ungarische Staats und Rechtsgeschichte mit dem Titel ‚Rechtsgeschichtliche Vorträge' mögen diese Vorträge vereinigen. Zugleich wünschen sie der Wissenschaft, dem Unterricht zu dienen und unsere immer bedeutender werdenden internationalen Kontakte zu dokumentieren."

Mit diesen Worten setzte der Lehrstuhl 1994 die Reihe in die Welt, deren fünfzigsten, Jubiläumsband der verehrte Leser nun in der Hand hält. Damals glaubten wir noch kaum daran, dass wir nach fast dreizehn Jahren das Heft mit den gleichen Vorstellungen und mit der gleichen Thematik antreffen können, und dass die einzelnen Nummern der Reihe von ungarischen und auch ausländischen Bibliotheken gesucht werden. Der ursprüngliche Gedanke bei der Gründung der Reihe war es, die Beziehungen einfach zu dokumentieren, was mit der Erweiterung der Kontakte einen immer tieferen Sinn erhielt. Die Dokumentation enthält nunmehr die Darstellung des ganzen breiten Spektrums der wissenschaftlichen Tätigkeit des Lehrstuhls, wobei der Leser einen Überblick über die europäische Rechtsgeschichtswissenschaft erhält, die eine Fundgrube der Forschungen auch mit ungarischen rechtshistorischen Bezügen ist.

2002 wurde am Lehrstuhl – mit Fördergeldern von einer Ausschreibung der Ungarischen Akademie der Wissenschaften – die Rechtshistorische Forschungsgruppe der Eötvös-Loránd-Universität (ELTE) und der Ungarischen Akademie der Wissenschaften gegründet. Von nun an stand die Forschungsgruppe bei der Erscheinung der Hefte als Geburtshelfer da, was eine Garantie für die regelmäßige Erscheinung war. Die Einschaltung der Forschungsgruppe brachte auch eine gewisse Änderung der Thematik mit sich, weil sie als Gegenleistung für die finanzielle Unterstützung an die Ausschreibungsthematik angepasst werden musste: das bedeutete neben der Forschung der Rechtskultur und des Rechtsunterrichts auch die Präsentation der Forschungsergebnisse im Bereich der Symbole, Prozesse, Rituale und der symbolischen Elemente des Rechts. Dabei wurden nach wie vor die Budapester Vorträge der Professoren und Dozenten von den Partneruniversitäten, sowie die Vorträge der gemeinsamen Seminare von Studenten und Doktoranden dokumentiert. Die Namen der Autoren der Reihe widerspiegeln eine breitgefächerte internationale Aktivität des Lehrstuhls für ungarische Staats- und Rechtsgeschichte der ELTE, die von der Forschungsgruppe organisiert und unterhalten wird. Die Reihe war und bleibt ein Spiegel der regelmäßigen Treffen mit den Universitäten Wien, Basel, Jena und Tartu (früher auch Hamburg), der wissenschaftlichen Ergebnisse der Budapester Konferenzen und Seminare, sowie der wissenschaftlichen Auftritte der Mitarbeiter der Forschungsgruppe und des Lehrstuhls im Ausland, wobei sie sinngemäß Einiges auch aus den neuesten Ergebnissen der ausländischen Rechtsgeschichtswissenschaft bringt.

In diesem fünfzigsten, also Jubiläumsband erscheinen ausgewählte Publikationen aus den vergangenen dreizehn Jahren, um ein Bild sowohl über die Thematik als auch über den Kreis der wissenschaftlichen Partner und Beziehungen zu zeichnen, und um dadurch die Forschungen und ausländischen Beziehungen des Lehrstuhls für Staats- und Rechtsgeschichte der ELTE zu veranschaulichen.

Durch die vorliegende Reihe wir noch etwas dokumentiert: das kulturelle und gesellschaftliche Beziehungssystem, das (auch) auf dem Terrain des Rechts zwischen dem lateinisch-germanischen Rechtsgebiet und zwischen Ungarn, das Jahrhunderte lang am östlichen Rand des politischen Kontinents stand und seine Entwicklung an Europa festmachte, entstand und bestand. Durch die Entscheidung der Führer des ungarischen Nomadenstaates, die Ungarn in die Gemeinschaft der europäischen Staaten einzuführen und die damit einher gehenden Modernisierungsaufgaben und die Adaptation des europäischen christlichen Staatsmodells durchzuführen, wurde die Modernisierung zu einem ständigen Element der ungarischen Geschichte. Durch die Christianisierung und die Einführung der typischen Institutionen der mittelalterlichen europäischen Verfassung wurde das Königtum zu einem Teil von Europa, aber der Zeitpunkt des Beitritts wies dem Land einen besonderen Platz in der europäischen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Arbeitsteilung zu. Mit den Worten von István Hajnal[1]: Wir schlossen uns der Hauptströmung der europäischen Entwicklung als „Randnation" an. Die ungarische Politik musste mit einer Verspätung von vier bis fünfhundert Jahren, mit einer weniger organisch gewachsenen Entwicklung und mit dem Fehlen der antiken Vorgeschichte rechnen. (Nicht nur die ungarische Politik, sondern auch die böhmische und polnische politische Elite, sowie die skandinavische Region, die sich ungefähr zu dieser Zeit an die kontinentale Entwicklung anpassten, hatten damit zu rechnen. „Diese Zone schloss sich dem Westen ziemlich spät an, aber danach machte sie zweifellos alle seine wichtigsten Umwälzungen mit."[2]) Die Übernahme war schnell. (Sie musste auch schnell erfolgen, da die ostmitteleuropäischen Länder sowohl vom Westen als auch vom Osten her durch eine Machtexpansion bedroht waren.) Und gerade deshalb ging die Übernahme der verfassungsmäßigen, kulturellen, politischen, diplomatischen und rechtlichen Institutionen des lateinischen Kulturkreises in einer gut organisierten Ordnung vor sich. Das ist einer der wesentlichen Unterschiede zu den Gesellschaften, die im Zentrum des Kontinents eine organische Entwicklung durchmachten. Am „östlichen Rande" (Jenő Szűcs) von Westeuropa „kam einer von ‚oben' organisierten Umstrukturierung eine unverhältnismäßig wichtigere Rolle zu, als auf den ursprünglichen Schauplätzen der Entstehung dieser Strukturen".[3] Diese „Richtung" der Gesellschaftsreformen blieb bis heute bestehen; die Modernisierung ist den Staaten dieser Region, also auf der „Peripherie" (Kálmán Kulcsár), zur alltäglichen politischen Aufgabe geworden. Das Wesen der Modernisierung besteht „in der Auflösung des Gegensatzes, der zwischen den Herausforderungen aus den Erscheinungen der geschichtlich organisch gewachsenen Entwicklung der Zentrumgesellschaften und dem Antwortzwang auf die Herausforderungen des Zentrums entsteht, der die

[1] Hajnal, I.: A kis nemzetek történetírásának munkaközösségéről *(Über die Arbeitsgemeinschaft der Geschichtsschreibung kleiner Nationen)*, Budapest 1942.
[2] Hajnal, I.: a .a. O., S. 9.
[3] Szűcs, J.: Vázlat Európa három történeti régiójáról *(Abriss der drei geschichtlichen Regionen von Europa)*, Budapest, 1983, S. 60.

organische Entwicklung der Randnationen zerstört und ablenkt."[4] So kam den Aufholungsversuchen im Leben der östlichen „Randzone" (Domokos Kosáry) eine wichtige Rolle zu, angefangen vom Mittelalter über den aufgeklärten Absolutismus bis hin zur bürgerlichen Umgestaltung.[5] Für einen Rechtshistoriker ist besonders wichtig, dass für die politische Elite und die Staatsführung das Recht als Mittel einer erfolgreichen Modernisierung immer auf der Hand lag. Die Entwicklung der Rechtsmaterialien, welche die Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse widerspiegeln, steht also in einem organischen Verhältnis mit den Modernisierungsbestrebungen. Die Verbundenheit des ungarischen Rechts und der Rechtswissenschaft mit den europäischen Rechtsgebieten, insbesondere mit dem deutschen und österreichischen Recht ist nicht nur unumstritten, sondern zugleich die grundlegende These der ungarischen Rechtsentwicklung.

Dieser Kontakt ist sowohl in der Welt der Wissenschaft als auch im Hochschulwesen, in der Kodifikation und auch in konkreten Rechtswirkungen anzutreffen. Diese Verbindung begründet die Daseinsberechtigung der Reihe „Rechtsgeschichtliche Vorträge". Darstellung von vergleichenden Forschungen und Modellen der geschichtlichen Rechtsinstitutionen zur gegenseitigen Information, Darstellung der europäischen Entwicklungstendenzen, Verbindung der wissenschaftsgeschichtlichen Punkte, Auslegung der Wechselbeziehungen in der Kodifikation: darin bestanden die geistigen Aufgaben der vorliegenden Reihe und bleiben es hoffentlich noch lange Jahre.

[4] Kulcsár, K.: A modernizáció és a jog *(Modernisierung und Recht)*, Budapest 1989, S. 14.
[5] Kosáry, D.: Az európai fejlődési modell és Magyarország *(Das europäische Entwicklungsmodell und Ungarn)*. In: A történelem veszedelmei *(Gefahren der Geschichte)*, Budapest, 1987, S. 11.

Recht und Kultur

Hoo Nam Seelmann

Basel

Konfuzius, dessen Staats- und Sozialphilosophie das ganze Ostasien massgeblich geprägt hat, schrieb: „Wenn man das Volk durch Gesetz leitet und durch Strafe diszipliniert, so weicht das Volk aus und verliert das Schamgefühl. Wenn man es mit der Kraft der Tugend leitet und durch die Sittlichkeit regiert, behält das Volk das Schamgefühl und hält sich an das Richtige." Diese Aussage des Konfuzius fasst die grundlegende Beziehung zwischen Recht und Moral in der ostasiatischen Tradition zusammen und zeigt zugleich, dass die im Westen geltende Vorangstellung des Rechts als Ordnungsinstrument eine begrenzte Geltung besitzt. Die europäische Rechtstradition, die eine wesentliche Stütze der westlichen Zivilisation ausmacht, lässt sich nur innerhalb des europäischen kulturellen Kontextes begreifen. In anderen Kulturen gelten eben andere Ordnungssysteme und auch andere Konfliktlösungsmodelle.

Kulturelle Differenzen umfassen nicht nur sichtbare Phänomene wie Essgewohnheiten (Reis oder Brot), sondern haben Tiefendimensionen, zu denen auch die Art und Weise des Denkens, der Glücksfindung und der Weltanschauung gehören. Damit eine kulturelle Gemeinschaft eine stabile innere Ordnung hat, bedarf sie eines Ordnungssystems. Konflikte, wenn sie auch kulturell unterschiedlich sein können, kommen in allen Kulturen vor und daher hat jede Kultur eine Strategie entwickelt, Konflikte zu lösen. Jedes Ordnungssystem dient bei der Konfliktbewältigung als Instrument. Ein Ordnungssystem, z.B. das Recht, lässt sich aus verschiedenen Perspektiven betrachten. Man kann es aus historischer Sicht analysieren. Man wird dann den Wandel des Rechtsverständnisses und der Rechtsnormen parallel zur Veränderung der historischen Wirklichkeit erfassen können und auf die begrenzte Geltung der positiven Rechtsnormen stossen. Man kann aber auch das Recht aus kulturvergleichender Sicht betrachten, um festzustellen, dass das Recht erstens je nach der Kultur unterschiedliche Bedeutung besitzt und zweitens sich in seiner Entstehung und Geltung auf kulturspezifische Prämisse stützt. In Meinem Vortrag soll am Beispiel der koreanischen Rechtstradition versucht werden, zu zeigen, worin der Hauptunterschied zwischen dem europäischen und dem ostasiatischen Rechtsdenken besteht. Im ersten Teil (I) wird allgemein das unterschiedliche Verhältnis zwischen Recht und Moral im Westen und in Ostasien dargestellt. Im zweiten Teil (II) geht es um einen kurzen historischen Abriss der Einführung des europäischen Rechts in Korea und schliesslich sollen im dritten Teil (III) einige Beispiele für die Schwierigkeiten genannt werden, die aus der Vermischung unterschiedlicher Kulturtraditionen herrühren.

I. Recht und Moral

Die europäische Kultur – wenn Sie mir diese pauschale Bezeichung erlauben, von uns aus gesehen erscheint sie als eine Einheit – hat ein Ordnungsgefüge hervorgebracht, das wesentlich auf Rechtsnormen basiert. Das europäische Ordnungsgefüge zeichnet sich durch eine generelle Präferenz positiver Gesetzesnormen unterschiedlichen Inhalts aus. Sie gestalten in noch zunehmender Anzahl unterschiedliche Bereiche des privaten und öffentlichen Lebens. Dies bedeutet, dass in Europa sich ein Ordnungssystem etabliert hat, das von allen eine Gehorsamspflicht verlangt, die durch Strafe und Zwangsvollstreckung abgesichert ist. Die Rechtsnormen sind vom Staat gesetzte Zwangsnormen, deren Einhaltung das geregelte Zusammenleben der Menschen ermöglichen soll. Ausnahmen hiervon wären die sogenannten Naturrechtsnormen, die wohl Rechtsnormen heissen, aber in Wirklichkeit eine Art übergeordnete Moralnormen darstellen und zur Legitimisierung oder Infragestellung von positiven Rechtsnormen herangezogen werden können. Recht bildet also nach dem allgemeinen Verständnis im Westen das Rückgrat der Gesellschaft. Hingegen wurden in Europa Moral und Sitten zunehmend in die Sphäre des Privaten abgedrängt und für die Gestaltung der Gemeinschaft insgesamt als unverbindlich und damit als wirkungslos angesehen.

Die europäische Rechtstradition ist aber ein Teil der europäischen Kultur und beruht daher auf Voraussetzungen, die sich in dieser Form nur hier finden lassen. Um welche Voraussetzungen handelt es sich? Die Frage lautet hier also, wieso konnte in Europa diese bestimmte Rechtstradition entstehen und in Ostasien nicht? Eine Antwort auf eine so komplex Frage kann nicht einfach sein. Ich kann nur einige Aspekte hier erwähnen, die in diesem Zusammenhang von Bedeutung zu sein scheinen. Einige Gedankengänge möchte ich hier also formulieren und zur Diskussion stellen. Zunächst werde ich drei Aspekte der europäischen Kultur ansprechen und dann anschliessend über die ostasiatische Kultur sprechen, damit Sie direkt die beiden Kulturen miteinander vergleichen können. Denn der Blick auf die Natur, Welt und den Menschen kann je nach der Kultur sehr unterschiedlich sein.

Ein Aspekt der europäischen Kultur scheint in Bezug auf die Entstehung und Entwicklung des Rechtsdenkens wichtig zu sein, nämlich die Entfaltung der Macht und das Bestreben, sie zu begrenzen. Die Entstehung des Rechtsdenkens im römischen Reich dürfte auch kein Zufall sein, denn ein Riesenreich, bestehend aus heterogenen Teilen, so lange aufrechtzuerhalten, benötigt die Aufteilung von Macht und Absicherung einzelner Machtsphären. Ohne gemeinsame kulturelle Basis konnten einzelne Teile des Reiches nur durch Rechtsnormen, die mit Zwang durchgesetzt werden konnten, zusammengehalten werden. Der langwierige Streit im Mittelalter zwischen der Kirche und der weltlichen Macht erfordert auch die gegenseitig anerkannte Begrenzung von Machtsphären, da jede Seite einen Absolutheitanspruch erhob. Hinzu kommen ständige Verschiebungen von Landesgrenzen, Entstehung von Territorialstaaten, religiösen Auseinandersetzungen, die zuletzt in der Reformation gipfelte. Ungleichgewicht der Machtverhältnisse nach innen und nach aussen versuchte man mit Rechtsnormen im Gleichgewicht zu halten. Der Vertragsgedanke wurde wichtig, denn zur Absicherung des Gleichgewichts waren Verträge wichtig. Sogar der Staat wurde als ein Gebilde angesehen, das auf Verträgen beruht

(Rousseau). Diese Tradition, das Gleichgewicht der Macht anzustreben, setzt sich bis in die Entwicklung der Demokratie fort, in der es auf die Teilung der Macht und die Absicherung der Machtsphären ankommt. Diese Frage der Macht könnte auch in solchen grundsätzlichen Beziehungen wie der zwischen Gott und Mensch und Mensch und Natur eine zentrale Rolle spielen. Denn der monotheistische Gott ist Macht und hat diese Macht auf die Menschen übertragen, die Natur, die ja eine Schöpfung darstellt, als Objekt zu beherrschen.

Wie tief das Rechtsdenken in der europäischen Kultur Wurzel geschlagen hat, bemerkt man an vielen Phänomenen. So sprach man im Zusammenhang mit den Hexenprozessen in Europa davon, dass die Hexen mit dem Teufel einen Pakt geschlossen hätten. Gut und böse bilden einen absoluten Gegensatz im europäischen Denken, und man kann einen solchen Gegensatz nur durch einen Vertrag zähmen, da man ihn nicht versöhnen kann. In Ostasien gibt es weder den Teufel noch Hexen, darum auch keine Hexenprozesse. Die europäische Vorstellung des Jüngsten Gerichts zeigt auch, dass selbst am Ende alles Lebens ein Gericht, also eine rechtliche Instanz, über die Menschen und ihre Taten richtet. Eine allumfassende Versöhnung ist hier nicht vorgesehen. Dass das Ringen um die Macht, veranschaulicht an der Metapher des Kampfes, die gesamte europäische Kultur durchzieht, erkennt man am deutlichsten, wenn man ein beliebiges europäisches Museum betritt und vor allem die Bilder und Skulpturen aus füheren Epochen betrachtet. Es ist häufig ein Schock für uns Asiaten, wenn wir zum ersten Mal mit solchen Bildern konfrontiert sind. Vor einem breitet sich eine Vielfalt von Kunstwerken aus, die Gewalt durch Ästhetik erhöht zeigt. Zu erwähnen wären hier die unzählige Darstellung des Heiligen Georg, vom Jüngsten Gericht und von Mätyrerszenen. Es scheint, dass die europäische Zivilisation eine durch Rechtsnormen gezähmte Lebensgemeinschaft darstellt.

Ein weiterer Aspekt ist, dass in der europäischen Kultur der einzelne Mensch eine herausragende Stellung hat. Die schon bei den Griechen bekannte Aussagen wie „der Mensch ist das Mass aller Dinge" oder „Erkenne Dich selbst" deuten eine Entwicklung an, die das europäische Individuum zu dem gemacht hat, was es heute ist. Damit kam ein Prozess in Gang, der eine beispielose Selbtsreflexion des Menschen auslöste. Am Ende dieses Prozesses hat sich der Mensch zu einem Wesen entwickelt, das mit einem Willen ausgestattet und frei und autonom ist. Die Freiheit und Autonomie des Individuums sind nur konstruierbar, wenn man von den Dingen, die gerade das Individuum konstituieren, abstrahiert. Ein solches Individuum muss seine Freiheit und Autonomie gegen andere verteidigen und dazu werden Rechtsnormen benötigt. Der Begriff der Person, der das Rechtssubjekt verkörpert, stellt gerade jene abstrakte Kategorie dar. In Ostasien existiert kein Begriff, den man mit dem Begriff der Person vergleichen kann, was ein grosses Problem in den Übersetzungen darstellt.

Ein dritter Aspekt in diesem Zusammenhang ist die Art und Weise des Denkens in der europäischen Tradition. Ein wesentlicher Charakterzug der westlichen Kultur ist die dualistische Denkweise, die in der logischen Aussage gipfelt: „Tertium non datur". Es gibt folglich eine ganze Reihe von Dichotomien wie Subjekt/Objekt, Körper/Seele, Natur/Kultur, gut/böse usw., die die europäische Denktradition beherrschen. Das dualistische Denken erfordert, dass man immer eine klare Grenze ziehen will. Definition ist ein Schlüsselwort im europäischen Denken. In Ostasien gab es kein Wort dafür. Analytisches und diskursives Denken muss sich in einem europäischen kulturellen Umfeld notwendig hervortun. Nicht nur die europäische Rechtstradition,

sondern auch die Wissenschaft und die technische Entwicklung des Westens wären ohne diese Denkweise nicht möglich gewesen.

Bis jetzt war von Europa die Rede. Nun will ich zu Ostasien übergehen und einige Charakterzüge der ostasiatischen Kultur parallel zu den drei Aspekten erörtern.

Die Natur heisst in Korea „Ja-Yon", was soviel heisst wie „von selbst so". Dieser Begriff ist in ganz Ostasien gleich. Reinhard May interpretierte diesen Naturbegriff in seinem Aufsatz „Über Moral und Gesetz im abendländischen und ostasiatischen Denken" mit folgenden Worten: „Dieses Verständnis begründet die Unhintergehbarkeit der Ein- und Ganzheit aller interdependenten Lebensprozesse, und zwar in der Untrennbarkeit des Materiellen vom Geistigen und des Geistes vom Materiellen. Das Von-Selbst-So bestimmt die unaufhebbare Grenze der sich selbst genügenden Spontaneität. Ein derartiges Verständnis umfasst auch die eigene, die menschliche Natur. Sie ist in der Lage, die vielfältigen Ordnungsmuster und ihre Abweichungen davon als ungeschaffen, als von-selbst-so wahrzunehmen und daraus Anleitung für menschliches Verhalten abzulesen." Da wir keinen Monotheismus haben, bildet die Natur die Grenze des Denkens. Ein Blick auf die Natur von aussen ist nicht möglich. Daher lässt sich auch nicht über den Anfang und das Ende der Natur etwas sagen (anders als in Europa, wo die Natur als eine Schöpfung einen Anfang und ein Ende hat). Diese Natur ist nach der Vorstellung der Ostasiaten in sich harmonisch und befindet sich in ständiger rhythmischer Bewegung, die der Natur inhärent ist. Die Natur ist als etwas Lebendiges, von innen her Pulsierendes gedacht. Der Mensch ist ein Teil dieser allumfassenden Natur und ist umfangen von der Harmonie des Ganzen. Im Denken und Handeln sollen sich die Menschen nach dem Prinzip „Tao" und „Yin" und „Yang" richten, um sich in das harmonische Ganze einzufügen. Diese Sicht der Welt lässt sich deutlich in der ostasiatischen Malerei aufzeigen. In den Bildern werden entweder Menschen gezeigt, die sich in ihrer Winzigkeit an die Naturläufe anschmiegen oder in der Naturbetrachtung versunken sind (ein Bildervergleich zwischen Michelangelos Sintflut und ein Bild aus Ostasien). Die Begriffe „Yin" und „Yang" und „Tao" sind inzwischen auch in diesem Weltteil bekannt geworden und haben in der Esoterikszene Europas einen fragwürdigen Platz gefunden. Die Menschen müssen nach der ostasiatischen Vorstellung sozusagen mit der Rhythmik des Ganzen mitschwingen und darin ein Gleichgewicht finden. In Ostasien kann daher kein mit Europa vergleichbarer Gedanke aufkommen, die Natur als eine feindliche Macht zu sehen. Im Gegenteil: Die Natur ist in sich harmonisch und schliesst die Menschen darin ein. Wenn auch immer wieder das Gleichgewicht gestört wird, kehrt doch die Harmonie zurück. Diese Vorstellung der Natur erfordert bestimmte Ordnungskategorien, die eine die Harmonie wiederherstellende Rhythmik in Rechnung stellen. So sind Yin und Yang Kategorien, die das Ausbalancieren von zwei Extremen veranschaulichen. Daher unterscheiden sich diese Kategorien grundsätzlich von den Naturgesetzen, die kausale Bezüge angeben. Kausalität spielte in der ostasiatischen Naturbetrachtung nur eine untergeordnete Rolle, denn es kam nicht darauf an. Yin und Yang betonen ausserdem die Interdependenz aller Dinge, die miteinander in einer funktionaler Beziehung (oder Wirksamkeitbeziehung) stehen und deren Gleichgewicht ständig neu gesucht werden muss. Man spricht daher in Bezug auf die ostasiatische Kultur vom Holismus, also einer ganzheitlichen Kultur.

Diese holisitsche Sicht der Welt jedoch lässt nach meiner Überzeugung kein analytisches Denken aufkommen, denn Analyse heisst Trennen und Definieren. Es ist daher für mich dann auch folgerichtig, dass sich in Ostasien keine Wissenschaft und technische Revolution westlicher Prägung hervortun konnten.

Der Begriff des Menschen in Ostasien hat zwei Bestandteile: Mann und räumliches Zwischen. Der Mensch ist in Ostasien nicht als ein autonomes Individuum gedacht, sondern als ein Wesen, das schon immer in räumlicher Beziehung zu anderen Dingen und Menschen steht. Der ostasiatische Begriff des Menschen meint nicht nur die Dimension der Intersubjektivität, sondern hat eine umfassendere Bedeutung, nämlich Schon-immer-in-der-Welt-Sein des Menschen. Das Verbundensein mit der Welt und mit anderen Menschen ist wesentlich für das Menschenbild der Ostasiaten. Daher konnten sich weder Begriffe wie Individuum und Person entwickeln noch Autonomie und Freiheit. Natürlich gibt es im heutigen Ostasien auch Begriff wie Autonomie, individuelle Freiheit und Individuum, aber diese sind konstruierte Begriffe aus dem Ende des 19. Jahrhunderts, als der westliche Einfluss uns erreichte. Die Maxime des Lebens und Handelns in Ostasian sollte das Streben nach der Harmonie im Einklang mit der Natur sein.

Dass in Ostasien moralische Normen gegenüber den rechtlichen stets den Vorrang hatten, liegt, wenn man den bisherigen Erörterungen gefolgt ist, auf der Hand. Denn in Ostasien fehlen all jene Voraussetzungen, die ein Rechtssystem überhaupt konstruierbar machen. Statt Rechtsnormen bevorzugten die Ostasiaten moralische Normen, um die menschliche Gemeinschaft in Gleichgewicht zu halten, wie die eingangs zitierte Aussage von Konfuzius anschaulich macht. So herrschte in menschlichen Dingen lebenskluge Moralpraxis vor reiner lebensfremder abstrakter Theorie. Da in der konfuzianischen Philosophie die Meinung vorherrschte, dass die Menschen von Natur aus gut seien (Konfuzius und Menzius), vertraut man auf die Fähigkeit der Menschen, mit Hilfe der Moral die Gemeinschaft selbst zu regulieren. Die Aufgabe der Erziehung bestand darin, diese gute menschliche Natur zur vollen Entfaltung zu bringen.

Eine Frage erhebt sich in diesem Zusammenhang, nämlich woher das Böse kommt, wenn die Menschen von Natur aus gut sind. Über das Böse wurden unzählige Dispute in der konfuzianischen Philosophie geführt. Die Erklärung des Ursprungs des Bösen ist wichtig, weil es das Zusammenleben des Menschen stört. Nach der herrschenden Meinung in Ostasien ist die Natur des Menschen gut, aber die Menschen können durch die Umstände zu moralisch verwerflichen Handlungen verleitet werden. Das Böse ist nicht etwas, was im Menschen unabänderlich steckt (wie die Erbsünde), sondern entsteht aus den Verwicklungen, in denen die Menschen handeln. Sie können aber jeder Zeit ihre Gesinnung ändern und zum moralischen Handeln zurückkehren. Da es im ostasiatischen Denken keine Dualität von böse und gut gibt, existiert auch nichts, das das Böse als solches (z.B. der Teufel) verkörpert. Gut und Böse sind relationale Kategorien und jeder Zeit verschiebar und veränderbar. Böse heisst im ostasitischen kulturellen Kontext moralische Verwerflichkeit, die man durch veränderte Gesinnung und Handeln wieder ins Gute kehren kann. Im koreanischen Strafrecht gelten Selbstanzeige, freiwillige Wiedergutmachung und tiefe Reue heute noch als Strafmilderungs- oder Verfahrenseinstellungsgründe. Die alte Tradition lebt also noch weiter.

Neben den moralischen Normen gab es nur wenige rechtliche Normen, die alle strafrechtlicher Natur waren, denn es gab kaum Gerichtswesen für Zivilstreitigkeiten. Diese wenige Strafrechtsnormen dienten allein dazu, die Moral und Tugend der Menschen zu verbessern und so die Sittlichkeit der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten. Die so verstandenen Moralnormen sind objektivistisch gedacht. Sie stehen sowohl über den verschiedenen Religionen als auch Individuen. Die Menschen sollen ihnen folgen, aber können nicht über sie verfügen. Die Strafgesetze sind als ein Korrektiv gedacht für jene Fälle, in denen die Selbstregulierung durch Moral und Sitten nicht funktioniert. Man hielt sogar die Gesetze für eine kulturlose Erfindung, die auf einen nichtchinesischen, sprich barbarischen, Ursprung zurückgeht. Daher existiert in der ostasiatischen Tradition keine Vorstellung, dass das Recht die individuelle Freiheit des Einzelnen schützen solle. Dass das Bewusstsein des subjektiven Rechts sich kaum ausgebildet hat, dürfte dann auch kaum verwunderlich sein. Ebensowenig existiert der „Kampf ums Rechts" als Maxime des Handelns. Rechtsnormen wurden also nur als Hilfsmittel für die Moral angesehen. Diese Haltung ist bis heute in Korea bemerkbar: Es heisst eben heute noch, dass das, was den Sitten nicht widerspricht, auch rechtlich erlaubt ist. Im alten Korea wurde das Verbrechen als ein Verstoss gegen die Grundsätze der Moral angesehen und nicht als Verletzung von Rechtsnormen, die vom Staat erlassen wurden. So wurde beispielsweise ungebührliche Haltung der Schwiegertochter gegenüber den Schwiegereltern oder Vernachlässigung der Pflicht als Sohn mit grosser Strenge geahndet. Heute noch versucht der Staat die Moral der Bürger zu beeinflussen. Aus China ist bekannt, dass man die Bürger in Umerziehungslager schickt oder eine Kampagne der Freundlichkeit startet. In Korea werden die Bürger auch immer wieder aufgerufen, sich moralisch zu benehmen, die alten Menschen zu achten usw. So gesehen glaubt man heute noch daran, dass ie Moral wichtiger ist als das Recht, um die Gemeinschaft in Ordnung zu halten. In Europa würde eine solche Aufforderung als Einmischung in die Privatsphäre und Autonomie wahrgenommen. Der Staat soll sich nicht einmischen, denn Moral ist Sache des Einzelnen.

Eine ideale Gemeinschaft besteht nach der Meinung der Ostasiaten darin, dass die Menschen gegenseitig ihre Pflichten erfüllen. Wie in der Natur, in der alles von alleine so harmonisch ist, sollen sich auch Wege zur Regelung der menschlichen Angelegenheiten ergeben. Dies geschieht eher durch freundlich-einvernehmliche Regelungen als durch streitige, gerichtlich geführte Auseinandersetzungen, die auf eine Entscheidung der harten Alternative Recht oder Unrecht hinauslaufen und daher wenig geschätzt sind. In Korea strebt man noch heute danach, Konflikte ausserhalb der Rechtssphäre einvernehmlich zu lösen. Wenn jemand sich auf eine gerichtliche Entscheidung einlässt, wird das als eine Feindseligkeit, eine Art Kriegserklärung, angesehen. Der Kampf ums Recht kommt erst ganz allmählich in Gang.

II. Einführung des europäischen Rechts in Korea

Im Jahr 1876 wurde Korea von Japan gezwungen, die Häfen zum Handel zu öffnen, nachdem Japan selber 1856 durch Amerika dazu gezwungen wurde. Japan hat also die Lektion von den amerikanischen und europäischen Ländern in ihrem imperialistischen Bestreben gut gelernt und wandte das Gelernte in Korea an. Japan hatte mit der Öffnung des Landes, die als die „Meiji-Restauration" in die Geschichte einging, das europäische, hauptsächliche aber das deutsche Rechtssystem eingeführt. So kam das damalige koreanische Königreich zum ersten Mal in Kontakt mit einem europäischen Rechtssystem, war aber dem gegenüber gänzlich hilflos. Da aber Korea nominell erst 1910 zur japanischen Kolonie wurde, gelangte das japanische Recht erst in diesem Jahr zur vollen Anwendung in Korea. Bis dahin galt das Gesetzbuch „Kyongkuk Daejon" (Grosser Kodex zum Regieren des Staates), das nach der Rezeption des chinesischen „Grossen Ming Strafkodex" im Jahr 1485 verfasst wurde. Daneben gab es auch ungeschriebene Gesetze in Form von Gerichts- und Strafvollzusentscheidungen sowie Rechtsansichten von Richtern und Kommentare. Es gab aber keinen dafür ausgebildeten Berufsstand der Juristen, sondern jeder höhere Beamte übte in seinem Bezirk das Richteramt aus. Die allgemeine Bildung der konfuzianischen Klassiker wurde als genügend angesehen, um das Richteramt auszuüben. Manche gelehrten Beamten waren aber auch als Richter bekannt geworden, weil sie mit Klugheit, Scharfsinn und der moralischen Integrität ihrer Person Rechtsfälle gelöst haben und so den Frieden der Gemeinschaft aufrechterhalten konnte. Diskussionen über Rechtsanwendung und Gesetzesauslegung wurden geführt, aber eine systematische Ordnung wurde nicht angestrebt. In der koreanischen Rechtskultur gab es keine logische Kategorie oder Rechtstypen, man bemühte sich um die elastische Lösung von konkreten Fällen. Diese Tendenz ist heute noch stark vorhanden. Die Auslegung der Strafrechtsgesetze ist noch heute nicht streng und formal, sondern relativ situationsangepasst und dehnbar. Pragmatische Lösungen werden angestrebt.

Zwischen 1910 und 1945 lebte Korea in einem rechtlichen Schwebezustand, da das durch europäisches Recht beeinflusste japanische Recht als „geliehenes Recht" zwar nicht in vollem Umfang, aber doch prinzipiell in Korea angewandt wurde. Denn Korea befand sich als Kolonie Japans rechtlich gesehen in einem minderen Status und wurde von einem Generalgouveneuer mit grossen Vollmachten regiert. Als Korea von der japanischen Kolonialherrschaft 1945 befreit wurde, war die Frage, was mit dem Rechtssystem, das in den Jahren der Kolonialzeit sich einigermassen etabliert und zum Bestandteil des Lebens in Korea geworden war, geschehen sollte. Man konnte ja nicht einfach das einzige geltende Rechtssystem von heute auf morgen abschaffen. Ein rechtliches Vakuum wäre in der politisch unsicheren Situation von damals sehr gefährlich gewesen. Die Situation wurde noch zusätzlich dadurch komplizierter, dass Korea noch im September 1945 von den Amerikanern geteilt wurde und der Süden von 1945 bis 1948 von einer amerikanischen Militärregierung regiert wurde. Es herrschte ein rechtlicher Wirrwarr. Bald darauf brach 1950 der Korea-Krieg aus, der bis 1953 dauerte. Erst nach dem Krieg machte sich Korea daran, das in Verwirrung geratene Rechtssystem wiederherzustellen. Die Rückkehr zum alten konfuzianischen Rechtssystems lehnte man ab, da man ein modernes Korea aufbauen wollte, zu dem

eine neue, an Europa orientierte Rechtsordnung als unerlässlich angesehen wurde. So blieb das japanische Recht in Kraft und es ist in seinen Grundzügen in dem 1953, also nach dem Ende des Koreakrieges, kodifizierten koreanischen Rechtssystem erhalten geblieben. Das europäische Recht gelangte auf den Umweg über Japan nach Korea, als eine Art Mitgift des europäischen Imperialismus, ohne dass die Koreaner selber es gewollt haben.

Schwierigkeiten können nicht ausbleiben, wenn man sich die grossen kulturellen Differenzen zwischen Korea und Europa vergegenwärtigt. Das europäische Rechtssystem ist vor einem bestimmten oben geschilderten kulturellen Hintergrund entstanden, der aber in Korea ganz fehlt. Die Importware „Recht" muss sich an die kulturelle Wirklichkeit in Korea anpassen und assimilieren, will sie Geltung erlangen und wirksam sein. Denn die Menschen hatten weder einen gefühlsmässigen Zugang zum neuen Rechtssystem noch sahen sie dessen Notwendigkeit ein. Trotz der unentwegten Anstrengung, die Kluft zu schliessen, spricht man heute noch von einer „doppelten Rechtskultur". Im Folgenden sollen einige Punkte genannt werden, die den Assimilierungsprozess veranschaulichen.

Um die Kluft zwischen dem importierten Recht und der Lebenswirklichkeit zu schliessen, sind beispielsweise im Strafrecht die Gesetze allgemein und knapp gefasst. Diese Eingeschaft ermöglicht grössere Flexibilität in der Rechtsanwendung. Dadurch erlangen die Strafrechtspflegeorgane einen viel grösseren Ermessensspielraum als dies beispielsweise in Deutschland der Fall ist. Durch die grössere Dehnbarkeit der Rechtsnormen lassen sich auch jene Fälle subsumieren, an die die europäischen Gesetzgeber nicht dachten. Ein weiterer Punkt in diesem Zusammenhang ist, dass im koreanischen Strafrecht eine Generalklausel existiert, deren Anwendung weitgehend in das Ermessen der Strafrechtsorgane gestellt ist. Diese (§ 20 korStGB) lautet: „Eine Handlung, die aufgrund eines Gesetzes oder einer Verordnung oder in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit vorgenommen wird, oder sonst den gesellschaftlichen Sitten nicht widerspricht, wird nicht bestraft". In diesem Paragraphen schimmert die konfuzianische Tradition durch, nach der das Verbrechen in erster Linie als ein verstoss gegen die moralischen Normen erschien und nicht als Verletzung des staatlichen Gesetzes. Der Begriff der gesellschaftlichen Sitten wird in der Rechtssprechung als ein Auslegungsmassstab angesehen. Was den koreanischen Sitten entspricht, kann unabhängig von den dogmatischen Argumenten nicht bestraft werden. So hat das koreanische Verfassungsgericht den Straftatbestand „Ehebruch" mit der Begründung unangetastet gelassen, dass er zur Aufrechterhaltung der Sittlichkeit, ehelichen Treue und Monogamie notwendig sei. Tatsächlich waren noch 70 % der Bevölkerung zu Beginn der 90er Jahre für die Beibehaltung des Ehebruch-Tatbestandes gewesen. Mit einer solchen Generalklausel lässt sich die Brücke zwischen den koreanischen Sitten und den importierten Rechtsnormen schlagen.

Nicht nur auf der formal-rechtlichen Ebene wurde das neue importierte Recht an die Tradition geknüpft, sondern auch auf der inhaltlichen Ebene. Es gibt eine ganze Reihe von Tatbeständen, die in Korea vorkommen, aber nicht in europäischen Strafgesetzen. So gibt es einige Paragraphen, die verschiedene Aszendentenmorde oder den Aszendententotschlag regeln. In solchen Fällen sind Strafverschärfungen vorgesehen. Die Familie im weiteren Sinne wurde im konfuzianischen Korea als die Keimzelle des Staates angesehen, ja der Staat selber wurde als eine grosse Familie betrachtet, deren Oberhaupt der König war. Die Familie war nach Alter und

Verwandschaftsgrad streng hierarchisch geordnet. Die in der Hierarchie unten stehende Person schuldet nach oben Gehorsam und Achtung. Daher wurden Taten, die Aszendenten betrafen, als besonders verwerflich angesehen. Man kann also an solchen Beipielen sehen, dass der Grundsatz, alle Menschen sind vor dem Recht gleich, nicht in vollem Umfang gilt.

III. Doppelte Rechtskultur – zwei Beispiele

Korea muss mit der doppelten Rechtskultur leben und hat auch inzwischen gelernt, damit zu leben. Wichtig ist hierbei, dass die Juristen sich in vollem Umfang der doppelten Kultur bewusst sind. Es wäre falsch, blindlings der deutschen Dogmatik zu folgen, was manche koreanische Juristen in früheren Jahren getan haben. Sie sahen in ihrem Fortschrittseifer die grosse Kluft nicht, die sich zwischen den fremden Paragraphen und der gesellschaftlichen Wirklichkeit in Korea aufgetan hat. Aber es wäre ebenso verkehrt, wenn man die altkoreanische Tradition überbetonen wollte, denn Korea hat sich sowohl kulturell als auch politisch verändert. Die Juristen müssen diese Veränderung berücksichtigen, wenn sie Gesetze neu formulieren, um rechtliche Probleme zu lösen. Demokratische Grundsätze und Menschenrechte sind inzwischen allgemein anerkannt und somit zu einem Teil der gesellschaftlichen Wirklichkeit geworden. Dennoch lebt die alte kulturelle Tradition im Denken und Handeln der Menschen weiter, denn Tradition verändert sich sehr langsam. Juristen und Politiker sollten nur solche Gesetze erlassen, die einerseits grundsätzliche Positionen formulieren, andererseits aber der kulturellen Wirklichkeit Rechnung tragen, um wirksam sein zu können. Im Folgenden sollen kurz zwei Bereiche erwähnt werden, die von aktueller Bedeutung sind: Organtransplantation und Frauenkriminalität.

Mit dem Fortschritt der modernen Medizin sind Organtransplantationen heute zur Routine geworden. Inzwischen lassen sich mit Ausnahme des Gehirns ziemlich alle Organe transplantieren. In Korea existieren, ähnlich der doppelten Rechtskultur, auch zwei unterschiedliche Medizintraditionen, nämlich die von China her beeinflusste altkoreanische Medizin und die westliche Medizin. Die alte koreanische Medizin, die eng mit der alten Weltanschauung zusammenhängt, kennt neben umfangreichen Kenntnissen der Krankheitsprophylaxe Akupunktur, Kräuterbehandlung, Moxibustation und Massage. Sie kannte aber keine invasive Methode, d.h. operative Behandlung ist unbekannt. Der Hauptgedanke in dieser altkoreanischen Medizin war, dass man die Zirkulation der Lebensenergie, Ki genannt, fördern muss, um das Gleichgewicht zu gewährleisten, und dass der Körper durch Steigerung der körpereigenen Widerstandskraft allein mit der Krankheit fertig wird. Seit der japanischen Kolonialzeit drang der Einfluss der westlichen Medizin in Korea ein, und heute gibt es überall im Lande Krankenhäuser und Arztpraxen. Natürlich arbeiten parallel dazu auch Ärzte, die nach der traditionellen Methode Patienten behandeln. Es gibt auch medizinische Fakultäten, die nur solche traditionelle Ärzte ausbilden.

Organtransplantationen werden in Korea schon seit Jahren durchgeführt, wobei die Nieren dasjenige Organ sind, das am häufigsten transplantiert wird. Lange arbeiteten Ärzte ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung. Erst im Jahr 2000 wurde das koreanische Organtransplantationsgesetzt verabschiedet. Dieses Gesetz versucht sowohl den Organspendern als auch den Organemphängern Sicherheit zu geben. Die

erste grosse Hürde bestand in der Definitiondes Todes. Die Frage lautete also: Hirntod oder Herztod? In der koreanischen Kultur war der Ahnenkult der wichtigste Kult und damit zusammenhängend waren einige Traditionen wichtig. Der erste Punkt in diesem Zusammenhang ist, dass der Körper unversehrt sein soll, wenn der Verstorbene zu den Ahnen geht. Der Körper galt als ein Geschenk der Ahnen, deshalb darf man ihn nicht absichtlich verletzen oder zerstören. Daher durften Frauen keine Ohrringe (an durchstochenen Ohren) tragen. Es ist verständlich, dass die Menschen sehr reserviert reagieren, wenn es um Organspende oder Organempfang geht. Dies gilt vor allem für das Organ „Herz". Der zweite Punkt betrifft, dass das Hirntodkonzept von der Bevölkerung nicht akzeptiert wird. Es gibt keine neutrale Definition, was Tod und Sterben seien, sondern es hängt von der jeweiligen Vorstellung in einer Kultur ab. In der alten koreanischen Tradition dauert das Sterben sehr lange. Allgemein markierte der Herztod insofern eine Trennungslinie, als der Verstorbene begraben wird, aber das Sterben ist damit noch nicht beendet. Tod ist in allen Kulturen mehr Sache der Lebenden und der Gemeinschaft denn die des Verstorbenen, was all die umfangreichen Rituale zur Trauerbewältigung dann auch zeigen. In der koreanischen Vorstellung begibt sich der Verstorbene nicht unmittelbar auf den Weg ins Jenseits, sondern bleibt eine Weile in der Nähe der Menschen und geht erst allmählich in die jenseitige Welt ein. Die Ahnen bis zur dritten Generation aber kommen zu jedem Ahnenkult, so dass der Kontakt erhalten bleibt. In diesem kulturellen Umfeld das Hirntorkonzept durchzusetzen ist nicht sehr einfach. Man benötigt aber das Hirntotkonzept, um Organtransplantation zu ermöglichen. So haben die Gesetzgeber die beiden Todeskonzepte parallel bestehen lassen.

Wenn jemand sich schriftlich bereit erklärt hat, dann dürfen die Ärzte nach der Feststellung des Hirntodes die Organe entnehmen. Damit diese Ärzte aber nicht als Mörder dastehen, denn dies wäre ja der Fall, wenn der Hirntote nicht richtig tot wäre, hat man folgende Lösung gefunden. Als Todesursache gilt nicht die Organentnahme, sondern die Krankheit, deretwegen der Patient den Hirntod erlitten hat. Man hat also eine andere Kausalzuordnung in Bezug auf die Todesursache gewählt, um die Ärzte zu entlasten. So bestehen in Korea sozusagen zwei Todeskonzepte nebeneinander, weil man vermieden hat, sich für eine Alternative zu entscheiden. Der Widerstand in der Bevölkerung wäre zu gross gewesen.

Ein weiterer Punkt in diesem Zusammenhang ist auch der koreanischen Kultur sehr eigentümlich. Die Familie hat ein viel grösseres Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die Organspende. Wenn auch jemand zu Lebzeiten schriftlich seine Zustimmung bekundet hat, kann die Familie post mortem diese Zustimmung widerrufen. In der koreanischen kulturellen Tradition begreift sich der Einzelne nicht als ein Individuum, sondern als ein Glied der Familie. Wir sagen sehr selten „Ich", sondern meistens „wir", es gibt also keine scharf zu ziehende Grenze zu anderen Mitgliedern derselben Familie. Dieses starke Wir-Gefühl kommt von der besonderen Art der Kind-Mutter-Beziehung, die viel intensiver sowohl in physischer als auch in emotionaler Hinsicht ist. Die autonome Entscheidung, die im westlichen Kulturkreis als ein souveräner Akt geachtet werden muss, wird in Korea zum Teil in die Familie verlagert. Die besondere Bedeutung der Familie ist heute noch sehr wichtig, obwohl die koreanische Gesellschaft durch den enormen Wandel in den letzten drei Jahrzehnten ein anderes Gesicht erhalten hat. Heute noch bildet die Familie das stabile Rückgrat des Einzelnen, auf das jeder sich verlassen kann. So kann man das neue Gesetzesmodel in Korea das

„Familienmodel" nennen. Durch die Rücksichtnahme auf das sittliche Gefühl der Bevölkerung versucht der Gesetzgeber eine Lösung zu finden, die den Erfordernissen der modernen Medizin Rechnung trägt.

Das zweite Beispiel, das ich hier anführen möchte, betrifft die Frauenkriminalität. Es ist interessant, die Entwicklung der Frauenkriminalität in einem Land wie Korea zu betrachten, in dem Frauen durch viele Jahrhunderte den besonderen sehr restriktiven Tugendnormen unterworfen waren. Die strikt patriarchalische konfuzianische Gesellschaftsordnung wies den Frauen den Innenraum, d.h. die Familie, als Betätigungsfeld zu, während sie den Männern den Aussenraum überliess. Daher nennt ein Mann heute noch seine Frau als die „innere Person", während umgekehrt die Frau ihren Mann die „Aussenperson" bezeichnet. Die Frauen hatten aber innerhalb des Innenraums, d.h. des Haushaltsbereichs, eine grosse Freiheit und übten auch Kontrolle über die Familienfinanzen aus. Die soziale Rolle war räumlich geteilt und daher mit räumlichen Kategorien belegt. Die Rolle der Frauen im alten Korea war grundsätzlich von der Situation in Europa nicht unterschieden, obwohl einige Besonderheiten in Korea bestanden. So wurde von Frauen die strikte Beachtung der ehelichen Treue verlangt, während man von den Männern dies nicht erwartete. Männer der Oberschicht durften viele Nebenfrauen haben, wenn auch die Hauptfrau rechtlich und moralisch als höherrangig betrachtet wurde. Von 1485 bis 1894 war den Witwen verboten, sich wieder zu verheiraten. Die eheliche Treue sollte noch nach dem Tod des Ehegatten fortgesetzt werden. Umgekehrt durften die Witwer binnen kürzester Zeit wieder eine andere Frau nehmen. Die Rolle der Frauen als Hüterinnen der Moral wurde als massgebend für die Erhaltung der moralischen Ordnung insgesamt angesehen. Daher bestand eine weitreichende soziale Sanktion. Die Segregation von Männern und Frauen war sehr streng. Schon ab dem Alter von 7 Jahren wurden Männer und Frauen streng getrennt. Es gab kaum Möglichkeiten, dass Männer und Frauen sich innerhalb des von der Gesellschaft sanktionierten Rahmens treffen und kennenlernen konnten. Ehen wurden früher ausschliesslich durch Vermittlung geschlossen, da jede Eheschliessung als ein Zusammenkommen von zwei Familien angesehen wurden. Noch heute, da Liebesheirat erlaubt ist und auch vorkommt, werden mehr als die Hälfte aller Ehen durch Vermittlung geschlossen. Die Begegnung von Männern und Frauen ist heute noch in Korea durch bestimmte Rituale geprägt. Obwohl die Monogamie mit dem Einzug des europäischen Rechts in Korea zum Grundsatz der Ehe geworden ist, hat es auch lange gedauert, bis diese Rechtsbestimmung ins Bewusstsein der Menschen, insbesondere der Männer, eingedrungen war. Noch in den 70er Jahren kam es häufig vor, dass ein Mann neben seiner Frau auch noch eine oder mehrere Nebenfrauen hatte. Man nannte sie „kleine Frau". Im heutigen Korea ist dies nicht mehr ohne weiteres möglich, da Frauen verstärkt ihr Recht suchen und auch erhalten.

Obwohl in der Verfassung die Gleichheit von Mann und Frau garantiert ist, dauerte es lange, bis Männer und Frauen in Korea dies realisierten. Denn traditionell hiess es immer, dass Männer wichtiger und wertvoller seien als Frauen und daher sich Frauen Männern unterordnen müssen. Das Familienrecht in Korea enthielt dann auch genau besehen viele Paragraphen, die vom europäischen Recht abwichen und somit der Verfassung widersprachen. Vor allem im Bereich des Scheidungsrechts und der Regelung des Familienoberhaupts bestand ein eklatantes Ungleichgewicht zwischen den Geschlechtern. Erst nach mehereren Revisionen hat Korea heute ein

Familienrecht, das die Rechte der Frauen denen der Männer gleichstellt. Dieser Wandel konnte erst stattfinden, nachdem die alte Tradition sich abgeschwächt hat und etwas Neuem Platz machen konnte. Aber dass der Ehebruch immer noch ein Straftatbestand ist, zeigt, dass die traditionelle Moralvorstellung noch wirkmächtig ist.

Die meisten Delikte, die von Frauen im alten Korea verübt wurden, waren Mord, Totschlag und Körperverletzung, alles Delikte, die von der Zahl her nicht sehr hoch waren und im Nahbereich verübt wurden. Morde im familiären Bereich rangierten ganz vorne. Dagegen gab es kaum Delikte im ausserhäuslichen Bereich. Denn Frauen hatten kaum die Möglichkeit Delikte in diesem Bereich zu verüben. Diese Situation hat sich heute grundlegend verändert. Heute machen Gewaltdelikte an Leib und Leben nur 7 % in der Gesamtstatistik der von Frauen begangenen Taten aus.

Kriminalität ist, so scheint es, global männlich, so auch in Korea. Der Anteil der Frauen an der Gesamtkriminalität betrug 1998 15 %. Der Frauenanteil ist allerdings von 8.7 % im Jahr 1989 bis heute stetig gestiegen, ein Faktum, das verschiedene Ursachen haben dürfte. Die zunehmende Emanzipation, die wachsende Partizipation der Frauen an der Gesellschaft und die grösser werdenden rechtlichen Möglichkeiten für Frauen mögen auch eine Rolle gespielt haben, aber noch mehr dürfte jener radikale Wandel der Gesellschaft für den rapiden Anstieg der Frauenkriminalität verantwortlich sein, der sich in den letzten drei Jahrzehnten vollzogen hat. Zu nennen wären hier: Industrialisierung, Verstädterung, Veränderung der Familienstruktur und Konsumgesellschaft. Mit der letzteren hängt insbesondere die markante Zunahme des Ladendiebstahls zusammen. Hinzu kommt die Armut, in die Frauen ohne staatlich ausgebautes Sozialnetz leicht geraten. Korea liegt statistisch gesehen beim Frauenanteil an der Kriminalität etwas höher als beispielsweise die Schweiz, wo er etwas 14 % beträgt, aber deutlich niedriger als in Japan mit 22 %. Der Grossteil der von Frauen begangenen Delikte in Korea lässt sich den Vermögensdelikten zurechnen wie Diebstahl, Unterschlagung und Betrug. Diese Delikte machen in der Frauenstatistik von 1998 75.5 % aus. Ein ähnliches Bild herrscht auch in Japan (67.7 %). Delikte gegen das Betäubungsmittelgesetz, die in vielen europäischen Ländern einen erheblichen Anteil ausmachen, spielen in Korea kaum eine Rolle.

Auf Grund der geringen Zahl der weiblichen verurteilten Delinquenten gibt es nur ein einziges selbständig geführtes Frauengefängnis in Korea in der Stadt Chongju. Daneben sind einige Frauenabteilungen innerhalb des Männergefängnisses untergebracht. Die meisten Insassinnen des Frauengefängnisses sind wegen Tötungsdelikten verurteilt. Die Untersuchung zeigt, dass diese Frauen in der Mehrzahl aus der sozialen Unterschicht stammen und über eine geringe Schulbildung verfügen. Das Lebensumfeld dieser Frauen ist von einem mehrfachen Konfliktpotential geprägt, das zu solchen Delikten führt. Die Atmosphäre innerhalb der Anstalt ist lockerer als im Männergefängnis und die Frauen dürfen sich darin frei bewegen. Es bestehen viele Fortbildungsmöglichkeiten für sie und diese werden auch von den Frauen genutzt. Viel mehr als in Europa wird darauf geachtet, dass die Insassinnen selber an der Läuterung ihrer Gesinnung arbeiten. Wenn dies gelungen ist, kann man eher von der Gesellschaft Vergebung erhoffen. Es wird auch viel unternommen, um den Kontakt zur Familie zu erhalten, weil er für die Resozialisierung notwendig ist.

IV. Schlussbemerkung

Ich hoffe, dass ich in meinem Vortrag die Wecheselbeziehung zwischen der Beschaffenheit einer Kultur und ihrem Ordnungsgefüge aufzeigen konnte. Während die westliche Kultur auf Grund von bestimmten Faktoren das Rechtssystem als das notwendige Ordnungsgefüge hervorbrachte, galt im alten Korea, wie in ganz Ostasien, ein Ordnungsgefüge, das von moralischen Normen beherrscht war. Nach der Einführung des europäischen Rechtssystems lebt man in Korea mit der „doppelten Rechtskultur", die von den koreanischen Juristen, Gesetzgebern und Rechtspflegeorganen besondere Fähigkeiten verlangt.

Skandal um Goethe?

Günter Jerouschek
Friedrich-Schiller-Universität Jena

„Das Kind in meinem Leib". Sittlichkeitsdelikte und Kindsmord in Sachsen-Weimar- Eisenach unter Carl August. Eine Quellenedition 1777-1786. Hrsg. von Volker Wahl, mit einem Nachwort von René Jacques Baerlocher. Weimar 2004 (Veröffentlichungen aus Thüringischen Staatsarchiven, Bd. 10), 516 S.

Rüdiger Scholz (Hrsg.): *Das kurze Leben der Johanna Catharina Höhn. Kindsmorde und Kindsmörderinnen im Weimar Carl Augusts und Goethes.* Würzburg 2004, 180 S.

In den letzten Jahren hat sich eine Kontroverse um den Anteil Goethes an einem Todesurteil gegen eine Kindsmörderin auf die Frage zugespitzt, ob sich Goethe durch seine Involvierung in den Peinlichen Prozeß gegen Johanna Catharina Höhn – so der Name der Inquisitin – moralisch dermaßen diskreditiert habe, daß sein Name Institutionen, die sich seinem Andenken verpflichtet fühlen, nicht zur Ehre, sondern zur Schande gereiche. Hat sich der Dichter wirklich schwerer Menschenrechtsverletzungen schuldig gemacht, so daß die Goethe-Institute besser ihres Namenspatrons entrieten, wie dies Rüdiger Scholz gefordert hat?[6] Und muß Goethe neu gelesen werden, wie dies sogar Hans Rudolf Vaget (Baerlocher, S. 495) nahelegt?

Die Frage, ob seine Reputation beschädigt wäre, ist nicht neu und hatte ihre Konjunkturen bereits im 20. Jahrhundert. Zu eskalieren pflegte sie jeweils zu Goethe-Gedenkjahren. Läßt man die Konjunkturen Revue passieren, so gewinnt man den Eindruck, daß – fast möchte man sagen: naturgemäß – die „denkmalstürzlerischen" Attacken dem Skandalbedürfnis des breiten Publikums mehr entgegenkamen als die allfälligen Zurechtrückungen, zumal die Attackierer sich auch publikumswirksamer in Szene zu setzen wußten.

Der diesmalige Auslöser war ein historischer Roman von Sigrid Damm über das Goethesche Eheleben,[7] in dem Goethes Votum abschätzig als im „Schlendrian" der bürokratischen Amtsgeschäfte abgegeben hingestellt wurde, wo es doch in Wirklichkeit um einen prekären Kindsmordfall und damit um Leben und Tod einer jungen Frau ging. Eine solche Indolenz menschlichem Schicksal gegenüber wurde ihm ähnlich bereits von Karl Maria Finkelnburg 1931 angekreidet. Von hier nahm auch die hartnäckig sich haltende Legende ihren Lauf, Goethe habe das Todesurteil mit einem lapidaren „auch ich" gebilligt. Finkelnburg war auf die beiden skandalträchtigen Worte in einer Fußnote in Friedrich-Wilhelm Luchts Bonner juristischer Dissertationsschrift von 1929 über das Strafrecht in Sachsen-Weimar-Eisenach unter Carl August gestoßen, wo sie freilich auf den ihr sodann unterlegten Kontext gar nicht

[6] Bild am Sonntag, 12. 9. 2004, S. 12f.
[7] Sigrid Damm: *Christiane und Goethe. Eine Recherche.* Frankfurt a. M., Leipzig 1998.

eindeutig gemünzt war und, wie man heute weiß und zuvor schon hätte wissen können, sich auf diesen auch nicht bezogen hatte.

Derzeitige Exponenten der Goethe moralisch diskreditierenden Fraktion sind neben Sigrid Damm vor allem W. Daniel Wilson,[8] der die Goethe-Forschung der Einäugigkeit zeiht, wenn es um die Wahrnehmung kritischer Aspekte am Dichterfürsten geht, und der Freiburger Germanist Rüdiger Scholz, der jetzt eine aktenmäßige Darstellung der Kindsmord-Prozesse zur Zeit von Goethes Geheimratstätigkeit zu Weimar vorgelegt hat.

Als Exponenten der apologetischen Fraktion sind Wolfgang Wittkowski,[9] der Weimarer Archivdirektor Volker Wahl, bei dem freilich die historiographisch-objektivierende Distanz zu den Weimarer Vorgängen nicht zu verkennen ist, sowie der der Goethe-Forschung seit langen Jahren verbundene Schweizer Jurist René Jacques Baerlocher zu nennen. Letzterer hatte im *Goethe-Jahrbuch* 2002 einen Diskussionsbeitrag geliefert,[10] Scholz hatte im Jahr darauf repliziert, was wiederum Baerlocher zu einer umgehenden Duplik herausforderte.[11] Hinzu kommt das *Nachwort* Baerlochers zu dem von Wahl eingeleiteten und herausgegebenen Dokumentenband, das freilich mit 173 Seiten weit mehr als ein solches ist und, vom editorischen Mittelteil abgesehen, den Hauptanteil des Bandes bildet. Aufgrund der vielfältigen Überschneidungen mit Volker Wahls Einführung wäre der Text besser als eigenständige Monographie erschienen, zumal etliche Wiederholungen und Paraphrasierungen seiner Hauptthesen die Lektüre beschwerlich machen. Die Quellendokumentation selbst ist subtil kommentiert und bezieht auch den Kontext der späteren Reform des Rechts der unehelichen Schwängerung mit ein, ohne den die Kindsmord-Fälle nicht hinreichend zu verstehen sind. Angemerkt sei wenigstens, daß die Möglichkeiten des Staatsarchivs, eine so aufwendige Publikation mit Faksimile-Abdrucken und Auszügen aus der Sekundärliteratur zu veranstalten, den Rezensenten mit Neid erfüllen. Auf eine Einleitung, die Dokumentation der drei Kindsmord-Fälle und einige ausgewählte Rezeptionsdokumente beschränkt sich hingegen das Buch von Scholz, das auch inhaltlich einige Fragen aufwirft. Nachdem die Quellen aufbereitet sind, ein Schluß der Debatte aber nicht in Sicht ist, liegt die Crux in deren Interpretation.

Worum geht es?

Goethe war in Weimar Mitglied des dreiköpfigen Geheimen Consiliums, das den jungen Herzog Carl August bei seinen Regierungsgeschäften zu beraten hatte. Die Räte referierten, votierten und arbeiteten Beschlußvorlagen aus zu Fragen, die der Herzog besprochen und oft auch beantwortet wissen wollte. Am 27. April 1781 stand auf der Tagesordnung der Fall der ledigen Dienstmagd Dorothea Altwein, die ihr

[8] W. Daniel Wilson: *Das Goethe-Tabu.* München 1999.
[9] *Hexenjagd auf Goethe.* In: Oxford German Studies 31 (2002), S. 63-102.
[10] René Jacques Baerlocher: *Anmerkungen zur Diskussion um Goethe, Todesstrafe und Kindsmord.* In: GJb 2002, S. 207-217.
[11] Rüdiger Scholz: *Goethes Schuld an der Hinrichtung von Johanna Höhn.* In: GJb 2003, S. 324-331.; René Jacques Baerlocher: *„Goethes Schuld an der Hinrichtung von Johanna Höhn"?* In: GJb 2003, S. 332-339.

neugeborenes Kind auf den Boden fallen lassen, zweimal mit dem Kopf an die Zimmerecke geschlagen und sodann in einen Waschzuber geworfen und dadurch getötet hatte. Der Jenaer Schöppenstuhl hatte das corpus delicti – wie die straf- und beweisrechtlichen Urteilsvoraussetzungen damals genannt wurden – des Kindsmord-Artikels 131 der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl V. bejaht und anheimgestellt, gnadenhalber statt der verwirkten qualifizierten poena ordinaria – der regulären Strafe – des Säckens zusammen mit Hund, Hahn, Katze und Schlange auf die gemilderte Schwertstrafe zu erkennen.

Damit hatte sich das Gremium mit dem zeitgenössischen Modethema zu befassen, dem Kindsmord. In seinem Traktat *Dei delitti e delle pene* hatte sich Cesare Beccaria 1764 kritisch zur nach gemeinem Recht zu verhängenden Todesstrafe geäußert. Das hat aber nicht verhindern können, daß der „menschenfreundliche" Beccaria, wie er von seinen Zeitgenossen tituliert wurde, inzwischen als fanatischer Strafverfolger denunziert wird.[12] Nach gemeinem Rechtsverständnis zählte der Kindsmord zum Parricidium, Verwandtenmord, der als Verbrechen wider die Natur eine erschwerte Form der Tötung darstellte und dementsprechend mit einer qualifizierten Todesstrafe zu ahnden war. Diesem Deliktsverständnis, das auf den Vergeltungsgedanken des ius talionis rekurrierte, hatte Beccaria eine utilitaristische Strafrechtsbegründung entgegengesetzt, die allein auf den der Gesellschaft angetanen Schaden abstellte und die Strafen strikt generalpräventiv von ihrer Abschreckungswirkung auf die Allgemeinheit her bestimmte. Außerdem betrachtete er das Strafrecht als ultima ratio, von der erst Gebrauch gemacht werden dürfe, wenn andere mögliche Vorkehrungen versagt hätten. Ein solches Strafrechtssystem konnte auf die Todesstrafe verzichten – und gleich gar beim Kindsmord, für den nicht zuletzt gesellschaftliche Mißstände verantwortlich gemacht wurden: die Schande der unehelich Geschwächten, wie man sie damals nannte, und der ledigen Mutter sowie die rechtliche und gesellschaftliche Diskriminierung der Bastarde. Der Abtreibenden und Kindsmörderin wurde ein unauflöslicher Konflikt zwischen einem Leben in Schande und dem dadurch ausgelösten Beweggrund, sich des Anlasses – des Kindes – zu entledigen, zugute gehalten.

Karl Ferdinand Hommel hatte 1778 seine Übersetzung von Beccarias Traktat zum Anlaß genommen, die Auslobung einer Preisschrift zum Thema des Kindsmords anzuregen. Bereits 1780 wurde die Anregung vom Mannheimer Philanthropen Ferdinand de Lamezan aufgegriffen. Die Ausschreibung erbrachte eine Flut von Beiträgen innerhalb und außerhalb der Konkurrenz – Jan Matthias Rameckers schätzt ihre Zahl durchaus realistisch auf ca. 400[13] –, womit die Kindsmord-Debatte neben dem sog. Bayerischen Hexenkrieg der zwanziger Jahre zum größten Medienereignis im 18. Jahrhundert wurde. Auswirkungen auf die Weimarer Provinz hatte dies in zweierlei Hinsicht: Einmal setzte sich der Regierungsrat Johann Ludwig Eckardt 1781 mit seinem Vorschlag durch, mit einer Reform der Unzuchtsgesetzgebung bis zum Erscheinen der in der Ausschreibung gekürten Schriften zuzuwarten, und dann hatte der junge Regierungsrat Christian Gottlob Voigt Anfang 1781 selber einen Beitrag

[12] Vgl. zu dieser vereinzelten Sichtweise Wolfgang Naucke: *Einführung zu Cesare Beccaria. Von den Verbrechen und von den Strafen*. Berlin 2004 (deutsche Übersetzung von Thomas Vormbaum), S. IX-XLVI.

[13] Jan Matthias Rameckers: *Der Kindsmord in der Literatur der Sturm- und Drangperiode*. Rotterdam 1927, S. 85.

außerhalb der Konkurrenz verfaßt, den sowohl der Herzog wie auch Goethe lasen, der Herzog in der kürzeren Erstfassung, Goethe in der erweiterten Druckvorlage. Ich komme darauf zurück.

Wahl vermutet nun zu Recht, daß die herzoglich verfügte Strafmilderung im Fall Altwein von der im Schöppenurteil zuerkannten Todesstrafe auf lebenslanges Zuchthaus sich noch dem anhaltenden Eindruck der beschwörenden Formulierungen Voigts verdankte. Daß die Geheimräte hierauf angetragen hatten, wie Wahl (S. 87) dies unterstellt, ist freilich bloße Spekulation. Genausogut kann Carl August der Anstoßgeber gewesen sein. Dafür spricht jedenfalls das überlieferte Meinungsbild 1783 im nächsten Kindsmord-Fall Höhn, der den Stein des Anstoßes für die jetzige Kontroverse bildet. Zu berücksichtigen bleibt überdies, daß die lebenslange Zuchthausstrafe erschwert und mit einer Verbannungsstrafe kombiniert worden war. Die Vollstreckung im Ausland bezweckte eine Art damnatio memoriae, um das Gedächtnis an die abscheuliche Tat auszulöschen.

Juristisch unterschied sich der jetzige Fall eigentlich in nichts vom Fall Altwein, und das wußte auch Carl August, wenn er am 13. Mai 1783 an die Weimarer Regierung schrieb, es werde „leyder!" (Scholz, S. 19; Wahl, S. 93f.) ein Todesurteil des Schöppenstuhls zu gewärtigen sein. So kam es letztlich auch, nur daß der diesmalige Schöppenstuhl-Berichterstatter Eckardt von vornherein darauf verzichtete, die Sackstrafe überhaupt zu erwähnen, und gleich auf die Schwertstrafe erkannte. Scholz sieht das anders und meint, der Schöppenstuhl habe den Vorsatz verneint, wie auch der Tathergang gegen die Annahme eines Vorsatzes spreche (S. 24). Davon findet sich aber im Urteil kein Wort, im Gegenteil, und Urteilsschelte zu üben kann nicht unsere Aufgabe sein. Jedenfalls befindet sich das Votum von Goethes Geheimratskollegen Christian Friedrich Schnauß völlig im Einklang mit dem Urteil des Schöppenstuhls, und von einer Voreingenommenheit, die Scholz Schnauß deswegen unterstellt (ebd.), kann keine Rede sein.

Bemerkenswert ist der Fall deshalb, weil trotz vergleichbarer Rechtslage dieses Mal im Ergebnis keine Strafmilderung zu lebenslangem Zuchthaus erfolgte und der Herzog das T0desurteilletztlich bestätigte. Unbeschadet dessen, daß es keinen Anspruch auf Gnade gab, sind die divergierenden Strafaussprüche trotzdem erklärungsbedürftig. Denn der Herzog hatte Zweifel an der zuerkannten Todesstrafe und befand sich damit durchaus im literarischen Trend mit der Frage, ob die Todesstrafe im allgemeinen und im Fall des Kindsmords im speziellen wirklich absolut notwendig sei, was ihren Zweck, die „Moralität" der Missetat zu ahnden und die anderen abzuschrecken, anlangte (Wahl, S. 24). Nimmt man die kategorische Ablehnung der Folter durch den Herzog noch hinzu, so liegt die Vermutung nicht fern, daß Carl August hier auf den „Handbuch der Souveraine" rekurrierte, wie Prinz Ludwig Eugen von Württemberg das Traktat von Beccaria – einem der vehementesten Kritiker der Folter – genannt hat.

Vor der Überschickung der Inquisitionsakten an den Jenaer Schöppenstuhl zur Urteilsfällung beauftragte Carl August deshalb die Regierung und danach noch das Geheime Consilium mit der Abgabe von Voten zur Frage der gesetzlichen Ersetzung der Todesstrafe auf Kindsmord etwa durch lebenslanges Zuchthaus, verschärft durch Scheren der Haare, Anprangerung, Geißelung und öffentliche Beschimpfung – und dies künftig jeweils am Jahrestag der Kindstötung, lebenslang oder auf Zeit. Zugleich

sollte solches bereits für den Fall Höhn erwogen werden. Mitglieder der Regierung sannen dabei noch auf drastischere, an die Ehre gehende Verschärfungen der ohnehin nicht an heutigen Maßsstäben zu messenden Zuchthausstrafe. Wie diese Vorschläge ausgesehen haben, wissen wir nicht, weil die Regierungsvoten nicht überliefert sind, jedoch können wir uns anhand von Johann Georg Krünitz' Enzyklopädie oder der drei veröffentlichten preisgekrönten Preisschriften eine Vorstellung davon machen: Klippstein wollte die Täterin in einer Prozession „unter Schauder erweckenden Solennitäten" durch die Gassen geführt wissen, ein Bild des ermordeten Kindes sollte vorangetragen und die Täterin in einem weißen blutbespritzten Gewand, einen Strick um den Hals, ausgestellt werden.[14] Weshalb sich Voltaire in diesem Zusammenhang zu Spekulationen verstiegen haben sollte, wenn er auf das englische Projekt der Deportation von Dieben in die Kolonien verweist, statt sie hinzurichten (Baerlocher, S. 408), bleibt dunkel: die Engländer haben das praktiziert.[15]

Für unsere Frage interessieren auch mehr die überlieferten Voten der Geheimen Rate, namentlich das Goethes. Schnauß, der „juristischste" Kopf unter den Beratern, monierte, es gehöre eigentlich nicht zu den Aufgaben des Consiliums, in peinlichen Sachen zu votieren, unterwarf sich aber letztlich dem Wunsch des Herzogs, weil auch darüber hinausgehende rechtspolitische Erwägungen de lege ferenda Gegenstand des Auftrags seien. Diese fielen unstreitig in das Portefeuille des Gremiums. Auch der Kollege Jakob Friedrich Freiherr von Fritsch war unzufrieden mit dem Auftrag. Er monierte, daß die Frage „an", scil. ob, die Todesstrafe abzuschaffen sei, durch den Herzog offenbar schon vorentschieden scheine, womit es dann nur noch um die Frage gehen könne, durch welche Sanktion die Todesstrafe zu ersetzen sei.

Hier zeitigt ein Fehler – weniger ein Lese – als vielmehr ein Verständnisfehler – von Scholz weitreichende Folgen. Er mißversteht das von Fritsch angesprochene „an" und deutet es statt dessen als Abkürzung für „animi" (S. 82), womit ihm der Duktus des Votums verschlossen bleibt. Die Hauptfrage, ob die Todesstrafe abzuschaffen sei, beschied Fritsch ohne irgendwelche Abstriche abschlägig, und er wußte dies auch zu begründen: In seiner 30jährigen Dienstzeit habe er erst vier Kindsmorde erlebt, und auch im Ausland höre man selten davon. Dies zeugte für ihn von der Wirksamkeit der Todesstrafe zur Abschreckung, weshalb er auch keinen hinlänglichen Grund dafür sah, von der Todesstrafe abzugehen.[16] Seine nachfolgenden Ausführungen wollte er lediglich hilfsweise verstanden wissen – wie man dies juristisch sagen würde –, nämlich für den Fall, daß die Entscheidung über die Abschaffung der Todesstrafe stillschweigend bereits gefallen sei (Baerlocher, S. 349 u. ö.: „Eventualstandpunkt"). Wenn man die seinerzeitige Rhetorik kennt, so erscheint Fritschs Vermutung nicht einmal aus der Luft gegriffen, zumal der Geheimrat mit der Formulierungsweise seines Dienstherrn ja bestens vertraut war. Dessen ungeachtet ist der Standpunkt Fritschs

[14] Zur zweiten Preisschrift von Klippstein vgl. Günter Jerouschek: *Lebensschutz und Lebensbeginn. Geschichte des Abtreibungsverbots.* Tübingen 2002, S. 163f.

[15] Vgl. J. A. Sharpe: Punishment of Serious Crimes in Early Modem England. In: Harriet Rudolph/Helga Schnabel-Schüle (Hrsg.): Justiz = Justice = Justicia? Rahmenbedingungen von Strafjustiz im frühneuzeitlichen Europa. Trier 2003, S. 41-56; hier S. 52f., insbesondere nach dem Frieden von Utrecht 1713.

[16] Dies entspricht auch der Einschätzung von Otto Ulbricht: *Kindsmord und Aufklärung in Deutschland.* München 1990, S. 174 ff., die Kindsmorddelinquenz werde notorisch überschätzt. Seine gleichsam stellvertretend hierfür vorgenommene Perhorreszierung der Abtreibungsdelinquenz, S. 184, 186, entbehrt aber gleichfalls jeder Grundlage.

ganz eindeutig gegen die Abschaffung gerichtet. Nur wenn man diesen Aufbau des Votums verkennt, kann man zu der Fehleinschätzung gelangen, Fritschs Votum habe dem seines Kollegen Schnauß im Ergebnis widersprochen, womit dem Votum Goethes die Funktion eines Stichentscheids, eines „Züngleins an der Waage" (Scholz, S. 26) zugekommen sei. Daß dieser Missgriff Tradition hat und immer wieder repetiert wird, macht ihn nicht besser.

Im übrigen läßt Fritschs Votum durchaus erkennen, daß es die Besorgnis, es könne sich bei der regierungsseitig zum Teil vorgeschlagenen geschärften Zuchthausstrafe letztlich um eine an Schwere die Todesstrafe übertreffende Strafe handeln, durchaus ernst nahm. Sonst hätte er nicht eigens an das Rückwirkungsverbot erinnert, das ausschloß, die durch Gesetz neu zu verkündende Strafe auf Kindsmord auf zurückliegende Fälle anzuwenden. Statt dessen plädierte er dafür, den Delinquentinnen ein Wahlrecht einzuräumen. Seine abschließende Erwägung einer überhaupt arbiträren Strafe auf Kindsmord versteht sich ebenfalls nur für den Fall, daß die Entscheidung gegen die von ihm favorisierte Todesstrafe bereits gefallen sei. Für unseren Zusammenhang von Bedeutung ist, daß sich Fritschs Votum ausschließlich mit der Frage einer Gesetzesreform, nicht aber mit dem Fall Höhn befaßt. Fritsch hält sich damit stillschweigend in dem Rahmen, der dem Consilium als Aufgabenbereich zugewiesen war. Schnauß hingegen, der eben diese Beauftragung jenseits des Kompetenzbereichs kritisiert hatte, kam dem Wunsch des Herzogs nolens volens nach und riet mangels einer Begnadigung rechtfertigender Entschuldigungsgründe zur Todesstrafe an.

Am schwersten mit dem ihm abverlangten Votum tat sich der dritte der Geheimen Räte. Am 25. Oktober 1783, einen Tag vor Schnauß, erklärte Goethe zu den Akten, es gehe ihm so wie dem Hofrat Johann Ludwig Eckardt, der, als die Mitglieder der Regierung votieren sollten, sich gleichfalls außerstande sah, seine diesbezüglichen Überlegungen in die bündige Form eines Votums zu fassen. Er werde sie aber in einem kleinen Aufsatz vorlegen. Damit wurde Goethe zur Verwirklichung eines Projekts genötigt, von dem er sich gut zwei Jahre zuvor schon verabschiedet hatte. Er hatte nämlich vorgehabt, in die Kindsmord-Debatte selber publizistisch einzugreifen, davon aber Abstand genommen, nachdem er das zuvor schon erwähnte Manuskript Voigts gelesen und festgestellt hatte, daß es von den nämlichen Überlegungen ausgehe, die auch ihm vorgeschwebt hätten. An dieser Einlassung zu zweifeln besteht, allem Hang Goethes zur Verstellung zum Trotz, keinerlei Anlaß, und so können wir uns ein Bild davon machen, wie Goethe über die Kindsmord-Prophylaxe gedacht haben mag, auch wenn Goethes Aufsatz als verlorengegangen gelten muß. Dafür, daß Goethe diesen selber aus den Akten genommen und vernichtet haben könnte, wie dies schon mißgünstig insinuiert wird, gibt es keinerlei Anhaltspunkt. Voigts maßgeblicher Vorschlag bestand in einer Beförderung des Ehestandes, ganz im Gegensatz zu dem in einer der gekürten Kindsmord-Preisschriften vorgebrachten Ansinnen, den Unterschied zwischen ehelichem und außerehelichem Geschlechtsverkehr, damit letztlich die Ehe, zu beseitigen.[17]

Bedeutsam sind nun die Unterschiede der beiden Fassungen, die dem Herzog und Goethe zur Lektüre überlassen worden waren. Goethes erweiterte und um Literaturbelege ergänzte Fassung enthält einen Satz mit Literaturbeleg, der in Carl

[17] Zu diesem Vorschlag Kreuzfelds vgl. Günter Jerouschek (Anm. 9), S. 164.

Augusts Manuskript noch fehlt: „An den Gründen für allgemeine Abschaffung der Todesstrafen hat Scharfsinn und Totalblick schon die Flecken entdeckt" (Wahl, S. 62). Ob der Herzog die ihm später dedizierte Druckfassung gelesen hat, ist nicht bekannt, im Manuskript konnte er diesen Satz jedenfalls nicht lesen. Insbesondere meldete Voigt auch Zweifel am Erfolg des schwedischen Modells an, das die Todesstrafe zugunsten lebenslanger Freiheitsstrafe, angereichert mit Ehrenstrafen, abgeschafft und Carl August offenbar zum Vorbild gedient hatte (Wahl, S. 63).

Insgesamt ist die Zweitfassung in einem skeptischeren Ton gehalten als die dem Herzog zur Verfügung stehende Erstfassung, und sie mag Goethes skeptischem Menschenbild durchaus entgegengekommen sein. Dasselbe gilt für Voigts differenzierte Betrachtungsweise, die auf die Unterschiede der Staaten abhob und den in der Literatur propagierten Patentrezepten eine Absage erteilte. Goethe selbst hat sodann kein Votum mehr verfaßt, sondern nur einen Aktenvermerk angelegt des Inhalts, daß, nachdem das Ergebnis seines Aufsatzes mit den beiden vorliegenden Voten übereinstimme, es „auch nach meiner Meinung räthlicher seyn mögte die Todtesstrafe beyzubehalten" (Wahl, S. 106; Scholz, S. 87). Goethe äußerte sich also inhaltlich allein zur Frage einer Gesetzesreform de lege ferenda, auf den konkreten Fall Höhn ging er, wie auch Fritsch, nicht ein. Insoweit wird man der Argumentation Baerlochers beipflichten müssen, daß beide Vorgänge zu trennen seien. Goethe hat zwar laviert, jedoch deshalb, weil er sich zu einer konzisen Entscheidung, wie dies ein kurzes Votum erforderte, nicht durchringen konnte. Goethe hat also im Fall Höhn nicht votiert, und nicht – und da ist Baerlocher zu widersprechen –, weil er nicht konnte – Schnauß konnte es ja auch –, sondern weil er nicht wollte.

Hatte Goethes Votum aber trotzdem Einfluß auf die konkrete Entscheidung im Falle Höhn? Ich meine, und da widerspreche ich Baerlochers Salvierungsversuch ein weiteres Mal, daß das nicht auszuschließen ist. Denn Goethes Kollege Schnauß hatte, und das war Goethe bekannt, da sein Aktenvermerk vom 4. November 1783 dies ausweist, zugleich im Fall Höhn für die Todesstrafe plädiert. So ist es immerhin denkbar, daß sein sichtlich verhaltenes Votum für die Beibehaltung der Todesstrafe im allgemeinen womöglich zugleich als stillschweigende Billigung des Schnaußschen Votums im Fall Höhn mißverstanden werden könnte. Hätte Goethe das bedenken müssen? Ich meine, nicht ohne weiteres. Um ihm das nämlich moralisch vorhalten zu wollen, hätte man von ihm verlangen müssen, sich vom Zusatzvotum Schnauß' für den Fall Höhn, zu dem er sich gar nicht geäußert hatte und was auch gar nicht seines Amtes war, eigens zu distanzieren. Eher durfte er darauf vertrauen, daß seine Aktenvermerke inhaltlich auch so verstanden würden, wie sie formuliert waren. Hätten Schnauß oder Carl August Zweifel über die Reichweite der Aussage gehabt, wäre es an ihnen gewesen, nachzuhaken.

Goethe wußte um die in der Kindsmord-Debatte verfochtenen Standpunkte, und die affektive Ausnahmebefindlichkeit der unehelich Schwangeren hat er am Gretchen nachgezeichnet. Die seinerzeit politisch korrekte Ansicht war die, den affektiven Ausnahmezustand strafmildernd zu präsumieren, jedoch war der Meinungsstand insgesamt bei weitem heterogener, und die exorbitanten Schandstrafen, die für die Kindsmörderinnen im Schwange waren, wirken auch nicht eben appetitlich. Sie sind Beispiele für das, wogegen sich wenig später Kant so vehement verwahrte, daß der eine, hier die Kindsmörderin, zum Abschreckungsmittel für die anderen instrumentalisiert, mit anderen Worten: entwürdigt werde. Auch hatten die

hellsichtigeren Aufklärer, darunter so konträre Geister wie Beccaria und Kant, erkannt, daß mit noch so gut gemeinten Gesetzen der Hauptursache für den Kindsmord, der Stigmatisierung der ledigen Kindsmutter in der Bevölkerung, nicht beizukommen wäre. Man kann so den Eindruck gewinnen, daß Goethe nicht unglücklich darüber war, daß es ihm erspart blieb, sich zum Fall Höhn konkret äußern zu müssen.

Der dritte Weimarer Kindsmord-Fall, der sich ebenfalls 1783 zutrug, der Fall Maria Sophia Rost, weicht in juristischer Hinsicht so sehr von den beiden erwähnten Fällen ab, daß Rückschlüsse auf die Einstellung zur Strafverfolgung des Kindsmords schwerlich möglich sind. Hier hatte die Inquisitin geleugnet, gewußt zu haben, daß sie ein lebendiges Kind zur Welt gebracht habe. Damit mangelte es nach damaliger Rechtslage am Vorsatz bezüglich des ihr zur Last gelegten Kindsmords, und ein Todesurteil schied de lege lata aus. Lagen, wie im Fall Rost, aber erhebliche Tatindizien vor, so sollte das Geständnis durch die Anwendung der Folter erzwungen werden können. Genauso entschied in seinem Interlokut der Jenaer Schöppenstuhl und ordnete Tortur durch Daumenschrauben an. In der Frage der Tortur ließ aber Carl August erst gar nicht mit sich rechten, und seine „Abneigung gegen den Gebrauch des Mittels der Tortur" (Baerlocher, S. 364) führte dazu, daß der Fall gar nicht mehr an das untersuchende Gericht rückverwiesen wurde, sondern der Herzog gleich auf lebenslange Zuchthausstrafe erkannte. Nach gut fünf Jahren wurde die Rost auf ein Gesuch ihres Bruders hin und aufgrund des ihr erteilten guten Führungszeugnisses entlassen.

Anders als Scholz meint, ist an diesem Fall überhaupt nichts „dubios" (Scholz, S. 31). Es handelt sich um den Hauptfall der sog. Verdachtsstrafe, der heute zumeist denunziatorisch gebraucht wird, aber mehr die Unkenntnis der Verwender des Begriffs verrät. Wenn Scholz wähnt, „Nach heutigen Maßstäben hätte sie freigesprochen und auf freien Fuß gesetzt werden müssen" (Scholz, S. 32), so ist dies Unfug: Nach heutigen Maßstäben reicht die „freie, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpfte Überzeugung", wie es in § 261 der Strafprozeßordnung (StPO) heißt, um verurteilen zu können, und es wäre zudem ein – untauglicher – Versuch in Betracht gekommen. Heutzutage hatte sie also auch ohne Geständnis verurteilt werden können, und der von Scholz (Scholz, S. 32) herangezogene Grundsatz „in dubio pro reo" konnte sich erst nach der Abkehr vom formellen Beweisrecht und der umfänglichen Anerkennung der freien richterlichen Beweiswürdigung voll entfalten. Anders als Scholz (Scholz, S. 32) wähnt, hätte der Jenaer Schöppenstuhl in diesem Fall gar keine Strafe aussprechen können, weil nach gemeinem Recht zunächst der Weg zur Tortur eröffnet war. Zweifel an der hinlänglichen Kenntnis der zeitgenössischen Zusammenhänge lassen auch die Bezeichnung der Peinlichen Gerichtsordnung Karl V. als „carolingische" (Scholz, S. 33) oder die Ausführungen zur allmählichen Durchsetzung des Schuldprinzips seit dem späten 18. Jahrhundert (Scholz, S. 15) aufkommen.

Endlich soll noch kurz auf das Anliegen Baerlochers (Baerlocher, S. 502 u. ö.), gegen Scholz (Scholz, S. 57) auf die Harmonie zwischen Goethes Existenz als Dichter und der als Beamter zu insistieren, eingegangen werden. Mir erscheint es fast zwingend, daß der dichterische Phantasieraum einen Kontrapunkt zum kompromißbedürftigen, wenn nicht zuweilen korrumpierenden Erdenrest darstellt. Und würde einer dichterischen Gestaltung des tragischen Menschen nicht etwas fehlen, wenn Gretchen nicht die Todesstrafe durch die gebrechliche Justiz ereilen würde? Im Olympier jedenfalls das menschliche Maß zu entdecken wird ihm nicht zur Peinlichkeit gereichen, denn dazu hat er zu viel Größe. Goethes Involvierung in den Fall Höhn taugt also nicht zur Skandalisierung, und die derzeit im Schwange befindliche negative Verehrung hat er weder verdient, noch wird sie ihm gerecht.

Gaetano Filangieri

Kurt Seelmann

Universität Basel

1. Einleitung

Bei der genauen Analyse des gerade im Strafrecht besonders wichtigen Begriffs der Zurechnung wird heute zu Recht auch an die Leistungen der praktischen Philosophie des 17. und 18. Jahrhunderts angeknüpft.[1] Die Lektüre der Autoren jener Zeit belehrt aber ebenso darüber, daß ein anderes zentrales Problem der Strafrechtswissenschaft unserer Tage keineswegs neu ist; die Bestimmung der Zurechnungskriterien unter Beachtung der Straftheorien. Imputation erhält bei vielen Autoren des Aufklärungszeitalters ihr Maß und ihre Grenzen aus den Annahmen über Eignung, Erforderlichkeit und Legitimation der Strafe und des Strafrechts. Dies soll im Folgenden belegt werden. Den Ausgangspunkt hierfür bildet ein Werk, dessen Bedeutung man erahnt, wenn man in Feuerbachs „Revision" an den zwei vielleicht bedeutsamsten Stellen seiner Zurechnungslehre die ausdrückliche Stützung darauf vorfindet: Sowohl für das Verständnis von „dolus" und „culpa" als auch für den Deliktsmaßstab[2] beruft sich Feuerbach auf den „treffüche(n) und geistvolle(n) Filangieri". Gemeint ist damit der Autor der „Scienza della Legislazione", Gaetano Filangieri, der das dritte, 1783 erschienene Buch seines achtbändigen Werks[3] dem Strafrecht gewidmet hat.

Die deutschen Strafrechtler der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzten sich meist ausführlich mit Filangieri auseinander, neben Feuerbach u. a. Klein, Kleinschrod, Grolman und Tittmann.[4]

---

[1] Vgl. *J. Hruschka*, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in causa, ZStW 96 (1984), S. 661.

[2] *P. J. A. Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Bd. 2, Chemnitz 1800, S. 59 f., 141 einerseits und S. 450 ff. andererseits.

[3] *G. Filangieri*, Scienza della legislazione, 5 Bücher (8 Bde.), Napoli 1780-1788; deutsche Übersetzung von G.Ch. K. Link, hrsg. von J. Ch. Siebenkees, Anspach 1784-1793 („System der Gesetzgebung").

[4] *E. F. Klein*, Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, nebst Bemerkung der preussischen Gesetze, Halle 1799, S. 26; *G. A. Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erlangen 1799, Bd 1-3, vgl. Bd. l, S. 74, 87, 126, 176, 211, 321; Bd. 2, S. 6, 11 f., 119, 130, 282, 289, 291 f., 342; Bd. 3, S. 86, 109 f., 145 f.; *Karl Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, Neudruck der Ausgabe Gießen 1798, Glashütten im Taunus 1970, S. 25, 41, 119, 204, 284 f. und ders., Über die Begründung des Strafrechts und der Gesetzgebung nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maßstabe der Strafen

Filangieris strafrechtliches Werk war in Deutschland so bekannt, daß Hepp 1844 Filangieri ganz selbstverständlich als „Repräsentant der älteren deutschen (!) Abschreckungstheorie“[5] vorstellen kann. Noch Ende des 19. und zu Beginn unseres Jahrhunderts erfährt Filangieri häufig lobende Anerkennung,[6] ehe es dann, Eb. Schmidts Lehrbuch eingeschlossen, in der deutschen Strafrechtswissenschaft still wird um Filangieri. In den vergangenen Jahrzehnten scheint freilich seine Wiederentdeckung Fortschritte zu machen.[7]

Das in einen prozeßrechtlichen und einen materiellrechtlichen Band unterteilte strafrechtliche Werk Filangieris, entstanden knapp zwei Jahrzehnte nach der heute wohl bekannteren Schrift Dei delitti e delle pene von Beccaria[8] und sechs Jahre vor der französischen Revolution, jenem Datum, das der üblichen Epochisierung[9] als Ende und vorläufige Erfüllung des Aufklärungszeitalters gilt,[10] lag schon vier Jahre später in der deutschen Übersetzung vor.[11]

Filangieris strafrechtliche Abhandlung ist allerdings nicht nur rechtsphilosophisch und kriminalpolitisch orientiert. Sie greift auch eine Fülle von strafrechtsdogmatischen Themen auf – so wie andererseits die Strafrechtsdogmatik während des 18. Jahrhunderts von den Naturrechtssystematikern lernte – lange vor der Rezeption Kants durch die Strafrechtswissenschaft.[12] Es gab, wie die strafrechtsgeschichtliche

und der juristischen Imputation, Neudruck der Ausgabe Gießen 1799, Frankfurt a. M. 1968, S. 189, 190, 227 f.; *K. A. Tittmann*, Handbuch der Strafrechts Wissenschaft und dei deutschen Strafgesetzkunde, Bd. 1. Halle 1806, S. 1, 91, 110, 171, 213 f., 244.

[5] *F. C. Th. Hepp*, Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme, ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgesetzgebungswissenschaft, 2, Abtlg., l. Heft., 2. Aufl. Heidelberg 1844, S. 76.

[6] Nur eine Auswahl: *C. L. von Bar*, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin 1882, S. 235; *L. Günther*, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Ein Beitrag zur universalhistorischen Entwicklung derselben. Abtlg. 2, Neudruck der Ausgabe Erlangen 1891, Aalen 1970, S. 185-191; *E. Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abtlg., 1. Halbbd., München und Leipzig 1898, S. 412; *O. Fischl*, Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts. Doktrin, Politik und Gesetzgebung und Vergleichung der damaligen Bewegung mit den heutigen Reformversuchen, Neudruck der Ausgabe Breslau 1913, Aalen 1973, S. 63-69; *M. Grünhut*, Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, Hamburg 1922, S. 63.

[7] Vgl. insbesondere *S. Moccia*, Die italienische Reformbewegung des 18. Jahrhunderts und das Problem des Strafrechts im Denken von Gaetano Filangieri und Mario Pagano, Goltdammer's Archiv (GA) 1979, 201-221; außerdem *F.-Chr. Schroeder* (Hrsg.), Texte zur Theorie des politischen Strafrechts Ende des 18./Mittedes 19-Jahrhunderts, 1974, S. 15-29; *M. Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1982, S. 286 f. Fn 3.; *Th. Vormbaum*, Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit, Bd. I, Baden-Baden 1993, S. 179 (Abdruck einiger Kapitel aus Filangieris „Scienza della legislazione“); *H. Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., München 1998, S. 58, 62, 65.

[8] *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und herausgegeben von *W. Alff*, Frankfurt a.M. 1988.

[9] Zum Problem der Epochisierung in Zusammenhang mit der Aufklärung vgl. *J. Mittelstraß*, Neuzeit und Aufklärung, Berlin 1970, S. 104 ff.

[10] Im neapolitanischen Kontext ist freilich von entscheidender Bedeutung die Revolution von 1799, zu deren geistigen Vätern Filangieri gezählt wird.

[11] Zu den Übersetzungen unter IV 5.

[12] *F. Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Neudruck der Ausgabe 1930, Aalen 1973, S. 21 f., nimmt hingegen an, eine bewußte Verschmelzung der philosophisch-kriminalpolitischen und der dogmatisch-positivrechtlichen Literatur komme erst in den 90er Jahren mit Kleinschrod und Feuerbach zustande.

Forschung gezeigt hat, einen schon seit Beginn des Jahrhunderts ständig zunehmenden Einfluß der naturrechtlich orientierten Strafrechtsphilosophie auf die Strafrechtsdogmatik: Die naturrechtliche Imputationslehre konnte über das Strafmilderungsrecht und dann generell über Strafzumessungserwägungen in die Strafrechtsdogmatik eindringen.[13] Wenn im vorliegenden Beitrag aus Filangieris Strafrechtsphilosophie nur seine Lehre von der Proportionalität zwischen Straftat und Strafe zum Gegenstand gemacht wird, so erklärt sich dies zunächst durch diesen schon andeutungsweise bekannten Zusammenhang. Zudem aber soll gezeigt werden, daß die Proportionalitätsproblematik weit über die Rezeption der Imputationslehre hinaus für die Autoren des 18. Jahrhunderts den weidlich genutzten Anlaß bot, auch andere Grundlagenprobleme des Strafrechts abzuhandeln. Die Proportion setzte zunächst eine Einschätzung der Schwere des Verbrechens voraus: Stellte man hierbei auf die Willensintensität ab, so ergab sich natürlich die Brücke zu den Imputationslehren. Die Schwere der Straftat ließ sich aber auch (u. U. zusätzlich) durch Faktoren wie Schaden oder Gefahr bestimmen. Sobald man solche Größen über die Beeinträchtigung der durch die Tat betroffenen individuellen Rechte hinaus auf den eher „ideellen“ Schaden des schlechten Beispiels erstreckte, war die Verbindung zu den Strafzwecklehren hergestellt. Dann aber sollte die Proportionslehre auch verläßliche Kriterien zur Begrenzung des Zweckelements liefern, und die Frage konnte nicht ausbleiben, welche präventive, aber auch strafbegrenzende Bedeutung der subjektiven, in den Imputationslehren behandelten Seite der Straftat zukommen sollte. Wenn die Berner Ökonomische Gesellschaft 1777 bei ihrer berühmten Preisfrage[14] nach einem Plan der Kriminalgesetzgebung als ersten von drei Punkten das angemessene Verhältnis von Verbrechen und Strafen bestimmen ließ und 44 Teilnehmer aus ganz Europa zur Bearbeitung dieser Frage bewegen konnte, so hatte sie sich damit ganz offensichtlich kein Randproblem der Strafrechtswissenschaft ausgesucht.

2. *Die verschiedenen Problemebenen in Filangieris Proportionalitätslehre*

Filangieris Lehre von der Proportionalität zwischen Straftat und Strafe führt schon von Anfang an in das Zentrum seiner Strafrechtsphilosophie hinein: „Das Verbrechen ist, wie ich an einem anderen Ort sagte, nichts anders als Übertretung eines Vertrags. Nach dem Maße, als der übertretene Vertrag der Gesellschaft kostbarer ist, muß auch die Strafe grösser seyn...“.[15] Mit „Übertretung eines Vertrags“ bezieht sich Filangieri auf seine Lehre von der Legitimation der Strafe durch den Rechtsverlust, der seinerseits Folge eines Vertragsbruchs durch den Delinquenten sei (vgl. dazu unten 3). Wenn die Schwere der Straftat sich nach der Kostbarkeit des übertretenen Vertrags für die Gesellschaft bemessen soll, so bleibt zu fragen, worin diese Kostbarkeit bestehe. Im

[13] Vgl. *R. Loening*, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafreehts, Anm. l, ZStW 3 (1883), S. 219, 262-273; *R. Schmid*, Über Strafmilderungsgründe im gemeinen deutschen Strafrecht, Festschrift für Bruns, 1978, S. 107, 120 ff. Zur Rezeption von Daries' Zurechnungslehre von Engau (1742) bis Püttmann (1779) vgl. *J. Hruschka* (Anm. 1), S. 698 ff.

[14] Zu diesem Preis vgl. *E. Landsberg* (Anm. 6), S. 411 ff.; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 221 f.

[15] *G. Filangieri*, System der Gesetzgebung, 3. Buch, 2. Teil (= 4. Band), deutsche Übersetzung Ansbach 1783, S. 273. Filangieris Hauptwerk wird hiei wie im I. Kapitel nach dieser deutschen Übersetzung mit Bandzahl (I ff.) und Seitenzahl zitiert, z. B. hier; G. Filangieri IV 273.

Einfluß des jeweiligen Vertrags auf die „Erhaltung der Gesellschaft", sagt Filangieri.[16] Damit gibt Filangieri eine generelle Zweckorientierung des Strafrechts an, die andererseits in seinem Begriff der „Gesellschaft" ebenso eine Schranke enthält wie in der Forderung, daß bei aller Wahrung des (so ermittelten) Verhältnisses von Straftat und Strafe diejenigen Strafen den Vorzug verdienen, die „durch den kleinest möglichen Schmerz des Übertreters den größtmöglichen Abscheu vor Missethaten ... hervor bringen"[17] (vgl. unten 4).

Der so bestimmte Maßstab ist für Filangieri allerdings nur ein relativer, der die verschiedenen Delikte ihrer Schwere nach voneinander abschichtet oder, praktisch gesprochen, ein Strafrahmen für das jeweilige Delikt. Dieser durch das Gewicht des verletzten Vertrags eröffnete Rahmen – Filangieri spricht von der „Qualität" des Verbrechens[18] – soll nun durch ein anderes Zumessungsmerkmal ausgefüllt werden, durch die „Bosheit des Herzens" beim Delinquenten, den „Grad" des Verbrechens, d. h. insbesondere durch die unterschiedliche Intensität von „dolus" und „culpa". Hierfür wird also Filangieris Imputationslehre bedeutsam (vgl. unten 5). Filangieris Begründung für dieses Heranziehen der subjektiven Tatseite: Sie verrate die mehr oder weniger große Neigung eines Delinquenten, nochmals straffällig und somit zum „Gegenstand des Schreckens für die Gesellschaft"[19] zu werden, betreffe mithin auch die Strafbedürftigkeit im Hinblick auf die Präventionen (vgl. unten 4). Zusammenfassend meint Filangieri: „Die Qualität des Verbrechens macht der übertretene Vertrag, und den Grad desselben der Grad der Schuld oder des Vorsatzes aus, mit welchem das Verbrechen begangen wird. Es muß demnach die Strafe mit der Qualität und dem Grad in ein Verhältnis gesetzt werden".[20]

Dieses Verhältnis ist allerdings, wie Filangieri betont, dem historischen Wandel unterworfen: Die Strafen können, aus Gründen, die im Folgenden auch noch genauer betrachtet werden müssen, „nach dem Verhältnis der Vervollkommnung der Gesellschaft" gemildert werden[21] (vgl. unten VII).

3. Filangieris Legitimation des Strafrechts

Filangieris Lehre, wonach der Gesetzesbrecher eben durch seinen Gesetzesbruch einen gesellschaftlichen Vertrag (von vielen) verletze und deshalb eines Rechtes verlustig gehe, hat zunächst Anklänge an die gängigen gesellschaftsvertraglichen Strafrechtslegitimationen des 18. Jahrhunderts, weist freilich auch schon auf den ersten Blick einen Unterschied zu diesen auf: Nicht vorab werden Verteidigungsrechte (des potentiellen Opfers) auf den Staat übertragen oder willigt

[16] *G. Filangieri* IV 275; ähnlich F IV 7. Vgl. hierzu W. Blackstone (den Filangieri häufig, allerdings nicht in diesem Zusammenhang, zitiert), Conimentaries on the laws of England, vol. IV (Of public wrongs), zuerst erschienen 1768, hier benutzt: New Edition, London 1826, S. 15: "As pimishments are chiefly intended for the prevention of future crimes, it is but reasonable that among crimes of different nature those should be most severely punished, which are the most destructive of the public safety and happiness."
[17] *G. Filangieri* IV 19 f.
[18] *G. Filangieri* IV 280 ff., 290.
[19] *G. Filangieri* IV 277.
[20] *G. Filangieri* IV 290.
[21] *G. Filangieri* IV 5 f.

jeder (als potentieller Täter) zum Zeitpunkt des pactum societatis bedingt in eine spätere Bestrafung seiner selbst ein, sondern Anknüpfungspunkt für die vertraglich legitimierte Strafe ist die konkrete Tat selbst. „1. Wenn die Gesetze die Formeln sind, wodurch die gesellschaftlichen Verträge ausgedrückt werden: so folgt, daß iede Übertretung des Gesetzes die Verletzung eines Vertrags ist. 2. Wenn die gesellschaftlichen Verträge nichts anders sind, als die Verbindlichkeiten, die ieder Bürger gegen die Gesellschaft zum Ersatz seiner erlangten Rechte auf sich nimmt: so muß nothwendig auf iede Verletzung eines Vertrags der Verlust eines Rechts folgen".[22]

Nun sind freilich Filangieri die beiden gängigen Legitimationsvarianten durchaus bekannt. Eindeutig verwahrt er sich gegen das Modell einer bedingten Vorabübertragung der Rechte über sich selbst an die Gesellschaft. Er tut dies insbesondere im Zusammenhang mit der Frage der Todesstrafe, bei jenem Thema also, das aus verständlichen Gründen während des 18. Jahrhunderts im Zentrum der Rechtfertigungsproblernatik gestanden hat. Beccarias Ablehnung der Todesstrafe mit der Begründung, niemand könne mehr geben als er selbst habe und folglich dürfte niemand das Recht über sein eigenes Leben auf den Staat übertragen haben, bildet Filangieris Angriffspunkt.[23] Filangieri deduziert ad absurdum und macht damit die praktische Bedeutung der Auseinandersetzung deutlich: Dann, meint er, müsse man auch alle anderen Strafen für unzulässig halten, denn Arbeitsstrafen verkürzten schließlich auch das Leben, und über Freiheit und Ehre habe auch niemand (zugunsten von Freiheits- und Ehrenstrafen) zu disponieren.[24] Sogar Rousseaus Gegenposition zu Beccaria, daß das Recht am eigenen Leben unter bestimmten Umständen doch übertragen werden könne,[25] scheint Filangieri schon in der mit Beccaria geteilten Prämisse, daß es einer solchen Übertragung überhaupt bedürfe, verfehlt.[26]

Für akzeptabler hält er schon ein durch Übertragung der Verteidigungsrechte erlangtes Recht des Staates zu strafen. Wenn der Mensch, so deduziert er unter ausdrücklicher Berufung auf den an neapolitanischen Universitäten allgemein bekannten und kraft königlichen Dekrets gelehrten[27] Chr. Wolff, schon die natürliche Pflicht habe, seine Rechte und die Rechte anderer aufrechtzuerhalten, dann müsse er folglich auch das Recht haben, „die nöthigen Mittel zur Erreichung dieses Zwecks anzuwenden".[28] Auch die These von der Übertragung dieses Rechts auf den Staat dürfte von Chr. Wolff übernommen sein. Noch Hobbes hatte den vertraglichen Aspekt insofern ganz abgelehnt,[29] und auch Pufendorf[30] und Thomasius[31] gingen von einem

[22] *G. Filangieri* IV 2.
[23] Vgl. *C. Beccaria* (Anm. 8), § 28 am Anfang. Zu zeitgenössischen Einwänden gegen diese Argumentation Beccarias vgl. *L. Günther*, Tommaso Natale, Marchese di Monterosato, ein in Deutschland vergessener Vorläufer Beccarias, GA 48 (1901), S. 1, 30 f.
[24] *G. Filangieri* IV 26-28.
[25] Vgl. *J.-J. Rousseau*, Du contrat social, ou principe du droit politique, zuerst erschienen 1762, hier benutzt: Ausgabe Oeuvres completes. Paris 1852, Tome preraier, chap. V, S. 639, 711.
[26] *G. Filangieri* IV 29 f.
[27] Vgl. M. Thomann, Christian Wolff, in: M. Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker im 17, und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht, 1977, S. 248, 265; *P. Hazard*, Die Herrschaft der Vernunft. Das europäische Denken im im 18. Jahrhundert, Hamburg 1949, S. 79.
[28] *G. Filangieri* IV 38, Anm. Vgl. *Chr Wolff*, Ius naturae methodo scientifica pertractatum, pars prima, Francofurti et Lipsiae 1740, cap. 3, §§ 1058, 1059
[29] Th. Hobbes, Leviathan sive de materia, forma et poteslate civitatis ecclesiasticae et civilis, zuerst erschienen 1651, hier benutzt: Ausgabe der Opera Philosophica. ed. Molesworth, Bd. 3, Londini 1841, Kap. 28., S. 223 f.

dem Staat originären Recht aus. Trotz einer gewissen Sympathie für diese Variante des gesellschaftsvertraglichen Übertragungsmodells verfolgt er es nicht weiter und zeigt in zwei Punkten zudem deutlich sein Desinteresse an einer Legitimation des Strafrechts aus einem Gesellschaftsvertrag: Wie konnte er sonst in der Tradition Rousseaus und der Frühaufklärung in die bürgerliche Gesellschaft alle (Verteidigungs-) Rechte niederlegen lassen[32] und wenige Seiten davor in der Tradition Lockes nur einen Teil der natürlichen Freiheit auf die Gesellschaft überführen?[33] Und wie konnte er sonst gegen Beccarias Variante der Theorie von der ursprünglichen Übertragung Strafrechts auf den Staat damit argumentieren, der Angreifer verliere unter Umständen das Recht auf sein Leben durch den Angriff und dieses verwirkte Recht lebe auch nach dem Tod des Opfers nicht mehr auf, so daß deshalb anderen das Recht hätten (hierfür beruft er sich auf Lockes Nothilfe-Lehre!), den Angreifer zu töten.[34] Auch hier, wo er die beiden klassischen Lehren gegeneinander ausspielt, kommt er zur Begründung der einen von beiden wieder auf seine davon unterschiedene Lehre vom Rechtsverlust durch die Tat zurück.

Filangieris Lehre vom Vertragsbruch = Gesetzesbruch durch die Tat, wobei zudem nicht ein Gesellschaftsvertrag, sondern einer von vielen „gesellschaftlichen Verträgen"[35] gebrochen wird, deutet zunächst einmal auf eine gegenüber den gesellschaftsvertraglichen Übertragungslehren rechtshistorisch frühere Schicht hin: Sie schafft Anklänge zur Lehre des Grotius, wonach eine vertragliche Verpflichtung zur Hinnahme der Strafe durch die einzelne Tat entsteht: Wie der Verkäufer sich konkludent zu allem verpflichte, was beim Kauf gebräuchlich sei, so unterwerfe sich der Delinquent durch seine Tat der Strafe.[36] Anders freilich als bei Grotius liegt bei Filangieri der Vertragsschluß (d. h. die Gesetzgebung) vor dem Delikt – insofern ist den gesellschaftsvertraglichen Legitimationslehren des 18. Jahrhunderts durchaus ein Tribut gezollt. Beachtet man aber, daß dieser „Vertrag" identisch ist mit dem jeweiligen (positiven) Gesetz, so spricht doch viel dafür, daß für Filangieri die kontraktualistische Argumentation stark in den Hintergrund tritt. Denn die Güte der (positiven) Gesetze wird in keiner Weise mehr auf die Übereinstimmung mit einem Vertrag zurückgeführt, sondern auf ihre Vereinbarkeit „mit den universellen Grundsätzen der Moral, die allen Völkern, allen Regierungsformen gemein und in allen Himmelsstrichen anwendbar sind"[37] („absolute Güte"), sowie auf ihre „Schicklichkeit" im Hinblick auf den

[30] *S. Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo. zuerst erschienen 1672, hier benutzt: Ausgabe Amsterdam 1688, lib. VIII, cap. 3, § 1.
[31] *Ch. Thomasius*, Institutiones Jurisprudentiae Divinae, zuerst erschienen 1688, hier benutzt: Neudruck Aalen 1963 der 7. Aufl. Halle 1730, lib. III, cap. VII, § 68. Er diskutiert allerdings in §§ 83 ff. die Frage, ob der Delinquent sich vertraglich zum Erdulden der Strafe verpflichtet hat.
[32] *G. Filangieri* IV 16.
[33] *G. Filangieri* IV 11.
[34] *G. Filangieri* IV 32 f.; er zitiert hierfür *J. Locke*, Two treatises on civil government, zuerst erschienen 1690, hier benutzt: Ausgabe London 1970, book II, chapter II, § 7.
[35] Die Straftat als Verletzung mehrerer Verträge begegnet schon – eher beiläufig – bei *Beccaria* (Anm. 8), § 16, und dann, beinahe schon im Sinne Filangieris, bei *Servan*, Discours sur l'administration de la justice criminelle, Genève 1767, S. 115 f. (anonym erschienen).
[36] *H. Grotius*, De iure belli ac pacis libri tres, erste Ausgabe 1625, hier benutzt: Ausgabe Amsterdam 1680, Liber II, Cap. XX, § 2, Nr. 3. Zum Aufgreifen dieser Lehre des Grotius durch Feuerbach im Anti-Hobbes vgl. *Grünhut* (Anm 6), S. 22.
[37] *G. Filangieri* I 108.

„Zustand der Nation"[38] („relative Güte"). Auch dies ist wieder eine deutliche Anknüpfung an vorkontraktualistische Naturrechtsvorstellungen.

Mit dieser Abkehr von den Vertragsmodellen und der Hinwendung zum positiven, wenn auch naturrechtlich begründeten Gesetz steht Filangieri Ende des 18. Jahrhunderts nicht allein. Das im 17. und 18. Jahrhundert durchgängige Problem der praktischen Philosophie: Wie sich Glück und Tugend, Egoismus und sozial nützliches Verhalten angesichts des philosophischen Individualismus vermitteln lassen,[39] wird nun nicht mehr so häufig mit dem (historischen oder hypothetischen) ursprünglichen Vertrag, sondern mit dem (wohlverstandenen) „Interesse", und, wo diesem dennoch entgegengehandelt wird, dem positiven Gesetz gelöst.[40] Während Beccaria sich durch das Wiederaufgreifen der Einwilligungskomponente des strafrechtlichen Vettragsmodells eher noch gegen diese Entwicklung zu stemmen schien und dem Modell so noch eine liberale Abwehrfunktion abgewann,[41] ist bei Filangieri auch davon nichts mehr übriggeblieben.[42] Dem entspricht, daß das Gesellschaftsvertragsmodell für Filangieri auch kein historisches Erklärungsmuster mehr ist: Gesellschaft entsteht für ihn durch allmähliche Entwicklung aus Kleingruppen, Gesellschaftswesen zu sein gehört zur Natur des Menschen.[43]

4. Die Orientierung der Strafe am Gesellschaftszweck und ihre Grenzen

Die Schwere des Delikts orientiert sich für Filangieri, wie wir sahen, an der Bedeutung des übertretenen Gesetzes („Vertrags") für die Erhaltung der Gesellschaft. Damit liegt Filangieri zunächst einmal durchaus in der Tradition der Orientierung des Strafrechts am „salus populi", wobei man freilich berücksichtigen muß, daß mit dem späten Thomasius und Chr. Wolff das „salus populi"-Argument vorsichtig seine Bedeutung wandelt – von der Orientierung an der Staatsraison zur Ausrichtung an der Eudämonie der Summe der Bürger, für die der Staat nur Mittel ist: „Da wir nun die Wohlfahrt durch die Gesellschaft zu erhalten gedenken (§ 3), so ist sie die Absicht der Gesellschaft (§ 910 Met.) und die Gesellschaft ein Mittel, die gemeine Wohlfahrt zu

[38] *G. Filangieri* I 138.
[39] Vgl. dazu *W. Windelband*, Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, 17. Aufl. 1980, S. 429, 439.
[40] Angesichts gemeinsamer Interessen der Menschen wird das Vertragsmodell für überflüssig erklärt insbesondere von *D. Hume*, A treatise of Human Nature, Bd. III (of Morals), zuerst erschienen 1740, hier benutzt: The philosophical works (ed. Green/Grose), Bd. 2, London 1886, S. 229, 304-313. Zum positiven Gesetz als Mittel, das Glück in der Tugend suchen zu lassen, insbesondere *C. A. Helvetius*, De l'esprit, zuerst erschienen 1758, hier benutzt: Oeuvres complètes, Paris 1795, Bd. I, S. 189 – III, S. 263, besonders Bd. III, Kap. V, S. 247-263. Zum Einfluß des Helvetius auf Filangieri vgl. *S. Cotta*, Gaetano Filangieri e il problema della legge, Torino 1954, S. 129 f.
[41] Zu *Beccarias* in liberaler Absicht eingestreuten Vers atz stucken der Vertragslehre vgl. *G. Zarone*. Etica e politica nell'utilitarismo di Cesare Beccaria, Napoli 1971, S. 136, 150, 184, 189.
[42] Sehr zweifelhaft deshalb *U. Spirito* Il pensiero pedagogico di Gaelano Filangieri, Firenze 1924, S. 97; „Il sistema del Filangieri si fonda come quello di Beccaria sulla teoria del patto sociale ..."
[43] *G. Filangieri* I 78-86; F IV 136 ff. Daß dies auch die Position des deutschen Naturrechts im ausgehenden 18. Jahrhundert ist, zeigt *D. Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976, S. 58, 114 ff.

befördern", sagt Chr. Wolff.[44] Seit Chr. Wolff ist zudem die Entwicklung dadurch geprägt, daß fast alle Autoren im Bereich der Strafrechtsphilosophie „salus" o. ä. mit „Sicherheit" o. ä. kombinieren: „tranquillitas" (Böhmer), „tranquillitè et surêetè" (Jaucourt), „tranquillitas et securitas" (Kemmerich)[45] sind Ziele des Strafrechts. Derlei Kombinationen begegnen wir dann bis in die 80er Jahre des 18. Jahrhunderts etwa bei Püttmann, Cremani und Wieland,[46] wobei die Zahl derer zunimmt, bei denen dann schließlich „salus" oder ein entsprechender Begriff sogar ganz fortfällt: „öffentliche Ruhe und Sicherheit" heißt es bei Wieland nur noch, „Erhaltung und Sicherheit" bei Filangieri. Die planerische und polizeistaatliche Dynamik, zur Zeit Chr. Wolffs schon in ihrem Ziel verändert, tritt nun insgesamt zurück zugunsten einer Sicherung des Bestehenden als Endzweck des Strafrechts. Ein fundamentaler Unterschied zwischen den aufgeklärt-absolutistischen Theorien, die in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts Individualzwecke für den Staatszweck berücksichtigen, und den eigentlich „liberalen" Vorstellungen gegen Ende des Jahrhunderts[47] läßt sich deshalb beim Blick auf die allmähliche Entwicklung der Strafrechtsphilosophie, auch in Deutschland, nicht feststellen.

Diese Entwicklung wird begleitet und unterstrichen durch die Entstehung der am relativen Strafzweck orientierten Proportionalitätslehren in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts und ihre Weiterentwicklung in der zweiten Jahrhunderthälfte. Während noch Pufendorf den Proportionalitätsgedanken ausdrücklich verwarf – Strafe hatte sich nach seiner Auffassung auch im Maß allein an der durch den Herrscher zu bestimmenden „utilitas rei publicae" zu bemessen[48] – und auch der frühe Thomasius unter Proportion allenfalls verstehen konnte, daß die Strafe im richtigen Verhältnis zum Nutzen des Staates stehen müsse,[49] werden solchen Utilitatserwägungen mit der

[44] *Chr. Wolff*, Vernünfftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und in Sonderheit dem gemeinen Wesen (meist zitiert als „Deutsche Politik"), Halle 1721, Teil I, Cap. II, § 4; ähnlich Teil II, Cap. I, § 223. Zu den Ansätzen dieser Lehre beim späten Thomasius vgl. *M. A. Cattaneo*, Staatsraison und Naturrecht im strafrechtlichen Denken des Samuel Pufendorf und Christian Thomasius, in: Staatsraison. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs, hrsg. von Schnur, 1982, S. 423-439; *ders.*, Diritto e pena nel pensiero di Christian Thomasius, Milano 1976, S. 76 f.; einschränkend hinsichtlich des „Liberalismus" von Thomasius, aber zustimmend zur Stellung des Thomasius an der Spitze der strafrechtlichen Reformdiskussion *K. Luig*, Zur Bedeutung von Christian Thomasius' Strafrecht s lehre als Ausdruck liberaler politischer Theorien, in: Studia Leibnitiana, Bd. XII, 1980, S. 243-252 m. w. N.

[45] Vgl. *J. F. S. Böhmer*, Elementa Iurisprudentiae criminalis, zuerst erschienen 1732, hier benutzt 2. Aufl. Halae Magdeburgicae 1738, Sectio II, Cap. I, § 2; *Jaucourt*, Artikel "Crime (droit nat.)", Encyclopedie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, vol. IV, 1754, S. 466, 467; *D. H. Kemmerich*, Synopsis luris criminalis, o. O. 1755, Libei I, tit. II, § 4. Vgl. auch *W. Blackstone* (Anm. 16).

[46] Vgl. *I. L. E. Püttmann*, Elementa iuris criminalis, Lipsiae 1779, lib I, cap I, § 60, *A. Cremani*, De iure criminali libri duo, Lucca 1783, S. 108-110, §§ 74 f. Vgl. freilich schon *J. G. Heineccius*, der in seinen Elementa iuris naturae et gentium .... editio tertia, Genevae 1744, nur von „securitas civium" spricht, die er dann in die bekannten Präventionen unterteilt (liber II, cap 8, § 169): *E. K. Wieland*, Geist der peilichen Gesetze 1.Teil, Leipzig 1783, S. 108-110 (§§ 74 f.)

[47] In diesem Sinn *D. Klippel* (Anm. 43), S. 14 f., 59 ff., besonders S, 63; vgl. dazu auch *Filangieris* liberalen Kritiker Constant, Commentaire sur l'oeuvre de Filangieri, Paris 1822, der bei allst Detailkritik einräumt: „Sa definition du but de la societe est assez exacte" (S. 47).

[48] *S. Pufendorf* (Anm. 30), Liber VIII, cap. 3, §§ 24, 33. *Pufendorf* versteht unter „Proportion" noch allein den Gedanken des „talion", den er ablehnt.

[49] Ch. Thomaisus (Anm. 31), Liber III, cap. 7, §§ 118, 120.

Entwicklung zweier unterschiedlicher strafrechtlicher Proporti onalitätsleken Grenzen gesetzt.

Eine an der „Natur der Sache" orientierte Proportion, zum ersten Mal in Montesquieus „Esprit des Lois" von 1748 so eindeutig formuliert, besagt, daß die Strafe sich in Art und Umfang an der Natur des Verbrechens zu orientieren habe: Gotteslästerung fordere den Entzug der Vorteile der Religion, Sittlichkeitsdelikte sollten mit öffentlicher Ächtung beantwortet werden, Entzug der Ruhe mit Entzug der Ruhe etc.,[50] aber auf Diebstahl dürfe eben möglichst nicht die Todesstrafe stehen.[51] Jaucourt hat diese Lehre in die Enzyklopädie übernommen,[52] Rousseau,[53] d'Alembert[54] und viele andere[55] sind ihr gefolgt. Daneben stand eine psychologisch orientierte Proportionslehre, von Heineccius[56] und dem späten Chr. Wolff[57] auf der Basis einiger Überlegungen[58] von Locke und Thomasius zum alleinigen Strafmaß erklärt: Die Schwere des Verbrechens wird an ihrer potentiellen Exempelwirkung bemessen; Strafe muß so groß sein, wie ausreicht, die „peccandi libido" zu unterdrücken,[59] so viel, und nur so viel darf gestraft werden, wie „ad avertendum periculum laesionis futurae" unabweisbar erforderlich ist.[60]

Die beiden Traditionslinien wurden später mannigfaltig verbunden – sei es einfach nebeneinander gestellt, etwa bei Beccaria,[61] sei es enger miteinander verschränkt, wie etwa bei Wieland.[62] Die „Natur des Verbrechens" manifestiert sich nicht mehr im Verletzungserfolg, sondern in der verbrecherischen Begierde, so daß auch die psychologische Proportion in der „Natur der Sache" liegt.

Auch bei Filangieri, so läßt sich bereits an dieser Stelle erkennen, sind beide Traditionslinien miteinander verbunden: Bei Vertrags- (= Gesetzes-) bruch verliert der

[50] *Montesquieu*, Charles de Secondat, Baron de la Brèede et de M., De l'esprit des lois, hier benutzte Ausgabe; Paris 1843, Buch XII, Kap. 4, S. 352 ff.

[51] *Montesquieu* (Anm. 50), S. 355.

[52] *Le Chevalier de Jaucourt* (Anm. 45). Vgl. zu *Jaucourt A. F von Overbeck*, Das Strafrecht der französischen Encyclopädie. Ein Beitrag zur Geschichte der Aufklärung im achtzehnten Jahrhundert, Karlsruhe 1902, S. 9 f.

[53] *J. J. Rousseau*, Lettres de la Montagne, zuerst erschienen 1764, hier verwendet: Ausgabe Oeuvres completes, Paris 1852, torne troisieme, S. 5-108, Lettre V, S. 50. Vgl. dazu *F. Haymann*, Jean Jacques Rousseaus Sozialphilosophie, Leipzig 1898, S. 227.

[54] *J. le Rond d'Alembert*, Essais sur les Elements de la Philosophie, zuerst erschienen 1759, hier benutzt: Ausgabe Paris 1805, Art. VIII, S. 202.

[55] Vgl. dazu *F. Lohmann*, Jean Paul Maral und das Strafrecht in der französischen Revolution, 1963, S. 39; *L. Günther* (Anm. 23), S. 21 ff.; Willenbücher, Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Großen, Breslau 1904, S. 19. Zu den Wurzeln der „Natur der Sache"-Proportion im Talionsgedanken vgl. nur *Thomas von Aquin*, Summa contra gentilis, cap. 141, § 1, cap. 144, § 9; aber auch *H. Grotius* (Anm. 36), cap. XX, § 2, Nr. 1, § 29, Nr. 1, § 33.

[56] *J. G. Heineccius* (Anm. 46), Über II, cap. 8, §§ 104 f.

[57] *Chr. Wolff* (Anm. 28), § 1059; außerdem ders., pars octava, 1748, cap. 3, §§ 625 f.

[58] Vgl. *J. Locke* (Anm. 34), § 8; *Ch. Thomasius* (Anm. 31), §§ 118, 120.

[59] J. G. Heineccius (Anm. 56).

[60] *Chr. Wolff* (Anm. 28), § 1059.

[61] *C. Beccaria* (Anm. 8), §§ 7 f., einerseits, § 19 andererseits. Ein Nebeneinander der verschiedensten Aspekte auch bei von *H. E. von Globig/J. G. Huster*, Abhandlung von der Criminalgesetzgebung, Zürich 1783, S. 38, 48 ff., oder bei Brissot de Warville, Théorie des loix criminelles, tome 1, Neuchâtel 1781, S.10-12.

[62] *E. K. Wieland* (Anm. 46), S. 452 f., § 334.

Täter sein Recht gerade an diesem Vertrag:[63] „Das Recht, das du durch den gesellschaftlichen Vertrag erlangt hast, wird in demselben Augenblick für dich erlöschen, da du den Vertrag brichst, durch den du es erworben hattest".[64] Dies ist die „Natur-der-Sache"-Proportion, jetzt freilich nur noch auf Rechte bezogen – eine Folge des Verständnisses der Straftat als Gesetzesverletzung. Andererseits ist bei Filangieri auch die psychologische Proportion vorhanden, wenn er „durch den kleinest möglichen Schmerz des Übertreters, den größtmöglichen Abscheu vor Missethaten ... hervorbringen" will.[65] Die psychologische Proportion ist nun aber bei Filangieri ganz deutlich als eine im weiteren Sinne ökonomische Kosten-Nutzen-Rechnung erkennbar. Sie veranschaulicht, wie im Strafrechtsdenken des ausgehenden 18. Jahrhunderts die Ökonomie über den Bereich der Wirtschaft hinaus die Bedeutung eines Denkschemas gewonnen hat: Orientierung am maximalen Nutzen bei minimalem Einsatz und langfristige Sicherung dieser Relation.[66]

Damit sind freilich erst zwei von drei Elementen in Filangieris Proportionalitätslehre betrachtet. Ehe der genauere Zusammenhang dieser Elemente miteinander und mit der Strafzweckproblematik entwickelt werden kann, bedarf das dritte Proportionalitätselement, die subjektive Tatseite, einer genaueren Betrachtung.

5. Filangieris Imputationslehre und seine Psychologie des Straftäters

Für zurechenbar hält Filangieri, hierbei grundsätzlich in der naturrechtlichen Imputationstradition, nur solche Gesetzesübertretungen, die vom Willen getragen sind.[67] „Wille" enthält hierbei ein voluntatives und ein epistemisches Element: „Der Wille ist dasienige Vermögen der Seele, das uns nach den Antrieben der Begierde, und nach den Calculn der Vernunft bestimmt. Die Begierde spornt uns an, der Verstand prüft, der Wille bestimmt uns. Zum Wollen wird also das Begehren und das Erkennen erfordert."[68]

Die Erkenntnis muß sich dabei sowohl auf den Endzweck als auch auf die begleitenden Umstände beziehen.[69] Lediglich Gewalttätigkeit oder Unwissenheit schließen den Willen aus. Feuerbach hat daraus, wohl zu Unrecht, geschlossen, daß „Wille" bei Filangieri „Willkür", also Wille im psychologischen Sinn, und nicht freier Wille im ethischen Sinne bedeute. Auf diesen psychologisch interpretierten Willensbegriff Filangieris gründet Feuerbach seine eigene Zurechnungslehre.[70] Feuerbach hätte Recht, wenn Filangieri den „Willen" nur bei äußeren Beeinträchtigungen ausschließen würde. Filangieri will jedoch den „Willen" und damit die Möglichkeit der Zurechnung auch bei „inneren" Beeinträchtigungen entfallen

[63] *G. Filangieri* IV 2, vgl. oben S. 246.
[64] *G. Filangieri* IV 13.
[65] Vgl. Anm. 17.
[66] *M. Foucault*, Surveiller et punir, zuerst erschienen 1975, hier benutzt: deutsche Übersetzung („Überwachen und Strafen"), 1977, S. 101 ff.
[67] *G. Filangieri* IV 242.
[68] *G. Filangieri* IV 242.
[69] *G. Filangieri* IV 243.
[70] *J. P. A. Feuerbach* (Anm. 2), S. 141.

lassen, wie schon seine Definition der „Unwissenheit" belegt: „Die Unwissenheit ist, in Beziehung auf die Handlung, derienige Zustand des Menschen, worin er weder den Zweck noch die Umstände von jener einsieht. Derjenige also, den eine äussere Gewalt zwingt zu handeln; oder der, welcher getrieben von der Begierde den Zweck und die Umstände der Handlung nicht einsieht, nicht einsehen kann; dieser, sage ich, wird kein Verbrecher seyn, wenn er auch die Gesetze übertreten hat."[71]

Filangieri steht damit prinzipiell in der auf Pufendorf zurückreichenden und von Chr. Wolff erneuerten Tradition der naturrechtlichen Imputationslehre: Der Mensch, so sagt schon Chr. Wolff ausdrücklich, müsse „causa libera" seiner Handlungen sein,[72] „imputari nequeunt actiones nisi liberae".[73] Darin liegt nicht, wie gelegentlich angenommen wird, ein Widerspruch zu Chr. Wolffs Straftheorie. Chr. Wolff bestimmt im Rahmen seiner psychologischen Proportionalitätstheorie (vgl. oben IV) die Schwere des Verbrechens nach dem „nocumento quod affertur et periculo, quod inde imminet".[74] In dieses „nocumentum" (also den ideellen Schaden!) paßt er als ein Element die subjektive Tatseite, wie er sie aus seiner Imputationslehre gewinnt, prinzipiell ein.[75] Dagegen spricht auch nicht sein Hinweis in § 641 der Phil. pract. univ. Er weist dort nur daraufhin, daß seine Imputationslehre „in applicatione tamen non adeo facile" sei, daß er an dieser Stelle die Lehre „in omni sua latitudine" verstehe und die juristische Zurechnung noch besonders behandeln werde: „Quid enim usui fori conveniat, suo loco exposituri sumus". Anders als Thomasius und seine Schule läßt Chr. Wolff eine (innerlich unfreie) bloße (dem psychologischen Willensbegriff Feuerbachs schon nahekommende) „actio spontanea"[76] für die Zurechnung nicht ausreichen.

Was Feuerbach an Filangieri als Inkonsequenz rügt, nämlich die Abstufung des „dolus" nach Graden der Willensfreiheit, ist deshalb eher eine konsequente Folge der Grundgedanken von Filangieris Zurechnungslehre. Filangieri differenziert drei Grade des „dolus": Der unterste Grad liegt vor, „wenn die antreibende Ursache stark ist, oder die That in der Hitze der Leidenschaft begangen worden", der mittlere Grad, „wenn die antreibende Ursache schwach ist, oder die That mit kaltem Blute und nach reifer Überlegung verübt wurde", der schwerste Grad, „wenn das Verbrechen entweder ohne Ursache, oder aus einer Ursache, bey der aber Treulosigkeit oder grosse Grausamkeit zum Grunde liegt, ausgeübt worden".[77] Auch diese Gradeinteilung folgt im wesentlichen der Wolffschen Tradition: „Quo magis libera fuerit actio, eo quoque magis imputatur",[78] und „Si quis deliberato animo dolum committit, magis is imputatur, quam si indeliberato fit animo".[79] Und auch für ihn sind „malitiosissimi" diejenigen, „qui gratis (sine spe

[71] *G. Filangieri* IV 243 f.
[72] *Chr. Wolff*, Philosophia practica universalis methodo scientifica pertractata, pais prior, Neudruck der Ausgabe 1738, 1971, § 527. Einen ersten Überblick über Chr. Wolffs Zurechnungslehre gibt *H. Schärtl*, Die Zurechnungs lehre Christian Wolffs, Diss. München 1970.
[73] *Chr. Wolff* (Anm. 72), pars octava, cap. 3, § 528.
[74] *Chr. Wolff* (Anm. 72), pars octava, cap. 3, § 625.
[75] *Chr. Wolff* (Anm. 72), pars octava, cap. 3, § 631-634; vgl. auch die ausdrücklichen Verweise auf die phil. prac. univ. in § 628.
[76] *Ch. Thomasius*, Fundamenta iuris naturae et gentium, zuerst erschienen 1705, hier benutzt: Ausgabe Halae 1718, Lib. I, cap. I, § 70. Zu dieser Traditinn vgl. *H. Rüping*, Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortentwicklung in der Thomasius-Schule, 1968, S. 55 f., 140 ff.
[77] *G. Filangieri* IV 281.
[78] *Chr. Wolff* (Anm. 72), § 606.
[79] *Chr. Wolff* (Anm. 72), § 709.

commodi) delinquent",[80] offensichtlich, weil hier jeder den freien Willen trübende Antrieb gänzlich fehlt.

Schon nicht mehr ganz so eindeutig wolffisch ist hingegen Filangieris Fahrlässigkeitslehre. Einerseits differenziert Filangleri, wie Chr. Wolff (der hierin an die naturrechtliche Imputationslehre seit Pufendorf anschließt),[81] zwischen dem Vorsatz als der eigentlichen voluntativen Schuldart und der Fahrlässigkeit als der „Erkenntnis der Möglichkeit der Wirkung, die die Handlung hervorbrachte".[82] Dies entspricht der Wolffschen Unterscheidung zwischen dem „dolus" als „defectus actionis a rectitudine quoad voluntatem et noluntatem"[83] und der „culpa" als „defectus rectitudinis actionis quoad intellectum vincibilis".[84] Andererseits läßt Filangieri aber auch die Fahrlässigkeit unter den Willensbegriff fallen: Beim Vorsatz sei der Wille vorhanden, das Gesetz zu übertreten, bei der Fahrlässigkeit „aber bloß der Wille, sich der Gefahr der Übertretung auszusetzen".[85] Insofern schließt sich Filangieri einer neben der eigentlichen Wolff-Rezeption liegenden gemeinrechtlichen Tradition an: „dem Willensschuldbegriff als Oberbegriff über Vorsatz und Fahrlässigkeit, den Böhmer – auch er von der naturrechtlichen Imputationslehre stark beeinflußt – ausdrücklich formuliert".[86]

In der Konsequenz der Wolffschen Zurechnungslehre über Chr. Wolff hinaus geht Filangieri in einem anderen Punkt: Ebenso wie die zur selben Zeit erschienene berühmte Schrift von Christiani[87] kennt Filangieris Imputationslehre nicht mehr die Figur des „dolus indirectus". Nach der in die mittelalterliche Tradition zurückreichenden und von Carpzov an im gemeinen deutschen Strafrecht herrschenden Lehre vom „dolus indirectus" war die Zurechnung auch solcher Handlungen zum „dolus" möglich, bei denen irgendeine verbotene Handlung begangen wurde, falls nur

[80] *Chr. Wolff* (Anm. 72), pars octava, cap. 3, § 633.
[81] Vgl *S. Pufendorf* (Anm. 30), liber I, cap. VII, § 16 zur culpa; zu Pufendorfs Zurechnungslehre vgl. im übrigen insbesondere lib. I, cap. V und IX.
[82] G. Filangieri IV 251. So später auch Feuerbach, aber unier Berufung in erster Linie auf *Filangieri*, vgl. Feuerbach (Anm. 2), S. 59 f.
[83] *Chr. Wolff* (Anm. 72), § 701.
[84] *Chr. Wolff* (Anm. 72), § 717. Die Wolffsche Schule nahm diese Unterscheidung rasch auf, vgl. etwa *D. Nettelbladt*, De homicidio ex intentione inditecta commisso, Halae 1756, §§ 5 und 6; *R. Engelhard*, Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besonders des Rechts der Natur, Frankfurt und Leipzig 1756, § 2. Vgl. dazu *R. Frank*, Die wolffsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung im XVIII. Jahrhundert, Göttingen 1887.
[85] *G. Filangieri* IV 250.
[86] *J. S. Fr. Böhmer*, Observationes selectae ad Caipzovii practicam novam rerum criminalium, Francofurti 1759, Obs. 2, qu. 1, § 1; Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam, accesit vetus ordinatio criminalis Bambergensis, Brandenburgica, Hassica, Halae/Magdeburgicae 1770, Art. 133, §§ 4-8. Vgl. dazu *F. Schaffstein* (Anm. 12), S. 123, und insbesondere *G. Boldt*, Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936, S. 14B ff. *Böhmer* ist neben Cremani der einzige zeitgenössische Strafrechtsdogmatiker, mit dem *Filangieri* sich mehrmals auseinandersetzt.
[87] *J. Christiani*, Die Chimäre eines Todtschlags aus indirectem Vorsatze (anonym erschienen), Kielisches Magazin vor die Geschichte, Statsklugheit und Statenkunde, hrsg. von Heinze, Bd. 1, 1783, S. 345-335.

die Handlung die allgemeine Qualität besaß, diesen Erfolg herbeizuführen.[88] Wenn auch diese Lehre im Lauf des 18. Jahrhunderts zunehmend entschärft wurde,[89] ist eine gänzliche Überwindung vor Filangieri nicht ersichtlich.

Filangieris Zurechnungslehre steht nach alledem nicht nur in der Tradition der naturrechtlichen Imputationslehre, sondern sie entwickelt diese sogar bis zur letzten Konsequenz weiter, wobei einer psychologischen Willensdeutung oder deterministisch orientierten Strömungen keinerlei Zugeständnisse gemacht werden.

Um so merkwürdiger muß es zunächst erscheinen, daß Filangieris Psychologie sonst von ganz anderen Prämissen bestimmt wird. Der „Hang zu angenehmen und der Abscheu vor unangenehmen Empfindungen" sind, meint Filangieri unter Berufung auf Helvetius, die „zwey Triebräder ..., welche den Menschen in Bewegung setzen";[90] der „weisen Gesetzgebung" wird aufgegeben, „sich jenes grossen Triebrads des menschlichen Herzens, der Selbstliebe", zu bedienen.[91] Ja, die Straftat wird gerade durch die psychologische Grundbedingung erklärt: Der Mensch „sieht zwar gute Gesetze als die Stütze seiner Sicherheit an; aber zugleich sieht er auch mit Mißfallen durch sie seine Leidenschaften aufgehalten".[92] „Dergleichen Betrachtungen machen zwar den Rechtschaffenen die Beobachtung der Gesetze nicht vergessen; inzwischen entsteht durch sie bey dem Schlechtdenkenden der heimliche Vorsatz, andere immer in dem Zaum der Gesetze zu seiner Sicherheit zu lassen, sich selbst aber, um seines Vortheils willen demselben zu entziehen".[93]

In dieser Psychologie kombiniert Filangieri, auch hierin paradigmatisch für die letzten Jahrzehnte des 18. Jahrhunderts, Hume mit Helvetius, zwei Autoren, die er beide sehr schätzt.[94] Grundsätzlich behauptet Filangieri einen Keim des Mitleids, der Wohltätigkeit und der Freundschaft im Herzen des Menschen,[95] ohne jedoch jemals einen Deut davon abzuweichen, daß allein die Selbstliebe, die Sucht nach Lust und Vermeidung von Schmerz, den Menschen leitet (s. o.). Das ist zwar nicht mehr das egoistische Individuum im Sinne der Tradition von Hobbes und Mandeville,[96] das ist vielmehr die bei aller Selbstliebe durch Sympathie altruistische Persönlichkeit, die Hume als vorläufiger Endpunkt in einer durch Mandevilles Gegenspieler Shaftesbury begründeten historischen Tradition uns vorstellt.[97] Das gilt für den („rechtschaffenen") Normalbürger. Daneben gibt es aber den Rechtsbrecher, den „Schlechtdenkenden" (s.

[88] Vgl. dazu *F. Schaffstein* (Anm. 12), S. 117 ff.; *A. Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1, Abt. 1, Leipzig 1895, besonders S. 16f ff.
[89] Zum Schädigungswillen bei *Leyser* und der Erfolgs ein willigung bei Böhmer vgl. *F. Schaffstein* (Anm. 12), S. 122 ff.
[90] *G. Filangieri* I 248.
[91] *G. Filangieri* I 54.
[92] *G. Filangieri* IV 11.
[93] *G. Filangieri* IV 12.
[94] Vgl. etwa zu *D. Hume* F I 309; zu *Helvetius G. Filangieri* I 247, 309.
[95] *G. Filangieri* I 80.
[96] Vgl. *Th. Hobbes* (Anm. 29), Teil I, Cap. 13; *B. de Mandeville*, Die Bienenfabel oder private Laster, öffentliche Vorteile, zuerst erschienen 1744, Kurzfassung bereits 1705, hier benutzte Ausgabe: deutsche Übersetzung von Bobertag, hrsg. von Euchner, Frankfurt a.M. 1980, S. 94.
[97] *Shaftesbury, Anthony Ashley Cooper, Third Earl of Sh.*, Characteristicks of Men, Manners, Opinions, Times, zuerst erschienen 1711, hier benutzt: Neudruck Meisenheim/Glan 1978, vol. II, S. 22 ff., 216; vgl. dazu *P. Kondylis*, Die Aufklärung im Rahmen des neuzeitlichen Rationalismus, 1981, S. 393 ff; *D. Hume* (Anm. 40) book III, Chapter III.

o.), der sich dem Gesetz entziehen will und der die Sanktionen des Gesetzes braucht, um endlich zu merken, daß auch sein Glück in der Tugend liegt. Da spricht Helvetius,[98] der den durch Hume scheinbar endgültig beigelegten Streit zwischen den Thesen vom natürlichen Egoismus und vom natürlichen Altruismus wieder entfacht; bei diesen Menschen kann allein die Drohung des Gesetzes die Selbstliebe auf den Weg der Rechtschaffenheit führen. Die Abwendung vom Gesellschaftsvertragsmodell und die Hinwendung zu „Interessen"-Modellen (für den „Rechtschaffenen") und der Drohung durch das Gesetz (für den „Schlecht-denkenden") (vgl. oben 3 a. E.) erfährt hierdurch ihre psychologische Untermauerung. Wie aber paßt der Wolffsche Indeterminismus von Filangieris Imputationslehre zu seiner durch die britisch-französische Tradition des Sensualismus bestimmten Psychologie des potentiellen Straftäters? Diese Beziehung von Imputation und Prävention ist nun genauer zu bestimmen.

6. *Prävention durch Imputation*

Wie Filangieri im Zusammenhang mit seiner Imputationslehre sagt, hält er die Berücksichtigung der subjektiven Seite der Straftat aus präventiven Überlegungen heraus für nötig: „.... und wenn die Absicht des Gesetzes bey den Strafen darin besteht, den, der das Gesetz noch nicht übertreten hat, von der Nachahmung des Beyspiels desjenigen, der es übertreten, abzuhalten, und den Staat vor fernem Übeln sicher zu stellen die ihm der Übertreter zufügen würde, wenn er nicht durch die Strafe entweder gebessert, oder durch sie ausser Stande gesetzt würde, ihn ferners zu beleidigen; wenn dieß, sage ich, die zwey einzigen Endzwecke der Strafen sind, erfordert da etwan nicht der zweyte darunter, daß derjenige Übertreter der durch seine That eine grössere Bosheit des Herzens, eine grössere Anlage zu ändern Vergehungen an den Tag gelegt hat, härter bestraft werde...?"[99]

Mit den Strafzwecken der Generalprävention und der Spezialprävention, beide wiederum als Mittel für den obersten Zweck der Erhaltung der Gesellschaft (vgl. oben 4), liegt Filangieri völlig im Trend der Zeit: in der von Hobbes begonnenen Tradition der Verbindung von Generalprävention und Spezialprävention als den einzigen Strafzwecken, einer Lehre, die unter den Strafrechtsphilosophen der Aufklärungszeit viele Anhänger fand.[100] Anders als bei Grotius und in der mittelalterlichen Jurisprudenz und Moraltheologie, anders aber auch als bei vielen Juristen der gemeinrechtlichen Tradition des 17. und 18. Jahrhunderts, wird Tatvergeltung nicht mehr als Strafzweck

[98] *C. A. Helvetius* (Anm. 40) sowie ders., De l'homme, de ses facultés et de son éducation, zuerst erschienen 1792, hier benutzt: Oeuvres completes, Paris 1795, Bd. VII, S. V; Bd. XII, S. 215. Vgl. dazu *G. Zarone* (Anm. 41), S. 33 ff.; Zur Tradition, in der Helvetius hierbei steht, vgl. etwa *J. Locke*, An Essay conceming human understanding, zuerst 1690, hier benutzt.: deutsche Übersetzung „Versuch über den menschlichen Verstand", übersetzt von *C. Winckler*, Bd. I, 1913, Buch II, Kap. 20 („Modi der Freude und des Schmerzes"); Condillac, Abbé de, Traité des sensations, zuerst erschienen 1754, hier benutzt.; Oeuvres phiiosophiques de Condillac, Bd. 1, ed. par G. leRoy, Paris 1947, S. 219-319, besonders S. 224-233.

[99] *G. Filangieri* IV 211.

[100] Vgl. *Th. Hobbes*, De cive, zuerst erschienen 1642 (2. veränderte Aufl. 1647), hier benutzt: Opera philosophica, hrsg. von *Molesworth*, Bd. 2, Londini 1839, S. 133 ff.; *J. Locke* (Anm. 34), § 8; *Ch. Thomasius* (Anm. 31), § 27; *Chr. Wolff* (Anm. 44), Teil I, Cap. III. § 346; ders., (Anm. 28), pars prima, Cap. III, § 1058; *C. Beccaria* (Anm. 8), § 12. Vgl. *W. Blachstone* (Anm. 16), S. 11.

akzeptiert, denn ein Zweck darf nicht „nutzlos" sein,[101] braucht man Schuldausgleich aber auch nicht als Rechtfertigung der Strafe, denn dazu dienen die (oben 3) erwähnten Vertragsmodelle.

Es hat nun für Filangieri spezialpräventive Gründe, wenn er die subjektive Tatseite und damit seine Imputationslehre in das Proportionalitäts-modell mit einbaut. „Größere Bosheit des Herzens" kann, wenn diese Bestimmung in Relation zu seiner Imputationslehre gebracht wird, nur bedeuten: mehr Überlegung und weniger Bewegung durch Leidenschaft. Offensichtlich – diese Überlegung Filangieris ist freilich nicht zwingend[102] – geht er davon aus, daß Besserung und Unschädlichmachung nur in geringerem Maße erforderlich sind, wo der Täter durch Leidenschaften bewegt wird.

Während die subjektive Tatseite, genauer: die imputatio facti als Feststellung des Ausmaßes der Willensfreiheit, in dieser Weise sich allein an der Spezialprävention orientiert, zielt die objektive Seite, genauer: die imputatio iuris der Proportion von Straftat und Strafe auf beide Proportionen: Die „Qualität" des Verbrechens, der gesellschaftliche Wert des verletzten Gesetzes, bestimmt in seinem Umfang das Bedürfnis nach Spezial- und Generalprävention: „Nach dem Maaße, als der übertretene Vertrag der Gesellschaft kostbarer ist, muß auch die Strafe grösser seyn, sowohl deswegen, weil die Gesellschaft einen wichtigern Beweggrund hat, den Verbrecher zu fürchten, als auch, weil ihr Interesse grösser ist, die ändern Menschen abzuschrökken".[103]

Bemerkenswert an der Position Filangieris im Vergleich mit dem Diskussionsstand der Zeit ist sowohl, daß der objektive wie der subjektive Schweregrad der Straftat ausnahmslos aus den Strafzwecküberlegungen, also den beiden Präventionen, erklärt wird, als auch, wie diese Argumentation im einzelnen verläuft. Dies soll hier an zwei Punkten verdeutlicht werden: an der Art, wie der objektive Tatschwere-Maßstab überhaupt präventiv herangezogen wird, und an Filangieris Verbindung der objektiven und subjektiven Proportionalitätselemente.

Tatschwere und Prävention stehen mitunter, etwa bei Beccaria, aber auch noch bei von Soden, ziemlich unverbunden nebeneinander: Wo zwei verschiedene Proportionalitätsmaßstäbe herangezogen werden, eine „Natur der Sache"-Proportion und eine psychologische Proportion, gehen Präventionsüberlegungen natürlich nur mit der zweiten Art von Proportion einher.[104] Aber auch, wo der Schaden der Gesellschaft und davon unterschieden der Vorteil des Verbrechers die Schwere der Tat bestimmen, setzt die präventiv orientierte Proportion nur am zweiten Maßstab an.[105] Seit Chr. Wolff aber gibt es Versuche, beide Gesichtspunkte ineinander zu denken: Die Schwere des Verbrechens wird, wie wir sahen, an eben ihrer potentiellen Exempelwirkung bemessen; Schaden ist dann identisch mit der Bedrohung der Gesellschaft durch zukünftige Verletzungen.[106]

[101] Vgl. schon *Th. Hobbes* (Anm. 100), § 11.

[102] *J. P. A. Feuerbach* geht in seiner Polemik mit *K. Grolmann* bekanntlich vom Gegenteil aus, vgl. *J. P. A. Feuerbach*, Revision (Anm. 2), Bd. 1, Erfurt 1799, S. 32.

[103] *G. Filangieri* IV 273.

[104] Vgl. *C. Beccaria* (Anm. 8), §§ 12 ff. und 19.

[105] *J. F. von Soden*, Geist, der teutschen Criminal-Geseze, 1, Bd., Dessau 1782, S. 58 f.

[106] Vgl. *Chr. Wolff* (Anm. 53). Dies läßt es zweifelhaft erscheinen, ob man ausnahmslos die aufklärerische Orientierung au der Sozialschädlichkeit der rechtspolitisch vieldeutigen Rechtsgutsorientierung antithetisch gegenüberstellen kann, wie es Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 4 ff., 233, – im Grundsatz wohl zu Recht – tut Auch die

Dieses Konzept ist zwar in sich stimmig, führt aber u. U. zu der kriminalpolitisch und im Hinblick auf Gerechtigkeitsüberlegungen unerwünschten Folge, daß geringfügige Delikte, zu denen der Antrieb infolge Verführung durch das Beispiel besonders groß ist, relativ härter bestraft werden müssen als Kapitaldelikte, zu denen man sich üblicherweise nicht so leicht verführen läßt. Das Problem wird gelegentlich auch erkannt, etwa von Klein,[107] der ihm freilich durch eine bestimmte – später noch zu betrachtende – Kombination mit dem subjektiven Tatschweremaßstab zu entgehen sucht. Filangieri, der dieses Dilemma offensichtlich auch sieht, stellt für seine Proportion deshalb auf die soziale Bedeutung der Tat und nicht auf das zur Abschreckung entsprechender Taten mutmaßlich Erforderliche ab. Was aus der Tradition der psychologischen Proportion übrigbleibt (vgl. oben 4 a. E.), geht reduziert auf den Gesichtspunkt der Erforderlichkeit unselbständig in diesen Maßstab ein: „Jene Strafen sind folglich die vorzüglichsten, welche, obgleich immer in dem nöthigen Verhältnis mit dem Verbrechen, durch den kleinest möglichen Schmerz des Übertreters, den größtmöglichen Abscheu vor Missethaten ... hervor bringen".[108]

Für das Präventionsbedürfnis soll deshalb nicht unmittelbar die Einwirkungsmöglichkeit auf Täter und potentielle Täter, sondern das Interesse der Gesellschaft an der Verhinderung bestimmter Taten ausschlaggebend sein. Damit kehrt Filangieri zwar, wie wir schon (oben 3) sehen konnten, zu einem „Natur der Sache"-Maßstab zurück, jedoch nicht zu einem von der Prävention unabhängigen. Ebensowenig bedeutet dieses Wiederaufgreifen der „Natur der Sache"-Proportion die Rückkehr zu einem am materiellen Schaden orientierten Tatschweremaßstab. Das „Psychologische" an der psychologischen Proportion wird lediglich auf eine andere Gruppe bezogen: nicht mehr auf die Geneigtheit beim Täter oder potentiellen Täter, sondern auf das Sanktionsbedürfhis der Gesellschaft, das freilich nicht willkürlich walten soll, sondern orientiert an der Erhaltung der Gesellschaft.

Aber auch bei der Integration der subjektiven Tatseite in eine präventionsorientierte Proportion beschreitet Filangieri neue Wege, wenn auch die Berücksichtigung der subjektiven Tatseite für die Präventionen keineswegs als solche neu ist.[109] Gerade die geschilderten Schwierigkeiten mit der psychologischen Proportion führten einige Autoren dazu, Abschreckungsnotwendigkeit und Tatschwere über die Berücksichtigung der inneren Tatseite zu harmonisieren. Klein widerlegt seinen vorhin wiedergegebenen Einwand, indem er betont, es gehe ja nicht um Vernunftgründe zum Begehen von Straftaten – Vernunft gründe, die in der Tat größer sein könnten im Hinblick auf geringere Straftaten – Vernünftige Menschen würden vielmehr ohnehin das Gesetz nicht übertreten. Deshalb seien Maßstab des Präventionsbedürfnisses allein die dem Gesetz widerstrebenden Kräfte, die Kräfte der Bosheit. Der Grad dieser Bosheit aber könne mit dem (materiellen) Schaden, der Tatschwere, in eine positive Korrelation

Sozialschadenslehren der Aufklärer sind mitunter mehrdeutig und enthalten als Ausrichtung am „ideellen" Schaden viele der Probleme, die Amelung bei den Rechtsgutlehren aufzeigt.

[107] *E. F. Klein*, Vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit, zweytes Stück, Leipzig 1780, S. 45 f.

[108] *G. Filangieri* IV 19 f.

[109] Vgl. den 1780 verfaßten, aber erst 1789 erschienenen Versuch *J. Benthams*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation; hier benutzte Ausgabe; The Works of Jeremy Bentham, hrsg. von *Bowring*, Neudruck der Ausgabe 1838, New York 1962, vol. 1, S. 1-154, Chapter XV, besonders § 3, S. 84, das Prinzip der Imputation zum Willen aus der (General-)Prävention sogar herzuleiten; dazu *M. Baurmann*, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981, S. 19 ff.

gesetzt werden.[110] Ganz ähnlich argumentieren Servin und Wieland:[111] Über den Wunsch, einem ändern zu schaden, wird eine Verbindung zwischen dem Vergnügen an der Tat und der objektiven Tatschwere hergestellt. Auch hier ist das Vergnügen am Verbrechen nicht an der ratio des Täters, sondern am „bösen Willen" orientiert.

Einer solchen Einbeziehung der subjektiven Tatseite kann Filangieri deshalb nicht folgen, weil sich seine Imputationslehre gerade umgekehrt noch am Ausmaß des Nichtdeterminiertseins des Willens orientiert. Er verwendet die subjektive Tatseite zur Ausfüllung des Rahmens, den die Gesellschaftsschädlichkeit der Straftat eröffnet, und behält gleichwohl die Präventionsorientierung auch dieser Rahmenausfüllung aufrecht. Bei genauerem Hinsehen freilich bemerkt man, daß die Bedeutung der subjektiven Tatseite auch über die Rahmenausfüllung hinausgeht: Wo der „Wille" gänzlich fehlt, entfällt auch die Strafbarkeit gänzlich. Insofern ist die (subjektive) Imputation der Handlung zugleich notwendige Bedingung der Bestrafung überhaupt. Wer die Tat „unfreiwillig" begeht, „wird kein Verbrecher seyn, wenn er auch die Gesetze übertreten hat".[112]

Damit aber zeigt sich die Berücksichtigung der subjektiven Tatseite im Sinne der naturrechtlichen Imputationslehre zugleich als eine weitere und sehr wichtige Begrenzung der zweckorientierten Proportion. Diese praktische Bedeutung mag vielleicht verständlich machen, warum Filangieri trotz seiner sensualistischen Psychologie am Wolffschen Indeterminismus für die Zurechnung der Straftat festhält. Darin zeigt sich ein praktisches Interesse an der Emdämmung der Strafpraxis, das noch deutlicher in seiner historischen Sicht des Proportionalitätsprinzips hervortritt.

7. Die Milderung des Strafrechts bei Vervollkommnung der Gesellschaft

Die betrachtete Proportionalität ist für Filangieri in mehrfacher Hinsicht variabel. Der „relative Werth der gesellschaftlichen Rechte" verändert sich „nach der Verschiedenheit der politischen Verhältnisse",[113] nach der „Moralität" eines Volkes,[114] nach seinen „besonderen Anlagen", ja „das Clima sogar und andere physische Umstände"[115] können diesen relativen Wert bestimmen. Am gewichtigsten sind freilich die historischen Veränderungen, denn die historische „Vervollkommnung der Gesellschaft" umfaßt auch die „politischen Verhältnisse" und die „Moralität". Klima und andere physische Verhältnisse veranschlagt er für das Strafrecht als gering.[116]

[110] *E. F. Klein* (Anm. 107), S. 46 ff.

[111] *Servin*, De la législation criminelle, Basle 1782, S. 26 ff.; *E. C. Wieland* (Anm. 46), S. 452 ff., §§ 334 ff.

[112] *G. Filangieri* IV 244. Zu einer ähnlichen Kombination von Prävention und am freien Willen orientierter Imputation bei dem späteren Stübel vgl. *C. Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980), S. 682, 692 f.

[113] *G. Filangieri* IV 3.

[114] *G. Filangieri* IV 4.

[115] *G. Filangieri* IV 5.

[116] Vgl. *G. Filangieri* I 302-311 als Kritik an *Montesquieus* (angeblicher) Überbewertung des Klimas und *G. Filangieri* IV 233 f. zum geringen Einfluß der anderen physischen Faktoren.

In seinem strafrechtlichen Evolutionsmodell argumentiert Filangieri zunächst zweigleisig: „Wenn, zugleich mit der Vervollkommnung des Staates und der Gesellschaft, der absolute Werth aller gesellschaftlichen Rechte in demselben Verhältnis mit dem öffentlichen Wohlstand wächst; wenn, so wie dieser immer mehr zunimmt, auf der ändern Seite der Reizungen zu Verbrechen weniger werden, und der Verlust der gesellschaftlichen Vortheile empfindlicher schmerzt: so ist klar, daß die Strafen nach dem Verhältnis der Vervollkommnung der Gesellschaft ohne Gefahr können gemildert werden".[117]

Durch den wachsenden öffentlichen Wohlstand würden zum einen die Reizungen zum Verbrechen geringer (eine frühe Variante der Anomietheorie!) und zum anderen schmerze der Verlust der gesellschaftlichen Rechte empfindlicher. Vicos und Montesquieus Argument, in freien Staaten könnten die Strafen milder sein,[118] wird damit offensichtlich historisch gewendet, es wird verbunden mit dem Ende des 18. Jahrhunderts verbreiteten historischen Fortschrittsmodell.[119] Die (wenigeren) Straftaten in einem durch Wohlstand gefestigten gesellschaftlichen Zustand sind offensichtlich der Erhaltung der Gesellschaft weniger abträglich – ganz konsequent muß Filangieri nach seiner Proportionalitätslehre für mildere Strafen plädieren. Aber er sieht noch einen anderen, weniger rationalen Grund für die Milderung der Strafen; „Endlich, hat ein Volk große Fortschritte in der Cultur gethan: Sind seine Sitten verfeinert: Ist es menschlich und fühlend, und verabscheut es Grausamheiten: Dann muß das Strafgesetzbuch gleichfalls gemässigt, gleichfalls verfeinert eingerichtet werden. Wenn die Gesetze in Widerspruch zu den Sitten stehen, dann werden entweder die Sitten verderbt, oder die Strenge der Gesetze wird vereitelt".[120]

Allein in dieser These von der gefühlsbedingt zunehmenden Milderung der Strafen hat Filangieri in Beccaria einen Vorläufer. Beccaria stellt jedoch, anders als Filangieri, auf die wachsende Empfindsamkeit beim potentiellen Täter ab,[121] die – getreu seiner psychologischen Proportionalitätslehre – geringere Strafen zur Abschreckung ausreichen läßt. Filangieri dagegen wendet auch hier (wie oben 6) den Blick von der Psychologie des Täters zu der der strafenden Gesellschaft. Seine Milderungsprognose fußt also auf ökonomischen Überlegungen auf der einen Seite und auf dem Gefühl der Menschlichkeit auf der anderen, Aspekte, die sich in der strafrechtsphilosophischen Aufklärung nicht selten verbünden.[122] Auch das Gefühlsargument läßt sich dabei mit dem Proportionalitätsgedanken in Einklang bringen. Wo die Gesetze grausamer sind als

[117] *G. Filangieri* IV 5 f.

[118] Vgl. *G. Vico*, De universi iuris uno principio et fme uno, zuerst erschienen Neapel 1720, hier benutzt: Ausgabe „Il diritto universale", a curo di Nicolini, parte prima, Bari 1936, Cap. 204. § 4; *Montesquieu* (Anm. 50), livre VI, chap. XI, IX.

[119] Überblicke bei *E. Cassirer*, Die Philosophie der Aufklärung, Tübingen 1932, S. 263 ff.; *P. Kondylis* (Anm. 97), S. 421 ff.

[120] *G. Filangieri* IV 205.

[121] *C. Beccaria* (Anm. 8), § 47, *W. Blackstones* (Anm. 16, S. 407-443) Geschichtsmodell orientiert sich dagegen an einem Fortschreiten zur Freiheit, ohne den Milderungsgedanken aufzugreifen.

[122] Zum weltanschaulich sehr vielfältigen Hintergrund der Proportionalitätsforderungen bei den Strafrechtsphilosophen der Zeit vgl. *L. Günther* (Anm. 23), S. 167 f.; *E. Hertz*, Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Geschichte des Aufklärungszeitalters, Stuttgart 1887, S. 430; *G. Kleinheyer*, Staat und Bürger im Recht. Die Vortrage des Carl Gottlieb Svarez vor dem preußischen Kronprinzen, 1959, S. 100; *W. Küper*, Die Richteridee der Strafprozeß ordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1963, S. 69 f.; *F. Lohmann* (Anm. 55), S. 27, 38 f.; *F. Willenbücher* (Anm. 55), S. 13 ff.

es dem Gerechtigkeitsgefühl des Volkes entspricht, laufen sie selbst dem Rechtsfrieden zuwider. Hier klingt bereits eine „positive" Generalprävention an.

Filangieris über die Proportion verlaufende Milderungsprognose wird begründet mit seiner Lehre von der Geschichte der Gesetzgebung, mit einem Phasenmodell: Im Kindesalter der Völker seien die Gesetze schwach, widersprüchlich und leichtsinnig. Das folgende Jugendalter sei bestimmt durch Leidenschaft, Begierden, Hoffnungen und Gefahr, und erst im Mannesalter der Völker würden die Gesetze gänzlich verbessert.[123] Im Strafrecht bedeutet dies die Entwicklung von der durch die Gesetzgebung lediglich gebremsten Rache über die Wiedervergeltung zur Präventionsorientierung im reifen Alter.[124] Die im Hinblick auf die Geschichte „relative Güte" der Gesetze zeige sich hierbei darin, daß auch die Gesetze der Barbaren (damit meint er die zweite Phase) „in den Augen des philosophischen Beobachters stets eine Schicklichkeit" haben, wenngleich sie unvollkommen sind und erst der „reife Staatskörper" die ihm angemessene Vollkommenheit erlangt.[125] So muß die Stufe der Wiedervergeltung zwar aus einem Gesetzbuch einer zur Reife gekommenen Nation getilgt werden, für einen bestimmten barbarischen Entwicklungszustand aber würde selbst ein Locke, so meint Filangieri, sie entwerfen,[126] der für den Neapolitaner immerhin der „größte Denker Europens" ist.[127] Denn gegenüber der Maßlosigkeit der Rache bedeute Wiedervergeltung eben einen Fortschritt. Diesen Relativismus verknüpft Filangieri noch deutlicher mit einem Fortschrittsmodell, indem er Mandeville historisch wendet: Die Reife der Strafrechtsphilosophie seiner Zeit führt er gerade auf die Auswüchse der Wiedervergeltungslehre zurück.[128]

Die auch in Filangieris Proportionalitätslehre hineinspielende Kombination von Relativismus und Perfektionsidee kann hier nicht weiter verfolgt werden.[129] Erwähnt sei nur, daß für die Forderung nach einer Strafgesetzgebung beide Aspekte von ganz entscheidender Bedeutung gewesen sein dürften. Die Entwicklung im Laufe des 18. Jahrhunderts hin zu einer verstärkten Beachtung natürlicher und historischer Gegebenheiten etwa seit Montesquieu, in England noch eher, hat unter den Strafrechtsphilosophen das Verlangen nach einer (geographisch und historisch verschiedenen) positiven Regelung hervorgerufen.[130] Der gleichfalls vorhandene Aspekt der Perfektionsidee dürfte andererseits, da er der „vernunftrechtlichen" Tradition näherstand, das Entstehen vernunftrechtlich motivierter Kodifikationen begünstigt haben. Beide Überlegungen hatten in dem als „willkürlich" empfundenen Richterrecht dasselbe Feindbild. Nicht also die Aufteilung in ein „absolutes" und ein „relatives"

[123] *G. Filangieri* I 356-358.

[124] *G. Filangieri* IV 131-181.

[125] *G. Filangieri* IV 133.

[126] *G. Filangieri* IV 164-166.

[127] *G. Filangieri* IV 33.

[128] *G. Filangieri* IV 175.

[129] Ausführliche Hinweise geben die Interpretations versuche von *U. Spirito* (Anm. 42), S. 25 ff, und S. *Cotta* Gaetano Filangieri e 11 problema della legge, Torino 1954, S. 112.

[130] Zu dieser Entwicklung vgl. *W. Sombart*, Die Anfänge der Soziologie, in: Erinnerungsgabe für Max Weber, hrsg. von *M. Palyi*, München und Leipzig 1923, I. Bd., S. 3-19; *H. Thieme*, Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie, SZGerm 56 (1936), S. 202, 211 ff.; *G. Dilcher*, Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht, JZ 1969, 1-7; zu England *F. Meinecke*, Klassizismus, Romantizismus und historisches Denken im 18. Jahrhundert, 1936, in: ders., Zur Theorie und Philosophie der Geschichte, Werke Bd. IV, 2. Aufl. 1965, S. 264, 276.

Naturrecht war neu – sie ist das eanze Mittelalter hindurch diskutiert worden[131] –, sondern die besondere Ausprägung, die beide Gesichtspunkte Ende des 18. Jahrhunderts erfuhren.

8. Schluß

Der Überblick über Filangieris Proportionalitätslehre dürfte gezeigt haben, wie sehr dieses scheinbar formale Detailproblem von einer Reihe zentraler Diskussionspunkte der strafrechtlichen Aufklärungsphilosophie abhängig ist. Filangieris schon früh als „Summa" einer rechtsphilosophischen Epoche verstandenes Werk ermöglicht den Zugang zu verschiedenen Traditionslinien der Strafrechtsphilosophie des 17. und 18. Jahrhunderts. Seine Strafrechtsphilosophie vermittelt zwar ein weit komplexeres Bild der strafrechtlichen Aufklärung, als es in dem noch für unsere Auffassungen bestimmenden 19. Jahrhundert gezeichnet wurde. Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Zurechnung und Prävention waren aber unumstritten die Ecksteine einer philosophisch orientierten Strafrechtswissenschaft. Eine Kluft zwischen Strafrechtstheorien und „Allgemeinen Lehren vom Verbrechen" entstand erst später.

[131] Zu „Ius naturae primaevium" und „secundarium" und ähnlichen Formulierungen in Antike und Mittelalter vgl. *K. Seelmann*, Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom dominwm, Köln u.a. 1979, S. 106 ff.

Hegel und der Kodifikationsstreit in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts

Paolo Becchi

Universität Genova

Wie Sie vielleicht schon aus den Vorlesungen über Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte wissen, entzündete sich in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts, genauer gesagt im Jahre 1814, eine große Polemik über die Notwendigkeit eines allgemeinen Gesetzbuches.

Die zwei größten Rechtsgelehrten der damaligen Zeit standen sich damals gegen. Anton Friedrich Justus Thibaut, der sehr stark für die Kodifikation plädierte, und Friedrich Karl von Savigny, der ganz dagegen war. Über diese Polemik wurde schon viel gesagt,[1] heute möchte ich gern den Standpunkt des damals wichtigsten Philosophen darstellen: nämlich Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

Ich werde mich zunächst auf die bekannte Stellungsnahme in der Rechtsphilosophie von 1820 beziehen, und dann werde ich mich vor allem auf etwas, das noch wenig bekannt ist und zwar die ersten Vorlesungen von Hegel über Rechtsphilosophie.[2]

I.

Wenn man sich an der von Hegel 1820 veröffentlichten Text hält, ist es nicht schwierig, seinen Standpunkt zu erkennen. Die dort an der Historischen Schule geübte Kritik scheint in dieser Hinsicht keine Zweifel zu lassen.[3]

Obwohl Savigny nie ausdrücklich erwähnt wird, scheint sein Standpunkt im Zusammenhang mit der Polemik zu Hugo durch, insbesondere in der Anmerkung zu § 3. Aber die Stelle, an der der Gegensatz zu der Historischen Schule seinen Höhepunkt erreicht, findet sich in § 211, in dem Hegel das positive Recht mit dem Gesetz

[1] Dazu gibt es eine umfassende und differenzierte Literatur. Für eine Auseinandersetzung mit dieser verweise ich auf meinen neuen Beitrag P. Becchi, *La polemica sulla codificazione in Germania. Appunti per una storia delle interpretazioni*, in >>Materiali per una storia della cultura giuridica<< XXI/1, 1991, S. 23-73.

[2] Die *Grundlinien* werden nach Folgender Ausgabe zitiert: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, hrsg. V. K.-H. Ilting, Bd. II, Stuttgart – Bad-Cannstatt 1974 (=*Rph*). Die nach Rph stehende römische Ziffer bezeichnet die entsprechende Vorlesung. A bezieht sich auf die jeweiligen Anmerkungen, dann folgan Seiten- und Zeilennummern. Zu *Rph* I und *Rph* II zitiere ich aus: G. W. F. Hegel, *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19)* hrsg. V. K.-H. Ilting, Stuttgart 1983; zu *Rph* III aus der Ausgabe von D. Henrich: G. F. W. (sic) Hegel, *Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift*, Frankfurt a. M. 1983.

[3] Vgl. Dazu G. Marini, *La polemica con la Scuola storica nella «Filosofia del diritto»hegeliana* (1977). Jetzt in: Ders., *Storicita del diritto e diginita dell'uomo*, Neapel 1987, S. 89-136.

übereinstimmen läßt.[4] Gerade in der Anmerkung zu jenem Paragraphen gibt es die wohlbekannten Aussagen Hegels, aus denen seine Stellungnahme für die Kodifikation unmißverständlich hervorgeht:

Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stande in derselben, die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen [...] wäre einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angethan werden könnte (*Rph* § 211 A 657.10-20).

Es ist unleugbar, daß es unter den Gründen, die Hegel dazu bewegten, sich auf die Seite der Kodifikationsbefürworter zu stellen, eine gezielte politische Entscheidung gibt. Für Thibaut sollte das Gesetzbuch ein »Gemeingut Aller« sein und seine Gründe sollten »mit unbedingter Offenheit zur allgemeinen Kenntniß gebracht« werden.[5] Die Notwendigkeit der Transparenz des Rechts wurde als ununterdrückbare Forderung der neuen Zeiten behauptet. Die grundlegende politische Auseinandersetzung wurde zwischen solchen, die – wie Thibaut- ein Recht verlangten, das allen bekannt sein konnte, und solchen, die – wie Savigny- ein von einem Juristenstand gekannten und verarbeiteten Recht beanspruchten. Und es besteht keinen Zweifel, daß Hegel sich auf die Seite der ersteren stellte. Während Savigny die entscheidende Rolle des Juristenstandes in der Rechtserzeugung vertrat, hob Hegel, indem er das Gesetz als die bevorzugte Rechtsquelle ansah, die Gefahr hervor, die in der Position der Historischen Schule lag: würde man sie annehmen, wäre »die Kenntniß des Rechts nach dieser und jener Seite und überhaupt ein zufälliges Eigenthum Weniger« (*Rph* § 211 A 655.24-25). Auch die dem publizierten Text zeitlich am nächsten stehenden Vorlesung (*Rph* III) scheint diesen Standpunkt weitgehend zu bestätigen. In ihr behauptet unter anderem Hegel nach einer regelrechten Apologie des *Code Napoléon* (*Rph* III S. 172) folgendes.

Die Form, daß das Recht Gesetz ist, ist eine wesentliche Form. Wenn man also fragt, was ist jetzt Recht, nach welchem Recht kann ich behandelt werden, so ist die Antwort: das, was Gesetz ist. (*Rph* III S. 173.3-6).

In der ersten Berliner Vorlesung zur Rechtsphilosophie (*Rph* II) stellt sich Hegel schon mit der Vorrede als der wahre Gegner der Gedanken der Historischen Rechtsschule vor. Leider zeichnet Homeyer, Verfasser der uns überlieferten Vorlesungsnachschrift und treuer Schüler Savigny, im Bezug auf den entscheidenden § 104 nur folgendes auf: »[Ein] Gesetzbuch [ist] an und für sich schlechthin notwendig. Beruf der Zeit zur Gesetzgebung« (*Rph* II § 104 S. 263.24-25). Man hätte also guten Grund, die Angelegenheit für erledigt zu erklären, wenn nicht gerade die erste Vorlesung einige interessante Überraschungen bereit halten würde.

Es mag ein Zufall sein, aber gerade diese Vorlesung stellt eine der wenigen Hegelschen Schriften dar, in denen der Name Savignys ausdrücklich genannt wird, aber leider nicht in direkten Bezug auf unseres Thema. Ich habe schon in einem anderen Zusammenhang diesen Hinweis auf Savigny gedeutet und werde hier

[4] Rph § 211: »Was *an sich* Recht ist, ist in seinem objectiven Daseyn *gesetzt* – d. i. durch den Gedanken für das Bewußtseyn bestimmt und, als das was Recht ist und gilt, bekannt – das *Gesetz*; und das Recht ist durch diese Bestimmung *positives* Recht überhaupt«.

[5] A. F. J. Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814. Ich zitiere aus: *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, mit einer Einführung v. H. Hattenhauer, München 1973, S. 74.

deswegen nicht weiter darauf eingehen.[6] An dieser Stelle möchte ich nur bemerken, daß jener Hinweis auch als Zeichen eines relativen Interesses für das Werk Savignys von Seiten Hegels interpretiert werden kann; ein Interesse, das in Berlin dagegen von der politischen, wenn auch untergründigen, Polemik vertuscht wird. Diese Hypothese kann auch durch einige einleitende Textvergleiche bestätigt werden. Die in der Anmerkung zu § 3 von *Rph* vorhandenen polemischen Züge kommen in der entsprechenden Anmerkung dieser ersten Vorlesung nicht wieder vor (*Rph* I § 1 A). Außerdem bleibt in *Rph* I keine Spur vom § 211 des veröffentlichten Werkes. Schon anhand dieser Indizien kann man meines Erachtens die Polemik mit der Historischen Rechtsschule allein der Berliner Zeit zuschreiben. Es bleibt nun zu bewerten, ob und inwieweit gerade diese Tatsache auch auf Hegels Stellungnahme gegenüber dem Kodifikationsstreit Einfluß haben konnte. Es sei hier gleich deutlich betont, daß auch in den Heidelberger Vorlesungen Hegel zweifelsohne für das Kodifikationsverfahren ist. Die Schlußfolgerungen unserer Forschung vorwegnehmend möchte ich jedoch sagen, daß Hegel hier eine originelle Position zwischen Thibaut und Savigny, eine Zwischenposition, bzw., auch wenn es paradox klingen mag, eine Synthese vertritt.

II.

Hegel teilt keine der Naivitäten, die den Kodifikationsideologien des 18. Jahrhunderts eigen sind und noch bei Thibaut zum Vorschein kommen. Für Hegel ist ein Gesetzbuch freilich notwendig. Er ist sich aber dessen bewußt, daß es sich um ein Werk handelt, das unvollendet und vom Wesen her für ständige Ergänzungen und Verbesserungen offen bleiben soll:

Ein vollkommenes, abgeschlossenes Gesetz buch ist ein unerreichbares Ideal; es muß aber immer verbessert werden. Ein Rechtsgesetzbuch soll nun vorhanden sein, aber dieses Gesetzbuch setzt sich immer fort, macht sich immer. (Rph I § 109 A, S. 126.25-28).

Hegel erkennt also die Notwendigkeit einer Kodiftkation des Privatrechts und wenig später (vgl. Rph I § 115 A S. 133.18-19) fügt er hinzu, daß «eine gute Gerichtsverfassung nötiger als ein neues Gesetzbuch» sei. Aber obwohl er die These Thibauts annimmt, behauptet er, daß dieses Gesetzbuch den Gang der Geschichte nicht in der Kristallisierung einer Abbildung von ihr hätte aufhalten sollen (und anderseits können). Und mit dieser Argumentation nähert er sich gerade den von Savigny erhobenen Einwänden, zumindest gibt er vor, sie zu berücksichtigen – wohlgemerkt, daß kritische Zuspitzungen dieser Art auch im veröffentlichten Text vorhanden sind.[7] Trotzdem zieht Hegel in seiner ersten Vorlesung aus seiner Stellungnahme hinsichtlich

[6] P. Becchi, *Le filosofie del diritto di Hegel*, Mailand 1990, S. 109-123. Vgl. Auch P. Becchi, *Ein Fragment Hegels über Savigny. Zur Geschichte der Besitzlehre am Anfang des 19. Jahrhunderts*, in »Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte«, 13, 1991, S. 145-165.

[7] Gedacht sei nur an die Kritiken, die Hegel indirekt gegenüber dem preußischen Gesetzbuch geltend macht: »Von einem Gesetzbuch die Vollendung zu fordern, daß es ein absolut fertiges, keiner weiteren Fortbestimmung fähiges seyn sollte – eine Forderung, welche vornehmlich eine *deutsche* Krankheit ist...« (*Rph* § 216 A S. 662.25-28). R. Hocevar unterstreicht m. E. zu sehr den Einfluß dieses Gesetzbuches auf die *Rechtsphilosophie*. Vgl. *Hegel und der preußische Staat*, München 1973, S. 13-53.

der Kodifikation eine Folgerung, die später nicht wieder auftreten wird. Nach dem veröffentlichten Text scheint das positive Recht einfach mit dem Gesetz übereinzustimmen; in seiner ersten Vorlesung nimmt Hegel dagegen – ohne diese Rechtsquelle zu vernachlässigen – mehr Rücksicht auf die Tätigkeit des Juristen (sowohl als Wissenschaftler als auch als Richter)[8] im Rahmen der Rechtserzeugung. Es ist dies ein Problem auf das gerade Savigny[9] in seiner Erwiderung auf Thibaut die Aufmerksamkeit gerichtet hatte. Für Thibaut hätten einfache, klare und knappe Gesetze, die ein zusammenhängendes und vollkommenes System bilden sollten, den Eingriff der Juristen auf ein Minimum beschränkt.

Einer der bedeutendsten Aspekte von Hegels erster Vorlesung liegt darin, daß er nicht bereit zu sein scheint, diese Überzeugung zu akzeptieren. Hatte Hegel im veröffentlichten Text, um die Notwendigkeit eines Gesetzbuches zu unterstreichen, sich beim Verhältnis zwischen legislativem Recht und Gewohnheitsrecht aufgehalten (*Rph* § 211 A), so ist in dieser ersten Vorlesung, sozusagen, das Verhältnis zwischen legislativem Recht und Juristenrecht vorherrschend. Aus dieser ursprünglichen Fassung der *Rechtsphilosophie* geht also nicht so sehr die Positivierung des Rechts in Form des Gesetzes hervor, sondern vielmehr die Komplexität der Entfaltung des Rechts in der Gesellschaft. Es ist das Recht, das – von seinem Wesen her mit dem »System der Bedürfnisse« verwoben – sich eine »freie Existenz« geben soll:

Es kommt das *formelle Recht* zur Vorstellung. So wesentlich es in die Zwecke der Bedürfnisse verflochten ist und darin seinen wesentlichen Inhalt hat, ebenso muß es als dessen Substanz eine von ihm freie Existenz erhalten, – die *Rechtspflege.* (Rph I § 108 S. 125.26-29).

In diesem Sich-Öffnen des Rechts zur Gesellschaft spielt das Gesetz sicherlich eine grundlegende Rolle, aber nicht auf Kosten anderer Elemente, eben der Elemente, die gerade Savigny mit der Polemik gegen die Kodifikation geltend machen wollte.

Die Komplexität der Position Hegels erscheint in ihrem ganzen Umfang im § 109 (und in der dazugehörigen Anmerkung) von *Rph* I, mit dem das Kapitel über die Rechtspflege beginnt. Im ersten Teil beteuert Hegel nochmals die Rolle des Gesetzes für die Rechtspflege. Es wird hier vorausgesetzt, daß es ein System von Gesetzen auf der Stufe der bürgerlichen Gesellschaft gebe, da die gesetzgebende Tätigkeit als solche einer anderen Sphäre zugehört: dem Staat. Hegel sagt:

Für die Rechtspflege wie für die wirklichen Rechtsverhältnisse sind die *Rechtsgesetze* als ein an und für sich Gültiges *vorausgesetzt* und müssen als solches wesentlich betrachtet werden. Das Gesetzgeben selbst gehört in eine andere Sphäre als diese (*Rph* I § 109 S. 126.3-6).

In der Anmerkung (die ich parallel zum Paragraphen betrachte, da sie treu dem *Corpus* desselben folgt) setzt Hegel nach der Betonung dieses Punktes hinzu:

[8] Die Tätigkeit des Juristen als Rechtswissenschaftler und die Tätigkeit des Juristen als Ausleger und Anwender des Rechts (insbesondere als Richter) sind zwei zu unterscheidende Tätigkeiten. In der Folge dieses Beitrags werde ich mich hauptsächlich mit dieser zweiten Tätigkeit beschäftigen und, spezifisch, mit der Rolle des Richters, auch wenn einige Beobachtungen auf die Rolle der Rechtswissenschaft erweitert werden.

[9] F. C. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814. Ich zitiere aus *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, a.a.O., S.

Daß das Gesetzgeben und Richten nicht in einer Person verbunden sein könne, erhellt daraus, daß, wenn beides verbunden ist, die richtende Gewalt für das zu richtende Faktum selbst das Gesetz machen würde und die Subsumtion dann nicht stattfände (*Rph* I § 109 A S.126.15-18).

Hier akzeptiert Hegel die Trennung der gesetzgebenden von der rechtsprechenden Gewalt, ab er diese Trennung impliziert nicht wie im klassischen aufklärerischen Paradigma die absolute Unterordnung der einen Gewalt (der rechtsprechenden) gegenüber der anderen (der gesetzgebenden). Dies scheint mir aus seiner Argumentationsweise im zweiten, entscheidenden Teil des Paragraphen hervorzugehen. Die Gesetze sind Quelle der Rechtserzeugung, aber die Tätigkeit der Juristen ist es ebenso, und hier liegt der Akzent auf der Auslegungs- und Anwendungstätigkeit des Richters:

Zugleich sind es die Praxis der Gerichte und die aus den vorkommenden, unbestimmt verschiedenen Fällen sich ergebenden Unterscheidungen, woraus sich das Bedürfnis weiterer Bestimmungen und die unbestimmte Fortbildung des Rechtsverstandes gegen die ebenso geforderte Einfachheit der Rechtsgesetze entwickelt (*Rph* I § 109 S.126.6-10).

Hegel bestreitet nicht die berechtigte Forderung eines Gesetzbuches, aber er unterstreicht, wie illusorisch es sei, seine Verwirklichung als eine Möglichkeit der Begrenzung der Tätigkeit der Juristen auf die mechanische Gesetzesanwendung. Gerade die notwendige Einfachheit des Gesetzbuches würde dagegen einen ständigen interpretativen Eingriff bedingen. Hier distanziert sich Hegel eindeutig von den strengen Bindungen, die von dem *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794) der Auslegung auferlegt wurden.[10] In dieser Kritik am preußischen Gesetzbuch bewegt sich Hegel in die Richtung Savignys. Es öffnet sich so ein breiter Raum für die Auslegungstätigkeit und für die richterliche Entscheidung, die er ohne weiteres als »unbestimmte Fortbildung des Rechtsverstandes« definiert.

Hegel verzichtet absichtlich darauf, diese Themen zu vertiefen, da er an eine Arbeitsteilung zwischen Juristen und Philosophen glaubt. Es ist nicht Aufgabe des Philosophen, der Art nachzugehen, in der sich der »Rechtsverstand« vervollkommnet: Der Philosoph soll sich vielmehr darauf beschränken, dieser den Juristen zustehenden Tätigkeit einen genau bestimmten Raum zuzuschreiben. Die Rolle, die das Gegensatzpaar Verstand/Vernunft im Hegelschen System spielt, ist bekannt. Es kann aber angebracht sein, hier im Zusammenhang mit diesem Thema nochmals daran zu erinnern.[11] Nach Hegel soll die Philosophie sich nicht dem Zufälligen zuwenden, da sie schon genügend mit der Idee (Vernunft), d. h. mit dem Begriff und seiner Verwirklichung beschäftigt ist, um sich auch noch um das, was einfach kontingent ist, kümmern zu können. Der Verstand führt dagegen mit gutem Recht seine Aufgabe aus, wenn er sich – ohne den Anspruch zu erheben, den Gipfel der Vernunft zu erreichen –

[10] Der Entwurf von Suarez und Klein (§§ 34-36) setzte das Verbot fur den Richter, das Gesetz auszulegen, und die Pflicht, in zweifelhaften Fällen die gesetzgebende Kommission heranzuziehen, fest. In der endgültigen Fassung (*Einleitung* §§ 46-48) wurde jedoch dem Richter gewährt, sich auf die *Analogia legis* und auf die *Analogia iuris* zu berufen, und die Berufung auf die gesetzgebende Kommission zu begrenzen.

[11] Siehe dazu die interessanten Beobachtungen von W. Schild, *Savigny und Hegel. Systematische. Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie*, in »Anales de la Cátedra Francisco Suarez«, 13/19 (1978-79), S. 271-320.

auf den weiten Tiefebenen des Zufälligen bewegt und dort etwas auszulegen und zu verbessern findet. Auf diesem Niveau setzt Hegel die spezifische Aufgabe einer kontinuierlichen und anhaltenden Entwicklung des »Rechtsverstandes« an.

So umgibt sich – um eine bekannte Metapher zu benutzen – der Kern des Gesetzes mit der Schale der Auslegung: Der Richter, der vor sich das Gesetz hat, soll es auf den einzelnen Fall anwenden; er bewegt sich also im Rahmen des Quantitativen, zu dem der Begriff nicht gelangt. Es sollte somit nun klar sein, was Hegel meint, wenn er sagt: »Die Entwicklung des Rechtsgesetzes und die Unterscheidung der Fülle ist Sache des Verstandes« (*Rph* I § 109 A S. 126. 19-20). Und es ist bedeutungsvoll, daß er mit der Feststellung fortfährt, das Gesetz könne nie mit seinem allgemeinen, abstrakten Charakter der Vielfalt der einzelnen Fülle völlig gerecht werden. Es wäre jedoch irreführend, Hegel eine Neigung zum Billigkeitsdezisionismus zuzuschreiben, obwohl er später das anerkannte Recht in Bezug auf den einzelnen Fall berücksichtigen und von einer echten »Rechtspflege der *Billigkeit* « (*Rph* I § 115 S. 132.28-43) sprechen wird. Hegel möchte nicht so sehr diese Dimension der Billigkeit bevorzugen, als sie vielmehr neben die legalistische (formalistische) Dimension stellen, wobei er die Wichtigkeit beider Maßstäbe einsieht.

Außer diesem spezifischen Aspekt möchte Hegel vor allem betonen, daß die Auslegungstätigkeit auf jeden Fall notwendig und unvermeidbar auf Grund der ebenso notwendigen Abstraktheit und Allgemeinheit der Formulierungen des Gesetzes ist. Je allgemeiner und abstrakter die Begriffe sind, in denen die gesetzliche Vorschrift formuliert ist, desto mehr spürt man das Bedürfnis, sie zu überarbeiten, sie dem einzelnen Tatbestand anzupassen. Die Gesetzesauslegung ist notwendig, da die Gesetzesanwendung sich immer nur auf die einzelnen konkreten Fülle bezieht. So hat dann das Recht trotz seiner Kodifikation eine wesentlich offene Struktur, bzw. – wie Hegel sagt – eine »freie Existenz«.

Hegel möchte hier besonders die schöpferische Tragweite des richterlichen Rechts hervorheben. Die Auslegungstätigkeit scheint ihm ein bedeutender Aspekt der Rechtserzeugung des Rechts zu sein. Nachdem er die Notwendigkeit eines Gesetzbuches unterstrichen hat, setzt er hinzu:

... in diesem Feld der Unendlichkeit ist der Stoff ein empirischer, die vom Verstand festgesetzten Bestimmungen spalten sich immer wieder aufs Neue, dies ist das Feld der Gründe und Gegengründe, wo es nie aufhört. Dieses wirkliche Richten oder diese Praxis der Gerichte ist es, woraus ursprünglich alle Gesetze entstehen; das richtige Rechtsprechen gibt Entscheidungen, die, obgleich auf einzelne Fülle angepaßt, allgemeine Gesetze werden, und so bildet sich auch aus *similiter judicatis* ein Gesetz. Die Gerichte können nicht tote Organe der Gesetze sein, sondern es tritt immer eigener Verstand, eigene Einsicht des Richters ein (*Rph* I § 109 A S. 126.27-35).

Dieses Passus ist von besonderer Bedeutung, da Aussagen dieser Art weder im veröffentlichten Text noch in einer der anderen Vorlesungen aufzufinden sind. Gerade diese Stelle zeigt die *größte* Distanz zu Thibaut. Dieser Passus scheint von Hegels Vorstellungen so weit entfernt zu sein, daß aus dem Zusammenhang gerissen und isoliert betrachtet niemand es je ihm zuschreiben würde. Hier verleiht Hegel den Juristen nicht nur eine entscheidende Rolle bei der Bildung und der folgenden Verbesserung des Rechts, sondern er geht sogar so weit, gerade in der richterlichen Entscheidung das Moment einer quasi schöpferischen Quelle der Rechtsnorm zu

sehen, da es die »Praxis der Gerichte ist [...], woraus ursprünglich alle Gesetze entstehen«. Nach dieser Lesart würde Hegel sogar über Savigny hinausgehen und die modernen Theorien des juristischen Realismus vorwegnehmen. Aber diese Interpretation, die in einzelnen Textstellen Anhaltspunkte finden mag, kann vom Kontext nicht gerechtfertigt werden.

Hegels Ausgangspunkt ist eigentlich, daß das Recht, obwohl mit der Gesellschaft innerlich verbunden, sich von ihr verselbständigen und eine »freie Existenz« erlangen soll. Je komplexer die Gesellschaft wird, desto größer ist die Entwicklung der sie regelnden rechtlichen Bestimmungen und »je gebildeter die Gesetze, sie desto vielfältiger für den konkreten Fall werden, die Beurteilung und Anwendung daher um so mehr von der Subjektivität des Richters abhängt« (*Rph* I § 115 S. 132.32-34).

Diese ist eine assoziative Kette, die Hegel völlig bewußt ist. Savigny hat gerade im fehlenden Bewußtsein Thibauts in dieser Hinsicht einen seiner Angriffspunkte begründet. Wenn Hegel sagt, daß »der Richter [...] nun nicht bloßes Organ der Gerechtigkeit sein [soll], sondern seine Reflexion sehr viel zu tun« hat (*Rph* I § 115 A S.133.24-25), deutet er natürlich auf die Bedeutung seiner Aufgabe in einer komplexen Gesellschaft hin. Die richterliche Entscheidung wird eine Recht erzeugende, mit dem Gesetz selbst konkurrierende Tat.

Vergleicht man nun diese Position mit der Position, die aus dem Kodifikationsstreit zwischen Thibaut und Savigny hervorgeht, so *muß* man folgern, daß Hegel in dieser ersten Vorlesung die Kritiken des letzteren an ersterem weitgehend aufgenommen hat. Hegel hatte nämlich ohne weiteres folgenden Vorwurf Savignys gegen Thibaut gutheißen können: »Das nachtheiligste Verhältniß in dieser Rücksicht ist unleugbar dasjenige, worin der Richter darauf beschränkt seyn soll, einen gegebenen Buchstaben, den er nicht interpretieren darf, mechanisch anzuwenden«. Anderseits hatte er keineswegs den naiven Optimismus Thibauts gebilligt, nach dem dagegen »das Bürgerglück [...] nicht nach gelehrten Advocaten« (gemeint ist allerdings der gesamte Juristenstand), sondern einzig nach »einfachen Gesetzen« fragt.[12] Man gelangt so zu einem überraschenden Schluß: Hegel *muß* sich in seiner ersten Vorlesung so stark für Savigny und die Historische Schule interessiert haben, daß er sogar einige seiner Leitgedanken aufgenommen hat.

III.

Eine tiefergehende Analyse fördert jedoch in Hegels Text einen originellen Standpunkt zu Tage, der die Grunde Thibauts und die Kritiken Savignys berücksichtigt, um dann beide zu überwinden. Für Thibaut war Recht nur, was sich in Form von Gesetz äußerte. Um »das Bürgerglück« zu gewährleisten, sei es nötig, jene Unsicherheit des Rechts zu überwinden, die es den Richtern ermöglichte, nach eigenem Gutdünken zu handeln. Die Überwindung einer solchen Situation sei nur möglich, wenn man die Tätigkeit des Richters an ein aus klaren, einfachen und knappen Gesetzen gebildetes Gesetzbuch binden würde.

[12] *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, a.a.O., S. 173 u. 172-73.

Dies war in Frankreich mit der Einführung des *Code Napoléon* geschehen; dies war im Wesentlichen auch das, was sich diejenige in Deutschland erhofften, die wie Thibaut für die Kodifikation kämpften. Auf die entgegengesetzte Seite stellte sich Savigny, der die vorherrschende Rolle der Juristentätigkeit in der Rechtserzeugung vertrat.

Die Hegelsche Intention in dieser ersten Vorlesung liegt gerade darin, die Falschheit einer solchen Alternative zu zeigen. Der Richter soll sich nicht darauf beschränken, das Gesetz mechanisch anzuwenden, und er ist anderseits auch gar nicht im Stande es zu tun. Dies wäre nämlich nur dann möglich, wenn Recht und Gesetz dasselbe wären. Aber das Gesetz ist nur eine abstrakte und allgemeine Norm, die für eine Vielfalt möglicher Fälle gültig ist, während der Richter in einer realen, konkreten Situation zu entscheiden hat. Ihrer Abstraktheit wegen bedarf die Norm des Richters, der sie auf den konkreten Fall anwenden soll. In diesem Übergang vom Abstrakten zum Konkreten findet der Richter den Raum, seine schöpferische Aufgabe auszuführen. Das Gesetz als solches stellt nur eine formale Garantie dar. Aber der Richter muß dafür sorgen, daß dem Bürger nicht nur die formale Sicherheit gewährleistet wird, sondern ihm auch die tatsächliche Gerechtigkeit widerfährt. Seine Aufgabe ist es zu bewirken, daß die abstrakte Bestimmtheit des Gesetzes in Berührung mit den konkreten Fällen des Lebens selbst an Konkretheit gewinnen kann. Um diese Aufgabe zu erfüllen, soll er genügend Spielraum in seinem Eingriff und seiner Freiheit haben. Er muß so handeln, daß die Bestimmungen des Gesetzes sich frei verbessern können. Falls ein Konflikt zwischen dem Formalismus des Gesetzes und dem wahren Recht des Bürgers entstehen sollte, muß der Richter dem letzteren den Vorrang geben:

In einem Testament fehlen z. B. einige Förmlichkeiten, die ganz unwesentlich scheinen, und das ganze Testament wird umgeworfen. Der Richter kann zwar sagen: Wenn diese Förmlichkeiten erlassen werden, so können leicht falsche Testamente gemacht werden. Aber darin ist er im Interesse des Gesetzes, und er will einer Möglichkeit, einer fremden Möglichkeit den Vorzug vor dem eigentlichen Recht geben. Dies muß nun dem unbefangenen Menschen etwas Schreckliches sein, daß der Mangel einer Förmlichkeit, die leere Möglichkeit, daß die Verfälschung eines Kontrakts eintreten könne, das Urteil gegen das wahre Recht verursacht [...] Es muß in der Gerichtsverfassung zur Erkennbarkeit der Rechte das Formalwesen sein; aber diese Förmlichkeiten sollen das Recht nicht hindern, sondern in der Kollision des Rechts und der Förmlichkeiten soll die Förmlichkeit nachstehen (*Rph* I § 115 A S. 133.5-13 u. 19-22).

Die Unterscheidung, die Hegel zwischen Gesetz und Recht macht, ist grundlegend. Es liegt in der Natur des Gesetzes, daß es verallgemeinere, von den konkreten Fallen abstrahiere und somit allgemeine Gültigkeit erlange. Aber gerade dieser Wesenszug bewirkt, daß das Gesetz nur ein Moment auf dem Weg der Verwirklichung des Rechts darstellt. Ein anderes Moment besteht in der Tätigkeit des Richters, der das Gesetz zur konkreten Verwirklichung führen soll. Auf dieser Stufe der Entwicklung wird der Formalismus des Gesetzes, obwohl nicht abstrakt geleugnet, doch relativiert, dialektisch aufgehoben. In einer Stelle der oben erwähnten Anmerkung sagt Hegel:

Das Recht soll nun als Recht geschehen, aber die Gerichte müssen nach ihren Formeln entscheiden und können nicht von dem formellen Gesetz abgehen (*Rph* I § 115 A S.133.33-34).

Der Richter muß in einem »Hier« und »Jetzt« entscheiden: er soll dafür sorgen, daß Gerechtigkeit geschehe, daß Recht stattfinde. Aber die Tätigkeit der Gerichte bleibt, obwohl sie im Vergleich zum Gesetz erneuernd sein mag, von ihm abhängig. Hegel sieht die Falschheit der Vorstellung ein, die die Aufgabe des Richters auf den bloßen Automatismus der Subsumtion beschränkt; er akzeptiert aber auch nicht die Vorstellung, die diese Aufgabe mit der des Gesetzgebers gleichstellt. Jede richterliche Entscheidung hängt vom Gesetz ab, setzt das Gesetz voraus. Keine richterliche Entscheidung wäre ohne Bestehen einer Norm möglich. Die Tätigkeiten des Richters und des Gesetzgebers müssen getrennt gehalten werden. Hegel behauptet dies in einer schon zitierten Stelle (vgl. *Rph* I § 109 A S. 126.15-18), in der er feststellt, daß im Falle, daß die zwei Tätigkeiten vereint wären, der Richter dann selbst die Norm für den zu entscheidenden Fall erzeugen müßte, »und die Subsumtion dann nicht stattfände«. Hier spricht Hegel von »Subsumtion«, aber das heißt nicht, daß er jene Vorstellung übernimmt, nach der die richterliche Entscheidung nur noch eine bloße Subsumtion des Tatbestands unter das Gesetz ist. Natürlich muß eine solche Subsumtion stattfinden, aber sie stellt nur einen Teil, und nicht einmal den wichtigsten Teil, der Tätigkeit des Richters dar. Hegel spricht von »Subsumtion«, weil die Entscheidung des Richters keine ursprüngliche Schaffung von Recht ist, sondern das Ergebnis einer Tätigkeit, die sich auf die Norm des Gesetzgebers, auf das Gesetz bezieht. In diesem Sinn gibt es eine Abhängigkeit der richterlichen Entscheidung vom Gesetz, aber es handelt sich um eine innovative Abhängigkeit. In diesem Sinn ist der Beitrag des Richters vom Gesetz abhängig. Eine vernünftige Abhängigkeit des Richters vom Gesetz, in der Anerkennung des erneuernden Charakters seines Werks, bleibt die beste Garantie für die Sicherheit des Bürgers und ist außerdem die, im Hinblick auf das Bedürfnis nach einer größeren Transparenz und Öffentlichkeit der Gewalt, politisch konsequenteste Wahl. In dieser Hinsicht bleibt Hegel zweifellos auf dem von der juristischen Aufklärung vorgezeichneten Weg. Er unterstreicht nämlich, wie wichtig es sei, der Tätigkeit des Richters die kritische Kontrolle der öffentlichen Meinung aufzuerlegen: die Einrichtung des Geschworenengerichts, die kollegiale Form, sowie die Öffentlichkeit der Gerichte werden zu diesem Zwecke eingeführt (vgl. *Rph* I § 116 u. A).

Anderseits hält es Hegel für entscheidend, daß sich eine Beziehung gegenseitigen Vertrauens zwischen dem Bürger und dem Juristen entwickle. Dieses Vertrauen ist von außerster Bedeutung, gerade wenn die erhöhte Komplexität der gesellschaftlichen Beziehungen ihrerseits eine so komplexe Entwicklung der rechtliche Bestimmungen erfordert, daß der Bürger nicht mehr im Stande ist, genaue Kenntnis davon zu haben. In einer solchen Situation, in der das Recht als immer komplexeres und selbständigeres Gesetzessystem sogar dem menschlichen Bewußtsein fremd zu werden scheint, ist es Aufgabe des Juristen, durch seine konkrete Tätigkeit die Überwindung dieses Entfremdungsgefühls zu bewerkstelligen.

Die Rechtspflege und der Rechtsgang werden für das Individuum ein wahres Schicksal, eine völlig fremde Gewalt. Gerade das Recht, worin der Mensch sein Bewußtsein von Freiheit haben soll, dieses und der Gang desselben wird ihm eine fremde Gewalt. Denn die Kosten, die die Rechtsgelehrten und der Staat ziehen,

machen, daß er eine höhere Verschwörung, eine Verschwörung höherer Stande gegen sich sieht, die eine Kluft zwischen ihm und seinem Recht machen; bloß hinsichtlich der Sporteln lernt er das Recht kennen. Gerade die subjektive Seite, daß der einzelne weiß, wie ihm Recht geschehe, ist ganz fehlend. Dieses Entfremden des Rechts vom subjektiven Bewußtsein haben wir der deutschen Jugend zu verdanken, die in Bologna – zehntausend stark – das Römische Recht studierte. Dies wäre eines der wichtigsten Dinge, daß, da die eigene Einsicht wegen der Vervielfältigung der Gesetze nicht möglich ist, das Zutrauen einträte zwischen dem Rechtsgelehrten und dem Recht Verlangenden (*Rph* I § 116 A S. 134. 13-24).

Der Richter befindet sich so inmitten einer zweifachen Bewegung: einerseits hängt er vom Formalismus des Gesetzes ab, anderseits muß er diesen Formalismus überwinden und nach der Gerechtigkeit entscheiden. Beide Seiten, die der Abhängigkeit und die des erneuernden Charakters der richterlichen Tätigkeit in Bezug auf das Gesetz, müssen berücksichtigt werden. Sonst würde man in die entgegengesetzten Extreme fallen, die Rolle des Richters entweder unter – oder überzuschätzen. Der Wesenszug der Abhängigkeit des Richters von dem Gesetz garantiert dem Bürger seine formale Sicherheit und die Gewißheit des Rechts. Der erneuernde Charakter der richterlichen Tätigkeit impliziert dagegen das, wovon der Bürger sich erhoffen kann, daß ihm Gerechtigkeit widerfahre.

Diese zwei Wesenszüge sind nicht unbedingt entgegengesetzt, sondem sie erweisen sich als einander ergänzend. In dieser Ergänzung zeigt sich das Juristenrecht nicht mehr als dem Gesetz entgegengesetzt. Die ideologische Funktion einer solchen Gegenüberstellung war zu Zeiten Hegels evident und macht den Kern der Auseinandersetzung zwischen Thibaut und Savigny aus. Wer damals wie Savigny »die Wissenschaft gegen die Gesetzbücher retten« wollte (um den bekannten Ausdruck Hugos zu übernehmen), wollte in Wirklichkeit die Vorrechte des Juristenstandes gegenüber dem Gesetzgeber retten. Das Juristenrecht hatte die politisch privilegierte Roll des legislativen Rechts begrenzen sollen.

So stellte Savigny zur Zeit der Restauration eine politisch konservative Position dar,[13] obwohl die These des Juristenrechts (wenn einmal geklärt ist, daß zwischen Gesetzgebung und Jurisprudenz die Beziehung nicht ausschließend, sondern ergänzend ist) an und für sich kein Zeichen politisches Konservativismus' ist.[14] In einem anderen geschichtlichen Zusammenhang hätte die automatische Unterordnung des Richters unter den Buchstaben des Gesetzes und die fehlende Anerkennung des erneuernden Wesens seines Werks dazu beitragen können, den Richter wie den Juristen zu einem bloßen Anwender jeglicher Gesetzgebung zu entmündigen.

Zu Beginn des bürgerlichen Rechts wandte Hegel sich also gegen Savigny. Dies heißt aber noch längst nicht, wie ich zu zeigen versucht habe, daß er die von Thibaut vorgeschlagene Lösung gänzlich akzeptierte.

[13] Ich möchte nicht den Streit zwischen Thibaut und Savigny zu einfach darstellen. Es scheint mir jedoch, daß die neue Interpretation von J. Rückert Thibaut zu weit an Savigny heranrückt (vgl. J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, S.160-193).

[14] Man denke hier nur an G. Radbruchs Verwendung dieser in einem ganz verschiedenen geschichtlichen Zusammenhang. Ich weise hier auf den eindrucksvollen Aufsatz der frühen Nachkriegszeit hin *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, in G. Radbruch, *Eine Feuerbach-Gedenkrede, sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß*, hrsg. v. E. Schmidt, Tübingen 1952, S.31-34.

Die historische Entwicklung der Kodifikation des Privatrechts

Elisabeth Koch
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Deutschland war in zahllose Territorien und Einzelstaaten zersplittert, als sich am Anfang des 19. Jahrhunderts eine nationale Bewegung formierte und die Herstellung eines einheitlichen deutschen Staates forderte. Die Auseinandersetzung über diese Forderung durchzog das gesamte 19. Jahrhundert.

Politisch standen sich die Liberalen und die Konservativen gegenüber.

Die Liberalen traten für die Errichtung eines deutschen Nationalstaates ein. In diesem sollten die Ziele der französischen Revolution umgesetzt sein: Volkssouveränität und bürgerliche Gleichheit und Freiheit sollten herrschen.

Die Konservativen stellten sich gegen diese Vorstellung. Sie hielten am status quo der Kleinstaaten fest – sie wollten die absolutistisch regierten Fürstentümer, die ständestaatlich organisierten Territorialstaaten beibehalten.

Nach der militärischen Niederlage Napoleons wurde die von den Liberalen getragene freiheitlich nationale Bewegung unterdrückt. Auf dem Wiener Kongreß wurde im Jahre 1815 Europa neu geordnet, die freiheitlichen Bestrebungen mit Gewalt zurückgedrängt, die politische Restauration hatte für lange Jahre in Deutschland gesiegt.

1848 kam es erneut zum Aufbruch, aber auch hier wurden die fortschrittlichen, freiheitlichen Kräfte wieder besiegt. Die erste freiheitliche Verfassung in Deutschland, die in Frankfurt am Main in der Paulskirche entworfene Verfassung, trat nie in Kraft, der Versuch, Deutschland unter einer freiheitlichen Verfassung zu einigen, scheiterte 1849.

Erst 1870/71 kam es zur nationalen Einheit Deutschlands, am 1. Januar 1871 wurde das Deutsche Reich gegründet – mit einem Kaiser an der Spitze und einer Verfassung, die keine Grundrechte enthielt.

Parallel zu der politischen Auseinandersetzung um die staatliche Einheit fand auf juristischer Ebene der Kampf statt um die Herstellung von rechtlicher Einheit, denn Deutschland war nicht nur staatlich zersplittert, sondern auch rechtlich.

Eine erste große Debatte fand am Anfang des 19. Jahrhunderts statt über die Frage, ob und wie es möglich sei, ein einheitliches Zivilrecht, Kriminalrecht und Prozeßrecht für all die deutschen Staaten zu schaffen.

Die Kontroverse ist der sogenannte Kodifikationsstreit. Er fand statt im Jahre 1814 zwischen zwei renommierten Universitätsprofessoren – *Anton Friedrich Justus Thibaut* und *Friedrich Carl von Savigny*, der eine saß in Heidelberg, der andere in Berlin.

Die beiden stritten über die Frage, ob die deutschen Regierungen der Städte und Länder sich zusammentun und gemeinsam ein einheitliche Gesetzbuch für Deutschland konzipieren sollten. *Thibaut* bejahte diese Frage in seiner Schrift „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland".

Thibaut forderte darin – wie es schon aus dem Titel hervorgeht – eine gesamtdeutsche Kodifikation, wobei ihm der *code civil* Vorbild war. *Thibaut* war Vertreter einer liberalen, demokratischen Politik; er erstrebte mit diesem Gesetzbuch eine Reform des gesellschaftlichen Systems im Sinn der Aufklärung und des Liberalismus; in dem Gesetzbuch sollte das prinzip bürgerlicher Gleichheit und Freiheit verwirklicht sein.

Savigny antwortete auf diese Vorschläge mit der Schrift „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft": Er wandte sich darin gegen eine Kodifikation des Rechts in Deutschland. Recht konnte seiner Ansicht nach nicht durch Mehrheitsbeschlüsse zustande kommen, es war etwas, was „organisch in einem Volke gewachsen war, was im Volksgeist", das heißt in der Überzeugung aller vorhanden war und ermittelt werden mußte. *Savigny* ging davon aus, daß die gelehrten Juristen als Repräsentanten des Rechts das im Volk vorhandene Recht mit empirisch-historischer Methode zu ermitteln hatten.

Daraus ergab sich für *Savigny* die Aufgabe der Rechtswissenschaftler: nämlich den Volksgeist zu erkunden und festzustellen. Erst wenn dieser von den Juristen in historischer Forschungsarbeit aufgespürt war, war an eine Gesetzgebung zu denken, die das so ermittelte Recht legislativ festschreiben könnte.

In dem Streit – das sei betont – ging es nicht um die Frage, ob man überhaupt ein einheitliches Recht brauche. Über die Notwendigkeit, in den deutschen Städten und Ländern zur Rechtseinheit zu kommen, war man sich einig. Der Streit ging allein um die Frage, wie dieses Unternehmen zu bewerkstelligen sei, auf welchem Wege man zur Rechtseinheit kommen sollte.

Politischer Hintergrund der Kontroverse um die richtige Methode bei der Herstellung der Rechtseinheit war der Inhalt des zu schaffenden Rechts. Auch wenn dieser explizit niemals im Mittelpunkt der Argumentation stand, lag auf der Hand, daß auf den zur Debatte stehenden Wegen zur Vereinheitlichung des Rechts in Deutschland unterschiedliche Prinzipien verwirklicht würden. Das heißt: Eine 1814 in Gang gesetzte Kodifikation hätte sich an den Maximen der französischen Revolution orientiert und die Prinzipien der Gleichheit und Freiheit aller Staatsbürger umgesetzt.

Genau dies war auch das Anliegen von *Thibaut. Thibaut* war ein Gegner der Strukturen des ancien régime und kämpfte als Liberaler für die – im Moment durchsetzbar scheinende – Kodifikation der bürgerlichen Verhältnisse in Deutschland nach den rechtspolitischen Maßstäben, die den revolutionären Gesetzbüchern Frankreichs zugrunde lagen.

Savigny vertrat politisch die entgegengesetzte Position. Er war ein Vertreter der aristokratischen Kultur, politisch konservativ; er stand den Gleichheits- und Freiheitsideen der französischen Revolution und der sie tragenden Aufklärung ablehnend gegenüber. Er wandte sich gegen eine Kodifikation, weil er – zu Recht – deren liberale freiheitliche Ausgestaltung fürchtete. *Savigny* hielt insofern fest an der

gelehrten Tradition als Bollwerk gegen die freiheitlichen Bestrebungen seiner Zeit; er wollte keine gesellschaftlichen Änderungen mit Rechtsregeln abstützen oder fördern.

Heinrich Heine verspottete den „elegant geleckten, süßlichen Troubadour der Pandekten", für ihn verkörperte *Savigny* mit seinem Wissenschaftsprogramm die preußische Reaktion. Auch *Hegel* kommentierte „Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stande in derselben die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen, ... (ist) einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angetan werden" kann.

Savigny setzte sich durch. Der Kodifikationsstreit wurde im Jahre 1814 geführt, zur Zeit des Beginns der politischen Restauration in Europa. Arbeiten an einem Gesetzbuch wurden nicht in Angriff genommen, statt dessen machte sich die deutsche Rechtswissenschaft an die Erkundung des „Volksgeistes". Zur dominierenden wissenschaftlichen Tätigkeit der Juristen wurde die rechtshistorische Arbeit. Die geschichtliche Vergangenheit des Rechts mußte vollständig erforscht werden, damit dann irgendwann einmal eine Gesetzgebung erfolgen könnte. Es entstand die – von ihrer Arbeit und ihrem Programm her so genannte – *historische Rechtsschule*.

Doch machten die wirtschaftlichen Verhältnisse für das Bürgertum die Rechtsvereinheitlichung auf zivilrechtlichem Gebiet unabweisbar.

Das Kennzeichen der Industriegesellschaft des 19. Jahrhunderts war auch in Deutschland die Mobilität:

Die Eisenbahn war als Fortbewegungsmittel erfunden, das Straßennetz und das Postnetz wurden immer mehr verdichtet: Waren, Güter, Informationen, Gedanken und auch die Menschen selbst wurden in einer nie gekannten Geschwindigkeit von einem Ort zum anderen gebracht. Der Informationsaustausch zum Beispiel über Entfernungen hinweg wurde ermöglicht durch die Erfindungen des Mathematikers *Carl Friedrich Gauß*, der 1833 die elektromagnetische Telegraphie entdeckte; *Philipp Reis* konstruierte 1861 den ersten Fernsprecher.

Der Transport der Waren im Handel innerhalb Deutschlands wurde jedoch behindert durch Zölle, durch uneinheitliche Währungen, durch ein differierendes Kreditrecht und Handelsrecht. Vor diesem ökonomischen Hintergrund hatte sich der Standpunkt *Savigny's* und der Historischen Rechtsschule = keine einheitlichen zivil- und wirtschaftsrechtlichen Gesetzbücher überlebt, die Notwendigkeit von Kodifikationen lag auf dem Tisch. Schritt für Schritt wurde die Rechtseinheit in den verschiedenen Rechtsgebieten erreicht, Schrittmacher waren das Handels- und Wirtschaftsrecht.

Auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts waren bereits einheitliche Regelungen für Deutschland erfolgt. So war

- 1834 der *Deutsche Zollverein* gegründet worden, das war ein Zusammenschluß einzelner Territorien zur Abschaffung der Zölle. Dem Deutschen Zollverein traten viele Einzelstaaten bei, mit ihm war etwa die Hälfte des Gebietes des Deutschen Bundes zu einem einheitlichen Zollgebiet geworden, was direkt zu einem Aufschwung des Handels zwischen diesen Staaten führte.

- 1849 war die *Allgemeine Deutsche Wechselordnung* in Kraft getreten; diese ermöglichte den bargeldlosen Zahlungsverkehr über die Grenzen der einzelnen

Territorialstaaten hinweg. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Organisation der deutschen Länder im Deutschen Bund gab es keine Gesetzgebungskompetenz für alle deutschen Territorien, die Wechselordnung trat so in den einzelnen Ländern jeweils als Landesgesetz in Kraft.

- 1861 einigte man sich im Deutschen Bund auf ein einheitliches Handels- und Gesellschaftsrecht. Das dieses Recht enthaltende *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* = ADHGB Handelsgesetzbuch von 1857 wurde ebenfalls jeweils als Landesgesetz eingeführt und umgesetzt.

- 1869 wurde, um die Rechtsprechung im Handels- und Wirtschaftsrecht zu vereinheitlichen, das Bundesoberhandelsgericht in Leipzig gegründet; zwei Jahre später – nach der Reichsgründung – hieß es Reichsoberhandelsgericht.

- Vereinheitlicht wurden im Laufe des 19. Jahrhunderts zudem das Postrecht, das Münzwesen, Maß- und Gewichtswesen.

- Auch das *Aktienrecht* war aus wirtschaftlicher Notwendigkeit kodifiziert worden (1843). Der Eisenbahnbau und andere industrielle Großunternehmen waren nur finanzierbar über Einlagen einer großen Anzahl von Geldgebern.

Ökonomische Zwänge also, bedingt durch Industrialisierung und expandierende Handelsbeziehungen, führten also auch ohne nationale Einheit im Laufe des Jahrhunderts in wesentlichen Bereichen des Handels- und Wirtschaftsrechts zur Rechtseinheit.

In den Gebieten aber, in denen kein vergleichbarer wirtschaftlicher Druck die Vereinheitlichung des Rechts forderte, blieb die Rechtseinheit bis zum Ende des 19. Jahrhunderts Desiderat.

Für die Praxis waren die aus der Rechtszersplitterung resultierenden Probleme kaum zu bewältigen: In einem Landgerichtsbezirk galten die verschiedensten Rechte; in vielen Dörfern war deren Geltungsbereich nach Straßen, in einem hessischen Dorf sogar nach Häusern abgegrenzt.

Täglich konfrontiert waren mit diesen desolaten Zuständen die Rechtsanwälte. Diese forderten denn auch 1844 auf ihrer ersten deutschlandweiten Versammlung vehement die Überwindung des Rechtspartikularismus durch Kodifikation. Auch der 1860 gegründete Deutsche Juristentag hatte es sich zur zentralen Aufgabe gemacht, zur Rechtseinheit Deutschlands „auf den Gebieten des Privatrechts, des Prozesses und des Strafrechts" beizutragen.

Auch als es im letzten Drittel des Jahrhunderts endlich zur nationalen Einigung Deutschlands gekommen war, verging bis zur Herstellung kompletter Rechtseinheit noch Zeit.

Schnell zustande, noch im Jahre 1871, kam sie auf dem Gebiet des Strafrechts. Hier war im Laufe des Jahrhunderts über die Richtigkeit der auf *Paul Johann Anselm Feuerbach* zurückgehenden rechtspolitischen Prinzipien Konsens erreicht worden, auf der Basis der *Feuerbach'schen* Grundsätze wurde das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich entworfen und in Geltung gesetzt.

Sechs Jahre später folgte die einheitliche Regelung des Prozeßrechts und des Gerichtsorganisationsrechts in den sogenannten „Reichsjustizgesetzen" – ZPO, StPO, GVG. KO; in Kraft traten diese allerdings erst 1879; im Handelsrecht kam man im

Jahre 1897 mit dem HGB zur Rechtseinheit, am längsten brauchte man für das Zivilrecht.

Hier setzte die Rechtsvereinheitlichung zunächst eine Verfassungsänderung voraus. Denn nach der Reichsverfassung vom 1. Januar 1871 hatte das Reich für das Gebiet des bürgerlichen Rechts überhaupt keine Gesetzgebungskompetenz. Auch nachdem sich die deutschen Länder staatlich im Deutschen Reich zusammengeschlossen hatten, beharrten sie darauf, daß bestimmte Rechtsmaterien wie das Familienrecht, das Erbrecht oder auch das Sachenrecht ortsgebundene Situationen beträfen und deshalb sinnvoll nur entsprechend den örtlichen Besonderheiten zu regeln seien.

Erst 1873 verzichteten die Territorialstaaten hier auf ihre Rechtshoheit und gestanden, stimmten einer Änderung der Reichsverfassung zu, mit der dann dem Reich auch auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts die Gesetzgebungskompetenz zukam.

In mehr als zwanzig Jahren dauernden Beratungen konzipierten die Deutschen nun in verschiedenen Kommissionen ihr Bürgerliches Gesetzbuch.[1]

Dann wurde es den Gesetzgebungsorganen, dem Bundesrat und dem Bundestag vorgelegt – und hier scheiterte das ganze Unternehmen fast:

Den Bundesrat passierte das Gesetz nur, weil es praktisch nicht beraten wurde und unter großem Zeitdruck nur pauschal, nämlich kapitelweise, und nicht paragraphenweise, durchgegangen wurde. Auch die Zustimmung des Reichstages war bis zum letzten Augenblick ungewiß:

Mit der Zustimmung der Sozialdemokraten konnte man ohnehin nicht rechnen – zu viele Materien waren nicht in ihrem Sinne geregelt; die Konservativen verlangten Nachbesserungen im Eherecht, vor allem die Rückgängigmachung der Zivilehe; die linken Parteien wandten sich geschlossen gegen das Vereinsrecht; dann gab es die berühmte Hasendebatte, in der Jäger und Landwirte stritten: es ging um die Frage, ob Hasen in die Regelung über Ersatzpflicht für Wildschäden einzubeziehen waren.

Daß das Gesetz trotz aller Kontroversen angenommen wurde, verdankt es letztlich einem politischen Argument. Und zwar wurde von die Rechtseinheit in Verbindung gebracht mit der Vollendung der nationalstaatlichen Einheit Deutschlands, die Annahme des Gesetzes wurde zur patriotischen Pflicht erklärt.

Äußerlich wurde die nationale Idee insofern in den Vordergrund gerückt, als das Bürgerliche Gesetzbuch am 17. Januar 1896, das heißt am Vortag des fünfundzwanzigjährigen Jubiläums der Reichsgründung in den Reichstag eingebracht wurde. In diesen Tagen war die Erinnerung an den deutsch-französischen Krieg in Deutschland überall präsent, so daß die an antifranzösische Ressentiments appellierende Feststellung griff, es sei eine Schande, daß in großen Teilen Deutschlands noch immer der code civil gelte. Letztlich wurde so die gegen Frankreich gerichtete Stimmung in Deutschland zum Abstimmungsvehikel, die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde als Mittel zur Beseitigung der letzten Reste der französischen Fremdherrschaft begrüßt und für notwendig erachtet.

[1] Vorkommission (1874), erste Kommission (1887-1889), zweite Kommission (1889-1890); Vorkommission des Reichsjustizamtes (1890-1893).

Als das Gesetz dann beschlossen war, unterzeichnete es Kaiser Wilhelm II. am 18. August 1896, auch das – bewußt – ein nationales Datum mit antifranzösischer Bedeutung: Es war der Jahrestag der Schlacht von Gravelotte, in der die Deutschen 1870 einen entscheidenden Sieg über Frankreich errungen hatten.

Am 1. Januar 1900 trat das Gesetzbuch in Kraft; auch dieses Inkrafttreten wurde wieder mit nationalem Pathos begrüßt: die Deutsche Juristenzeitung etwa druckte auf der ersten Seite ein pathetisches Gedicht über „Das deutsche Recht" ab, das mit den Zeilen endete: „O Deutschland, Du in Kampf vereint und Schlacht, Und nun geeint durch Rechtes Friedensmacht, ..." etc.[2]

Welche inhaltlichen Prinzipien nun lagen der endlich erreichten Kodifikation auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts zugrunde? Darauf = auf den wirtschaftlichen und ideologischen Hintergrund des BGB will ich jetzt im zweiten Teil meines Vortrages noch eingehen.

Das BGB ist ein typisches Gesetzgebungswerk des späten 19. Jahrhunderts, es ist geprägt vom Entwicklungsstand der bürgerlichen Gesellschaft in Deutschland und zugeschnitten auf die Bedürfnisse des Bürgertums.

Weder die Lage des Adels war besonders berücksichtigt, noch die Lage der arbeitenden besitzlosen Bevölkerung, die Situation der Fabrikarbeiter, Landarbeiter, Tagelöhner, Handwerksgesellen, des Dienstpersonals. Es gab weder Privilegien aufgrund Geburt und Herkunft noch wurden die sozialen Belange der unteren Schichten beispielsweise auf dem Arbeits- oder Wohnungsmarkt berücksichtigt.

Repräsentanten der Rechtsordnung des BGB waren die Bürger = Leute, die über Besitz und Bildung verfügten und Freiheit zum Handeln brauchten, um Leistung zu zeigen und Erfolg damit zu erringen.

Es ging darum, die privatautonome Gestaltungsmöglichkeit der eigenen Lebensbereiche zu ermöglichen, staatliche Bevormundung abzuschaffen und Freiräume einzuräumen für wirtschaftliche Betätigung. Die Bürger brauchten auf wirtschaftlichem Sektor einen staatsfreien Rechtsbereich und rechtlich gesicherte Freiheiten, die nicht auf Einzelfallentscheidungen beruhten und die unentziehbar waren.

Rechtlich bedeutet das: Garantie der Eigentums, der Vertragsfreiheit und der Vererbungsfreiheit, das heißt der Freiheit, das Eigentum nach dem Tod weiterzugeben nach eigenem Gutdünken.

Auf diesen drei Säulen beruhte – und beruht – denn auch das Rechtsgebäude des BGB. Das Prinzip der Privatautonomie wurde rechtlich umgesetzt, die Möglichkeit staatlicher Eingriffe ist – vor allem im Schuldrecht – eng und an die Beeinträchtigung allgemeiner Interessen gebunden, §§ 138, 157, 242, 903.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist insofern das Gesetzbuch des Liberalismus mit allen Licht- und Schattenseiten dieser Ideologie:

Es war das Gesetzbuch für Leute, die bereit – und vor allem auch im Stande – waren, etwas zu unternehmen; das Gesetzbuch für Leute, die für ihre Unternehmungen

[2] Ernst von Wildenbruch, JZ 1900, 1.

einen großen Freiraum brauchten und geringen staatlichen Schutz benötigten, die Leistung und Gegenleistung im freien Spiel der Kräfte austarieren konnten.

Der Idee, daß Eigentum und Handlungsfreiheit garantiert sein müssen, lag in ökonomischer Hinsicht die Annahme zugrunde, daß die Deckung der wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse der Menschen am ehesten erreicht wird und am besten gewährleistet ist, wenn die einzelnen Gesellschaftsmitglieder dies selbstverantwortlich organisieren können.

Diese Wirtschaftslehre hatte *Adam Smith* 1776 in seinem berühmten Werk *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (Natur und Ursachen des Nationalreichtums) ausformuliert.

Nach der liberalen Wirtschaftstheorie ist die grundlegende und wichtigste Kraft der wirtschaftlichen Entwicklung das Selbstinteresse des einzelnen Menschen. Läßt man dem Selbstinteresse freien Lauf, so führt das in einer freien Gesellschaft, die nicht von staatlichen Eingriffen gehemmt ist, zur Harmonie des sozialen und wirtschaftlichen Lebens.

Aufgabe des Staates ist nicht, das wirtschaftliche Geschehen zu leiten und zu managen, die Wirtschaft ist nicht staatlich zu dirigieren – wie es die merkantilistischen oder sozialistischen Staatstheorien vorsehen – der Staat hat nur dafür zu sorgen, daß freier Wettbewerb herrscht, er hat die rechtlichen und staatlichen Bedingungen zu schaffen, unter denen sich wirtschaftlich ein freier Wettbewerb entfalten kann.

Denn allein der freie Wettbewerb auf dem Markt führt zu einem Ausgleich der Interessen, der alle befriedigt. Dieser Ausgleich stellt sich von selbst her, wenn jeder seine Interessen verfolgt, der Markt wird nämlich gelenkt und geleitet durch eine *invisible hand* – einer unsichtbaren Hand, die den Warenfluß lenkt und die Waren an den Ort ihrer wertvollsten Verwendung führt: Dort, wo Kartoffeln am nötigsten gebraucht werden, wird der höchste Preis gezahlt; der Verkäufer, der den höchstmöglichen Preis erzielen will, bringt also seine Ware dahin – und damit sind die Kartoffeln da, wo sie am dringendsten gebraucht werden – die unsichtbare Hand leitet also das Marktgeschehen zum Wohle aller.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch – insbesondere im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht – wurden nun die rechtlichen Voraussetzungen geschaffen für den individuellen Bewegungsspielraum des Bürgers, garantiert wurden dem Einzelnen die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Handlungsmöglichkeiten ohne staatliche Einmischung.

Weltanschaulicher Hintergrund = Menschenbild des BGB

Ethisch beruht die zivilrechtliche Handlungsfreiheit auf der Vorstellung, daß der Mensch als Individuum von Natur aus in der Lage ist, sich Ziele zu setzen, sich Schranken aufzuerlegen und sein Leben vernünftig zu gestalten. Er ist von daher für sich selbst = für sein Handeln und Tun verantwortlich.

Die „sittliche Autonomie" des Menschen hat zur Folge, daß die Person nicht Mittel zu einem Zweck sein darf, der außerhalb ihrer selbst liegt – kein Mensch darf

zum Beispiel einer öffentlichen, dem gemeinen Wohl dienenden Aufgabe untergeordnet werden.

Das ist die Philosophie *Kants* und *Hegels*, Kant sagt in seiner Metaphysik der Sitten: „Der Mensch existiert als Zweck an sich selbst, nicht als Mittel zum ... Gebrauch für diesen oder jenen Willen".

Das BGB basiert auf dieser philosophischen Annahme und schafft den Freiheitsraum, innerhalb dessen sich jeder autonom verwirklichen kann unter Berücksichtigung der Autonomie der anderen.

Diese ethische Vorstellung vom Menschen äußert sich bürgerlichrechtlich nicht nur in der Gewährung von zivilrechtlichen Freiheiten, sondern auch in der Ausgestaltung der rechtlichen Verantwortung.

Zur Anerkennung der Person und ihrer Würde gehört, daß sie für ihre selbstbestimmten Entscheidungen einzustehen hat und dafür Verantwortung übernimmt.

1. Im Schadensersatzrecht statuierte das BGB das Verschuldensprinzip als Voraussetzung für eine Haftung. Nur wenn einer Person Verhalten oder Handeln individuell vorwerfbar ist, hat sie für die von ihr verursachten Schäden einzustehen; das, was jemand in Ausübung seiner Freiheit falsch gemacht hat, hat er zu verantworten.

Eine – verschuldensunabhängige – Gefährdungshaftung kannte das BGB nur in Ausnahmefällen, etwa in § 833. Heute wird die Verschuldenshaftung zunehmend ausgedehnt im Sinne einer Haftung für Gefahr- und Risikobeherrschung; in technisierter Welt ist die vorschriftsmäßige Benutzung der Technik nicht notwendig als Verschulden vorwerfbar.

2. Verantwortungsprinzip bildet auch die Grundlage für das strikte Festhalten an einer einmal eingegangenen Verpflichtung = *pacta sunt servanda.*

Diese Bindung ist gerechtfertigt, weil und sofern die Willenserklärung auf der eigenen selbstbestimmten Entscheidung beruhte.

Zum wichtigsten und umfassendsten Recht wurde im BGB das Eigentum ausgestaltet. Gem. § 903 kann der Eigentümer grundsätzlich mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von der Einwirkung auf sie ausschließen.

Weltanschaulich liegt diesem Eigentumsverständnis des BGB ebenfalls das Denken des Liberalismus zugrunde, die Vorstellung von Eigentum ist eng mit der Vorstellung von Freiheit verknüpft.

Grundlegend war hier die Lehre von *John Locke* (1632-1704), nach dem jeder Mensch Eigentum an seiner Person und damit auch an seiner Arbeitskraft hat. Erzielt er durch Arbeit irgendwelche Früchte – zum Beispiel er baut Bohnen und Tomaten an – so gehören ihm diese, denn er hat seine Arbeitskraft und seine Person mit dem Gegenstand vermischt.

Das Eigentum gründet also auf das persönliche Recht eines Menschen an sich selbst und seiner Arbeit; mit den von ihm geschaffenen Sachen entfaltet er seine Persönlichkeit, sie müssen ihm zugehören = zu Eigentum; dieses stellt so die *„äußere Freiheitssphäre"* eines Menschen dar (Hegel, Rechtsphilosophie § 81). *„Eigentum und Freiheit"* gehören untrennbar zusammen.

Von daher sah der liberale Staatsrechtler und Politiker *Carl von Rotteck* das Eigentum als Persönlichkeitsrecht an, die französische Nationalversammlung erklärte es für heilig, *la proprieté étant un droit inviolable et sacré ...*

Diese Position hat das BGB übernommen; Eigentumsfreiheit ist wie die Vertragsfreiheit Ausdruck der Privatautonomie.

Ökonomisch korrespondieren diese Annahmen über das Eigentum den Vorstellungen des Wirtschaftsliberalismus des 19. Jahrhunderts. Nach diesen hat sich der Staat heraus zu halten aus dem wirtschaftlichen Geschehen, die Güterverteilung und Güterzuordnung ist Sache der einzelnen Bürger, diese müssen über die ihnen zugeordneten Gegenständen frei und ohne staatliche Bevormundung verfügen dürfen.

In Konsequenz hiervon erkennt das BGB im Sachenrecht Privateigentum denn auch an unabhängig von der Funktion, die die Sachen haben = abstrakter Eigentumsbegriff: Es gibt Privateigentum an Gütern des alltäglichen Lebensbedarfs wie des Luxusbedarfs, es gibt Privateigentum an Grund und Boden wie an Produktionsmitteln.

Das Sachenrecht ist in dieser Ausgestaltung die juristische Grundlage des marktwirtschaftlichen Systems, das die Produktionsentscheidungen wie die sonstigen wirtschaftlichen Entscheidungen privaten Eigentümern überläßt.

Grenzen der Vertragsfreiheit und der Eigentumsfreiheit

Schon bei der Konzeption des BGB im 19. Jahrhundert sah man, daß Vertragsfreiheit und Eigentumsfreiheit nur dann zur Befriedigung der Interessen aller führt, wenn den Vertragspartner wirtschaftlich und sozial gleich stark sind. Die Verwirklichung von Freiheit setzt nicht nur rechtliche, sondern faktische Gleichheit voraus. Ohne tatsächliche Gleichheit führt die Vertragsfreiheit dazu, daß der Mächtigere seine Interessen auf Kosten des Schwächeren durchsetzt.

Für den vierten Stand brachte diese Vertragsfreiheit denn auch soziale Verelendung.

Das Überangebot von Arbeitskräften in Industrie und Hauswirtschaft hatte zur Folge, daß die Arbeitgeberseite die Vertragsbedingungen diktieren konnte – es kam auf dem Arbeitsmarkt zu ausbeuterischen Arbeitsverhältnissen; auch auf dem Wohnungsmarkt kam es zu Wucher und Ausbeutung, im täglichen Geschäftsleben werden einfache Leute von den geschäftlich Stärkeren eklatant benachteiligt.

Vorausgesehen hatten das viele, die renommiertesten Kritiker des geplanten Gesetzbuches waren *Otto von Gierke* und *Anton Menger.*

Menger und *Gierke* tadelten – von unterschiedlichen politischen Positionen aus – die fehlenden sozialen Elemente des BGB, die Schrankenlosigkeit der privatrechtlichen Befugnisse des Rechtsinhabers ohne jede soziale Pflichtenbindung und öffentliche Kontrolle.

Menger: Das abstrakte und für alle gleiche Privatrecht geht auf Kosten der wirtschaftlich schwächeren Klassen der Gesellschaft. Ungleiche Startbedingungen bringen auf Dauer wirtschaftliche und soziale Unfreiheit (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890).

Von Gierke: „Es fehlt im Privatrecht der Tropfen sozialistischen/sozialen Öls" und „Die Vertragsfreiheit ist eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken und ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen" (Die soziale Aufgabe des Privatrechts).

Anatole France (1864-1924) sprach später von der „majestueuse égalité des lois qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain" (Le lys rouge, VII, 1) = Das ist die majestätische Gleichheit der Gesetze, die dem Reichen wie dem Armen gleichermaßen verbietet, unter den Brücken zu schlafen, in den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen".

Die Antwort war: Das bürgerliche Gesetzbuch darf keine speciellen Interessen, nicht die Interessen der einen oder anderen Klasse vorzugsweise berücksichtigen (*Planck*).

Das BGB trat in Kraft ohne Schutzmechanismen für die tatsächlich Schwächeren, die Rechtsprechung glich aus – entwickelte die Normen des BGB fort oder schränkte ihre Geltung ein.

Wohnungsmarkt und Arbeitsmarkt waren die Gebiete, auf denen sich am ehesten zeigte, daß die liberalen Prinzipien nicht zu befriedigenden Resultaten führte, es entwickelte sich das Arbeitsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet, das Mietrecht wurde modifiziert.

Aber: All die Fortentwicklung erfolgte nun einheitlich, nach dem 1. Januar 1900 gab es in Deutschland Rechtseinheit auch auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts. Diese war unterbrochen in der Zeit von 1945 bis 1989, als es zwei deutsche Staaten gab – nun ist auch diese Zeit überwunden und das BGB gilt – wieder – auch in dem Teil Deutschlands, der DDR war.

Die Kodifikation des ungarischen Zivilrechts im 19. Jahrhundert

Mária Homoki-Nagy
Universität Szeged

"Nach der prinzipiellen Tilgung der Avitizität wird verordnet:

1. §. Das Ministerium wird aufgrund der vollständigen und vollkommenen Tilgung der Avitizität das Zivilgesetzbuch erarbeiten und den Entwurf dieses Gesetzbuches dem Landtag unterbreiten." (1848:XV. GA=Gesetzartikel.)

In einer der schönsten und kürzesten Epoche der ungarischen Gesetzgebung hat man es als unerläßlich empfunden, ein Gesetz über die Unverzüglichkeit der Zusammenstellung eines bürgerlichen Gesetzbuches zu erlassen. Die Frage ist nur, warum es gerade während der Revolution geschah, ob dieser Kodifikationsversuch eine Vorgeschichte hatte, und wenn ja, wie ist es darum bestellt. Eine Antwort erhalten wir erst, wenn wir einige Eigentümlichkeiten der Entwicklung des ungarischen Zivilrechts kennen.

Die Entwicklung des ungarischen Rechts, und insbesondere die Gestaltung des Zivilrechts wurde vom Gewohnheitsrecht als grundlegender Rechtsquelle bestimmt. Die Eigentümlichkeit der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse bestand darin, dass sich der staatliche Gesetzgeber nicht in die Vereinbarung gleichrangiger Parteien einmischen und diese nicht gesetzlich regeln wollte. Daher konnten Gewohnheimsrechtsnormen, die sich während Jahrhunderte herausbildeten, verhältnismäßig frei zur Geltung kommen, und dies ist auch der Grund dafür, dass Werbőczy im Jahre 1514 eine so gute Zusammenfassung des bis zum 15. Jahrhundert zustande gekommenen zivilrechtlichen Systems bieten konnte. Allerdings wurde dadurch aber die Entwicklung der zivilrechtlichen Verhältnisse für die nachfolgenden Jahrhunderte versteift, da man an seinem Werk als Gesetz festhielt und sich darauf als auf ein Gesetz berief. Es tauchte nicht einmal der Anspruch auf, ein neues, besseres, die gerauchsrechtlichen Normen in den Hintergrund drängendes, selbständiges Gesetzbuch zu schaffen.

Der Prozess der Kodifikation des Zivilrechts wurde durch die in Europa dominirenden naturrechtlichen Ideen, später durch die Ideologie der sich herausbildenden Aufklärung beschleunigt. Demzufolge, obschon die absolutistische Politik von Josef II. abgelehnt wurde, fingen aber die von ihm initierten Reformen an zu wirken. Der im Jahre 1790 einberufene Landtag stellte im Gesetzartikel 67 jene Landtagskommissionen auf, deren grundlegende Aufgabe die Neuregelung des gesamten ungarischen Rechtssystems und innerhalb dessen des Zivilrechts war. Wie die bis 1795 entstandenen zivilrechtlichen Gesetzvorschläge (Projectum legum civilium) zu beurteilen sind, ist eine der großen Aufgabe der Rechtshistoriker. Viele betrachten sie als eine Kompilation, trotz dessen, dass sie sie im weiten Sinne als Teil

der Kodifikationsarbeit ansehen,[1] andere wagen die Annahme, dass dieser Entwurf trotz aller Mangelhaftigkeit als der erste Schritt der Kodifikationsarbeit im engsten Sinne zu bewerten sei.[2]

Da die fertiggestellten Entwürfe dem Landtag nicht unterbreitet worden sind, geriet diese Arbeit für lange Zeit fast in Vergessenheit. Dank der fortgeschrittenen Politiker des Reformzeitalters nahm der Landtag dann die Kodifikationstätigkeit wieder in Angriff, allerdings nur mit der Gesetzesbefugnis, den Entwurf von 1795 zu überprüfen und dies dem nächsten Landtag zu unterbreiten. (1827:8. GA) Reißt man diesen zweiten Entwurf aus seinem historischen Kontext, kann mit Recht festgestellt werden, dass der Text der zivilrechtlichen Vorschläge im Vergleich zu 1795 keine wesentlichen Änderungen enthält. Nimmt man jedoch die Diskussionsunterlagen der anhand der Vorschläge gehaltenen Verhandlungen in den Komitaten, die da verfassten Modifikationsvorschläge sowie das Diskussionsmaterial der zivilrechtlichen Entwürfe in den Verwaltungskreisen im Jahre 1834 unter die Lupe, muss festgestellt werden, dass die Kodifikationsarbeit, die in Preußen, in Frankreich bzw. in Österreich bereits um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert abgewickelt war, nun auch in Ungarn in Gang gesetzt wurde. In Ungarn wollte man in dieser Zeit schon ein nach Jeremy Bentham verfasstes einfaches, klares, allen verständliches Gesetzbuch zustande bringen, oder zumindest wurde dies von mehreren vorgeschlagen, so auch von László Szalay, der dies am eindeutigsten tat: *„A törvénykódex – azaz: a statuspolgárok magok és a status közötti törvényes viszonyainak rendszeresen szerkesztett, magában bevégzett és sanctióval ellátott könyve."*[3] [Das Gesetzbuch ist ein Buch, in dem die Verhältnisse zwischen den Statusbürgern und dem Status systematisch und abgeschlossen und mit Sanktionen versehen beschrieben sind.] Auf ein selbständiges Zivilrechtbuch drängten auch mehrere Komitate, so z. B. auch Komitat Csongrád, und auch Ferenc Deák formulierte einen Vorschlag darüber, als er in seiner Ansprache am 24. Mai 1834 Folgendes sagte: *„elsö figyelemmel kell tehát lenni, hogy valahára már systema készüljön. [...] neveztessék egy kerületi választmány, s arra bízassék [...] egy systematisalt codexnek csontvázát dolgozza ki."*[4] [Es muss darauf geachtet werden, dass ein System endlich zustande gebracht wird. ... Es soll eine Kommission aufgestellt werden, deren Aufgabe die Erarbeitung des Skeletts eines systematisierten Gesetzbuches sein soll.]

Die Landtagsverhandlungen über die Zivilrechtsentwürfe begannen, wurden aber durch den Erlass des Herrschers über die Urbarialfragen jäh unterbrochen, das zur Folge hatte, dass auf den einzelnen Landtagen bis 1848 nur Gesetze entstanden, die

[1] Mádl, Ferenc: Kodifikation des ungarischen Privat- und Handelsrechts im Zeitalter des Dualismus.(in. Andor Csizmadia, Kálmán Kovács: Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa 1848-1944. Budapest. 1970. 87-120.); Zlinszky János: Ungarn in. Helmut Coing: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte III/2. München. 1982.; 2141-2213.

[2] Homoki-Nagy, Mária: Kodifikació vagy reformkísérlet. [Kodifikation oder Reform.] In: Györi tanulmányok. 20. 1998. 65-73.

[3] Szalay, László: Codificatio. In. Publicistai dolgozatok. [Publizistische Aufsätze] I. Pest 1847. 19-90.

[4] Kónyi Manó: Deák Ferenc beszédei. [Die Reden von Ferenc Deák.] 1829-1841. Budapest. 1903.; Kossuth, Lajos: Országgyülési Tudósítások III. [Landtagsberichte] (Hrsg. v. István Barta). Budapest 1949. 170.

nur Teilbereiche des Zivilrechts berührten.[5] Ein einheitliches Gesetzbuch zusammenzustellen hatte man nicht mehr vor. Danach wird der Gesetzartikel 1848:XV verabschiedet, der die Zusammenstellung eines neuen Kodex vorschreibt. Warum wurde dieser Anspruch im Gesetz über die Tilgung der Avitizität formuliert? Was änderte sich dadurch, dass die Avitizität in Ungarn abgeschafft wurde?

Das ungarische ständische Zivilrecht war bis 1848 durch drei Umstände gebunden, die das Institutionssystem unseres Zivilrechts grundlegend bestimmten. Diese dreifache Gebundenheit ergab sich einerseits aus den Nationalitätenverhältnissen, infolge deren das System der Avitizität entstand, letztendlich im Dekret aus dem Jahre 1351 von Ludwig dem Großen festgelegt.[6] Dies bedeutete, dass wenn ein Immobiliengut einmal rechtmäßig geerbt worden ist, darf über dieses Gut ohne das Einverständnis der männlichen Mitglieder der Sippe nicht verfügt werden. Die zweite Gebundenheit ergab sich aus dem Donationssystem, da unsere Könige seit Stephan dem Heiligen ihren Anhängern Grundstücke für ihre Treue vergaben, deren Vererbung der König in der Donationsurkunde (in der Regel agnatisch) bestimmte. Sollte es keinen männlichen Erben gegeben haben, fiel das Grundstück an den König zurück.[7] Die dritte Gebundenheit kam aus den Urbarialverhältnissen, dass das von den Leibeigenen bebautes Grundstück Eigentum des Grundherrn war. Darüber hatte der Leibeigene nicht zu verfügen.[8] Diese über Jahrhunderte hinweg hemmende dreifache Gebundenheit hinderte die Entwicklung des ungarischen Zivilrechtssystems. Der Zwang des Alltags hatte zwar einige kleinere Möglichkeiten an den Tag gebracht, mit Hilfe derer jene, die das Land in Besitz hatten, diese Gebundenheiten umgehen konnten, hemmte dieses System das gesamte Zivilrecht und die Entwicklung der ganzen ungarischen Wirtschaft. Das 18. Jahrhundert brachte besonders viele Avitizitätsprozesse, in denen die Mitglieder einzelner Familien mit Recht oder Unrecht Verträge annulieren lassen wollten, die vor mehreren Jahrzehnten geschlossen wurden.[9] Diese Vorhaben waren nur teilweise erfolgreich, die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit aber machte die Änderung dieses zivilrechtlichen Systems, die Tilgung der Institution der Avitizität unerläßlich. Es ist kein Zufall, dass der Entwurf von 1795 zum größten Teil sich mit der Frage der Grundbesitz- und Eigentumsverhältnisse sowie damit im Zusammenhang mit dem An- und Verkauf von Immobilien bzw. mit der Frage des Faustpfand (pignus) auseinandersetzte.[10]

[5] A jobbágyok örökléséről. 1840:8. tc. [Über das Erbrecht der Leibeigenen]; A váltóról. 1840:15. tc. [Über den Wechsel]; A kereskedökről. 1840:16. tc. [Über die Händler] A közkereseti társaságok. 1840:18. tc. [Der offene Handelsgesellschaft]; A csödületről. 1840:22. tc. [Über den Konkurs]

[6] Magyar Törvénytár [Ungarische Gesetzessammlung]: Budapest. 1899. 1351:11. § "Excepto solummodo uno articulo, praenotato, de eodem privilegio, excluso, eo videlicet: "Quod nobiles homines, sine haerede decendentes, possint, et queant ecclesiis, vel aliis quibus volunt, in vita, vel in morte dare, et legare, possessiones, eorum vendere, vel alienare." Imo ad ista faciends nullam penitus habeant facultatem, sed inter fratres proximos, et in generationes eorundem: ipsorum possessiones, de jure, et legitime, pure, et simpliciter, absque contradictione aliquali, devolvantur."

[7] Magyar Törvénytár [Ungarische Gesetzessammlung]: Budapest 1899. Kálmán. I. 20.

[8] Werbőczy, István: Tripartitum. III. 30. 7. §.

[9] Illés, József: Bevezetés a magyar jog történetébe. [Einführung in die Geschichte des ungarischen Rechts.] Budapest. 1930. 290-291.

[10] Homoki-Nagy Mária: Az adományrendszer reformjára tett kísérletek az 1795. és az 1830. évi magánjogi tervezetekben. [Versuche der Reformen des Donationssystems in den zivilrechtlichen Entwürfen der Jahre 1795 und 1830.] Acta Jur. et Pol. Tom. LIX. Fasc. 6. Szeged, 2001.; Homoki-Nagy Mária: Kísérletek a magánjog kodifikációjára a 18-19. században Magyarországon. [Versuche

Als man sich 1848 traute, die gewichtigste Gebundenheit, die Avitizität abzuschaffen, wurde in Ungarn durch den Gesetzartikel 1848: IX die Befreiung der Leibeigenen ermöglicht und die Basis des ungarischen ständischen Zivilrechts zunichte gemacht. Es wurden nicht nur die freien Eigentums- und Besitzverhältnisse geschaffen, sondern dadurch auch die Umgestaltung des Vertragssystems ermöglicht. Ferner wurde die Änderung der auf festen Vermögensverhältnissen basierenden Erbordnung erforderlich, durch die ein modernes, auch das freie Testamentsrecht beinhaltendes, neues Regelsystem des Erbes möglich wurde. All diese Änderungen, die man durch die Inartikulierung eines einzigen Satzes erreichte, konnten ohne ein neues, einheitliches bürgerliches Zivilrechtbuch nicht vollzogen werden. Dies ist die Erklärung dafür, dass in dem Gesetz über die Abschaffung des gebundenen Eigentumssystems zugleich darüber verfügt wurde, dass dem nächsten Landtag ein selbständiger bürgerlicher Kodex unterbreitet werden soll. Die Frage ist nur, ob man imstande war, dies zu vollbringen, ob ein Material zur Verfügung stand, anhand dessen man innerhalb kurzer Zeit dieser Erfordernis gerecht werden konnte. Die Antwort ist einfach und traurig: nein. Die Jahre 1848/49 waren für eine friedliche, ruhige Kodifikation nicht geeignet. Und nachdem der ungarische Freiheitskampf niedergeschlagen worden war, und man Ungarn unter die österreichischen Erbländer einteilen wollte, bestand seitens der Habsburger nicht mehr das Bedürfnis, ein selbständiges ungarischen bürgerliches Gesetzbuch zu verfassen, da ihnen bereits das bewährte Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch zur Verfügung stand. Demzufolge wurde 1853 in Ungarn das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch eingesetzt, durch das Patent der Avitizität und das Urbarialpatent ergänzt. So muss festgestellt werden, dass die Frage der Kodifikation des ungarischen Zivilrechts erneut von der Tagesordnung gestrichen wurde. Gleichzeitig wurde aber gerade dank des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches und der in Kraft gesetzten Patente das gebundene, für die Ständeordnung typische Eigentumssystem abgeschafft, und dadurch die Entfaltung der bürgerlichen Umgestaltung ermöglicht. Im Avitizitätspatent tilgte man das ungarische ständische Zivilrecht, das neben der Avitizität kennzeichnende Donationssystem, infolge dessen endlich der 1834 von Ferenc Kölcsey mehrmals formulierte Wunsch der Abschaffung des Erbrechts der königlichen Kammer, des sogenannten ius regium, verwirklicht werden konnte.[11] Ferner wurden die Unterscheidung nach Herkunft der unterschiedlichen Eigentumsformen – nach Erbe, Kauf oder Donation –sowie die Unterscheidung zwischen dem Erbrecht der männlichen bzw. der weiblichen Linie gestrichen.[12] All dies öffnete den Weg für die Einführung des Grundbuchsystems in Ungarn, wobei jedoch durch die Anordnungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches bedauerlicherweise eine andere gebundene Eigentumsform an die Stelle der Avitizität trat, nämlich das Fideikommiss (fideicommissum). Von nun an konnte sich der Geltungskreis dieser Eigentumsform ausbreiten, welche Rechtsinstitution in Ungarn zwar schon seit 1687 bekannt gewesen war, sich jedoch gerade wegen der Avitizität nicht verbreiten konnte. In Anbetracht aller Änderungen auf dem Gebiet des Zivilrechts war für den Beginn der Kodifikationsarbeit in Wirklichkeit alles gegeben.

der Kodifikation des ungarischen Zivilrechts im 18-19. Jahrhundert] Studia Caroliensia. 2001. 2. 72-88.

[11] Barta, István: Országgyulési Tudósítások. [Landtagsberichte] III. Kölcsey. 185.

[12] Tóth, Lorinc: Az osiségi nyílt parancs. [Offener Befehl bezüglich der Avitizität] Pest. 1853.

Zur neuen Änderung kam es 1861, als Landesrichter György Apponyi die Judexkurialkonferenz einberief, als deren Aufgabe die Änderung des Zivilrechtssystems festgelegt wurde. Bedauerlicherweise war aber die Frage, wie die Kodifikation des bürgerlichen Gesetzbuches begonnen werden sollte, nicht die einzige, sondern ob die Situation vor 1848 wiederhergestellt werden kann. Ferner beriet man darüber, ob das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch weiterhin in Geltung gehalten werden kann, ob ein neuer Kodex zustande gebracht oder eher eine Kompilation aus den beiden aufgestellt werden sollte.[13] Jede in Frage kommende Variante hatte ihren tonangebenden Vertreter in der Beratung. Schließlich versucht Ferenc Deák einen Standpunkt zu erarbeiten, mit Hilfe dessen die Wiederherstellung des Zivilrechtssystems vor 1847 vermieden und auch dem Vorwurf vorgebeugt werden konnte, man wolle die Rezeption des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches verwirklichen. *"De ha a régi törvényeket minden változtatás nélkül, teljesen, tökéletesen ismét visszahozni nem lehet; ha vannak hézagok miket pótolni kell; vannak oly rendelések miket mint lehetetleneket változtatni szükséges: földadatunk egyéb nem lehet, mint gondosan megvizsgálni az anyagi és alaki törvények minden egyes részénél, ha a régi törvényeknek arra vonatkozó rendeléseit életbe lehet-e ismét léptetni, anélkül, hogy a magánjogviszonyok megzavartassanak."[Auch wenn die alten Gesetze nicht ohne jede Änderung wiederhergestellt werden können, auch wenn es Lücken gibt, die gefüllt werden müssen, so gibt es Anordnungen, die wegen ihrer Unmöglichkeit geändert werden müssen. Es kann nichts anderes unsere Aufgabe sein, als die Gesetze aufs Gründlichste zu untersuchen, ob die einschlägigen Anordnungen der alten Gesetze wieder geltend gemacht werden können, ohne dass die Zivilrechtsverhältnisse gestört werden.]*[14] Nach langen Diskussionen wurde ein Großteil der ungarischen zivilrechtlichen Regeln widerhergestellt, mit Ausnahme derer, die wegen des Gesetzartikels 1848:XV. nicht anwendbar waren. In solchen Fällen mussten die einschlägigen Regeln des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches bzw. die Anordnungen Judexcurialkonferenz, der Provisorischen Kodifikationsregeln angewendet werden.[15] Von den mehreren hundert Regeln der Provisorischen Kodifikationsregeln berührten bloß 23 das materielle Zivilrecht, in denen infolge der veränderten Eigentums- und Besitzverhältnisse neue Erbrechtsregeln in Ungarn eingeführt wurden. In diesem Kapitel ist am meisten zu spüren, wie man versucht hat, die alten Erbrechtsregeln mit den im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch gebotenen neuen Regeln zu vermischen, und zwar so, dass weder der Vorwurf der Rezeption des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, noch der der Wiederherstellung der alten Regeln auftauchen kann.

Gerade dank der Abschaffung der Avitizität sowie des Donationssystems wurde das freie Testamentsrecht eingeführt, wobei aber das Verfügungsrecht des Erblassers durch das Pflichtteil der legitimen Nachkommen, bzw. wenn solche nicht vorhanden waren, durch das Pflichtteil der Eltern eingeschränkt wurde. Der Erblasser durfte selbst vor seinem Tod sein Vermögen nicht verschenken, wenn dadurch die legitimen Erben um ihr Pflichtteil gebracht wurden. Vom Pflichtteil konnte man nur wegen Unwürdigkeit im Testament ausgeschlossen werden. Die Gründe für die Unwürdigkeit

[13] Kónyi, Manó: Deák Ferenc beszédei II. [Die Reden von Ferenc Deák.] Budapest 1903. 549-555.

[14] Kónyi Manó: Deák Ferenc beszédei. II. [Die Reden von Ferenc Deák.] Budapest. 1903. 579.

[15] Ráth, György: Az országbírói értekezlet a törvénykezés tárgyában. [Die Judexkurialkonferenz in der Sache der Rechtsprechung] Pest. 1861. I-II.

wurden aber aufgrund der angegebenen Gründe im Tripartitum von Werboczy festgestellt. Diese waren nichts anderes, als jene, wo der Vater seinen Söhnen die Teilung abzwingen durfte.[16]

Im System des legitimen Erbes erbten zuerst die legitimen Nachkommen, unter denen nunmehr keine Unterschiede bestanden, weder nach juristischer Art des Vermögens, noch nach Geschlecht. Mangels Nachkommen fiel das Vermögen des Erblassers an jenen Zweig zurück, von dem das Vermögen stammte, das heißt es wurde das Prinzip des alten Rechts *paterna paternis, materna maternis* geltend gemacht. Der überlebende Ehegatte durfte nur das angekaufte Vermögen des Erblassers erben, wenn das Ehepaar keine Nachkommen hatten. Beim legitimen Erbe der Vorfahren wurden aber das System aus dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch übernommen. Gleichzeitig erhielt man das Recht der Witwe (*ius viduale*) aufrecht, das in der Praxis bei Vorhandensein legitimer Nachkommen Nutznießungsrecht für die verwitwete Ehegattin bedeutete, solange sie den Namen ihres verstorbenen Mannes trug.[17]

Aufgrund dieser Verordnungen kann mit Recht behauptet werden, dass die *Provisorischen Kodifikationsregeln* eine bloße Kompilation ist, wie dies auch im Beschluss des Abgeordnetenhauses steht: *"a magyar magánjogi törvények visszaállíttattak, de amennyiben azok az 1848:XV.-t és a szem elol nem téveszthető újabb jogviszonyok miatt alkalmazhatók nem volnának, addig, míg törvényeket alkotni lehetne, az Országbírói Értekezlet munkálatait ideiglenes kiegészíto gyanánt használhatónak tekinti."[Die ungarischen zivilrechtlichen Gesetze wurden wiederhergestellt, sollten diese aber wegen des Gesetzartikels 1848:XV. sowie der nicht außer Acht zu lassenden neuen Rechtsverhältnisse nicht verwendbar sein, soll die Arbeit der Judexcurialkonferenz als Ergänzung angewendet werden.]*[18] Dies entsprach aber den Erfordernissen der Zeit keineswegs.

Die Ausarbeitung des ungarischen bürgerlichen Gesetzbuches blieb also für die Zeit nach dem Ausgleich. Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts ist das Zeitalter der zweiten Etappe der europäischen Kodifikationswelle, als solche bedeutende Gesetzbücher entstanden wie das deutsche *Bürgerliche Gesetzbuch* bzw. das schweizerische *Zivilgesetzbuch*. All die Streitfragen bezüglich der Kodifikation des Zivilrechts in Europa tauchten auch in Ungarn auf, und die Entwürfe, die letztlich teils als Privatentwürfe, teils als offizielle Aufträge entstanden, sind das Ergebnis jahrzehntelanger Gärung. Eine dieser Diskussionen entbrannte um die Frage der Übernahme des im deutschen Recht zustande gekommenen Pandektensystems sowie ob man einen allgemeinen Teil im zivilrechtlichen Kodex ausarbeiten soll oder nicht.

[16] Werboczy: Tripartitum I. 52-53. "1. si filius, in parentes, manus violentas injecerit, vel aliam gravem, et notabilem injuriam eis intulerit; 2. si parentes criminaliter accusaverit de tali causa; quae in perniciem principis, vel reipublicae totiuis regni, non vergit; 3. si vitae parentum insidiatus fuerit, veneno scilicet, vel alio modo in necem parentum conspirando; 4. si cum maleficis, vel aliis nefandae vitae hominibus, contra voluntatem patris perseveraverit, bona paterna prave consumendo; 5. si parentem captum, de manibus inimicorum, vel de carcere nonredemit, neque liberavit, vel pro eo fidejubere recusavit."

[17] Ideiglenes Törvénykezési Szabályok. [Provisorische Kodifikationsregeln] Magyar törvénytár [Ungarische Gesetzessammlung] 1861.; Böszörményi-Nagy, Emil: Das ungarische Erbrecht zur Zeit des Dualismus. in. Csizmadia, Andor – Kovács, Kálmán: Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa. Budapest. 1970. 413-429.

[18] Kónyi, Manó: Deák Ferenc beszédei [Die Reden von Ferenc Deák.] II. 585.

Nachdem Pál Hoffman bereits 1871 seinen viel dieskutierten Entwurf über den allgemeinen Teil formulierte,[19] hatte dies zur Folge, dass die Kodifikation des allgemeinen Teils in Ungarn verworfen wurde, und es schien, die Kodifikation werde erneut von der Tagesordnung gestrichen. Aus diesem Grund wählten unsere Rechtsgelehrten die Lösung, die brennend erforderlichen zivilrechtlichen Kapitel in einem selbständigen Gesetz zu regeln zu versuchen, dem Beispiel aus dem Reformzeitalter sehr ähnlich. So kam das Handelsgesetzbuch zustande (1875:37.), das maßgebend für die Entwicklung des ungarischen Zivilrechts wurde. Da es kein einheitliches Zivilrechtsbuch gab, das im Aufschwung begriffene Wirtschaftsleben und der Handel die Regelung des Warenumsatzes jedoch erforderlich machte, wurden im Handelsgesetz nicht nur die streng genommenen handelsrechtlichen Regeln festgelegt, sondern man machte insbesondere bezüglich der Vertragstypen solche Obligationsregeln geltend, die man nicht nur im Handel, sondern im allgemeinen Sinne auch in den zivilrechtlichen Verhältnissen anwenden konnte.[20] Somit wurde praktisch die Lücke gefüllt, die mangels zivilrechtlicher Gesetze entstanden war. Durch diese Lösung wurde aber gleichzeitig auch möglich, in aller Ruhe ein einheitliches zivilrechtliches Gesetzbuch vorzubereiten. Einem ähnlichen Ziel diente das Ehegesetz, ein anderes bedeutsames zivilrechtliches Gesetz der Zeit des Dualismus (1894:31.), das Staat und Kirche voneinander trennte und somit die Geltung des kanonischen Rechts im weltlichen Recht unterband. Man betrachtete die Ehe als einen Vertrag zwischen den Ehepartnern, der im Falle bestimmter Bedingungen aufzulösen ist.

Justizminister Boldizsár Horváth beauftragte 1876 eine Kommission mit der Zusammenstellung eines Entwurfes des zivilrechtlichen Gesetzbuches. Man wählte jene technische Lösung, innerhalb deren jedes einzelne Gebiet des Zivilrechts von jemand anderem zusammengestellt wurde. Das führte zu zahlreichen Auseinandersetzungen, da der Entwurf weder in seinem Geiste, noch in seiner Struktur einheitlich war. Nach mehrmaliger Überarbeitung und heftigen Fachdiskussionen entstand der erste Entwurf im Jahre 1900 und teilte das zivilrechtliche Material in vier Teile: 1. persönliches Recht und Familienrecht, 2. Sachenrecht, 3. Obligationenrecht, 4. Erbrecht. Auch dieser Entwurf erlebte noch einige Überarbeitungen, bis 1928 die Arbeit *Zivilrechtliche Gesetzentwürfe* verfasst wurde, die man schon als geeignet empfand, dem Landtag zu unterbreiten. Dazu kam es aber nicht. Sie hatte fast das gleiche Schicksal wie das Tripartitum von Werboczy. Sie wurde kein Gesetz, ging aber in die Praxis über. Nachdem sie in Druck erschien, wurde sie sofort auch angewendet, indem man sich auch in Urteilen oft auf Regeln dieser Entwürfe berief. Zur Kodifikation des ungarischen Zivilrechts kam es erst viel später, unter grundlegend veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen.

[19] Helmut Coing: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europaischen Privatrechtsgeschichte. III/2. 2165.

[20] Weiss, Emilia: Die Entwicklung des Vertragsrechts im Lichte der ungarischen zivilrechtlichen Kodifikationsarbeiten. In. Csizmadia, Andor – Kovács, Kálmán: Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa. Budapest. 1970. 285-298.

STRAFRECHTSGESCHICHTE UND RECHTSPHILOSOPHIE

Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte*

Michael Köhler

Universität Hamburg

Das Thema, worüber Ihnen vorzutragen ich die Ehre habe, muß von umherein mit Einschränkungen und Akzentuierungen versehen werden. Zum einen ist die Rechts- und Strafrechtsgeschichte weithin europäisch; am deutschen Gang der Dinge kann nur interessieren, was von allgemeinerem Interesse ist. Sodann kann „Entwicklung" nicht einen linearen Prozess bedeuten, vielmehr ist im Fortschritt der Freiheit und ihres Bewußtseins (Hegel) mit Diskontinuitäten zu rechnen. Wer wollte das in unserem bluttriefenden Jahrhundert bestreiten. Deshalb könnte das Thema auch lauten „Verwicklungen" der Strafrechtsgeschichte, anhand des deutschen Beispiels.

Vorgestellt sollen werden zwei Fäden strafrechtlicher Theorie und Praxis, die jedenfalls in den letzten 200 Jahren in einer merkwürdigen Konkurrenz und Verwirrung fortwirken: Den empirischinstrumentalen und den jenigen der freiheitlichen Strafgerechtigkeit. Ihre Konkurrenz ist die existierende Wirklichkeit, eine tiefe Zweideutigkeit. Vor der notwendigen Erläuterung der gebrauchten Begriffe sei die Differenz zuerst an einem Beispiel erläutert und zwar an der Freiheitsstrafe oder Gefängnisstrafe, deren historische Entwicklung in Ungarn im europäischen Kontext uns Herr Kollege Mezey kürzlich in Hamburg eindrucksvoll vorstellte. Die Freiheitsstrafe ist zweideutig konzipiert. Einmal fungiert sie als ein strenges Disziplinierungsmittel. Dies ist im ganzen die calvinistische Tradition des Zuchthausgedankens, und ihr liegt eine instrumentale Auffassung des Rechts zugrunde. Foucault in seinem kritischen Buch über die Geburt des Gefängnisses hat wohl diese Praxis oder Technik vor sich. Eine grundsätzlich andere Konzeption ist diejenige, welche bei aller Strenge der Strafe die Autonomie oder Subjekt-Qualität des Strafgefangenen respektiert. Im Vollzugsregime steht das Eingehen auf seine Persönlichkeit im Vordergrund. Diese Konzeption ist die gerechtere. Aber die existierende Wirklichkeit ist vermengt und verwickelt. So finden sich im deutschen

*Vortrag, gehalten vor Studenten der Eötvös Loránd Univ. in Budapest am 27.9.1994, auf Einladung von Prof. Dr. Mezey. Literatur: Eb. Schmidt: Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (3. Aufl. 1965); die Arbeiten von Naucke (zuletzt in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 76, 1993, S. 135 ff); straftheoretisch Köhler: Begriff der Strafe (1986); Klesczewski: Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft (1991).

Strafvollzugsgesetz von 1976 ebenso goldene Worte wie mögliche Widersprüche: Resozialisierung und Sicherheit! Soweit das Beispiel für die zwei gegenläufigen Fäden oder Prinzipien.

In zwei Teilen eines geschichtlichen Grundrisses sollen der empirisch-instrumentale Ansatz und derjenige der freiheitlichen konkretisierenden Strafgerechtigkeit bis zur aktuellen Lage verfolgt werden.

I. Grundzüge der neuzeitlichen Entwicklung des Strafrechtsdenkens

In der neuzeitlichen Rechts- und Strafrechtgeschichte hat jede Epoche ihr eigenes Verdienst, erbringt ihre eigentümliche Leistung.

Die erste Leistung besteht in der Aufhebung der Selbsthilfe, des Racherechts durch die Formung staatlicher Strukturen seit dem Hochmittelalter. Das späte Mittelalter bis zur frühen Neuzeit bringt die rationale Form des Rechts in Rezeption der römisch-italienischen Rechtswissenschaft. Im Strafrecht gipfelt dies in der Constitutio Criminalis Carolina von 1532. Deren Inhalt bleibt freilich noch sehr mittelalterlich, sowohl im materiellen Strafrecht, denkt man an die Religionsdelikte, als auch im Prozessrecht, erinnert man sich an den Strukturen des Inquisitionsprozesses.

Im Zuge der Aufklärung, beginnend mit der englischen Aufklärung (Thomas Hobbes, John Locke), gewinnt das Recht einen rationalen Inhalt: Nicht mehr ein jenseitiges Ziel in theologischer Konzeption, sondern die Immanenz der hier und jetzt ihre Glückseligkeit verfolgenden Subjekte ist der Zweck des Rechts und des Staates in vertragsmäßig-rational organisierter Form. Selbsterhaltung (Selbstbehauptung) des dieseitigen Subjekts und Prävention sind bezeichnende Begriffe, wie Blumenberg in seinem Werk über die „Legitimität der Neuzeit" (1966) hervorgehoben hat. Das Strafrecht – und hier beginnt der eine Faden – wird in dieser Sicht zum rationalen Präventionsmittel. Alle Inhalte transzendentes Charakters verfallen der aufklärerischen Kritik: Recht und Strafrecht werden auf die Sicherung dieseitiger Rechtsgüter bezogen, die Strafe wird zum rationalen Abschreckungs- und Besserungsmittel. Diese faszinierende Rationalität wirkt fort, in der Aufklärung des ausgehenden 18. Jahrhunderts bis zu Feuerbach, dann wieder im ausgehenden 19. Jahrhundert bei Franz von Liszt unter dem Einfluß sozialutilitaristisch-empiristischen Denkens.

Welcher ist in dieser empirisch-instrumentalen Richtung der entscheidende Grundsatz? Ausgangspunkt ist das empirische Subjekt in seinen positiven und negativen Möglichkeiten. Das Recht bestimmt sich daher als Instrument einer äußeren Zwangsordnung gegen die negativen Intentionen, Strafrecht als spezielles Präventionsinstrument gegen die Negativität schlechthin – das Verbrechen. Der zugrundeliegende Begriff des selbstbezogenen Subjekts in seiner interpersonalen Gegensätzlichkeit und Gefährlichkeit spaltet die Gesellschaft zutiefst: Auf der einen Seite steht das gesellschaftliche Friedensinteresse, auf der anderen Seite das gesellschaftsschädliche Individuum. Dieses Freund-Feind-Konzept läßt sich weit zurückverfolgen. Schon die grausame Härte des mittelalterlichen Strafrechts richtete

sich vornehmlich gegen die außerhalb der Gesellschaft stehenden „landschädlichen Leute". In der Neuzeit erfährt diese instrumentale Qualität des Rechts eine religiöse Befestigung durch den Calvinismus, der seinerseits manichäische Züge hat: In einer von allem Anfang der prädestinierten Spaltung zwischen Gut und Böse bewährt sich die immanente Tätigkeit des Menschen, bewährt sich die Rechtsordnung in ihrem Kampf gegen das Böse, wenn nicht durch dessen Besserung, so doch durch die Demonstration der Auserwähltheit an den Verworfenen. Ein Stück Hochmut und Erbarmunglosigkeit liegt in dieser Auffassung. Soweit sei die eine Linie skizziert, die das Recht als äußeres Ordnungsinstrument, die Strafe als Abschreckungs- und Besserungsmittel definiert. Ein wesentlicher Teil der strafrechtsgeschichtlichen Phänomene ordnet sich danach. Zu erinnern ist beispielsweise an die Institution des Zuchthauses, die – ausgehend von den calvinistischen Niederlanden – mit ihren wesentlichen Merkmalen der Disziplinierung, des Arbeitszwangs, der religiösen Unterweisung zu dieser Traditionslinie gehört.

Der zweite Faden geht von der kopernikanischen Wende aus, die sich zur Zeit der europäischen freiheitlichen Revolution des ausgehenden 18. Jahrhunderts in der weltwirksamen Philosophie Immanuel Kants – der deutschen Revolution im Kopf – vollzieht. Kant hebt die empiristisch-instrumentale Betrachtungsweise in der Grundlage auf. Er restituiert die substantielle Vernunftnatur des Menschen, sein Vermögen zu schließen und nach schlüssigen Prinzipien zu handeln in ursprünglicher Güte (Rousseau), wenn auch wohl mit der Möglichkeit zum Bösen. Damit ist der Grundgegensatz behoben. Auf dieser Grundlage wird das Recht begriffen zwar als notwendige äußere Ordnung und mit Zwangsbefugnis verbunden, aber als gemeinschaftliche Vernunftleistung für die möglichste Freiheit aller in ihren Gutsverfolgungen. Darin liegt eine Wende im Rechtsdenken, deren universal befriedende Kraft noch unausgeschöpft ist. Das Recht ist nicht das Instrument der einen gegen die anderen, bestimmter Gutskonzeptionen und Interessen, sondern die kategorial gemeinsame Grundlage für die freie Zweckverwirklichung aller.

Was bedeutet das für das Strafrecht? Eine revolutionäre, in wesentlichen Ansätzen der Aufklärungszeit schon vorbereitete Wende des Inhalt, daß auch der Verbrecher in seiner Negativität nicht als das ganz andere, das bloß zu bekämpfende Gegenprinzip verstanden wird, sondern daß der Straftäter in der Härte der Strafe doch als Subjekt des Rechts anerkannt bleiben muß. Anders ausgedrückt: Auch der Verbrecher konstituiert das Rechtsverhältnis und das Strafrechtsverhältnis mit. Was folgt daraus für die Strafe? Sie kann nicht mehr primär als Kampf- und Präventionsmittel begriffen werden, sondern nur als vernünftiggerechter Ausgleich der im Verbrechen gesetzten Geltungsnegation: Also gerechter Schuldausgleich, gerechte Vergeltung, was nicht mit einem formellen Talion nach Art eines vorneuzeitlichen Racherechts zu tun hat, und nicht primäres Instrument der Prävention. Anders ausgedrückt: Was das Strafrecht für die Prävention leisten kann, geschieht nicht unmittelbar – hier kommt es ohnehin immer zu spät, sondern mittelbar durch die im Schuldausgleich sich vollziehende Auseinandersetzung mit dem Verbrecher. Die eigentliche Verbrechensprävention muß an den Gründen, auch den institutionellgesellschaftlichen Krisengründen ansetzen, die das Verbrechen als gesellschaftliche Erscheinung mitbedingen.

Dies ist die Linie, die zur freiheitlichen Strafgerechtigkeit führt. Es ist die Leistung der europäischen Revolution des ausgehenden 18. Jahrhunderts und der ihr entsprechenden Rechtsphilosophie der Freiheit. Die nachrevolutionären

Kodifikationen des rechtsstaatlichen Strafrechts sind davon geprägt: Gesetzlichkeit des Strafrechts, Beschränkung auf substantielle Rechtsgüter, Schuldprinzip. Ein wesentlicher Entwicklungsschritt kommt im 19. Jahrhundert mit der modernen (industriellen) Gesellschaft hinzu. Eingesehen wird, daß die einzelne Person in der modernen Gesellschaft auch als Resultat institutioneller (familialer, gesellschaftlicher) Prägungen erscheint. Dies ist die epochale Erkenntnis der von Montesquieu und Hegel ausgehenden Gesellschaftswissenschaften. Auf die Ambivalenz der modernen gesellschaftlichen Entwicklung reagiert in noch unabgeschlossener Weise der Sozialstaat der distributiven Gerechtigkeit (oder teilhabenden Gerechtigkeit). Das wirkt sich auch auf das Strafrecht aus. Da auch das Verbrechen oder die Verbrechenshaltung (Habitualität) des Täters durch die gesellschaftliche Formung des Individuums mitbedingt sind, muß dem im Strafrecht und insbesondere in den Straffolgen Rechnung getragen werden. Notwendig ist daher eine nicht bloß abstrakte Strafgerechtigkeit, sondern konkretisierende Strafgerechtigkeit.

II. Gegensätzliche Tendenzen in der neueren Strafrechtsentwicklung

Nachdem zwei maßgebende Grundgedanken des neuzeitlichen Strafrechts – sein instrumental-präventionistischer Zug und seine freiheitlich-sozialstaatliche Legitimation – erinnert wurden, soll nun die jüngere Strafrechtsentwicklung in ihrer Ambivalenz betrachtet werden.

Den realen Hintergrund bildet eine Gesellschaftsentwicklung, die bei allem Fortschritt in den Möglichkeiten der Freiheitsverwirklichung auch durch Spaltungen und Krisen gekennzeichnet wird. Der innergesellschaftlichen Spaltung korrespondiert eine weltgesellschaftliche Gegensätzlichkeit, besonders im Nord-Süd-Verhältnis. Hegel und Marx haben das in der Grundlage treffend analysiert. Diese Ausgangslage gibt dem polizeistaatlichinstrumentalen Konzept eine vorläufige Priorität. Es ist das Recht der äußeren Notordnung, das Hegel als gesellschaftlichen „Not- und Verstandesstaat" begriffen hat. Auch für das Strafrecht bedeutet dies die permanente Aktualität des funktionalen Denkens. Nach Kant behält dagegen aber die permanente Kritik eines freiheitlichsozialstaatlichen Gerechtigkeitskonzepts ihre Kraft. Das prägt die moderne Entwicklung, die nun an einigen Phänomenen betrachtet werden soll.

Unser Jahrhundert, das ausgehende 20., beginnt im Zeichen der sozialen Krise mit einer entschiedenen Funktionszuweisung an das Strafrecht. Der Zweckgedanke, der Instrumentalismus im Rechtsdenken erfaßt erneut das Strafrecht. Franz von Liszt definiert in seinem kriminalpolitischen Programm das Strafrecht radikal als Präventionsinstrument zur Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung. „Unschädlichmachung" ist ein Terminus, der im deutschen brutal klingt. Zunächst eher naiv ausgesprochen, schwingt darin doch mit Schädlingsbekämpfung, Ausrottung, also die furchtbare Vernichtungstechnik dieses Jahrhunderts – als hätte man es nicht auch mit Menschen, mit Rechtssubjekten zu tun, die bei aller notwendigen Härte den Zweck des Rechts und der Strafe mitkonstituieren. Gesetzgeberisch am deutlichsten wird das instrumentale Programm verwirklicht in den sog. Maßregeln der Sicherung und Besserung, die neben den Strafen eingeführt

wurden durch das sog. Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933. Besonders exemplarisch ist hier die Maßregel der Sicherungsverwahrung, also die unbestimmt dauernde Einsperrung von „Unverbesserlichen" (Terminus von Liszts), als hätte man es mit wilden Tieren zu tun. In der prognostischen Behauptung der Unverbesserlichkeit und der unbestimmten Sicherungsstrafe oder Maßregel gelangt der Instrumentalismus zum Extrem. So hat denn die eigentlich strafrechtliche Kritik sich damit nie beruhigt. Stets war die Sicherungsverwahrung dem Einwand des „Etikettenschwindels", der ungerechten Verdoppelung von Strafe ausgesetzt. In Deutschland wurde ihr Anwendungsbereich in der Strafrechtsreform der 60er Jahre reduziert. In europäischer Sicht befindet sie sich insgesamt auf dem Rückzug.

Aber am empiristischen Funktionalismus selbst entwickelt sich noch eine andere Seite, worin die freiheitliche oder soziale Strafgerechtigkeit zum Vorschein kommt. Das entschiedene Sich-einlassen auf die Empirie, den Erfahrungsstoff von Verbrechensgründen und Strafwirkungen befördert ein einsichtigeres, maßvolleres Strafdenken, als es einer zu abstrakten Straftheorie entspricht. So ist von Liszts Doktrin zutiefts zweideutig. Er selbst hebt die sozialen, die gesellschaftlichen Bedingtheiten der habituellen Delinquenz hervor und betont, daß gerade die Freiheitsstrafe in der bisherigen Form das Übel noch verstärken und entsozialisierend wirken kann. Deshalb fordert er beispielsweise, die kurzen Freiheitsstrafen weitestmöglich abzuschaffen – eine durchaus aktuelle Position angesichts einer gesetzlichen Regelung auch in Deutschland, aufgrund deren noch viel zu viele kurzfristige Freiheitsstrafen (ca. 45 %) verhängt werden. Sodann plädiert er für die Einführung der Bewährungsstrafe, also der Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung, und andere Reformmaßnahmen. Bemerkenswerterweise sind es Kantianer unter von Liszts Nachfolgern, welche die hervorgehobene Seite der sozialen Strafgerechtigkeit fortführen. Gustav Radbruch – zwischen neukantianischem Denken und instrumentalen Vorstellungen schwankend – führt als sozialdemokratischer Justizminister der Weimarer Republik im Jahre 1923 das Jugenstrafrecht ein. Zu derselben Zeit kommt es zu Ansätzen einer dem Resozialisierungsgedanken verpflichteten Reform des Strafvollzuges (Reichsratsgrundsätze von 1923). Hieran zeigt sich die immanente Dialektik der neuzeitlichen Entwicklung: Am Funktionalismus selbst entwickeit sich die konkretisierende Strafgerechtigkeit.

Die beiden Fäden des bloßen Funktionalismus einerseits, der konkretisierenden Strafgerechtigkeit andererseits werden weiter fortgesponnen und konkurrieren bis heute. In Deutschland gewann nach 1933 ein extremer Funktionalismus die Oberhand: alles „Abweichende" war tendenziell der Vernichtung preisgegeben. Im Gegenzug kam es zu einer mächtigen Restitution des rechts- und sozialstaatlichen Strafrechts. Als Fixpunkte sind zu nennen: die entschiedene Rückkehr zum Schuldstrafrecht, die Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland von 1949, ein Sanktionensystem, das in der vorhin genannten Richtung reformiert wurde, also durch Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe, Ausdehnung der Bewährungsstrafe, Reform des Strafvollzuges durch das Strafvollzugsgesetz von 1976 nach dem Resozialisierungsgrundsatz. Auch in europäischer Perspektive schält sich der allgemeine Grundsatz heraus, daß total eliminierende „Strafen" überhaupt nicht in Betracht kommen. Das heißt: Keine Strafe darf einen unwiderruflich-totalen Grundrechtsverlust bedeuten. Weder das Berufsverbot, noch die Aberkennung der Bürgerrechte, noch die lebenslange

Freiheitsstrafe sind unwiderruflich. Nach einer bahnbrechenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1977 muß auch die lebenslange Freiheitsstrafe nach langjähriger Verbüßung überhaupt der Bewährung zugänglich sein. Auch der höchstschuldige Mörder bleibt – bei aller notwendigen Härte des Strafrechts – Teilhaber des Rechtsverhältnisses. Deshalb hat niemand das Recht, ihn von vornherein unwiderruflich auszuschließen. Diese Elemente der Linie gehören unaufhebbar zur europäischen Idee der Freiheit, wie sie sich auch in den Verbürgungen der europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 niedergeschlagen hat.

In jüngerer Zeit verstärkt sich allerdings wieder die instrumentale Linie in der Rechtsentwicklung. Bezeichnenderweise geschieht das auf den Krisenfeldern der modernen Gesellschaft, beispielsweise gegenüber dem Terrorismus in den 70er Jahren, gegenwärtig in Bezug auf das Rauschdrogenproblem. Hier besonders meint man, mit instrumentaler Repression weiterzukommen – obwohl doch klar sein sollte, daß das Strafrecht dem gerechten Schuldausgleich und nur mittelbar der Prävention dienen kann, und vor allem, daß die gesellschaftlichen Krisengründe, aus denen besonders junge Menschen in die Sucht fliehen, durch das Strafrecht niemals erreicht werden können. So haben wir vorläufig ein durch internationale Konventionen mitbestimmtes Drogenstrafrecht, das zur Totalität neigt: Alle möglichen Rauschdrogen werden pönalisiert, auch konsumbezogene Verhaltensweisen sind strafbar – angeblich wegen ihrer abstrakten Gefährlichkeit, gegen Süchtige (Abhängige) wird das Strafrecht zum Zwangsmittel der Therapie eingesetzt – all dies mit fragwürdigen Folgen wachsender Verelendung. In ihrer Erfolglosigkeit greift die Gesetzgebung zu immer totaleren Mitteln. Schon die Termini sind bezeichnend: Gesetz „zur Bekämpfung" des Rauschgifthandels, „Verbrechensbekämpfungsgesetz". Wieder eingeführt wurde die Strafe der totalen Vermögenskonfiskation; auch sollen Vermögensgegenstände auf Verdacht entzogen werden können. Im Prozeßrecht breiten sich geheimpolizeiliche Ermittlungsstrukturen aus. Der Geheimdienst – eigentlich für den Kampf nach außen vorgesehen – erhält Ermittlungsbefugnisse auf strafrechtlichem Feld, den gesamten internationalen Funkfernmeldeverkehr ohne Verdacht und ohne justizförmige Kontrolle zu überwachen.

Wohlgemerkt ist nichts einzuwenden gegen Gesetze, die veränderten Verbrechensformen Rechnung tragen. Aber Kritik verdient die Wiederkehr eines ungezügelten Instrumentalismus, wobei das Prinzip der Strafgerechtigkeit vergessen wird. Daraus könnte durchaus ein europäischer Trend werden: Eine europäische Wirtschaftsgesellschaft mit instrumental-polizeistaatlichen Rechtsformen. In Erinnerung früherer Erfahrungen und Erkenntnisse wird dagegen das Strafrechtsdenken den Faden der freiheitlichen Strafgerechtigkeit fortspinnen und durchsetzen.

Die strafrechtliche Entwicklung der Republik Estland in der ersten Seite des zwanzigen Jahrhunderts

Georg Ambach

Akademie Nord

Nach dem Ende des ersten Weltkrieges im Jahre 1918 konstituierte sich die Republik Estland (Eesti), in deren Territorium die ehemalige russische Provinz Estland und die nördliche Hälfte der Provinz Livland, als von einem homogenen Volke besiedelt, aufgingen. Eine der wichtigsten Aufgaben eines selbständig gewordenen Staates ist die Gestaltung einer einheitlichen Rechtsordnung, die nach der klassischen Gliederung besteht aus drei Hauptzweigen – öffentliches Recht, Privatrecht und Strafrecht. Nach der Herstellung der Selbstständigkeit Estlands am 24. Februar 1918 wurde bei der Umgestaltung des estländischen Rechtssystems im Jahre 1920 mit der Reformierung des Privatrechts (von der Regierung wurde eine Komission unter dem Vorsitz des Ratgebers des Justizministeriums, Igor Tjutrjumov eingesetzt) begonnen. Weil es nicht gut vorbereitet war, kam die Reformierung des Privatrechts schon im selben Jahre zu Ende.[1] Jetzt stand an der Reihe die Reformierung des Strafrechts.

1. Das Strafrecht der Republik Estland in der Anfangsperiode des XX Jahrhunderts[2]

Die estländische Rechtsgeschichte versichert, dass so wie im übrigen Russischen Reich, galten in strafrechtlicher Hinsicht auf dem Territorium zur Zeit der russischen Herrschaft das Strafgesetzbuch (*StGB*) vom Jahre 1845[3] (galtete vom Jahre 1846), das

[1] Wieder begann die neue Reformierung des Privatrechts im November 1923 unter dem Vorsitz des Justizministers Rudolf Gabrel. Schau mal M. Pihlamägi. Kohtuministeeriumi tegevusest aastail 1918-1940 (*Von Tätigkeit des Justizministeriums in der Zeitspanne von 1918-1940*). – Juridica 1999, nr. 1, S. 4-9.

[2] Im Jahre 2003 von 17. bis 19. September fanden in der Hauptstadt (Tallinn) der Republik Estland statt die Tage der estnischen und ungarischen Rechtgeschichtsforschern. Diese drei Tagen vergangen mit dem Vortragen und Diskussion der Beteiligten. Am 19. September stand auch ich an der Reihe mit dem Vortrag über die strafrechtliche Entwicklung Estlands in der Aanfangsperiode des XX Jahrhunderts. Damals fang ich mein Vortrag an mit nächsten Worten: „Am 26. März 2004 vergeht drei viertel Jahrhundert vom angenommen des neuen estländischen Strafgesetzbuchs (StGB) vom dritten Parlament. Aus diesem Grunde steht im Mittelpunkt meines Vortrages das estländische StGB vom Jahre 1929". Schau mal G. Ambach. Das Strafrecht der Republik Eesti in der Anfangsperiode des zwanzigen Jahrhunderts. – (Publications of University Nord), Tallinn, 2004, S.53-69.

[3] Die Esten nennen dieses StGB – das alte russische StGB.

StGB für Friedensrichter vom Jahre 1864[4] und einige Teile des neuen russischen *StGB* vom Jahre 1903.[5] Am 24. Februar 1918 drangen auf den Territorium der Republik Estland die deutsche Truppen ein und begann die deutsche Okkupation. Es ist ja verständlich, dass ohne Recht keine Ordnung und keine Macht ist. Deswegen setzten die deutsche Okkupationsmächte das neue russische *StGB* vom Jahre 1903 im ganzen Umfange in Kraft, aber mit wesentlichen Änderungen, besonders im Strafsystem, wobei als Unterlage das geltende deutsche *StGB* diente. Gleich nach Beendigung der deutschen Okkupation keherte die estnische Regierung zurück zum russischen System. Mit dem Gesetz vom 19. November 1918[6] traten in Kraft alle russische Gesetze, die auf dem Territorium der Republik Estland am 24. Oktober 1917 in Kraft gewesen waren. In Kraft trat auch die russische Strafprozessordnung, die nicht im Einklange mit dem neuen russischen *StGB* war.

Das *StGB* vom Jahre 1845 mit Änderungen vom Jahre 1885 war schon stark veraltet, aber für den estnischen Juristen wohlbekannt, weil viele von ihnen beendeten die Juristenfakultät in der russischen Universitäten (in Petersburg und in Moskau). Aus diesem *StGB* enthielt eine umfassende Judikatur der russischen Zeit. Für die jungen estländischen Gerichte war das natürlich besonders erwünscht. Ein wenig später wurde aber erkannt, dass dieser Zustand im Strafrecht nur ein kurzfristiger und vorübergehender ist. Die weitere Entwicklung des Strafrechts der Republik Estland begann in zwei Richtungen:

1) die Novellengesetzgebung, um notwendige Lücken auszufüllen und unabwendbare Änderungen durchzuführen und

2) man begann mit Vorarbeiten zum Entwurf eines neuen estländischen StGB.

Karl Saarmann notiert in seiner Publikation vom Jahre 1926 „Das Strafrecht in Eesti (Estland)" einige wichtigsten Novellen der estnischen Strafgesetzgebung [z. B. das Gesetz vom 11. April 1920.[7] Mit diesem Gesetz wurde Kapitel 28 (Paragraphen 530-540) des neuen russischen *StGB* 1903 betreffend Beleidigung in Kraft gesetzt. Aus dem StGB vom Jahre 1845 wurden gleichzeitig die Paragraphen 214, 215, 260, 261, 279, 280, 282, 283, 286, 286[1], 287, 288, 400, 1039, 1040, 1263, 1534, 1535, 1536 und 1539 und aus dem *StGB* für Friedensrichter 1864 die Paragraphen 31, 130, 131, 132, 133, 134, 135 und 138 außer Kraft gesetzt, aber nur insoweit, als die Tatbestände der letztaufgezählten Strafgesetze in den Strafgesetzen der Paragraphen des neuen russischen *StGB* enthalten sind.).

Die Grundidee dieser Novelle war folgende: im *StGB* vom Jahre 1845 und im *StGB* für Friedensrichter waren die Tatbestände der strafbaren Handlungen gegen die Ehre zerstreut und lagen weitab von einem einheitlichen System. Außerdem enthielt dieses System den Tatbestand der sogenannten Diffamation, d. i. Verleumdung in der Presse mit der prozessualen Ausnahme, dass eine *exeptio veritatis* nicht zugelassen wurde, außer dem schriftlichen Wahrheitsbeweis bei Verleumdung der öffentlichen

[4] Schau mal näher G. v. Glasenpapp Gesetzbuch der Criminal-und Correktionsstrafen und Gesetz über die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen. 2. Aufl, VI. Dorpat, 1892.

[5] Das neue russische StGB (Ugolovnoje uloženie). Allerhöchst bestätigt am 22. März 1903. Aus dem Russischen übersetzt von O. S: Bernstein. II Aufl. Mit einem Anhang: Stichwörterverzeichnis bearbeitet von O. Höchtl. Berlin: J. Guttentag, 1916.

[6] RT1918, 1 = Riigi Teataja (Staatsanzeiger).

[7] RT 1920, 59/60, 166.

Tätigkeit einer Person (das *StGB* vom Jahre 1845 § 1039). Jetzt war aber derselbe Tatbestand, ohne die vorgenannten prozessualen Besonderheiten, parallel im § 1535 des *StGBs* 1845 vorgesehen, und es war sozusagen dem Gutdünken des Klägers überlassen, nach dem einen oder anderen Gesetz die Klage einzuleiten. Die meisten griffen selbstverständlich zum § 1039, der ihnen prozessuale Vorzüge bot. Um nun diesen allerseits erkannten Mißständen abzuhelfen, wurde beschlossen, Kapitel 28 des neuen russischen StGB 1903 in Kraft zu setzen. Damit wurde endlich mit dem abnormen Tatbestand der Diffamation aufgeräumt und zugleich ein einheitliches System der Tatbestände der strafbaren Handlungen gegen die Ehre erlangt.

Geblieben ist nur ein Mißstand und zwar die Tatbestände außer Kraft gestellten Gesetze und die Tatbestände der Gesetze des Kapitel 28 neues russischen *StGBs* decken sich nicht vollständig. Besonders gilt es von der tätlichen Beleidigung. Während nach dem außer Kraft gesetzten System unter den Tatbestand der Beleidigung auch leichte Körperverletzungen fielen, gelten nach dem neuen russischen StGB Tätlichkeiten, d. h. körperliche Angriffe, auch wenn sie Ausdruck der Mißachtung sind, als Körperverletzungen behandelt, nicht in Kraft, folglich müssen in einigen Fällen die außer Kraft gestellten Gesetze doch angewandt werden. Deshalb war in der Novelle eingedrückt die Klausel: insoweit, als die Tatbestände im Kapitel 28 des neuen russischen *StGB* vorgesehen sind. Im allgemeinen muss aber anerkannt werden, dass der Übergang zum neuen System der strafbaren Handlungen gegen die Ehre richtig und zweckmäßig ist.[8]

Die nächste, kriminal-politisch sehr wichtige Novelle wurde am 2. Juli 1920[9] von der Begründungssammlung[10] angenommen, aber trat in Kraft am 16. August 1920. Diese Novelle enthält die Einführung der bedingten Verurteilung. Die Notwendigkeit der Einführung Instituts benötigt keiner Rechtfertigung. Inhaltlich schließt sich die Novelle vom 2. Juli 1920 dem belgisch-französischen oder kontinentalen System an, enthält folglich nicht die bedingte Verurteilung im wörterlichen Sinn, sondern die bedingte Strafaussetzung.[11] In der Novelle steht, dass die Anwendung der bedingten Verurteilung ist erschwert durch die Bindung der Anwendung nicht nur an die ausgeschprochene Strafe (nicht über 6 Monate Gefängnis usw.), sondern auch an die angedrohte Strafe (nicht über 1 Jahr und 6 Monate Gefängnis usw., beides ohne Ehrverlust). Weiter können wir aus dieser Novelle auslesen, dass der bedingt Verurteilte darf nicht schwerer als mit Arrest vorbestraft sein. Die zweitmalige Anwendung der bedingten Verurteilung ist verboten.[12]

[8] K. Saarmann. Das Strafrecht in Eesti (Estland), S. 626-627.
[9] RT 1920, 119/120, 247.
[10] Asutav Kogu = das Parlament.
[11] Über die bedingte Verurteilung schau mal näher F. v. Liszt. Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung. – Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. 3. Berlin, 1908; A. Lenz. Die anglo-amerikanische Reformbewegung im Strafrecht. Eine Darstellung ihres Einflusses auf die kontinentale Rechtsentwickelung. Stuttgart. Vrlg. von F. Enke, 1908; E. Rosenfeld. Welche Strafmittel können an die Stelle der Kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden? Von der Marburger Juristischen Fakultät gekrönte Preisschrift. Berlin: J. Guttentag, 1890; F. Exner. Die Theorie der Sicherungsmittel. Berlin: J. Guttentag, 1914.
[12] Wie stand die Frage der bedingten Verurteilung in der Übergangsperiode im litauischen Strafrecht? Professor Wlad. Stankevič notiert: „In der litauischen allgemeinen und Fachpresse wurde schon öfters die Notwendigkeit der Einführung der bedingten Verurteilung erörtert. Im Prinzip lehnt sich niemand dagegen auf, sie hat auch keine Gegner, aber die praktische Durchführung dieser Frage ist dem neuen

2. *Die Entscheidung des ersten Parlaments, die Arbeit der Komission und der Entwurf des estländischen StGBs*

Die Frage der drei russischen *StGB* wurde mehrmals erörtert im Parlament und auch in der Medien. An Stelle dieser drei *StGB* musste ein einheitliches neues *StGB* treten. Nach einigen Bedenken entschied das erste Parlament am 29. Juli 1921 das neue russische *StGB* vom Jahre 1903 als Basis zu ergreifen. Die Entscheidung des ersten Parlaments war das Zeichen für Anfang der Strafrechtsreform der Republik Estland.

Im zweiten Richtung verlief die Entwicklung des Strafrechts so, dass am 1. März 1922 wurde von der Regierung eine Zehngliedrige Komission (bestand aus wohlbekannten estnischen Juristen: Alfred Maurer, Tõnis Kalbus, Jüri Jaakson, Rein Eliaser, Anton Palvadre, Paul Välbe, Konstantin Trakmann, August Mahoni und Karl Saarmann[13]) unter dem Vorsitz des Leiters der Kodifikationsabteilung beim Justizministerium, Johan Reinhold eingesetzt. Die Komission begann mit der Arbeit am 12. März 1922 um 11 Uhr im Justizministerium (damals befand auf Toompea, Lossi plats 7).

Im Anfang der Arbeit der Komission kam Karl Saarmann heraus mit seiner Thesen über das neue *StGB* und zeigte den anderen Komisionsmitglieder den Strafgesetzentwurf zum allgemeinen Teil vor. Die Komission war mit dem Vorentwurf des allgemeinen Teil *StGBs* nach einige Änderungen einverstanden. K. Saarmann stand im Mittelpunkt der Komissionarbeit und war rechenschaftspflichtig.

Die Arbeit der Komission war so aktiv, dass schon im Sommer 1922 veröffentlichte sie einen Vorentwurf zum allgemeinen Teil. Ein wenig später – im Frühling 1923 einen Vorentwurf des ganzen Gesetzbuches (allgemeine Teil, besondere Teil) und 1925, nach dem Schluss der Arbeiten am 17. Dezember 1924, den Gesetzentwurf zu einem neuen *StGB*. Noch im selben Jahre wurde dieser Entwurf von der Regierung dem Parlament unterbreitet, dass eine Komission einsetzte aus seiner Mitte zur Durchsicht des Entwurfs. Damals glaubten viele, dass der Strafgesetzentwurf wird spätens in der Herbssession 1926 Gesetz werden. Die Geschichte wollte aber

Sejm vorbehalten, da die Legislaturperiode des jetzigen schon abgelaufen ist." Schau mal näher W. Ctankewič. Das litauische Strafrecht. – Ostrecht. 2. Jahrgang, Juni 1926. Heft 6. C. Heymanns Vrlg, Berlin, S. 631-633.
[13] Der Jurist K. Saarmann (19.01.1893–02.04.1948) war der Grundautor des neuen estländischen StGBs Entwurfs und auch führend aktiv in der Strafrechtsreform der Republik Estland. In der Zeitspanne von 1927 bis 1935 war er der erste estnische Professor für Strafrecht an der estnischen nationalen Universität Tartu (für Ausländer mehr bekanntals Universität Dorpat). Er war ein großartiger Theoretiker und fähiger Praktiker. K. Saarmanns Dienst im Gerichtsystem der Republik Estland begann am 23. November 1918 und kam zu Ende am 31. Dezember 1940. In der Zeitspanne von 1918 bis 1940 war er der Untersuchungsrichter, der Friedensrichter, der Ratgeber des Justizministeriums, der Mitglied der Gerichtspalate und der Mitglied des Staatsgerichtes. K. Saarmann ist der Koruphäe des estländischen Strafrechts. Seine Name hat verdient die Aufmerksamkeit und Verewigung. Der Tod von Professor K. Saarmann jährte sich am 2. April 2005 zum sieben und fünfzigsten Mal. Schau mal G. Ambach Dissertation: Karl Saarmann – der Gestalter und Entwickler des estländischen Strafrechts. – Akadeemia Nord, 2005.

anders und der Entwurf wurde als Gesetz erst im Jahre 1929 vom Parlament angenommen.

Das neue *StGB* der Republik Estland war also am 26. März 1929 vom dritten Parlament angenommen, aber hat Geltung erlangt erst am 1. Februar 1935. Dieses Daatum ist für die Esten wichtig erstens darum, dass am diesen Tag sieghaftlich beendete die Strafrechtsreform und neben dem neuen *StGB* setzten in Kraft auch die andere für Estland wichtige Gesetze, wie z. B. das *StGB* der Strafprozessordnung,[14] das Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafen,[15] das Distziplinarstrafgesetzbuch[16] und noch viele andere. Zweitens aber ist dieses Datum wichtig darum, dass mit Ende der Strafrechtsreform errichteten in der Republik Estland die Ende drei russische Strafgesetzbücher – das alte *StGB* vom Jahre 1845 (in der Redaktion vom Jahre 1885, mit Anderungen und Zusätzen bis 1917), das StGB für Friedensrichter vom Jahre 1864 und einige Teile des neuen russischen *StGB* vom Jahre 1903.

3. Die zusammenfassende Charakteristik des estländischen StGBs vom Jahre 1929

Das estländische *StGB* vom Jahre 1929 ist keine von Grund aus neue Arbeit [so z. B. wie das norwegische *StGB* (*Straffelov*) vom Jahre 1902],[17] sondern eine Umarbeitung russischen *StGB* vom Jahre 1903.[18] Aus diesem Grunde will ich kurz berichten über diese wesentliche Änderungen und Zusätze, die sich im allgemeinen und besonderen Teil des estländischen *StGB* finden.

Das estländische *StGB* vom Jahre 1929 besteht aus dem allgemeinen und besonderen Teil und enthält 647 Paragraphen (das russische *StGB* vom Jahre 1903 enthält 687 Paragraphen).

3.1. Der allgemeine Teil des estländischen StGBs 1929

Der allgemeine Teil des estländischen *StGBs* besteeht aus 73 Paragraphen. Gesetztechnisch ist zu bemerken, dass das russische *StGB* 1903 keine Einteilung in allgemeinen und besonderen Teil konnte: Kapitel 1 behandelte die allgemeinen Normen, die übrigen Kapitel die besonderen Normen. Deshalb entsprechend dem ersten Kapitel des russischen *StGB* vom Jahre 1903, enthält der allgemeine Teil des estländischen *StGBs* 1929 10 Kapitel. Die Änderungen im allgemeinen Teil betreffen

[14] RT 1934, 89, 720.
[15] RT 1931, 20, 121.
[16] RT 1934, 81, 679.
[17] Allgemeine Bürgerliche Strafgesetz für das Königreich Norwegen. – Mitteilungen der IKV 1905. Bd. 12. Beilage 1.
[18] Karl Saarmann schrieb schon im Jahre 1926, dass den Grundton des Strafgesetzentwurfs bildet das neue russiche StGB vom Jahre 1903, in dem aber wesentliche Änderungen vorgenommen sind. Schau mal K. Saarmann. Das Strafrecht in Eesti (Estland), S. 629.

hauptsächlich die Strafreformen. Das 1. Kapitel behandelt den Begriff der strafbaren Handlung (§ 1), das Verzeichnis der Hauptstrafen (§ 2) und die Dreiteilung der Strafbaren Handlungen (§ 3).

Die neue Strafenleiter des estländischen *StGBs* zeigt, dass die russische Verschickung zur Transportation und die Festungshaft sind weggefallen und Korrektionshaus und Gefängnis verschmolzen. Das estländische *StGB* 1929 kennt nur fünf Hauptstrafen und sie sind:

1) die Todesstrafe;

2) das Zuchthaus;[19]

3) das Gefängnis;

4) der Arrest (die Haft);

5) die Geldstrafe.

Von genannten Strafen ergibt sich daraus, dass das estländische *StGB* 1929 enthält nur drei Freiheitsstrafen, von denen das Zuchthaus und das Gefängnis inhaltlich gleiche Strafarten sind. Die Unterscheidung diesen Freiheitsstrafen steht nur in den Fristen. Beide Strafarten hätten natürlich auch nur eine gemeinsame Benennung erhalten können, die Sondernamen – Zuchthaus und Gefängnis – sind auf die Erwägung zurückzuführen, der Dreiteilung der strafbaren Handlungen formell auch drei Arten von Freiheitsstrafen gegenüber zu stellen [Verbrechen – *Zuchthaus* (§ 13); Vergehen – *Gefängnis* (§ 14) und Übertretungen – *Arrest* (§ 15)].[20]

Im allgemeinen Teil behandeln das Strafensystem die folgende Kapitel: 3 – von den Strafen im besonderen, 4 – von der bedingten Verurteilung, 5 – von der bedingten Entlassung, 8 – von den Sstrafmilderungen und Ersatzstrafen, 9 – von der Strafschärfung und 10 – von den Strafaufhebungsgründen.

Die Frage, was die Hauptstrafen im einzelnen betrifft, so hat die Todesstrafe (§ 12) auch im Parlament der Republik Estland größere Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen, ist aber schließlich von der Mehrheit angenommen. Jetzt aber wollen wir wissen, welche Rolle hatte die Todesstrafe im estländischen *StGB* 1929? Die Antwort ist: eine untergeordnete Rolle, weil sie war im besonderen Teil nur in vier Paragraphen vorgesehen. Die Todesstrafe war im besonderen Teil vorgesehen im solchen Paragraphen, wie:

1) beim Hochverrat (§ 74);

2) bei dem schwersten Fall des Landesverrats (§ 80);

[19] Im Anselm Paul Johann Ritter von Feuerbach´s (1755-1833) StGB vom Jahre 1813 (Baierisches StGB) bedeutete das Zuchthaus „die Kettenstrafe". Aus der estnischen Sprache müsste diese Strafart wörterlich übersetzt "die Zwangsarbeit", inhaltlich aber entspricht siie dem Begriff des Zuchthauses. Schau mal näher K. Saarmann Das Strafrecht in Eesti (Estland). –Ostrecht. Monatsschrift für das Recht der osteuropäischen Staaten.. 2. Jahrgang, Juni 1926, Heft 6. C. Heymanns Vrlg. Berlin, S. 629-630; K. Saarmann. Die Strafrechtsreform in Estland. – Zeitschrift für Ostrecht. Sonderdruck aus Jahrgang Heft. C. Heymanns Vrlg, Berlin, S. 371.
[20] Die StGBer verschiedenen Staaten des XX Jahrhunderts enthalten im großen Teil zwei oder drei Freiheitsstrafen. In diesem Grunde enthält auch das estländische StGB 1929 drei Freiheitsstrafen. Die Strafnormen zeigen die Kultur und die Macht der Gesellschaft eines Staates. – N. K. Androlaukis. Über den Primat der strafe. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1996, Nr 8, S. 300 ff.

3) beim Morde (§ 421) und

4) beim Raube (§ 555).

Bei den zwei letzteren Paragraphen hat man die Todesstrafe nur in den schwersten Fällen vorgesehen. Beim Morde und Raube ist zu beachten, dass die Todesstrafe wahlweise neben lebenslänglichem Zuchthaus angedroht war und nur die Fälle des Hochverrats und des Landesverrats die Todesstrafe als Normalstrafe kennten. Die Möglichkeit der Strafmilderung (lebenslängliches Zuchthaus) war übrigens auch in den letzten Fällen vorgesehen. Die Todesstrafe war durch Erhängen oder Vergiften zu vollziehen (§ 12). Die Vergiftung als Vollzugsart war nur auf entsprechenden Wunsch des Verurteilten anwendbar. Obgleich man diese Vollzugsart einen legalisierten Selbstmord genannt hat, sollte dieser Umstand an und für sich kein prinzipielles Hindernis zur Aufnahme dieser Vollzugsart der Todesstrafe in das estländische StGB bilden.[21]

Bei schwereren Freiheitsstrafen wie das Zzuchthaus und das Gefängnis betrifft an, dass das Zzuchthaus lebenslänglich ist oder 4 bis 15 Jahren und das Gefängnis von 2 Wochen bis 6 Jahren zu bemessen. Im besonderen Teil des *StGBs* sieht bei den einzelnen strafbaren Handlungen nur das Höchstmaß der Strafe vor (nach der gewöhnlichen Formel – „nicht über"). Durch das Höchstmaß der Strafe ist dem Richter ermöglicht (nach den Vorschriften des allgemeinen Teils, § 53), die Strafmilderung in ganz besonders weitem Maße vorzunehmen, so z. B. von 15 Jahren Zuchthaus auf Gefängnis nicht unter 2 Jahren herunterzugehen (und auch dieses noch bedingt auszusprechen – siehe weiter unten). Die Absicht des Vollzuges dieser beiden Strafarten ist die Besserung des Bestraften (ist bekannt als Progressivsystem).

Von diesem Ziel ausgehend, hat nun das Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafen für die beiden Strafarten den Vollzug in Sstufen vorgesehen. Das Vollzugsgesetz (*VG*) kennt solcher Sstufen drei: die erste Sstufe ist hauptsächlich der Prüfung der Häftlinge gewidmet; die zweite Stufe als die Hauptstufe, soll nach Möglichkeit der Besserung des Bestraften dienen; die dritte und zygleich auch die letzte Stufe ist als eine Aart Übergangsstufe zur bedingten Entlassung gemeint.[22]

Das *VG* sieht als Mittel zur Besserung des Bestraften zwei vor: die Disziplinarstärkung und die Gewöhnung an Arbeit; es soll die Arbeitswilligkeit im Bestraften erhebt werden, zugleich soll er zu gesellschaftlichem Betragen angehalten werden. Diese beiden, von dem Beamtenart der Strafanstalt in jedem Monat gesondert nach dem Merkensystem zu bewertenden Besserungsmomente ermöglichen dem Bestraften aufsteigen in den Stufen und erlangten die bedingte Entlassung.

Speziell als Werklehre neben der Arbeit, ist auch die Schulbildung im Unfgange der in Estland allgemein obligatorischen 6-klassigen Grundschule vorgesehen.

Der Arrest[23] (§ 15) als die dritte Art der Freiheitsstrafe, wird von 1 Tage bis zu 6 Monaten bemessen. Die mit Arrest Bestraften unterliegen nicht dem Stufenvollzug, doch sind die Häftlinge zu einer von ihnen selbst gewählten und in der Strafanstalt durchführbaren Tätigkeit anzuhalten.

[21] K. Saarmann. Die Strafrechtsreform in Estland, S. 372

[22] G. Ambach. Das Strafrecht der Republik Eesti in der Anfangsperiode des zwanzigen Jahrhunderts, S. 56-57.

[23] Die Haft.

Im allgemeinen Teil des estländischen *StGBs* 1929 ist das Höchstmaß der Geldstrafe (§ 17) nicht vorgesehen. Das *StGB* kennt als wichtigsten Nebenstrafen der Ehrverlust und die Geldnebenstrafe. In den Verlust des erworbenen Rechte zerfällt der Ehrverlust, so Amtsverlust im Staats- und Kommunaldienste, Verlust der militärischen Dienstgrade und Ehrenzeichen, Verlust der staatlichen Pension und in der Beschränkung der subjektiven öffentlichen Rechte.

Das estländische *StGB* 1929 kennt an sonstigen Nebenstrafen die Urteilbekanntmachung, den Verlust des Rechts zur Ausübung einzelner Berufe, die Einziehung einzelner Gegenstände und die Landesverweisung für Ausländer.

Vom estländischen *StGB* werden formell als Ersatzstrafen behandelt die Maßregeln der Besserung für Jugendliche.[24] Für Jugentliche kennt das *StGB* als besondere Maßregeln die Verweisung in eine Besserungsanstalt, die Einschließung in besondere Räume im Gefängnis und die Stellung unter Schutzaufsicht. Dem Richter ist die Möglichkeit gegeben, den Jugendlichen bei jeder strafbaren Handlung des Besserungsanstalt zu überweisen, welche also das Hauptkontingent der jugendlichen Verbrecher beherbergen wird. Für schwerverbesserliche jugendliche Verbrecher ist das Gefängnis als eine Isolationsanstalt, die Stellung unter Schutzaufsicht dagegen als Maßregel für jugendliche Zufallsverbrecher. Die Jugendlichen werden den Besserungsanstalt "bis zur Besserung", also ohne eine vom Richter festgesetzte Frist verweisen.

Im allgemeinen ist hinsichtlich der Strafmilderung hervorzuheben, dass das estländische *StGB* 1929 diese in sehr weitem Umfange zulässt. Ohne nähere Begründung ist die Anwendung der Strafmilderung im Urteil zulässig. Gestattet ist: Übergang von der Todesstrafe zum lebenslänglichen Zuchthaus, von diesem zum befristeten Zuchthaus, von dem letzteren zum Gefängnis nicht über 1 Jahr zum Aarrest; und nicht gestattet ist: der Übergang von dem Arrest zur Geldstrafe. Für Greise,[25] Frauen und Minderjährige ist die Todesstrafe obligatorisch durch eine entsprechende Freiheitsstrafe zu ersetzen.

Als besondere Maßregel der Besserung enthält das estländische *StGB* 1929 in der 4. Kapitel die bedingte Verurteilung, die nach dem belgisch-französischen System aufgebaut ist und bedeutet richtiger bedingte Strafaufsetzung. Die bedingte Verurteilung ist anwendbar auf Strafen nicht über 3 Jahre Gefängnis ohne Ehrverlust. Ausgenommen ist die Geldstrafe, die nicht bedingt ausgesprochen werden kann; zulässig ist dies dagegen beim Arrest.[26]

Die Bewährungsfrist wird im Urteil festgesetzt, doch soll sie nicht weniger als 1 Jahr und nicht mehr als 3 Jahre betragen. Besondere Bedingungen oder Aufsicht durch besondere Beamte während der Bewährungsfrist ist nicht vorgesehen.

Weiter sieht das estländische *StGB* 1929 im § 33 vor, dass die bedingte Entlassung kann nur dann angewandt werden, wenn der Bestrafte wenigstens die Hälfte der Freiheitsstrafe (bei lebenslänglichem Zuchthaus 10 Jahre) und jedenfalls nicht weniger

[24] Das estländische StGB 1929 versteht unter Jugendlichen Minderjährigee von 12 bis 17 Jahren, deren Zurechnungsfähigkeit bei einer konkreten strafbaren Handlung das Gericht bejaht hat (sog. Relative Zurechnungssfähigkeit).

[25] Personen, die über 70 Jahre sind.

[26] K. Saarmann. Die Strafrechtsreform in Estland, S. 375.

als 3 Monate verbüßt hat. Hiernach ist die bedingte Entlassung schon bei einer Sstrafe von 6 Monaten Gefängnis möglich. In die Hälfte der Strafzeit (nicht aber in die 3 Monate) ist die vom Richter auf die Strafe angerechnete Untersuchungshaft einzubeziehen.

Der 10. Kapitel des estländischen *StGB* 1929 behandelt die Strafaufhebungsgründe. Als Strafaufhebungsgründe sind hier vorgesehen die Verjährung (§ 69) und die Begnadigung (§ 73). Paragraph 69 kennt drei Arten der Verjährung:

1) die Verfolgungsverjährung – vom Ausführungszeitpunkt der strafbaren Handlung bis zum Beginn der Strafverfolgung;

2) die Strafverjährung – vom Ausführungszeitpunkt bis zum ersten Urteil und

3) die Vollstreckungssverjährung – von der Rechtskraft des Urteils bis zum Beginn des tatsächlichen Vollzugs.

Die Fristen der ersten Art der Verjährung sind:

1) 10 Jahre für Verbrechen;

2) 5 resp. 3 Jahre für Vergehen und

3) 1 Jahr für Übertretungen.

Die anderen Verjährungsarten haben für Verbrechen und Vergehen das doppelte und für Übertretungen das dreifache Maß der vorgenannten Fristen.

Nach § 73 des estländischen *StGBs* 1929 ist die Begnadigung eine Funktion der Staatsregierung (später des Staatsältestes).[27]

3.2. Der besondere Teil

Der besondere Teil des estländischen *StGBs* teilt sich in 37 Kapitel, von denen die Kapitel 1 bis 21 die strafbaren Handlungen gegen die Rechtsgüter der Gesamtheit, die Kapitel von 22 bis 36 diejenigen gegen die Rechtsgüter der Einzelnperson und das letzte – die 37. Kapitel – die Amtsverbrechen behandelt.

Ohne einzugehen auf alle Tatbestände des besonderen Teils, soll im weiteren nur auf die mehr oder weniger eigenartigen Tatbestände der einzelnen strafbaren Handlungen des estländischen *StGBs* 1929 hingewisen werden. Ich finde es genügt darauf hinzuweisen, dass das *StGB* vom Jahre 1929 im großen und ganzen die Tatbestände des russischen *StGBs* 1903 übernommen hat. Deswegen schauen wir im besonderen Teil des estländischen *StGBs* an nur einige Kapitel. Das 1. Kapitel (§-en 74-79) ist betitelt *Verbrechen gegen die höhere Staatsgewalt* unt enthält außer dem Tatbestand des Hochverrats (§-en 74-76), den Tatbestand der gewaltsamen Hinderung des Aamtsausübung der drei Träger der höchsten Staatsgewalt der Republik Estland des Parlaments, der Sstaatsregierung und des Reichsgerichts sowie auch ihrer einzelnen Mitglieder (§-en 77-78). In scwereren Fällen sieht die Höchststrafe das Zuchthaus bis zu 10 Jahren vor.

[27] Die Ordnung der Begnadigung kann man finden RT 1835, 103, 864.

Das 11. Kapitel (§-en 239-253) enthält *die Verbrechen gegen die Wohlfahrt* und ist auf den Tatbestand *der Preistreiberei* hinzuweisen. Das estländische *StGB* 1929 versteht unter Preistreiberei die übermäßige Preissteigerung der Lebensmittel und anderer wichtiger Bedarfsartikel durch Inhaber von Handels- und Gewerbebetrieben auf Verabredung mit anderen Inhabern gleicher Betriebe (hat gesetzlich regelt im § 239). In schwereren Fällen ist die Sstrafe das Gefängnis nicht über 1 Jahr und Geldnebenstrafe nicht über 3000 Kronen. Der Tatbeständ der Warenzurückhaltung gehört auch hierher (*StGB* § 240 – besonders Lebensmittel). Verbrechen gegen die Wohlfahrt ist auf den Tatbestand der Preistreiberei hinzuweisen.

Die Strafbaren Handlungen gegen *die öffentliche Ruhe* behandelt das 12. Kapitel (§-en 254-268). Aus diesem Kapitel wäre hinzuweisen auf die Ruhestörung bei religiösen Prozessionen und auch in religiösen Versammlungen.[28]

Den Zweikampf behandelt das 24. Kapitel (§-en 443-450). Man muss hierbei zu bemerken, dass der Entwurf zum estländischen *StGB* hatte den Zweikampf als *delictum sui generis* gestrichen. Die Strafrechtskomission des dritten Parlaments hat dieses Verbrechen behandelnde Kapitel des russischen *StGB* 1903 wieder eingeführt. Weil das estländische *StGB* 1929 eine Hauptstrafe vom Typ der Festung nicht kennt, ist die Hauptstrafe beim Zweikampf Gefängnis (in scwereren Fällen nicht über 6 Jahre).

Das 26. Kapitel enthält *die strafbaren Handlungen gegen die persönliche Freiheit* (§-en 460-475). Aus diesem Kapitel ist § 470 zu nennen. Dieser Paragraph behandelt den Zwang bei der bestimmung der Nationalität.[29]

Interessant ist es, dass der Professor für Verwaltungsrecht an der estnischen nationalen Universität Tartu – der Ungar Istvan Csekey[30] hat schon am 14. April 1927 in der Zeitungen „Budapesti Hirlap" und „Pester Lloyd" öffentlich gemeldet über das erste *StGB* (das war estländische *StGB* 1929) in der Welt, welche schutzt den Zwang des Bürgers der bestimmung der Nationalität. Diese Beiträge erzeugten die große Sensation. Am 30. April 1927 haben sechs Staaten ihre öffentliche Meinung über diese Aufsätze in Berliner Zeitung „Das Deutsche Tageblatt" und in Rostocker Zeitung

[28] In der Republik Estland waren nach dem Verfassungsgesetz vom Jahre 1920 Staat und Kirche getrennt und die Religion wurde als private Angelegenheit angesehen. Schau mal Das Grundgesetz des Freistaats Estland vom 15. Juni 1920. Berlin, 1928; K. Saarmann. Die Strafrechtsreform in Estland, S. 378.

[29] K. Saarmann notiert, dass dieser Tatbestand ist auf Grund des Autonomiegesetzes der Minderheiten ergangen. Als Grundlage zur Bildung von Kulturselbstverwaltungen solcher Minderheiten ist die Eintragung in den Kataster der Betreffenden Minderheit anzusehen. Schau mal K. Saarmann. Die Strafreform in Estland, S. 379; Paragraph 20 des Grundgesetzes des Freistaats Estland vom 15. Juni 1920.; K. Közli. Das Recht der Berlin 1927, S. 211 ff; Das Recht des freien Bekenntnisses der Nationalität (Völkerbund-Fragen, Zeitschrift der Deutschen Liga für Völkerbund. Berlin, Jg. 1927, Nr. 5, S. 95 ff.

[30] I. Csekey ist im Jahre 1889 geboren. An der nationalen Universität Tartu lehrte er das Verwaltungsrecht. Im Jahre 1931 begab er sich an die Universität Szegedi. Seine Publikationen: Jahrbuch des öffentlichen Rechts. XVI. Tübingen, 1928; Jahrbuch des öffentlichen Rechts. XXII. Tübingen, 1935; Seaduste väljakuulutamine Eestis (*die Gesetzveröffentlichung in Estland*) – Õigus 1926, nr 7, S.177-182, nr 8, S. 201-205. Schau mal näher Tartu ülikooli ajalugu (*die Geschichte der* Universität Tartu). III. Tallinn: Eesti Raamat 1982, S. 106.

„Mecklenburger Watre" gegeben. Das Vorbild der Republik Estland erzeugte die große Sensation in der Presse und Fachliteratur.[31]

Die Amtsverbrechen enthält das letzte, 37. Kapitel (§-en 598-647). In diesem Kapitel sind die verschiedensten Delikte zusammengefasst. Das gemeinsame Subjekt ist hier die Amtsperson.

Ein volliger Überblick des estländischen *StGBs* 1929 giebt uns das *StGB*: die kommentierte Ausgabe vom Jahre 1937 (der Umfang 414 Seiten). Diese kommentierte Ausgabe ist von Karl Saarmann und Karl Matto (1896-1942).[32]

Also, man kann das estländische *StGB* vom Jahre 1929 kurz und bündig charakterisieren mit nächsten Worten: Das estländische *StGB* vom Jahre 1929 war von Grund keine neue Arbeit, sondern eine Umarbeitung des russischen *StGBs* 1903. Weiter aber muss man unterstreichen, dass das estländische *StGB* 1929 war ein selbstständiges und zweisystemiges *StGB* (enthält die Strafen und die Sicherungsmittel, wie z. B. die bedingte Verurteilung und bedingte Entlassung). Inhaltlich war es Europäisches Recht und Normtechnisch erreichte den Weltstandard.

[31] Schau mal näher Dr. I. Csekey. A világ első büntetőtörvénykönye, mely a nemzetiség bevallásának szabadságát védelemben részesíti. Budapest, 1932. 19 Seiten.
[32] Album Academicum Universitatis Tartuensis 1918-1944. Bd. 2. Tartu, 1994, S. 67.

Aufklärerische Tendenzen im ungarischen Strafrecht

Georg Steinberg
Universität Hannover

1. Aspekte der ungarischen Strafrechtsgeschichte bis ins 19. Jahrhundert

Will man die Wirkungen der Aufklärung auf das ungarische Strafrecht zutreffend bestimmen und bewerten, so sind verschiedene Eigenheiten der historischen Situation zu berücksichtigen, die der spezifische Werdegang des ungarischen Strafrechts gezeitigt hat. Hier ist als erstes Eckdatum zu nennen die Zusammenfassung des mittelalterlichen ungarischen Gewohnheitsrechts durch Stephanus Werbőczy (ca. 1458-1541) im *Tripartitum opus iuris consuetudinarij inclyti regni Hungariae, 1514*. Dieser Kodex, der sämtliche Rechtsgebiete, also auch strafrechtliche Fragen abhandelt, hat formell nie Gesetzeskraft erlangt, galt aber lange Zeit als anerkanntes Gewohnheitsrecht, in Teilen bis 1945.[1]

Im Anschluss an und sich inhaltlich stützend auf die *Neue peinliche Landgerichtsordnung Ferdinands III., 1656*, das auch *Ferdinandea* genannte österreichische Strafgesetzbuch des Kaisers und ungarischen Königs Ferdinands III. (1608-57), initiiert Kardinal Leopold Kollonich (1631-1707) für Ungarn die Erstellung der *Forma processus juridicii criminalis seu Praxis Criminalis, 1687*. Zwar scheitern die Versuche, diesem Werk formale Gesetzeskraft zu verleihen, aber für die bis 1878 im Wesentlichen auf Gewohnheitsrecht fußende ungarische Strafrechtspraxis wird es zur wichtigsten Quelle.[2]

In der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts erfolgen erneute, ebenfalls misslingende Versuche, ein ungarisches Strafgesetzbuch zu erlassen. Der 1712 erstellte Entwurf einer *Praxis Criminalis Hungariae* zeigt sich auf der Höhe der Zeit: Die zeitgenössische Interpretation der *Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina), 1532* wird rezipiert, insbesondere Benedict Carpzovs (1595-1666) *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium, 1635*. (Früh-)aufklärerische Impulse finden sich dagegen nicht: Der Entwurf hält an den ständischen Unterschieden fest (den Privilegien des Adels im Strafverfahren, nämlich hinsichtlich der Verhaftung und des Beweiswertes von Zeugenaussagen); das Beweisrecht steht – bei einer ausdifferenzierten Indizienlehre – noch ganz im Zeichen des Geständnisses als *regina probationum*, so dass auch die Folter noch integrativer Bestandteil des Beweisrechts ist. Neben der Todesstrafe als *poena ordinaria* (in einfachen und qualifizierten

[1] Näheres bei Balogh, Dogmatik S. 182 sowie Szabó, Werbőczy, dort auch Näheres zur Person Werbőczys.
[2] Béli – Kajtár, Strafrecht S. 327-333; zur *Ferdinandea* Hartl, Grundlinien S. 14.

Varianten) besteht die stets willkürlich vom Richter festzusetzende *poena arbitraria* (etwa Gefängnis, Stockschläge). Auch die weiteren im Zentrum der aufklärerischen Debatte stehenden Fragen (Hexerei, Sittlichkeitsverbrechen, Abtreibung und Kindstötung) werden im Wesentlichen traditionell geregelt.[3]

Für das sogenannte Reformzeitalter[4] (1790-1848) sind – an dessen Beginn, 1795, und dessen Ende, 1843 – wiederum zwei Entwürfe und scheiternde Kodifikationsversuche für ein ungarisches Strafgesetzbuch zu verzeichnen. Beide spiegeln die Rezeption und die (begrenzte) Wirkung aufklärerischen Gedankenguts in Ungarn wieder, was bezogen auf den Entwurf von 1795 im Folgenden detaillierter nachgezeichnet wird.

Erst 1878 schließlich gelingt mit dem Gesetz Nr. V/ 1878 die Kodifizierung des materiellen ungarischen Strafrechts.[5] Bis zu diesem Zeitpunkt, und hierauf wird noch zurückzukommen sein, ist es also ein Charakteristikum des ungarischen Strafrechts, dass es im Wesentlichen durch Gewohnheitsrecht bestimmt ist, dass kein verbindlicher, mit allgemein anerkannter Gesetzeskraft ausgestatteter Kodex existiert.

2. Politische Situation Ungarns in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts

Für die hier interessierende Epoche der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ist die politische Lage Ungarns wesentlich bestimmt durch das Verhältnis zu Österreich. Seit Kaiser Ferdinand I. (1503-1564) im Jahr 1526 die ungarische Königswürde erlangt hat, ist das österreichisch-ungarische Verhältnis eng; gleichwohl gelingt es den ungarischen Ständen stets, eine verglichen mit den anderen österreichischen Erbländern besonders weit reichende Autonomie gegenüber dem König zu wahren. Dies wird besonders in absolutistischer Zeit augenfällig, indem es nämlich dem Sohn Maria Theresias (1717-1780) Joseph II. (1741-90) trotz seiner Bemühungen nicht gelingt, die Macht der Stände Ungarns wesentlich zu beschneiden.

Formal stützt sich der ungarische Adel auf die – ungeschriebene – Verfassung Ungarns, wie sie sich aus der *Goldenen Bulle, 1222* des ungarischen Königs Andreas' II. (reg. 1205-1235), aus deren Umschreibung und Interpretation in Werbőczys *Tripartitum* sowie aus weiteren Verträgen und Dokumenten des 17. und 18. Jahrhunderts ergibt. Dabei versteht es der ungarische Adel stets, seine Privilegien und exekutiven Machtbefugnisse zu sichern, am Ende des 18. Jahrhunderts etwa dokumentiert in der von Leopold II. (reg. 1790-92) sanktionierten

[3] Zu diesem Entwurf ausführlich Bónis, Entwurf; Balogh, Dogmatik S. 182-189. Zu weiteren misslingenden gesetzgeberischen Vorstößen 1722/23 und 1728/29 sowie zu mehreren um die Jahrhundertmitte erscheinenden strafrechtlichen Lehrwerken siehe Béli – Kajtár. Strafrecht S. 328, 330, 333: Dogmatisch sind auch sie sämtlich traditionell und ohne besondere (früh-)aufklärerische Anliegen.

[4] Zum Begriff (ungarisch: *reformkorszak*) vergleiche Csáky, Aufklärung S. 7, 9 mit Nachweisen.

[5] Hierzu ausführlich Király, Strafgesetzbuch; zur Entwicklung nach 1843 bis 1878 dort S. 221 f. Zur Person des Initiators Károly Csemegi (1826-1899) siehe Gönczi, Csemegi.

Unabhängigkeitsklausel des Landtags von 1790/91 (Gesetzesartikel X).[6] Eine wesentliche Rolle spielt dabei auch das seitens der Stände reklamierte Widerstandsrecht gegen den König, das teils aus der *Goldenen Bulle* und dem *Tripartitum*, teils aus dem Gesetzesartikel XXXIII von 1545 abgeleitet wird.[7]

Institutionell übt der Adel seine Macht aus in den sogenannten Komitaten, den lokalen Verwaltungsstellen Ungarns, die von Adligen dominiert sind und neben exekutiven auch legislative und judikative Kompetenzen haben. Das Widerstandsrecht konkretisiert sich hier, als „passiver Widerstand", in der Nichtdurchführung königlicher Gesetze, die nach Auffassung des jeweiligen Komitats der (ungeschriebenen) ungarischen Verfassung zuwiderlaufen – einer häufig geübten Praxis.[8]

Für den strafrechtlichen Bereich ist hier besonders relevant der passive Widerstand gegen Josephs II. *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung, 1787*, genannt *Josephina*. Dieses Gesetzbuch, das die *Constitutio Criminalis Theresiana, 1769* ablöst, ist ganz vom Reformwillen Josephs II. geprägt. Das große Verdienst der *Theresiana* lag vor allem darin, die Vereinheitlichung des Strafrechts in Österreich als Voraussetzung für inhaltliche Reformen herbeizuführen, im Übrigen war die Theresiana aber in ihrer inhaltlichen Ausrichtung gänzlich traditionalistisch.[9] Die *Josephina* hingegen steht im Zeichen der Aufklärung, wenn sie etwa die Gleichheit der Untertanen vor dem Gesetz, die strenge Bindung des Richters an das Gesetz, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit von Delikt und Strafe, Milderungen bei Religions- und Sittlichkeitsverbrechen sowie schließlich und vor allen Dingen den Ausschluss der Folter[10] realisiert.[11]

Gegen dieses Gesetz also, das 1787 formal als Strafgesetzbuch in Ungarn eingeführt wird, verweigern sich die ungarischen Stände unter Hinweis auf entgegenstehende Bestimmungen der ungarischen Verfassung.[12] Dabei geht es nicht eigentlich um die Wahrung spezifisch ungarischer Traditionen, denn die *Praxis Criminalis* von 1687, deren faktische – gewohnheitsrechtliche – Geltung die ungarischen Stände aufrechterhalten, ist kaum weniger österreichisch als die *Josephina*. Vielmehr geht es um die Wahrung der ständischen Gesellschaftsform: Es ist Josephs II. Festschreibung der rechtlichen Gleichheit aller Untertanen im Strafverfahren – und deren konsequente Umsetzung in die Praxis,[13] die dem ungarischen Adel ein Dorn im Auge sind.

[6] Hierzu Csáky, Aufklärung S. 37-39, 61-64; Haselsteiner, Komitate S. 60-72.

[7] „Articulus 33. Literae regis, aut locumtenentis sui, constitutionibus regni contrariae, in remissione bonorum non observentur..."; zum Ganzen Haselsteiner, Komitate S. 76-86.

[8] Haselsteiner, Komitate S. 26-41, 74; zu den Komitaten allgemein auch Csáky, Aufklärung S. 49-51; zur Einbindung der Komitatsgerichte in die ungarische Gerichtsverfassung dort S. 53-56.

[9] Näheres bei Hartl, Grundlinien S. 16-22; Conrad, Grundlagen S. 56-58.

[10] Abgeschafft ist die Folter in Österreich bereits seit 1776. Als Überbleibsel der Folter finden sich aber noch Ungehorsams- und Lügenstrafen in der *Kriminalgerichtsordung von 1788*, hierzu Conrad, Grundlagen S. 59-61.

[11] Näheres bei Hartl, Grundlinien S. 22-35.

[12] Béli – Kajtár, Strafrecht S. 334.

[13] Hierzu Hartl, Grundlinien S. 26 f.; Rüping/Jerouschek, Grundriß S. 83 f.; Conrad, Grundlagen S. 62 f.

3. *Rezeption aufklärerischen Gedankenguts im ungarischen Entwurf von 1795*

Im Ganzen gesehen ist die Haltung des ungarischen Adels zur Aufklärung ambivalent. Impulse auf literarischem Gebiet, die der Adel trägt, sind ab den 1770er Jahren festzustellen, wobei insbesondere die Übersetzung von Schriften François Marie Arouet de Voltaires (1694-1778) ins Ungarische zu erwähnen ist.[14] Auf staatsphilosophischem Gebiet ist es vor allem Charles de Montesquieu (1689-1755), der nach einem Besuch Ungarns 1728 mit seinem Werk *De l'Esprit des Lois, 1748* dem dortigen Adel bekannt wird. Gerade seine kritische Haltung zum Absolutismus, seine staatstheoretische Einbindung des Adels, bringen ihm hier Sympathien ein. Montesquieus Lehre der Gewaltentrennung ist am Ende des 18. Jahrhunderts in Ungarn „Allgemeingut".[15]

In welcher Weise die aufklärerischen Positionen im Gebiet des ungarischen Strafrechts Berücksichtigung finden, kann demonstriert werden anhand des *Entwurfs eines ungarischen Strafgesetzbuchs, 1795*. Erarbeitet wurde dieser durch eine *Deputatio Juridica*, die seitens des Reichstags des Jahres 1792 eingesetzt worden war, wobei eine hervorzuhebende Persönlichkeit, etwa als Initiator, nicht zu nennen ist. Der Entwurf wurde dem folgenden Reichstag nicht vorgelegt, so dass er, wie bereits erwähnt, schon deshalb keine Gesetzeskraft erlangte.[16]

Der Entwurf enthält vorangestellt eine ausführliche Darstellung seiner *Grundsätze*, insbesondere Ausführungen zur Definition des Delikts und dessen objektive und subjektive Elemente sowie zum Zweck und zur Systematik der Strafen.[17] Es folgen ein verfahrensrechtlicher Teil, der Regelungen von der Festnahme bis zur Urteilsvollstreckung (oder Begnadigung) enthält, sowie ein materiellrechtlicher Teil, der, systematisch orientiert an den geschützten Rechtsgütern, Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit, gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit, gegen die Ehre, gegen das Vermögen, die Güter und die Freiheit und schließlich gegen Sittlichkeitsverbrechen formuliert. Einen „Allgemeinen Teil" weist das materielle Strafrecht also nicht auf, allerdings enthalten, wie bereits erwähnt, die vorangestellten Grundsätze ensprechende Überlegungen, wobei dort auch Problemfelder wie zum Beispiel Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Mittäterschaft thematisiert werden.[18]

Was speziell aufklärerische Anliegen angeht, so setzt der Entwurf, und dies dürfte die wichtigste und zugleich politisch problematischste seiner Positionen sein, die Forderung nach Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz um, also nach Abschaffung der Privilegien des Adels im Bereich des Strafrechts. Insbesondere soll der Verwertung einer Zeugenaussage nicht mehr die ständisch untergeordnete Stellung des Zeugen entgegenstehen. Daneben sind es im Wesentlichen drei Aspekte, anhand derer

[14] Tóth, Ungarn S. 418 f.
[15] Csáky, Aufklärung S. 65-67. Siehe auch die wohlwollende Bemerkung speziell zum ungarischen Adel in Montesquieu, De l'Esprit des Lois VIII, 9.
[16] Zu den Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens Hajdu, Entwurf S. 90-117.
[17] Ausführlich zu diesen *Grundsätzen* Hajdu, Entwurf S. 178-203.
[18] Überblick bei Balogh, Dogmatik S. 189-195; ausführlich zum verfahrensrechtlichen Teil Hajdu, Entwurf S. 205-273, zum materiellrechtlichen Teil dort S. 275-358.

der aufklärerische Charakter des Entwurfs demonstriert werden kann,[19] nämlich erstens die strafrechtliche Beweisführung und damit die Frage nach der Notwendigkeit und Zulässigkeit der Folter, zweitens die Diskussion um den Zweck des Strafens, um adäquate Bestrafung, insbesondere die Frage der Todesstrafe, sowie drittens die Bindung des Richters an das Gesetz und der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

a. Strafrechtliche Beweisführung und Folter

Die Folter, die in der vor allem durch Benedict Carpzov etablierten Praxis des Inquisitionsprozesses zur Anwendung kommt, stößt seit Ende des 17. Jahrhunderts zunehmend auf Kritik.[20] Diese gelangt zum literarischen europaweiten Durchbruch mit Cesare Beccarias (1738-1794) *Dei delitti e delle pene, 1764*. Beccaria argumentiert in erster Linie, dass die Folter zur Ermittlung der Wahrheit, nämlich zur Beantwortung der Frage, ob der Inquisit schuldig sei oder nicht, ungeeignet ist: Ob der Betreffende gestehe oder nicht, hänge nämlich allein von dessen Widerstandskraft ab, die bei einem Schuldigen nicht notwendig geringer sei als bei einem Unschuldigen. Dass der unter Folter Stehende nicht frei sei, die Wahrheit zu sagen, erweise sich nicht zuletzt an der positiv-rechtlichen Bestimmung, wonach ein Geständnis unter der Folter zu seiner Gültigkeit der *späteren* Bestätigung bedürfe.[21] Im Übrigen argument Beccaria psychologisch, wenn er erklärt, der Mensch könne nicht sinnvollerweise Ankläger *und* Angeklagter sein, und im Ganzen geißelt Beccaria die Folter als inhuman, als „eines Kannibalen würdig", als eine „durch den Brauch geheiligte Grausamkeit". Beccaria lehnt die Folter auch ab als Mittel zur Erzwingung von Aussagen über Mitschuldige und über andere, vom Inquisiten begangene und dem Gericht bisher unbekannte Taten.[22]

In Österreich ist es Joseph von Sonnenfels (1732/34-1817), der publizistisch gegen die Folter Stellung bezieht, vor allem in seiner Schrift *Ueber die Abschaffung der Tortur, 1775*. Auch er argumentiert hauptsächlich mit der Ungeeignetheit der Folter zur Wahrheitsermittlung.[23] Wenn er zu dem Schluss kommt, damit erweise sich die Folter als gefährlich nicht nur für das Privat-, sondern auch das Gemeinwohl,[24] so klingt hier sein etatistischer Utilitarismus an. Ebenfalls die Sorge um das gemeine Wohl bemüht er, um die Folter als Instrument zur Erzwingung von Aussagen über

[19] Folgende zwei Aspekte, aus denen ebenfalls der aufklärerische Einfluss erhellt, seien hier nur erwähnt: erstens die Bestimmungen des Entwurfs zur privilegierten Bestrafung der Kindstötung, dazu Balogh, Dogmatik S. 194 f., 199, einer ebenfalls im Zentrum der aufklärerischen Diskussion stehenden Auseinandersetzung, vgl. Ogris, Rechtsreformer S. 82 f.; zweitens die Frage des strafrechtlichen Eigentumsschutzes, hierzu Balogh, Dogmatik S. 195, die Verbindungslinien aufweist zum aufklärerischen Verständnis des Eigentums als Voraussetzung der persönlichen und politischen Freiheit des Einzelnen, vgl. hierzu Dölemeyer, Eigentum S. 89 f.
[20] Überblick bei Rüping, Folter.
[21] Vergleiche Art. 56-58, 60 der Carolina.
[22] Beccaria, Verbrechen S. 92-100. Näheres bei Jerouschek, Folterkritiker S. 666-671, der im Übrigen als entscheidend neue Argumentationslinie Beccarias die Wegwendung von der gemeinrechtlichen Beweisarithmetik hin zur freien Beweiswürdigung ausmacht, dort S. 669 f.
[23] Sonnenfels, Abschaffung S. 18-51; hierzu auch Ogris, Rechtsreformer S. 63-65.
[24] Sonnenfels, Abschaffung S. 49.

Mitschuldige zu rechtfertigen.[25] Auch Karl Anton Freiherr von Martini (1726-1800) übernimmt das Argument der Ungeeignetheit der Folter zur Wahrheitsermittlung, spricht sich aber ebenfalls einschränkend, unter Hinweis auf das dem „Privatbesten" vorzuziehende „öffentliche Wohl", für die Folterung des zugleich offensichtlich böswilligen, höchstwahrscheinlich schuldigen und gleichwohl leugnenden Angeklagten aus sowie als Mittel zur Erzwingung der Belastung Mitschuldiger.[26] Im *Strafgesetzbuch für die Toscana, 1786*, dem „europäischer Modellcharakter" zuzuschreiben ist,[27] wird gemäß seines Artikels 33 die (vollständige) Abschaffung der Folter bereits Gesetz.

Auch der ungarische Entwurf von 1795 verbietet die Folter schlechthin, wobei zur Begründung die skizzierten Argumente aufgegriffen werden, nämlich die mangelnde Geeignetheit der Folter zur Wahrheitsfindung sowie ihre Inhumanität. Kompensiert wird die hierdurch abgeschnittene Möglichkeit der Beweisermittlung durch eine erweiterte und dogmatisch durchgearbeitete Zulassung anderer Beweisarten im Falle mangelnden Geständnisses, wobei hier an zentraler Stelle der Zeugenbeweis steht. Nachrangig sind die bloßen Verdachtszeichen, wobei nur sehr nahe und nahe, nicht hingegen entfernte Verdachtszeichen von beweisrechtlicher Relevanz sind; erforderlich zum Beweis sind zwei voneinander unabhängige, jeweils durch zwei Zeugen bewiesene Verdachtszeichen; bei „Spuren hinterlassenden Delikten" ist der Indizienbeweis ausgeschlossen, solange nicht das *corpus delicti* aufgefunden ist. Als viertes Beweismittel ist die Urkunde genannt, die stets im handschriftlichen Original vorliegen muss; nur die handschriftliche Urkunde des Angeklagten mit konkreten Ausführungen zum Delikt erbringt den vollen Beweis. Konsequente Forderung aus dieser Aufwertung der Indizien ist im Übrigen die Verpflichtung der Verfolgungsbehörde, solche umgehend sicherzustellen.[28]

b. Zwecke und Arten der Strafe

Nicht weniger praktische Relevanz, aber eine weiterreichende philosophische Dimension hat die aufklärerische Diskussion um Zwecke und Arten der Strafe. Am Übergang zum Denken der frühen Neuzeit steht die Wegwendung von der mittelalterlichen theologisch begründeten absoluten Strafzwecktheorie, die die Strafe als Rache für einen Verstoß gegen göttliche Normen begreift, hin zu einer relativen Straftheorie, wonach die Strafe eine Reaktion auf einen vorangegangenen Normverstoß bildet. Letzteres erheischt, dass die Strafe auf die spezifische Art des Normverstoßes bezogen sein muss, dass sie ihm angemessen, hinsichtlich seiner verhältnismäßig sein muss. Dieses formale Prinzip der Verhältnismäßigkeit wird material konkretisiert unter Bezug auf den generalpräventiven Zweck der Strafe, auf die Vermehrung des Gemeinwohls. Letzterer Bezug ist aber zunächst ein rein

[25] Sonnenfels, Grundsätze S. 239 f.
[26] Martini, Lehrbegriff S. 80 f.; hierzu auch Conrad, Grundlagen S. 60.
[27] Rüping – Jerouschek, Grundriß S. 81. Dieses auch *Leopoldina* genannte Gesetzeswerk wurde erlassen von Großherzog Peter Leopold, dem Bruder Josephs II. und späteren Kaiser Leopold II.
[28] Entwurf Teil 1 X; hierzu auch Balogh, Dogmatik S. 191 f.; Hajdu, Entwurf S. 248-256.

etatistisch-utilitaristischer, der humanistische sowie bürgerlich-liberale Ansätze durchaus entbehren kann und dies geschichtlich zunächst auch teilweise tut.[29]

So finden sich zwar etwa bei Beccaria neben der Fixierung der Prävention als ausschließlichen Strafzwecks[30] und der utilitaristischen Bezugnahme auf das gemeine Wohl[31] auch humanistische Gedanken, nämlich schlicht der Vorwurf der Unmenschlichkeit und Barbarei der mittelalterlichen Strafen.[32] Auch Montesquieu wird eine humanistische, letztlich auf der Überzeugung von der Würde des Menschen beruhende Perspektive bescheinigt, nach welcher Folter und grausame Strafen aufgrund ihrer Unmenschlichkeit zu verwerfen seien.[33] Dagegen argumentiert aber etwa Sonnenfels für die Proportinalität von Verbrechen und Strafe primär in rein etatistisch-utilitaristischer Weise, indem er überhaupt, wobei er insoweit die österreichische Diskussion maßgeblich beeinflusst, das Strafrecht als Verwaltungsrecht versteht, als Fortsetzung der „Polizey".[34] Dem entspricht das rein absolutistische Denken Josephs II.

Erhellend als Indikator sind die jeweiligen Stellungnahmen zur Todesstrafe. Während Beccaria letztere – grundsätzlich – für unnütz *und* wider die menschliche Natur erklärt,[35] hält Sonnenfels sie, hier im Anschluss an Voltaire,[36] schlicht für gesellschaftlich sinnlos;[37] Joseph II. lässt die Todesstrafe 1776 abschaffen, um abschreckendere Strafen einzuführen.[38]

Der ungarische Entwurf setzt sich in seinen vorangestellten Grundsätzen explizit mit der Frage der Strafzwecke auseinander: Die Rache als absoluter Strafgrund wird verworfen, hingegen die Spezial- und Generalprävention als Strafzweck anerkannt; Strafe soll gesamtgesellschaftlich sinnvoll sein und der Besserung des Täters dienen.[39] Des Weiteren soll sie, so das theoretische Postulat, verhältnismäßig sein bezogen auf den seitens der Gesellschaft eingetretenen Schaden. Letzteres setzt der Entwurf auch materiell um: Die Todesstrafe als schwerste Strafe folgt nur auf das *crimen laesae maiestatis* und andere das Staatswesen besonders schwer schädigende – und bedrohende – Verbrechen. Qualifizierte Todesstrafen werden gänzlich abgeschafft, es verbleibt die Tötung durch das Schwert, was mit humanitären Erwägungen begründet wird. Daneben existiert die Gefängnisstrafe mit Arbeitszwang, für Jugendliche Arbeitshäuser, des Weiteren öffentlich durchzuführende Körperstrafen alternativ zum

[29] Rüping – Jerouschek, Grundriß S. 73 f.
[30] Beccaria, Verbrechen S. 84.
[31] Beccaria, Verbrechen S. 60: „Unter Gerechtigkeit verstehe ich nichts anderes als das unvermeidliche Band, um die partikularen Interessen vereint zu halten..."
[32] Beccaria, Verbrechen S. 120.
[33] Cattaneo, Strafrechtsliberalismus S. 105-113.
[34] Ogris, Rechtsreformer S. 74-77, 79, 84 f.; zu Sonnenfels' etatistischem Etatismus auch Garber, Recht S. 101, 127.
[35] Beccaria, Verbrechen S. 123-133.
[36] Rüping – Jerouschek, Grundriß S. 73.
[37] Hierzu auch Ogris, Rechtsreformer S. 77 f.
[38] Conrad, Grundlagen S. 62 f.: insbesondere das sogenannte Schiffsziehen.
[39] Entwurf, Grundsätze: „Poena cuiuslibet finis quoad delinquentum est: ut aut idem emendetur, aut si emendari nequit ulterior nocendi facultas ipsi adimatur. Quoad vero publicum, poenarum finis exemplum est, ut videlicet metu poenae a delinquendo alii absterrenatur. Vindicta igitur in nullo casu poenae objectum esse potest, semperque legum sanctitatem dedecet."

Gefängnis, wobei hundert Stock- bzw. Peitschenhiebe für Männer bzw. Frauen, erst durchzuführen nach ärztlicher Untersuchung, einem Jahr Gefängnis äquivalent sind.[40]

Gerade an den vorgesehen Arten der Strafe wird der Blick aufs Gemeinwohl sichtbar, besonders, wenn die Strafe in gemeinnütziger Arbeit besteht, jedoch auch, wenn – in öffentlicher Züchtigung – die negativen Folgen des Gesetzesverstoßes der Gesellschaft vorgeführt werden. Die Ehre des Menschen als direkt aus der Würde des Menschen fließende Größe, wie sie etwa Montesquieu in den Vordergrund rückt,[41] wird hier gering geachtet, auch insoweit dominiert der gesamtstaatlich-utilitaristische Ansatz.

c. Bindung des Richters und *nulla poena sine lege*

Das zeitlich letzte große der drei hier nachgezeichneten strafrechtlichen Diskussionsfelder der Aufklärung ist die richterliche Bindung ans Gesetz. Das mittelalterliche topische Wissenschaftsverständnis weicht in der frühen Neuzeit der Bemühung, den juristischen Stoff umfassend systematisch durchzuformen. Im Strafrecht wird dies punktuell umgesetzt in der Formulierung abstrakter Definitionen, strukturell in der Entwicklung allgemeiner Prinzipien, eines „Allgemeinen Teils".[42] Der diesem Denken korrespondierende gesellschaftstheoretische Ansatz ist seit Anfang des 18. Jahrhunderts die Idee des Gesetzesstaates: Die Gesellschaft soll im Wesentlichen rechtlich gesteuert werden mittels einer Gesetzgebung im Sinne des Entwurfs einer naturrechtlich vernünftig-richtigen Gesellschaftsordnung.[43]

Dabei wird, insbesondere in der englischen Doktrin in der Nachfolge John Lockes (1632-1704), in der romanischen Doktrin nach Voltaire und Montesquieu sowie Beccaria, die Herrschaft des Gesetzes als Garant der Freiheit verstanden. Diese Freiheit soll nach Montesquieu durch die strenge Gliederung und strikte Trennung der staatlichen Gewalten gewährleistet werden, und in diesem staatstheoretischen Zusammenhang steht die Forderung nach strikter Begrenzung der (ohnehin nach absolutistischem Verständnis engen) richterlichen Kompetenz, also nach strenger Bindung des Richters an das Gesetz.[44]

Zu beachten ist aber, dass sich dieses Verständnis von Freiheit nicht notwendig und auch historisch zunächst nicht gegen den absolutistischen Herrscher richtet, sondern dass die gesetzliche Durchformung des Gemeinwesens vielmehr gerade der Verwirklichung absolutistischer Machtfülle dient, die durch arbiträre Richtersprüche, wie sie das Mittelalter kennt, beeinträchtigt wird. Wenn gleichzeitig die Freiheit und Sicherheit der Untertanen befestigt werden soll, so liegt hierin, zumindest aus Sicht der Zeitgenossen, kein Widerspruch.

Diese eigentümliche Verbindung des absolutistischen Anspruchs mit der Sorge um die Gewährleistung der Freiheit und Sicherheit der Bürger ist augenfällig in den

[40] Entwurf, Grundsätze; hierzu auch Hajdu, Entwurf S. 184-200.
[41] Cattaneo, Strafrechtsliberalismus S. 107 f.
[42] Rüping – Jerouschek, Grundriß S. 78 f.
[43] Schreiber, Gesetz S. 46-50.
[44] Schreiber, Gesetz S. 50-55; Krey, Strafe S. 12-14, 41 f.; die zentralen Ausführungen finden sich in Montesquieu, De l'Esprit des Lois XI, 6.

Ausführungen Sonnenfels', der rechtspolitisch auf die verwaltungsrechtliche Durchformung des Gemeinwesens zielt, in die er auch das Strafrecht einbindet. Aus dieser utilistaristischen, auf die *salus rei publicae* ausgerichteten Rechtsauffassung resultiert der Primat der Verrechtlichung des Staatswesens, also die Forderung nach umfassender Kodifizierung sowie nach strenger Bindung des Richters ans Gesetz. Zugleich ist aber Bezugspunkt von Sonnenfels' strafprozessualen Ausführungen die mögliche und zu vermeidende Gefährdung der bürgerlichen Freiheiten des Beschuldigten im Strafverfahren.[45] Der aufgeklärte absolute Monarch sichert zum Wohle des Staates die individuellen Rechtspositionen, diese richten sich aber nicht gegen ihn selbst oder den Staat als solchen, sondern gegen Übergriffe einzelner staatlicher Organe.[46]

Mit der strengen Bindung des Richters ist bereits der wesentliche Schritt hin zu einer allmählichen Etablierung des Grundsatzes *nulla poena sine lege* getan. Bereits aus den Ausführungen Montesquieus lassen sich die Forderungen nach der Bestimmtheit der Gesetze, nach dem strafrechtlichen Analogieverbot sowie nach dem Ausschluss des Gewohnheitsrechts im strafrechtlichen Bereich ableiten.[47]

Konsequent umgesetzt sind diese Postulate, wie bereits erwähnt, in der *Josephina*, nach der „als Criminalverbrechen nur diejenigen gesetzwidrigen Handlungen anzusehen und zu behandeln sind, welche durch gegenwärtiges Strafgesetz als solche erklärt werden", und nach der der Richter „an die buchstäbliche Beobachtung des Gesetzes gebunden" ist.[48] Auch diese Vorschriften gründen in Josephs II. absolutistischer Staatsauffassung, mögen sie zugleich auch – im Reflex – die Freiheit und Sicherheit der Untertanen fördern, indem sich der Monarch selbst gesetzlich bindet.[49]

Für die weitere Ausformung und Konkretisierung des Grundsatzes *nulla poena sine lege* ist Johann Paul Anselm Feuerbach (1775-1833) maßgeblich verantwortlich, der dieses Prinzip nicht nur in ein bereits liberales staatstheoretisches Verständnis einbindet, sondern vor allem auch in seine Theorie des psychologischen Zwanges, also in einen spezifisch strafrechtlichen Begründungszusammenhang.[50]

Der ungarische Entwurf von 1795 postuliert im Rahmen der vorangestellten *Grundsätze* explizit die strenge Bindung des Richters ans Gesetz und das Verbot der willkürlichen Interpretation, Ausweitung oder Restriktion des Gesetzstextes.[51] Zwingend wird damit auch einer weiteren Anwendung des bestehenden Gewohnheitsrechts die Legitimität entzogen, der Grundsatz *nulla poena sine lege* wird jedenfalls hinsichtlich des Teilaspekts der Forderung einer *lex scripta* als Grundlage

[45] Sonnenfels, Stimmenmehrheit S. 1-15.
[46] Umfassend Ogris, Rechtsreformer S. 17-73.
[47] Schreiber, Gesetz S. 54-56 mit Bezug auf De l'Esprit des Lois XXXIX, 16.
[48] Josephina Teil 1 § 1 und § 13.
[49] Schreiber, Gesetz S. 76-83; Conrad, Grundlagen S. 66-74; vgl. auch Hartl, Grundlinien S. 25. Ähnliches gilt übrigens für das *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten, 1794*, vgl. Schreiber, Gesetz S. 83-96.
[50] Schreiber, Gesetz S. 102-112; Krey, Strafe S. 18 f. Die heute gebräuchliche lateinische Formel erscheint erstmals in Feuerbach, Lehrbuch I 1 § 24: „Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus. (Nulla poena sine lege)."
[51] Entwurf, Grundsätze: „Judices verbis legum in codice hoc contentarum ad literam obstringuntu; neque eas arbitrarie interpretari, earundemque sensum si extendere, sive restringere liberum erit."

der Strafe sowie hinsichtlich des Aspekts des Analogieverbots theoretisch verwirklicht.

Der genannten Forderung wird der Entwurf selbst insoweit gerecht, als detaillierte und zugleich abstrahierende Regelungen im materiellrechtlichen Bereich formuliert sind, die eine Rechtsanwendung im geforderten Sinne, nämlich eine strikte Subsumtion zulassen. Willkürlichen Maßnahmen im Strafverfahren soll vorgebeugt werden, indem die Voraussetzungen einer Verhaftung sowie der Umgang mit dem Verhafteten klar geregelt sind, und auch die Rechtsfolgen einer Verurteilung, nämlich die zu verhängenden Strafen, sind detailliert bestimmt (hierzu bereits oben; als weiteres Beispiel sei die Strafe des Ehrverlustes *(infamia)* genannt, die – so explizit der Entwurf – nur dann ausgesprochen werden kann, wenn dies in der entsprechenden Strafvorschrift vorgesehen ist.) Ausdruck der richterlichen Bindung ist schließlich auch die im Entwurf jedem erstinstanzlich Verurteilten zugestandene Möglichkeit der Appellation, allerdings ohne Ausschluss einer *reformatio in peius*.[52]

4. Schluss: Ständischer Einfluss und hemmende Wirkung des Gewohnheitsrechts

Es konnte gezeigt werden, dass im Entwurf von 1795 die wichtigsten aufklärerischen Problemfelder des Strafrechts nicht nur reflektiert, sondern zumeist auch im „fortschrittlichen“[53] Sinne gelöst werden. Wenn der Entwurf auch keine Gesetzeskraft erlangt, so prägt er doch die weiterhin gewohnheitsrechtlich dominierte strafrechtliche Praxis in Ungarn;[54] und auch im Übrigen werden die Anstrengungen zur Modernisierung des Strafrechts weitergeführt, wobei hier etwa zu nennen sind die Forderungen István Széchenyis (1791-1860) nach Abschaffung der ständischen Unterschiede im Strafrecht sowie Lajos Kossuths (1802-1894) Eintreten gegen richterliche Willkür und für eine Verbesserung der Haftbedingungen in den Gefängnissen.[55]

Ein bedeutendes Reformwerk ist der maßgeblich von Ferenc Deák (1803-1876) konzipierte Entwurf eines umfassenden Gesetzeswerks für das ungarische Strafrecht aus dem Jahr 1843, der in drei Gesetzen das materielle Recht, das Verfahrensrecht sowie das Gefängniswesen regelt und der die Verwirklichung rechtlicher Gleichheit aller Bürger im Strafverfahren, die Beseitigung der richterlichen Willkür sowie die Abschaffung der Todesstrafe vorsieht. Auch die Umsetzung dieses Reformwerks scheitert jedoch, und zwar am Widerstand des ungarischen Adels, der nicht bereit ist, auf seine Privilegien zu verzichten.[56]

[52] Kritisch zu letzterer Tatsache Balogh, Dogmatik S. 192 f.

[53] Wenn hier der Begriff „fortschrittlich“ in Anführungszeichen wird, so als Hinweis darauf, dass er zwar dem der Aufklärungsepoche typischen geschichtlichen Selbstverständnis, dem im Fortschrittsglauben konkretisierten teleologischen Geschichtsverständnis, entspricht, dass er aber einer historistischen Geschichtsbetrachtung fremd ist, vergleiche Seiffert, Einführung S. 63-69; Schneiders, Geschichtsphilosophie.

[54] Näheres Hajdu, Entwurf S. 359-385; Balogh, Dogmatik S. 181; Béli/ Kajtár S. 334.

[55] Näheres Király, Strafgesetzbuch S. 221.

[56] Näheres Béli – Kajtár S. 334; Balogh, Dogmatik S. 196-200; ausführlich zum Gesetzentwurf über das Gefängniswesen Mezey, Gesetzesvorlage.

Zusammenfassend kann man also feststellen, dass die Europa prägende aufklärerische Auseinandersetzung des 18. Jahrhunderts auch im Ungarn der „Reformzeit“ nachhaltige Wirkung zeigt und dass die hier angestrebte gesellschaftliche Modernisierung gerade auch auf die strafrechtlichen Diskussionsfelder ausstrahlt. Wenn dennoch die bereits 1795 formulierten Forderungen nach rechtlicher Gleichheit aller Bürger, nach Bindung des Richters an das geschriebene Strafgesetz sowie nach humaneren Strafbedingungen fast fünfzig Jahre später, 1843, weiterhin erfolgreichem gesellschaftlichem Widerstand ausgesetzt sind, so ist es bemerkenswert, dass diese Entwicklung – eher diese Stagnation – vor allem aus der gesellschaftlichen Machtstellung des Adels und dessen Weigerung resultiert, die modernen strafrechtlichen Forderungen unter Hintanstellung der bestehenden eigenen Privilegien mitzutragen. Dabei liegt es durchaus nicht im Interesse des ungarischen Adels, die gesellschaftlichen Verhältnisse im Ganzen zu zementieren, vielmehr strebt er die Etablierung eines ungarischen Nationalstaates an, befindet sich also in steter Auseinandersetzung mit den zentralistischen Bestrebungen Wiens. Wenn der ungarische Adel aus diesem Motiv heraus freiheitlichen politischen Ideen der Spätaufklärung und des Frühliberalismus tendenziell offen sein mag, so kann – und dies erhellt aus der nachgezeichneten Entwicklung des ungarischen Strafrechts der Epoche – doch nicht behauptet werden, der ungarische Adel und seine politische Macht hätten die Umsetzung solcher Ideen und die Ausbildung liberal-demokratischer Strukturen erleichtert.[57]

Vielmehr bestätigt es sich, dass weiterhin – wie dies für die gesamte Epoche der Aufklärung gilt – die aus zeitgenössischer Sicht fortschrittlichen Ideen der Tendenz nach in den absolutistisch regierten Ländern am erfolgreichsten umgesetzt werden. Offenbar kann man das Verhältnis von absolutistischem und aufklärerischem Denken – vereinfachend und thesenhaft zugespitzt – wie folgt skizzieren: Werden die (früh-)aufklärerischen und naturrechtlichen Forderungen den absolutistischen Zielen zunächst dienstbar gemacht,[58] so erweisen sie in der Folge ihr Potential, indem sie – vom Absolutismus gewissermaßen wider Willen getragen – sich gegen diesen selbst richten, insofern sie die Grundlage eines in Opposition zur Staatsmacht tretenden bürgerlichen Selbstverständnisses bilden. Dies zeigt sich konkret etwa an der zunächst etatistisch begründeten Forderung nach Verhältnismäßigkeit von Delikt und Strafe, die im späteren Verlauf in eine bürgerlich-individuelle Schutzposition des Bürgers gegen den Staat umschlägt.

Ideengeschichtlich dürfte dieses Phänomen aber vor allem auf *eine* zunächst eher nur formal erscheinende aufklärerische Bestrebung zurückzuführen sein, nämlich die der Rationalisierung und rechtlichen Durchformung der gesellschaftlichen Verhältnisse. Diese, die zunächst ebenfalls – wie bereits ausgeführt – nur der Realisierung der absolutistischen Machtfülle dient,[59] ist Voraussetzung und führt im

[57] So aber Csáky, Aufklärung S. 37 f., der allerdings einräumt, dass sich faktisch „diese ‚Adelsdemokratie' im weiteren Verlauf als Hindernis einer organischen Entfaltung demokratischer Strukturen“ herausstellt.

[58] Hierzu auch Ogris, Rechtsreformer S. 11-14.

[59] Für den strafrechtlichen Bereich Rüping, Strafrecht S. 398: „Wenn die Aufklärung durch Systematisierung und Rationalisierung Macht, auch Strafmacht, entpersonalisiert zugunsten abstrakter, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit vermittelnder Institute, trifft die Entpersonalisierung auch den Störer des amorphen Gemeinwohls. So steht den machtbeschränkenden Strafgesetzen und ihrer erleuchteten Theorie ein Strafvollzug gegenüber, der [keine] Beschränkung des Zugriffs auf den

Reflex zur Aufwertung der Freiheitsrechte des Bürgers. Das historische Negativbeispiel liefert das ungarische Strafrecht: Solange die Verrechtlichung, nämlich konkret die Beseitigung des Willkür fördernden Gewohnheitsrechts durch ein Festschreiben der strafrechtlichen Normen nicht erfolgt, können die im Übrigen bestehenden „fortschrittlichen" Bestrebungen keine Wirkung entfalten. Hier zeigt sich plastisch die ideen- und konkret strafrechtsgeschichtliche Tragweite des Satzes *nulla poena sine lege*, der der ungarische Entwurf von 1795 zwar Rechnung trägt, an dessen mangelnder Umsetzung er aber selbst – sozusagen paradoxer Weise – trotz seiner im Übrigen erfolgenden Rezeption als Gewohnheitsrecht scheitert.

Bibliographie

Balogh, Elemér: Die Dogmatik des materiellen Strafrechts (Entwicklungsgeschichtlicher Überblick mit besonderer Hinsicht auf den Gesetzesvorschlag von 1843/44), in: Gábor Máthé/ Werner Ogris (Hg.): Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX.-XX. Jahrhundert, Budapest 1996, S. 181-201

zit.: Balogh, Dogmatik

Beccaria, Cesare: Dei delitti e delle pene, Livorno 1764, zitiert nach der Übersetzung: Über Verbrechen und Strafen. Nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und herausgegeben von Wilhelm Alff, Frankfurt (Main) und Leipzig, 1998

zit.: Beccaria, Verbrechen

Béli, Gábor – Kajtár, István: Österreichisches Strafrecht in Ungarn: Die „Praxis Criminalis" von 1687, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1994, S. 325-334

zit.: Béli – Kajtár, Strafrecht

Bónis, György: A magyar büntetőtövénykönyv első javaslata 1712-ben [Der erste Entwurf zu einem ungarischen Strafgesetzbuch im Jahre 1712], Budapest 1934

zit.: Bónis, Entwurf

Cattaneo, Mario A.: Montesquieus Strafrechtsliberalismus. Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, Baden-Baden 2002

zit.: Cattaneo, Strafrechtsliberalismus

Conrad, Hermann: Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II. (1780-1788), in: Hans Welzel, Hermann Conrad (Hg.): Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, Bonn 1963, S. 56-74

zit.: Conrad, Grundlagen

Csáky, Moritz: Von der Aufklärung zum Liberalismus. Studien zum Frühliberalismus in Ungarn, Wien 1981

zit.: Csáky, Aufklärung

Dölemeyer, Barbara: Eigentum, in: Werner Schneiders (Hg.): Lexikon der Aufklärung. Deutschland und Europa, München 2001

Delinquenten kennt [...]. Und in der Durchsetzung von Rechten bleibt der Staatsbürger ungeachtet des Hintergrundes der naturrechtlichen Sozialvertragslehre unemanzipiert..."

zit.: Dölemeyer, Eigentum

Feuerbach, Johann Paul Anselm: Lehrbuch des peinlichen Rechts, Gießen 1801

zit.: Feuerbach, Lehrbuch

Garber, Jörn: Recht und Utilitarismus: Joseph von Sonnenfels und das späte Naturrecht, in: Helmut Reinalter (Hg.): Joseph von Sonnenfels, Wien 1988, S. 97-138

zit.: Garber, Recht

Gönczi, Katalin: Csemegi, Károly, in: Michael Stolleis (Hg.): Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 1995

zit.: Gönczi, Csemegi

Hajdu, Lajos: Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet [Der erste ungarische Strafrechtsentwurf von 1795], Budapest 1971

zit.: Hajdu, Entwurf

Hartl, Friedrich: Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848, in: Gábor Máthé – Werner Ogris (Hg.): Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX.-XX. Jahrhundert, Budapest 1996, S. 13-54

zit.: Hartl, Grundlinien

Haselsteiner, Horst: Joseph II. und die Komitate Ungarns. Herrscherrecht und ständischer Konstitutionalismus, Wien u.a. 1983

zit.: Haselsteiner, Komitate

Jerouschek, Günter: Thomasius und Beccara als Folterkritiker. Überlegungen zum Kritikpotential im kriminalwissenschaftlichen Diskurs der Aufklärung, in: ZStW 110 (1998), S. 658-673

zit.: Jerouschek, Folterkritiker

Király, Tibor: Das Strafgesetzbuch von 1878. Der Csemegi-Kodex, in: Gábor Máthé – Werner Ogris (Hg.): Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX.-XX. Jahrhundert, Budapest 1996, S. 221-236

zit.: Király, Strafgesetzbuch

Krey, Volker: Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege", Berlin 1983

zit.: Krey, Strafe

Martini, Karl Anton Freiherr von: Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts. Aus dem Lateinischen, 3. Band, welcher das allgemeine Staatsrecht enthält, Wien 1783

zit.: Martini, Lehrbegriff

Mezey, Barna: Eine Gesetzesvorlage über Gefängniswesen im Jahr 1843 in Ungarn, in: Gábor Máthé – Werner Ogris (Hg.): Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX.-XX. Jahrhundert, Budapest 1996, S. 203-219

zit.: Mezey, Gesetzesvorlage

Montesquieu, Charles de: De l'Esprit des lois, Genf 1748

zit.: Montesquieu, De l'Esprit des Lois

Ogris, Werner: Joseph von Sonnenfels als Rechtsreformer, in: Helmut Reinalter (Hg.): Joseph von Sonnenfels, Wien 1988, S. 11-95

zit.: Ogris, Rechtsreformer

Rüping, Hinrich – Jerouschek, Günter: Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Auflage, München 2002

zit.: Rüping – Jerouschek, Grundriß

Rüping, Hinrich: Folter, in: Werner Schneiders (Hg.): Lexikon der Aufklärung. Deutschland und Europa, München 2001

zit.: Rüping, Folter

Rüping, Hinrich: Strafrecht, in: Werner Schneiders (Hg.): Lexikon der Aufklärung. Deutschland und Europa, München 2001

zit.: Rüping, Strafrecht

Schneiders, Werner: Geschichtsphilosophie, in: Werner Schneiders (Hg.): Lexikon der Aufklärung. Deutschland und Europa, München 2001

zit.: Schneiders, Geschichtsphilosophie

Schreiber, Hans-Ludwig: Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, Habil. 1971, Frankfurt (Main) 1976

zit.: Schreiber, Gesetz

Seiffert, Helmut: Einführung in die Wissenschaftstheorie, Zweiter Band, Geisteswissenschaftliche Methoden: Phänomenologie – Hermeneutik und historische Methode – Dialektik, 10. Auflage, München 1996

zit.: Seiffert, Einführung

Sonnenfels, Joseph von: Ueber die Abschaffung der Tortur, Zürich 1775

zit.: Sonnenfels, Abschaffung

Sonnenfels, Joseph von: Über die Stimmenmehrheit bey Kriminal-Urtheilen, Wien 1801

zit.: Sonnenfels, Stimmenmehrheit

Sonnenfels, Joseph von: Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz, Allgemeine Einleitung, Wien 1787

zit.: Sonnenfels, Grundsätze

Szabó, Béla: Werbőczy, Stephanus, in: Michael Stolleis (Hg.): Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 1995

zit.: Szabó, Werbőczy

Tóth, István György: Ungarn, in: Werner Schneiders (Hg.): Lexikon der Aufklärung. Deutschland und Europa, München 2001

zit.: Tóth, Ungarn

Geschichte des Strafrechts in Ungarn während des sowjetisch geprägten Sozialismus, mit besonderem Hinblick auf die Schauprozesse

Attila Horváth

Pázmány-Péter-Katolischen-Universität

1. Die sowjetisch geprägte Diktatur

Die Rote Armee befreite Ungarn im Jahre 1945 von der deutschen Besatzung, aber das Land erhielt seine Souveränität doch nicht zurück, es kam lediglich zu einem Rollentausch. Anschließend stand Ungarn 45 Jahre lang unter Hoheit der Sowjetunion, und die Führung in Moskau führte mit Hilfe der Ungarischen Kommunistischen Partei das Stalinsche politische System ein. Die sowjetisch geprägte Diktatur entpuppte sich als eine der grausamsten Erfindungen des 20. Jahrhunderts.[1] Man war bestrebt, Lenins Programm umzusetzen, gemäß dem *„die Diktatur die Macht ist, die sich unmittelbar auf Gewalt stützt und durch keinerlei Gesetz gebunden ist."*[2] *„...Sie ist schrankenlos und gesetzlos, eine Macht, die sich im engsten Sinne des Wortes auf Gewalt stützt."*[3]

In der sowjetisch geprägten Diktatur wurden Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit zentralisiert. Eine kleine Machtelite leitete die Politik, die Wirtschaft, alle Segmente der Gesellschaft, die Kultur, die Ideologie usw. Die ganze Gesellschaft wurde unter Polizeikontrolle gestellt. Nur eine einzige Ideologie durfte existieren, und zwar diejenige, welche die bestehende Machtstruktur lobte und als vollkommen darstellte. Die Propaganda diente dem bestehenden System und manipulierte alle Bereiche des Lebens. Die Machthaber entschieden, an welche wahren oder manipulierten Informationen die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft herankommen durften. Um die Macht beizubehalten, versuchten sie sogar die menschliche Natur umzugestalten und scheuten nicht einmal den Einsatz von offener, brutaler Gewalt. Die zentrale Macht erschien in allen Bereichen des Lebens, die früher fern von der Politik waren, und sie wollte mit Hilfe ihrer außergewöhnlichen Kraft diese Bereiche auch bestimmen.

---

[1] Brezinski, Zbigniew: The Soviet Block: Unity and Conflict. Cambridge, 1967.; Friedrich, C. J. – Brezinski, Zbigniew: Totaliorian Dictatorship and Autocracy. New York, 1967.; Arendt, Hannah: A totalitárius rendszer. *(Das totalitäre System)* Budapest, 1992.; Révész, Béla: A proletárdiktatúra ideológiai funkciójának kriminalizálása. *(Kriminalisierung der ideologischen Funktion der proletarischen Diktatur)* Szeged, 1997.; Bihari, Mihály: Magyar politika 1944-2004. Politikai és hatalmi viszonyok. *(Ungarische Politik 1944-2004. Politische und Machtverhältnisse.)* Budapest, 2005.

[2] Lenin's ausgewählte Werke. Budapest, 1961. Bd. II, S. 394.

[3] Lenin's ausgewählte Werke. Budapest, Bd. 41, S. 359.

2. *Strafpolitik der sowjetisch geprägten Diktatur*

Die Mittel der sozialistischen Strafpolitik waren überall die gleichen, aber Methoden und Taktik erfuhren im Laufe der Zeit gewisse Änderungen. Mit Hilfe des Strafrechts als Mittel wurde bis 1963 mit den vermeintlichen oder wirklichen Gegnern abgerechnet. Den Prinzipien der totalitären Diktatur entsprechend wurden auch unpolitische Menschen verhaftet, die sich nicht gegen die Macht auflehnten, aber sogar einige der treuesten Anhänger wurden zum Tode verurteilt oder ins Gefängnis gesperrt.[4] Das Ziel war, die Menschen in Angst zu halten. Diesen Grundsatz formulierte Nikolai Kirilenko, Leiter des Sowjetischen Volkskommissariats der Justiz, folgendermaßen: *„Wir müssen nicht nur die Schuldigen hinrichten. Die Hinrichtung von Unschuldigen wird eine stärkere Wirkung auf die Massen ausüben."*[5] Ein Kommando der TscheKa (russisch: *ВЧК*, Abkürzung für die *Außerordentliche Allrussische Kommission zur Bekämpfung von Konterrevolution, Spekulation und Sabotage* (russisch ***Всероссийская Чрезвычайная Комиссия по Борьбе с Контрреволюцией, Спекуляцией и Саботажем*** [Wserossijskaja Tschreswitschainaja Kommisija po Borbe s Kontrrewoljuziej, Spekuljaziej i Sabotaschem]), unter der Leitung von N. A. Bulganin, dem späteren Ministerpräsidenten der Sowjetunion, erschoss 57 Menschen gemäß folgender Weisung: *„Wir führen den Kampf nicht gegen Einzelpersonen. Wir rotten die Bourgeoise als Klasse aus. Wenn ermittelt wird, suche man nicht nach Schriften und Beweisen, was der Angeklagte gegen die Sowjetbehörden getan oder gesagt hat. Man frage ihn allererst danach, zu welcher gesellschaftlichen Klasse er gehöre, welcher Abstammung er sei, welche Erziehung und Ausbildung er bekommen habe und welchen Beruf er ausübe.""*[6] Der Vorsitzende des Leningrader Sowjets, Grigori Jewsejewitsch Sinowjew, drückte denselben Grundsatz in konkreten Zahlen aus: *„... von den hundert Millionen der sowjet-russischen Bevölkerung müssen wir 90 Millionen hinter uns stellen. Was den Rest betrifft: wir haben ihnen nichts zu sagen. Sie sind zu vernichten."*[7] Ab den 1920-er Jahren begann die GPU *(Gosudarstwennoje Polititscheskoje Uprawlenije:* Staatliche Politische Verwaltung), das Prozentsystem anzuwenden. In jedem Bezirk und Kreis musste – gemäß den Anweisungen der Parteiführung – ein gewisser Prozentsatz von der Bevölkerung verhaftet, deportiert und erschossen werden.[8] Auch Nikolai Bucharin, der im Allgemeinen irrtümlicherweise für Anhänger des „menschengesichtlichen Sozialismus" gehalten wurde, bejahte diese Politik der Bolschewistischen Partei: *„Mag es noch so paradox klingen, sind die Zwangsmaßnahmen des Proletariats – angefangen vom Erschießen bis zur Zwangsarbeit – darauf gerichtet, aus dem Menschenmaterial der kapitalistischen Epoche die kommunistische Menschheit systematisch herauszuarbeiten."*[9]

[4] Z. B. László Rajk, der als Innenminister die Anweisungen von Mátyás Rákosi ohne Bedenken befolgte, wurde hingerichtet, János Kádár, der von ihm das Ministerium übernahm, wurde zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt.
[5] Zitiert: Pipes, Richard: Kommunizmus. *(Kommunismus.)* Budapest, 2004, S. 323.
[6] A kommunizmus fekete könyve. Bűntény, terror, megtorlás. *(Das schwarze Buch des Kommunismus. Verbrechen, Terror, Vergeltung.)* Budapest, o.J., S. 16.
[7] Zitiert: Keresztes, Lajos: Géppuskák a búzatáblában. *(Maschinengewehre im Kornfeld.)* In: Magyar Nemzet *(Ungarische Nation, Tageszeitung)*, 17. Mai 2003, S. 26.
[8] A kommunizmus fekete könyve. *(Das schwarze Buch des Kommunismus.)* s. Fn. 6, S. 23.

Der Generalsekretär der Ungarischen Kommunistischen Partei,[10] Mátyás Rákosi, gab nach dem sowjetischen Muster folgende Instruktionen: *„... wenn es Schwierigkeiten gibt, ist es unmöglich, dass der Feind dabei nicht mitgemischt hat ... und wir haben keine Angst davor, dass alle verdächtig werden, die leben ..., was hier passieren wird, dass es starkes Misstrauen geben wird, ist nicht schlimm ..., man soll lieber tiefer schneiden, aber gründlich, nicht dass die Wurzeln darin bleiben. Wo gehobelt wird, dort fliegen die Späne."* In der Sitzung der Zentralen Führung der Ungarischen Arbeiterpartei vom 11. Juni 1949 (wo es um die Sache „László Rajk und seine Mitangeklagten" ging), setzte er fort: *„... so wurde es auch in der Sowjetunion gemacht. Die Menschen waren entsetzt, aber das war die richtige Methode ..."* deshalb *„... schneiden wir den brandigen Teil lieber etwas tiefer aus, damit keine Giftstoffe darin bleiben."*[11]

Da fast das ganze Strafrecht den politischen Interessen entsprechend umgestaltet wurde, ist es nicht leicht, die politischen Verfahren von den gemeinen Strafsachen abzugrenzen. Die nachstehenden Vergleichszahlen können dazu jedoch Anhaltspunkte liefern:

Im letzten Friedensjahr 1938 wurden
336.000 Personen angezeigt,
193.000 Personen angeklagt,
94.000 Personen verurteilt.
In einem repräsentativen Jahr der Stalinschen Strafrechtpolitik, 1952, wurden
403.000 Personen angezeigt,
202.000 Personen angeklagt,
145.000 Personen verurteilt.

Für den totalen Terror ist es kennzeichnend, dass zwischen 1950-1953 gegen zwei Millionen Menschen ermittelt wurde, eine Million vor Gericht gestellt und 380 tausend verurteilt wurden. 1953 gab es in den Polizeikarteien Angaben über 1.300.000 Menschen, und den größten Teil dieser Berichte erstatteten die bis dahin geworbenen 40.000 Spitzel. Zwischen 1945 und 1953 wurden 220.000 Menschen interniert. 1953 wurden 40.734 Personen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Das waren 0,42 % der Bevölkerung des Landes. Zu dieser Zeit waren die beinahe 200 Gefängnisse und Internierungslager zum Bersten voll. Obwohl in allen Zellen mehr Verurteilte untergebracht wurden als Plätze darin nach den ursprünglichen Plänen vorhanden waren,[12] mussten viele darauf warten, ihre Strafe verbüßen zu können. Allein auf Grund des Gesetzes Nr. VI/1946 wurden fast 500 Menschen zum Tode verurteilt.

1953 ließ der Ministerpräsident Imre Nagy die Internierungslager schließen und ein Teil der Verurteilten wurde begnadigt, oder sie wurden rehabilitiert, aber diese

[9] Buharin, Nyikolaj: Problemi teorii i praktiki sozialisma. *(Probleme der Theorie und der Praxis des Sozialismus.)* Moskau, 1989, S. 168.
[10] Die Ungarische Kommunistische Partei hatte mehrere offizielle Namen: Partei der Ungarischen Arbeiter (1948-1956), Ungarische Sozialistische Arbeiterpartei (1956-1989).
[11] Iratok az igazságszolgáltatás történetéhez. 5. *(Schriften zur Geschichte der Justiz. 5.)* Hrsg.: Solt, Pál. Budapest, 1996, S. 296.
[12] Die Kapazität der Gefängnisse wurde für 21.865 Gefangene geplant.

Tendenz hielt nicht lange an. Vor der Revolution und dem Freiheitskampf 1956 waren schon mehr Menschen in den Gefängnissen als im Jahre 1953.[13]

Unter den Internierten und Eingekerkerten waren 14 Bischöfe (zwei Drittel der Ungarischen Hohen Priester), 1300 Priester (ein Viertel der ungarischen Priester), 2400 Klosterfrauen und Mönche (ein Viertel der ungarischen Klosterfrauen und Mönche).[14]

Über die Vergeltung nach 1956 wurden unterschiedliche Angaben veröffentlicht. Gemäß Forschungen von Tibor Zinner wurden bis 1963 367 Personen zum Tode verurteilt (152 davon wurden auf Grund eines militärgerichtlichen Urteils hingerichtet). Laut Frigyes Kahler lag diese Zahl ungefähr bei 400. Péter Gosztonyi nennt demgegenüber die Zahl 453. Darüber hinaus wurden mindestens 23.761 Personen in Gefängnisse gesperrt.[15]

Die Zeit zwischen 1963 und 1989 brachte insofern eine Änderung, dass János Kádár im Zeichen der Konsolidation statt der bis dahin geltenden Devise *„Wer nicht mit uns, der gegen uns"* die neue Devise *„Wer nicht gegen uns, der mit uns"* ankündigte. Dies bedeutete auf dem Gebiet der Strafpolitik, dass in politischen Sachen keine Todesstrafen mehr verhängt wurden und ins Gefängnis auch nur die tatsächlichen Gegner des politischen Systems kamen. Obwohl immer noch viele Menschen verunglimpft wurden (gemäß Samisdats der 1980-er Jahre wurden zwischen 1965 und 1985 5700 Menschen ausgesprochen aus politischen Gründen verurteilt), wurde der Terror immer zurückhaltender. In den achtziger Jahren gab es in Ungarn im Vergleich zu den anderen sozialistischen Staaten auffällig wenig aus politischen Gründen Verurteilte. Existenzielle Drohung und Verunglimpfung Personen im zivilen Leben waren aber weiterhin übliche Methoden. Es war besonders auffällig, dass von Personen, die in den Schauprozessen der fünfziger Jahre verurteilt wurden, nur Kommunisten und Sozialdemokraten teilweise rehabilitiert wurden.[16] Von den anderen

[13] Törvénytelen szocializmus. A tényfeltáró bizottság jelentése. *(Gesetzwidriger Sozialismus. Bericht des tatsachenaufklärenden Ausschusses.)* Hrsg.: Révai, Valéria. Budapest, o. J., S. 278-281.; Zinner, Tibor: XX. századi politikai perek. A magyarországi eljárások vázlata 1944/1945-1992. *(Politische Prozesse im 20. Jh. Abriss der Verfahren in Ungarn 1944/1945-1992.)* Budapest, 1999, S. 33.

[14] Havasy, Gyula: A magyar katolikusok szenvedései 1944-1989. *(Leiden der Katholiken in Ungarn 1944-1989.)* Budapest, 1990, S. 179.; Vgl.: Hetényi Varga, Károly: Papi sorsok a horogkereszt és a vörös csillag árnyékában. *(Priesterschicksale im Schatten des Pfeilkreuzes und des roten Sterns.)* Budapest, 2005.; Hetényi Varga, Károly: Szerzetesek a horogkereszt és a vörös csillag árnyékában. *(Mönche im Schatten des Pfeilkreuzes und des roten Sterns.)* Budapest, 2001, Bd. I-III.; Szántó, Konrád: A meggyilkolt katolikus papok kálváriája. *(Kalvarie der hingerichteten katholischen Priester.)* Budapest, 1991.; Tomka, Ferenc: Halálra szántak, mégis élünk! Egyházüldözés 1945-1990 és az ügynökkérdés. *(Dem Tode geweiht, trotzdem lebendig! Kirchenverfolgung 1945-1990 und die Agentenfrage.)* Budapest, 2005.

[15] Zinner, Tibor: A kádári megtorlás rendszere. *(System der Vergeltung in der Kádár-Ära.)* Budapest, 2001, von S. 421.; Gosztonyi, Péter: Magyar Golgota. *(Ungarische Golgatha.)* Budapest, 1993, S. 70-71.; Kahler, Frigyes – M. Kiss, Sándor: Kinek a forradalma? Erőszakszervezetek 1956-ban, a fordulat napja, ismét sortüzek, a nagy per. *(Wessen Revolution? Gewaltorganisationen im Jahr 1956, Tag der Wende, wieder Salven, der große Prozess.)* Budapest, 1997, von S. 209.

[16] Selbst von den Kommunisten wurden nicht rehabilitiert z. B: Pál Demény (1901-1991), siehe: Zinner, Tibor: A Demény ügy. *(Die Sache Demény).* In: Mozgó Világ, 1989, Demény, Pál: A párt foglya voltam. *(Ich war Gefangeneer der Partei.)* Budapest, 1989; Aladár Weisshaus (1887-1963), siehe: Gadanecz, Béla – Gadanecz, Éva: A Weisshaus Aladár vezette szocialista népmozgalom története. *(Geschichte der von Aladár Weisshaus geführten sozialistischen Volksbewegung.)* In: Multunk, 1993, Gadanecz, Béla – Gadanecz, Éva: A weisshausisták tevékenysége és üldöztetése 1945

Sachen durfte man (unter anderem wegen persönlicher Betroffenheit von János Kádár[17]) nicht einmal reden. Die Nichtigkeit der Schauprozesse wurde erst nach dem Systemwechsel deklariert.[18] (Gesetze Nr. XXXVI/1989, XXVI/1990, XI/1992.)

3. Quellen des sozialistischen Strafrechts

Um die Täter von Kriegsverbrechen und Straftaten gegen das Volk verurteilen zu können, wurden nach dem 2. Weltkrieg materielle und verfahrensrechtliche Normen der strafrechtlichen Verantwortlichmachung aufgestellt. (Die durch das Gesetz VII/1945 in Kraft gesetzten Verordnungen Nr. 81/1945. (II. 5.) ME und Nr. 1440/1945. (V. 1.) ME) Die Normen der Verantwortlichmachung von Kriegsverbrechern und Volksfeinden wurden aber von der Ungarischen Kommunistischen Partei auch zur Abrechnung mit ihren politischen Gegnern verwendet. Damit begann die „Verdoppelung" des Strafrechts. Dementsprechend galten für die politischen Straftaten und Strafverfahren andere Normen und rechtspolitische Richtlinien als für die durch die Strafpolitik weniger betroffenen gemeinen Straftaten.

Einige Prinzipien des Volksgerichtsrechts widersprachen den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit. Solche waren z. B. die Anwendung der kollektiven Schuld, wenn jemand Mitglied einer gewissen Organisation war, wie z. B. des in Ungarn organisierten Volksbunds (§ 17, Punkt 2 der Verordnung über die Volksgerichte). Auch derjenige wurde zum Kriegsverbrecher, wer „auf Grund einer Ernennung nach der Machtübernahme der Pfeilkreuzler in ihrer Verwaltung oder Verteidigung freiwillig … eine wichtige Stellung übernahm." (§ 13, Punkt 3 der Verordnung über die Volksgerichte). Auf Grund der genannten Strafrechtsnormen wurden auch Personen verurteilt, die ihr Amt dazu verwendet haben, andere Menschen zu retten.

Das ungarische sowjetisch geprägte sozialistische Strafrecht war bis zum Systemwechsel 1989 durch das Gesetz Nr. VII/1946 bestimmt, dessen Titel zwar „Über den Schutz der demokratischen Staatsordnung und der demokratischen Republik" lautete, in Wirklichkeit aber die Liquidierung und Einsperrung der politischen Gegner ermöglichte. Es spielte die gleiche Rolle, wie im Dritten Reich von Adolf Hitler die Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933. *(„Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat.")*

Die Umgestaltung des ungarischen Strafrechts nach sowjetischem Muster erfolgte durch das Gesetz Nr. II/1950 „Über den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches". Mit

után. *(Tätigkeit unf Verfolgung der Weisshausisten nach 1945.)* In: Multunk *(Unsere Vergangenheit)*, 1995; usw.

[17] János Kádár wirkte schon bevor er Innenminister wurde, tätlich an zahlreichen Schauprozessen mit.

[18] Zinner, Tibor: Személyes adalékok (is) az első két semmisségi törvény hátteréhez. *([Auch]Persönliche Beiträge zum Hintergrund der ersten zwei Nichtigkeitsgesetze.)* In: A semmisségi törvények. Büntetőjogi tanulmányok III. *(Die Nichtigkeitsgesetze. Studien zum Strafrecht III.)* Zum Druck vorbereitet von: Kahler, Frigyes. Budapest, 2002.; Kulcsár, Kálmán: Két világ között. Rendszerváltás Magyarországon 1988-1990. *(Zwischen zwei Welten. Systemwechsel in Ungarn 1988-1990.)* Budapest, 1994.; Kárpótlás és kárrendezés Magyarországon 1989-1998. *(Entschädigung und Schadensbehebung in Ungarn 1989-1998.)* Hrsg.: Nagy, Ferenc u.a. Budapest, 1998.

der formellen Definition der Straftat – eine Straftat ist eine sozialschädliche Tat, die durch Gesetz mit Strafe geahndet ist – wurde eine subjektive Beurteilung des strafbaren Handels möglich. Eine Schuld auf der subjektiven Seite war nicht mehr notwendig. Versuch und vollendete Tat, sowie Beihilfe und Täterschaft wurden aus Sicht der Bestrafung theoretisch gleichgesetzt.

Die neue Regelung des Allgemeinen Teils teilte die Straftaten in Verbrechen und Übertretungen ein, zugleich hob sie den Begriff des Vergehens auf. Damit wurde die Dreiteilung der Straftaten aufgehoben, die noch in Frankreich entstand (die Strafgesetzbücher von 1791 und 1840) und auch im bis dahin geltenden ungarischen Strafgesetzbuch, dem Gesetzesartikel Nr. V/1878, enthalten war (§§ 1, 20, 92). Die Rechtsverordnung Nr. 17/1955 hob auch die Übertretungen auf, wodurch eine Unterscheidung der Straftaten nach ihrer Schwere im ungarischen Strafrecht unterging. So waren die Begriffe Verbrechen und Straftat bis 1971 im Wesentlichen gleichgesetzt.

Die ministerielle Begründung erklärte dies damit, dass auf dem ganzen Gebiet der Gerichtsbarkeit Schöffen tätig seien, und *„den auf diese Weise aufgebauten Strafgerichten Gesetze in die Hand gegeben werden müssen, welche keine unnötigen juristischen Komplikationen verursachen und die überflüssige juristische Kleinlichkeit vermeiden."* (Es bedarf keiner Erklärung, wie einfach Verbrechen und Vergehen im Strafrecht von einander zu unterscheiden sind, und welche schwerwiegenden Folgen dieser Schritt hatte.)

1952 fasste das Justizministerium die zur damaligen Zeit geltenden Strafrechtsnormen zusammen, denn das Strafrecht war bis dahin durch einen Dutzend Vorschriften geregelt: der Allgemeine Teil durch das Gesetz Nr. II/1950, der Besondere Teil durch den Gesetzesartikel Nr. V/1878, und das Jugendstrafrecht durch die Rechtsverordnung Nr. 34/1951. Die so entstandene Arbeit war theoretisch keine neue Rechtsquelle, nur eine Kompilation, trotzdem erfuhren die Rechtsnormen, die mit den Gesichtspunkten der damaligen Rechtspolitik nicht übereinstimmten, mehrfache Änderungen.

Zur Schaffung eines neuen Kodexes, der das ganze Rechtsmaterial des Strafrechts umfasste, kam es mit dem Erlassen des Gesetzes Nr. V/1961. Dieses Gesetz setzte den so genannten Csemegi-Kodex als Ganzes außer Kraft. Das erste sozialistische Strafgesetzbuch erweiterte die strafrechtliche Vorwerfbarkeit und konstruierte zahlreiche neue Straftatbestände. Die Straftat entsprach weiterhin dem Begriff des Verbrechens, aber in die Definition des Verbrechens wurde bereits auch der Schuldbegriff eingebaut. Die Kategorie der Sozialschädlichkeit blieb jedoch weiterhin bestehen. Es bedeutete einen erheblichen Fortschritt, dass im Kodex die fahrlässigen Strafteten nur selten unter Strafe gestellt wurden, und zwar nur in Fällen, wo das Gesetz ausdrücklich eine Strafe angeordnet hatte.

Das nächste und bis heute geltende Strafgesetzbuch war das Gesetz Nr. IV/1978, das beim Systemwechsel mehrfach novelliert wurde. Die Systematik und die juristische Sprache dieses Gesetzes sind einwandfrei. Den formellen rechtlichen Rahmen kann man ideal nennen, aber es operierte mit dem Begriff der Sozialschädlichkeit weiterhin nach dem sowjetischen Muster. Und die Anzahl der politischen Straftaten (insgesamt 75) ging überhaupt nicht zurück. Außerdem gibt es darin mehr Strafverschärfungen als Strafmilderungen.

4. Sozialistische Strafrechtswissenschaft

Das Beispiel für die offizielle ungarische Strafrechtslehre war bis 1989 die sowjetische Rechtswissenschaft. In einem zeitgenössischen Lehrbuch des Strafrechts heißt es: „Allein die sowjetische Strafrechtswissenschaft gibt eine konsequente, allein richtige und wirklich wissenschaftlich formulierte Antwort auf die Frage nach Gegenstand, Methode und Systematik der Strafwissenschaft, wie auch auf alle speziellen Detailfragen, die zum Bereich der Strafrechtswissenschaft gehören."[19]

Auch die ungarische sozialistische Strafrechtswissenschaft wurde nach dem sowjetischen Muster janusgesichtig. Einerseits vertrat sie unter Berufung auf die Werke von Marx und Engels die Ansicht, dass die Kriminalität als Massenerscheinung eine historische Kategorie sei. In der kapitalistischen Gesellschaft weise die Kriminalität eine zunehmende Tendenz auf.[20] Die wichtigsten Ursachen der Kriminalität seien ihrer Meinung nach die Klassengesellschaft,[21] die Ausbeutung[22] und die Verfremdung.[23] Demgemäß hoffte man, dass in der kommunistischen Gesellschaft, wo diese Gegensätze aufgehoben werden, auch die Kriminalität abgebaut werden könne. Wenn das gesellschaftliche Eigentum und die Gesellschaft ohne Klassen entstehen und die Oberhand gewinnen, wird sich die auf der kommunistischen Sichtweise basierende individuelle und gesellschaftliche Bewusstseinsform herausbilden.[24] Das damalige offizielle Lehrbuch versuchte, diese Thesen des Marxismus auf der Grundlage von angeblichen Statistiken aus den beiden deutschen Staaten zu belegen:

DDR		BRD	
1946	2771	1955	3632
1947	2552	1956	3105
1948	2277	1957	3160
1958	1072	1958	3194
1959	907	1959	3567
1960	803	1960	3660[25]

[19] Szovjet büntetojog. *(Sowjetisches Strafrecht)*. Budapest, 1951, S. 9.

[20] Marx, Karl: Népesség, bunözés és pauperizmus. *(Population, Kriminalität und Pauperismus.)* (1859) In: Marx-Engels' ausgewählte Werke Bd. I.; Engels, Friedrich: A munkásosztály helyzete Angliában. (1845) *(Lage der Arbeiterklasse in England.)* Budapest, 1954.

[21] Laut marxistischer Lehre ist die Klasse eine geschichtliche Kategorie, die von der Rolle der gegebenen Gruppe in der Produktion und ihrer Beteiligung an der Verteilung bestimmt ist. Nach ihrer Beziehung zu den Produktionsmitteln sind Ausbeuter und ausgebeutete Klassen zu unterschieden. Siehe: Lenins gesammelte Werke. Bd. 29. S. 428.

[22] Die Ausbeutung ist nach Ansicht der Marxisten die unentgeltliche Aneignung des Produkts einer fremden Arbeit kraft Eigentums an den Produktionsmitteln. Siehe: Politikai kisszótár. *(Kleines Wörterbuch der Politik.)* Hrsg.: Fencsik, László. Budapest, 1986, S. 215.

[23] Nach Marx entfremdet sich die Arbeit unter kapitalistischen Umständen vom Menschen. Deshalb entsteht das falsche, verzerrte Bewusstsein, das für die kapitalistischen Gesellschaften kennzeichnend ist. Siehe: Marx, Karl: Gazdasági-filozófiai kéziratok. (1844) *(Ökonomisch-Philosophische Manuskripte von 1844)* usw.

[24] Vigh, József – Földvári, József: Kriminológiai alapismeretek. *(Grundkurs Kriminologie.)* Budapest, 1987, S. 45 und 83.

[25] Die Tabelle zeigt die Indexzahlen der erfassten Kriminalität, aber das Lehrbuch hat die Quellen nicht angegeben. Siehe: Kádár, Miklós – Kálmán, György: A büntetojog általános tanai. *(Allgemeine Strafrechtslehre.)* Budapest, 1966, S. 125.

So wurde die Kriminologie als eine Wissenschaft der Bourgeoisie abgetan und die diesbezüglichen Forschungen eingestellt. Die Daten über Kriminalität galten als Staatsgeheimnis (insbesondere deshalb, weil sie die Theorie nicht bestätigten). Die Ursachen der Kriminalität hielt man ausschließlich für Überbleibsel des Kapitalismus im Bewusstsein der Menschen.[26] Zum Glück wurde diese Ideologie nicht so steif angewendet wie zur Zeit der Räterepublik im Jahre 1919, als die auf Vorschlag des Volkskommissars für Justiz, Zoltán Rónai (1880-1940) erlassene Regierungsverordnung Nr. VIII. vorschrieb, dass alle, vor dem 1. August 1914 eingeleiteten Strafverfahren eingestellt werden sollen, „wenn die Straftat offensichtlich auf die im kapitalistischen Wirtschaftssystem enthaltenen exogenen Ursachen zurückgeführt werden kann." In Budapest stellte die mit Überprüfung der Strafsachen beauftragte Kommission 85 % der früheren Strafverfahren ein, sogar Mordprozesse, mit der Begründung, dass der Täter ein Proletarier war.[27]

Andererseits wurden in Ungarn, wie im zweiten Kapitel bereits ausgeführt, nie bisher so große Menschenmassen verurteilt, wie während des Sozialismus, und auch die so genannten Gemeinverbrecher erhielten viel strengere Urteile. In den sozialistischen Staaten bestand konsequent auch die häufig angewendete Todesstrafe sehr lange.

Die kriminalistischen Forschungen wurden erst nach dem XX. Kongress der Kommunistischen Partei der Sowjetunion erlaubt. Erst danach konnten sich andere Wissenschaftszweige zur Unterstützung der wissenschaftlichen Forschung des Strafrechts entfalten, wie z. B. Viktimologie, Rechtssoziologie, Soziologie, Kriminalpsychologie und Statistik.

5. *Grundsätze des sozialistischen Strafrechts*

a.) Die Grundsätze *nullum crimen sine lege* und *nulla poena sine lege*

Weder der Grundsatz „nullum crimen sine lege" noch der Grundsatz „nulla poena sine lege" gelangten zur Anwendung. § 1 der Rechtsverordnung Nr. 39/1950 enthielt die ausdrückliche Bestimmung, Gesetze rückwirkend anzuwenden.

[26] Vigh, József – Földvári, József: Kriminológiai alapismeretek. *(Grundkurs Kriminologie.)* Budapest, 1979, S. 85.; Vermes, Miklós: A kriminológia alapkérdései. *(Grundfragen der Kriminologie.)* Budapest, 1971, S. 38.; Szabó, András: Bunözés – ember – társadalom. *(Kriminalität – Mensch – Gesellschaft.)* Budapest, 1980, S. 14-15.

[27] Szabó, András: A Magyar Tanácsköztársaság büntetojogának fo kérdései. *(Hauptfragen des Strafrechts der Ungarischen Räterepublik.)* In: Tanulmányok a Magyar Tanácsköztársaság államáról és jogáról. *(Studien zum Staat und Recht der Ungarischen Räterepublik.)* Hrsg.: Horváth, Pál. Budapest, 1955, von S. 115.; Szabó, András: Haladó eszmék a büntetojogi gondolkodásban a Tanácsköztársaság idején. *(Fortschrittliche Ideen im strafrechtlichen Denken während der Räterepublik.)* In: A tanácshatalom jogpolitikája 1919-ben. *(Rechtspolitik der Rätemacht 1919.)* Hrsg.: Kovács, Kálmán. Budapest, 1979, von S. 172.; Sarlós, Béla: A Tanácsköztársaság jogrendszerének kialakulása. *(Entstehung des Rechtssystems der Räterepublik.)* Budapest, 1969, von S. 82.

Bis 1954 konnte auch der Ministerrat Strafrechtsnormen erlassen. Gemäß Beschluss Nr. 1038/1951 (XII.19.) M.T. konnte der Ministerrat in einem Beschluss feststellen, dass eine Tat, die im Gegensatz zum Beschluss steht, gegen eine bereits bestehende Strafrechtsnorm verstößt. Der Straftatbestand der Aufstachelung gegen eine Gruppe der landwirtschaftlichen Genossenschaft, geahndet mit einer Freiheitsstrafe von 2 bis 10 Jahren, wurde durch eine Regierungsverordnung geschaffen: *„Wer die Gründung einer Gruppe der landwirtschaftlichen Genossenschaft erschwert oder vereitelt, die Tätigkeit bereits bestehender Gruppen verhindert oder ihren Bestand dadurch gefährdet, dass er gegen die Institution aufstachelt, sie verleumdet oder beleidigt... ein Mitglied der Gruppe oder dessen Hausleute wegen ihrer Zugehörigkeit zur Gruppe schmäht, beschämt oder misshandelt..."* (Regierungsverordnung Nr. 2560/1949 (III.19.), vgl.: § 4 der Verordnung Nr. 1/1957 (I.13.) FM.)

Neue Straftatbestände konnten nicht nur durch Verordnungen, sondern auch durch Beschlüsse, Anweisungen und Informationen veröffentlicht werden. (Sogar Zuschriften des Landesamtes für Planung, bzw. Stellungnahmen der Partei enthielten neue Straftatbestände.)

Einige Beispiele dafür: bezüglich verbotene Grenzüberschreitung 20. Juni 1950, 12. Juli 1950 usw., bezüglich Lohn- und Normenbetrug 26. August 1950, bezüglich Warenaufspeicherung und Spekulation 28. September 1950, bezüglich Ablieferung von Getreide mit Kornwurm[28] 5. Oktober 1950, zur Verfolgung unerlaubter Transporte 6. Oktober 1950, zur Verfolgung von Aufstachelung gegen Gruppen der landwirtschaftlichen Genossenschaften 7. Oktober 1950, bezüglich Strafverfahren in Sachen Abrechnung mit den Früchten 13. Oktober 1950, bezüglich des sog. Schwarzschlachtens[29] 25. Oktober 1950 und 15. Januar 1951, bezüglich Abrechnen der Kulaken[30] 15. November 1950 und 5. Februar 1951, bezüglich Ablieferung 27. November 1952, bezüglich Wirtschaftsstraftaten 19. Dezember 1952, bezüglich Berücksichtigung der Klassenzugehörigkeit bei Straftaten im Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Produktion 27. Dezember 1952, bezüglich Straftaten gegen die Plandisziplin 31. Januar und 13. Februar 1951, bezüglich Spekulationssachen 20. Februar 27. Februar und 6. März 1951, bezüglich Abtreibungssachen 12. Dezember 1952 usw.

Die Rechtsverordnung Nr. 26/1954 bestimmte, dass eine neue Straftat nur durch Gesetz oder Rechtsverordnung eingeführt werden kann (§ 3). Dass eine rechtsnormwidrige Tat unter eine bereits bestehende Strafrechtsnorm fällt, konnte aber weiterhin durch eine Verordnung oder einen Beschluss des Ministerrates festgestellt werden.

[28] Kornwurm (Bruchidae) Insektenfamilie in der Familienreihe der pflanzenfressenden Käfer, kleiner als 5 Millimeter. Mehrere Arten von ihnen sind als Schädlinge in landwirtschaftlichen Speichern bekannt.

[29] Vgl.: Verbrechen im Zusammenhang mit Schweinehandel und -schlachten. Verordnung des Ministerrates Nr. 75/1952. (VIII. 30.) MT.

[30] Das Wort Kulak (russ. кулак, »Faust«), wurde 1948 durch die aus Moskau gekommenen Kommunistenführer als neue juristische Terminologie ins ungarische Rechtssystem eingeführt. Kulak war in Russland bis 1917 eine abfällige Bezeichnung für einen habgierigen, unehrlichen Zwischenhändler auf dem Dorfe, der sein Einkommen nicht aus eigener Arbeit, sondern durch Wucher und Warenvermittlung erwarb. In Ungarn wurden aber Bauern mit einem Grundbesitz von über 25 Morgen oder mit einem reinen Einkommen von 350 Goldkronen Kulaken genannt.

Bis zur Rechtsverordnung Nr. 17/1955 war auch die Übertretung eine Straftat, und gemäß § 72 des Gesetzes Nr. II/1950 konnte eine Übertretung durch eine beliebige Rechtsnorm bzw. polizeiliche Anordnung, sowie von einer durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Verordnung des Ministerrates dazu ermächtigten Behörde festgestellt werden.

Die Rechtsverordnung Nr. 24/1974 über die Neuregelung des Strafrechts übernahm den § 3 der Rechtsverordnung Nr. 26/1954 mit dem Unterschied, dass sie die obige Ermächtigung des Ministerrates auch auf Ordnungswidrigkeiten ausweitete.

Typischerweise wurden nicht einmal diese Vorschriften eingehalten. Bei Devisenstraftaten konnte z. B. ein Straftatbestand sogar noch in den 1980-er Jahren nicht durch ein Gesetz, sondern durch eine Ministerialverordnung oder durch eine Anweisung der Oberbehörde festgestellt werden.

b.) Grundsatz der Gesellschaftsgefährlichkeit

Die sowjetischen Juristen lösten die vom deutschen Rechtswissenschaftler Franz von Liszt (1851-1919) geschaffene,[31] bis heute anerkannte Definition der materiellen Rechtswidrigkeit (*„Materiell rechtswidrig ist eine Tat, wenn das gesellschaftsschädliche Verhalten ... die rechtswidrige Tat Rechtsgüter verletzt oder gefährdet..."*) durch den Begriff der Gesellschaftsgefährlichkeit.

Das sowjetische Recht deklarierte gemäß seinen entgegengesetzten Gesichtspunkten, dass zur Feststellung einer Straftat „das revolutionäre Rechtsbewusstsein" genüge. Als 1922 das sowjetische Strafgesetzbuch fertig gestellt wurde, schrieb Lenin in seinem Brief an die Gerichte: *„Diese zwei Paragrafen sagen uns alles. Die anderen wurden nicht für uns gemacht. Die sind für die Welt; für Leute, für die nicht das Wesentliche, sondern der Paragraf wichtig ist."* Laut Lenin konnte das Gericht auf Grund von zwei allgemeinen Thesen des Strafgesetzbuches alles zur Straftat erklären, was es 1.) für gesellschaftsgefährlich hält, 2.) für ähnlich hält zu einer anderen Straftatkategorie der fraglichen Strafrechtsnorm (§§ 6 und 16). Der Rechtsanwender durfte also Strafe auch wegen einer Tat verhängen, die vom Gesetzgeber nicht in einem Tatbestand des Besonderen Teils definiert wurde. Lenin gab die Anweisung, dass man sich bei den Strafrechtsnormen *„bemühen soll, eine so weite Formulierung wie möglich zu schaffen, weil in der Praxis nur der revolutionäre Rechtssinn und das revolutionäre Rechtsbewusstsein die Voraussetzungen einer breiten oder weniger breiten Anwendung des Terrors bestimmen können."*[32]

Diese These des sowjetischen Rechts wurde auch in den § 1 des Gesetzes Nr. II/1950 übernommen. Sie wurde natürlich den Leninschen Prinzipien entsprechend angewendet. *„Wie hoch soll die Gesellschaftsgefährlichkeit sein, die schon eine Straftat darstellt, dazu erhalten Gesetzgeber und Rechtsanwender die entsprechende*

[31] Liszt, Franz von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin, 1908.; Liszt, Franz von: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Berlin, 1905, Bd. I-II

[32] Lenin összes muvei. *(Gesammelte Werke.)* Bd. 39, S. 404-405; Bd. 45, S. 190.; Sík, Endre: Próbaévek. *(Probejahre.)* Budapest, 1967, S. 762.; Szovjet büntetojog. *(Sowjetisches Strafrecht.)* Budapest, 1951, S. 99-101.; Pipes, Richard: Az ismeretlen Lenin. A titkos archívumból. *(Der unbekannte Lenin. Aus dem Geheimarchiv.)* Budapest, 2002.

Richtungsweisung immer von unserer Partei."[33] Die Gesellschaftsgefährlichkeit wurde von den Gerichten bis 1970 immer im möglichst weitesten Sinne ausgelegt, und darunter wurde immer die Gefährlichkeit für das bestehende Gesellschaftssystem verstanden. Es wurden keine Schranken gesetzt, und dies ermöglichte das willkürliche Verfahren des Rechtsanwenders. So konnte dieses Mittel zum Erreichen von Zielen der Tagespolitik eingesetzt werden. Für die Rechtsprechung wurden Schuld und politische Zuverlässigkeit zu Synonymen.

Ein prägnantes Beispiel für eine Reihe missbräuchlicher Anwendung der Kategorie der Gesellschaftsgefährlichkeit ist ein militärgerichtliches Urteil mit Begründung. Ein gewisser István Szabó wurde verurteilt, weil sein Adoptivsohn spioniert haben soll. In der Begründung des Urteils gab zwar das Gericht zu, dass Szabó von der Spionage seines Sohnes nichts wusste, es führte jedoch aus, dass der Angeklagte *„für die Gesellschaft gefährlich ist, weil sich ein naher Verwandter von ihm in den Dienst der Tito-Banden gestellt hat, und deshalb kann auch er (Szabó) zu umstürzlerischer Tätigkeit gegen die Volksdemokratien verwendet werden."*[34]

Die Anwendung des Begriffs der Gesellschaftsgefährlichkeit durchbrach also das Prinzip der Verantwortung auf Grund von Schuld. Zuvor konnten nur vorsätzlich begangene Straftaten bestraft werden, mit Ausnahme von einigen, gesetzlich bestimmten Fällen der Fahrlässigkeit. Nach 1950 wurde die Grenze zwischen Vorsätzlichkeit und Fahrlässigkeit relativiert, denn eine fahrlässig begangene Straftat könne genau so gesellschaftsgefährlich sein wie eine vorsätzlich begangene Straftat.[35]

Ebenso wurde die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen entsprechend dem Begriff der Gesellschaftsgefährlichkeit aufgehoben. Laut ministerieller Begründung des Gesetzes sollten *„juristische Komplikationen"* und *„überflüssige juristische Kleinlichkeit"* vermieden werden. Es ist kaum notwendig zu beweisen, dass eine Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen die Strafjustiz nicht besonders kompliziert macht. In Wirklichkeit geht es hier darum, dass keinerlei gesetzliche Regelung die willkürliche Rechtsprechung einschränken soll.[36] Die Gesellschaftsgefährlichkeit wurde in § 2 des Gesetzes Nr. V/1961, und sogar in § 10 des Gesetzes Nr. IV/1978 übernommen. Dies wurde jedoch in den Jahren vor dem Systemwechsel zweifellos eher zu Gunsten des Täters angewendet. In den anderen Fällen wurde sie als eine kodifizierte materielle Rechtswidrigkeit aufgefasst. Dementsprechend ist eine Straftat tatbestandsmäßig (dispositionsmäßig), rechtswidrig und schuldhaft.

[33] Kárpáti, László: Alkalmazzuk bünteto jogszabályainkat osztályharcos szellemben. *(Wenden wir unsere Strafrechtsnormen im Geiste des Klassenkampfes an.)* In: Rendorségi Szemle *(Polizeirundschau)*, 1955, S. 38.

[34] Borhi, László: A vasfüggöny mögött. Magyarország nagyhatalmi erotérben, 1945-1968. *(Hinter dem eisernen Vorhang. Ungarn im Feld zwischen Großmächten.)* Budapest, 2000, S. 94.

[35] Töttösy, Erno: Jog és ökoljog. *(Recht und Faustrecht.)* Budapest, 1991, S. 38.

[36] Kádár, Miklós: Szándékosság és a társadalomra veszélyesség. *(Vorsätzlichkeit und Gesellschaftsgefährlichkeit.)* Budapest, 1958, S. 24.; Viski, László: Szándékosság és a társadalmi veszélyesség. *(Vorsätzlichkeit und Gesellschaftsgefährlichkeit.)* Budapest, 1959, S. 24.; Tímár, István: Az 1950. évi II. tv. egyes kérdései. *(Einige Fragen des Gesetzes Nr. II/1950.)* In: Jogtudományi Közlöny *(Rechtswissenschaftliche Mitteilungen)*, 1950, S. 381.

c.) Aufhebung der Gleichheit vor dem Gesetz

Besonders in den fünfziger Jahren wurde die Persönlichkeit des Täters unter Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz, aus politischer Sicht, gemäß der Klassenzugehörigkeit beurteilt. Bei einem Klassenfeind war allein die Herkunft ein hinreichender Grund zur Schuldvermutung. In einem offiziellen Lehrbuch des Strafrechts von damals steht: *„... unter den Umständen, die zur Beurteilung der Gesellschaftsgefährlichkeit der Täterpersönlichkeit vor allem zu prüfen sind, ragt der Klassenstand des Täters hervor."*[37] Vilmos Olti, Richter in unzähligen Schauprozessen, führte ebenfalls aus: *„Im Allgemeinen ist die Gesellschaftsgefährlichkeit eines Täters aus dem Proletariat anders, als die eines Kapitalisten, eines Kulaken oder eines anderen ‚Geschädigten' aus dem alten System, der die gleiche Tat begangen hat."*[38]

Die ständige Rechtsprechung der damaligen Zeit maß bei Beurteilung der Gesellschaftsgefährlichkeit des Täters außerdem auch dem Umstand eine Bedeutung zu, welchen Beruf der Bruder / die Schwester des Angeklagten hat, wer aus der Familie ins Ausland flüchtete, wer von den Familienmitgliedern interniert war usw.[39]

In der Begründung eines Urteils des Obersten Gerichts steht: *„Gemäß korrigiertem Tatbestand ist der Angeklagte kein arbeitender mittelständischer Bauer, sondern der Sohn eines Kulaken; sein Klassenstand und seine Persönlichkeit, die aus seiner Tat hervorgeht, bedeuten für die Gesellschaft eine Gefahr."*[40] Es gibt unzählige Beispiele für ähnliche Qualifizierungen. Das Oberste Gericht *„... berücksichtigte bei der Strafzumessung ... in erster Linie den Klassenstand des Angeklagten."*[41]

Wer nicht im Sinne dieser Prinzipien handelte, dem wurde strenger Verweis erteilt. Die Leiter der Anwaltschaft, des Gerichtes und der Polizeidirektion des Bezirks Edelény wurden zum Beispiel am 3. September 1957 in der Sitzung des Exekutivkomitees der Bezirkspartei folgendermaßen getadelt: *„In der Gerichtsverhandlung ist zu prüfen, ob die Person, über die verhandelt wird, Parteimitglied ist. Im Bericht ist nicht ausgewiesen, wie viele von den Verurteilten Klassenfremde sind. Bei diesen Personen ist anzuschauen, in welcher Dienststellung sie vor 1945 gearbeitet haben."*[42]

[37] Kádár, Miklós: Magyar büntetőjog. Általános rész. *(Ungarisches Strafrecht, Allgemeiner Teil.)* Budapest, 1966, S. 146.
[38] Olti, Vilmos: A büntetőtárgyalás vezetése. *(Leiten der Strafverhandlung.)* In: Jogtudományi Közlöny *(Rechtswissenschaftliche Mitteilungen)*, 1952, S. 204.
[39] Non, György: A Központi Vezetőség határozata után. *(Nach dem Beschluss der Zentralen Führung.)* In: Magyar Jog *(Ungarisches Recht)*, 1956, S. 225-226.; Vágó, Tibor: A „megtévedtség" fogalma. *(Begriff der „Verfehlung".)* In: Magyar Jog *(Ungarisches Recht)*, 1956, S. 101-102.; Vida, Ferenc: Az ítélkezés színvonalának emelése és a perek osztálytartalmának vizsgálata. *(Erhöhung des Rechtsprechungsniveaus und Prüfung des Klasseninhalts der Prozesse.)* In: Jogtudományi Közlöny *(Rechtswissenschaftliche Mitteilungen)*, 1956, S. 409-420.; Vágó, Tibor: A büntető ítélkezés néhány időszerű kérdéséhez. In: Jogtudományi Közlöny, 1973. S 21-25.; Szénási, Géza: Jogpolitikánk időszerű kérdése. In: Jogtudományi Közlöny, 1962. S 61-67.
[40] Kahler, Frigyes: Joghalál Magyarországon. *(Rechtstod in Ungarn.)* Budapest, 1993, S. 149.
[41] Kahler, Frigyes, Budapest, 1993, S. 149.
[42] Kiss, József: A borsodi perek, 1956-61. *(Die Prozesse im Komitat Borsod 1956-1961.)* Miskolc, 2002, S. 29-30.

Der eigenen Klassenstellung und der Herkunft konnte man nicht loswerden, den einem einmal zugeordneten Status konnte man nicht ändern. Umsonst ging ein Kulak in eine Fabrik arbeiten, oder ein ehemaliger Aristokrat auf einen Bau, das änderte nichts an seiner Lage. Überdies wurden diese Menschen behandelt, als ob sie zu einer anderen Rasse gehörten, ihre Herkunft wurde vererbt. Sogar eine verwandtschaftliche Beziehung genügte zur Schuld. Es entstanden zahlreiche Urteile, in denen dies allein zur Feststellung der Schuld genügte.

Bei den Prozessen zur Vergeltung der Revolution und des Freiheitskampfes 1956 wurde die Unterscheidung auf Grund der Klassenzugehörigkeit beibehalten. Sogar in den zeitgenössischen Fachzeitschriften konnte man lesen, dass die sozialistische Rechtswissenschaft dagegen protestiere, dass *„die trügerische Ideologie der Rechtsgleichheit in die Rechtsanwendung geschmuggelt werde."*[43]

Der Innenminister, der Justizminister und der Generalstaatsanwalt fassten in ihrer gemeinsamen Anweisung Nr. 9/1958 BM zusammen, wer als „Klassenfremder" anzusehen sei:

„1.) Personen, die von Ausbeutung lebten (ehemalige Kapitalisten, Fabrikanten, Betriebseigentümer, Großhändler, Unternehmer, Kulaken usw.); 2.) Personen, die im Staatsapparat und bei staatlichen Institutionen vor der Befreiung eine leitende Position innehatten (bis einschließlich Obernotäre), alle Beamte der ehemaligen Staatspolizei der Horthy-Ära, alle ehemaligen Berufsoffiziere der Polizei und des Militärs, alle Berufsgendarmen, die Leiter, Offiziere und alle Beamten des Generalstabs/2, Leiter und Vertreter der rechten Parteien und Organisationen; 3.) Diejenigen, auf die sich die Punkte 1-2 nicht beziehen, aber bei Berücksichtigung aller Umstände festzustellen ist, dass sie deklassierte Personen, Priester, herrschaftliche Gutsverwalter usw. sind."[44]

Diese Diskriminierung wurde durch einen Regierungsbeschluss 1963 gewissermaßen entschärft: *„Bei durch Klassenfremde begangenen Straftaten kann die ehemalige Klassenstellung des Beschuldigten nur dann zu seinem Nachteil verwertet werden, wenn dies das Motiv seiner Straftat war."*

Zehn Jahre später – da seit Ende des 2. Weltkriegs bereits fast 30 Jahre verstrichen sind – wurden die früheren Grundsätze des Strafrechts weiter verfeinert. Der Beschluss des Präsidialrates der Volksrepublik Nr. 14/1973 NET über die rechtspolitischen Richtlinien deklarierte: *„Die Kriminalität kann nicht allein auf die Bewusstseinsreste der alten Gesellschaft, auf das kapitalistische Umfeld, auf die feindlichen ideologischen Einwirkungen und auf Aufwiegelungstätigkeiten zurückgeführt werden. Diese üben zweifellos eine erhebliche Wirkung aus. Die Kriminalität hat aber in unseren Verhältnissen auch andere objektive und subjektive Ursachen."*[45]

d.) Kollektivschuld

Ebenso wie die Kategorie „Klassenfeind", wirkte die strafrechtliche Schuld eines in politischen Sachen Verurteilten auf seine Familienangehörigen aus. Auch Frau und

[43] Töttösy, Ernő: Jog és ököljog. *(Recht und Faustrecht.)* Budapest, 1991, S. 38.
[44] Zinner, Tibor: A kádári megtorlás rendszere. *(System der Vergeltung in der Kádár-Ära.)* Budapest, 2001, S. 366.
[45] Magyar Közlöny *(Ungarisches Mitteilungsblatt)*, 1973, Nr. 39, S. 456.

Kinder der in Schauprozessen Verurteilten wurden bestraft. Mátyás Rákosi, Generalsekretär der Partei der Ungarischen Arbeiter erinnerte sich daran 1962 im Exil in der Sowjetunion wie folgt: *„Es war die unwidersprochene Praxis, dass auch die Frauen hergenommen werden müssen..."*[46] Die verwaisten Kinder wurden in einem Kinderheim untergebracht, das zu Ehren der Zeit nach Mátyás Rákosi selbst benannt wurde. So erging es z. B. dem früheren Innenminister, László Rajk. Nachdem er verhaftet (später zum Tode verurteilt und hingerichtet) worden war, wurde auch seine Frau verschleppt. Ihr Säugling wurde ihr genommen und unter einem anderen Namen heimlich in einem staatlichen Kinderheim untergebracht. Ihre Wertgegenstände wurden konfisziert und in ihre Villa zog ein anderer Kommunistenführer, Sándor Nógrádi ein. Nachdem Frau Rajk aus dem Gefängnis entlassen worden war, bekam sie nach langem Klinkenputzen und verschiedenen Protestaktionen, ohne jegliche offizielle Benachrichtigung ihr seit Jahren nicht mehr gesehenes Kind, das von seinen leiblichen Eltern bisher natürlich nichts zu wissen bekommen durfte.[47]

Bei einigen Straftaten war die Schuld der Angehörigen sogar in einer Rechtsnorm verankert. Die Rechtsverordnung Nr. 26/1950 über die Ergänzung der Strafbestimmungen bezüglich des Verlassens des Landes, die zwar offiziell nicht verkündet, jedoch angewendet wurde,[48] legte für den Fall der Landesflucht einer der Militärgerichtsbarkeit unterliegenden Person fest, dass *„... die mit ihm in einem Haushalt lebenden oder durch ihn unterhaltenen volljährigen Angehörigen, die von der Straftat wussten und sie der Behörde nicht unverzüglich anzeigten, mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren zu bestrafen sind."*[49]

Die Bestrafung der Angehörigen war aber mit der Vollziehung der strafrechtlichen Urteile nicht beendet. Die Familienmitglieder waren für Jahrzehnte gebrandmarkt. Bei Bewerbung um eine Stelle oder einen Studienplatz war von entscheidendem Nachteil, wenn ein Familienmitglied verurteilt war.

e.) Richtlinien für die Strafzumessung

Bei der Strafzumessung wurde von 1947 an konsequent als Strafschärfungsgrund gewertet, wenn der Angeklagte *„reaktionär"* oder *„Kirchengänger"* ist, *„mit westlichen Ländern einen Briefverkehr hat", „viele Priester kennt", „amerikanisches Radio hört."*[50]

Vom Milieu des Angeschuldigten wurde in vielen Fällen eine Studie erstellt, denn in überwiegender Zahl der Fälle spielte nicht die Tat selbst die wichtigste Rolle, sondern die Person des Täters.[51]

[46] Pünkösti, Árpád: Rákosi a csúcson 1948-1953. *(Rákosi auf der Spitze. 1948-1953.)* Budapest, 1993, S. 218.
[47] Pető, Andrea: Rajk Júlia. Budapest, 2001.
[48] Auf Grund dieser Rechtsnorm wurden zwischen 1950-1953 574 Personen verurteilt.
[49] Iratok az igazságszolgáltatás történetéhez. *(Schriften zur Geschichte der Rechtsprechung.)* Hrsg.: Horváth, Ibolya; Solt, Pál; Szabó, Győző; Zanathy, János; Zinner Tibor. Budapest, 1992, S. 296-297.
[50] Töttösy, Ernő: Jog és ököljog. *(Recht und Faustrecht.)* Budapest, 1991, S. 33.
[51] Kahler, Frigyes: Joghalál Magyarországon. *(Rechtstod in Ungarn)* Budapest, 1993, S. 169.

Wenn diese Strafschärfungsgründe vorlagen, durften die sonst verwertbaren Strafmilderungsgründe (straffreies Vorleben, hohes Alter, Krankheit oder verminderte Erwerbsfähigkeit, viele Kinder, geringe Tatschwere, Teilnahme an der Widerstandsbewegung usw.) nicht berücksichtigt werden.

Im Strafverfahren gegen Péter Mansfeld und seine Mitangeklagten trug der Staatsanwalt in seinem Plädoyer Folgendes vor: *„Ich möchte hervorheben, dass es auf politischer Ebene keine jugendlichen oder alten Angeklagten gibt. Über Jugendliche kann also keine mildere Strafe verhängt werden, weil sie jung sind. Gegen sie ist mit der drakonischsten Strenge vorzugehen."*[52]

Den Begriff „reaktionär" definierte József Révai bereits 1945, indem er im offiziellen Blatt der kommunistischen Partei, im „Szabad Nép" *‚Freies Volk'*, die untrüglichen Merkmale der Reaktion darlegte. *„Reaktionär ist, wer antikommunistisch ist, wer die Tatsache, dass die kommunistische Partei zur Riesenpartei des ungarischen Arbeitervolks, zu einem bestehenden Faktor des nationalen und staatlichen Lebens wurde, für ein größeres Unglück hält, als die Kriegsniederlage des Landes... Wer an der politischen Isolierung der Kommunistischen Partei arbeitet: der Reaktionär, der Volksfeind, weil die kommunistische Partei die große Partei der ungarischen Arbeiter ist, welche die Millionenmasse des ungarischen Volkes vertritt."*[53]

6. Politische Straftaten im sozialistischen Strafrecht

Das grundsätzliche Problem aller Diktaturen ist die fehlende Legitimation, und dass der größere Teil der Bevölkerung mit der offiziellen Ideologie, mit der Partei, mit den einzelnen Staatsbehörden oder mit den maßgeblichen Institutionen des Systems (Entkulakisierung, Kollektivierung der Landwirtschaft, Propaganda usw.) früher oder später in Konflikt gerät. Und dabei sind die so gebannten politischen Straftaten am meisten dazu geeignet, Schauprozesse zu kreieren.

Ein typisches Merkmal der Diktaturen im 20. Jahrhundert ist, dass sie die so genannten politischen Straftaten viel strenger beurteilen als die so genannten gemeinen Straftaten. Ihre rechtspolitische Auffassung ist gerade das Gegenteil von der Denkweise des ungarischen Strafrechts im 19. Jahrhundert. Auch die ministerielle Begründung des Gesetzartikels Nr. V/1878 betonte, dass politische Straftaten *„meistens nicht aus niedrigen Beweggründen begangen wurden, und auch die Öffentlichkeit beurteilt hier die Schuld anders, als bei einem Überfall auf Privatpersonen oder auf das Vermögen."*[54] Dementsprechend hatte ihre Bestrafung auch einen „custodia honesta" Charakter, der Verurteilte wurde nur in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt, in allen anderen Bereichen genoss er zahlreiche Begünstigungen. Er konnte nicht zur Arbeit gezwungen werden, durfte seine eigene

[52] Jobbágyi, Gábor: Ez itt a vértanúk vére. *(Das ist hier das Blut der Blutzeugen)* Budapest, 1998, S. 138.
[53] Révai, József: Élni tudunk a szabadsággal. *(Wir können von der Freiheit Gebrauch machen)* Budapest, 1949, S. 12. Ersterscheinung in: Szabad Nép, *(Freies Volk; Tageszeitung)* 22. Juni 1945.
[54] Ministerielle Begründung der Gesetzesvorlage zum Strafgesetzbuch, S. 40.

Kleidung tragen, durfte selbst für seine Verköstigung sorgen, durfte täglich zwei Stunden im Freien verbringen, durfte täglich Besucher empfangen usw.[55]

In Folge der Auflehnungen gegen die gesetzliche Ordnung und der Versuche der Kommunisten, die Macht nach dem 1. Weltkrieg zu übernehmen, wurde die mildere strafrechtliche Regelung der politischen Straftaten geändert. Zu diesem Zwecke wurde der Gesetzesartikel III/1921 über einen wirksameren Schutz der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung erlassen. Es trat gegen jegliche rechtswidrige umstürzlerische Bestrebung auf und führte strenge Sanktionen ein. Die ministerielle Begründung hielt jedoch fest, dass *„das Gesetz nicht zum Ziel hat, die zum gesunden staatlichen und gesellschaftlichen Leben notwendigen Freiheitsrechte, vor allem die Meinungsfreiheit und Gewissensfreiheit zu unterdrücken."*[56]

Eine Gruppe dieser Taten bildet der Fall, wenn jemand eine rechtswidrige Aktion zum Umstürzen oder zur Vernichtung der bestehenden gesetzlichen Staats- und Gesellschaftsordnung initiiert oder anführt. Auf eine wirklich schwere Strafe konnten die Gerichte nur erkennen, wenn der Täter mit dem Ziel der gewaltsamen Umstürzung oder Vernichtung der gesetzlichen Staats- und Gesellschaftsordnung, insbesondere im Zusammenhang mit einer Bewegung oder Aktion zur gewaltsamen Herstellung der ausschließlichen Macht einer Gesellschaftsklasse ein Verbrechen oder Vergehen begeht. Der zeitgenössischen Rechtspolitik nach gehörten zur Staatsordnung die Verfassung, die Staatsform, Organisation und Funktion der gesetzgebenden, der rechtsprechenden und der vollziehenden Gewalt, die angemessene Organisierung der Streitkräfte und der Polizei, der richtige Aufbau des äußeren und inneren Schutzes, Sicherstellung der Nutzung und des harmonischen Zusammenwirkens der wirtschaftlichen und der kulturellen Kräfte, Festlegung und Vorgabe der Rahmen und der Richtlinien der Produktion, der Industrie, des Handels, des Verkehrs und der Kultur usw. Zur Gesellschaftsordnung gehören Eigentum und Ehe, die Meinungs- und Pressefreiheit, die Versammlungsrechte, im Wirtschaftsleben Treu und Glaube, Toleranz gegenüber den Religionen, Schutz der religiösen Betätigung, des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit, des Vermögens und der Ehre.[57]

Bei Analyse des Gesetzesartikels Nr. III/1921 darf man nicht vergessen, dass zwischen den zwei Weltkriegen auf Grund dieses Gesetzes insgesamt nur zwei Menschen hingerichtet wurden, und zwar standrechtlich, während des Krieges. Nach Wissensstand der Öffentlichkeit wurde Ferenc Szálasi, Leiter der Pfeilkreuzler Partei

[55] Szöllősy, Oszkár: Magyar börtönügy. A büntetések és a biztonsági intézkedések végrehajtása. *(Ungarisches Gefängniswesen. Vollziehung der Strafen und der Sicherheitsmaßnahmen.)* Budapest, 1935, S. 261-266. (§§ 20 und 35 des Gesetzartikels V/1878, Anlage 5 zur Anweisung des Justizministeriums Nr. 2101/1880 IM. vom 9. August 1880 und die Verordnung Nr. 1940/1895 IM.

[56] Ähnliche Verordnungen wurden damals fast in ganz Europa erlassen. Z. B.: Notverordnung Nr. 36.116/1920 vom 1. November 1920 in Jugoslawien, das Polizeigesetz vom 29. März 1923 in der Tschechoslowakei, das Polizeigesetz vom 19. Dezember 1924 in Rumänien, das Polizeigesetz vom 26. November 1926 in Italien. In den Niederlanden wurden 1920, in der Schweiz 1922, in Deutschland am 21. Juli 1922 und in Estland am 12. Februar 1925 die Gesetze gegen kommunistische und anarchistische Machtübernahme bzw. Propaganda erlassen.

[57] Angyal, Pál: Az állami és társadalmi rend hatályos védelméről szóló 1921: III. tc. *(Der Gesetzesartikel Nr. III/1921 über den geltenden Schutz der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung.)* Budapest, o. J., S. 23-26.

1938 fast ausschließlich auf Grund der Rechtsnorm zur Verhinderung der kommunistischen Machtübernahme zu 3 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt.[58]

Für die Ungarische Kommunistische Partei war die Anwendung des Gesetzesartikels III/1921 zum Schutz ihrer Machtposition nicht mehr geeignet. Sie wollte den Volksgerichten eine viel weiter gefasste, beinahe unbegrenzte Ermächtigung erteilen, um mit den politischen Gegnern abzurechnen. Auch deshalb ließ sie die Nationalversammlung den Gesetzesartikel VII/1946 über den strafrechtlichen Schutz der demokratischen Staatsordnung und der Republik[59] verabschieden.

Als Muster zu dieser Rechtsnorm diente eindeutig der berüchtigte § 58[60] des sowjetischen Strafgesetzbuches.

Gemäß Gesetz zum strafrechtlichen Schutz der demokratischen Staatsordnung und der Republik waren als Verbrechen zu behandeln:

a.) eine Handlung, Bewegung oder Aktion zum Stürzen der demokratischen Staatsordnung oder der demokratischen Republik, bzw. Führen, Anregen oder Unterstützen einer solchen, und die Teilnahme daran;

b.) Aufstachelung gegen die demokratische Staatsordnung oder deren grundlegenden Institutionen, gegen einzelne Personen, Gruppen, Nationalitäten, Rassen oder Konfessionen, Begehung einer Tat, die zum Erwecken von Hass geeignet ist;

c.) ebenso eine Tat, die geeignet ist, dem Staatspräsidenten das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die verfassungsmäßige Macht zu nehmen oder

d.) seine verfassungsmäßige Macht einzuschränken.

Wegen eines Verbrechens wurde zur Verantwortung gezogen, wer sich zur Begehung der Taten zu a)-d) mit anderen zusammenschloss, eine Handlung zur Unterstützung derselben unternahm, zur Begehung der Straftat aufwiegelte, einen anderen dazu veranlasste, sich anbot oder die Tat selber beging. Als Vergehen wurde bestraft, wenn jemand Behauptungen oder Gerüchte verbreitete, welche das internationale Ansehen der Staatsordnung, der Republik, beeinträchtigten oder geeignet waren, Verachtung gegenüber denselben zu erwecken. Wer Kenntnis über die oben als Verbrechen definierten Straftaten erfuhr und diese den Behörden umgehend nicht anzeigte, wurde ebenfalls wegen eines Vergehens bestraft.

Mit Hilfe solcher willkürlich anwendbaren und elastischen Rahmentatbestände konnte man gegen alle Verhaltensweisen auftreten, die für die politische Führung als

[58] Vincellér, Béla: Szálasi hat hónapja. 1944. október-1945. május. *(Die sechs Monate des Szálasi. Oktober 1944 – Mai 1945.)* Budapest, 1996, S. 47. Es war die Ironie des Schicksals, dass Ferenc Szálasi mit Mátyás Rákosi gleichzeitig im Sterngefängnis zu Szeged gefangen gehalten war.

[59] Als kraft Gesetzes Nr. XX/1949, der Verfassung der Volksrepublik Ungarn, die Republik in Volksrepublik umgestaltet wurde, erklärten der politische und der Verfassungsausschuss in ihrer gemeinsamen Sitzung, dass von nun an auch das Gesetz VII/1946 in diesem Sinne auszulegen sei.

[60] Gesetzessammlung der Sowjetunion, Nr. 12/1927, § 123. Die Rechtsnorm ist übrigens in der ursprünglichen russischen Fassung mit Fehlern erschienen, denn § 58 Abs. (8) verweist auf sich selbst, bzw. der Hinweis in § 58 Abs. (10) ist mangelhaft. Vermutlich handelt es sich in beiden Fällen um § 58 Abs. (2).

verfolgbar erschien. Das Gesetz definierte nämlich nicht, um den Schutz welcher Gesellschaftsordnung es gehe *„Die demokratische Staatsordnung"* ist ein viel zu abstrakter Begriff. Die Begriffsbestimmung überließ das Gesetz der Rechtsprechung, und deshalb wurde nicht aufgelistet, zum Schutz welcher Institutionen die Maßnahmen ergriffen werden sollen.[61] Während der Gesetzesartikel Nr. III/1921 nur Aktionen und Handlungen zum gewaltsamen Umsturz der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung bestrafte, waren durch das Gesetz Nr. VII/1946 auch friedliche Handlungen mit Strafe geahndet. Sogar das oppositionelle Denken wurde zur Straftat, denn gemäß dem gesetzlichen Tatbestand ist schon der Vorsatz strafbar. Zum Beispiel wenn jemand einem Bekannten sagte, wie gut es wäre, wenn es anders wäre, wurde dies vom Gesetz eindeutig als Straftat behandelt. Das Ganze wurde dadurch noch verstärkt, dass im Text der Ausdruck *„Rechtswidrigkeit"* fehlte. Auch der Begriff *„sich organisieren"* wurde außerordentlich weit ausgelegt. Alle Tischgesellschaften, Freundes- und Bekanntenkreise, Gespräche und Aussagen – auch wenn sie überhaupt nicht ernst gemeint waren –, welche das bestehende System kritisierten, konnten als ein solches gewertet werden. Die Begriffe *„tätige Teilnahme"* und *„Begünstigung"* wurden ebenfalls sehr weit ausgelegt und mit einander vermischt. Wenn man sich ohne ein jegliches Handeln einer Organisierung anschloss, bedeutete Teilnahme, und die Anschlussabsicht selbst bei sofortiger Rücknahme war Begünstigung.[62] Die Rechtsprechung befolgte den Standpunkt des berüchtigten Richters von Schauprozessen, Péter Jankó, gemäß dem die Absicht ohne Vorsatz zur Verwirklichung einer Straftat genüge.[63] Zu den Grundpfeilern der volksdemokratischen Staatsordnung gehörten die Partei,[64] das Parteikomitee, der Parteisekretär, die Regierung, das Rätesystem, die landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften, die Produktionsgenossenschafts-bewegung (Regierungsverordnung Nr. 2560/1949), aber auch die Ablieferung, usw.

In § 3 wurde sogar festgehalten, dass selbst der gesetzliche Tatbestand bzw. die auf ihrer Grundlage entstandenen Urteile nicht kritisiert werden dürfen, und dass man für die aus politischen Gründen Verurteilten nicht Stellung nehmen darf. Von den vier Punkten des gesetzlichen Tatbestandes wurde in der Rechtsprechung die Aufstachelung am meisten angewendet. In der früheren Rechtsprechung wurde unter Aufstachelung ein öffentlicher Aufruf zur Sache verstanden. Vom Inkrafttreten des Gesetzes an konnte aber schon eine Bemerkung oder Kritik gegen das System bzw. seine Vertreter vor einer einzigen Person als Aufstachelung gewertet werden.

Die Anklagebehörde musste nicht beweisen, dass die Aufstachelung tatsächlich vollbracht wurde. Sie musste z. B. keinen Sachverständigen bestellen, aber auch keine Zeugen vernehmen. Es genügte die individuelle Entscheidung des Richters darüber, dass die fragliche Aussage *„objektive geeignet ist"*. Und das reichte vollkommen aus, die Schuld festzustellen.

[61] Palasik, Mária: A köztársaság kikiáltása és büntetőjogi védelme. *(Ausrufung der Republik und ihr strafrechtlicher Schutz.)* In: Valóság *(Wirklichkeit; Zeitschrift)*, 1996/9, S. 65-66.
[62] Iratok az igazságszolgáltatás történetéhez. *(Schriften zur Geschichte der Justiz.)* Hrsg.: Horváth, Ibolya; Solt, Pál; Szabó, Győző; Zanathy, János; Zinner, Tibor. Budapest, 1993, Bd. II, S. 717.
[63] Major, Ákos: Népbíráskodás, forradalmi törvényesség. *(Volksgerichtsbarkeit, revolutionäre Rechtmäßigkeit.)* Budapest, 1988, S. 386.
[64] Trotz dessen, dass die Führungsrolle der Partei in der Verfassung 1949 gar nicht verankert wurde. Erst § 3 der Verfassungsänderung 1972 hielt dieses Prinzip fest.

Die Beschimpfung eines Parteimitglieds wurde selbst dann als Straftat gewertet, wenn die beleidigende Aussage kein politisches Motiv hatte, sondern persönlicher Zorn die Ursache war.

Die Tatbestände der Aufstachelung wurden durch die Rechtsprechung vermehrt: Es galt als Aufstachelung, wenn jemand die Rundfunksendung des Senders „Freies Europa" im Beisein anderer Personen (eine einzige andere Person genügte) hörte,[65] wenn jemand Presseerzeugnisse weitergab, die in den Budapester Botschaften verbreitet wurden,[66] wenn jemand scherzhaft erscheinende Aussagen machte, also politische Witze erzählte,[67] wenn jemand in einem Brief aufstachelte.[68] (Von dieser Straftat konnte die Behörde natürlich nur durch Verletzung des Briefgeheimnisses Kenntnis erlangen.)

Die Verwendung der Straftat der Aufstachelung als Mittel zu Schauprozessen ging in den 1970-80-er Jahren erheblich zurück. Sie wurde aber sogar noch durch § 148 des Gesetzes Nr. V/1978 sehr streng bestraft, denn einfache Fälle waren mit Freiheitsstrafe von 1 bis 5 Jahren geahndet, während qualifizierte Fälle mit 2 bis 8 Jahren geahndet waren. Selbst Vorbereitungshandlungen wurden gesetzlich unter Strafe gestellt.

7. Das Strafsystem des sozialistischen Strafrechts

a.) Todesstrafe

Das Strafsystem der sozialistischen Länder war äußerst grob und gnadenlos. Die negativen Auswirkungen dessen haben sich auch bald bemerkbar gemacht. Da die Strafe mit dem Werturteil der Gesellschaft nicht im Verhältnis stand, lösten die Strafen der Diktatur einen größeren Schreck in der Bevölkerung aus, als wenn die Straftat eventuell begangen worden wäre. Diese Strafpraxis schreckte nicht die Verbrecher ab, sondern sie brachte die redlichen Menschen von der Befolgung der Gesetze ab, weil sie eher Gewalt als Recht widerspiegelte.

Die Legalisierung der Gewalt und des Terrors, wie auch die Trennung des Strafrechts von den moralischen Normen sind bereits bei den Klassikern des Marxismus zu finden.[69] Marx nahm die Pariser Kommune in Schutz, die als Vergeltung 64 Offiziere, mit dem Erzbischof von Paris an der Spitze, hinrichten ließ. In den Anweisungen von Lenin trifft man in zahlreichen Fällen „Erschießen" und „Erhängen". Auf seinen Vorschlag wurde die Todesstrafe im Strafgesetzbuch der

[65] Das Urteil Nr. 1606/1955 des Obersten Gerichtshofs.
[66] Das Urteil Nr. 1133/1955 des Obersten Gerichtshofs.
[67] Das Urteil Nr. 1123/1955 des Obersten Gerichtshofs. Damals gab es den Spruch, dass der Witz auf der Straße herumliege, nur ein paar Jahre dafür abzusitzen seien.
[68] Das Urteil Nr. 1473/1956 des Obersten Gerichtshofs.
[69] Löw, Konrád: A kommunista ideológia vörös könyve. Marx & Engels – A terror atyjai. *(Das rote Buch der kommunistischen Ideologie. Marx & Engels – die Väter des Terrors.)* Budapest, o. J.; Az ismeretlen Lenin. A titkos archívumból. *(Der unbekannte Lenin. Aus dem geheimen Archiv.)* Hrsg.: Richard Pipes. Budapest, 2002.

Sowjetunion auch auf Fälle ausgedehnt, in denen früher, unter dem Zaren, eine Freiheitsstrafe von 3 bis 6 Monaten verhängt werden konnte.[70]

In den sozialistischen Ländern zählte das Menschenleben nicht viel. In der Sowjetunion war es nach 1935 eine Zeit lang möglich, Kinder über 12 Jahren hinzurichten.[71]

All diese Grundsätze galten auch in Ungarn. Die Anwendung der Todesstrafe wurde nach 1945 durch verschiedene Rechtsnormen erheblich ausgedehnt: Gesetz Nr. VII/1945 über die Rechtskraft von Regierungsverordnungen bezüglich Volksgerichtsbarkeit (die Verordnungen Nr. 81/1945 ME, 1440/1945 ME); Gesetz Nr. VII/1946 über den strafrechtlichen Schutz der demokratischen Staatsordnung und der Republik; Verordnung Nr. 8800/1946 ME über den strafrechtlichen Schutz der Wirtschaftsordnung; Verordnung Nr. 9480/1945 ME in Sachen Vergeltung der unerlaubten Ausfuhr von Gütern des täglichen Bedarfs; Verordnung Nr. 60/1946 ME über strengere strafrechtliche Beurteilung der Hehlerei; Regierungsverordnung Nr. 14200/1947 über den strafrechtlichen Schutz der Umsetzung des dreijährigen Wirtschaftsplans. Die Anwendung der Todesstrafe wurde auch dadurch erleichtert, dass zwischen 1945 und 1953 die Einsetzung von Standgerichten in vielen Bereichen ermöglicht wurde. Von dieser Möglichkeit machte die Regierung nicht nur auf Landesebene, sondern auch örtlich Gebrauch.

1950 wurde die Anwendung der Todesstrafe durch weitere Rechtsnormen ermöglicht. So zum Beispiel durch die Verordnung Nr. 56/1950. MT zum strafrechtlichen Schutz der Wirtschaftsordnung, zum Schutz des Kollektiveigentums (Rechtsverordnung Nr. 24/1950, § 2 der Rechtsverordnung Nr. 17/1954), zum Schutz der Planwirtschaft (§ 19 der Rechtsverordnung Nr. 24/1950). Zu dieser Zeit entstand auch eine geheime Rechtsnorm, welche die Straftat der Fahnenflucht mit Todesstrafe ahndete (Rechtsverordnung Nr. 20/1950).

Das Gesetz Nr. II/1950 über den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches dehnte die Verhängung der Todesstrafe dementsprechend weit über die Straftaten gegen das Leben hinaus und machte sie zu einer allgemeinen Strafart. Gemäß einem Sondergesetz konnte die Todesstrafe sogar gegen Jugendliche angewendet werden, zuerst auf Grund § 22 des Gesetzes über die Volksgerichte, später dann gemäß den Vorschriften der Rechtsverordnung Nr. 1951/34.

Sogar das Strafgesetzbuch, das Gesetz Nr. V/1961 nannte zwei Straftaten, die mit Tod bestraft werden konnten. Dabei enthielt die Begründung schon Folgendes: *„Das sozialistische Strafrecht ist perspektivisch und grundsätzlich gegen die Todesstrafe... solange aber die mittelbaren und unmittelbaren schädlichen Wirkungen des kapitalistischen Umfeldes bestehen, kann ein Staat, der den Sozialismus baut, auf die strengsten Mittel des Strafrechts nicht verzichten."*[72]

Das Strafgesetzbuch von 1961 verzichtete bei den Wirtschaftsstraftaten und bei Fahrlässigkeit auf die Todesstrafe, aber bei den schwersten Straftaten gegen das

[70] Lenins gesammelte Werke. Bd. 45, S. 190.
[71] Horváth, Tibor: A halálbüntetés a szocialista országok büntetőjogában. *(Die Todesstrafe im Strafrecht der sozialistischen Länder.)* In: Állam- és Jogtudomány, *(Staats- und Rechtswissenschaft; Zeitschrift)* 1975/4.
[72] Strafgesetzbuch. Budapest, 1962, S. 98.

Kollektiveigentum behielt es sie bei. Ihre Alternative war eine Freiheitsstrafe von 10-15 Jahren, wodurch ihr Gewicht weiter zunahm. Das Gericht muss in vielen Fällen der Meinung gewesen sein, dass eine Freiheitsstrafe als Sanktion viel zu mild sei. Es bedeutete die Humanisierung des Strafrechts, dass die Todesstrafe nur bei Personen über 20 Jahren verhängt werden konnte, und das Gericht seine Entscheidung zusätzlich begründen musste.

Nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches von 1961 wurden nur mehr fast ausschließlich die gemeinen Straftaten mit Todesstrafe sanktioniert.

Einen weiteren Fortschritt bedeutete die Rechtsverordnung Nr. 28/1971, die die Vermögensdelikte aus dem Kreis der Straftaten herausnahm, bei denen die Todesstrafe verhängt werden konnte. Damit kehrte das ungarische Strafrecht zu seinem Standpunkt im 19. Jahrhundert zurück, dass nämlich die Todesstrafe bei Vermögensdelikten nicht verhängt werden darf. Dabei wurde die lebenslängliche Freiheitsstrafe eingeführt, wodurch das Urteil auf eine angemessene Weise von der unumkehrbaren und grausamen Sanktion abgelenkt wurde. Damit ging die Zahl der vollstreckten Todesurteile radikal zurück.

Schließlich wurde die Todesstrafe durch das Gesetz Nr. IV/1978 statt Alternativstrafe zur Ausnahmestrafe deklariert. Aber selbst danach blieb sie in Europa, mit Ausnahme der Türkei und Griechenlands, nur in den sozialistischen Ländern bestehen.

Die Kommunistenführer stellten sich eine primitive und grobe Vollstreckung der Todesstrafe vor. Zoltán Vas inszenierte die Erhängung der Pfeilkreuzler an einem Straßenbeleuchtungsmast am Platz Oktogon in Budapest.[73] Als die zwei Pfeilkreuzler schon am Mast hingen, schlug die Menschenmasse auf die baumelnden Körper los.[74] Bei Erhängung von Ferenc Szálasi musste die Bereitschaftstruppe der Polizei Schreckschüsse abfeuern, um den Volkszorn zu bändigen. Schließlich wurden die öffentlichen Hinrichtungen durch den Justizminister István Ries eingestellt, und ab 1947 wurden die Todesstrafen meistens im alten Sammelgefängnis vollstreckt, jetzt aber schon unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Als „Eingewöhnung" wurde jeweils eine Soldateneinheit der ÁVH (Staatssicherheitsbehörde) oder des Strafvollzugs aus Neulingen zur Hinrichtung kommandiert. Die Unteroffiziere und Ausbilder machten während der Hinrichtung laute, abschätzige Bemerkungen über den elenden Verurteilten.[75] Bis 1949 war dem nächsten Verwandten erlaubt, in das Gefängnis zu kommen und sich vom zum Tode Verurteilten zu verabschieden. Sobald die Staatssicherheitsbehörde die Verwaltung der Gefängnisse übernahm, stellte sie diese Begünstigungen ein, außerdem wurde der Beschluss über die Abweisung des Gnadengesuchs erst unter dem Galgen verlesen.

Durch die gemeinsame Anweisung des Justizministers, des Innenministers und des Verteidigungsministers Nr. 056/1954, den Beschluss Nr. 538/5/1954 MT[76] und die Anweisung des Innenministers vom 29. Dezember 1955 Nr. 36 wurde die frühere

[73] Major, Ákos: Népbíráskodás, forradalmi törvényesség. *(Volksgerichtsbarkeit, revolutionäre Rechtmäßigkeit)* Budapest, 1988, S. 124.
[74] Zinner, Tibor – Róna, Péter: Szálasiék bilincsben. *(Szálasi und Seine in Fesseln)* Budapest, 1986, S. 80.
[75] Fehérváry, István: Börtönvilág Magyarországon, 1945-1956. *(Gefängniswelt in Ungarn, 1945-1956.)* Budapest, 1990, S. 51.
[76] Dieser Regierungsbeschluss wurde von Imre Nagy unterzeichnet, der damals noch nicht ahnen konnte, dass er in vier Jahren auch gegen ihn angewendet wird.

Praxis bekräftigt, dass nämlich die Angehörigen des Verurteilten weder vom Ort oder Zeitpunkt der Hinrichtung, noch vom Ort oder Zeitpunkt der Beerdigung benachrichtigt wurden. So konnten die Verwandten nicht genau wissen, ob der Angeklagte verurteilt wurde oder nicht. Die Beerdigung fand unter strengster Geheimhaltung statt, und es kam auch vor, dass auf das Grabkreuz des Verurteilten ein falscher Name geschrieben wurde. Die aus politischen Gründen Hingerichteten wurden in der fernsten Ecke des Neuen Friedhofs in Rákoskeresztúr, neben den Misthaufen begraben. Die wegen Beteiligung an der Revolution 1956 Hingerichteten wurden nach russischer Gewohnheit mit dem Gesicht nach unten begraben.[77] 1989, nach ihrer Rehabilitation, wurden nicht alle Hingerichteten gefunden. § 18 der Rechtsverordnung Nr. 11/1979 ermöglichte zum Schluss die Benachrichtigung der nächsten Angehörigen über die Beerdigung.

b.) Konzentrationslager

Fast alle Diktaturen des 20. Jahrhunderts wendeten die Konzentrationslager als eine spezielle Art der Freiheitsstrafe an. Lenin erklärte schon im Dezember 1917, dass Zwangsarbeit als Strafe für streikende Beamte einzuführen sei.[78] Der Ausdruck „Konzentrationslager" erschien danach immer öfter in Befehlen und Anweisungen. Lenin ordnete am 10. August 1918 an: *„Kulaken, Popen, Weißgardisten und andere zweifelhafte Elemente sind in Konzentrationslager außerhalb der Städte einzusperren."*[79]

Der Rat der Volkskommissare ordnete in seinem Dekret vom 17. Februar 1919 an, dass Klassenfeinde „in Konzentrationslager einzusperren" seien. Das zentrale Exekutivkomitee des Sowjets der Russischen Föderation übertrug am 17. Februar 1919 das tatsächliche Recht der Internierung von Feinden und Konterrevolutionären „in Konzentrationslager" auf die TscheKa.

Gegen Ende der 1920-er Jahre nahm die GULAG[80] ihr wirkliches Gesicht an. Es wurden immer mehr Lager gegründet. Die politischen Gefangenen waren von den gemeinen Straftätern nicht getrennt, von den Letzteren wurden die gefürchteten Kapos der Lager. Ungefähr zu dieser Zeit erkannte man die wirtschaftliche Bedeutung des Lagersystems.[81] Von 1929 an spielte es eine wichtige Rolle in der Erfüllung des überspannten Volkswirtschaftsplans. 1938 überstieg die Anzahl der Lagerbewohner zwei Millionen, wobei jährlich etwa 25 % von ihnen umkamen. 1950 erreichte der Gefangenenbestand der Lager seinen Höchstwert, 2,5 Millionen Personen. Nach Stalins Tod ging die Zahl der Verurteilten und auch der Lager zurück, und die

[77] Stefka, István: Ötvenhat arcai. *(Die Gesichter von Sechsundfünfzig)* Budapest, 2003, S. 267-268.
[78] Lenins gesammelte Werke. Bd. 26, S. 410.
[79] Kotek, Joel – Rigout, Pierre: A táborok évszázada. Fogvatartás, koncentrálás, megsemmisítés. *(Das Jahrhundert der Lager. Gefangenhalten, Konzentration, Vernichtung)* Budapest, 2005, S. 117.
[80] GULAG – russisches Kurzwort: Главное Управление Лагерей, Glavnoje Upravlenije Ispravitelno-trudovych Lagerej – steht für Hauptverwaltung der Sowjetischen Zwangsarbeitslager.
[81] Czéh Zoltán: A GULAG mint gazdasági jelenség. *(Das GULAG als wirtschaftliche Erscheinung)* Budapest, 2003, S. 143-177.

Aufsicht über sie übernahm das Volkskommissariat der Justiz. Diese Lager existierten – zwar in geänderter Form, jedoch – bis zum Zusammenbruch der Sowjetunion.

Das sowjetische GULAG-System mussten die ungarischen Kriegsgefangenen und die mit Verletzung des Völkerrechts verschleppten Zivilpersonen kennen lernen. Sie wurden nicht in Gefangenenlager gebracht, sondern in Arbeitslager, obwohl die Arbeit von Kriegsgefangenen gemäß den Haager Konventionen nur unter Einhaltung gewisser Bedingungen möglich gewesen wäre. Beinahe 700.000 ungarische Staatsbürger wurden in sowjetische Lager verschleppt. In der grausamen Gefangenschaft starben laut Meinung einiger Forscher 50-70 tausend Gefangene, wieder andere schätzen diese Zahl auf 150 tausend, aber es gibt Forscher, die der Meinung sind, dass mehrere Hunderttausende diesen Lagern zum Opfer fielen. Bis 1951 kehrten etwa 450-470 tausend Menschen zurück, und in den Jahren 1955-56 kamen immer noch Tausende nach Ungarn zurück.[82] Die Zurückgekehrten wurden von den ungarischen Behörden als quasi vorbestrafte Personen behandelt, und sie erhielten keinerlei Form der Kriegsversorgung.[83]

Die ungarischen Kommunistenführer wollten auch bei der Aufstellung von Arbeitslagern dem sowjetischen Beispiel folgen. Ungarn hat aber andere geografische Gegebenheiten, worüber sich Mátyás Rákosi auch beklagte: *„Wie schade, dass wir kein Sibirien haben."*[84]

Mit den Internierungen wurde schon 1945 begonnen. Vorerst durfte sie von den Nachweiskommissionen und den Volksgerichten als antifaschistische Vergeltungsmaßnahme angewendet werden, aber die Durchführung wurde der Staatspolizei anvertraut. (Verordnung Nr. 81/1945 ME)

Der Innenminister Ferenc Erdei erließ am 21. Juni 1945 eine geheime Verordnung (Verordnung Nr. 138.000/1945 BM), die der Staatspolizei uneingeschränkte Berechtigungen einräumte, so konnten Menschen auch ohne ein gerichtliches Urteil interniert werden.[85] (Zu dieser Zeit entstand die Praxis, gemäß der die von den Volksgerichten freigesprochenen Angeklagten von der ÁVO interniert wurden. Dadurch erhöhte sich die Zahl der Internierten zwischen 1945-1948 auf 40 tausend.

Gemäß Verordnung Nr. 288.009/1948 BM vom 6. September 1948 wurde die Staatssicherheitsbehörde des Innenministeriums (ung. Abkürzung: BM ÁVH) gegründet, und nach einer Umstrukturierung funktionierte die Staatspolizei schon mit landesweiter Zuständigkeit. Die Gefängnisse und Internierungslager der ÁVH wurden

[82] GULAG: A szovjet táborrendszer története. *(GULAG: Geschichte des sowjetischen Lagersystems)* Hrsg.: Krausz, Tamás. Budapest, 2001.; Rózsás, János: GULAG lexikon. Budapest, 2003.; Szente, Zoltán: Magyarok a GULAG-szigeteken. *(Ungarn auf den GULAG-Inseln.)* Szeged, 1989.
[83] Füzes, Miklós: Modern rabszolgaság. Magyar állampolgárok a Szovjetunió munkatáboraiban. 1945-1949. *(Moderne Sklaverei. Ungarische Staatsbürger in den Arbeitslagern der Sowjetunion. 1945-1949.)* Pécs, 1990, S. 11.
[84] Pünkösti, Árpád: Rákosi a csúcson. 1948-1953. *(Rákosi auf der Spitze. 1948-1953.)* Budapest, 1993, S. 454.
[85] Palasik, Mária: Bizalmas belügyminiszteri rendelet az internálások ügyében. (1945) *(Vertrauliche Anordnung des Innenministers bezüglich der Internierungen. 1945.)* In: Társadalmi Szemle, *(Gesellschaftliche Rundschau; Zeitschrift)* 1997/7, S. 87-94.; Szakács, Sándor – Zinner, Tibor: A háború „megváltozott természete". Adatok és adalékok, tények és összefüggések. 1944-1948. *(Die „geänderte Natur" des Krieges. Daten und Beiträge, Tatsachen und Zusammenhänge. 1944-1948.)* Budapest, 1997, S. 216-217.

dann innerhalb der Organisation der Staatspolizei erst der Hauptabteilung für Justiz- und Gefängniswesen, dann der Untersuchungshauptabteilung unterstellt.[86]

Von dieser Zeit wurde es üblich, jemanden zu internieren, wenn man ihn nicht vor Gericht stellen wollte. Die Ursache der Wahl zwischen den beiden Möglichkeiten ist häufig unerklärlich und irrational.

Die nach sowjetischem Muster eingerichteten so genannten offenen Vollzugsanstalten – Fabriken, Betriebe, Bergwerke – bildeten ein landesweites Netz. Internierte arbeiteten etwa an 45 Orten, vor allem an Baustellen von großen Industrieanlagen (Lábatlan, Almásfüzitő, Tiszalök, Csepel usw.), am Bau von öffentlichen Gebäuden (die Universitäten zu Miskolc und zu Veszprém), an Rekonstruktionen (die Burg in der Hauptstadt), in Bergwerken (Oroszlány, Recsk, Komló, Várpalota usw.), und sie verrichteten Arbeiten in der Industrie und in der Landwirtschaft (z. B. Hortobágy).

Ab 1947 vertrat man die Meinung, dass Internierungen für den Staat keinen Verlust bedeuten können, deshalb wurden die einzelnen Arbeitslager zu Teilen des Volkswirtschaftsplans erklärt. Um das ungarische GULAG-System zu organisieren, kam Rudolf Grasin[87] aus der Sowjetunion. Die Richtlinien dazu wurden von Zoltán Vas und Ernő Gerő erarbeitet. Im (geheimen) Beschluss Nr. 407/21/1951 des Volkswirtschaftrates über die *„Einheitliche Organisierung der Beschäftigung von Verhafteten in der Produktion"* wurde die Aufstellung der Direktion für Gemeinnützige Arbeit (ung. Abkürzung: KÖMI) angeordnet. Diese neue Behörde hatte die Zwangsarbeit der Internierten zu organisieren und zu lenken.[88]

Um die Internierten zu besseren Leistungen anzuspornen, wurde der so genannte „Tagerlass" eingeführt. Über einer Monatsleistung von mehr als 100 % wurden in Bergwerken 2 Tage je 5 % Zusatzleistung, auf anderen Arbeitsplätzen 1 Tag je 2 % Zusatzleistung von der Strafe erlassen. Auch die Gewährung sonstiger Vergünstigungen, wie z. B. Briefwechsel u. ä., wurde von der Leistung abhängig gemacht.

1953, nachdem Imre Nagy an die Regierung gekommen war, wurde das Institutionssystem der Internierung aufgehoben. Der Beschluss Nr. 1035/1953 MT wies den Innenminister zur Schließung der Internierungslager an.

Die Internierten erhielten ihre Freiheit nicht automatisch zurück. Viele von ihnen wurden ins Gefängnis gesperrt, der Hauptstadt und anderer großer Städte verwiesen, bzw. unter Polizeiaufsicht gestellt. In der operativen Abteilung des Innenministeriums wurden ihre Karteien mit den persönlichen Daten weiterhin aufbewahrt.

Nach Niederschlagung der Revolution und des Freiheitskampfes 1956 stellte die Kádár-Regierung durch die Rechtsverordnung Nr. 31/1956 die Institution der Internierung wieder her. Bis zum 1. Mai 1957 wurden von den Behörden etwa 4500

[86] Boreczky, Beatrix: Az Államvédelmi Hatóság szervezete, 1950-1953. *(Aufbau der Staatssicherheitsbehörde, 1950-1953.)* In: Trezor. Hrsg.: Gyarmati György. Budapest, 1999, S. 91-114.
[87] Kubinyi, Ferenc: Fekete lexikon. *(Schwarzes Lexikon)* Miskolc, 1994, S. 73-75.
[88] Törvénytelen szocializmus. A Tényfeltáró Bizottság jelentése. *(Gesetzwidriger Sozialismus. Bericht des tatsachenaufklärenden Ausschusses.)* Hrsg.: Révai, Valéria. Budapest. 1991 S. 166.

Personen aus Sicherheitsgründen inhaftiert, und etwa 1500 Personen unter Polizeiaufsicht gestellt.[89]

Die Internierung als Institution wurde durch die Amnestieverordnung des Präsidialrates der Volksrepublik im April 1960 aufgehoben. Bis dahin wurden 16-18 tausend Menschen ohne jegliche gerichtliche Verurteilung interniert.[90]

c.) Umsiedlung

Der im Fachjargon verbreitete Ausdruck „Umsiedlung" bedeutete die Maßnahme, wenn die Immobilien von gewissen Personen eingezogen wurden und sie selbst gezwungen wurden, in Lager, Dörfer oder Kulakengehöfte umzuziehen und dort in der Landwirtschaft zu arbeiten. Als erste wurden 1949 die so genannten „unzuverlässigen" Menschen aus den südlichen Grenzgebieten ausgesiedelt. Unter Berufung auf Wohnungsknappheit wurden gemäß einer Verordnung des Innenministeriums 17.700 Menschen aus der Hauptstadt ausgesiedelt. Die Hälfte der so erworbenen 5300 Wohnungen ging an neue Mieter, vor allem an Leute der Sicherheitspolizei, an Polizisten und Parteifunktionäre.[91]

Den Internierungen und der Vorgabe von Zwangswohnorten setzte die Regierung von Imre Nagy ein Ende, aber die Internierten erhielten ihre Wohnungen und Immobilien nie wieder zurück.

Das Gesetz Nr. V/1878, der so genannte Csemegi-Kodex und das Strafgesetzbuch der Übertretungen, das Gesetz Nr. XL/1879, regelten fünf Arten der Freiheitsstrafe: Zuchthaus, Gefängnis, Kerker, Staatsgefängnis und bei Übertretungen die Haftstrafe. Der Besondere Teil des Kodexes bestimmte bei den einzelnen Straftaten auch die anzuwendende Art der Freiheitsstrafe.

Das Gesetz Nr. II/1950 schaffte nicht nur die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen ab, sondern auch die verschiedenen Arten der Freiheitsstrafe. Von da an konnte nur noch eine Art der Freiheitsstrafe verhängt werden, die Gefängnis hieß. (Das Staatsgefängnis wurde bereits durch den Gesetzartikel XIV/1946 aufgehoben.) Der Minister erklärte die Änderung in der Begründung des Gesetzes damit, dass der Csemegi-Kodex eine unnötig große Zahl der

[89] Huszár, Tibor – Szabó, János: Restauráció vagy kiigazítás. *(Restauration oder Korrektion)* Budapest, 1999, S. 92.
[90] Kahler, Frigyes – M. Kiss, Sándor: Kinek a forradalma? *(Wessen Revolution?)* Budapest, 1997, S. 210.
[91] Varga, László: A magyarországi kényszermunkarendszer jogi vonatkozásai. *(Bezüge des ungarischen Zwangsarbeitssystems zum Recht)* New York, 1954.; Dessewffy, Tibor – Szántó, András: „Kitörő éberséggel." A budapesti kitelepítések hiteles története. *(„Mit ausbrechender Wachsamkeit." Authentische Geschichte der Aussiedlungen in Budapest.)* Budapest, 1989.; Gulyás, Gyula – Gulyás, János: Törvénysértés nélkül.... A hortobágyi munkatáborok (1950-1953) filmszociográfiájának dokumentumai. *(Ohne Gesetzesverletzung... Dokumente der Filmsoziografie der Arbeitslager im Hortobágy 1950-1953)* Budapest, 1989.; Ember, Mária: Hortobágy, szociális tábor, 1952-1953. *(Hortobágy, Soziallager, 1952-1953.)* In: Forrás, *(Quelle; Zeitschrift)* 6/ 1981.; Magyar, Bálint: Borsóstanya, Hortobágy. *(Hortobágy, das Gehöft Borsós.)* In: Mozgó Világ *(Sich bewegende Welt; Zeitschrift)*, 1983/1.

verschiedenen Stufen der Freiheitsstrafe enthielt. Dadurch wurde auch die Vermittlungsanstalt ausgeklammert. Die Begründung des Gesetzbuches versprach auch nicht viel Gutes: *„Ein fortschrittliches Strafgesetzbuch muss mit dem System der kurzfristigen Freiheitsstrafen brechen."*

Am 1. Februar übernahm die Staatssicherheitsbehörde (Abteilung für Gefängniswesen) vom Justizministerium die Strafvollzugsanstalten, in denen überwiegend politische Gefangene aufbewahrt wurden. Das ganze Gefängniswesen kam kraft Beschlusses Nr. 2033/10/1952 MT vom Justizministerium zum Innenministerium. Die Zentralverwaltung der Strafvollzugsanstalten wurde unter dem Namen Landeskommandatur des Strafvollzugs geschaffen. Dadurch gelangten alle Gefängnisse in die unmittelbare Verwaltung der Ermittlungsbehörde. Der Beschuldigte konnte nicht einmal während des Strafvollzugs der Kontrolle der Ermittlungsbehörden entkommen. Sogar die Genehmigung eines bedingten Urlaubs bzw. seiner Aufhebung fiel in die Zuständigkeit des Innenministers.

Der größte Teil des Gefängnispersonals wurde zwischen 1949-1950 abgelöst. Die Aufseher der ÁVH waren junge Männer überwiegend mit niedriger Schulbildung, die ein verhältnismäßig hohes Gehalt erhielten. Ihnen wurde beigebracht, dass sie als Soldaten der Partei gefürchtete Auserwählte seien.

Von 1947 war die freie Religionsausübung verboten. Gefängniskapellen wurden umgebaut, und ab 1948 hatten die zum Tode Verurteilten kein Recht mehr, vor der Hinrichtung das letzte Mal zu beichten und zur Kommunion zu gehen. Zwischen 1950 und 1953 gab es für Verurteilte keine ärztliche Behandlung oder Medikamente. Ins Gefängniskrankenhaus kamen höchstens Todeskranke oder an einer Infektionskrankheit Leidende. Ein Teil der Verurteilten verbrachte den ganzen Tag in überfüllten Zellen, in denen auf 4-5 Plätzen 12-14 Menschen zusammengepfercht waren. Die anderen mussten dagegen wöchentlich 55-60 Stunden auf Akkord arbeiten, wobei die zu erfüllende Norm sehr hoch war. Die Kost war außerordentlich schlecht, wenig und kalorienarm. Selbst Gefangene, die schwerste körperliche Arbeit zu leisten hatten, bekamen täglich nur 800 Kalorien. Fast alle litten Hunger, nahmen ab und kamen herunter. Es gab Menschen, die 40-50 kg abnahmen. Das pausenlose Hungergefühl war eines der schlimmsten Momente des Gefängnislebens. Viele Gefangene ertrugen eher Schläge als den Hunger.

Die Verurteilten waren von der Außenwelt völlig isoliert. Sie durften weder Zeitungen noch Bücher lesen. Sie durften keine Nachrichten hören, kein Papier und keinen Bleistift bei sich haben. Mit ihren unmittelbaren Angehörigen – von wenigen Ausnahmen abgesehen – durften sie sich nicht treffen. Das Rauchen wurde mal erlaubt, mal verboten, wodurch die Leiden der Kettenraucher noch größer wurden.

In den Gefängnissen der ÁVH war die körperliche Züchtigung nicht verboten. Im Aufseherzimmer hing die Devise an der Wand: *„Du sollst ihn nicht nur bewachen, sondern auch hassen!" „Erbarmungslose Haltung gegenüber den Volksfeinden stärkt nur das Klassenbewusstsein."* Deshalb bedeuteten das Schlagen und das geplante seelische und körperliche Quälen der Gefangenen immer eine positive Beurteilung für den Wächter seitens der Gefängnisleitung. Es kam regelmäßig vor, dass die Aufseher die Gefangenen an die Wand stellten und sie zwangen, tagelang mit Gesicht zur Wand zu stehen. Die Knöchel dieser Menschen schwollen an und die Füße wurden vom ins Gewebe gesickerten Blut schwarz.

Ein weiter Kreis von Disziplinarstrafen wurde angewendet. Die einfachste von ihnen war der Nahrungsentzug. Häufig wurden die Gefangenen als Strafe in eine Dunkelzelle gesperrt. Diese Haftzelle war ein kleiner Raum ohne Fenster und ohne jegliche Lüftung. Die ganze Einrichtung bestand aus einem Gefäß zur Verrichtung der Notdurft, dem so genanten „Kübel". Der hier eingesperrte Verurteilte bekam nur jeden zweiten Tag etwas zu essen, aber auch dann nur eine halbe Portion. Wer zu vierzig Tagen Einzelhaft verurteilt wurde, erkrankte mit Sicherheit. Eine noch schwerere Strafe war die Kette. An beiden Füßen des Verurteilten wurde je ein Eisenring befestigt, und die beiden Ringe wurden mit einer schweren Kette verbunden. Das Gewicht dieser Kette wog – abhängig von der Schwere der Strafe – 8-16 Kilogramm, und die Verurteilten mussten sie häufig wochenlang Tag und Nacht tragen. Keiner von ihnen kam ohne Wunden an den Knöcheln davon. Die grausamsten Strafen waren das Eisen bzw. das Knebeln. Nach 4-6 Stunden dieser Strafen war keiner im Stande aufzustehen. Füße und Hände schwollen auf das Doppelte an und wurden fast schwarz vor dem sich aufgestauten Blut. Der Verurteilte versuchte, auf dem Bauch in seine Zelle zurück zu kriechen. Es gab auch Menschen, die vom Eisen gelähmt wurden.

Es war kein Zufall, dass unter solchen Umständen die Sterblichkeit unter den Verurteilten hoch war.[92]

Nach 1953 gab es in der Situation der Verurteilten eine Verbesserung, weil die Gefangenenaufseher unsicher wurden. In Folge der Abrechnungen innerhalb der Partei und der Überprüfung von einigen Schauprozessen kamen immer mehr Mitarbeiter der ÁVO unter die Gefangenen. Es kam sogar vor, dass jemand wegen seiner Exzesse ins Gefängnis kam. Die Strafvollzugsregelung von 1955 enthielt keine Disziplinarstrafen mehr, die körperliche Schmerzen verursachten. Von der Arbeitsleistung abhängig wurde schon ermöglicht, Briefe zu wechseln, Besuch zu empfangen und sogar Pakete zu erhalten. Nach der Niederschlagung der Revolution und des Freiheitskampfes von 1956 kamen wieder viele in Gefängnisse, und die Umstände verschlechterten sich erheblich.

Das Strafgesetzbuch, das Gesetz Nr. V/1961 unterschied zwischen zwei Vollstreckungsformen der Freiheitsstrafe: das Gefängnis und die Arbeit als Strafvollzug. Wer in welcher Vollzugsform seine Strafe abzubüßen hatte, wurde vom Justizministerium am 29. Mai 1964 geregelt. Im Prinzip war die Ordnung im Gefängnis viel strenger als an einem Arbeitsplatz im Strafvollzug.

Das Strafgesetzbuch vom 1961 verwarf die lebenslängliche Freiheitsstrafe mit folgender Begründung: *„... Wenn der Schutz der Gesellschaft die Anwendung der Todesstrafe nicht notwendig macht, kann die Erziehungsfunktion der Strafe erfüllt werden."* Die Anweisung Nr. 8/1959 BM diskriminierte zwar weiterhin die so genannten Klassenfremden, aber im Prinzip begann man schon mit der Vorbereitung der Erziehung der Verurteilten. Mit je 100 Verhafteten hätte sich ein Erzieher zu

[92] Fehérvári, István: Börtönvilág Magyarországon. 1945-1956. *(Gefängniswelt in Ungarn. 1945-1956.)* Budapest, 1990, S. 119-136.; Fehérvári, István: Szovjetvilág Magyarországon. 1945-1956. *(Sowjetwelt in Ungarn. 1945-1956.)* München, 1984, S. 130.; Vokó, György: A magyar büntetés-végrehajtási jog. *(Ungarisches Strafvollzugsrecht)* Pécs, 1996, S. 50-51.; Zinner, Tibor: Vázlat az 1944/1945-1963 közötti magyarországi börtönügyhöz (és forrásaihoz). *(Abriss des Gefängniswesens (und seiner Quellen) in Ungarn zwischen 1944/45-1963)* In: A magyar börtönügy kutatásának alapjai. *(Grundsätze der Forschungen zum ungarischen Gefängniswesen)* Hrsg.: Bódiné Beliznai, Kinga; Mezey, Barna. Budapest, 2000, S. 141-162.

beschäftigen. Die Arbeit der Verurteilten betrachtete man als das wichtigste Erziehungsmittel, deshalb wurde die KÖMI in die Organisation der Landeskommandatur des Strafvollzugs eingeschmolzen.

Die Rechtsverordnung Nr. 20/1966 teilte die Freiheitsstrafe nach den Schuldtypen wieder in Stufen ein:

1. Verschärftes Gefängnis: für mehrfache Wiederholungstäter und so genannte hartnäckige Täter;
2. Gefängnis: für Wiederholungstäter und für wegen vorsätzliche Straftaten zu längeren Freiheitsstrafen Verurteilte;
3. Verschärfte Strafvollzugsarbeit: für Täter, die wegen einer vorsätzlichen Straftat das erste Mal zu einer kürzeren Freiheitsstrafe verurteilt wurden;
4. Strafvollzugsarbeit: für Täter aus Fahrlässigkeit.

In der Praxis gelang es aber nicht, die verschiedenen Stufen scharf von einander zu trennen. Der Mangel an Finanzen und sonstigen Mitteln, die Sicherheits- und Produktionsgesichtspunkte waren die Ursachen dafür, dass sich das Verhältnis zwischen Aufsehern und Verurteilten nicht viel ändern konnte. Die Schulbildung des Bewachungspersonals lag weiterhin auf einem niedrigen Niveau. In der ersten Hälfte der 1970-er Jahre absolvierten 85 % des Personals nur die Grundschule (8 Klassen), und 16 % der Offiziere hatten ein Hochschuldiplom.

1963 gab es eine bedeutende Änderung, deren Auswirkungen sich erst später zeigten. Der Strafvollzug ging vom Innenministerium in die Zuständigkeit des Justizministeriums über. Es wurde mit der rechtlichen Regelung des Vollzugs einzelner Strafarten begonnen, obwohl sich das Ministerium diesen Bereich mit einem gewissen Abstand leitete. Der erste wichtige Schritt dieses Prozesses war das Erlassen der Rechtsverordnung Nr. 21/1966, die für alle Staatsbürger zugänglich (nicht geheim!) war und die Grundsätze des Strafvollzugs bestimmte.

In den sozialistischen Ländern galt als grundlegendes Dogma, dass die Kriminalität mit Aufhebung der Ausbeutung erheblich zurückgehen wird. Die Wirklichkeit zeigte aber ein ganz anderes Bild. Obwohl immer weniger aus politischen Gründen Verurteilte in den Gefängnissen waren, wollte die Überfüllung nicht zurückgehen, denn die Zahl der gemeinen Straftäter nahm ständig zu. Auch deshalb wurde 1971 die Novelle zum Strafgesetzbuch, das Gesetz Nr. 28/1971 verabschiedet, welche die lebenslange Freiheitsstrafe wieder herstellte und Verschärfungen gegenüber Rückfalltäter anordnete. Die Novelle benannte die vier Stufen um: Zuchthaus, verschärftes Gefängnis, Gefängnis, Haft.

Wegen der vorhin genannten Prozesse führte die Rechtsverordnung Nr. 9/1974 zur Zurückhaltung der Rückfalltäter die so genannte verschärfte Haft ein. Wer dreimal wegen Störung der öffentlichen Ordnung insgesamt zu drei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurde und die vierte Verurteilung mindestens auf ein Jahr Freiheitsentzug lautete, konnte in „verschärfte Haft" genommen werden. Das bedeutete, dass er nach Verbüßung der Freiheitsstrafe weiterhin im Gefängnis bleiben musste. Sein Verhalten wurde nach zwei Jahren öfters geprüft, und der Verurteilte wurde erst auf freien Fuß gesetzt, wenn sich bei ihm Zeichen der Verbesserung zeigten.

Die wichtigste Strafvollzugsnorm der sozialistischen Ära war die Rechtsverordnung Nr. 11/1974. In dieser Regelung sind schon einige internationalen Rechtsnormen und sogar der Schutz der Menschenrechte vorzufinden. Die Rechtsnorm

rechnete aber damit, dass die Zahl der Häftlinge zurückgehen wird, so werden die bereits vorhandenen persönlichen und sachlichen Mittel ausreichen. In der Wirklichkeit passierte gerade das Gegenteil: Zwischen 1980 und 1986 nahm die Zahl der Verurteilten um 36 % zu.

Wie auch in anderen sozialistischen Ländern, ist die Anzahl der Verurteilten in den Gefängnissen immer sehr hoch. Während in den westlichen bürgerlichen Demokratien von 1950 an mit der Erneuerung des herkömmlichen Gefängniswesens begonnen wurde, sind in Ungarn entgegengesetzte Tendenzen zu beobachten. Zwischen 1943 und 1955 erhöhte sich die Zahl der Verurteilten fast auf das Vierfache, obwohl 1943 Krieg war und auch die Fläche des Landes größer war. Sie betrug 0,33 % der Gesamtbevölkerung (1943: 0,09 %). Es ist hinzufügen, dass deshalb nur 37 tausend Menschen im Gefängnis saßen, weil 17 tausend wegen Platzmangels auf einen Platz im Gefängnis warteten, um ihre Freiheitsstrafe abzubüßen.

Die Situation hat sich auch später nicht geändert. Als Vergeltung der Revolution und des Freiheitskampfes 1956 wurden mehr als 21 tausend Menschen verurteilt. In der darauf folgenden Zeit schnellte die Zahl der gemeinen Straftäter hoch. Zwischen 1968 und 1972 nahm die Zahl der Häftlinge um 25 % zu. Dieses Verhältnis verschlechterte sich im Weiteren. Im Jahr vor dem Systemwechsel, also 1988, entfielen auf 100 tausend Einwohner 196 Inhaftierte. Wobei diese Zahl in Österreich 77, in Frankreich 81,1, in der Bundesrepublik Deutschland 84,4 und in Spanien 75,8 betrug.[93]

Deshalb verkündete die politische Führung, nachdem sie die wegen Überfüllung unhaltbaren Umstände in den Gefängnissen gemerkt hatte, allgemeinen Straferlass. Es kam ziemlich häufig dazu, genauer durch folgende Verordnungen: Rechtsverordnung Nr. 11/1955, Beschluss des Präsidialrates Nr. 11/1956, Rechtsverordnungen Nr. 7/1956, 4/1963, 4/1970, 7/1975, 3/1985, Gesetze Nr. XXXVII/1989 und XXXIX/1990.

Die aus politischen Gründen Verurteilten wurden von der damaligen Macht bis zum Systemwechsel auf die „schwarze Liste" gesetzt. Gemäß § 109 der Verordnung Nr. 17/1975 MT des Ministerrates wurden bei der Festsetzung der Altersrente ihre Dienstzeiten vor der Verurteilung nicht berücksichtigt. Sie durften nur die niedrigsten Arbeiten bekommen. Auch ihre Angehörigen erlitten Nachteile, wenn es um Studieren, Arbeitsplatz oder sonstige Zuwendungen ging.

[93] Quelle: Prison Information Bulletin, Council of Europe, No 12, December, 1988. Strasbourg, S. 22.

Kerker und Arrest

(Anfänge der Freiheitsstrafe in Ungarn)

Barna Mezey

Eötvös-Loránd-Universität Budapest

„Bei uns sind die Strafhäuser Mistablagerungsplätze der sittlichen Verderbnis" /Sándor Bölöni Farkas/

1. Der geschichtliche Begriff des Gefängnisses

Wenn jemand heutzutage im Alltagsgespräch das Wort „Gefängnis" ausspricht, bedarf es keiner besonderen Erläuterung. In unserer Sprache bedeutet das Gefängnis im Allgemeinen das Gebäude, wo die zur Freiheitsstrafe verurteilten eingesperrt werden. Aber man versteht darunter auch die Strafe selbst, die nichts anderes als Freiheitsentzug ist. Der Alltagsmensch unterscheidet nicht zwischen den Begriffen Zuchthaus, Strafhaus und Gefängnis. Seit dem Inkrafttreten des Kodexes Csemegi* ist aber das Gefängnis im Wortgebrauch der Fachjuristen eine der Vollzugsarten der Freiheitsstrafe, eine mildere Stufe als das Zuchthaus, schwerere als das Strafhaus. Aber die Rechtsgeschichte versteht notwendigerweise unter dem Gefängnis mehr. Vor der Herausbildung der modernen Strafvollzugs- und Strafsysteme hätte es keinen Sinn irgendein Pendant des heutigen Gefängnisses in der Vergangenheit zu suchen.

Der Begriff, der durch das moderne Strafrecht für die Freiheitsentziehung ausgearbeitet wurde und der im wesentlichen mit den Parametern zu kennzeichnen ist: die in einer von dem Richter auferlegten Strafe, in einer wenigstens relativ bestimmten Dauer eine und den diesbezüglichen Vollzugsvorschriften nach vorgenommene Sanktion[1] ist für die Rechtsgeschichte unbrauchbar. All die garantierten Elemente, die diese Definiton beinhaltet, fehlten samt und sonders in der feudalen Gesellschaft. Der mittelalterliche Prozess duldete keine, die Rechtssprechung beschränkenden Rahmen.

* Das erste ungarische Strafgesetzbuch, 1878. § 5.

[1] Büntetőjog. Általános rész (Strafrecht. Allgemeiner Teil) Zusammengestellt von Pintér, J. Band II. Budapest, 1977. 99-101., 122-125.

In der Gesellschaft des Faustrechtes wurde das formale Verfahren nicht erfordert um die politischen Gegenfüßlern gefangezusetzen. Zum Festhalten von Untertanen war kein gesetzlicher Prozess, oft sogar kein Urteil nötig. Herrscher und Statthalter konnten nach Belieben ihre Gegner, ihre unfolgsamen Untertanen im Kerker halten, ihre unbequem gewordenen Familienmitglieder einsperren, die gefangengenommenen Landstreicher, Straßenräuber oder sogar die Betyaren in unterirdischen Gruben peinigen. Neben der durch ständische Privilegien erforderten Macht beruhte dies auf der Zerstückeltheit; auf das eigenartige Rechtsleben der auch der feudalen Kette entlang zerbröckelten Gesellschaft. Diese eigenartige Rechtsstruktur, die andere Regeln kannte für Westen und Osten beinhaltetet voneinander abweichende Verordnungen für den städtischen Bürger und für das arme Bauervolk, für den mittleren Adel und für den Baron. Auch die sich über diese feudale Anarchie erhebende zentralisierende oder absolutisierende Königsmacht hatte keine Schritte in die Richtung der Garantien gemacht: den Standpunkten ihrer eigenen Herrschaft hat sie den herausgebildeten Gebrauch der Strafermessung und –vollziehung unterstellt.

Dem geschichtlichen Begriff des Gefängisses kann man von der Seite der Vollstreckungspraxis her am besten nahe kommen. Es gibt nur eine gemeinsame Charakteristik, die als Kern des Begriffes aufgefaßt werden könnte: die Freiheitsentziehung. Die Zwecke und Umstände sind aber in dem Maße verschieden, daß es zu kühn erscheinen würde irgendeine andere Verallgemeinerung zu riskieren. Es gab keine gemeinsamen oder universellen Vollzugsvorschriften, auch sich regelmäßig wiederholende Gleichheiten sind kaum zu beobachten (siehe unten bei der Schilderung der Kerkerverhältnisse).

Als Jean Pinatel eine geschichtliche Deutung des Gefängnisses gibt, geht er von der oft zitierten Feststellung von Ulpianus aus.[2] „Von geschichtlichem Standpunkt aus ist das Gefängnis der Ort, wo die auf ihr Urteil wartende Personen eingesperrt oder die zu neutralisierenden Personen verhaftet werden".[3] Pinatel hat hier zwei Figenarten, zwei Funktionen des Gefängnisses formuliert. Von dieser Richtung her kann man die Konturen des geschichtlichen Gefängnisses schärfer aufreißen. Die urälteste Funktion des Gefängnisses ist vermutlich die Bewachung ohne Strafe. In den Zeiten, als noch die Exkommunikation (später Verbannung, Ausweisung), das in Knechtschaft-Geraten, die Entrechtung die Arten der Freiheitsstrafe darstellten, als die Absperrung keine Sanktion im Strafsystem bedeutete. Aber auch damals war die Bewachung der gefangengenomnenen und doch noch nicht verurteilten Täter nötig. Wahrscheinlich hat sich auf diese Weise die Inhafthaltung bis auf weitere Verfügung, die Sicherheitshaft oder wie wir es heute nennen würden: die Präventivhaft herausgebildet.

In dem Maße, wie die Wirksamkeit der Natur anvertrauten Hinrichtung unsicherer wurde und die Exkommunikation keinen Tod mehr bedeutete, hat sich die Hinrichtung des Menschen vom Menschen verbreitet. Das hat dem Gefängnis eine neue Funktion geliehen. Nicht nur in dem Sinn, wie der griechische Gebrauch von Plutarch

[2] Diósdi, Gy.: A római jog világa (Die Welt des römischen Rechts, Quellensammlung) Budapest, 1973. 213., 214. und 207.

[3] Pinatel, J.: La crise penitentiaire In. L'année sociologique, 3., 1973., Kundgemacht: Horváth, T.: Büntetés-végrehajtási rendszerek – büntetés-végrehajtási jog (Strafvollzugssysteme – Strafvollzugsrecht) Fachliteratursammlung, Budapest, 1980. 126.

geschildert wurde,[4] das heißt als Stätte des Strafvollzugs, der Vollziehung des Todesurteils, sondern ausgesprochen als „Hinrichtungsmittel". Das Gefängnis wurde in Rom der Antike zur Neutralisierung von unangenehmen politischen Gegnern als Hilfe angerufen, nicht selten so, daß die Umstände und die Aushungerung zum Tode der verhafteten Person geführt haben.[5] Aus dieser Lösung hat sich im Laufe der Zeit die lebensdauerliche Freiheitsstrafe herausgebildet. Theodor Mommsen hat bewiesen: der Magistrat hat das Gefängnis in abgezahlreichen Fällen ins Todesurteil abgeändert. In dieser Abänderung wurde das lebensdauerliche Gefängnis für gleichwertig mit dem Todesurteil[6] betrachtet. Dieses Phänomen wirft eine neuere Funktion des Gefängnisses voraus, die Pinatel bei der Formulierung seiner Definition vergessen hatte, nämlich die Strafe. Diesen Fehler (oder Irrtum?) hat aber nicht nur er allein begangen. In der Literatur des Gefängniswesens gilt bis heute als dominante These, daß das Gefängnis vor den Zeiten der Herausbildung des modernen Gefängnisses bloß Sicherheitsaufgaben[7] erfüllt hatte. Dieses, von der Mißdeutung von Ulpianus herrührende Gedanke hat sich zu einer jahrhundertelangen Tradition versteinert. Jede strafvollstreckungsgeschichtliche Arbeit, die was zählt, übernimmt die diesbezüglichen Feststellungen der früheren Werke.[8] Sogar die Rechtshistoriker haben diesem Dogma Recht gegeben, aber sie sind dadurch mit ihren eigenen, von der Analyse der Praxis herrührenden Erfahrungen in einen unvermeidlichen Widerspruch geraten. Zum Beispiel György Bónis, über die Gefängnisse des 17. Jahrhunderts schreibend, nimmt als Ausgangspunkt die Wahrheit dieser These an: „...der größte Teil des Mittelalters kannte die Freiheitsstrafe nicht ... der carcer, der in Türmen, oder in Kellern der Stadt eingerichtete Arrest, diente nicht zur Strafe, sondern zur Bewachung von Untersuchungshäftlingen bis zur Erledigung ihrer Angelegenheiten...."[9] Doch als er sich an die Analyse der Praxis drangemacht hat, mußte er erkennenen, daß „Kerker und Arrest, je nach dem Maße des Deliktes, sowohl zur Untersuchungshaft als auch zum Strafvollzug dienen konnte",[10] anderswo: „Die Magistrate von Buda und Pest gebrauchten wahrscheinlich von Anfang an die Festnahme als Züchtigungs- und als Zwangsmittel..."[11] Diese Erfahrung wurde auch von einem ausländischen Autor unterstützt. Den deutschen Kerker betreffend formuliert Schmidt seine Meinung folgendermaßen: „.... die Freiheitsstrafe hat bis Ende des 18. Jahrhunderts ihre, für sie

[4] Plutarch: Paralelle Lebensläufe. Budapest, 1965. 1273.
[5] Pál, L.: Nevelés a büntetés-végrehajtásban (Erziehung im Strafvollzug. Kriminalpedagogische Studien) Budapest, 1976. 15.
[6] Mommsen, T.: Römisches Strafrecht Leipzig, 1889. 961.
[7] Balogh, L. – Horváth, T.: Büntetés-végrehajtási jog (Strafvollzugsrecht) Band I, Budapest, 1983. 38.
[8] Pulszky, Á. – Tauffer, E.: A börtönügy múltja, elmélete, jelen állása, különös tekintettel Magyarországra (Die Vergangenheit, die Theorie, die Gegenwart des Gefängniswesens, besonders in Ungarn) Pest, 1867. 30.; Szöllősy, O.: Magyar börtönügy. A szabadságvesztések végrehajtása (Das ungarische Gefängniswesen. Vollzug der Freiheitsstrafen) Budapest, 1930. 27.; Gláser, I.: A szabadságvesztés-büntetés végrehajtása. Történeti áttekintés (Vollzug der Freiheitstrafe. Historischer Überblick) Budapest, 1975. 23.; Lukács, T.: Feljegyzések az élők házáról (Aufzeichnungen von Haus der Lebendigen) Budapest, 1979. 16.
[9] Bónis, Gy.: Buda és Pest bírósági gyakorlata a török kiűzése után 1686-1708 (Die Gerichtspraxis von Buda und Pest nach der Verbannung der Türken. 1686-1708) Budapest, 1962. 183.
[10] Bónis, Gy.: z.A. 76.
[11] Bónis, Gy.: z.A. 52.

in den Jahrhunderten des Mittelalters charakteristische Eigenart, nämlich die mit der Freiheitentziehung verbundene Körperstrafe bewahrt ...".[12]

Die Mißdeutung von Institutionen des Mittelalters ist in entscheidendem Maße der Tatsache zu verdanken, daß sich in erster Linie praktizierende Juristen, Spezialisten in alltäglichem Kontakt mit der Strafvollzugspraxis – sozusagen als geschichtliche Einleitung – befasst haben. Was die populärwissenschaftlichen Werke anbelangt, die sind eher abgekürzte Abdrücke von Werken für die Praxis. Auch das dürfen wir nicht vergessen, daß die ersten Vertreter der Idee des modernen Gefängnisses (deren Feststellungen von den Autoren der Nachwelt sehr hochgeschätzt und oft ohne Kritik übernommen wurden) selbst daran interessiert waren das bürgerliche Institutsmodell von Grund auf neu, etwas ganz anderes erscheinen zu lassen. Absichtlich haben sie die Wurzeln abgeschnitten: der mit großem Feuer angefochtene feudale Kerker konnte nicht nur kein Urbild des bürgerlichen Gefängnisses sein, sondern er wurde als negatives, abschreckendes Beispiel vor die Augen der öffentlichen Meinung, der Gesetzgeber und der Spezialisten gestellt. Die Autoren also, die nach dem Ursprung der heutigen Strafvolzugsinstitutionen in der Vergangenheit suchen, „müssen" feststellen, daß die Anfänge der Freiheitsstrafe, des Gefängnisses in die Zeit der Kapitalisierung fallen. Es gibt kaum Werke in der Literatur des Gefängniswesens, die sich nicht rechtfertigen würden, weil sie das Gefängnis nicht für eine Art der Freiheitsstrafe, sondern als für einen allgemeinen Begriff betrachten müssen. Es gibt doch keinen Grund zur Rechtfertigung; die Rechtsfachsprache hat das Gefängnis auch noch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts im allgemeinen Sinn gebraucht, als einen Ort, wo Menschen eingesperrt werden.

2. Das Gefängnis in den Rechtsnormen

2.1. Die Verfügungen der Dekrete. Der Kerker, carcer, Gefängnis, Arrest (arestum), Haft, detentio, captivatio, ergastulurm bedeuteten gleicherweise in den feudalen Rechtsnormen irgendwelche Einsperrung, doch ohne daß sie in den 17-18. Jahrhunderten gegeneinander wesentlich unterschieden werden könnten. Aus Texten von Gesetzen, von Normen einer niedrigeren Stufe zeichnen sich blasse Konturen von abgetrennten Funktionen ab.

Zwischen den in das Corpus Juris Hungarici aufgenommenen Dekreten ist schon unter den Verfügungen von Sankt Stephan die Einsperrung zu finden. „Wer am Freitag, welcher Tag im gesamten Christentum eingehalten wird, Fleisch ißt, soll eine Woche eingesperrt fasten" – heißt es von denen, die gegen die Regeln der Kirche verstoßen. Dasselbe gilt für die Zuwiderhandelnden der Fronfasten.[13] Das Fasten ist zweifellos eine Kirchenstrafe, bei Stephan ist es zwar zu einem ständigen Element des weltlichen Sanktionssystems des Rechtes. Darin spiegelt sich wie eng damals die zusammengeflochtene weltliche und kirchliche Gesetzgebung aufaneinander angewiesen waren. Das hat István Gláser außer Acht gelassen als er die zitierte Entscheidung unseres ersten Königs so gedeutet hat, als wenn die Einsperrung eine zur

[12] Schmidt, E.: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 2. Aufl. Göttingen. 1951. 184-185., Bónis, Gy.: z.A. 183-184.
[13] István II. 10.

Sicherung des Fastens dienende Verfügung wäre.[14] Mit dieser Feststellung können wir nicht einverstanden sein, das Fasten spielt ja in allen Gesetzen Stephans, wo es vorkommt, die Rolle einer Nebenstrafe.[15] Auch das finden wir nicht sinnvoll, warum der Rechtsgeber die Einsperrung bei der Zuwiderhandlung des Fastens für nötig und bei der Tötung nicht für nötig hält. Auch das Phänomen bedarf der Erläuterung warum das Fasten hier (und nur hier) zu einer Hauptstrafe würde und dadurch die viel schwerer scheinende Freiheitsstrafe auf eine zweite, nebensächliche Stelle rücken müßte. Unserer Meinung nach ist die Hauptsrafe hier die Einsperrung, die Freiheitsstrafe (und zwar eine Freiheitsstrafe auf bestimmte Dauer) und das Aushungern stellt ihre Erschwerung dar.[16]

Wenn die Verfügungen von Stephan noch bestreitbar sind, erhält die Freiheitstrafe in den Dekreten von Heiligem Ladislaus eine konkrete Form. Er hat in seinem zweiten Gesetzbuch verordnet, daß „Wer mit gezucktem Schwert einen Menschen tötet, soll laut des Urteils des Königs eingekerkert (in carcerem) und sein Vermögen in drei Teile aufgeteilt, sowie: seine Weingärten, sein Bodenbesitz und sein Gesinde..." Wenn wir bloß den Text betrachten, ist es zweifellos, daß es hier um einen Kerker handelt, der je nach dem Urteil des Königs als Freiheitsstrafe funktioniert. Aber der nächste Absatz widerspricht dieser Deutung, denn hier heißt es: „wenn er ein Vermögen unter 110 Münze hätte, soll er auch seine Freiheit verlieren"[17] So ist das nur dann logisch, wenn a/ das Urteil des Königs für eine bestimmte Dauer gilt und der Verurteilte nach der Befreiung in Knechtschaft gerät, wofür er das Wergeld nicht bezahlen kann, oder wenn, b/ das Gefangensetzen provisorisch, also nur eine, bis zur Fällung des Urteils dauernde Sicherheitshaft ist. In diesem Fall neigen auch wir selbst zu dieser Lösung. Gleichzeitig ist die Verfügung einer anderen Stelle schon unmißverständlich. Der bei Diebstahl ertappte Verwandte (im Gegensatz zu den, die Diebe betreffenden strengen Regeln auf anderen Stellen des Gesetzbuches) „..., soll nicht erhängt, oder körperlich gefoltert werden, sondern – wenn er von niederem Adel ist – soll er als Verbannter verkauft werden. Wenn aber ein Adelige von seinen Verwandten bei derselben Schuld ertappt wird, der soll nicht verkauft, sondern in den Kerker gefangengesetzt werden".[18] Während also die volle Entziehung der Freiheit, zum Verkaufen der nicht Adeligen dient, verordnet der Gesetzgeber für vornehme Leute das Gefangensetzen. Hier funktioniert der Kerker als Strafe.

Wie wir es wissen ist „nobiles" bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts die Bezeichnung für die weltlichen Großherren, die Aristokratie.[19] Die Fäden führen also zu den Vornehmen, wo die Macht konzentriert wird, wo Burgen gebaut werden, wo es vermutlich zum Gefangensetzen geeignete Umstände gibt, wo Verpflegung und Bewachung von Verurteilten keine Sorgen macht. Es kann der Zusammenhang nicht ausgeschlossen werden, daß die mildere Beurteilung Privileg einer Schicht gewesen wäre: das ist aber schwer mit einem grundlegend scheinenden Strafprinzip der Könige des Árpádenhauses in Einklang zu bringen, nämlich mit dem Prinzip, daß der Täter

[14] Gláser: z.A. 87.
[15] István II. 11., 13., 14., 15., 16., 41., 36.
[16] István 36.
[17] László II. 8.
[18] László II. 9. „... ergastulorum custodiae commendetur"
[19] Pauler, Gy.: A magyar nemzet története az árpádházi királyok alatt (Die Geschichte der ungarischen Nation während der Könige des Arpadenhauses) Budapest, 1899. Bd. I. 136. Fügedi, E.: Ispánok, bárók, kiskirályok (Gespanen, Baronen, Kleinkönige) Budapest, 1986. 102.

mit höherer sozialer Stellung schwerer bestraft wurde als zu der niedrigeren Schicht gehörende.[20] Der mit der Stabilisierung des Feudalismus beschäftigte Staat hat noch nicht (und konnte auch noch nicht) die Institution des staatlichen Gefängnisses ausgestalten. Neben vielen anderen (wirtschaflichen, politischen, rechtlichen) Gründen hat auch eine Devalvation der Freiheit als Wert dagegen gewirkt, da breite Schichten der Gesellschaft – nicht als Strafe, sondern als Folge der Einfügung in das Poduktionssystem – ihre Freiheit verloren haben.

Auch andere Könige des Árpádenhauses verfügten von Haft mit typischem Vollzugscharakter. So erwähnt zum Beispiel Andreas III. einen Täter, der „in Gewalttätigkeitssache die zugemessene Strafe zu bezahlen nicht imstande ist". „So ein Täter soll gefangengesetzt werden und mit entsprechender Strafe dafür büßen."[21] Diese Einsperrung hat einen ganz eindeutigen Vollzugscharakter. Da der Verurteilte, nachdem er später die Strafe bezahlt hatte, von seiner Gefangenschaft befreit wird, könnte das als irgendein Synonym der Schuldhaft betrachtet werden. Wir halten es lieber für eine alternative Sanktion, die die Strafe des Zahlungsunfähigen in Freiheitsstrafe umwandelt.

Im 15. Jahrhundert wird das Dekret datiert, das Mißbräuche mit begläubigten Zeugenbeweisen von Kapiteln und Konventen strafte. „Wenn es ausgewiesen wird, daß einer trotz seines Eides betrügerisch gehandelt hat, oder einen falschen Bericht erstattet hat, soll als meineidig betrachtet und nach Verlust seiner Benefizien – wenn er sie hat – gefangengesetzt werden," (... perpetuis carceribus mancipetur). Der Gesetzgeber hat ihm eine lebenslängliche Freihetsstrafe zugemessen. Zwar gibt es im Gesetz keine Spur davon, läßt der Text darauf schließen, daß nicht nur die kirchlichen Zeugen so ein Schicksal erreichen konnten, sondern auch Fälscher und Meineidigen.[22] Das Gesetz von Sigismund wurde im wesentlichen Wort für Wort von Wladislaus II. wiederholt und ratifiziert.[23] Max hat den gesetzlichen Kreis der Fälscher ergänzt, er erklärt von den betrügerischen und treubrüchigen Rechtsanwälten: „Als Betrüger und Meineidigen sollen sie für ewig gefangengesetzt werden".[24] Die obige Behauptung wird also bestätigt: auf Fälscher, Betrüger und Meineidigen seien sie kirchliche oder weltliche Personen – wartet eine lebenslängliche Gefangenschaft. Unserer Meinung nach ist dieser Artikel ein zwingender Beweis dafür, daß der Kerker einen in Rechtsnormen formulierten Teil unseres feudalen Strafsystems darstellte.

Die Verfügung von Matthias von 1486 hat eine eigenartige Sicherheitshaft formuliert. „Der Kapitalverurteilte soll gleich von seinem Richter gefangengenommen und zwecks Unterhandlung drei Tage verhaftet werden: wenn die Unterhandlung nicht gelingt, soll er am dritten Tag von ihm seinen Gegnern ausgeliefert werden."[25] Es handelte sich hier nicht um eine Strafhaft, aber die Festnahme hat auch keinen puren „vorläufigen" Charakter: diese Gefangenschaft ist ein Moment des Aktes, der einen Teil der Vollstreckung darstellt.

[20] István II. 14., 15., 25., 33., László II. 1., 6., 14., usw.
[21] Gesetz 1298 § 57.
[22] Gesetz 1435(II) § 8.
[23] Gesetz 1492 § 43.
[24] Gesetz 1567 § 26. Abs. 5
[25] Gesetz 1486 § 55

Einer der Artikeln von Wadislaus II. zeigt Verwandtschaft mit dem Dekret von Andreas III. vom 1298. Laut dieses können die Vornehmen die ihnen Schaden verursachenden Diener (Burgvögte) zwecks Ersetzung der Schäden verhaften, da kein Adelsprivileg dagegen spricht. Sie können „bis zur Ersetzung der Schäden verhaftet bleiben."[26] Diese Institution kann nicht als Strafsanktion aufgefaßt werden. Die Haft diente zur Sicherung der privatrechtlichen Forderung des Schadenersatzes, obwohl Strafe und Sicherung bei dem rechtlichen Winwarr und Unartikuliertheit dieser Zeiten in dieser Form von einander nicht getrennt waren.

Die lebenslängliche Haft taucht auch auf anderen Stellen auf: Die in dem Bauernaufstand von Dózsa eine aktive Rolle spielenden Pfarrer wurden vom Gesetz zur ewigen Haft verurteilt.[27] Ein Beispiel für die Häufigkeit des Einkerkerns ist das Gesetz von Ferdinand, das das Einkerkern (in carcerem) von Leibeigenen, die offenkundige Vergehen oder Übertretungen begangen hatten, verboten hat.[28] Der Text verschweigt ob das Gefangensetzen hier eine Strafe oder eine Untersuchungshaft bedeutet. Der Unterschied ist natürlich bei weitem nicht so wichtig wie heutzutage. Wir haben schon erwähnt, daß es in dem Feudalismus im allgemeinen und besonders in den Jahren und Jahrzehnten nach der Dózsa-Bewegung, im Wirrwarr des Krieges gegen die Türken, im schweren Trauma des in drei aufgeteilten Landes überhaupt nicht nötig war einen Prozeß durchzuführen, damit jemand zur Strafe eingekerkert werden soll. Diese Behauptung bezieht sich in höherem Maße auf die an die Scholle gebundenen, unter die Wirkung der Vergeltungsgesetze von 1514 fallenden Leibeigenen. Nicht selten sind in der Rechtssprechung Fälle, wo der seit mehreren Jahren im Gefängnis schmachtende Häftling „bei Anrechnung" seiner Untersuchungshaft nach dem Urteil sofort freigelassen und die Strafe als abgebüßt betrachtet wird.[29]

Auch zur Erpressung wurde das Gefängnis verwendet: darüber zeugt ein Dekret von Max, wo er den Kapitänen der Grenzfestungen dem verbreiteten Gebrauch nach verbietet „mit einem gesuchtem Vorwand die armen Leibeigenen gefangenzunehmen, einzukerkern um ihnen Geld oder Früchte abzubringen". Hier hat der Kerker keinen Strafcharakter, aber diese Stelle bezeugt wenigstens, daß die Endfestungen, Burgen über Kerker verfügten.[30]

Der Fall des Gesetzartikels XII. vom Jahre 1723 ist ein ausgezeichnetes Beispiel dafür, wie sich wissenschaftliche Irrglauben verbreiten. Als eine sozusagen pflichtmäßig zitierte Feststellung ist in die Fachliteratur der Strafvollzugsgeschichte die folgende zu finden: „Eine Freiheitsstrafe für bestimmte Dauer wurde zum ersten Male unter Karl III. im Gesetzartikel XII vom Jahre 1723 zugemessen".[31] In einem kürzlich publizierten Werk heißt es schon wie folgt: „In Ungarn war zum Beispiel der Gesetzartikel XII vom Jahre 1723 der erste, der für Strafe der falschen Anschuldigung eine Freiheitsstrafe vorsieht".[32] Abgesehen davon, daß der Gesetzartikel nicht von der

[26] Gesetz 1492 § 24
[27] Gesetz 1514 § 48
[28] Gesetz 1548 § 41
[29] Mezey, B.: Jogalkalmazás a Rákóczi-szabadságharc államában – katonai bíráskodás (Rechtsanwendung im Staat des Freiheitskampfes von Rákóczi – Militärgerichte), Budapest, 1977. 38.
[30] Gesetz 1567 § 30
[31] Szöllősy, O.: z.A. 32.
[32] Lukács, T.: A bűn és a büntetés (Delikt und Strafe) Budapest, 1980. 241.

falschen Anschuldigung, sondern von der Strafe der Blutschande bis 3. und 4. Glied verfügt, ist auch die Behauptung die Freiheitsstrafe betreffend auch irrig. Sie wäre vielleicht im Zusammenhang mit dem genannten Artikel als Freiheitsstrafe für bestimmte Dauer (im Text des Gesetzes sind es zwei, beziehungsweise drei Jahre) wahr, besonders in Einklang mit einer anderen Behauptung des Autors: „diese Strafart war früher in unserem Strafsystem unbekannt."[33]

Diese Anschanung ist weder in Kenntnis der Dekrete noch des Gebrauches stichhaltig: In den Jahrhunderten des Mittelalters ist das Gefängnis als Strafe auch auf der obersten Ebene der Gesetzgebung zu finden. Auch für die Freiheitsstrafe für unbestimmte Dauer ist diese These labil: In unserem Rechtssystem gab es eine Freiheitsstrafe für bestimmte Dauer, wie das, unserer Meinung nach, von György Bónis,[34] János Király[35] und Endre Varga[36] überzeugend bewiesen worden ist.

2.2. Die Rechtsanwendung wurde viel mehr von dem nie zum Gesetz gewordenen, aber in der Rechtssprechungspraxis eingebauten Tripartitum der „Bibel des Adels" als von den Dekreten beeinflußt. Diese Gebrauchrechtssammlung von István Werbőczi erwähnte zwar in geringer Zahl von Verfügungen der Kerker, die Haft. Wie wir es wissen, der Autor des Tripartitums bei seiner Arbeit von zwei Hauptbestrebungen motiviert wurde: von der Zusammenfassung und der Modernisation des Rechtes, das heißt: Ordnung zu machen in der verworrenen Welt des feudalen Rechtes und die modern ausgearbeiteten rechtswissenschaftlichen Begriffe einzubürgern. Das Werk spiegelt die Judikatur der Zeit ebenso wie die didaktisch-theoretische Auffassung von Werbőczi. Eine Übersicht der einschlagenden Normen des Tripartitums ist sehr lehrreich für uns, seine Verfügungen können wir als Tatsachen, aber auch als Bestrebungen bewerten.

Werbőczi hat unter der Bezeichnung captivatio die verschiedensten Arten der Haft zusammengefaßt von der Kriegsgefangenschaft[37] an, über die Prozeßhaft[38] bis zum als Strafe vollgezogenen Kerker.[39]

Der Titel 28 des III. Teils des Tripartitums hat das Verhältnis zwischen dem Schädiger (Schuldner) und Geschädigten (Gläubiger), wenn die Schuld (Schädigung) festgestellt wurde, aber der Schuldner (Verüber) nicht zahlen wollte oder konnte, folgendermaßen geregelt „... dann ist der Gutsherr verpflichtet den so verurteilten Bauer in die Hände des Gegners zu geben und auszuliefern. Den kann der Gegner oder Kläger fünfzehn Tage in seinem Kerker halten (wenn der Verurteilte unterdessen mit ihm keinen Vergleich schließt), darf aber während dieser Zeit ihm keine Körperverletzung verursachen, sondern ist verpflichtet ihn mit Wasser und Brot zu versorgen. Und wenn sich der Bauer während dieser Zeit von der Haft auch nicht befreit, darf der Gegner ihn doch nicht in Knechtschaft werfen, sondern nach seinem eidlichen Gelöbnis (daß er, solange seine Schuld nicht bezahlt ist, das Drittel von alles

[33] Lukács, T.: z. A. 242.
[34] Bónis, Gy.: z.A. 189.
[35] Király, J.: Pozsony város joga a középkorban (Das Rechts der Stadt Pozsony im Mittelalter) Budapest, 1984. 287
[36] Úriszék. XVI-XVII. századi perszövegek (Urbarialgericht. Prozesstexte von 16-17. Jahrhunderten. Zusammengestellt von Varga, E.) Budapest, 1958. 563., 705., 985., usw.
[37] Werbőczy, I.: Tripartitum, I. 79., 56., 60.
[38] Tripartitum, II. 58.
[39] Tripartitum, III. 24.

was er mit Arbeit oder Betteln erwerben kann, seinem Gegner wöchentlich treu übergibt) muß er ihn freilassen. Wenn dieser sich den Eid zu leisten weigert oder nach Zurückgewinnung seiner Freiheit seinen Gegner betrügen würde, dann hat der Gegner die Vollmacht diesen Bauer, wo immer er das tun kann, wieder zu verhaften, einzukerkern und solange er seine Verpflichtung nicht ableistet in Knechtschaft zu werfen ..." Beachtungswert ist der Paragraph 3 der Verordnung, der die Verfügung des Vollzugs auch auf Adeligen ausgebreitet hat.

In dem zitierten Text zeigt sich die Undifferenziertheit und Vermischung der Rechtsinstitutionen, die das Zeitalter so sehr kennzeichnen. Vermögensrechtliche Fragen (Schuld, Schaden) sind mit materiellen strafrechtlichen (z.B.: die Folge des Eidbruches) vermischt. Zivilrechtliche prozessuelle Normen (Folgen der Vertragsverletzung) mischen sich mit strafprozessrechtlichen Artikeln (Verhaftung als Sicherheitsbewachung). Darum Versuchen wir auch nicht die Funktionen des Kerkers zu trennen. Wir können uns damit begnügen, daß wir feststellen können: der Kerker war ein institutionales Element der Rechtsordnung zu dieser Zeit. Nach unserer Ansicht ist im Zitat in erster Linie von Bewachung, von Haft die Rede, die eine Leistung (wenn es um Schaden oder Schulden handelt) oder die Bezahlung eines Entgeltes (wenn es um ein Urteil in Strafsache handelt) sicherstellt. So hat die erwähnte Haft einen Vollstreckungscharakter. Nicht die Freiheitsentziehung ist ihr Zweck, sondern die Realisierung der Strafe, obwohl es um Sanktion gegen eine Person handelt. Das drückt der lateinische Text mit der Anwendung der Wörter „captivatio" und „detentio" für die Haft aus, die Wendung ausgenommen, wo es ausgesprochen um Gefängnis, als um einen Ort handelt, wo in Verwahrung genommene eingesperrt werden. Die Bezeichnung „in carceribus" hat zur Angabe des Gebäudes oder der Räumlichkeit gedient. Der carcer ist also keine materiellrechtliche Institution der eigenartigen Freiheitsentziehung, sondern eine Institution der Vollstreckung: das Gefängnis existiert als eine funktionierende Einheit. Im Text sind sogar Vorschriften für die Kerkerverhältnisse zu finden: der Häftling soll wenigstens mit Brot und Wasser ernährt werden, die körperliche Mißhandlung ist bei Geldstrafe verboten.

Man kann von dem Gebäude selbst nichts wissen, das ist ja selbstverständlich, denn die Skala, die der Kategorie des „eigenen Gefängnisses" entspricht, umfaßt das Zimmer oder Nebengebäude eines einfachen Bauernhauses ebenso wie Türme von Burgen und Schlößer. Man kann mit gutem Grund annehmen (wie wir es nachstehend, bei der Übersicht der Praxis sehen werden), daß während die Schlößer und Burgen Gutbesitzzentren ihre ständigen Kerker hatten, gab es für die Vollstreckung in den Dörfern nur gelegentliche Räumlichkeiten. (Vielleicht gab es auch dort irgendein Gebäude zu diesem Zweck, eventuell in dem Haus des Dorfschulzen, wo am häufigsten auch der Bock zu finden war.)

Eine ebenfalls vollstreckungsartige Gefangenschaft, aber schon eindeutig zur Strafvollstreckung dienend ist die Inhaftnahme von Verurteilten in einer Kapitalsache, „damit sie zur Vollstreckung der Strafe laut Gesetz in die Hände des Richters geraten".[40]

Auf einer anderen Stelle[41] erwähnt Werbőczi die Institution des Kerkers nocheinmal. Er spricht von Fällen, wo der Vater den Sohn zur Teilung des Gutes

[40] Tripartitum, I. 59.
[41] Tripartitum, I. 52.

zwingen kann ... wenn er den, in Gefangenschaft geratenen Vater von Händen des Feindes, oder vom Kerker nicht auslöst, obwohl er es tun könnte, oder sich weigert ihn zu befreien, oder für ihn Bürgschaft zu leisten, ist die Teilung berechtigt. Das Wort Haft ist auch hier in weiterem Sinn mit „captivatio" bezeichnet, die aber auch den Kerker beinhaltet.

Die Fassung unterscheidet eindeutig zwischen der Gefangenschaft in den Händen des Feindes (die natürlich auch ein Gefangensetzen bedeuten kann) und Einkerkern. Dieser Unterschied wird durch die zweite Wendung des Textes unterstützt: das Kind ist verpflichtet seinen Vater auszulösen, zu befreien, für ihn Bürgschaft zu leisten. Letzteres kann offentsichtlich nicht die Verhandlungen mit dem Feind betreffen, in dem feudalen Prozeßrecht war die Kaution eines der typischen Elemente des Vollzugsverfahrens. (Aber es ist auch nicht wahrscheinlich, daß die Türken nach dem Versprechen einer Bürgschaft von der Seite des Kindes - das mit der Bürgensicherung nicht identisch ist – den Vater freigelassen hätten.)

Aus dem Tripartitum geht der Kreis der Vollzieher hervor. In einem geringeren Teil der Fälle wird die Vollziehung des Gefangensetzens dem Geschädigten (dem Gläubiger, dem Beschädigten) anvertraut, in diesem Fall hat er für ein „eigenes Gefängnis" gesorgt. In anderen Fällen hat der Richter sein Befugnis „den Verurteilten gleich gefangenzusetzen, ihn zu bewachen und zu strafen, da seine adeligen Freiheitsrechte es nicht verhindern".[42] Es scheint natürlich, daß der zu diesem Zweck fortlaufend funktionierender Rechtsapparat seine „amtlichen" Kerkern ausgestaltet hat.

2.3. Die Freiheitsstrafe in den Komitats- und Stadtstatuten. Im Komitat Kolozs wurde in der Versammlung vom 3. Juni 1741 J.Cottus unanimo voto concludiert. Wenn es im edlen Bezirk comperiert wird, daß Dorfbewohner mit Vorspann ihr Vieh verkaufen und an dessen Stelle kein anderes anschaffen, sollen sie von unseren vetterlichen Offizieren comperta rei veritate eingekerkert werden.[43] Diese Verordnung ist keinesfalls alleinstehend: die Munizipien haben eines nach dem anderen, in den 17-18. Jahrhunderten ihre Statute geschaffen, in denen die Freiheitsstrafe die Rolle einer Strafsanktion spielt. Hiemit zählen wir davon, ohne Wahl, einige auf: Komitat Abauj 1612,[44] Komitat Torna 1656,[45] Komitat Kraszna 1723,[46] Komitat Lipót 1730,[47] Komitat Szepes 1747,[48] Komitat Pozsony 1762,[49] Komitat Túróc 1795,[50] und Komitat Bereg 1797.[51] Dies sind nur Beispiele, die Aufzählung könnte noch mehrere Absätze in Anspruch nehmen.

Die Stadt Sopron hat mehrmals Statute von den Gefängnissen geschaffen. Der Magistrat hat schon 1446 beschloßen, daß sein, in kleineren Sachen in Haft

[42] Tripartitum, II. 58.
[43] Corpus Statutorum. Die Sammlung der Rechtsregelungen der ungarischen Munizipien. Zusammengestellt von Kolosvári, S. und Óvári, K., Band I-V., Budapest, 1885-1902. (im weiteren: C.S.) I. 408.
[44] C.S. II./1. 86.
[45] C.S. II/1. 218.
[46] C.S. III. 672.
[47] C.S. IV/1. 740.
[48] C.S. II/1. 471-473., 478-479.
[49] C.S. IV/1. 858.
[50] C.S. IV/1. 890.
[51] C.S. II/1. 502.

genommener Bürger von den Gemeinverbrechern abgetrennt gefangengesetzt werden soll: statt der Wachstube, des Turms soll die Verhaftung im Ratshaus vollgezogen werden.[52] In Sopron, im 15. Jahrhundert werden schon die später sich immer entschiedener abzweigenden Arrest und Kerker voneinander getrennt. Der Arrest diente zur Einsperrung der Festgenommenen im Laufe von „Zivilsachen", Eigentumsstreiten, Schädigungen und Schuldenfragen, von kleineren Straftaten, Ehrenbeleidigungen beziehungsweise der angesehenen Bürger, der Führer der Stadt, Mitglieder des Magistrats, Gildemeister, während die Täter von schwereren Straftaten unter viel schlimmere Verhaftungsumständen in den Kerker geworfen wurden. Der Arrest wurde meistens im Rathaus, oder im Quartier des Kommandanten der Stadtwache eingerichtet, während der Kerker im Keller, im Festungs-, oder im Stadtturm, in der Stadtmauer, etwa im Haus des Henkers zu finden war. Die späteren Statute der Stadt von 1546[53] und 1620[54] beweisen, daß dieses System auch weiter fortbestand.

Anfang des 17. Jahrhunderts wurden in Kassa Schritte zur Abtrennung des Kerkers gemacht. 1621 „... entschied die edle Gemeinde das Gefängnishaus betreffend, daß der edle Rat über die zum Tode verurteilten Häftlingen anders providieren soll, damit bei der Einsperrung dort eines von unseren Mitbürgern, letzterer mit jenen nicht zusammen sein soll".[55] 1646 wird schon über eine konkrete Lösung entschieden: „Auf dem Gefängnishaus soll ein oberer Stock gebaut werden, wie es die Artikeln vom vorigen Jahr vorgesehen haben ... damit unsere Mitbürger für jede geringere Sünde nicht in Eisen gefesselt werden sollen und nicht mit Malefactoren zusammen gehalten werden."[56] 1698 wurde schon das Gefängnis in drei Teile geteilt; nicht nur die gemeinen Verbrecher wurden von denen getrennt, die „kleinere Sünden begangen hatten", sondern auch die letzteren entzweigetrennt, die Bürger der Stadt einerseits und die in der Stadt lebenden oder die nur dort ihre Sünde begehenden, aber kein Bürgerrecht habenden wurden getrennt untergebracht.[57]

3. Das Gefängnis in der Praxis

Auch in der Stadt Eger wurden zwei Gefängnistype unterschieden. In dem Kerker wurden einer Straftat verdächtigt Verhafteten eingesperrt: Diebe, Raufer, Raufhändler Streitsüchtige. Der „Bürgerarrest" wurde nicht so demütigend gefunden als der Kerker, zum vorigen wurden in erster Linie die Gildenmitglieder bestraft.[58]

Der Unteschied zwischen Kerker und Arrest besteht weniger in der Trennung der Funktionen (Untersuchung – Strafe) als in der Person, der gesellschaftlichen Stellung der dorthin geratenen, eventuell im Gewicht der Taten. Darauf hat auch György Bónis,

[52] Winkler, E.: Bűnök és büntetések a régi Sopronban (Delikten und Strafen in der alten Sopron) Sopron, 1924. 15.
[53] C.S. V/2. 39.
[54] C.S. V/2. 158.
[55] C.S. II/2. 164., 169.
[56] C.S. II/2. 222.
[57] C.S. II/2. 316.
[58] Pandula, A.: Megszégyenítés, tortúra és kivégzés a régi Magyarországon (Das Beschämen, die Tortur und die Hinrichtung im alten Ungarn) Handschrift 1986., 47.

auf Grund der Analyse der Gerichtspraxis von Pest-Buda hingewiesen: „Der Kerker und der Arrest konnten von der Straftat abhängend, sowohl zur Untersuchungshaft als zum Strafvollzug dienen."[59]

Bei der Untersuchung der Praxis in den Komitaten wird gleich offensichtlich, daß eine Differenzierung zwischen carcer und arestum in der Praxis des Patrimonialgerichtes nicht oder nur sehr selten vorkommt. Das Standesrecht, das die mittelalterliche Kategorie „Kerker" gut gekannt hatte, hielt das Gefangensetzen eines Adeligen nicht würdig. Bis zur Jahrhundertswende des 18-19. Jahrhunderts wurde es, für Adeligen als entehrend gefunden und nur im äußerstem Fall angewendet. Zwischen den Leuten vom gemeinen Stand (Leibeigenen, Beisassen, Arbeieter, Landstreicher) gab es aber keine Unterschiede: alle kamen gleichmäßig in den Kerker. Im Patrimonialgericht, im Komitatsrecht war die weniger infamen, „vornehmen" Modalität der Freiheitsstrafe nicht nötig. In den Städten wurde der Arrest meistens mit Rücksicht auf die Person der Patrizier ausgestaltet – im Komitat, bei dem Patrimonialgericht wurde darauf kein Anspruch erhoben. In seiner ausgezeichneten Monographie über Prozesse des Patrimonialgerichtes in 18-19. Jahrhunderten hat auch István Kállay darauf hingewiesen, daß die prozessuale Praxis des Patrimonialgerichtes die Trennung von arestum und carcer begründet. In der Terminologie gab es auch keinen Unterschied: im Urteil heißt es für Gefängnis bald „Kerker", bald „Gefangenschaft". [60]

Selbst die Bezeichnung Gefängnis taucht erst im 17. Jahrhundert in unserer rechtlichen und gemeinsprachlichen Terminologie auf. Eigentlich bedeutete „Gefängnis" nicht das Gebäude selbst, sondern den Henker, den Scharfrichter.[61] Gergely Czuczor und János Fogarasi waren der Ansicht, daß die ungarische Bezeichnung „Gefängnis" mit dem Wort „Ausschreier" zusammenhängt, dessen Aufgabe war das Urteil mit Trommeln kundzugeben. So wurden die Personen des Henkers und des Ausschreiers miteinander verbunden und zu einem einzigen Begriff zusammengeschmolzen, das auch die Übertragung der Bezeichnung zur Folge hatte.[62] Auch das scheint logisch, daß die Bezeichnung „Gefängnis" allmählich auf das Haus des Henkers übertragen wurde, das gleichzeitig auch die Stätte der Tortur war. Hier wurden die unter Anschuldigung stehenden Verdächtigten verhaftet und die Missetäter bewacht. Er mußte die Inhaftnahme erledigen und für die Bewachung sorgen. (Besonders später, nachdem das Gefängnis von den Behörden in den Keller der offiziellen Behörden verlegt wurde.)

Der frühere Name des Gefängnisses, „tömlöc" (der Kerker) rührt nach der Argumentation von Károly Vajna wahrscheinlich von einem ähnlichen slowakischen Wort „temnyica" her, was „dunkel", „geblendet", „abgedunkelt" bedeutet.[63] Auch Ferenc Kovács hat bewiesen, daß in unserer Rechtsterminologie vor dem 15. Jahrhundert der „tömlöc", der Kerker die allgemein verbreitete Bezeichnung für das

[59] Bónis, Gy.: z.A. 76.
[60] Kállay, I.: Úriszéki bíráskodás a XVIII-XIX. században (Patrimonialgerichte in 18-19. Jahrhunderten) Budapest, 1985. 297.
[61] Magyar Nyelvi Történeti Szótár (Ungarisches sprachhistorisches Wörterbuch) Budapest, 1893. Bd. 1. 233., vgl. Vajna, K.: Alte Strafen in Ungarn, Bp. 1906-1907. II. 225.; Szöllősy z.A. 6.
[62] A magyar nyelv szótára (Das Wörterbuch der ungarischen Sprache) zusammengestellt von Czuczor, G. und Fogarasi, J., Pest 1862-1867. I. 805.
[63] Vajna, K.: z.A. II. 225.

Gefängnis war.[64] In lateinischen Texten aber wurden die Wörter „carcer" (Gefängnis, Kerker) und „arrestum" (Haft, Arrest) verwendet. Übrigens ist das Wort „Kerker" in einem Satz der „Todesrede" (der älteste zusammenhängende ungarische Sprachdenkmal) aufgetaucht. „Vielgeliebte Freunde! Laß uns um die Seeligkeit dieses armen Menschen beten, der vom Herrn am heutigen Tag aus dem Kerker dieser falschen Welt gelöst wurde!"[65]

Da das Wesentliche bei der Freiheitsstrafe die Einsperrung war, trennten sich die Funktionen – wie es oben schon erwähnt wurde – voneinander nicht, die Anwender der Worte haben keinen Unterschied zwischen Gefängnis, Kerker, Gefangenschaft, carcer, arrestum und Gefangensetzen gemacht.[66]

Wenn wir die bisher zitierten Zeitpunkte der Reihe nach betrachten, fällt uns auf, daß – außer den Dekreten – Bestimmungen von Gefängnisstrafen erst etwa um das 15. Jahrhundert erscheinen und später erst an der Jahrhundertwende des 17-18. Jahrhunderts häufiger zu werden beginnen. Diese Entwicklung ist in der Tat für die Phasen der Erscheinung und Verbreitung des Gefängnisses kennzeichnend, bedeutet aber nicht, daß das Recht und die Praxis in Ungarn vor die Niederlage bei Mohács die Institution des Kerkers nicht gekannt hätte. „Das Gefangensetzen, das heutzutage am häufigsten angewendet wird, war im ungarischen Strafrecht des Mittelalters die am seltensten angewendete Strafe" – hat Ákos Timon[67] festgestellt. Das hat auch Imre Hajnik[68] behauptet, das haben Géza Hegedűs[69] und Emil Szoika[70] bekräftigt. Natürlich zeugen nicht nur die Rechtshistoriker von ihrer Anwesenheit, sondern auch einige Urkunden.[71]

Auch eine Aufzeichnung der Várader Regestrum erwähnt den Kerker.[72] Hier heißt es, „das Burggesinde in Balajt, Finke, Mucsony und Császta seien waffentragende Kämpfer und keine Gefängniswächter. Pétör, ein Leibeigener der Burg Borsod hat das Gesinde dieser Burg vors Gericht gezogen ... ihre Pflicht wäre die Bewachung des Gefängnisses" (carceres custodire...). „Aber die haben behauptet sie wären wahrhaftig Waffentragende der Burg, aber keine Gefängniswächter" (non ad carcerem custodiendum).[73] Nach Kabos Kandra ist das der einzige Beweis dafür, daß zu dieser Zeit die Bewachung des Gefängnisses die Aufgabe einer niedrigeren Schicht von

[64] Kovács, F.: A magyar jogi terminológia kialakulása (Die Herausbildung der ungarischen Rechtsterminologie) Budapest, 1964. 184.
[65] Molnár, J. – Simonyi, Gy.: Magyar nyelvemlékek (Ungarische Sprachdenkmäler) Budapest, 1980. 282.
[66] Bartal, A.: A magyarországi latinság szótára (Das Wörterbuch der ungarischen Latinität) Budapest, 1901. 106., 50. und Gesetzwissenschaftliches Wörterbuch, Pest, 1847. 29., 52.
[67] Timon, Á.: Magyar alkotmány- és jogtörténet, különös tekintettel a nyugati államok jogfejlődésére (Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte) Budapest, 1910. 418.
[68] Hajnik, I.: Magyar alkotmány és jog az Árpádok alatt (Ungarische Verfassung und Recht während der Arpaden) Pest, 1872. 363-364.
[69] Hegedűs, G.: Anyagi büntetőjog az Árpádházi királyok korában (Das materielle Strafrecht im Zeitalter der Könige des Arpadenhauses) Budapest, 1935. 49.
[70] Szoika, K.: A földesúri bíráskodás az árpádkori Magyarországon (Patrimonialgericht während der Arpaden) Budapest, 1944. 40.
[71] Codex Diplomaticus. Zusammengestellt von Georgii Fejér, Buda 1829. III. 2. 237.
[72] Das ist eine Liste, eine Beschreibung von den vor Kapitel abgehaltenen Gottesgerichten, „Feuerproben" in Jahren 1208-1235.
[73] Varader Regestrum. Zusammengestellt von Kandra, K., Budapest, 1898. 115.

Waffentragenden war.[74] Für uns aber bedeutet es: in der Burg (im Komitat) existiert Ende des 13. Jahrhundertes ein funktionierendes Gefängnis, was unterstützt auch übrigens auch György Győrffy, der festgestellt hat: der Kerker stellte einen organischen Bestandteil, einen Zubehör unserer Burgen dar.[75]

Der König László hat Salomon auf Bösartigkeit ertappt, festgenommen und in Visegrád in Gefängnis geworfen. Bodos, Sohn von Bakony war mit Salomon beisammen im Gefängnis. Das hat László nicht aus Furcht getan, sondern weil sein königlicher Verwandte ihn immer damit bedroht hatte, noch Böseres zu tun als bisher – er wollte also seine Wut beschwichtigen.[76] Die Képes Krónika (Bildchronik – illustrierte Urkunde aus dem Mittelalter) beschrieb die Inhaftnahme von Salomon, Sohn von András. Es ist bekannt, daß der Verwandte des Königs nach seiner Festnahme in 1802 nicht in den, auch heute noch bestehenden sogenannten Turm Salomon der unteren Burg gekommen ist, sondern er war in einem Turm des ehemaligen römischen castrums untergebracht. Der größte Teil der Kerker dieser Zeit funktionierte als ein Teil der Burgen. In unserem Land haben sich die von reich gewordenen Familien gebauten Burgen, Wohntürme in den 12-14. Jahrhunderten wie Pilze vermehrt.[77] Diese Türme bildeten später den Kern von größeren Burgen und die Familien haben in diesen Türmen die Gefängnisse ausgestaltet.[78]

Visegrád hatte auch andere namhaften Häftlinge. Der, den Garai's trotzende Károly Kis von Durazzo ist hier während der Gefangenschaft an seinen Wunden gestorben.[79] Wenige wissen, daß der ungarische König Sigismund nach seiner Festnahme in Buda, am 28. April 1401 nach Visegrád überführt wurde. Es ist mehr bekannt, daß er, auf den Antrag von Miklós Garai, auf einen neuen Ort transportiert wurde: fünf Monate lang war die Burg Siklós sein Gefängnis. (Zwar nicht der Kerker und die Folterkammer unter dem Burgsaal mit zwei 8 Schiffen, die der Besucher in Siklós noch heute besichtigen kann.)[80]

Mit dem Namen von Sigismund von Luxemburg ist auch eine bedeutende Bautätigkeit in der Budaer Burg verbunden. Einen Teil der Entwicklungen hat der sogenannte Rumpfturm gebildet, der auf der nördlichen Seite gebaute vier-fünfstöckige Turm, der ursprünglich höchst wahrscheinlich zum Wohnturm dienen sollte, funktionierte später als Kerker.[81] Hier hat der König 1465 seine hussitischen Gefangenen inhaftiert, in diesem Turm wurde der Schwager vom König Matthias, Viktorin Podjebrad verhaftet. Seine Aufgabe hat sich auch in den Türkenzeiten nicht geändert: unter diesen Mauern haben christliche Gefangenen auf ihre Auslösung, oder

[74] Varader Regestrum. 8.
[75] Győrffy, Gy.: István király és műve (König István und sein Werk) Budapest, 1977. 229
[76] Bildchronik – illustrierte Urkunde aus dem Mittelalter
[77] Fügedi, E.: Középkori várak – középkori társadalom (Mittelalterlichen Burgen – mittelalterliche Gesellschaft). in: Burgarchitektur, Budapest, 1975. 66-67.
[78] Kiss, G.: Várak, várkastélyok, várhelyek Magyarországon (Burgen, Burgschlösser, Burgstätte in Ungarn) Budapest, 1984. 14.
[79] Mályusz, E.: Zsigmond király uralma Magyarországon (Die Regierung des Königs Sigismund in Ungarn) Budapest, 1984. 50.
[80] Gerő, L.: Magyar várak (Ungarische Burgen) Budapest, 1986. 82.
[81] Zolnai, L.: Az elátkozott Buda – Buda aranykora (Die verhängte Buda – Goldenzeit von Buda) Budapest, 1982. 345.

auf ihre Transportierung gewartet. 1661 sind in der Burg 235 ungarische Gefangenen inhaftiert worden.[82]

Der Faden der Burggefängnisse kann in die Zeiten nach dem Zerfall des Landes in drei Teile weitergewickelt werden, nämlich mit dem Fall Erzsébet Báthory. Bekanntlich wurde die berüchtigte Burgherrin zum Schluß bis zum Ende ihres Leben in ihrer Burg Csejte gefangengehalten, nicht prozessual, aber inhaltlich zur Strafe.[83]

In dem Rechtsgebrauch der Städte ist die Freiheitsentziehung vor der Niederlage bei Mohács eine lebende Strafart. Das hat mehrere Ursachen. Es liegt auf der Hand, daß bei der Bauweise der Städte die Bestimmung eines Raumes zum Gefängnis viel leichter ist, als auf irgendeinem Herrschaftsgut. Es ist auch offensichtlich, daß die Freiheitsstrafe anfangs hauptsächlich für ahnsehlichere, aber jedenfalls das Bürgerrecht besitzende Bürger galt. Wie grausam auch immer das aus fremden Recht herrührende städtische Strafrecht war, es konnte nicht sein Zweck sein, die eigenen Bürger auszurotten, zum Krüppel zu machen. Es ist einzusehen, daß der größere Anteil von Körper stümmelnden, stigmatisierenden Urteilen durch die Strafe Ausweisung, Verwiesung, Ausprügelung begleitet wurden. Die schwereren Körperstrafen wurden gegen die nicht Bürger, die Fremden und gegen die ärmeren Schichten angewendet. Dabei war die Entfernung zwischen dem armen Stadtvolk und den Patriziern bei weitem nicht so groß als zwischen einem Adeligen und einem Leibeigenen. Das städtische Recht war für die Bürger gleichmäßiger und das hat das Strafrecht wieder in die Richtung irgendeiner milderer Strafe gelenkt. In dem städtischen Recht wurde noch dazu die Verbreitung der Freiheitsstrafe nicht durch solchen Verbote verhindert wie die mit garantierten Normen gesicherten Hindernisse der Inhaftnahme eines Adeligen. Auch der Stadtgefängnis entfaltete sich aus den Aufgaben der Präventivhaft: die meisten Inhaftierten saßen anfangs nicht als Strafe dort, sie waren vor dem Prozess oder dem Urteilvollstreckung stehende Verbrecher. Die Strafe der Bürger, der vornehmeren Patrizier war am häufigsten die Geldstrafe oder die milderen Formen der Beschämung (z.B. Abbitte!) und eine Variante der Freiheitsstrafe (der Arrest).

Die Kontrolle der städtischen Gefängnisse und die Verurteilung der Häftlinge war (schon auch aus praktischen Gründen: Ernährungs- und Bewachungskosten) gewissenhafter, beziehungsweise schneller als in den Komitats- und Patrimonialkerkern, wo die Verdächtigten sogar jahrelang schmachten mußten. Die Gefängnissstrafe dauerte einige Tage, Monate, eventuell ein halbes Jahr. Die für längere Dauer verurteilten wurden im allgemeinen von dem Stadtmagistrat dem Patrimonialgericht oder dem Komitat zur Vollstreckung übergeben. So verantwortete zum Beispiel vor dem Richterstuhl der Stadt Eger 1752 Jutka S. Im Protokoll heißt es; „sie wurde wegen verschiedenen Diebstählen vorgeladen und examiniert: und da ihre viele gesetzwidrigen Taten auf den Tag gekommen waren, wurde sie dem Herrn Gutsbesitzer representiert und in dessen Kerker als Kriminelle überführt."[84]

In seiner Monographie über das Recht im Mittelalter der Stadt Pozsony, führt János Király mehrere Urteile auf, die den Gebrauch der Freiheitsentziehung als Strafe beweisen. So unter anderen das Verdikt des Schatzmeisters Miklós Zámbó in der Sache des Vizevogtes von Pozsony und eines Adeligen, sowie der ihnen helfenden

[82] Zolnai, L.: A budai vár (Die Budaer Burg) Budapest, 1981. 62.
[83] Péter, K.: Bátori Erzsébet (Erzsébet Báthory) Budapest, 1985. 78., 81.
[84] Pandula, A.: z.A. 85.

Gesindes, Besagten hatten ein Mädchen, genannt Katalin vergewaltigt. Aufgrund ihrer anderen Handlungen wurden die beiden Täter zu Enthauptung sententiert und das Gesinde zum Gefängnis für 18 Tage verurteilt. Der Kerkermeister Pál Nikel wurde 1430 wegen Mitwirkung bei Gefangenenbefreiung, öffentlicher Unsittlichkeit und wegen körperliche Mißhandlung von[85] Gefangenen zu Gefängnisstrafe verurteilt.

Elemér Winkler dient mit Angaben vom 16. Jahrhundert zur Gefängnisstrafe aus der Rechtspraxis der Stadt Sopron. Nach einer Aufzeichnung von 1528 wurde ein zum Tode verurteilter Dieb zu Gefängnis begnadigt,[86] 1553 (ebenso wie in einer gerichtlichen Verhandlung 1593 und 1601) wurde wegen Beschädigung der Behörde Freiheitsstrafe zugemessen.[87] Ein Mädchen, das 38 Goldmünzen gestohlen hatte, wurde 1573 zur Gefängnisstrafe verurteilt und erst später, nach voller Entschädigung und Bürgschaft auf freien Fuß gesetzt.[88] 1597 stand auf Zauberei Kerker.[89] Seine Forschungen haben die Tätigkeit des Gefängnisses auch spätere Jahrhunderte betreffend beurkundet.[90]

Im Prozeß von Lőrincz Dul haben die Richter der Stadt Debrecen 1656 Urteil gefällt. Im Beschluß des Gerichtshofs heißt: „Laut Allegation von Frau Zámbó die Zeugen erklären, daß Lőrincz Dul die Frau eine bunte ... genannt hat. Da Lőrincz Dul als zur Zunft gehöriger Meister weder auf die Ehre seines Alters noch auf seinen Stand in der Zunft Rücksicht genommen, ohne seine Zunge im Zaume zu halten, so ein garstiges Wort gebraucht hat, soll er 15 Tage in dem „Zweitürigen" wohnen, danach Frau Zámbó um Verzeihung bitten." (Das Zweitürige war eine humoristische städtische Bezeichnung für das Gefängnis.)[91] Wie wir es schon oben erwähnt haben, hat auch György Bónis nachgewiesen, daß die Behörden von Pest und Buda den Kerker von Anfang an auch als Strafe in Anspruch genommen hatten.[92]

In den meisten Fällen zeugen die Protokolle von Präventivhaft, von Schutzhaft. István Crobat, der wegen Diebstahl 1570 festgenommen worden war, durfte nach Verwarnung das Gefängnis verlassen, aber die Bewachung vor der Fällung des Urteils wurde vorgenommen auch in Fällen wie: Fluch, Zauberei (1591, 1597, 1601), Ehrenbeleidigung (1584), Verleumdung (1592).[93]

Als Vollstreckungshaft erschienen im städtischen Recht die Fälle, wo dem Täter Ehrenbeleidigung auferlegt und er zur Bezahlung von „Zungenlösegeld" verpflichtet wurde. Als aber der Verurteilte nicht zahlen konnte, waren die Richter der Meinung: „solange er nicht satisfacit, soll er eingekerkert werden".[94]

Bei der Übersicht der Gerichtspraxis müssen wir uns noch mit einer Frage auseinandersetzen: wer waren diejenigen, denen eine Gefängnisstrafe zugemessen wurde? Im städtischen Recht wurde sie ohne Wahl bei den Einwohnern der Stadt

[85] Királyi, J.: z.A. 319-320.
[86] Winkler, E.: z.A. 33.
[87] Winkler, E.: z.A. 93-94.
[88] Winkler, E.: z.A. 33.
[89] Winkler, E.: z.A. 67.
[90] Winkler, E.: z.A. 67., 79., 91., 93.
[91] Bessenyei Széll, F.: A becstelenítés és a bíróság előtti megkövetés a Debrecen városi régi jogban (Schandtat und Abbitten vor das Gericht im Recht der Stadt Debrecen) Debrecen. MDCCCXVII.14.
[92] Bónis, Gy.: z.A. 52.
[93] Winkler, E.: z.A. 67., 79., 91.
[94] Bessenyei Széll, F.: z.A. 14.

angewendet (höchstens nur mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen dem Kerker und dem Arrest). Im Recht außerhalb der Stadt ist die Lage nicht so einfach.

Auf Grund seiner eigenen Forschungen, sowie sich auf Ergebnisse von György Bónis, Ferenc Eckhart und Endre Varga stützend, hat István Kállay festgestellt, daß der Anfang der intensiven Verbreitung und des Durchbruches der poena temporalis etwa auf die Mitte des 17. Jahrhunderts fällt.[95] Endre Varga (der ähnliche Schlußfolderungen gezogen hat: nach ihm ist die Zeit der Änderung die 16-17. Jahrhundertwende) erklärt die Verbreitung der Gefängnisstrafe mit der Entwicklung der Wirtschaftsverhältnissen. Wir haben es schon erwähnt, daß außer der städtischen Rechtes der Kerker im Allgemeinen eine Strafe für die ärmeren Volksschichten darstellte. Das Gefangensetzen hat aber dem Gutsbesitzer gleichzeitig seine. Abretskräfte genommen, darum wollte er womöglich in der Gerichtsbarkeit cen carcer meiden. Die Lage hat sich zu der Zeit geändert, wo die Entwicklung der Produktionstechnik und der Vorbruch der Meierwirtschaft den Agraradel veranlaßt haben ihre, elbst verwalteten Güter zu erhöhend die Anzahl der Bauernsgüter zu mindern. Ein Teil der Leibeigenen ist „überflüssig" geworden gleich wurden die Kerker voll. Nun wurde der Richter von keinerlei Überlegungen angehalten eine Gefängnisstrafe zuzumessen.[96]

Im Prozeßmaterial des Patrimonialgerichtes in 16-17. Jahrhunderten kommen schon, obwohl nicht sehr oft, Urteile zum carcer vor. 1582 hat das Patrimonialgericht des Herrschaftsguts Szalónak einen kroatischen Landstreicher, der mehrere Keller aufgebrochen hatte, folgendermaßen verurteilt: „der gnädige Herr soll ihn so lange mit Gefangenschaft strafen, wie er es will etwa für drei oder vier Jahre..." Es gibt ein Urteil, vom Jahre 1648 datiert, das einen Leibeigenen, der Schloß des Gutsherrn Bienenkörber gestohlen hatte, schuldig gesprochen hat ... „er soll in Gefangenschaft von diesem Dominus ein Jahr lang das Eisen tragen und während dessen an vier Freitagen geprügelt werden". 1653 werden diejenigen Leibeigenen „zu einem Jahr Gefangenschaft sentenziert" die gegen den Gutsherrn angereizt hatten. Im nächsten Jahr hat das Patrimonialgericht in Pannonhalma György Gyarmathy, der die Einwohner von Ék und Szentmárton geplündert hatte, zu „zwei Jahre in Eisen" verurteilt.[97] Die Angeklagten der Prozesse waren meistens Leibeigenen, aber schon Endre Varga hat darauf aufmerksam gemacht, daß – obwohl der Kerker keine beliebte Strafart des Adels war - auch sie wurden gelegentlich zum carcer verurteilt.[98] Lajos Hajdu stellt Gefangenenlisten vom Ende des 18. Jahrhundertes dar. Hier stellt es sich heraus, daß zu dieser Zeit schon mehrere Adeligen zu Gefängnis verurteilt wurden, teils als Begnadigungsstrafe, teils statt der Körperstrafe, die Adeligen nicht zugemessen werden durfte.[99]

Aus den Aufzeichnungen, Protokollen, Prozeßschriften und Berichten dieses Zeitalters wird es also klar, daß Adeligen und nicht Adeligen gleichermaßen mit Gefängnis bestraft wurden. Dazu können wir noch hinfügen, daß beinahe jeder Tat

[95] Kállay, I.: z.A. 297.
[96] Varga, E.: z.A. 22.
[97] Varga, E.: z.A. 67., 376., 705., 985.
[98] Varga, E.: z.A. 377., 582.
[99] Hajdu, L.: Büntett és büntetés Magyarországon a XVIII. század utolsó harmadában (Delikt und Strafe in Ungarn im letzten Drittel des XVIII. Jahrhunderts) Budapest, 1985. 135.

Freiheitsstrafe auferlegt wurde, was eine logische Folge ihrer substituierenden Funktion ist.

4. Kerkerverhältnisse

Wir haben das Gefühl in oben gesagten schon bewiesen zu haben, daß die Freiheitentziehung als Strafe in den Jahrhunderten des Feudalismus, wenn auch keine gewöhnliche, doch jedenfalls existierende Sanktionsart ist, die in den 17-18. Jahrhunderten allgemein verbreitet wurde. Nun haben wir die Aufgabe den Vollzug der Gefängnisstrafe, die Kerkerverhältnisse zu überblicken.

Im nachfolgenden möchten wir also den Leser mit den Umständen in den Gefängnissen des Feudalismus bekannt machen. Wir versuchen hauptsächlich ein klares Bild davon zu verschaffen, wie die Unterbringung, die eventuelle Trennung der Gefangenen war, ob irgendeine Differenzierung zwischen Kerkerstrafen existierte, wer die Kosten Gefangenenunterhaltung trug und dies alles in Betracht genommen, was für einen Platz die Freiheitsstrafe nach der Auffassung der Zeitgenossen in dem Strafsystem einnahrn, was für ein „Gewicht" ihr zugemessen wurde. Wir sind es natürlich bewußt, daß sich so viele Fragen in diesem Umfang notwendigerweise nur in groben Umrissen beantworten lassen. Nicht der wissenschaftliche Beweis ist hier unser Zweck (zwar auch der erfolgen wird), sondern wir wollen dem Leser von den feudalen Kerkerverhältnissen eine vielseitige Übersicht bieten.

Die ersten Informationen von den Gefängnissen geben die Burgen als Stätten der Vollstreckung an. Außer den schon zitierten Fällen in Visegrád und Siklós wissen wir fast von allen unseren Burgen, daß sie über Kerker verfügten. Diese wurden auf den verschiedensten Punkten der Festung untergebracht, meistens im Keller, im Wachtturm, in der Festungsmauer, aber Festungsgrube und andere außergewöhnliche Plätze kommen auch vor. (Der „Kerker" der Burg Beckó war z.B. eine Ebene auf einem hohen Felsen, wo sich der den Unbilden der Witterung ausgesetzte Häftling „leicht" befreien konnte: er mußte sich nur herabstürzen.)[100] Der Kerker der Burg Boldogkő war eine 5-6 m tiefe, mit Ziegelmauer bekleidete Grube vor dem südlichen Turm, wohin keine Stiegen führten, sondern die Häftlinge mit Seil hinuntergelassen wurden. Die Besteigung der 6 Meter hohen Mauer, also eine Flucht war kaum zu befürchten.[101] In der Burg Ónod standen die Kerker innerhalb der Mauer als gesonderter Gebäudeteil, neben der Waffenwerkstatt, der Lager, der Wachstube, den Ställen und sonstigen Wirtschaftsgebäuden.[102]

Die mit der Vermehrung der Freihetsstrafen vermehrte Bedürfnisse an Fassungsraum der Kerker versuchten die Munizipien mit erhöhter Inanspruchnahme der Burgen zu mildern. In Siebenbürgen beschloß gerade die Landesversammlung, daß „Schufte, Melefactoren, wegen Mangel an entsprechenden Kerkern, in die näher

[100] Pandula, A.: z.A. 89.
[101] K. Végh, K.: Boldogkő. in: Burgarchitektur; Kiss z.A. 78.
[102] Kiss, G.: z.A. 118.

liegenden Aurgen des Fiskus überführt werden sollen."[103] Das heißt: die Burgen des Fiskus verfügten überall über zur Unterbringung von Gefangenen geeigneten Kerker. Es ist aber aus den Texten auch das zu entnehmen, daß auch ein Teil der örtlichen Behörden schon ihre eigenen Gefängnisse hatten. Die Stände von Siebenbürgen verfügten in einem andern Ort folgendermaßen: „... wenn in Städten oder anderen Festungen irgendein Häftling, Verbrecher, die von Adeligen oder von edlen Komitat dort untergebracht wurden, und von Offizieren gegen Entgelt oder anderswie absichtlich entlassen werden, sollen diese Offiziere laut unseres Beschlußes, wenn sie die Tatsache nicht begründen können, laut früherer Artikeln eo facto zu 500 Forint bestraft werden."[104] Bemerkenswert ist der Teil des Textes, der beweist, daß nicht nur die Komitatsbehörden, sondern auch „private Personen" Häftlinge in die Burgen des Staatschatzes schicken konnten und die wurden dort aufgenommen.

Anderswo, wenn es keinen zentralen Beschluß gab, haben die Munizipien selbst die auf ihrem Gebiet liegenden Burgen zu ständigen Kerkern bestimmt. Das Statut des Komitats Heves-Külső-Szolnok verfügt zum Beispiel wie folgt: „Malefactorum intertentionis locus carcer acris Gács denominatur".[105] Der Komitat Torna hat die Burgen Szádvár und Torna zur Aufnahme von zu Gefängnis verurteilten oder auf ihr Urteil wartenden Verbrechern bestimmt.[106]

Die Festungen wurden auch später zu Gefängnisaufgaben geeignet gefunden. Das Andenken an den Burgkerker hat die Burg Nagyvázsony bewahrt, die nach dem Freiheitskrieg von Rákóczi ihre militärische Bedeutung verlierend als Gefängnis eingerichtet wurde. Der Kerker war bis 1756 im Betrieb bis er von einem Branntweinbrenner gepachtet wurde.[107]

Architektonisch waren außer den Städten die Burgen die geeignetesten (besonders im Mittelalter) zur Aufnahme von Gefängnissen, aber – wie wir es gesehen haben – sie wurden zu diesem Zweck bis zum 19. Jahrhundert benutzt. Die ersten Verfügungen der Habsburg-Regierung nach 1849 haben in Ungarn ganze Burgen zu diesem Zweck umgeformt (Munkács, Szamosújvár usw.).[108] Eben in der Verwendung von Burgen in einem so großen Unmaß können wir mit László Pál nicht einverstanden sein, weil er das Festungsgefängnis und die Festungshaft als einen Typ der feudalen Kerker betrachtet.[109] In der Literatur des Gefängniswesens gab es eine Zeitlang einen Anspruch auf so eine Typisierung, das ist aber auf die Bestrebungen der Rechtsschaffung in 18-19. Jahrhunderten und auf die Gefängnispraxis dieser Zeit zurückzuführen, wo unter Festungshaft eine eigenartige Abart der Freiheitsstrafe verstanden wurde, die wegen politischen, staatsfeindlichen Straftaten zugemessen (oder ohne Urteil vollgestreckt) wurden. Das war also kein Begriff des Vollzuges sodern des materiellen Rechtes.

[103] Erdélyi Országgyűlési Emlékek. Történeti bevezetésekkel (Parlamentarische Denkmäler von Siebenbürgen. Mit geschichtlichen Einführungen, zusammengestellt von Szilágyi, S.) Budapest, 1884. 10. 367.
[104] Erdélyi Országgyűlési Emlékek (Parlamentarische Denkmäler von Siebenbürgen) 1883. 9. 593.
[105] C.S. II/1. Gesetz 1882, Statutum III.
[106] C.S. II/1. 218.
[107] Kiss, G.: z.A. 493.
[108] Pulszky, Á.-Tauffer, E.: z.A. 278.
[109] Pál, L.: z.A. 24.

Natürlich waren nicht nur die Burgen, sondern auch die zu anderen Zwecken gebauten Gebäuden zur Einkerkerung geeignet, nur für eine entsprechende Bewachung mußte gesorgt werden, zum Beispiel zum Aufgabenkreis des Burgvogten Peter Polyák gehörte „in Gefangenschaft in diesem Schloß Los" die Gefangenen zu bewachen.[110] Es war also keine Festung nötig auch ein Gutsherrnschloß oder jedwelches Gebäude des Gutbesitzes zeigte sich als tauglich. Im 18. Jahrhundert verfügten schon die größten Herrschaftsgüter über eigene Gefängnisse. Wenn die nicht ausreichten oder wenn das Herrschaftsgut keinen Kerker hatte, hatte es seine Verurteilten in den Komitatskerker geschickt. Es ist vorgekommen, daß das Herrschaftsgut und der Komitat um Kosten zu sparen ein gemeinsames Gefängnis unterhalten haben (wie das Herrschaftsgut der Károlyi's in Kaposvár mit Komitat Somogy).[111] Zu dieser Zeit gab es schon einige nationale Institute, die wir später noch behandeln werden.

In den Dörfern wurden die Verhafteten in Ermangelung eines besseren im Haus des Dorfschulzen gefangengehalten. Ein Grund dafür war, daß auch der Block hier gestanden war, vor oder in dem Haus des Dorfschulzen und weil der Dorfapparat über keinen Kerker, Kerkeraufseher verfügte, war es selbstverständlich, daß man statt carcer den Block in Anspruch genommen hat. (1691 wurde der Ochsendieb János Fekete „von dem Magistrat zu Viczán, im Komitat Sopron festgenommen, zum Haus des dortigen Schulzen geschleppt und in den Block geschlossen".)[112] Der Differenzierung zwischen Arrest und Kerker entsprechend wurde auch die Vollstreckung gesondert durchgeführt. In Buda und in Pest mußte die Haft unter der Aufsicht des Stattwachtmeisters in der sogenannten „Burgerstube" abgebüßt werden.

Der carcer wurde von dem Schergen, im Keller des Rathauses „hinter Schloß und Riegel" verwaltet. (Der Scherge wohnte nämlich im Rathaus.) 1699 wurde in Pest über den Bau eines Kellers mit Ziegelgewölbe und zwei Zimmern darüber beschlossen (also über carcer und arestum im einzigem Gebäude). Ein besonders bemerkenswertes Ereignis: dieses Gebäude wurde schon ausgesprochen zum Gefängniszweck gebaut! Eine Angabe aus Pest: gleich nachdem die Türken das Land verlassen hatten, wurde die Folterkammer zur Einkerkerung in Anspruch genommen. Diese Verwendung der Torturkammer kann mit der Identität der Person des Schergen erklärt werden, der die Folter und die Bewachung des Kerkers gleichermaßen ausübte.[113]

Außer diesen sind in den verschiedensten Orten „Gefängnisse" zu finden. In einem Prozeßprotokoll des Patrimonialgerichtes im Herrschaftsgut Lózs ist zu lesen: „... der Knecht, genannt Janczi Fellaitor der Gutsherrin (dominae) wurde wegen seinen bösen Taten gefangengenommen und im Zimmer über dem Tor in Ketten geschlagen."[114] In diesem Fall ist das Gefängnis ein Raum des Herrenhauses, das Zimmer neben dem Tor. Offensichtlich haben sie das Zimmer, das zu anderen Zwecken diente, nicht unbedingt sicher gefunden, deshalb wurde der Schurke, Jancsi Fellaitor in Ketten geschlagen.

In der Burg Buda, im Schatzmeisterhaus, westlich von dem István-Turm, wo der königliche Staatschatz und das Archiv untergebracht wurden, bestehen noch heute die

[110] Varga, E.: z.A. 432.
[111] Kállay, I.: z.A. 299.
[112] Varga, E.: z.A. 491.
[113] Bónis, Gy.: z.A. 185.
[114] Varga, E.: z.A. 407.

Säle, wo die beiden jungen Hunyadi's, die Prominenten der Partei und János Vitéz bewacht wurden. Die Gefangenen wurden in Räumen des Untererdgeschoßes bewacht.

Wir könnten noch tausende von Beispielen zur Darstellung der Vielfältigkeit der Praxis anführen. Statt dessen wenden wir uns der Auseinandersetzung mit den Umständen der Unterbringung von Gefangenen zu.

Die Gefängnisverhältnisse waren sehr verschieden, je nachdem ob es um eine Strafe zum Arrest oder zum Gefängnis handelte, ob der Verhaftete ein Vornehmer, oder ein Gemeiner, ob er wegen Verbrechen, kleinerer Schuld, vielleicht politischen Straftaten in Gefängnis geraten sei. Es scheint uns sinnvoll vom Kreise unserer Studien das Gefangensetzen der Mitglieder der Herrscherklasse, der Könige und der Prominenten auszuschließen, das eigentlich als eine Art Hausarrest aufgefaßt werden kann. Wo es überhaupt eine Differenzierung zwischen arestum und carcer gab, da hat der Arrest in erster Linie selbst mit der Tatsache des Gefangensetzens gestraft. Der carcer war gleichzeitig auch eine schwere Körperstrafe. Das war die Folge der Unterbringung von Kerkern in Kellern, Burg-türmen, unterirdischen Löchern, wo die Gefangenen untergebracht wurden.

Wir dürfen aber nicht außer Acht lassen, daß die Freiheitentziehung allein, nach der Meinung der Zeitgenossen, keine wahrhaftige Strafe bedeuten konnte. In der Literatur des Strafvollzugs ist es sozusagen ein Gemeinplatz, daß in jedem Zeitalter und in jeder Gesellschaft nur die Strafen im Instrumentarium des Strafrechtes integriert werden können und die Qualität des Strafvollzugs muß ein Niveau erreichen, das sich nach der Entwicklung der Wirtschaft, der Hierarchie der gesellschaftlichen Werte, nach dem Moral, nach der allgemeinen Auffassung richtet. Sie bestimmen die Werte, durch deren Entzug oder „Verletzung" (wie Freiheit, Vermögen, Ehre, Gesundheit usw.) der Staat überhaupt zu strafen imstande ist. Je breiter der Kreis der beschränkbaren oder entziehbaren Werte ist, desto nüancierter kann das Strafsystem, desto wirksamer kann der Strafvollzug werden.

In den feudalen Zeiten, wo ein bedeutender Teil der Gesellschaft, wie ein Vieh arbeitend, nur das Existenzminimum erreichen konnte, wo die Breite der persönlichen Freiheit zweifelhaft ist und sogar der Wohnortwechsel zur Genehmigung der Komitatsbehörden gebunden ist, kann die bloße Einsperrung, das einfache Gefangensetzen, wo der Verurteilte ohne Arbeit (oder mit nicht schwerer Arbeit) das zum Lebensunterhalt nötige Essen bekommen konnte, keinesfalls als schwere Strafe gelten. Zu einem „hochgeschätzten" Element des Strafsystems des feudalen Strafrechtes konnte der Kerker nur in dem Falle werden, wenn er sich der, nach heutiger Auffassung grausamer, Qualität des Todes- und Körperstrafe ähnlich, das heißt, wenn auch er selbst zu Peiniger wurde. Man kann nicht behaupten, daß es das Ergebnis der bewußten Tätigkeit von den Strafvollzug-Befugten ist, eher ist es die Folge einer spontanen Anpassung. Wir könnten auch sagen: die seit der Herausbildung der Gesellschaft natürliche Strafart, das Gefangensetzen, wurde nur durch harte Vollzugsumstände für das Strafrecht entsprechend. Außerdem gab es bis zum Beginn der Gefängnisbesserungsbewegungen im Reformzeitalter keinen Grund zur Änderung, zur jedwelchen Humanisierung der Geschilderten Verhältnisse.

Vom carcer des Mittelalters lassen wir jetzt die zeitgenössischen Autoren reden, die viel befugter sind als wir. Aber es gibt Beschreibungen von Fachautoren erst aus dem 19. Jahrhundert (im Westen sind solche vielleicht um ein Jahrhundert früher

hinterlassen worden). Unsere Aufzeichnungen sind aus der Feder solcher Denker, die an der Grenze der feudalen und bürgerlichen Gesellschaft mit erschaudernder Seele von dem Gefängnis reden, dessen Form sich im Laufe von Jahrhunderten des Feudalismus kaum gändert hat. Eine der bekanntesten Beschreibungen ist in der Novelle „Vadászlak" ("Jagdhaus") von Ferenc Kölcsey zu lesen: Das Gefängnis des Komitats hatte vier Abteilungen. Die eine, die unterer Kerker genannt wurde, war eigentlich ein unterirdischer Keller oder eine Grube, wo gewöhnlich siebzig-achzig Räuber, Mörder, Brandstifter in tödlich feuchtlicher, fäulnißerregner Luft, in verstickendem Dampf zusammengepfercht bewacht wurden. Hier stieg ein- oder zweimal im Jahr der Staatsanwalt, in Begleitung von bewaffneten Heiducken, mit erblassendem Gesicht und Schauderndem Herzen hinunter um nachzuschauen: ob es noch viele unter ihnen gibt, zu die er vors Gericht zu ziehen und verurteilen zu lassen vergessen hatte? Die beiden anderen Abteilungen wurden in der Luft der lebenden, im Erdgeschoß errichtet: eine für Männer, die andere für Frauen; in diesen beiden wurden verstockte Bösen und Anfänger von verschiedenem Rang und Alter, wegen ihren achtlosen Taten festgenommene Jünglinge und Irrsinnigen, ohne Unterscheidung zusammengesperrt. Diese beiden Abteilungen konnten mit bestem Grund: als die zweckmäßigste Schule betrachtet werden, wo die zukünftigen und gegenwärtigen Bewohner von den Lehrern und Wegweisern ständig erzogen werden und wo einige Beuten (zur Abschreckung oder zum Vergnügen des Volkes?) zu Bereicherung der Richtstätte vorbereitet werden können. Denn wer einmal an seinem Lebensmorgen, infolge jedwelcher Geschichte durch sein Los hierher gezwungen worden ist, der mußte einen erbärmlichen Kopf haben, wenn er sich mit allen Kniffen und mit der schrecklichsten Unverschämtheit der Sünde nicht vollkommen vertraut machte. Wer bei der Ankunft irgendeinen Funken der Anständigkeit noch im Herzen hegt, mehr oder weniger zu der Menschlichkeit neigt, kehrt ganz sicher ohne die beiden in die Gesellschaft zurück und von dort kehrt er von Zeit zu Zeit hier, wieder „heim".[115] Wenn wir nur diesen kurzen Auszug zitieren würden, könnten sich das Bild des Kerkers zu dieser Zeit und die Vollzugsprobleme anschaulich zeigen. Ferenc Kölcsey hat diese Zeilen als Schriftsteller aufgezeichnet, seine Erfahrungen von der Welt der Gefängnisse hat er aber als Funktionär des Komitats gesammelt. Der Obernotär des Komitats Szatmár hat mit Fachkenntnis den Kerker betrachtet. Mit großer Versinnlichung hat er die Zustände im Kerker geschildert und hat die wichtigsten Probleme bemerkt. Er hat die Folgen des Mangels der Trennung, die Nachteile des „Gemeinsamsystems" wahrgenommen. Das sind: der ständige Informationsaustausch, die Ausbildung der Jungen und zum ersten Male ein Verbrechen begehenden zum „Beruf". Darüber beschwert sich auch Sándor Bölöni Farkas: „Bei uns sind die Gefängnisse die Mistablagerungsplätze der verdorbenen Moral, wo der verfaulte, für die Gesellschaft schädliche Teil für eine Zeit ausgeschmissen wird, damit in diesem Haus, wie in einer Schule der Bösheit, bei der Langweile des untätigen Lebens, einander gegenseitig lehrend, auf die Kosten des Staates, die Ruchlosigkeit noch regelmäßiger angelernt werde, wo der Häftling zwischen den Prügeln die rächenden Gesetze, die ihn demütigende und verbannende Menschheit verabscheuend, noch verzweifelter in das Leben zurück, um von seiner Seite an seinen Verfolgeten Rache zu nehmen."[116] Bertalan Szemere malt unter anderen von dem Übelstand der Bewachung und dem Zustand der Häftlinge ein erschreckendes Bild. „Auf den Straßen

[115] Kölcsey Ferenc összes művei (Gesamte Werke von Ferenc Kölcsey) Budapest, 240.
[116] Bölöni Farkas, S.: Utazás Észak-Amerikában (Reise in Nordamerika) Kolozsvár, 1834. 118.

sieht man einige, mit geladenen Gewehren bewaffnete Wärter, die Herde treiben, aber keine Vieh-, sondern Menschenherde. Ihre Leinenhemde und -hosen sind vom Schmutz und fett kohlschwarz, ihr Antlitz ist gelb und knochendürr, auf ihren Füssen sind eiserne Ketten, deren lautes Klappern bis zur vierten Straße zu hören ist. Hier und da machen sie halt um mit den kommenden Bekannten flüsternd, heimlich über Verbrechen und Schandtaten, die sie begangen haben, oder begehen werden zu reden. Die Wärter bewachen sie, sich auf ihren Gewehren stützend, gewissenhaft, während unter den Gefangenen die Samen der Hölle gesät werden. Hier und da kehren sie in Kneipen ein, um den Teil des Urteils durchzuführen, der Spirituosen beinhaltet und mit dem hastig geschlucktem Trank die Seele und den Verstand zu vetäben ..."[117] Der große Kämpfer des Gefängniswesens im Reformzeitalter, József Eötvös hat über die Ungleichheiten der Gefängnisverhältnisse, die Unterschiede zwischen den verschiedenen Bräuchen, das Fehlen von einheitlichen (nationalen) Strafvollzugsprinzipen berichtet. „Es gibt öffentliche Behörden, die mit unserer Zeit schritthaltend in ihre Kerker pänitentiäre Systeme, oder wenigstens etwas ähnliches einführen. In die Kerker dieser Munizipien wird bald das System des Schweigens, bald der Einsamkeit eingeführt, oder wenigtens eine zweckmäßigere Ordnung bei der gemeinnützlicher Arbeit. Es gibt andere, deren Gefängnisse sich seit dem Mittelalter, wo sie gebaut worden waren, sozusagen überhaupt nicht veränderten. Auf manchem Ort wird der Häftling täglich für einige Minuten auf die freie Luft hinausgelassen, anderswo arbeitet er als Hilfsarbeiter. In einem Komitat zieht zenterschweres Eisen seine Beine herunter, während in dem benachbarten Munizipium, bei der Mehrzahl der Häftlinge überhaupt keine Ketten gebraucht werden ..."[118]

Auch der Wortgebrauch der Rechtspraxis des Patrimonialgerichtes zeigt deutlich, daß in den Urteilein zwischen Gefängnis, Kerker und Arrest nicht unterschieden wurde. Zwischen den Sanktionen sind keine deklarierte Abstufungen zu finden. Auf dieser Stufe der Entwicklung gab es noch keine Institute zur geeigneten Differenzierung der Abstufungen des Strafvollzugs in heutigem Sinn. Um diesen Mangel zu beseitigen wurden Dauer und Erschwerungsmöglichkeiten verwendet. Unter den oben geschilderten Gefängnissverhältnissen des 17. und 18. Jahrhundertes bedeutete etwas ganz anderes statt zwei Monate zwei Jahre zu verbringen als in den Strafvollzugsintituten unserer Zeit.

Die Dauer der Gefängnisstrafe war äußerst veränderlich. Da – wie wir es gesehen haben – die Dekrete zur Feststellung einer dem Verbrechen angemessenen Dauer der Strafe keine Wegweisung boten, war sie je nach Gerichten und Zeitaltern verschieden. Nach István Kállay war bei den Patrimonialgerichten die längste zugemessene Strafe 8 Jahre, die kürzeste einige Stunden. So wurden nur zu einigen Stunden verurteilt: der beim Erheben des Zehnten sein Lamm oder seinen Bienenkorb versteckt, jemanden ohne Grund einen Dieb genannt, einen Fremden bei sich untergebracht, Frondienst verweigert hat. Acht Jahre Kerker wurden dem Verbrecher zugemessen, der schon vier Jahre Gefängnis abgebüßt hatte und das Haus des Oberstaatsanwaltes aufgebrochen hat.[119] In den Städten verbrachten die Häftlinge nur in Ausnahmefällen eine längere Zeit im Gefängnis.[120]

[117] Szemere, B.: Reise im Ausland, Pest, 1840. Bd. II. 69.
[118] Eötvös, J. – Lukács, M.: Fogházjavítás (Gefängnisverbesserung) Pest, 1842.
[119] Kállay, I.: z.A. 298-299.; Hajdu, L.: z.A. 136.
[120] Bónis, Gy.: z.A. 187.

Bei der Strafdauer gab es sowohl Strafen auf bestimmte als auf unbestimmte Dauer. Im 18. Jahrhundert war schon die Strafe auf kurze Dauer (für einige Tage), wie die auf längere Dauer (auf einige Jahre) schon allgemein verbreitet. Ferenc Eckhart zitierte den Fall in Palota, von 1741, wo auf die Bitte der Ehefrau der Ehemann wegen Bigamie zu einjähriger Gefängnisstrafe verurteilt wurde.[121] Er zitiert ein Beispiel auch zu einer anderen Extremität: die mit der Vermögenteilung unzufriedenen haben ein dreitägiges Gefängnis abgebüßt.[122] Das Urteil konnte auf Dauer oder auf Termin lauten.[123]

Es ist vorgekommen, daß das Urteil unbestimmt formuliert wurde: „solange er sich nicht bessert". Obwohl wir schon bei der Darlegung der Gesetze gesehen haben, daß ein lebenslängliches Gefängnis auch in den 15-16. Jahrhunderten nicht unbekannt war, ist es zu einer allgemeinen Institution erst im 18. Jahrhundert geworden. Da konnte die Todesstrafe in eine lebenslängliche Freiheitsstrafe umgewandelt werden. Solche Häftlinge mußte man mit der Reibung eines Bildes des Galgens in ihr Gesicht brandmarken.[124]

Die bloße Einkerkerung konnte man auf verschiedene Weisen schwerer, lender machen: mit Fasten, Körperstrafe, regelmäßgem Brügeln, mit den verschiedensten Anwendungen des Blockes und des Eisens. Die Beschäftigung mit Arbeit (die zugleich gemeinnützliche Arbeit bedeutete) wurde in diesem Zeitalter ebenfalls als eine Erschwerung wahrgenommen. Betrachten wir die Verdikte, wird die Absicht der Differenzierung eindeutig. Aus den Urteilen ist natürlich nicht zu entnehmen, was von den Absichten realisiert wurde. Im Laufe der Strafzumessung wurde darüber bestimmt, wenn einem eine „im Eisen abzbüßende" Freiheitsstrafe auferlegt wurde, die entweder eine einfache Fessel oder die Bewegung beschränkendes, schweres Fußeisen, Fesselung zu einer eisernen Kugel sein konnte. Im schlimmsten Fall handelte es sich um eine, die Bewegung völlig verhindernde Fesselung zur Wand oder zum Fußboden (und dies alles stehend, sitzend oder liegend). Ein alltägliches Mittel der Erschwerung war das Fasten. Die Vollzugsorgane bekamen es als eine, sich periodisch wiederholende Vorschrift („drei Tage Fasten in der Woche"), häufiger für die ganze Dauer („ein Jahr Gefängnis bei Wasser und Brot"). Der Mensch dieser Zeit betrachtete die Beschränkung des Alkoholverbrauches oder sein Verbot ebenfalls als eine Strafe. In einzelnen Fällen haben die Richter auch vorgeschrieben, daß der Verurteilte seine Strafe in einem unterirdischen Gefängnis abbüßen soll. Aber die häufigste Erschwerung war die Körperstrafe. Sie wurde am häufigsten zusammengelegt zugemessen (2 Monate Kerker und hundert Stockschläge), es wurde auch bestimmt wie oft und in welcher Zahl sie gegeben werden soll. Manchmal wurde sie zur Zeitperiode gebunden: „zwanzig Peitschenschläge pro Woche". Es ist auch vorgekommen, daß das Urteil die Zahl der Stockschläge beinhaltete, die beim Einrücken ins Gefängnis als „Empfangsakt", dann am Ende als „Abschied" bemessen werden sollten.

[121] Eckhart, F.: A földesúri büntetőbíráskodás a XVI-XVII. században (Das Patrimonialgericht in XVI-XVII. Jahrhunderten) Budapest, 1954. 154.
[122] Eckhart, F.: z.A. 166.
[123] Hajdu, L.: z.A.136. 144.
[124] Balás, G.: Erdély jókora jogtörténete (Die Rechtsgeschichte von Siebenbürgen) I. Budapest, 1979. 207.

Das Fehlen einer, im Urteil vorgeschriebenen Erschwerung bedeutete natürlich nicht, daß der Befehlshaber oder Direktor des Kerkers für die Anwendung irgendwelcher erschwerenden Lösung nicht hätte entscheiden können. Die Häftlinge wurden ohne Richterbeschluß geprügelt, zum „auf Wasser und Brot" war kein Verdikt nötig. Die Anwendung von Eisen und Fesseln hing von dem örtlichen Gebrauch ab.

Der Vollzug der erschwerenden Körperstrafe erfolgte nach dem für das Prügeln maßgebenden Gebrauch organisiert. Dazu wurde die Prügelbank benutzt, oder der Häftling wurde ausgebunden stehend gepeitscht, geprügelt. Die Freiheitsstrafe hat natürlich das allgemeine Prinzip der Öffentlichkeit beeinträchtigt, das bei dem feudalen Strafvollzug (Hinrichtung, Körperstrafe, Beschämung) ungeschwächt zur Geltung kam. Um das zu ersetzen wurden die Tore des Kerkers vor Augen des Publikums aufgemacht, damit das Prügeln der Häftlinge (das überhaupt nicht selten vorkam, da es auch als Bestrafung angewendet wurde) vor einer breiten Öffentlichkeit durchgeführt werden soll. Ein Zeitgenosse berichtet über den Markt 1841 in Pécs: im Laufe des Marktens ist auf einmal ein Zug von Häftlingen aufgetaucht, „eine Schar van blaßen Gefangenen, mit gewelkten Gesichtern, in schmutzigen Klamotten, umgegeben von allzu aufgeputzten Schergeb. Zwei von den Unglücklichen trugen eine furchtbare Eichenprügelbank und ein ziemlich großes Band Haselrute auf den Schultern, wodurch zu ahnen war was geschehen wird. Die ganze Expedition bleibt jetzt auf dern Marktplatz stehen, die Menge strömt zu um die bluterstarrende Execution zu gaffen, das Foltern eines Menschen als eine Bühnenszene zuzusehen, lobt diese Virtuosen der Prügel, manche sehen staunend zu, wie einige halb ohnmächtig von den Heiducken von der Prügelbank abgeworfen werden, wie sie sich wimmernd, zusammengekrümmt ins Wasser setzen."[125]

All dies in Anbetracht ziehend ist es nicht uninteressant in Augenschein zu nehmen, wie die Zeitgenossen die Freiheitsstrafe innerhalb des Strafsystems geschätzt haben. (Dazu haben wir Daten aus den 17-18. Jahrhunderten).

Für das Gewicht der Gefängnisstrafe ist charakteristisch, daß die Behörden den Kerker über 9 Monate als „eine dem Tod ähnliche Strafe" betrachteten.[126] Der wegen verschiedener Diebstähle, Pferdediebstähle beschuldigte Gergely Vincze wurde statt der Todesstrafe zu dritt von dem Patrimonialgericht Pápa zur Eidesleistung verpflichtet, außerdem „bis zum Neujahrstag in Eisen hier in der Burg Pänitenz zu halten". Da das Urteil vom 1. Juli 1628 datiert, bedeutete das eine sechs Monate dauernde, im Eisen abzubüßende Gefängnisstrafe.[127] Im Zusammenhang mit der Anrechnung der Sicherheitshaft belegen einige Daten dasselbe. Wie wir es gesehen haben, floßen in der Gerichtspraxis Präventivhaft und Gefängnisstrafe ziemlich zusammen. In vielen Fällen war die im Laufe der Untersuchung abgebüßte Haft anzurechnen. Unserer Meinung nach wurde sie sogar nicht ganz einfach angerechnet, sondern sie hat die Strafe ausgesprochen „ausgelöst", wie es 1779 im Herrschaftsgut Nagykálló geschehen ist. Statt des vom Staatsanwalt beantragten Todes – mit Rücksicht darauf, daß der Angeklagte schon seit zehn Monaten /!/ den Kerker erleidet – wurde er nur zu 120 Stockschläge verurteilt. Eine Präventivhaft von 10 Monaten kann also in Augen der Rechtssprechung fast der Hinrichtung gleich. Ähnlicherweise

[125] Bot, vesszö, korbács (Stock, Stab, Peitsche) Pester Zeitung. 1841/26.
[126] Kállay, I.: z.A. 297.
[127] Varga, E.: z.A.

wurde die Sentenz begründet, die dem Anklageantrag gegenüber kein Todesurteil ausgesprochen hat, weil der seit anderthalb Jahr in Untersuchungshaft siechende Angeklagte nicht mehr zum Tode verurteilt werden könne.[128]

Wir haben schon aus sehr frühen Zeiten Beweise dafür, daß man die Gefangenen (seien sie sogar nur Schutzhäftlinge) arbeiten ließ. Es steht in einer Prozeßschrift aus 1614, daß der Burgvogt, dem die Bewachung obliegt, „die Bitte des Gutsverwalters erfüllend den Häftling zur Arbeit überläst".[129] In Süd-Transdanubien wurden die Gefangenen unter freiem Himmel gehalten, um 1 Pfund Fleisch und ein halbes Leib Brot ließ man sie Landarbeit machen.[130] Wahrscheinlich war die überlassung von Gefangenen zur Arbeit ein allgemeiner Gebrauch, darüber zeugt ein Protokoll des Herrschaftsgutes Pápa. Es berichtet von einer Frau, die mit einem Gefangenen, genannt Simony Racz zur Gartenarbeit überlassen wurde, aber mit dem von seinen Fesseln befreiten Gefangenen aus gemeinsamer Absicht entflohen ist.[131] Ein Urteilsprotokoll beweist, daß in Sopron ein Zucht- und Arbeitshaus im Betrieb war. Das Gericht hat die 17-jährige Anna Möltsch schuldig gesprochen, weil sie im Weingarten ein Kind zur Welt gebracht hatte. Doch mit Rücksicht auf ihr Alter und auf die von dem Arzt bestätigte Lebensunfähigkeit, die zum sofortigen Tod des Kindes geführt hat, wurde sie zum Pranger verurteilt und in das Arbeitshaus eingewiesen.[132]

Nach István Kállay wurden die schlimmen Kerkerumstände durch die hohen Kosten des Sträflingsunterhaltes konserviert. Wir sind der Meinung, daß dieser Faktor eher zu den Vorstellungen von dem, der feudalen Auffassung entsprechenden Vollzug der Gefängnisstrafe beigetragen hat. Das Problem des Sträflingsunterhaltes verursachte allenfalls den Behörden schwere Sorgen. Sie mußten ja nicht nur die Ausgaben der Verpflegung decken, sondern sie bezahlten den Kerkerverwalter und sogar auch den Priester „für seine Dienste im Zusammenhang mit dem Gefängnis".

Den Weg der Lösung haben die Städte gefunden. Auf die Verpflegung und Bewachung haben sie zwar nicht viel angewendet, aber auch das haben sie an den Gefangenen eingetrieben. Die Strafe des im Kerker sitzenden Häftlings wurde sozusagen durch die Deckung des Sträflingsunterhaltes überhäuft. Wenn der Verurteilte ein entsprechendes Vermögen hatte, wurde seine Schuld oft schon im Laufe der Strafe (oder der Präventivhaft) an ihm eingetrieben. Auch wenn man das nicht immer so getan hat, war in der Mehrzahl der Fälle die Sicherstellung für die Entschädigung der „Schuld", Die Voraussetzung der Befreiung György Bónis macht einen Fall bekannt, in dem schon während der langen Verzögerung der Präventivhaft das ganze Vermögen des Verdächtigten gesperrt wurde (so hohe Kosten waren zu erwarten). Vier von seinen Schweinen wurden verkauft um den Anspruch der Behörde (die Ausgaben, die 100 Ft betrugen), befriedigen zu können. In einem anderen Fall hat der Magistrat versucht an der Witwe der schon hingerichteten Person die Kosten des Gefangensetzens (sogar die der Hinrichtung!) einzutreiben.[133]

[128] Kállay, I.: z.A. 298.
[129] Varga, E.: z.A. 296.
[130] Kállay, I.: z.A. 299.
[131] Varga, E.: z.A. 629.
[132] Winkler, E.: z.A. 53.
[133] Bónis, Gy.: z.A. 138., Pandula, A.: z.A. 47.

Die private Verpflegung des Häftlings (durch seine Frau, seine Familie) war natürlich auch möglich, aber die amtlichen Kosten (z.B. das Kerkergeld für die Festnahme, der Anteil des Gehaltes des Schergen) mußten auch in diesem Fall ersetzt werden. In dem 18. Jahrhundert sind schon auch in der Praxis des Patrimonialgerichtes die Urteile mit der Bezeichnung „auf eigene Kosten" erschienen.[134]

Dieser Gebrauch war im 19. Jahrhundert schon in dem ganzen Strafvollzug verbreitet. Die sich langsam herausbildende bürgerliche Gefängniswesensverwaltung hat dieses Prinzip völlig übernommen, das die einschlägigen Akten des Archivs des Justizministeriums bestätigen.[135] Die Justizverwaltung der Gewaltherrschaft hat zur Eintreibung der Sträflingserhaltskosten einen ganzen Apparat beschäftigt. In den Strafvollzugsinstituten mußten regelmäßig Formulare von den Kostenschulden der Gefangenen und deren Einzahlung ausgefüllt werden.[136] Die Daten der Gefangenen, die nicht gezahlt hatten, mußte der Direktor des Institutes der vorgesetzten Behörde unterbreiten,[137] nachher haben die Organe des Innenministeriums Fahndungen nach dem Gefangenen (nach seiner Wohnort, seinen Vermögensverhältnissen) eingeleitet.[138] Wenn sein Heimatsort nicht gefunden wurde oder die Ortsbehörden ein Armutszeugnis über ihn ausgestellt haben, so hat die Justizregierung verfügt, daß die Kosten aus dem Budget für die Anstalt überwiesen werden sollen.

Als Zusammenfassung der wichtigsten Merkmale der Kerkerverhältnisse können wir behaupten: obwohl die Einstellung in die Arbeit der Gefangenen gelegentlich vorkam (besonders als Landarbeit), im Allgemeinen saßen sie untätig in den Kerkern. Zwischen den Eingesperrten differenzierte der Feudalismus jahrhundertelang nach Art ihrer Inhafthaltung nicht: ob er ein Untersuchungshäftling, zum Gefängnis Verurteilter oder zwecks Leistungsanreiz eingesperrt war. Das städtische Recht zeigt irgendeinen Unterschied zwischen carcer und arestum, die Differenzierung besteht aber hauptsachlich in dem gesellschaftlichen Stand der Verurteilten oder auf ihr Urteil wartenden. Der Strafvollzug selbst machte keinen Unterschied nach Gewicht: in demselben Kerker saßen lebenslang der nach dem Todesurteil begnadigte Gefangene, der den Befehl des Gutsherrn verweigernde Bauer oder der verleumderische Nachbar. Ein einziges Mittel stand zum Ausdruck des Gewichtes der begangenen Tat zur Verfügung (wenn das im Urteil des Richters ausgesprochen worden ist): die Peinigung des Körpers in erhöhtem Maße. Aber die partikuläre Anwendung nahm ihr die Schneide.

Die Verpflegungsverhältnisse waren grundlegend von der Auffassung vom Gefängnis als Freiheitsstrafe determiniert, die nicht nur die Kontrolle der Freiheitentziehung, sodern gleichzeitig den – von früheren Jahrhunderten geerbten – Körperstrafencharakter bewahrte. Im Gefängnis mußten die Lebensverhältnisse viel schlechter sein als anderswo, man konnte ja die zurückhaltend-erschreckende Wirkung nur so annehmen. (Diese Wirkung versuchte man durch Züchtigung der Gefangenen vor breiter Öffentlichkeit zu erhöhen.) Deshalb war es in den unterirdischen Kerkern finster, für das Putzen, Sauberhalten der Räume wurde nicht gesorgt, die Gefangenen

[134] Kállay, I.: z.A. 301.
[135] Országos Levéltár (Landesarchiv) K. 579. Igazságügyminisztériumi levéltár (Archiv des Justizministeriums) (La. AdJ.) Általános iratok (Allgemeine Schriften) 681-682.
[136] La. AdJ. K. 579. 680. 84/1867.
[137] La. AdJ. K. 579. 680. 15832/6412.
[138] La. AdJ. K. 579. 680. 12/1866.

waren vom Schmutz bedeckt. Es wurde nicht geheizt und gelüftet. Außer der Finsternis, der Kälte, dem Schmutz und den ungesunden Verhältnissen wurde der ins Gefängnis Geratene von der Gesellschaft ausgestoßen. Die öffentliche Meinung, die Behörden kümmerten sich kaum darum, was mit den Häftlingen geschieht, wie man sich mit ihnen umgeht.

Da sie die feudale Gefängnisauffassung von dem Körperstrafencharakter nicht befreien konnte, als die Vorkämpfer der Gefängnisverbesserungsbewegung gegen die unmenschlichen Zustände in den Gefängnissen gestellt haben, haben sie nicht (nur) den Kerkergebrauch, sondern auch das gesamte feudale Strafmodell angefochten.

Gefängniswesen in Ungarn und Siebenbürgen im 16-18. Jahrhundert

(Angaben und Quellen zur Geschichte des ungarischen Gefängniswesens)

Kinga Bódiné Beliznai

Eötvös-Loránd-Universität Budapest

Die Freiheitsstrafe spielte jahrhundertelang keine wichtigere Rolle unter den Strafarten. Das mittelalterliche Recht und die Gesellschaftspraxis nahmen die Anwendung der Freiheitsstrafe eindeutig nicht an. Im gewissen Sinne war diese Strafe der Strafpraxis und der Realität der Alltage entgegensetzt. Die Freiheit hatte für die Majorität der Gesellschaft keinen großen Wert, sein Entzug brachte im Grunde genommen keinen Nachteil. Der Kerker war nicht abschreckend für die an die Scholle gebundenen und fronenden Leibeigenen.

Als Grundelement der feudalen Strafvollstreckung galt die Öffentlichkeit. Die am häufigsten am Marktplatz, unter dem freien Himmel vollzogene Todesstrafe oder Körperstrafe war das Mittel der juridischen Erziehung, deren Zweck die Prävention und die Abschreckung waren. Der Kerker entsprach dieser Anforderung nicht.

Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe ist unmöglich ohne zur Gefangenhaltung anwendbaren Gebäude. Es steht mit den mittelalterischen Ideen und Theorien im Gegensatz. Die öffentliche Hinrichtung und die am Marktplatz vollzogene Beschämung kosteten wenig. Es schien unverständlich kostbare Gebäude zu bauen, und Wächter zu zahlen.

Im Vergleich mit der Grausamkeit und der Finsternis des mittelalterlichen Strafsystems war der Kerker eine humanistische Strafe. Die häufige Bemessung der Freiheitsstrafe war fast unvorstellbar für den Menschen des Mittelalters, der sich an die Gewalt gewöhnt hat.

Der Entzug der Freiheit ließ sich mit der mittelalterlichen Rationalität nicht vereinbaren. Es war viel einfacher und wirtschaftlicher Hängen, Enthaupten oder Verbrennen vollzustrecken, als die Straftäter ins Gefängnis zu stecken. Hier ist vor allem daran zu denken, daß die Anwendung der Freiheitsstrafe auch die Entziehung der potentiellen Arbeitskraft bedeutet hat.

I. Haftsort, Gefängnisbau

Die Bemessung der Freiheitsstrafe hatte keine allgemeine Praxis, weil es nur wesentlich wenig für die Gefangenhaltung geigneten Gefängnisse gab. Das Parlament

von Siebenbürgen hat mehrere Beschlüsse getroffen, wonach im Mangel an Gefängnisse, der Straftäter in die „fiskalische" Burg gesteckt werden sollte, oder die Einwohner des Dorfes für die Bewachung der Übeltäter sorgen sollten. Im Laufe des 18. Jahrhunderts wurden Statuten veröffentlicht, die den Bau von Kerkern oder Gefangenhäusern verordnet haben.

Das folgende Statut wurde im Jahre 1680 im Komitat Zolyom erlassen: „Communi voto statuitur, ut ad intertenendum malefactores quosvis deprehensos et manibus vicecomitis, uti magistratus, ad puniendum resignatos, in civitate Veterozoliensi carcer erigatur, ubi hujusmodi malefactores introduci possint; intertenendique erunt ad hoc duo haydones continuo publicis comitatus sumptibus, quibus alendis et sustentandis ordinantur libertini, ubivis in hoc comitatu degentes, ut solutionem eorum supportent."

1716 hat die Stadt von Szeghalom einen ähnlichen Beschluß getroffen: „Pro refrenandis malefactoribus exstructio carceris in possessione Szeghalom, determinatur, confectique ejusdem domino judlium serio injungitur; ..."

Im Laufe des 18. Jahrhunderts ist die Entziehung der Freiheit öfter angewendet worden. In Ungarn und in Siebenbürgen erfolgte die Vollstreckung dieses Straftyps im Allgemeinen im Rathaus, im Haus des Richters oder im Keller eines Schlosses. Maria Theresia verordnete die Errichtung der ersten Landesstrafanstalt, die 1773 in Szempc geöffnet worden ist. Diese ist später nach Tallos übersiedelt worden, wo das 80-räumige Esterházy-Schloß für diesen Zweck umgestaltet worden ist. Die Strafanstalt ist 1785 nach Szeged verlegt worden, wo sie bis 1832 als Korrektionshaus funktioniert hat. Laut Verordnung von Joseph II ist eine andere Strafanstalt im Jahre 1786 in der Burg von Szamosujvár gestaltet worden.

II. Bewachung und Zucht

Die Statuten des 16-18. Jahrhunderts enthalten nur wenige Informationen über die Vollstreckungsweise der Freiheitsstrafe, deren Natur und über die Verhältnisse der Kerker und der Arreste. 1588 und 1728 sind in Klausenburg ausführlichere Gefängnisregelungen erlassen worden, aber auch diese haben sich mit den wirklichen Verhältnissen nicht beschäftigt, sondern sie haben hauptsächlich die Pflichte der Wächter zusammengefaßt.

Unter der Regierung von Joseph II hatte das Gubernium die Oberaufsicht über die Gefängnisse. Vom 16. August 1799 mußten Quartalberichte über die Zustände der Strafanstalte geschrieben werden.

Die Stadt von Odenburg hat 1660 Regelungen in bezug auf die Zahlungspflichte der Gefangenen erlassen: „Nachdem Eine Ehrsame Gemein in Erfahrung khombt, dass die Burgerscafft von den Gerichtsdienern, wegen des burgerlichen Gehorsams, bishero sehr gestaigert woerden, alsz will Ain Ehrsam Gemein dass da kunfftig ein Burger in Arrest geschaffen wurde, derselbe mehres nicht denn 4 ungarisch, in Herauslassung auch 4 ungarisch. Ein fremder aber 8 ungarisch zu geben schuldig seyn solle, doch

solle es in der Feitung gedoppelt seyn. Gleichergestalt soll es auch mit der Fordergeld gehalten werden."

Die Statuten des Komitats Pest-Pilis-Solt von 1697 handelten von der Annahme der Wächter: „Conducendus erit pariter unus custos carceris, cuius salarium praeter ejus accidentales proventus annuatim erunt floreni quadraginta. Item duo hajdones, quorum salarium menstruatim pro singulo erunt floreni 3, ex cassa inclyti comitatus exsolvendi."

1611 enthielt das Statut von Besztercebánya über die Differenzierung der Straftäter und über die Verhältnisse der Gefangenenhaltung eine spezielle Regelung: "Item khumbt die erbare Gemein schwär an, dasz man die ehrlichen Purger so spätlich dies Jahr in die dämnitz geschafft und gesetzt, als wens die leichtfertigsten leüt weren, das soll hinfüren nicht geschehen, man hat andere gefänckhnus als die dämnitz, Übeltäder sol man hinein setzen undt nicht Purger."

III. Behandlung der Gefangenen, Regelungen der Sträflingshaltung

In Siebenbürgen waren es die Klausenburger „Kerkersregel" von 1728, die die ausführlichste Beschreibung der Behandlung der Gefangenen geboten haben.

Die Behandlung der Übeltäter kann auch an einem früheren Statut von Besztercebánya von 1568 demonstriert werden: „Letzlich kombt auch grosse klag fur wegen des Stadt-Potten, das er die gefanngenen übl plagt, schlecht und erhungert, das ers auch sonst überall und sonderlich Im Gwelb auff der Kirchen unsauber halte: Bitten demnach ain Ers. N. W. Ratt wellen Ime bevehlen, das er das seinige wie Im zustehet, versehe, oder In ainen andern aufnehmen, der vleisziger sey; unnd wan auch gefangenen einkhomen, so auff frischer that begrieffen werden, das man mit denselben hinfurt an so lanng nicht verziehe, bisz sie harter gefangnus und hungers halben sterben, unnd In sich selber verzweiffln muessen, dann es Gemainer Stadt zu grosser nachredt geraicht."

IV. Funktion der Freiheitsstrafe

In den verschiedenen Komitaten können die folgenden Funktionen der Entziehung der Freiheit differenziert werden:

1) Verfahrenshaft als Sicherheitsmaßnahme, die bis zur Urteilsfällung gedauert hat.

2) privatrechtliche Sanktion, deren Regelung im Tripartitum von Werböczi stattfindet, und die im Allgemeinen die Schuldshaft deckte.

Im 15. Jahrhundert wurde der folgende Beschluß in Preßburg getroffen: „Wen ainer ain schuldiger hott, der da fuder fluchtig ist er mag In selber wol darvmb fahren vnd in die scherigen stube furn, darvmb ist er dem Richter nicht pflichtig."

3) Gefängniß (die häufigsten Benennungen und Orte in der mittelalterlichen Rechtsterminologie: Kerker, Arrest, Gefängsniß, Haft, Turm der Stadtbefestigung, Festungshaft) als klassische Freiheitsstrafe.

In den meisten Fällen hat das Gericht Arrest oder Kerker verhängt. Laut Statut von Körmöcbánya von 1581: „Das ein ieder Gastgeb, Wein oder Pierschenckh, vor und unter den Predigten, auch nach der Neundten uhr zum abendt, khein gefräss, getrenck, geseng, geschrey, spiel, noch getencz, inner oder ausserhalb der Stadt in seinem hauss zuelasse oder gestatte, Wer hiewider thuen wirt, soll erstlich am Leib mit 14 Stock sitzen. Darnach im Peuttl umb zehen gulden gestraffet werden."

Das Statut von Nagyszombat hat 1574 die Gotteslästerung verboten. „... Si aliquis Hungarorum „bestje lélek, keresztelte", item Bohemice psys stworhensis, hrom zabil, item germanice das dich gotts wunden, vel autem sacrament, conviciatus fuerit, ille primo per octiduum in vinculis detinatur."

Besonderes Interesse verdient ein 1603 in Rozsnyo getroffenes Statut, da „Diesem Artikel wolle ein weiser steif halten, und wenn's den armen verboten, soll's den reichen nicht frei sein." Die Regelung des Statutes lautet folgendermaßen: "Solchen Gottesdienst sollen mit nichten hindern, die wein und bierschenken und branntweiner, darumb man ihn weder früh hoch zur abendpredig gestatten soll zu schenken, bei bisz fl. 1. Wer aber darumb weisz und zeigt's nicht an, soll gleiche straf leiden. Wir bitten einen ganz ehrbaren rath, wollen nicht gestatten, Lipser branntwein hierher zu bringen, auch weder von malz oder waitzen lassen brennen; wo man solches erseht, soll der marktrichter den boden ausschlagen, und den wirth, er sei arm oder reich, ins gefängniss setzen und umgestraft nicht lassen."

Das Statut von Segesvár von 1608 hat als Strafe Turmgefangenschaft verordnet: „Die Walachen so Sie alhie in der Statt nach Abendt Klock oder nacht Klocken Zeitt, wenn sich Tag undt Nacht scheydt auff den Gassen erfunden werden, sollen sie in den thurm eingefährt werden. Werden sie aber zu iemander in der herbergh nach der 9 Stunden sich ungebührlich verhalten mitt tollisiren sollen Sie gleicher weis in das gefänknisz eingefürett werden, der wirdt auch desgleicher umb. f. 1, gestraf, felt werden."

1674 erschien ein spezielles Statutum im Komitat Moson, das verschiedene Regeln in bezug auf die Zigeunern enthielt. "... Demandatur iisdem, ut fabricando et permutando vivant; in furto depraehensi capiantur, ad manus domini vicecomitis tradantur, incarcerentur ac tandem juxta demerita judicialiter puniantur."

1749 galt in Köszeg als Strafe der „Soldaten Deserteurs" Festungshaft und Schantzarbeit „ ... dasz Höchst dieszelbe hinfüro die Soldaten Deserteurs nicht mehr am Leben, sondern mit zeitlicher Straff, nemlichen mit Vestung und Schantz Arbeiten zu Bestraffen allernädigst entschlossen habe. Und diese Straff erstrecket sich nicht nur allein auf die Soldaten Deserteurs, sondern auch auf alle diejenige, welche denen Deserteurs zur fluchtung Gelegenheit verschaffen, solche bey sich aufbehalten oder ihnen dasz Gewöhr abkauffen oder verwechszlen und vertauschen. Diese, wenn sie Bauern, Bürger oder Herrschaftliche Beamten und Bedienten, und zu zahlen

vermögend sind, sollen und müssen Erstlich den, dem k.k. Aerario verursachten Schaden ersetzen, und demnach die Manns Personen, nach dem von der weltlichen Obrigkeit geschlossenen Process zur Vestung und Schantz Arbeite auf 10 gantze Jahre verurtheilet, und abgeschicket werden, die Weibs Personen aber eben auf 10 Jahre nacher Temesvár."

4) spezielle Isolierung.

In der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts hat Elisabeth Báthory ungefähr 600 junge Frauen gequält und getötet, um im deren Blut Bad zu nehmen, weil sie des Glaubens war, daß das Menschenblut die Schönheit bewahrt. Sie konnte die Lebensstrafe dank ihren Familienverbindungen vermeiden, und ihre Strafe ist gemindert worden. Sie mußte lebenslang in der Burg von Csejte in Festungshaft bleiben.

Im 16-18. Jahrhundert hat die Freiheitsstrafe in der ungarischen und siebenbürgischen Rechtspraxis manchmal nicht nur die Entziehung der Freiheit bedeutet, sondern galt es in der gleichen Zeit auch als Körper- und Schandstrafe.

Das Parlament von Gyulafehérvár hat am 25. Mai 1675 einen Beschluß erlassen, dem gemäß die Knechte, die Lebensmittellieferung unternahmen und später mit dem Gehalt in der Hand entflohen, für "strenge" fünf-monatige-Haft und Prügel verurteilt worden sind.

V. Bürgschaft

Jeder Gefangene durfte aufgrund einer Bürgschaft freigelassen werden. Die Besitzenden konnten bis zu einer gewissen Summe Bürgschaft übernehmen. Dieser Betrag mußte vom Bürgen gezahlt werden, wenn der Angeklagte vom Gericht nicht erschien.

VI. Der Stock, die Fiedel und der Pranger

Der Stock, die Fiedel und der Pranger haben unter den Strafarten im Grenzbereich der Schandstrafe und der Freiheitsstrafe eine ganz besondere Stelle. Wenn eine Stadt oder ein Dorf keine für die Gefangenhaltung geigneten Gefängnisse hat, so sollen diese als Mittel der Entziehung der Freiheit verhängt werden.

Poenae et poenitentiae
- Sanktionen im Recht der Kirche des Mittelalters

Markus Hirte

Friedrich-Schiller-Universität Jena

I. Einleitung

Nach dem Zerfall des römischen Reiches und des damit einhergehenden Kulturverfalls in Europa entwickelte sich die Kirche zum überregionalen Träger der alten und neuen Werte. Ihr Einflußbereich erweiterte sich kontinuierlich, bis sie im Hochmittelalter, im Zenit ihrer Macht angelangt, für kurze Zeit die Geschicke des Abendlandes lenkte. All dies war ohne ein regulatives Element – das Recht – undenkbar. Jenes Recht der Kirche wurde um so bedeutender, als es grundsätzlich für alle Christen von Portugal bis Armenien und Norwegen bis Sizilien galt.[1] Zur Wahrung und Durchsetzung der Interessen, Aufgaben und Ziele der Kirche bediente sie sich eines Sanktionensystems, welchem sich dieser Beitrag widmen soll.

Wenn das Kirchenrecht im Fächerkanon der Rechtswissenschaft heute eine Außenseiterrolle einnimmt, so gilt das um so mehr für dessen Geschichte. Deshalb ist es erforderlich, zum Verständnis anfänglich einige grundlegende Ausführungen vorwegzuschicken. Im Anschluß daran wird ein Einblick in die Entwicklung der Bußen und Strafen gegeben, wobei die wichtigsten Sanktionen kurz umrissen werden. Abschließend, mit Vergleich zur heutigen Rechtslage, beleuchtet dieser Beitrag das Verhältnis beider Sanktionen zueinander.

Zielrichtung der folgenden Ausführungen ist eine erste Einführung in das Problem der Sanktionen im Kirchenrecht des Mittelalters. Auf Grund dessen waren Generalisierungen und Abstrahierungen unumgänglich.

1. Die Kirche

Wenn hier von Kirche gesprochen wird, umfaßt dies zunächst nur die römisch-katholische Kirche Europas im Zeitraum des Mittelalters. Der Begriff Kirche bezeichnet die Amtskirche, will sagen, Kirche als eine rechtlich verfaßte Körperschaft, deren Amtsträger im Rahmen einer positiv-rechtlichen Ordnung befugt sind, im

[1] Zur Bedeutung des kanonischen Rechts für die europäische Rechtsgeschichte cf. u.a. *Heinrich Scholler*, Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien, 1996.

Namen der Kirche zu handeln.[2] Dabei handelt es sich in unserem Zeitraum, wie die Definition klar macht, um eine normierte Hierarchie,[3] vergleichbar mit dem Typus der rationalen Herrschaftsform im Sinne Max Webers.[4] Diese Klarstellung ist erforderlich, da Kirche als Eigenbezeichnung des christlichen Sozialzusammenhangs stets eine doppelte Bedeutung innehatte – zum einen die reale Christengemeinde zum anderen auch das Verhältnis dieser Gemeinden zu Gott.[5] Weitere ekklesiologische Fragen[6] können aufgrund der Ausrichtung dieses Beitrags auf das Sanktionensystem nicht vertieft werden. Kirche im hier verstandenen Sinne umschreibt somit die Institution, welche hierarchisch aufgebaut ist und in welcher das Amt sich apostolischer Sukzession, nicht persönlicher Reinheit, verdankt.[7]

2. *Recht der Kirche*

Stellt man sich der Frage „Kirche und Recht", betritt man ein stark umstrittenes Gebiet. So vertrat *Sohm* (1841-1917) eine spiritualistische Auffassung von der Kirche, als deren Konsequenz sein Satz stand, daß das Wesen des Kirchenrechts mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch stehe.[8] *Klein* (1896-1976) bestritt mit Verweis auf eine „Kirche der freien Gefolgschaft", daß die Kirche Apostaten und Häretiker bestrafen könne, da die Kirche deren Gewissensentscheidung achten müsse.[9] *Huizing* wiederum verweist auf die praktische Nutzlosigkeit eines kirchlichen Strafrechts.[10] All diese Streitigkeiten fußen auf der Verbindung von Recht und Christentum.[11] Mögen die Anfeindungen gegen ein Kirchenrecht und die Erwiderung derer auch noch so bedenkenswert sein, können sie hier aber nicht weiter vertieft werden, weil sie die Kirche in ihrer historischen Erscheinung verfehlen. Die ganz herrschende Meinung bejaht ein Kirchenrecht, denn: „ Die Dimension des Rechts ist der Kirche eingestiftet, so daß sie aus ihr nicht weggedacht werden kann."[12] Ebenfalls unterschiedlich gesehen

[2] *Franz-Xaver Kaufmann*, Kirche begreifen. Analysen und Thesen zur Verfassung des Christentums, 1979, S. 7.
[3] Zum Hierarchieverständnis cf. *Hans Dombois*, Hierarchie – Grund und Grenze einer umstrittenen Struktur, 1971.
[4] Cf. *Max Weber*, Gesammelte Abhandlungen zur Religionssoziologie, 3 Bde. 1920/21.
[5] *Daniela Müller*, Der Einfluß der Kirche, in: *Klaus Lüderssen* (Hg.), Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs, 2000, S. 69 ff.
[6] Wie etwa die Frage, ob Jesus überhaupt eine Kirche gewollt hat. Cf. dazu als Einführung *Otto Friedrich*, Einführung in das Kirchenrecht, 2. Aufl. 1978, S. 30 ff.
[7] *Daniela Müller*, wie Anm. 5, S. 69 (70).
[8] Cf. z.B. *Rudolph Sohm*, Kirchenrecht , Bd. 1, 2. Aufl. 1923 (Nachdr. 1970), S. 1 ff., 459; *Karl Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte 2, 8. Aufl. 1992, S. 11.
[9] *Joseph Klein*, Grundlegung und Grenzen des kanonischen Rechts, 1947, S. 25.
[10] *Peter Huizing*, Um eine neue Kirchenordnung, in: *Alois Müller/Ferdinand Elsner/Peter Huizing*, Vom Kirchenrecht zur Kirchenordnung, 1968, S. 80 ff.
[11] Zu dieser Problematik einführend cf. *Peter Krämer*, Kirchenrecht – Bd. 1, 1992 S. 12 ff. und *Richard Puza*, Katholisches Kirchenrecht, 2. Aufl. 1993, S. 48 ff.
[12] *Otto Friedrich*, wie Anm. 6, S. 33 (Fn. 33) m. w. N.

wird die Frage, inwiefern die Kanonistik,[13] die Lehre des Rechts der Kirche, als Wissenschaft zu bezeichnen ist.[14]

3. *Strafrecht der Kirche*

Heute sieht es die römisch-katholische Kirche in c. 1311 des Codex Iuris Canonici von 1983[15] als ihr angeborenes Recht, straffällig gewordene Gläubige durch Strafmittel zurechtzuweisen.[16] Im 6. Buch des Codex „de sanctionibus in ecclesia" wird das kirchliche Strafrecht behandelt, welches wie das StGB in einen Allgemeinen Teil (cc.1311-1363 „de delictis et poenis in genere") und einen Besonderen Teil (cc.1364-1399 „de poenis in singula delicta") gegliedert wird. Das 7. Buch behandelt das Prozeßrecht „de processibus" (cc.1400-1572).

a) Biblische Grundlage

Die biblische Grundlage für eine kirchliche Strafgewalt bildet Mt. 18,15-18. Adressaten der Binde- und Lösegewalt (die Fülle geistlicher Leitungsgewalt, vgl. Mt. 18,18) sind entgegen dem Wortlaut von Mt. 18,17 die Hirten der Gemeinde, da der Evangelist unstreitig die Verse 15 ff., nach einer weitergehenden, sich auf Mt. 16,19 stützende Auffassung sogar die ganze Rede in Mt. 18, auf jene bezogen hat.[17] Die Strafgewalt der Kirche wurde in alter und in neuer Zeit unter den verschiedendsten theologischen Gesichtspunkten in Frage gestellt, galt und gilt aber nach ganz herrschender Meinung als Notwendigkeit.[18]

b) Staatsrechtliche Grundlage

Staatsrechtlich gesehen ist das kirchliche Strafrecht, als mit dem Körperschaftsstatus verbundenes Recht,[19] Ausfluß der kirchlichen Selbstverwaltung, welche durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV im Grundgesetz verankert ist.[20]

[13] Zur Geschichte des Begriffs „Kanon" cf. als Einführung: *Stephan Meder*, Rechtsgeschichte, 2002, S. 123 ff.
[14] So wird die Kanonistik als juristischer Modus der Theologie gesehen; sie sei mehr Techne als Wissenschaft. Cf. *Richard Puza*, wie Anm. 11, S. 60.
[15] Mit der Apostolischen Konstitution „Sacrae disciplinae leges" vom 25.01.1983 promulgierte Papst Johannes Paul II. den Codes Iuris Canonici, welcher am 27.11.1983 in Kraft trat. Dieses Werk setzte den Codex Iuris Canonici von 1917 außer Kraft. Wenn im folgenden CIC verwendet wird, bezeichnet dies den Codex Iuris Canonici von 1983.
[16] Der Normgeber hielt es für wichtig darzulegen, daß dieses Recht nicht derivativer, sondern originärer Natur ist. Cf. *Wilhelm Rees*, Die Strafgewalt der Kirche, 1993, S. 366.
[17] Ebd., S. 41 m. w. N.
[18] Zu den Reaktionen der Kirche auf die Bestreitung ihrer Strafgewalt sei verwiesen auf ebd., S. 43-61.
[19] *Axel Freiherr v. Campenhausen*, Staatskirchenrecht, 3. Aufl. 1996, S. 287.
[20] *Theodor Maunz* in: *Theodor Maunz/ Günter Dürig* – Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 5, Art. 140 Rn.18.

c) Besonderheit des Kirchlichen Strafrechts

Neben dem schon bei dem Begriff Kirche dargestellten theologisch-sozialen Doppelcharakter begegnet uns ein solcher auch auf der strafrechtlichen Ebene: Das Ineinanderfließen von Sakramentalität und Jurisdiktion.[21] Sakramentalität bezeichnet die Anknüpfung von Rechtsfolgen an den einer liturgischen Ordnung folgenden Vollzug der Sakramente.[22] Jurisdiktion hingegen bringt zum Ausdruck, daß die Kirche eine Verfassungsordnung besitzt, in der Rechtsfolgen aufgrund des Handelns eines von innerhalb dieser Ordnung mit Kompetenz ausgestalteten Organs entstehen.[23]

Deshalb spielt die pastorale und theologische Bedeutung von Sünde und Buße im Strafrecht eine große Rolle.[24] Dies wird besonders deutlich, wenn wir uns dem Sanktionensystem der Kirche – den Bußen und Strafen – zuwenden.

II. Die Buße

1. Terminologie

Der Begriff Buße beinhaltet eine Vielzahl von Bedeutungen. Die als *compositio* bezeichnete Buße im Kompositionensystem der fränkisch-germanischen Zeit bedeutete eine Sühneleistung an den Geschädigten oder Staat,[25] aber auch deren Bemessung und manchmal die strafbare Handlung selbst.[26] Den weltlichen Bereich verlassend hat die Buße andere Begriffsinhalte. So bedeutet Buße religionsgeschichtlich Wiederherstellung gestörter Beziehungen von Menschen untereinander oder mit den Numina (Göttern).[27] Historisch-theologisch ist Buße das Konkretwerden der Metanoia in einem, auch nach der Taufe von der Sünde gefährdeten und ihr oft genug erliegenden, Christenleben.[28] Verallgemeinernd kann

[21] *Daniela Müller*, wie Anm. 5, S. 69 (72).

[22] Sakramente sind als „Handlungen Christi und der Kirche, Zeichen und Mittel", in denen der Glaube seinen Ausdruck und seine Bekräftigung findet, Gott verehrt und die Heiligung des Menschen bewirkt wird. Sie setzen den Glauben voraus, tragen zum Aufbau der Kirche bei und stellen sie dar als sichtbares Zeichen der Heilsgemeinschaft. Die sieben Sakramente sind: Taufe, Buße, Eucharistie, Firmung, Krankensalbung, Weihe und Ehe. Zu den Sakramenten als erste Einführung cf. *Ilona Riedel-Spangenberger*, Grundbegriffe Kirchenrecht, 1992, S. 211.

[23] Es ist umstritten ob bis ins hohe Mittelalter die Kirche überhaupt eine Jurisdiktion hatte. So sieht Sohm bis ins 12. Jahrundert innerhalb der Kirche nur eine Sakramentalität, welche sich erst durch Rufinus, Alexander III. und Innozenz III. mit dem Wandel des Sakramentenbegriffs zur Jurisdiktion entwickelte. Dagegen wandte sich Landau mit gewichtigen Argumenten. Cf. *Peter Landau*, Sakramentalität und Jurisdiktion, in: *Gerhard Rau/ Klaus-Richard Reuter/ Klaus Schlaich*, Das Recht der Kirche Bd. II - Zur Geschichte des Kirchenrechts, 1995, S. 58 ff.

[24] *Lotte Kéry*, Aspekte des kirchlichen Strafrechts im Liber Extra, in: *Hans Schlosser/Dietmar Willoweit* (Hg.), Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung, 1999, S. 241 (245).

[25] *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 56; *Hermann Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte – Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 168 ff.

[26] *Ekkehard Kaufmann*, HRG – Bd. 1, Art. Buße, Sp. 575. Cf. zu Buße im weltlichen Recht auch *Hermann Nehlsen*, lexMA, Art. Buße, Sp. 1144-1149.

[27] *Karl Hoheisel*, LThK – Bd. 2, Art. Buße, Sp. 824.

[28] *Jürgen Werbick*, LThK – Bd. 2, Art. Buße, Sp. 828.

festgehalten werden, daß Buße zunächst einmal die sakramentale Sündenvergebung darstellt,[29] wobei damit sowohl die Handlung (Buße tun), das auferlegte Bußwerk als auch die Ableistung selbigens bezeichnet wird.

Das aktuelle Kirchenrecht regelt die Buße in cc. 959-997 CIC. Dort wird die Sünde als eine Beleidigung Gottes und Verwundung der Kirche gesehen. Mit Empfang des Bußsakraments wird eine Versöhnung mit Gott und der Kirche bewirkt.[30]

2. Die Entwicklung der Buße

a) Ursprünge

Zum Großteil ungeklärt ist bis heute, wie das Bußwesen im Urchristentum im Einzelnen ausgesehen hat.[31] Wohl noch herrschend ist, daß dem Urchristentum das Bußwesen völlig unbekannt war, daß es nur eine einmalige Buße, die Buße vor der Taufe gab.[32] Dies änderte sich erst im zweiten Jahrhundert. Die Verkündung der „zweiten Buße" für Ehebrecher in der „Apokalypse des Hermas" (140 n.Chr.) war zwar nicht als Begründung einer dauernden Bußinstitution gedacht,[33] sie zeigte aber die Richtung vor, in die sich das Bußwesen entwickeln sollte. Die einmalige zweite Buße für Ehebrecher wurde aus seelsorgerischen Gründen später auf alle Todsünden ausgedehnt,[34] wobei aber keine allgemeine, überregionale gemeinsame Entwicklung bis zum 3. Jahrhundert auszumachen ist. Auf der Synode von Ancyra (314) wurde dann postuliert, daß es keine unvergebbaren Sünden gäbe, womit der Weg für ein umfassendes Bußsystem geebnet war.[35] Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Schriften der Frühzeit (Didache 1 und 2, Klemensbrief, der Hirte des Hermas), die Werke der Väter (Clemens von Alexandrien, Tertullian, Origenes und Cyprian) und die Beschlüsse der frühen Synoden bereits, wenn auch unter überwiegend ethischen Vorzeichen, jene Einzelheiten einer Sittenzucht und Bußdisziplin bieten, die später ihren Niederschlag in rechtlichen Regeln und Normen fand.[36] Erforderlich für das Seelenheil des Büßers war die Verfolgung von Sünden i. R. d. Beicht- und Bußdisziplin, und für Augustinus war auch in *De civitate dei* nur mehr streitig, ob alle oder nur schwerere Sünden gestraft werden müßten: *impunita nulla velint esse peccata.*[37] Zur Rettung der Seele wurden die Bußen dem Täter als Wohltat auferlegt.[38]

[29] *Adalbert Erler*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 1983, S. 50.

[30] *Norbert Ruf*, Das Recht der katholischen Kirche, 1985, S. 191.

[31] *Ernst Dassmann*, Kirchengeschichte – Bd. 1, 1991, S. 204.

[32] Cf. dazu u.a. *Karl Heussi*, Kompendium der Kirchengeschichte, 17. Aufl. 1988, S. 76. Diese Ansicht wird aber in der neueren Literatur bestritten. Cf. *Ernst Dassmann*, wie Anm. 31, S. 204.

[33] Zur Einmaligkeit der Bußproblematik bei Hermas und der Stellung dieser Apokalypse innerhalb der frühen Kirchenliteratur cf. *Karl Baus*, in: *Hubert Jedin* (Hg.), Handbuch der Kirchengeschichte – Bd. 1, 1965, S. 364 ff.

[34] Sogenannter „Sieg der laxen Bußdisziplin". Cf. *Karl Heussi*, wie Anm. 32, S. 76.

[35] *Kurt Dietrich Schmidt*, Grundriß der Kirchengeschichte, 9. Aufl. 1990, S. 124.

[36] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 117.

[37] *Augustinus*, De civitate, ed. *Bernhard Dombart/Alfons Kalb*, T. 2, 1919, L.XXI, cap. XIII (S. 515).

[38] *Paul Hinschius*, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland – Bd. 4, 1888, S. 696.

b) Formen der Buße

Im Laufe der Zeit entstanden verschiedene Arten des kirchlichen Bußverfahrens.

aa) Die öffentliche Buße

Seit alters her gab es die öffentliche Buße, bei welcher der Büßer öffentlich bekennen und Abbitte leisten mußte.[39] Ausgeführt wurden die Sanktionen ebenfalls öffentlich.[40] Im Osten standen noch im 4. Jh. die öffentlichen Kirchenbußen im Vordergrund, wie die Bußkanones von Ankyra (314) und Nikäa (325) und die Schriften von Basilius d. Gr. zeigen.[41] Gegen Ende des 4. Jh. kam es in der griechischen Kirche zu einer entscheidenden Wende in der Bußdisziplin, die bei der gewaltigen Vermehrung der Zahl von Gläubigen und bei dem Sinken des allgemeinen sittlichen Niveaus auf Dauer nicht ausbleiben konnte.[42] Mit der Abschaffung des Amtes des Bußpriesters, dem damaligen Träger der Bußdisziplin, im Jahre 391 wurde jedem die Freiheit gegeben, nach seinem eigenen Gewissen den heiligen Geheimnissen beizuwohnen.[43] Das Bußwesen bekam so einen mehr privaten beziehungsweise halböffentlichen Charakter.

Im Abendland hingegen ist die öffentliche Buße noch im 5. Jh. herrschende Bußform.[44] Die öffentliche Buße in der Spätantike wird als Wohltat *„poenitentiae venia largienda"* verstanden, so noch 453 im gallischen Konzil von Angers.[45] Die Wende im Okzident trat ein, als infolge einer Verordnung von Leo I. (459 n.Chr.) das öffentliche Bekenntnis in Abgang kam.[46] Seit dieser Zeit wurde von der öffentlichen Buße immer weniger Gebrauch gemacht, ihre Anwendung beschränkte sich auf besonders schwere, notorische Verbrechen.[47] Insbesonders wurde die öffentliche Buße ab dem 6. Jh. immer weniger gegen Kleriker verhängt, weil die öffentliche Buße gerade hoher Geistlicher immer auch dem Ansehen der Kirche schadete. Im Zusammenhang damit entwickelte sich das Institut der Zwangsbuße.

bb) Die Zwangsbuße

Im Verlauf des 6. Jahrhunderts kam in der römischen, fränkischen und westgotischen Kirche die Ansicht auf, daß eine Buße auch zwangsweise auferlegt werden kann.[48] Von der Zwangsbuße ist zuerst bei den Geistlichen in der Disziplinar- und Strafpraxis Gebrauch gemacht worden.[49] Vorteil war, daß die Zwangsbuße nicht öffentlich sein mußte, somit das Ansehen der Kirche bzw. der Kleriker gewahrt blieb.

[39] *Emil Friedberg*, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 5. Aufl. 1903, S. 380.
[40] *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, S. 695.
[41] *Hans-Erich Feine*, Kirchliche Rechtsgeschichte – Bd. 1, 1950, S. 107.
[42] *Karl Bihlmeyer/Hermann Tüchle*, Kirchengeschichte – Bd.1, 19. Aufl. 1996, S. 351.
[43] Ebd.
[44] *Hans-Erich Feine*, wie Anm. 41, S. 107.
[45] *Peter Landau*, wie Anm. 23, S. 58 (82).
[46] *Karl Bihlmeyer/Hermann Tüchle*, wie Anm. 42, S.351.
[47] *Hans-Erich Feine*, wie Anm. 41, S. 108.
[48] *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, S. 816 f.
[49] Ebd., S. 821.

Der Zwang, welcher der Buße innewohnte, war vergleichbar mit dem, der nach fränkischem Recht zur Beilegung von Fehden möglich war.[50]

cc) Die Entstehung der Privatbuße

Abseits von den Entwicklungen auf dem Festland entstand in Irland und Schottland die Praxis, alle Sünden dem Priester unter Ausschluß der Öffentlichkeit zu beichten und durch Bußen zu sühnen.[51] Privatbeichte und Buße oblagen dabei dem Bischof, Priester oder Diakon. Die Buße sollte der Schwere der Sünde entsprechen. Neu war auch, daß sie unbegrenzt wiederholbar war.[52] Für die Festsetzung der Buße entstanden u.a. die Bußbücher.[53] In diesen waren die gängigen Sünden aufgeführt und der ihnen zukommende Bußsatz.[54] Die Privatbuße hielt im Rahmen der Missionstätigkeit der iro-schottischen und angelsächsischen Mönche seit dem 6. Jh. insbesonders ab der 2. Hälfte des 7. Jh. auch auf dem Kontinent Einzug.[55] Sie wurde um so prompter aufgenommen, als die öffentliche Buße völlig darniederlag.[56]

c) Weitere Entwicklung bis zum Hohen Mittelalter

Eine weitere Neuerung im Bußwesen trat gleichfalls zuerst in Irland und England seit der 2. Hälfte des 7. Jahrhunderts, danach auch in Frankreich, mit der sog. Bußredemtion (Loskauf von der Buße) ein; sie bestand in der Umwandlung der schweren kanonischen Bußen, namentlich des langen und strengen Fastens, in Ersatzwerke wie Gebete und Almosen, die als gleichwertig galten, aber leichter auszuführen waren.[57]

Ab dem 9. Jh. erstarkte wieder die öffentliche Buße.[58] Seit dieser Zeit galt die Regel, daß für alle öffentlichen schweren Sünden öffentliche Buße geleistet werden mußte, für geheim begangene und privat gebeichtete Sünden hatte hingegen die Privatbuße zu genügen.[59] Abschluß fand die Ausformung der Privatbuße mit dem vierten Laterankonzil von 1215. Seit diesem bestand für alle Christen die Pflicht, wenigsten einmal im Jahr zur Privatbeichte zu gehen.[60]

[50] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 123.
[51] *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, S. 824.
[52] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 127.
[53] *Emil Friedberg*, wie Anm. 39, S. 125; Zu den Bußbüchern cf. *Friedrich Wilhelm Hermann Wasserschleben*, Die Bußordnungen der abendländischen Kirche, 1859 (Nachdr.1958), sowie *Karl Heussi*, wie Anm. 32, S. 156.
[54] *Hans-Erich Feine*, wie Anm. 41, S. 108. Cf. auch *Hinrich Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 1998, S. 13. Ausführlicher dazu *Hinrich Rüping/Günter Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2002 (im Druck).
[55] *Richard Puza*, wie Anm. 11, S. 42.
[56] *Hans-Erich Feine*, wie Anm. 41, S. 108.
[57] *Karl Bihlmeyer/ Hermann Tüchle*, Kirchengeschichte – Bd. 2, 19. Aufl. 1996, S. 129.
[58] *Hans-Erich Feine*, wie Anm. 41, S. 186.
[59] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 128.
[60] 21. Konstitution *„de confessione facienda et non relevanda a sacredote et saltem in pascha communicando"* des IV. Laterankonzils. Cf. *Josef Wohlmuth* (Hg.), Konzilien des Mittelalters, 2000, S. 245 f.

3. Einzelne Bußen

So mannigfaltige Sünden es gab, so vielschichtig waren auch die Bußen. Deren Umfang war derartig groß und mit so vielen Abstufungen versehen, daß hier nur einige wichtige genannt werden können. Auch veränderten sie im Laufe der Zeit ihre Inhalte, worauf hier ebenfalls keine Rücksicht genommen wird.

Zuvörderst sind Bußen zu nennen, deren Inhalte auf die Religion zurückzuführen sind, so zum Beispiel das Fasten, Gebete, Almosen, Geißelungen aber auch Exilierungen und Pilgerfahrten.[61]

Im Hochmittelalter treten dann hinzu die Bekämpfung der Sarazenen und der Verletzer von Gottesfrieden.[62] Ab dem 11. Jh. galt die Kreuzzugteilnahme als Ersatzmittel für jede Buße.[63] Daneben gab es die Klosterhaft, welche ganz zu Anfang eine monastische Disziplinarmaßnahme war.[64] Später wurde sie als Alternative für die (frühere) öffentliche Buße auch auf Laien ausgeweitet.[65] Eher stigmatisierende Sanktionen waren das Tragen des Büßergewandes und das Kreuzetragen, bei welchem der Sünder gezwungen war, gelbe Kreuze auf seiner Kleidung sichtbar zu tragen.[66]

III. Die Strafe

Nach diesen kurzen Ausführungen zu den Bußen soll der Blick nun auf die Genese der Kirchenstrafe gerichtet werden.

1. Terminologie

Da der Begriff der Strafe erst relativ spät aufkam,[67] muß zunächst gefragt werden, was wir heute unter Strafe verstehen, um dann zu klären, wo die Wurzeln dieser Inhalte liegen. Strafe im allgemeinen Sinn ist die aus einer Autoriätsstellung erfolgende Zufügung eines Übels als Reaktion auf ein bestimmtes, vom Strafenden als tadelnswert angesehenes Fehlverhalten des zu Bestrafenden.[68] Auf das Kirchenrecht übertragen bedeutet dies, daß die Kirche aufgrund ihrer Stellung Sanktionen auferlegt. Das Ziel der kirchlichen Sanktionsauferlegung heute ist zum einen die Aufrechterhaltung der kirchlichen Ordnung, zum anderen Hilfe zur Erreichung der heilsgeschichtlichen Bestimmung des einzelnen Gläubigen sowie der Kirche als

[61] *Paul Hinschius*, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland – Bd. 5, 1893, S. 95
[62] Ebd., S. 105.
[63] Dies soll schon auf dem Konzil von Clermont 1095 verlautbart worden sein. Cf. Ebd., S. 105.
[64] *Thomas Krause*, Geschichte des Strafvollzugs, 1999, S. 16.
[65] Ebd.
[66] Cf. *Daniela Müller*, Frauen vor der Inquisition, 1996, S. 411 f.
[67] Das Wort Strafe begegnet uns erst um 1200 im Mittelhochdeutschen. Cf. *Karl Siegfried Bader*, Zum Unrechtsausgleich und zur Strafe im Frühmittelalter, in ZRG GA 112 (1995), S. 1 (15) m. w. N. und *Günter Jerouschek*, Geburt in Wiedergeburt des Strafrechts, in: FS-Kroeschell 1997, S. 495 ff.
[68] *Albin Eser*, Art. Strafe in: StL (7. Aufl.) Bd. 5, Sp. 325.

ganzes,[69] wobei der Liebe, der Gnade und den Charismen der Vorrang eingeräumt werden soll.[70] So gibt es heute Besserungsstrafen (Zensuren) und Sühnestrafen; erstere dienen der Besserung, letztere der Wiederherstellung der gestörten Rechtsordnung (*ordo ecclesiasticus*).[71]

2. Ursprung der Kirchenstrafe

Ebenso wie der Ursprung des weltlichen Strafrechts umstritten ist,[72] werden im Rahmen der Entstehung des Kirchenstrafrechts die verschiedensten Thesen vertreten.

a) „Geburt der Strafe"

Achter vertrat die These, daß die Geburt der Strafe in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts gelegen habe; sie sei eine Erfindung des hohen Mittelalters.[73] Seine Ausführungen beruhen u.a. auf Quellenbelegen aus dem Languedoc. Dieses sieht er als geistiges Zentrum in Europa, bevor die Albigenserkreuzzüge den Landstrich verwüsteten und Norditalien die geistige Führung im Okzident übernahm. Die völlige Abkehr von der Starrheit des Rechts und die Änderung der Blickrichtung von der Tat auf den Täter im Rahmen einer geistigen Renaissance im 11./12. Jh. habe die Strafe entstehen lassen. In diesem Zusammenhang erkennt *Achter* auch keine kirchliche Strafe an. Da die Strafe, und damit auch die Kirchenstrafe, erst im Hochmittelalter entstanden sein soll, kann jegliche kirchliche Ahndung nach ihm nur Buße sein.[74]

Dagegen wurde von *Bader* eingewandt, daß Strafe als soziale Reaktion immer da war, weil ohne sie eine Rechtsordnung nicht möglich sei.[75] Die Strafe als soziale Reaktion sei jeglichem Recht gleichsam inhärent.[76]

Beide Extrempositionen vermögen nicht zu überzeugen, zumal letzterer entgegengehalten werden kann, daß bereits für das Frühmittelalter mit der Prädominanz des Kompositionensystems in den *leges* von einem eigentlichen Strafrecht zu sprechen schwerlich angängig ist.[77] Vermittelnd kann konstatiert werden, daß die Strafe weder eine Erfindung des Hochmittelalters noch eine apriorische Rechtsuniversalie war; vielmehr wurde sie im Mittelalter nur in neue Zusammenhänge gestellt, vor allem in eine veränderte Anschauung vom Wert und von den Aufgaben

[69] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 105.
[70] Ebd., S.65.
[71] *Norbert Ruf*, wie Anm. 30, S. 290 f.
[72] Cf. als ersten Einstieg: *Karl Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1, 11. Aufl. 1999, S. 198 ff.
[73] *Viktor Achter*, Die Geburt der Strafe, 1951, S. 144.
[74] Ebd., S. 86 ff.
[75] *Karl Siegfried Bader*, ZRG GA 69 (1952) S. 438 (440).
[76] *Bader* schwächt dies in *Karl Siegfried Bader*, wie Anm. 67, S. 1 (1, 2, 14 f., 19) mittlerweile insoweit ab, als er diese Aussage bzgl. der Strafe als Begleiterscheinung menschlichen Zusammenlebens behauptet, mit Rücksicht auf ihre besondere Ausgestaltung als Rechtsstrafe aber relativiert.
[77] *Günter Jerouschek*, wie Anm. 67, S. 495 (496). Cf. zu der Frage eines frühmittelalterlich-fränkischen Strafrechts *Jürgen Weitzel*, Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, in: FS-Kleinheyer, 2001, S. 539 ff.

des christlichen Menschen.[78] Somit kann es auch eine Kirchenstrafe vor dem Hochmittelalter geben.

b) Rom

Inwiefern es im vorkonstantinischen Rom Strafen im Kirchenrecht gab, ist umstritten.[79] Nach der neueren Literatur gab es wohl kirchliche Straftaten, aber keinen fest umschriebenen Kanon.[80] Dieser entwickelte sich erst im vierten und fünften Jahrhundert. Der Begriff der Strafe war spätestens seit der Auslegung des Augustinus im kirchlichen Bereich bekannt.[81] Somit kann davon ausgegangen werden, daß es zumindest ab dieser Zeit eine Kirchenstrafe im Recht der Kirche gab.

3. Einzelne Kirchenstrafen

a) Die Exkommunikation/Das Anathem

Älteste und wohl auch bekannteste Kirchenstrafe ist die Exkommunikation. Ursprünglich stellte sie die Ausschließung aus der Kirchengemeinschaft (großer Kirchenbann) mit der Trennung des betroffenen Mitglieds von der Kirche dar.[82] Mit Augustinus, der den *character indelebitis* der Taufe betonte, änderte sich auch der Charakter der Exkommunikation.[83] Seit dieser Zeit bewirkte die Exkommunikation nicht mehr die Abtrennung von der Kirche, sondern lediglich den umfassenden Entzug/ Hemmung der kirchlichen Gliedschaftsrechte.[84] Diese waren unter anderem das Anrecht auf Empfang der Sakramente, das Recht auf Teilnahme an kirchlichen Handlungen, das Recht Gottesdienststätten zu betreten und das Recht auf Bestattung. Weiterhin wirkte sich der Rechtsverlust eines Exkommunizierten sowohl auf seine Stellung vor Gericht (mangelnde Klagelegitimation und Zeugenstellung) als auch im Vertragsrecht aus.[85] Darüber hinaus beinhaltete die Exkommunikation Verkehrsbeschränkungen. Der Umgang mit Exkommunizierten führte ebenfalls zur Exkommunikation.[86] Diese weitreichende Folge führte dazu, daß im 12./13. Jh eine

[78] *Karl Siegfried Bader*, wie Anm. 75, S. 438 (442). Cf. auch *Günter Jerouschek*, wie Anm. 67.
[79] Cf. *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, S. 696.
[80] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 123.
[81] Augustinus plädierte ursprünglich für eine milde Behandlung der Ketzer. Mit dem Erstarken der Häresie (ca. 410 n. Chr.) begann der Kirchenvater zu fragen, ob nicht vielleicht doch die Kaisergesetze Mittel der göttlichen Vorsehung seien. Er legitimierte diese biblisch und gab ihnen damit einen neuen Charakter. Sie stellten nun nicht mehr primär einen Strafkodex dar, sondern wurden als heilende Strafen mit dem Ziel der Bekehrung der Sünder angesehen. Damit erhielt der Begriff Strafe vollends Einzug ins Kirchenrecht. Cf. *Daniela Müller*, wie Anm. 66, S. 316 f., *dies.*, wie Anm. 5, S. 84.
[82] *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, S. 703 f.
[83] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 123; *Hans-Erich Feine*, wie Anm. 41, S. 185.
[84] *Willibald M. Plöchl*, Geschichte des Kirchenrechts – Bd. 2, 1955, S. 346.
[85] Ebd., S. 347.
[86] Gregor VII. (1073-1085) minderte dies insoweit ab, als er den Verkehr zwischen Exkommunizierten und jenen Personen gestattete, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den Delinquenten standen. Cf.

Differenzierung zwischen *excommunicatio maior* und *minor* vorgenommen wurde. Letztere schloß vom Empfang der Sakramente und vom Weihedienst aus, hatte aber im Falle des Zuwiderhandelns für einen Kleriker nicht die Irregularität zur Folge.[87] Diese Exkommunikation war für den Verkehr mit Exkommunizierten angedroht.

Die Bezeichnung Anathem beinhaltete die gleichen Rechtsfolgen wie die Exkommunikation, jedoch war das Anathem formell als öffentliche feierliche Verkündung ausgestaltet.[88]

Als weltliche Antwort auf die Exkommunikation folgte nach deren Verkündung seit Kaiser Friedrich II. nach sechs Wochen die Reichsacht.[89]

b) Das Interdikt

Grund für die Entwicklung des Interdikts als selbständige Strafe im 10./11. Jh.[90] war das Erfordernis, Kirchenvermögen und Klerus gegen Übergriffe der weltlichen Herrscher, Feudalherren und ebenso der Bevölkerung wirksam zu schützen.[91] Es bildeten sich drei Formen des Interdikts heraus.

Als Lokalinterdikt *(interdictum locale)* beinhaltete es das Verbot der Vornahme sämtlicher gottesdienstlicher Handlungen in einer Kirche, an einem Ort oder innerhalb eines Gebietes.[92] Durch die Verhängung dieses Interdikts sollten die Schuldigen zur Einsicht und Wiedergutmachung geführt und alle Bewohner des betreffenden Gebiets sich der Schwere einer Straftat bewußt werden,[93] wobei die Mitbestrafung Unschuldiger aus Gründen der Isolierung der Schuldigen beabsichtigt war.

Als Personalinterdikt *(interdictum, interdictio, interdictio ab ingressu ecclesiae)* entzog es der betroffenen Person die Ausübung einzelner kirchlicher Gliedschaftsrechte (Recht des Zutritts zu Gottesdienststätten, Teilnahme an Gottesdiensten, Empfang der Sakramente und Sakramentalien und Recht auf kirchliche Bestattung[94]) an allen Orten.

Das Gemischte Interdikt *(interdictum ambulatorium)* kam im 12. Jahrhundert auf und erstreckte sich auf jeden Ort, an dem die interdizierte Person sich aufhielt. Es wirkte so lange, bis sich die Person wieder von dem Ort entfernte, kann somit als „das allgemeine Lokalinterdikt in Bewegung" gesehen werden. Es kam im 16. Jh. außer Übung.[95]

Wilhelm Rees, wie Anm. 16, S. 130. Zur weiteren Entwicklung auch *Willibald M. Plöchl*, wie Anm. 84, S. 347 ff.
[87] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 131.
[88] Ebd., S. 130 f., *Willibald M. Plöchl*, wie Anm. 84, S. 346.
[89] *Hans-Erich Feine*, wie Anm. 41, S. 362.
[90] *Karl Bihlmeyer/Hermann Tüchle*, wie Anm. 57, S. 130.
[91] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 131.
[92] Ebd., S. 132; *Wilhelm Rees*, LThK, Art. Interdikt, Sp. 556.
[93] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 132.
[94] *Willibald M. Plöchl*, wie Anm. 84, S. 351.
[95] Ebd., S. 352.

In diesem Zusammenhang ist noch auf die Einstellung der gottesdienstlichen Handlungen einzugehen *(cessatio a divinis)*, welche (im Unterschied zum Interdikt) keinen Strafcharakter hatte, sondern Zeichen einer besonderen Kirchentrauer war.[96]

Aufgrund der oben genannten Wirkung auch gegenüber Unbeteiligten und vor allem wegen der übermäßige Verhängung ging man an der Kurie Ende des 12. Jh. dazu über, Exemtionen vom allgemeinen Interdikt für eine Vielzahl von Kirchen, Klöstern und Orden zuzulassen.

c) Klerikerstrafen

Neben den eben genannten Strafen gab es auch Sanktionen, welche sich nur gegen Mitglieder des Klerikerstandes richteten

Die Degradation stellt die schwerste Klerikerstrafe dar. Sie hatte zur Folge den Entzug von Amt und Benefizium sowie der amtlichen Einkünfte und Vermögensrechte, das Verbot, die Weihen auszuüben sowie die Unfähigkeit, hinkünftig kirchliche Ämter oder Dienste zu bekleiden und schließlich Entkleidung von klerikalen Standesrechten.[97] Diese Sanktion bedeutete somit den rechtlichen Untergang eines Geistlichen als Mitglied des Standes der Kleriker.

Eine weitere Strafe war die Deposition. Von der Degradation unterschied sich diese Strafe insofern, als sie zwar die gänzliche Absetzung des Betroffenen bedeutete, allerdings ihm die allgemeinen klerikalen Standesrechte und –pflichten beließ, somit auch das *privilegium fori*. Eine genauere Ausdifferenzierung der vormals synonym verwendeten Begriffe *depositio* und *degradatio* ist erst ab dem 12. Jh. zu erkennen.

Als minderschwere Klerikerstrafe wurde die Suspension entwickelt. Die Einführung des Interdikts engte die Suspension auf die strafweise Dienstenthebung ein. Diese Rechtsfolge wurde vielfältig differenziert verhängt.

Die Sanktion der Irregularität stellt das kirchliche Verbot dar, daß Weihesakrament zu empfangen oder auszuüben und ist im Gegensatz zum Weihehindernis von dauerhafter Natur.[98] Etymologisch rekurriert der Begriff nach herrschender Meinung auf die *Regula Apostoli* in 1 Tim. 3, 1-13 und Tit. 1, 6-9. Erst durch Rufinus von Bologna wurde diese Bezeichnung technisch verwendet[99] und fand seine vollständige Ausarbeitung im Liber Extra (X. 1. 9.). Es wurde getrennt zwischen *irregularitas ex defectu* und *ex delicto*. Die Stellung der Irregularität im System der Strafen gerade für die Zeit nach dem Liber Extra wurde in der Literatur bis jetzt kaum beachtet und ist noch weitgehend ungeklärt.[100]

[96] *Wilhelm Rees*, wie Anm. 16, S. 133
[97] *Willibald M. Plöchl*, wie Anm. 84, S. 344
[98] *Klaus Lüdicke*, LThK, Art. Irregularität, Sp. 602.
[99] Ebd.; *Rufinus*, Summa zum Dekret Gratians, dictum post caput D. 25 c.3.
[100] So behandeln fast alle Lehrbücher die Irregularität i. R. d. Weiherechts ohne auf die strafrechtliche Relevanz dieser einzugehen. Cf. u. a. *Willibald M. Plöchl*, wie Anm. 84, S. 252. Zur Irregularität i. Z. m. der Abtreibung cf. *Günter Jerouschek*, Lebensschutz und Lebensbeginn, 2002, S. 64, 71, 73, 83

IV. Das Verhältnis von Buße und Strafe

Nach diesem Überblick über Bußen und Strafen soll nun das Verhältnis beider Sanktionen betrachtet werden.

1. Aktuelle Lage nach dem CIC

Im aktuellen Kirchenrecht werden Buße und Strafe als grundlegend verschiedene Bereiche gesehen. Dies kommt schon darin zum Ausdruck, daß die Buße und das Strafrecht in unterschiedlichen Büchern geregelt werden; Buße betrifft den inneren, Strafe den äußeren Bereich.[101] Dennoch gibt es Verschränkungen beider Bereiche, welche aus der ursprünglichen Einheit des Verfahrens der öffentlichen Kirchenbuße herrühren.[102] Dies wird am Beispiel der „Strafbußen" deutlich. Diese werden im 6. Buch bei den Strafen behandelt und stehen zu der Strafe in einem Stufenverhältnis. Die cc. 1312 § 3, 1343 und 1358 § 2 regeln, daß Bußen Strafersetzungen sind.[103] Sie sollen es dem Täter ermöglichen, die Strafe durch Bußwerke abzuwenden und dadurch Straferlaß zu erlangen.[104]

2. Verhältnis im Hohen Mittelalter

Ausgehend vom heutigen Verhältnis soll nun beleuchtet werden, ob und wie im Mittelalter die Bußen von den Strafen geschieden wurden. Fast die gesamte ältere und ein Großteil der neueren Literatur sehen die Buße als einen vollkommen eigenen Bereich neben der Strafe. Sie wollen eine Zweigleisigkeit erkennen und bemühen zur Differenzierung die unterschiedlichsten Kriterien.

a) Die Freiwilligkeit

Die großen Kirchenrechtler *(Hinschius,*[105] *Friedberg*[106]*)* am Übergang vom 19. zum 20. Jh favorisierten als Unterscheidungskriterium zwischen Buße und Strafe die Freiwilligkeit. Strafe ist nach Hinschius *rechtlich erzwingbare Genugthuung für das begangene kirchliche Vergehen, welches durch die Übernahme von Übeln zu leisten ist.*[107] Buße hingegen werde freiwillig übernommen. Auch heute wird noch vertreten, daß eine oktroyierte Folge Strafe, eine freiwillig übernommene Buße sei.[108]

[101] *Peter Krämer*, Kirchenrecht – Bd. 1, 1992, S. 94.
[102] Ebd.
[103] Cf. Hugo Schwendenwein, Das neue Kirchenrecht, 1983, S. 448, 458 ff. u. v. m. Daß die Buße auch als Strafverschärfung gesehen wird, widerspricht dem nicht, da sie dann kumulativ zu der Strafe tritt.
[104] Adalbert Erler, Kirchenrecht, 5. Aufl. 1983, S. 163.
[105] *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, 61.
[106] *Emil Friedberg*, wie Anm. 39, S. 287 geht sogar soweit, den Kirchenstrafen den Charakter einer Rechtsstrafe abzusprechen, da sie nur der Besserung dienen und allesamt freiwillig übernommen werden.
[107] *Paul Hinschius*, wie Anm. 61, S. 89.
[108] *Lotte Kéry*, wie Anm. 24, S. 241 (256).

Auf Probleme stößt diese Ansicht aber schon bei der Einordnung der Zwangsbuße in dieses System. So wird diese Sanktion von Vertretern dieser Ansicht als Strafe behandelt,[109] was einer klaren terminologischen Differenzierung abträglich ist. Ferner war man sich bewußt, daß die Quellen oftmals selbst nicht klar unterschieden.[110] Darüber hinaus fehlt eine Konkretisierung des Inhalts des verwendeten Begriffs der Freiwilligkeit. Inwiefern sollte der Willen zur Übernahme der Sanktion autonom oder heteronom gebildet sein? Wann ist die Übernahme einer Sanktion – aus Angst um des Seelenheils willen[111] – noch freiwillig? Wie stark mußte ein psychisch vermittelter Zwang oder gar körperliche Gewalt sein, um eine Freiwilligkeit auszuschließen? Man sieht, daß dieses höchst subjektive Merkmal eine Vielzahl von Fragen offen läßt.

Es scheitert aber vollends, wenn es als Differenzierungskriterium für Sanktionsarten herhalten soll. Denn wenn es auf die innere Haltung des Betroffenen zur Sanktion abstellt, kann, je nach Einstellung, eine Sanktion sowohl Buße als auch Strafe sein. Damit muß dieses Merkmal zur Differenzierung scheitern.

b) Ziel der Verhängung einer Sanktion

Weiterhin könnte als Unterscheidungskriterium auf die Zielrichtung der Verhängung einer Sanktion abgestellt werden. Bei Strafen stehe der Besserungsaspekt stark im Hintergrund, bei allen anderen Sanktionen der Reue- und Sühnegedanke im Zentrum. Verkürzt gesagt zielt die Strafe auf Vergeltung, die Buße auf Besserung.

Aber schon die Inquisitoren, allen voran Bernardus Guidonis, erkannten, daß beide Elemente sowohl bei Buße als auch Strafe vorlagen, weshalb sie beide Begriffe wechselseitig verwendeten.[112] Eine Vordergründigkeit des Bestrafungsaspekts will *Daniela Müller* nur bei Exkommunikation, Kontumaxerklärung, Güterenteignung und Auslieferung an den weltlichen Arm erkennen.[113] Gerade bei der Exkommunikation wurde von der Kanonistik immer wieder der Besserungsaspekt betont.[114] Ferner war die Kirche sehr zurückhaltend, wenn es zur Begründung von kirchlichen Handlungen um den Gedanken der Vergeltung ging. So wurden schon bei Augustinus religiös motivierte kriegerische Handlungen („Heiliger Krieg") als Erziehungsmaßnahmen gesehen – von Liebe getragen mit dem Ziel die Sünder auf ihr sündhaftes Verhalten aufmerksam zu machen und möglichst zur reumütigen Umkehr zu bewegen.[115] Damit stoßen wir auch auf das Kernproblem dieser Differenzierung. Aus theologischen Gründen konnte das Element Vergeltung keine primäre Rolle spielen. Die Kirche legte und legt den Schwerpunkt schon aus religiöser Sicht immer auf die Besserung.[116] Vergeltung als Schwerpunkt muß in einer Religion ausscheiden, welche die

[109] So meint Hinschius, daß die Zwangsbuße als Strafe verhängt werde. Cf. *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, S. 817; ihm i. E. folgend *Lotte Kéry*, wie Anm. 24, S. 241 (254).
[110] *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, S. 821.
[111] So wurde der Aspekt der Freiwilligkeit bei der Inquisition z. B. dadurch gewahrt, daß die Schuldigen zuvor schworen, sich dem Urteil der Kirche zu unterwerfen und die Buße, die ihnen auferlegt würde, anzunehmen. Cf. *Daniela Müller*, wie Anm. 5, S. 69 (83).
[112] Ebd., S.69 (82 ff.).
[113] Ebd., S.69 (86).
[114] Insbesondere seitdem die Exkommunikation nicht mehr irreversibel war und nur eine Hemmung von Rechten bedeutete. Cf. *Paul Hinschius*, wie Anm. 38, S. 833.
[115] *Christoph A. Stumpf*, Vom heiligen Krieg zum gerechten Krieg, in: ZRG KA 87 (2001), S. 1 (14).
[116] *Willibald M. Plöchl*, wie Anm. 84, S. 342.

Nächstenliebe, Aufopferung und Vergebung als Zentralelement hat. Somit wurde eine Sanktion, auch wenn sie vergeltender Natur wäre, doch selten als solche klassifiziert. Deshalb sollte auch diese Differenzierung ausscheiden.

c) Gott – Gesellschaft

Weiterhin könnte danach unterschieden werden ob eine Sanktion mit Blick auf Gott oder die Gesellschaft verhangen wird. So wird vertreten, daß Strafe auch im kirchlichen Bereich ausschließlich im Hinblick auf die menschliche Gemeinschaft verhängt wird, während man sich mit Buße begnügen kann, wenn „nur" das Verhältnis des Menschen zu Gott verletzt war.[117] Dies mag für unsere heutige säkularisierte Welt zutreffen, für das Mittelalter kann dies nicht angenommen werden. Die symbiotische Verbindung von Religion und weltlichem Leben ist typisch für das Mittelalter.[118] Strafen betrafen im Mittelalter nie ausschließlich die menschliche Gesellschaft. So war es *communis opinio*, daß die im Purgatorium zu erleidenden Strafen härter als die irdischen seien, womit die weltliche Bestrafung aus christlicher Sicht zu einem *nobile officium* avancierte, zumal die irdische Bestrafung als Voraussetzung zur Vergebung der Sünden gefordert werden konnte.[119] Wurden somit schon die weltlichen Strafen in die Dimension der individuellen Heilsgeschichte gerückt, galt dies um so mehr für die kirchlichen Strafen. Folglich wurden Strafen nie ausschließlich in Bezug auf die Gesellschaft verhangen, womit eine solche Unterscheidung scheitern muß.

d) Anwendbarkeit dieser Kriterien

Die Problematik der Differenzierungen soll eine Dekretale Innozenz III. aus dem Jahre 1199 exemplarisch aufzeigen.

Der Papst hatte zu entscheiden, wie mit einer Person zu verfahren war, die in Benevent (einer Stadt im Kirchenstaat) einen städtischen Beamten ermordet hatte.[120] Als Sanktion wurde die Stadtverweisung und der Verlust des familiären Erbanspruchs ausgesprochen. Dazu führte er aus:

Cum impunitas scelerum parere consueverit audaciam delinquendi, sic malefactorum excessus animadversione sunt debita puniendi, ut et ipsi peniteant de commissis et ceteri, qui audierint, suam a consimilibus metu pene retrahant voluntatem.

Zum einen wird dem Mörder die Sanktion zum Büßen *(paenitere)* auferlegt. Zum anderen soll die Sanktion auch im Sinne einer Generalprävention wirken. Die Differenzierung nach der Freiwilligkeit würde auf den Willen des Delinquenten abstellen. So er freien Willens die Stadt verlassen wollte, müßte eine Buße angenommen werden, anderenfalls wäre die Sanktion als Strafe zu klassifizieren. Das Abstellen auf das Ziel der Sanktion wirft hier nun die Frage auf, ob die Folgen als

[117] *Lotte Kéry*, wie Anm. 24, S. 241 (254).
[118] So sieht Kroeschell die Kirche als eine das gesamte Recht Europas überwölbende universale Rechtsgemeinschaft. Cf. *Karl Kroeschell*, wie Anm. 8, S. 9.
[119] *Günter Jerouschek*, wie Anm. 67, S. 497 (508).
[120] *Othmar Hageneder/Werner Maleczek/Alfred Strnad* (Hg.), Die Register Innocenz' III., 2. Band – 2. Pontifikatsjahr – Texte und Indices, 1979; Br. 216 (229), S. 219 f.

Bußen wirklich primär der Besserung des Täters dienen sollen, wenn er aus dem Sozialverband ausgestoßen wird. Bei der Unterscheidung nach dem betroffenen Forum muß man sich dem Problem stellen, wenn hier diese Sanktion zum Büßen auferlegt wird, warum sie dann gleichzeitig vom Pontifex unter generalpräventiven Zwecken auferlegt wird.

e) Weitere Differenzierungen

Dies zeigt, daß generelle Unterscheidungen so nicht förderlich sind. Erfolgversprechender sind hier die Untersuchungen an einzelnen Kirchenrechtsquellen, welche bereits erste weitere Kriterien zu Tage förderten. So differenziert die *Compilatio Prima*[121] Buße und Strafe in dem Sinne, daß Buße in einem geheimen Verfahren auferlegt wird, Strafe hingegen in einem Öffentlichen; für Strafen ist der *iudex* zuständig, für Bußen der Geistliche.[122] Auch im *Liber Extra*[123] soll nach *Kéry* die Buße trotz aller Überschneidungen und graduellen Abstufungen grundsätzlich einen vollkommenen eigenen Bereich neben der Strafe darstellen. Die Buße betreffe das Verhältnis von Mensch und Gott allein, die Strafe sei einschlägig, wenn ein Schaden für die Institution Kirche bzw. deren Mitglieder angerichtet wurde, beziehungsweise ein solcher entstehen würde, wenn man das Verhalten nicht bestrafe.[124]

3. Ergebnis

Wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht, ist das Verhältnis dieser Sanktionen für das Mittelalter noch weitgehend ungeklärt. Generalisierende Erklärungsversuche für den besagten Zeitraum werden den differenzierten Verhältnissen nicht gerecht. Letzte Klärung kann nur eine systematische Untersuchung der einzelnen kanonischen Rechtsquellen bringen. Zum jetzigen Zeitpunkt kann lediglich festgehalten werden, daß es ein Stufenverhältnis zwischen Buße als Strafe derart gab, daß erstere der letzteren vorgelagert war. Dies zeigen Entscheidungen von Innozenz III.,[125] der Liber Extra[126] sowie die Untersuchungen zu Bernardus Guidonis.[127] Nach alledem scheint zum jetzigen Zeitpunkt eine klare begriffliche Scheidung für das Mittelalter nicht möglich. Es wird sie wohl auch nicht gegeben haben. Beide Begriffe scheinen zutiefst ineinander verwoben.[128] Die Bußdisziplin der Kirche berührte im Kern immer Moraltheologie und Strafrecht.[129] Somit stehen Buße

[121] Verfasser des Breviarium extravagantium (1188-1191), weitläufig als *compilatio prima* bezeichnet, weil erstmals in Form einer Kompilation verfaßt, ist Berhard von Pavia (Bernardus Papiensis).
[122] *Lotte Kéry*, wie Anm. 24, S. 241 (254 f.).
[123] Die Dekretalen Gregors IX. von 1234, kompiliert durch Raimund von Penafort, gingen zusammen mit dem Dekretum Gratiani (1140), den Clementinen und Extravaganzen als Corpus Iuris Canonici in die Kirchenrechtsgeschichte ein und galten formell bis zum Codex Iuris Canonici von 1917.
[124] *Lotte Kéry*, wie Anm. 24, S. 241 (253).
[125] Buße sollte Chance sein, um notfalls härtere Strafen abzuwenden. Cf. ebd., S. 241 (256)
[126] Ebd., S. 241 (249 ff.)
[127] *Daniela Müller*, wie Anm. 5, S. 69 (85).
[128] Ebd.
[129] *Daniela Müller*, wie Anm. 66, S. 417.

und Strafe im Mittelalter weniger in einem aliud-Verhältnis, als mehr in einem Stufenverhältnis mit gemeinsamen Schnittmengen.

V. Schluß

Die hier aufgeführten Probleme der Differenzierung von Buße und Strafe im Mittelalter erfordern einen besonders kritischen Umgang mit der älteren, meist auf Hinschius rekurrierenden Literatur. Bei der Einordnung einer Sanktion als typische Buße oder Strafe muß man sich dies bewußt machen. Dieser kurze Blick in das Kirchenrecht verweist den Forschungsbedarf, den die Kirchenrechtsgeschichte noch hat. Dabei ist besonders eine interdisziplinäre Zusammenarbeit von Rechtswissenschaft, Theologie, Geschichte und Philosophie anzumahnen. Als Paradebeispiel der Unverzichtbarkeit einer solchen mag die Hexenforschung, die gerade wegen der fächerübergreifenden Betrachtung[130] in den letzten Jahren einen enormen Aufschwung erlebt, stehen. Es bleibt zu wünschen, daß ein solcher auch der, zu Unrecht oft ins Abseits geratenen, Kirchenrechtsgeschichte zu Teil wird.

[130] Daß dies aber auch in der Hexenforschung nicht immer so gesehen wird cf. *Markus Hirte*, Genese des Hexereidelikts, in: *Günter Jerouschek/Hinrich Rüping* (Hg.), „Auss liebe der gerechtigkeit vnd umb gemeines nutz willenn", 2000, S. 59 (Fn.1).

Dem Andenken an Angela Augustin-Anderheiden

„Ein Schauspiel für den Pöbel" – Zur Leichnamsstrafe und ihrer Überwindung in der Aufklärungsphilosophie

Harald Maihold
Universität Basel

Se 'l pastor di Cosenza, che a la caccia
Di me fu messo per Clemente allora,
avesse in Dio ben letta questa faccia,
l'ossa del corpo mio sarieno ancora
in co del ponte presso a Benevento,
sotto la guardia de la grave mora.
Or le bagna la pioggia e move il vento
Di fuor dal regno, quasi lungo 'l Verde,
dov' e' le trasmutò a lume spento.

Dante Aligheri

I. Die Bedeutung der Aufklärung für das Strafrecht

Die Aufklärungsphilosophie und ihre Ideen von Humanität, Rationalität, religiöser Toleranz und Liberalismus haben das moderne Recht und insbesondere das Strafrecht stark geprägt. Zwar war das Strafrecht schon seit der Rezeption des römischen Rechts rationaler geworden, wurde im Strafverfahren nach der materiellen Wahrheit gesucht und der Prozeß nicht mehr formal durch Eidesleistungen entschieden. Dieser Prozeß der Rationalisierung verstärkte sich im 16. Jahrhundert durch die systematisierenden Einflüsse der spätscholastischen Theologie, die das moderne Schuldstrafrecht vorbereiteten, und die Lösung des menschlichen Rechts aus dem deistischen Kosmos des Mittelalters im Humanismus. Aber trotz Rezeption und Humanismus war noch das 17. Jahrhundert voller Widersprüche, was Phänomene wie die Hexenprozesse und die Anwendung der Folter belegen – Phänomene, die in der Vorstellung der Laien und einigen Bereichen der Populärwissenschaft oft mit dem Mittelalter verbunden werden, aber ganz zum Bild der frühen Neuzeit gehören. Diese Phänome verschwanden erst im Laufe des 18. Jahrhunderts, besiegt von der neuen Aufklärungsphilosophie und ihrer gesetzgeberischen Durchsetzung in ganz Europa.[1]

[1] Zur Straflehre der Aufklärungszeit vgl. Hinrich Rüping, Strafrechtsgeschichte, 3. Auflage, München 1998, Rdnr. 192ff m.w.N.

II. Die Leichnamsstrafe

Um die Überwindung eines dieser Phänomene geht es in der folgenden Untersuchung: um die „Bestrafung" von Leichnamen.

1. Der Begriff des Leichnams

Um das Phänomen der Leichnamsbestrafung ganz zu verstehen, müssen wir uns zunächst dem Begriff des Leichnams widmen.

Das Wort „Leichnam" stammt von dem althochdeutschen *„lîh-hamo"* oder *„lîchamo"* ab und meinte ursprünglich die „Körperhülle", also auch den lebenden Körper. Das geht daraus hervor, daß, noch bei Luther, zur Umschreibung des toten Körpers von dem „sterblichen Leichnam" die Rede ist. Bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts war dann aber unbestritten „Leiche" der Körper eines toten Menschen. Erst in den siebziger Jahren wurde dieser Begriffe des Leichnam durch die ansetzende Hirntoddiskussion erneut in Frage gestellt. Man weigerte sich, den Hirntoten, der unter der Reaktivierung wieder Leben in sich trug, unter den Begriff der Leiche zu subsumieren; stattdessen sprach man von „lebenden Toten", „Vitalkonserven" oder „lebenden Organpräparaten".[2]

Nach bisherigem Erkenntnisstand gingen die älteren Rechtsordnungen davon aus, daß der Leichnam den Toten repräsentiert, daß er Rückstand seiner Persönlichkeit ist. Nach germanischer Vorstellung konnte der Tote hören und sprechen, Nahrung zu sich nehmen und sogar das Beilager ausüben. Er konnte verletzt werden und die Verletzung anklagen. Die Klage des toten und die Klage gegen den toten Mann wurden mit dem Leichnam selbst erhoben.

Weiter geht man davon aus, daß die Vorstellung von der Persönlichkeit des Leichnams seit dem Mittelalter unter dem Einfluß des römischen Rechts immer schwächer wurde; der Leichnam wurde zur Sache, an der Rechte bestehen können.

Daß sich diese beiden Grundpositionen aber nur bedingt mit Quellen aus dem römischen und germanischen Rechtskreis belegen lassen, hat schon Nikolaus Englert 1978 nachgewiesen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß sich weder im römischen Recht noch im germanischen Recht ein unmittelbarer Anhaltspunkt findet, der die Frage nach der Rechtsnatur der Leiche beantwortet hätte, und man daher auf Interpretationen angewiesen sei.[3]

Noch heute ist die Frage nicht geklärt. Erst jüngst wurde die Diskussion über das, was man mit Leichnamen tun darf und was nicht, durch die Ausstellung „Körperwelten" angeregt. Die präparierte Leichname durften u.a. in Basel und Berlin, nicht aber in München zur Schau gestellt werden.[4]

[2] Nikolaus Englert, Todesbegriff und Leichnam als Element des Totenrechts, München 1979, S. 114.
[3] Englert, Todesbegriff, S. 120ff.
[4] Vgl. dazu Kurt Seelmann, Körperwelten und Pietät. Der Umgang mit den Toten und die Würde der Lebenden, in: NZZ vom 4. 10. 1999 (abrufbar unter: http://www.kirchen.ch/pressespiegel/nzz/0228.htm).

2. Klassifizierung

Wenn wir von Leichnamsstrafen sprechen, so müssen wir dabei verschiedene Phänomene auseinanderhalten. In einem weiteren Sinne fallen darunter:

- die Vollstreckung der Körperstrafe am Leichnam als Ersatz für die nicht mehr mögliche Bestrafung eines verstorbenen Straftäters (Leichnamsstrafe im engeren Sinne)
- postmortale Strafen an der Ehre *(damnatio memoriae)* und am Vermögen des Toten (Güterkonfiskation, Verlust des Erbrechts),
- unselbständige Strafschärfungen, die zur Vollstreckung einer qualifizierten Todesstrafe gehören und nach Eintritt des Todes am Leichnam fortgesetzt werden, etwa die Strafe des Verbrennens nach Enthauptung,
- sonstige den Leichnam betreffende Maßnahmen, wie die Freigabe des Leichnams zur anatomischen Forschung.

In der ersten und dritten Variante gehört die Leichnamsbestrafung zu den „Ehrenstrafen" und steht im Zusammenhang mit der im Mittelalter härter gewordenen Todesstrafe. Sie ist erst in der Neuzeit von Wissenschaft und Rechtsprechung mit klaren Konturen versehen worden. Damit im Zusammenhang steht die *executio in effigie*, also die Vollstreckung einer Strafe am Bildnis eines abwesenden Täters.[5]

3. Die Praxis

Strafen am Leichnam sind sehr alt. Schon das mosaische Recht kannte zwar keine selbständigen Leichnamsstrafen, wohl aber qualifizierte Todesstrafen, etwa Verbrennen, Aufhängen oder Steinigen nach vollzogener Todesstrafe.[6] Auch für das römische Recht ist eine solche Praxis belegt. Von einem allgemeinen Rechtsinstitut kann zwar schon in klassischer Zeit nicht mehr die Rede sein.[7] Noch in nachklassischer Zeit ist die Praxis aber offenbar sehr verbreitet gewesen, wie das entschiedene Vorgehen der Kaiser gegen Leichnamsschändungen bezeugt.[8] Auch Aurelius Augustinus (354-430), wettert gegen die Grausamkeiten, die zu seiner Zeit an den Körpern der Toten vollzogen wurden.[9]

In germanischer Zeit konnte der Leichnam, entsprechend der Vorstellung, daß darin die Persönlichkeit des Toten fortwirke, für seine Bluttaten geköpft oder gepfählt werden. Es ist auch vorgekommen, daß der Leichnam eines gefährlichen Täters bei der Bestattung präventiv mit Pfahl und Dornen fixiert wurde, um ihn an weiteren Taten zu

[5] Vgl. Wolfgang Brückner, Artikel „Leichenbestrafung", in HRG II, Sp. 1810.
[6] Johann David Michaelis, Mosaisches Recht, Biel 1777, Theil 5, § 235; Gallus Aloys Kleinschrod, Systematischen Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erlangen 1794, 3. Theil, § 93a) (S. 163).
[7] Max Kaser, Das Römische Privatrecht I, 2. Auflage, München 1971, § 142 Fn 23; Arlette Lebigre, Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit Romain classique, Paris 1967, p. 93.
[8] C. 9, 19, 6; N. 60, 1, 1 und N. 115, 5, 1.
[9] Augustinus C. 23, q. 5, c. 2. Dazu noch unten.

hindern. Unterschwellig ist diese Vorstellung noch lange wirksam gewesen. Noch die Bestattung Napoleons 1815 in sieben fest verschlossenen Marmorsärgen erinnert daran.

Im 15. Jahrhundert erlebt die Leichnamsstrafe in Mitteleuropa einen quantitativen Aufschwung, der von der wissenschaftlichen Kritik begleitet wird. So berichtet der spanische Jurist Antonio Gómez (1501-vor 1572) von einem Prozeß in Salamanca, wo sich ein pädophiler Geistlicher im Kerker das Leben genommen hatte: Die Strafe des Erhängens wurde an seinem Leichnam vollstreckt.[10] Ein anderer wichtiger spanischer Jurist des 16. Jahrhunderts, Fernando Vázquez de Menchaca (1509-66), spricht von einer „schlechten Gewohnheit" *(„pessime faciunt utentes contraria consuetudine")*, die er darauf zurückführt, daß Baldus die Frage dem Richter habe überlassen wollen.[11]

Vornehmlich bei den Häresie- und Majestätsdelikten angewendet, begegnet die Leichnamsbestrafung in erster Linie als Waffe in den Glaubenskriegen, angefangen bei den Vorläufern der Reformation im 15. Jahrhundert (Wiclif), bis hin zu den Hugenottenkriegen im Frankreich des 17. Jahrhunderts, wo sie so üblich wird, daß die Kritiker von einer „französischen Gewohnheit" sprechen.[12] Mit der Zeit wurde der Anwendungsbereich aber erheblich ausgedehnt. So ergibt sich aus einer Dissertation von 1699, daß die Leichnamsstrafe nicht mehr nur in Fällen des Hochverrats, der Häresie und der Majestätsverletzung, sondern auch bei Zauberei, Sodomie, Brandstiftung und Mordbrennerei angewendet wurde.[13]

Gleiches gilt für die *executio in effigie*, die, dem römischen Recht noch unbekannt, eine eigentliche Erfindung der Neuzeit ist. Auch hier wurde der Deliktskatalog bald erweitert und die Bildnisstrafe auch bei Meideid, Verrat und Betrug angewendet.[14]

4. Erste Kodifizierungen

Die Zunahme der Leichnamsstrafen hat erst im 17. Jahrhundert zu ersten gesetzlichen Regelungen geführt. Noch die Carolina von 1532, wie ihr Vorläufer, die Bambergensis von 1507, enthalten keine Regelung. Sie kennen aber Vermögensstrafen gegen Selbstmörder, die erst nach dem Tode verhängt werden: den Verlust der Erbfähigkeit und Einzug des Vermögens.[15]

Die „Ferdinandea" Kaiser Ferdinands III. von 1656 bestimmt dagegen für den Selbstmord des Verbrechers die *„Straff deß Cörpers zum Exempel nach Beschaffenheit*

[10] Antonio Gómez, Commentariorum variarumque resolutionum..., lib. 3, cap. 1, num. 79 (Antverpiae 1634, p. 438).
[11] Fernando Vázquez de Menchaca, Controversiarum illustrium, aliarumque usu frequentium libri tres..., lib. 3, cap. 96, num. 8f (Francofurti ad Maenum 1572, p. 256-256a), zitiert Baldus ad C. 6, 22, 2.
[12] Brückner, HRG II. Sp. 1811f.
[13] Vgl. Brückner, HRG II, Sp. 1813.
[14] Johann Christian Edler von Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, 5. Auflage, Rostock und Leipzig 1794, § 93.
[15] Bambergensis Art. 160, Carolina Art. 135, zit. nach: Arno Buschmann, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Die klassischen Gesetze, München 1998.

deß großen Verbrechens" Scheiterhaufen, Rad oder Galgen.[16] Unabhängig vom Selbstmord regelt erstmals die französische *Ordonnance criminelle* von 1670 für das Majestätsverbrechen *(lèze majesté divine ou humaine)* den Prozeß und die Vollstreckung der Strafe gegen die Leiche oder das Andenken des Toten: *„De la manière de faire le procès au cadavre ou à la mémoire d'un défunt"*, eine Regelung, die zur Grundlage der Leichenstrafen in den Hugenottenverfolgungen wurde.[17]

III. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung bis zum 16. Jahrhundert

Seitdem mit den italienischen Kommentatoren und Kriminalisten im Spätmittelalter die Rechtspraxis wissenschaftlich beleuchtet wurde, stand die Praxis der Leichnamsbestrafung zunehmend in der Kritik. Die Kommentatoren konnten sich dabei sowohl auf das römische wie das kanonische Recht berufen. In beiden Gebieten waren Grundsätze formuliert worden, mit denen die Praxis der Leichnamsstrafe kaum vereinbar war. Mit der Kritik wurden aber auch die Ausnahmen, die das römisch-kanonische Recht für eine „Bestrafung" nach dem Tod zuließ, rezipiert.

1. Die Kritik der Leichnamsstrafe

Schon das römische Recht anerkannte den Grundsatz, daß die Verfolgung des Verbrechens mit dem Tod endet: *„crimen extinguitur mortalitate"*.[18] Auch das kanonische Recht kennt diesen Grundsatz.[19] Eine Begründung für den genannten Grundsatz, der eher im Sinne eines Verfahrenshindersnisses verstanden worden sein wird, findet sich bei dem spätklassischen Juristen Iulius Paulus. Danach muß das Verfahren mit dem Tod enden, weil die Besserungsfunktion der Strafe am toten Täter nicht mehr eintreten kann, denn ein Toter könne die Strafe nicht mehr fühlen:

Paulus D. 48, 19, 20. *„quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit."*

Eine ähnliche Begründung scheint dem Kommentatoren Angelus de Ubaldis (1328-1404) vorgeschwebt zu haben. Ihm zufolge kann einem Leichnam kein Unrecht geschehen:

„Cadaveri nulla potest inferri iniuria; ideo errant assessores, qui cadavera puniendorum mittunt ad furcas."[20]

Hier wird also auf die Straffunktion abgestellt.[21] Die römische Lehre kennt neben dem hier von Paulus genannten (spezialpräventiven) Zweck der Besserung aber auch

[16] Zit. nach Brückner, HRG II, Sp. 1812.
[17] Ordonnance criminelle, tit. 22, zit. nach Brückner, HRG II, Sp. 1812.
[18] D. 48, 4, 11; D. 49, 14, 9; C. 9, 6, 6. Wilhelm Rein, Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, Leipzig 1844, Nachdruck Aalen 1962, S. 280; Lebigre, Quelques aspects, p. 92.
[19] Edwin Katz, Ein Grundriß des kanonischen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1881, S. 55.
[20] Zit. nach Brückner, HRG II, 1811.
[21] Vgl. Lebigre, Quelques aspects, p. 10, 93f.

noch die Zwecke der Vergeltung und der (generalpräventiven) Abschreckung potentieller Täter *(„Capitali poena in exemplum vindicare.")*.[22] Mommsen nimmt an, daß nach römischer Anschauung die Rache am toten Täter nicht mehr gekühlt werden konnte, da sie auf die bereits eingetretene Tötung abzielen müßte.[23] Doch dies vermag die Praxis der Leichnamsstrafen nicht zu erklären; dieses Phänomen beweist ja gerade, daß auch nach römischer Vorstellung die Rache keine Grenze kennt und sehr wohl auch noch am Toten gekühlt werden konnte. Auch die Abschreckung ist als Begründung für eine Leichnamsstrafe denkbar.[24] Die paulinische Begründung gegen die Leichnamsstrafe erscheint also wenig sattelfest. Ihre Berufung auf den Strafzweck der Besserung verlangte geradezu danach, das Phänomen unter Hinweis auf andere Strafzweck zu legitimieren.

Daß die Strafzwecke einer Bestrafung des Leichnams nicht unbedingt entgegenstehen, erkennt auch Augustinus, der gegen die Leichnamsstrafe daher nicht mit nicht mehr erreichbaren Strafzwecken argumentiert, sondern mit der moralischen Motivation des Rächers: Die Abscheulichkeit der Sünde dürfe nicht zum ungezügelten Rachevollzug verführen, sondern es müsse Milde walten. Die katholische Milde *(„mansuetudo, lenitas")* sei nicht unwürdige Schwäche, sondern zeige in der Beherrschung des Willens den trefflichen Charakter.

Augustinus C. 23, q. 5, c. 2: *„Pena illorum, quamuis de tantis sceleribus confessorum, rogo te ut preter supplicium mortis sit, et propter conscientam nostram, et propter catholicam mansuetudinem commendandam. Ipse enim fructus ad nos peruenit confessionis illorum, quia inuenit ecclesia catholica, ubi erga atrocissimos inimicos seruet atque exhibeat lenitatem. In tanta quippe crudelitate, quecumque preter sanguinem uindicta processerit, magna lenitas apparebit. Quod etsi modo quibusdam nostris illa atrocitate conmotis uidetur indignum, et quasi dissolutionis et negligentiae simile, transactis tamen motibus animorum (qui recentioribus factis solent turbulentius excitari) egregie luculenta bonita apparebit."*

Demnach ist aber die Bestrafung des Leichnams nur über die Milde bzw. Barmherzigkeit ausgeschlossen, während sie nach aller Strenge des Rechts möglich bleibt. Dies ist keineswegs ungewöhnlich. Das kanonische Recht versteht sich vielfach als Ergänzung und Korrektur des „strengen" römischen Rechts. Kanonische Äquitas wird gegen den *rigor iuris civilis*, Barmherzigkeit und Liebe gegen „blinde" Gerechtigkeit ausgespielt.

Eine Bündelung erfahren diese unterschiedlichen Rechtsbereiche im 16. Jahrhundert in der Spanischen Naturrechtslehre, die neben der Legistik und Kanonistik auch stark von der spätscholastischen Theologie und ihren Systematisierungsbestrebungen geprägt ist. Antonio Gómez übernimmt die Begründung des Römers Paulus, daß Anklage und Strafe nach dem Tode grundsätzlich ausgeschlossen seien, *„quod omne delictum extinguatur morte"*, weil der Tote die Strafe nicht mehr fühlen könne.[25] Nach Fernando Vazquez de Menchaca muß jedenfalls die Körperstrafe mit dem Tod des Täters erlöschen. Sie ist nämlich eine Strafe, die gefühlt werden soll, der Tote aber kann sie nicht mehr fühlen *(„quia illa est*

[22] C. 4, 55, 4. D. 48, 3, 6, 1; D. 48, 8, 3, 2; D. 48, 19, 6, 1; D. 48, 19, 16, 10.
[23] Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Berlin 1899, S. 75; Lebigre, Quelques aspects, p. 92.
[24] Lebigre, Quelques aspects, p. 95f.
[25] Gómez, Comm. var. res. lib. 3, cap. 1, num. 78f (p. 437f)

poena sensus, mortuus autem non sentit"). Vázquez stellt den Toten dabei auf eine Linie mit dem Geisteskranken, der ebenfalls eine Körperstrafe nicht mehr fühlen und daher nur mit einer Geldstrafe bestraft werden könne.[26] Dies hat freilich für die theokratisch angelegte Rechtslehre zur Folge, daß derjenige, der im gesunden Zustand eine Todsünde begangen hat und aufgrund späterer Geisteskrankheit im menschlichen Gericht nicht verurteilt werden konnte, in der Todsünde stirbt und also vor Gott verdammt wäre. Vázquez erinnert aber daran, daß das göttliche Urteil milder ausfalle als das menschliche. Im übrigen treffe die Strafe den Sünder aufgrund eigener Schuld, denn da niemand den Tag und die Stunde kenne, zu der er abberufen werde, hätte er sich vor Eintritt des Wahnsinns der Sünde enthalten müssen.[27]

Mit der Betonung der Gefühllosigkeit wird der Leichnam unter den Sachen subsumiert und in einen Zusammenhang mit Geisteskranken, Tieren und gefühllosen Sachen gestellt. Die Rede von der „Leichnamsstrafe" störte das Prinzip von der Personalität der Strafe, das sich im 16. Jahrhundert in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre in Parallele zum Schuldprinzip entwickelt hat (Alphonso de Castro, Diego de Covarrubias y Leyva). Die Tendenz, unter „Strafe" mehr oder weniger ausschließlich die Schuldstrafe zu verstehen,[28] führte dazu, daß die „Strafe" nur bei vernunftbegabten Personen, die eine „Schuld" begehen können, einen Sinn haben kann. Der Leichnam als Sache scheidet aus dem Adressatenkreis der Strafe aus und so wird die Leichnamsstrafe zunächst ihrer Legitimation als „Strafe" entkleidet. Daß die Schwere des Delikts eine solche Bestrafung schon nach dem Vergeltungszweck der „Strafe" erfordere, ist zwar immer noch häufig zu hören, doch überzeugend ist dieses Argument vom Konzept einer allein auf die Person bezogenen Strafe nicht mehr.

Einen wichtigen Beitrag zur Durchsetzung des Personalitätsprinzips der Strafe hat Hugo Grotius (1583-1645) in seinem 1625 erschienenen Werk *De jure belli ac pacis* geleistet. Bei der „Strafe" der Gesamtheit für Vergehen des Fürsten äußert Grotius die Ansicht, die Strafe müsse enden, sobald die schuldigen Teile der Gesamtheit verstorben seien. Zur Begründung verweist er auf das Wesen der Gesamtheit. Diese ist zwar einerseits von dem Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig *(„quamdiu durat universitas videtur posse, quia idem corpus manet.")*, andererseits ist aber eine Seele nur den Einzelnen und nicht der Gesamtheit selbst eigen *(„primo enim convenit singulis ut animum habentibus quem universitas per se non habet.")* Es ist daher mit der Strafe wie mit dem Verdienst, das nach dem Tod derjenigen, die sich verdient gemacht hätten, nicht mehr auf die Gesamtheit ausstrahle, ja noch strenger als dort, denn selbst wenn Verdienste noch auf andere ausgedehnt würden, könne dies von der Strafe nicht gelten.[29]

Unter Zugrundelegung des engen Strafbegriffs kommt Grotius zu dem Grundsatz, daß Unbeteiligte nicht bestraft werden können. Dieser Grundsatz beruht nicht auf dem Besserungszweck der Strafe, da dieser auch durch Bestrafung anderer erreicht werden könne. Vielmehr beruht er auf dem Prinzip, daß die Strafe sich auf die persönliche Schuld des Täters gründet, die aus dem ureigensten Willen stammt:

[26] Vázquez de Menchaca, Contr. illustr., lib. 3, cap. 96, num. 7ff (p. 256-265a)
[27] Ebd. num. 11, § Alium (p. 256a)
[28] Vgl. dazu Harald Maihold, Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, Köln u.a. 2005.
[29] Hugo Grotius, De iure belli ac pacis libri tres, lib. II, cap. 21, num. 7f (Leiden 1939, p. 543ff).

„... neminem delicti immunem ob delictum alienum puniri posse ... quia obligatio ad poenam ex merito oritur: meritum autem est personale, quippe ex voluntate ortum habens, qua nihil est magis nobis proprium, unde αυτεξουσιον vocatur."[30]

Das Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit überwiegt bei der Strafbegründung demnach das generalpräventive Bedürfnis nach Verhinderung einer späteren Rache durch Erstreckung der Strafe auf andere. Diese Straftheorie wird grundsätzlich auch von Benedikt Carpzov (1595-1666) übernommen. Die Straftheorie Carpzovs stützt sich wie dessen Verbrechensbegriff auf den *animus*: Nur der willentlich schädigende Mensch ist Subjekt der Strafe, nur die Urheber *(auctores)* sind strafbar.[31]

2. Die Diskussion um Ausnahmen

Wenngleich sich auf der Grundlage des römisch-kanonischen Rechts in der Legistik und Naturrechtslehre die Kritik an der Praxis der Leichnamsbestrafung formierte, so wurde doch auch zu allen Zeiten der Versuch unternommen, zumindest bei den Schwerstdelikten „Strafen" gegen den Toten einer Rechtfertigung zugänglich zu machen. Je nachdem um welche „Strafen" oder Massnahmen es sich handelte, wurden unterschiedliche Argumente für eine postmortale Sanktion angeführt.

a) Vollstreckung der Körperstrafe am Leichnam

Für die Leichnamsstrafe im eigentlichen Sinne, also die Mißhandlung des toten Körpers des Delinquenten, war eine Rechtfertigung am schwierigsten. Auf das römische Recht konnte sie sich nicht stützten, hatten doch sowohl die klassischen römischen Quellen wie die italienischen Kommentatoren eine solche Sanktion für unzulässig erklärt.

Anders sah es für das kirchliche Recht aus. Hier konnte man sich auf eine Augustinus-Stelle im Dekret Gratians stützen.[32] „Strafen" an vernunftlosen Tieren und Sachen waren dem kirchlichen Recht nicht unbekannt, wie überhaupt das Prinzip, daß „Strafe" immer eine Schuld voraussetzt und sich nur auf eine Person beziehen könne, noch nicht allgemein Geltung hatte, sondern zunächst nur bei den „Strafen" Anwendung fand, die einen Bezug zur Seele hatten. Der Strafbegriff war sehr viel weiter und erfasste jedes auch indirekte Übel.

Tiere und Sachen werden nicht wegen einer Sünde „bestraft", sondern aus anderen „Gründen", die seit Gratian um 1140 in der Literatur immer wieder rezipiert wurden.[33]

1. Mit der „Strafe" wird ein Zeichen gesetzt *(„causa sacramenti")*, wie bei der „Verfluchung" des Schatzes Jerichos und der Tiere der Amalekiter (Ios 12; I Rg 15).

[30] Ebd. num. 12 (p. 547).
[31] Benedikt Carpzov, Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium, pars 3, q. 131, num. 1-5 (Wittebergae 1635, Goldbach 1996, p. 325).
[32] C. 15, q. 1, c. 4.
[33] Raymundus de Peniaforte, Summa de poenitentia, et matrimonio, lib. 3, tit. 32, § 7 (Roma 1603, Neudruck Meisenheim/Glan 1967, p. 378f). Dictum Gratiani post C. 1, q. 4, c. 11, pars 3, § 7 (Beispiele z.T. falsch zugeordnet!).

Weder der Schatz noch die Tiere wurden Eigentum der Israeliten, sondern fielen zur sakramentalen Verwaltung an die Priester. Weitere Beispiele sind die Tötung der ägyptischen Erstgeburt, die Austrocknung des Schilfmeers beim Exodus der Israeliten und die Vernichtung der Tiere bei der Sintflut.[34]

2. Mit der „Strafe" wird die Sünde abgewiesen *(„detestatione peccati")*. Diesem Zweck diente die Verfluchung des Geldes, das Simon für die Verschaffung des Heiligen Geistes angeboten hatte (Act 8, 20). Deshalb wird die Kirche, die von einem Ämterkäufer geweiht wurde, eher als entheiligt denn als geheilt angesehen.[35] Ähnlich hatte Augustinus nach einer vielzitierten Stelle die Tötung des durch Sodomie mißbrauchten Tieres begründet.[36]

3. Die „Strafe" an Tieren und Sachen dient der Geißelung der Delinquenten *(„flagello delinquentium")*, wie im Fall der zehn ägyptischen Plagen (Ex 7ff).

4. Schließlich kann die Tier- und Sachstrafe die Geduld auf die Probe stellen, wie dies Gratian *(„in experimentum et exemplum patientiae")*[37] und die Dekretglosse *(„imperitia patientiae")*[38] formulieren.

Diese Tradition greifen die spanischen Legisten Gómez und Vázquez de Menchaca auf und transferieren sie in das System der weltlichen Strafen. Die Spätscholastik sorgte allerdings für eine Einengung des Strafbegriffs auf die Schuldstrafe, so daß von einer „Strafe" im eigentlichen Sinne nicht mehr die Rede sein konnte.[39] Die Argumentationsmuster für die Tier- und Sachstrafe wurden aber außerhalb des Begriffes von der „eigentlichen" bzw. der „echten" Strafe neu angesiedelt. In den Kontext der Tier- und Sachstrafen wird nun auch die Leichnamsstrafe eingeordnet. Nach Gómez und Vázquez de Menchaca soll bei Schwerstdelikten *(„delicta gravissima et enorme")* der Leichnam des Verbrechers am Galgen aufgehängt oder anders „bestraft" werden, um das Andenken *(memoria)* an das Delikt auszulöschen und um andere von solchen Verbrechen abzuschrecken. Bei Häresie, Majestätsverbrechen und *„delicta contra naturam"* sollen die Gebeine der Täter verbrannt werden, damit ein Fortwirken der Sünde ausgeschlossen ist.[40]

Man unterstellt den Spaniern gern eine biologische Verbrechenslehre, nach der das Blut zum Verbrechen (insbesondere das der Juden zur Häresie) prädestiniert war. Die Strafe des Verbrennens wird als Versuch verstanden, die Wurzel des Übels, die Materie, aus der das Verbrechen zum Vorschein kam, auszurotten. Dagegen spricht aber, daß nach Gómez und Vázquez nicht der Leib des Täters aus der Welt geschafft werden soll, sondern das Andenken an das Verbrechen. Beide Autoren berufen sich auf die in diesem Zusammenhang viel zitierte und bereits erwähnte Augustinus-Stelle, wonach das durch den Sodomiten mißbrauchte Tier getötet werden solle, nicht aus „Strafe" – diese ist an vernunftlosen Geschöpfen nicht möglich – sondern damit die

[34] Das Sintflutbeispiel findet sich bei Augustinus, De Civitate Dei lib. 15, cap. 24 (ed. Bernard Dombart u. Alfons Kalb, Stutgardiae 1981, p. 471).
[35] C. 1, q. 4, c. 11.
[36] Vgl. C. 15, q. 1, c. 4.
[37] Dictum Gratiani post C. 1, q. 4, c. 11, pars 3, § 7.
[38] Glosse *casus* ad C. 1, q. 4, c. 11.
[39] Vgl. Hinweis Fn. 28.
[40] Gómez, Comm. var. res. lib. 3, cap. 1, num. 78f (p. 437f). Vázquez, Contr. Illustr. lib. 3, cap. 96, num. 11 (p. 256a).

Erinnerung an das Verbrechen ausgelöscht werde. Es ist also nicht die Materie, sondern der Geist des Verbrechens, der bekämpft werden soll. Die Gemeinschaft weist durch den Vollzug der „Strafe", einen magischen Reinigungsritus, den Gedanken der Sünde von sich. Man sollte daher eher von einer magischen als von einer biologischen Straflehre sprechen.

Die Naturrechtslehrer schieben aber mit dem Hinweis auf die Abschreckung anderer noch eine Begründung nach, die sich nicht unmittelbar aus dem kanonischen Recht ergab. Dahinter steht sicher die Einsicht, daß das Andenken an die Sünde zur Nachahmung verleitet, während die Abweisung der Sünde eine Nachahmung verhindern kann. Die Perspektive hat damit aber tendenziell gewechselt: Von einer Reinigungshandlung gegenüber Gott ist die Leichnamsstrafe zu einem Präventionsinstrument des Staates geworden. Die Berufung auf Augustinus macht zudem deutlich, daß die Leichnamsstrafe, angeregt von der Kanonistik, als „Strafe" an einer Sache verstanden wird. Der Leichnam ist nicht mehr ein strafwürdiger Rückstand der Persönlichkeit des Täters, der er noch in der älteren Rechtsanschauung war, sondern bloße Sache. Damit ist einem rationalen Verständnis der Leichnamsstrafe der Weg bereitet.

b) Postmortale Ehr- und Vermögensstrafen

Während die Vollstreckung der Körperstrafe am Leichnam dem eben Gesagten zufolge als eine präventionistische Maßnahme außerhalb des Katalogs der „Strafe" im eigentlichen Sinne verstanden wurde, hatte man bei der postmortalen Verhängung von Strafen, die nicht den Körper, sondern die Ehre oder das Vermögen betrafen, mit dem Strafbegriff weniger Probleme.

Schon in römischer Zeit kannte man bei bestimmten Delikten postmortale Verfahren, die noch nach dem Tod des Angeklagten eine Feststellung und Bestrafung des Verbrechens ermöglichten. Historisch gehen diese Verfahren auf die Hostiserklärungen zurück, mit denen die Hochverräter auch nach ihrem Tod aus der römischen Gesellschaft ausgeschlossen wurden, ihr Vermögen eingezogen und ihr Andenken ausgelöscht wurde. In klassischer Zeit waren sie üblich für:

1. Majestätsverletzung (*crimen laesae maiestatis*)
2. Häresie (*crimen haereseos*) und Abtrünnigkeit (*apostatis*)
3. Unterschlagung und Erpressung öffentlicher Gelder (*crimen repetundarum*)
4. Diebstahl und Unterschlagung von Staats- und Tempelgut (*peculatus, sacrilegium* und *residuum*)
5. Zollübertretung (*crimen fraudati vectigalis*)
6. Fahnenflucht (*desertio*).
7. Delikte, die mit Erhängen *(suspendiosi)* und Totalkonfiskation *(ademptio bonorum)* bestraft wurden.

Die in diesen Fällen angestrengten postmortalen Verfahren waren nicht selten politisch motiviert und machten auch vor Konsuln und Kaisern nicht Halt.[41] Erst die italienischen Kommentatoren haben das postmortale Verfahren systematisiert und die Delikte unter den Oberbegriff des *crimen (laesae) maiestatis* zusammengefaßt, das in *divinae* und *humanae* unterteilt wird. Trotz allem blieb aber ein Unbehagen. Die Glossatoren bezeichnen diese Fälle daher als äußerste Ausnahme *(„ultimum speciale")*.[42]

Das Verfahren findet nicht gegen den Toten selbst statt, da dieser nur von Gott gerichtet werden kann, sondern gegen sein Andenken (*memoria*).[43] Dementsprechend hatte eine Verurteilung zunächst ehrenrechtliche Folgen für das Andenken des Toten: Mit der sog. *damnatio memoriae* wurden dem Verurteilte nachträglich alle Bürgerrechte aberkannt.[44] Der Entehrung des Toten wurde dadurch Ausdruck verliehen, daß dessen Denkmäler und Bildsäulen niedergerissen wurden und man den Namen des Toten aus öffentlichen und Privatdokumenten tilgte.[45]

Die Konfiskation des Vermögens eines Hingerichteten bot keine Schwierigkeit. Der Grundsatz, daß das Verfahren mit dem Tod endet, beinhaltete zwar auch den Ausschluß der Erbenhaftung für Delikte des Erblassers.[46] Noch Grotius erinnert daran, daß der Erbe den Erblasser nur hinsichtlich seines Vermögen, nicht dagegen seine Person repräsentiert.[47] Da mit der Verurteilung aber insoweit eine von der Strafe unabhängige Prozeßobligation *(„nova quaedam causa obligationis")* entstanden war, konnte die Beitreibung aus dieser Verpflichtung erfolgen.[48]

Mit der postmortalen Verurteilung in den oben genannten Fällen von Schwerstkriminalität konnte aber neben der *damnatio memoriae* auch die Konfiskation des Vermögens ausgesprochen werden. Da diese rückwirkend eintrat, trafen die vermögensrechtlichen Sanktionen aus dem postmortalen Prozeß die Erben.[49] Als „Strafe" wurde diese Sanktion aber nur für den Täter angesehen *(„poena patrimoniale")*, für die Erben handelte es sich nur um eine indirekte Konsequenz

[41] Christoph Heinrich Brecht, Perduellio. Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik. München 1938, S. 211; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 765 Fn 1 und 5, 772.

[42] Glosse *actio* zu D. 48, 11, 2 (Azo); Glosse *heredem* zu D. 48, 13, 14 (16). Vgl. Lebigre, Quelques aspects, p. 100ff.

[43] Glosse memoria zu I. 3, 1, 5: *„nam ipse, cum sit mortuus, non potest damnari nisi a Deo."* Gómez, Comm. var. res. lib. 3, cap. 2, num. 12 (p. 448).

[44] Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 591f, 987; Lebigre, Quelques aspects, p. 95ff.

[45] D. 48, 19, 24. Vgl. auch Kleinschrod, Systematische Entwickelung, 3. Theil, § 93f (S. 163ff).

[46] Walter Lehmann, Über die Vermögensstrafen des römischen Rechts. Eine rechtshistorische Studie, Berlin 1904, S. 87f führt auch den Grundsatz *„noxa caput sequitur"* an; Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 6, 66, 524f, 755; Ernst Levy, Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht, Berlin 1915, S. 3; Kaser, Römisches Privatrecht I, § 142 VI 1 a); II, § 271 II 4; Lebigre, Quelques aspects, p. 7, 9f. Vgl. auch Maihold, „Der Sohn antwortet für den Vater nicht." - Die deliktische Sippenhaftung: Ein deutschrechtlicher Grundsatz?, in: forum historiae iuris, hrsgg. von der Humboldt-Universität Berlin, Artikel vom 9. 10. 2000 (http://www.forhistiur.de/).

[47] Grotius, De iure belli, lib. II, cap. 21, num. 19 (p. 552f).

[48] Ebd. num. 20 (p. 553).

[49] C. 9, 8, 6 pr. Vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 66f; Lehmann S. 97, 129.

daraus, daß der Täter – rückwirkend vor der Erbschaft – sein Vermögen (und auch das aktive Erbrecht) verlor.[50]

Für die mittelalterliche Kanonistik und Legistik war die Vermögensstrafe am Toten und damit die Beitreibung der Konfiskationsstrafe beim Erben weniger ein Problem. Gemäß einem weit verbreiteten Grundsatz war die „Strafe" dem Schuldprinzip nur unterworfen, soweit sie „höchstpersönliche" Güter, nämlich die Seele und den Körper des Täters betraf. Der Schutz der Seele ist dabei anscheinend der Kanonistik, der des Körpers der Legistik zu verdanken. Etwas anderes galt bis ins 16. Jahrhundert hinein für Vermögens- und Geldstrafen, mit denen jemand, so die gängige Floskel, auch „ohne Schuld, wenngleich nicht ohne Grund" *(„sine culpa, sed non sine causa")* „bestraft" werden konnte.[51]

Das postmortale Urteil hatte nur deklaratorische Wirkung, weil bereits mit der Begehung des Verbrechens unmittelbar eine Verwirkung des Bürgerrechts *(capitis deminutio)*, eine bedingte Selbstverurteilung eingetreten war.[52] Dagegen ist zwar für das klassische römische Recht eingewandt worden, daß die Quellen ein postmortales Urteil und einen Schuldspruch voraussetzen, mit dem erst der Tatbestand festgestellt wird, was auf eine (rückwirkende) konstitutive Wirkung des Urteils hindeutet.[53] Das gemeine Recht hatte sich aber eine aus der Kanonistik stammende Konstruktion zu eigen gemacht, wonach die Strafe der Exkommunikation unmittelbar mit der Deliktsbegehung, *ipso iure*, eintrat – was zur Folge hatte, daß auch die mit der Exkommunikation verbundenen Strafen, insbesondere die Vermögenskonfiskation zum Zeitpunkt der Deliktsbegehung eintraten und folglich alle Vermögensveräußerungen, die nach der Deliktsbegehung stattgefunden hatten, unwirksam waren. Zum Einzug der Güter bedurfte es daher nur eines deklaratorischen Urteils.[54] Diese Konstruktion wurde von den spanischen Legisten auch für das weltliche Majestätsdelikts übernommen.[55]

c) Qualifizierte Todesstrafe und Bestattungsverbot

In den weiteren Kontext der Leichnamsstrafen fallen auch solche Strafen, die am Lebenden vollstreckt, aber nach dem Eintritt des Todes fortgesetzt werden, etwa daß der Täter nach dem Erhängen noch den wilden Tieren zum Fraß vorgeworfen wird. Solche qualifizierten Todesstrafen gab es schon im römischen Recht, so daß die spanischen Legisten daran anknüpfen konnten.

[50] Carpzov, Practica nova, pars 3, q. 131, num. 7-10 (p. 325f). Vgl. Lebigre, Quelques aspects, p. 8. Olivia F. Robinson, The Criminal Law of Ancient Rome, London 1995, p. 16. – Die Erben wurden im klassischen Recht durch eine Quotenregelung geschützt. Außerdem konnten sie eine Haftung durch Nachweis der Unschuld oder durch Genugtuung (D. 48, 4, 11: *„nisi a successoribus purgetur"*) abwenden.

[51] Vgl. dazu meine in Arbeit befindliche Dissertation.

[52] Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 256, 590, 592, 772; Lebigre, Quelques aspects, p. 8, 56f.

[53] Vgl. D. 5, 1, 74, 2. Brecht S. 204f, 222ff.

[54] Vgl. etwa Gómez, Comm. var. res. lib. 3, cap. 2, num. 1 (p. 444). Von der Konfiskation waren nur zukünftige Güter (*bona futura*) und unter strengen Voraussetzungen einige bedingte Rechte (*iura conditionalia*) ausgenommen, ebd. cap. 14, num. 1-2 (p. 557).

[55] Ebd. cap. 2, num. 11 (p. 448).

Dazu gehört auch das Verbot der kirchlichen Bestattung. Schon aus einer Ulpianstelle in einem Digestentitel mit der Überschrift *De cadaveribus punitorum* geht hervor, daß die Auslieferung des Leichnams eines Hingerichteten in Fällen der Majestätsverletzung einer richterlichen Erlaubnis bedurfte.[56] War ein Verbannter im Exil gestorben, durfte er nicht im Bannkreis bestattet werden, solange die Bannfrist noch lief.[57] Das kirchliche Recht bestimmte, daß die Gebeine eines auf einem kirchlichen Friedhof bestatteten Exkommunizierten exhumiert und hinausgeworfen werden sollten, sofern sie unterschieden werden konnten.[58]

d) Freigabe zur anatomischen Forschung

Schließlich konnte der Richter auch anordnen, daß der Leichnam des Täters den Medizinern oder Chirurgen zur anatomischen Forschung freigegeben wird (*„tradi medicis, & chirurgicis ad anatoniam faciendam"*). Der Richter, so Gómez, begehe kein Unrecht, wenn er für das Wohl des Gemeinwesens und gegen das Interesse eines Einzelnen entscheide.[59] Die Freigabe des Körpers versteht Gómez, wie der Zusammenhang zeigt, als Konfiskation (des toten Körpers), die zur Strafe gehört. Die Interessenabwägung und das Staatswohl sind daher wohl nur als zusätzliches Argument, nicht als hinreichende Begründung gedacht.

IV. Umdeutung und Überwindung der Leichnamsstrafe im 18. Jahrhundert

Wir erinnern uns, daß die Leichnamsstrafe in den Religionskriegen des 17. Jahrhunderts einen erheblichen Aufschwung erlebte. Dieser war nicht nur quantitativ, sondern ging auch einher mit einer Inflation der zugelassenen Delikte. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung wurde dabei weitgehend zu einem Resümee der Praxis. Zwischen 1659 und 1737 war das Thema *„de iure circa cadavera punitorum"* mehr als ein Dutzend Mal Thema von juristischen Dissertationen an deutschen Universitäten.[60]

Aber auch in den wissenschaftlich geprägten Strafrechtslehrbüchern zeichnet sich ein neuer Umgang mit der Leichnamsstrafe ab. Die spanische Naturrechtslehre des 16. Jahrhunderts hatte mit der Verknüpfung von römischem und kanonischem Recht bereits die Weichen für die weitere Diskussion der Leichnamsstrafe gelegt, sowohl was die Kritik als auch was die Zulassung von Ausnahmen angeht. Im 18. Jahrhundert wird das Personalitätsprinzip der Strafe weiter gefestigt. Die Leichnamsstrafe verschwindet aber noch lange nicht von der Bildfläche. Es läßt sich beobachten, wie zunächst das von Gómez und Vázquez de Menchaca aus der Kanonistik entwickelte Abschreckungsargument aufgegriffen und verselbständigt wird, bis in der zweiten

[56] D. 48, 24, 1.
[57] D. 48, 24, 2. Zum Ganzen vgl. Gómez, Comm. var. res. lib. 3, cap. 14, num. 8 (p. 562). Vázquez, Contr. Illustr. lib. 3, cap. 96, num. 10 (p. 256a).
[58] X 3, 24, 12.
[59] Gómez, Comm. var. res. lib. 3, cap. 14, num. 9 (p. 562).
[60] Brückner, HRG II, Sp. 1813.

Jahrhunderthälfte die Aufklärungsphilosophie diese Argumentation überwindet und das Phänomen der Leichnamsstrafe wieder grundsätzlich in Frage stellt.

1. Die Personalität der Strafe

Der Grundsatz der Personalität der Strafe, wie er von der Spanischen Naturrechtslehre vorgebildet worden war, gelangt über Hugo Grotius in die Aufklärungsphilosophie.

a) Luigi Cremani

Die Konsequenzen des Personalitätsprinzip werden zuerst für die Körperstrafe gezogen. Von Bedeutung ist hier insbesondere Luigi (Aloys) Cremani (1748-1838). Dieser aus Arezzo stammende italienische Jurist, der in Pisa u.a. bei Giovanni Maria Lampredi studierte und ab 1775 für ca. 20 Jahre Professor in Pavia war, verfaßte neben einer Geschichte des Strafrechts (*De varia iurisprudentia criminali apud diversas gentes, eusqe casis, oratio habita in Regio Caesareo Ticinensi Gymnasio*, Pavia 1776) auch einen der vier wichtigsten strafrechtlichen Traktate der italienischen Aufklärung: *De iure criminali*, zuerst zweibändig 1779 in Lucca, dann dreibändig 1791-93 in Pavia erschienen. Darin stützt sich Cremani sowohl auf die Naturrechtslehre von Grotius und Pufendorf als auch auf die italienische Aufklärungsphilosophie, insbesondere auf Gaetano Filangieri, mit dem er bis zu dessen frühen Tod einen intensiven Briefwechsel pflegte. Neben seiner wissenschaftlichen Laufbahn war Cremani, der 90 Jahre alt wurde, auch Staatsmann. In den neunziger Jahren geriet er in die Wirren des napoleonischen Krieges, wo er als Vertreter des alten Regimes die Interessen der Restauration vertrat.[61]

Nach Cremani setzt Strafe ein Verdienst (*meritum*) voraus, das persönlich aus dem Willen, dem Vorsatz des Delinquenten entspringt. Er nennt dafür einige Grundätze, für die er sich auf Grotius beruft, die sich aber zumeist schon in den römischen Quellen finden. Eine stellvertretende „Strafe" ist damit ausgeschlossen, also die Strafe für den Vater, den Sohn oder andere verbundene Personen.

„Vulgatum, atque in ore, et sermone omnium est, delictum sequi poenam. Quorum verborum sensum ut perfecte assequamur, praemittendum est, quid proprie sit mereri. Nemo enim, auctore Grotio, puniendus, nisi ob meritum.... Haec cum ita sint, tria facile intelliguntur animadversione dignissima. Primum est poenas non infligi nisi ob meritum, quod quidem personale est ex animo, proposito, et voto eius, qui deliquit, ortum habens: quo sepctant illa: noxa capit sequitur; ibi est poena, ubi et noxa est; peccata suos tenent auctores, nec ulterius progreditur metus, quam reperiatur delictum. Qua omnia eo recidunt, ut delicti immunem ob delictum alterius, puta patris, filii, coniugis punire non liceat, nec reo unquam permittendum sit alterum substituere, qui poenam pro eo subeat."[62]

[61] Dizionario Biografico degli Italiani, ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma ab 1960, Bd. 30, p. 593ss.
[62] Aloys Cremani, De iure criminali libri tres, vol. 1, pars 2, cap. 1, num. 4 (altera editio Italica, Maceratae 1834, p. 156)

Aus diesem Grundsatz folgt nach Cremani, daß die Strafe weder gegen den Toten, gegen den sie verhängt wurde, noch gegen seine Erben vollstreckt werden darf. Jedenfalls für die Körperstrafe sei dies offensichtlich, während Cremani bei den Ehr- und Vermögensstrafen noch auf die gemeinrechtlichen Ausnahmen hinweist.

„Ex eo, quod poenae ob meritum infligantur, sequitur eo mortuo, in quem poena constituenda erat, ipsam poena desinere, nec ad heredem transire, qui in meritis, quae mere personalia sunt, personam defuncti non refert. Quod de poenis, quibus corpus afficitur, aut vita tollitur, manifestum magis est, quam probatione egeat: dubitatio oritur circa poenas, quibus bona adimuntur..."[63]

b) Kant und Hegel

Die Personalität der Strafe folgt für die Aufklärungsphilosophie aus dem Strafzweck der Wiedervergeltung, für den Immanuel Kant und Georg Wilhelm Friedrich Hegel genannt seien. In Kants berühmter Steller zur absolten Straftheorie heißt es:

„Richterliche Strafe... kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt."[64]

Der Zusammenhang wird deutlicher bei Hegel: Weil Strafe Wiedervergeltung des Verbrechens ist, das Verbrechen aber der besondere Wille des Verbrechers ist, kann Strafe nur bedeuten, den Willen des Verbrechers aufzuheben, zu zeigen, daß dieser besondere Wille, der das Recht negiert hat, nicht gilt, sondern der allgemeine, an sich seiende Wille des Gesetzgebers.[65] Strafe ist damit begrifflich auf die Person des Täters bezogen und beschränkt.

2. Der Präventionsgedanke bei Beccaria, Filangieri und Cremani

a) Der Abschreckungszweck und die Verhältnismäßigkeit der Strafe

Doch die Personalität der Strafe hatte es nicht leicht, gegen den Präventionsgedanken zu bestehen, der im 18. Jahrhundert die Diskussion um die Strafbegründung beherrscht. Die Abschreckung erhält im 18. Jahrhundert den Vorrang vor allen anderen Strafzwecken. Der berühmte italienische Aufklärer Cesare Beccaria (1738-1794), hat dies in seinem Hauptwerk, *Dei delitt e delle pene*, 1764 formuliert.

„Der Zweck der Strafen kann somit kein anderer als der sein, den Schuldigen daran zu hindern, seinen Mitbürgern abermals Schaden zuzufügen, und die anderen

[63] Ebd. pars 2, cap. 3, num. 2 (p. 379f).
[64] Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre E. ed. Weischedel, Darmstadt 1963, S. 453.
[65] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 97ff, Hamburg 1999, S. 93ff.

davon abzuhalten, das gleiche zu tun. Diejenigen Strafen also und diejenigen Mittel ihres Vollzugs verdienen den Vorzug, die unter Wahrung des rechten Verhältnisses zum jeweiligen Verbrechen den wirksamsten und nachhaltigsten Eindruck in den Seelen der Menschen zurücklassen, für den Leib des Schuldigen hingegen so wenig qualvoll wie möglich sind."[66]

Auch Gaetano Filangieri (1752-1788), der sich dem Strafrecht in dem 1783 erschienenen dritten und vierten Band seiner *Scienzia della legislazione* widmet, hält nicht die Vergeltung vergangenen Unrechts, sondern die Prävention für den Endzweck der Strafe, wobei am Schluß deutlich wird, daß diese Zweckbestimmung die Strafgewalt einschränken soll, indem sie endlich die Wirkung der Strafe auf die Gesellschaft berücksichtigt.

„Wenn die Gesetze strafen, haben sie blos die Geselschaft und nicht den Verbrecher vor Augen; dann leitet sie blos das Beste des Ganzen und nicht Privathaß; dann suchen sie blos ein Beyspiel zu geben für die Zukunft, und nicht, Rache zu nehmen fürs Vergangene... Der Endzweck der Gesetze, wenn sie Verbrechen bestrafen, kan also kein anderer seyn, als den Verbrecher von fernerer Beunruhigung der Gesellschaft abzuhalten; und andere von der Nachahmung seines Beyspiels durch den Eindruck abzuschröcken, den die an ihm vollzogene Strafe auf ihr Gemüth machen soll... Jene Strafen sind folglich die vorzüglichsten, welche, obgleich immer in dem nöthigen Verhältnis mit dem Verbrechen, durch den kleinest möglichen Schmerz des Uebertreters, den gröstmöglichen Abscheu vor Missethaten, und die gröstmögliche Furcht bey solchen hervor bringen, die sich könnten dasselbe Verbrechen gelüsten lassen. Wenn daher der Gesetzgeber Strafen für die verschiedenen Arten Verbrechen vestsetzt, so darf er sich keinen höhern Grad von Strenge erlauben, als zur Unterdrückung der schlimmen Leidenschaft nöthig ist, welche dieß oder jenes Verbrechen hervorbringt..."[67]

b) Die Kritik der Abschreckungswirkung qualvoller Todesstrafen

Filangieri geht auf dieser Grundlage mit den qualvollen Leibes- und Lebensstrafen seiner Zeit hart ins Gericht. Er spricht sich für eine „behutsame" Anwendung der Todesstrafe aus, wobei er sicher auch die qualifizierten Todesstrafen im Blick hat, wenn er gegen den Gebrauch einiger Länder wettert:

„Man schaffe alle iene unmenschlichen Lebensstrafen ab, die noch bey einigen Völkern üblich sind, welche sich ihrer menschenfreundlichen Sitten rühmen, aber in ihren peinlichen Gesetzbüchern noch Barbaren sind; die Gerechtigkeit schäme sich, sich in den Mantel der Tyranney zu hüllen, wenn sie ihre Schlachtopfer zum Richtplatz führt."[68]

Dabei sieht Filangieri auch, daß qualvolle Strafen nicht unbedingt eine abschreckende Wirkung haben müssen, sondern durch das Mitleid der Menge sogar kontraproduktiv sein können.

[66] Cesare Beccaria, Über Verbrechen und Strafen, nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und hrsg. von Wilhelm Alff, Frankfurt am Main 1966, cap. 12 (S. 74).
[67] Caietan Filangieri, System der Gesetzgebung, 4. Band, [übersetzt von G. C. R. Link und hrsg. von J. E. Siebenkees], 2. Auflage, Anspach 1790, S. 18ff.
[68] Ebd. S. 53.

„der Gesetzgeber überzeuge sich, daß die ausgesuchtesten Qualen zu nichts weiter dienen, als die Menschen wider die Gesetze zu erbittern, ohne sie zu bessern; daß sie die Wirkung der Strafe schwächen, anstatt sie zu verstärken; daß sie vielmehr Mitleid mit dem Verbrecher erwecken, als Abscheu gegen sein Verbrechen; daß sie vielmehr Beyspiele von Grausamkeit geben, anstatt der wohlthätigen Belehrungen der Gerechtigkeit; er überzeuge sich endlich, daß eine Execution von iener Art nimmermehr vom Publikum wird gebilligt werden; daß eine Execution, die die Stimme des Publikums nicht gut heist, ohne Nutzen ist; und daß eine unnütze Execution auch immer ungerecht ist, weil die Absicht, die das Gesetz bey der Strafe hat, nicht darin besteht, die Gesellschaft wegen der ihr vom Verbrecher zugefügten Beleidigung zu rächen, sondern blos sie vor weiterm Schaden zu sichern, der ihr, wenn iener ungestraft bliebe, zuwachsen könnte."[69]

c) Das Lob der Ehrenstrafe

Als Ehrenstrafe haben die Totenstrafen für Filangieri aber dennoch einen wichtigen Platz im Strafrechtssystem. Für die Bedeutung und Berechtigung der Ehrenstrafen führt er zu Beginn das Beispiel der Ägypter an, bei denen jedermann, wie geehrt er auch zu Lebzeiten war, sich nach seinem Tod beim Übersetzen über den Nil auf die Seite der Totenstädte einem Gericht stellen mußte. Diese Sitte beweist nach Filangieri die *„hohe Denkungsart"* der Ägypter, die nicht nur auf die physische, sondern auch auf die moralische Existenz des Menschen achtgegeben habe. Eine solche Meinung *„bietet der geschickten Hand des Gesetzgebers die wirksamsten Mittel dar, um die Menschen von Verbrechen abzuhalten"*.[70]

Freilich machen Ehrenstrafen nur Sinn, wenn sie der Denkungsart der Gesellschaft entsprechen, wie Filangieri an den Duellgesetzen demonstriert, die beide Duellanten der Infamie unterwarf:

„Was wirkte nun dieses Gesetz? Die Zweykämpfe waren eben so häufig, als zuvor. Die Opinion des Publikums wollte nichts von der Infamie, die das Gesetz verordnet hatte, wissen... Das Gesetz vermag also keineswegs, die Ehrlosigkeit zu bestimmen; es bleibt ihm nichts übrig, als sie bekannt zu machen."[71]

Auch Cremani verweist auf die Beeindruckung des Volkes. Die *damnatio memoriae*, das Aufhängen des entseelten Körper, die Infamie, die Verbrennung oder Geißelung eines Bildnisses, der Verzehr des Leichnams durch wilde Tiere, so schreibt Cremani, seien zwar eigentlich unnütz, wenn man die Sache ernst betrachte, dienten aber dazu, die Seele der einfachen Leute aufzurütteln, die es im Volks reichlich gebe, und sie durch solche Spektakel von ähnlichen Verbrechen abzuschrecken.

„Nec abs re videtur subjungere nullibi Imperatorem constituisse, vel ut memoria defuncti damnetur; vel ut ejus exsangue corpus suspendatur, nudumve omnibus infamiae caussa spectandum praebeatur; vel ut effigies damnati igne comburatur, consumaturve a canibus; vel ficta rei imago flagellis caedatur; vel alia ejusmodi commentitia supplicia irrogentur, quae quidam inutilia, ac propria dumtaxat eorum

[69] Ebd. S. 54.
[70] Ebd. S. 58ff.
[71] Ebd. S. 76f.

esse ajunt, quibus ludere in re seria volupe est; alii vero defendunt quasi ideonea ad criminis horrorem in animis imperitorum excitandum, quibus vulgus abundat, quique spectaculis vehementer percelluntur, quin aliquid amplius secum persaepe cogitent."[72]

Seine Äußerung zur abschreckenden Wirkung der Leichnamsstrafen liest sich jedoch eher wie eine Darstellung der Praxis; eine Stellungnahme zugunsten der Ehrenstrafen ist wohl nicht gemeint.

3. Der Legitimationsversuch Böhmers

Der Abschreckungsgedanke wird aber im 17. und 18 Jahrhundert für die Legitimation der Leichnamsstrafe erst voll zur Geltung gebracht, indem die Leichnamsstrafe aus dem Kontext der Tierstrafe gelöst wird. Besonders gut läßt sich dies bei dem u.a. in Halle wirkenden Strafrechtler Johann Samuel Friedrich Böhmer (1704-1772) nachlesen, einem der vier Söhne des bekannteren Justus Henning Böhmer. Seine *Elementia jurisprudentiae iuris* waren das wichtigste Strafrechtslehrbuch nach Carpzov.

Auch Böhmer leitet seine kurze Darstellung jeweils mit einem Hinweis darauf ein, daß die Kriminalstrafe für ein Verdienst auferlegt wird und daher nur Schuldige treffen darf.

„Tollitur inquisitio morte inquisiti naturali... Quum enim persecutiones criminales ideo suscipiantur, ut nocens poenam promeritam sustineat, innocens ab eadem absolvatur... eos tantum puniendos esse, qui ipsi deliquerunt."[73]

a) Lösung aus dem Kontext der Tierstrafe

Das hindert Böhmer freilich nicht daran, die „Strafen" an Tieren und Sachen zu legitimieren. Die Tötung des Tieres bei Sodomie sei keine „Strafe" des Tieres, sondern finde statt, damit das Andenken an das Verbrechen getilgt werde, was, so Böhmer weiter, auch der Grund für die Vollstreckung der Strafe am Bildnis sei.

„Nec in crimine sodomitico brutum punitur, sed memoriae abolendae caussa e medio tollitur. Eodem modo licet aliquando aedificia, in quibus crimen commissum, ob criminis enormitatem diruenda sint... tamen ita proprie in res inanimatas nihil statuitur, quod poenam spirare potest..."[74]

Ebenso bemerkte Benedikt Carpzov, daß die Tötung des Tieres bei Sodomie nicht wirklich eine „Strafe" sei, sondern eine Maßnahme, die dem Anstandsgefühl des Menschen entspringe. Es wäre nämlich ungeziemend, das irrationale Tier am Leben zu lassen, während der rationale Mensch getötet würde.

„Pecora inde credendum est jussa interfici, quia tali flagitio contaminata indignam refricant facti memoriam, c. mulier. 15. quaest. 1. Neque enim animantia bruta in crimine hoc Sodomiae ob peccatum commissum puniuntur, sed quia

[72] Cremani, De iure criminali, vol. 1, pars 2, cap. 3, num. 8 (p. 383f)
[73] Johann Samuel Friedrich Böhmer, Elementia jurisprudentiae criminalis, sect. 1, § 344, sect. 2, § 12 (editio tertia, Halae 1743, Goldbach 1996, p. 231f, 258)
[74] Böhmer, Elementia, sect. 2, § 12 (p. 258). Vgl. sect. 1, § 307 (p. 204).

instrumenta fuere socia, cum quibus homines nefandissimum perpetrarunt nefas, unde et ipsi morte horrendi plectuntur, aequum est, ut et illa ceu instrumenta cum homine simul plectantur. Indignum siquidem et odiosum esset, tale brutum irrationabile vivere, atque in conspectu hominum versari, ob quod misera morte periisset homo rationalis..."[75]

Rationaler formulierte es Hugo Grotius, indem er die Tötung des Tieres einfach als Ausübung des Rechts über das Tier betrachtete.[76]

b) Verselbständigung des Abschreckungsgedankens

Die Leichnamsstrafe wird hingegen nicht mehr unmittelbar in den Kontext der Tier- und Sachstrafen eingereiht und damit nicht mehr magisch, sondern nur noch über die Abschreckung begründet.

So schreibt Benedikt Carpzov, die „Bestrafung" des menschlichen Leichnams sei zwar eine direkt gegen einen „Unschuldigen" gerichtete Handlung, doch nicht eine „Strafe" im eigentlichen Sinne, sondern zum Zweck eines Exempels für andere.

„Nihilominus tamen, ratio quaedam animadversionem in cadavera Reorum delinquentium defendit; quo nempe recordatione istius poenae, a delinquendo caeteri facilius abstineant: Inter alias namque poenarum causas, haud minima est exemplum et memoria punitionis, ut alii similibus a peccatis, quae prohiberi publice interest, metu cognitae poenae deterreantur, nec in mores abeant maleficia."[77]

Daß Carpzov die Mißhandlung des Leichnams nicht ausschließt, bedeutet keine Ausdehnung des Strafbegriffs auf Sanktionen gegen Gefühlslose. Auch nach Carpzov endet das Verbrechen mit dem Tod des Delinquenten. Aber die „Bestrafung" des Toten kann doch noch den Zweck der Abschreckung erfüllen, den die Strafe neben der Vergeltung auch hat.

Die Loslösung aus dem Kontext der Tierstrafe wird wiederum bei Böhmer besonders deutlich. Im Anschluß an die oben zitierte Begründung zur Tier- und Bildnisstrafe stellt Böhmer nämlich fest, daß im Gegensatz dazu die Leichenstrafe dem Heil des Staates und zur Abschreckung anderer dient.

„Quia poro poena salutem civitatis intendit... et haec imprimis iubet, ut terror aliis poenae inflictione iniiciatur."[78]

c) Das Extraordinarverfahren

Der Abschreckungsgedanke wird verfahrensmäßig mit dem Extraordinarverfahren verbunden. Böhmer zufolge kann gegen den Toten zwar kein ordentliches Strafverfahren mehr geführt werden, aber bei Schwerstverbrechen kann eine Strafe *„extra ordinem"* am Leichnam vollstreckt werden.

[75] Carpzov, Practica nova, pars 2, q. 76, num. 33 (p. 275), vgl. pars 3, q. 131, num. 16 (p. 326).
[76] Grotius, De iure belli, lib. II, cap. 21, num. 11 (p. 546f).
[77] Carpzov, Practica nova, pars 3, q. 131, num. 30 (p. 328), vgl. ebd. num. 27ff, q. 141, num. 1ff (p. 435ff)
[78] Böhmer, Elementia, sect. 2, § 13 (p. 259).

„contra mortuum vero regulariter sententia statui nequeat... sua sponte fluit, processum criminalem ordinarie contra mortuum nec locum habere, nec coeptum ulterius currere... In quibus criminibus econtra extra ordinem in mortuum quid statui potest."[79]

Böhmer unterscheidet dabei die Fälle der außerordentlichen Leichnamsstrafe von der fortgesetzten Vollstreckung einer qualifizierten (ordentlichen) Todesstrafe.

„in iis quoque adversus reum persecutio criminalis suscipi, vel suscepta continuari potest..." „consequitur, ut poena ordinarie quidem vivo, quandoque tamen mortuo reo quoque dictari possit."[80]

Mit dieser Unterscheidung wird die Leichnamsstrafe im engeren Sinne aus dem ordentlichen Strafverfahren und damit auch aus dem engeren Bereich des Strafrechts herausgenommen. Außerhalb dieses engeren Strafrechts, in dem das Schuldprinzip und der Grundsatz der Personalität der Strafe uneingeschränkt gelten, wird jedoch ein Bereich eines außerordentlichen Strafrechts angesiedelt, der diesen Grundsätzen nicht folgt, wie überhaupt das *crimen laesae maiestatis* nicht den Grenzen des ordentlichen Verfahrens unterstellt war. Wie die Tat, so durfte auch das Verfahren alle Grenzen sprengen.[81]

4. Die praktische Kritik Quistorps

a) Das Bemühen um Verfahrensgarantien

Während das Extraordinarverfahren grundsätzlich keinen Regeln folgte, wurde mit zunehmender Kritik an der Leichnamsstrafe versucht, auch sie gewissen Verfahrensgarantien zu unterwerfen. Dieses Bemühen prägt den Abschnitt über die Leichnamsstrafe in den „Grundsätzen" von Johann Christian Edler von Quistorp (1737-1795). Der königlich-schwedische Oberappellationsrat und Rostocker Professor geht überhaupt nicht auf die zu seiner Zeit schon fragwürdige Begründung der Leichnamsstrafe ein, sondern geht mit der Praxis seiner Zeit von der Zulässigkeit dieser Strafe aus. Allerdings will er die Leichnamsstrafe nur unter sechs verfahrensmäßigen Voraussetzungen zulassen:

„Man erfordert nämlich, daß die Untersuchung der Missethat gehörig geschehen, und der Urheber dieselbe entweder bekannt habe, oder er auch derselben überwiesen sey; daß die Gesetze der begangenen Missethat wegen die Todesstrafe bestimmen; daß noch ein peinliches Verfahren zulässig sey, und solches nicht wegen der bereits vorhandenen Verjährung, oder erfolgten Abolition wegfalle; daß keine solche Milderungsgründe erweislich vorhanden sind, um derentwillen die Todesstrafe nicht würde haben statt finden können (Man pflegt daher dem verstorbenen Missethäter eine Vertheidigung zu gestatten...); daß die häufige Begehung des Verbrechens die Stiftung eines besonderen Denkmals erfordere; daß endlich die Vollziehung der Strafe nach

[79] Böhmer, Elementia, sect. 1, § 344f (p. 231).
[80] Ebd. sect. 1, § 344f (p. 232), sect. 2, § 13 (p. 259).
[81] Vgl. Rüping, Strafrechtsgeschichte, Rdnr. 169.

dem Tode sich auf das Erkenntnis der Oberrichter, oder der Rechtsgelehrten gründe..."[82]

b) Die ehrenrührige Bestattung

Liegt zwar ein Urteil vor, stirbt der Verbrecher aber vor dessen Vollstreckung, so ist eine Vollziehung der Strafe am Leichnam aber ebenfalls nicht mehr möglich. Quistorp hält nur eine ehrenrührige Bestattung für zulässig und beruft sich dafür auf das Abschreckungsargument:

„man pflegt jedoch überhaupt einen solchen Verbrecher... nicht auf den Gottesacker, sondern durch den Büttel an einem andern Ort, jedoch nicht auf eine eselmäßige Art und Weise einscharren zu lassen, indem die gemeine Wohlfahrt erfordert, daß, weil an dem Körper des Verbrechers keine Strafe statt finden kann, doch wenigstens dessen Begrabung auf eine solche Art geschehe, welche bey den Lebenden einen ernsthaften Eindruck machen, und einen Abscheu vor der von jenem verübten schweren Missethat wirken kann."[83]

Es wäre falsch, wollte man Quistorp aufgrund des Abschreckungsargumentes als Befürworter der Leichnamsstrafe auf eine Linie mit Carpzov und Böhmer stellen. Quistorp versucht keine Legitimation der Leichnamsstrafe, sondern setzt sie als Faktum voraus. Seine Kritik ist unterschwellig, aber sehr wirksam. Zum einen macht er die Leichnamsstrafe von der Einhaltung eines Verfahrens abhängig, das unter Wahrung der Verteidigungsrechte die Schuld des Toten feststellen soll. Quistorp adressiert also seine Kritik direkt an den Richter, der ja über die Verhängung einer Leichnamsstrafe zu entscheiden hatte. Zum anderen erlaubt er aber selbst dann, wenn der Täter vor seinem Tod rechtskräftig verurteilt wurde, nicht etwa die Mißhandlung des Leichnams, sondern nur die ehrenrührige Bestattung. Die aber trifft jeden in der Untersuchung verstorbenen Täter, so daß die Leichnamsstrafe als außerordentliche Maßnahme ganz ihren besonderen Anwendungsbereich verliert. Quistorps Kritik geht also viel weiter als es auf den ersten Blick aussieht. Sie mündet letztlich in der Abschaffung der Leichnamsstrafe in ihrer eigentümlichsten Form der Ersatzkörperstrafe. Zulässig bleibt nur eine Ehrenstrafe, wie sie auch Filangieri vertreten hatte.

c) Die Rationalisierung der Bildnisstrafe

Quistorp legt den Abschreckungsgedanken schließlich auch der Bildnisstrafe zugrunde:

„Damit dem Endzweck der Strafe ein Genüge geschehe, und andere abgehalten werden, daß sie nicht durch ähnliche Verbrechen die Ruhe und Sicherheit des Staats stöhren und ihre Pflichten verletzen, schreitet man, wiewohl selten, zu der Vollstreckung der verwirkten Strafe an dem Leichnam, oder dem Bildniß des abwesenden Missethäters."[84]

[82] Quistorp, Grundsätze, § 94.
[83] Ebd.
[84] Ebd. § 93.

Diese Entwicklung kommt nicht von ungefähr. Die Bildnisstrafe hatte häufig nicht mehr den Charakter eines magischen Rituals, in dem das Bild stellvertretend für den Täter gehängt wurde, sondern sie drückte sich, weitaus rationaler, in der Entehrung des Geflohenen aus. So berichtet Quistorp:

„Anstatt der Strafe im Bildniß, die man gewöhnlich nur am Galgen vollziehet, pflegt man sich auch zuweilen, besonders bey Deserteurs, damit zu begnügen, daß man die Namen der Verbrecher, mit Beschreibung ihres Unfugs, am Galgen schläget und sie für ehrlos erklärt... An dem Ort, wo die Vollziehung der Strafe im Bildniß geschehen, pflegt man zuweilen einen Schandpfahl zu errichten, auch die Ehrendenkmäler und Wappen der Entflohenen zu zernichten."[85]

Mit dem Abschreckungsgedanken wurde also auch bei der Bildnisstrafe die Magie von rationaler Argumentation abgelöst.

5. Kleinschrods Widerlegung der Leichnamsstrafe

Wie gesehen, war in der Diskussion um die Leichnamsstrafe bis in die 80er Jahre des 18. Jahrhunderts der Abschreckungsgedanke vorherrschend. Das Beispiel Quistorps hat aber gezeigt, daß es nicht nur für eine Legitimation der Leichnamsstrafe im eigentlichen Sinne, sondern auch für die ehrenrührige Bestattung verwendet werden konnte.

Erst 1794, wenige Jahre bevor Kants *Metaphysik der Sitten* dem Abschreckungsdenken im Strafrecht ein Ende setzte, stellte der Würzburger Professor und Hofrat Gallus Aloys Kleinschrod (1762-1824) in seiner *Systematischen Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung* die Abschreckungswirkung der Leichnamsstrafe auch in tatsächlicher Hinsicht in Frage. Ihrer klaren Gedankenführung wegen verdienen seine Ausführungen, hier weitgehend im Originaltext wiedergegeben zu werden.

Kleinschrod fragt nach der Nützlichkeit und Gerechtigkeit solcher Strafen.

„Es versteht sich von selbst, daß diebey kein anderer Zweck als Abschreckung des Publikums gedenkbar ist. Aber es fragt sich: kann man von Bestrafung der Todten Abschreckung der Lebendigen erwarten? und ist man sie auf diese Art zu bewirken berechtigt? Ich glaube beyde Fragen mi Nein beantworten zu können."[86]

a) Die Widerlegung der Nützlichkeit

Die Nützlichkeit der Leichnamsstrafe, d.h. ihre Abschreckungswirkung, widerlegt Kleinschrod mit drei Argumenten. Erstens funktioniert die Abschreckung mit einer nach dem Tod eintretenden Ehrenstrafe nur, wenn ein entsprechendes Ehrgefühl in der Bevölkerung vorhanden ist:

[85] Ebd.
[86] Kleinschrod, Systematische Entwickelung, 3. Theil, § 91 (S. 160ff).

„der größere Theil des Volks hat kein so feines Gefühl von Ehre, daß er sich dadurch von Verbrechen sollte abhalten lassen, wenn er auch befürchten müßte, nach dem Tode noch beschimpft und bestraft zu werden. Wenn auch gleich jeder Mensch auf seine Ehre hält, so lange er lebt, und jeder auf die geringste Kränkung derselben aufmerksam ist; so bekümmert sich doch der größte Theil der Menschen nicht darum, was man nach seinem Tode mit seinem Leichname machen möge. Bey den meisten Menschen ist der Drang nach Leidenschaften und deren Befriedigung größer, als der Wunsch, seine Ehre auch nach dem Tode zu erhalten, sein Andenken frey von aller Beschimpfung zu wissen... Wenn sich nur meine Leidenschaft befriedigt, mir diesen oder jenen Nutzen verschafft habe, denken die meisten Verbrecher, was bekümmert es mich, was man nach dem Tode mit meinem Leichname machen wird."[87]

Zweitens ist, ein entsprechende Ehrgefühl unterstellt, die Abschreckungswirkung von Leichnamsstrafen gar nicht meßbar, da schon die Ehrenstrafen an Lebenden zu einer maximalen Abschreckung führen.

„Es ist zwar gar nicht zu läugnen, daß es viele Menschen giebt, denen am Nachruhme und der Erhaltung eines guten Namens gelegen ist. Aber diese werden sich ohnedies von Verbrechen enthalten. Sie werden, solange sie leben, sich vor den Strafen also auch vor den Missethaten hüten, weil sie durch die Begehung der letztern befürchten müssen, daß ihr guter Namen befleckt werde. Bey solchen sind die Strafen gegen Lebende ein hinlänglicher Abhaltungsgrund von verbotenen Handlungen. Und sollten sie diese Wirkung nicht haben, so werden ohne Zweifel die Drohungen einer Strafe gegen Todte noch weniger zu bewirken fähig seyn."[88]

Schließlich zeigen also Strafvollstreckungen an Toten nicht die Macht, sondern die Ohnmacht des Staates. Sie sind also nicht nur unnütz, sondern sogar kontraproduktiv.

„Strafen gegen Todte sind gewöhnlich ein Schauspiel für den Pobel; und der Staat, der sie vollzieht, giebt seine Ohnmacht dadurch zu erkennen. Weil man den Verbrecher nicht bey dessen Leben strafen konnte, so will man doch wenigstens an seinem Andenken oder Leichname Rache ausüben."[89]

Man vermag in diesen Zeilen deutlich den Einfluß Filangieris zu spüren. Dessen Argumentation gegen die Abschreckungswirkung der qualvollen Todesstrafen wird im Grunde nur auf die Leichnamsstrafe übertragen. Von der Nutzlosigkeit der Leichnamsstrafe hatte auch Cremani schon gesprochen. Dennoch ist der Text Kleinschrods der erste, in dem die Berechtigung der Leichnamsstrafe direkt in vollem Umfang angegriffen wird.

b) Die Widerlegung der Gerechtigkeit

Kleinschrod bleibt bei dem Ergebnis der Nutzlosigkeit nämlich nicht stehen, sondern er hält die Leichnamsstrafe außerdem für ungerecht. Dafür stützt er sich auf den Strafbegriff, der die Abschreckung nur als Nebenmotiv beinhaltet. Dieser

[87] Ebd.
[88] Ebd.
[89] Ebd.

Strafbegriff ist, wie wir gesehen haben, schon lange bekannt, hatte sich aber bei den Leichnamsstrafen noch nicht konsequent durchgesetzt.

„Der einzige Zweck wäre Abschreckung; nun nehme ich... an, daß Abschreckung anderer nie der Hauptzweck der Strafen seyn, daß dieselbe nie die Größe der Ahndung, sondern nur die Art der Vollziehung bestimmen könne. Ich sehe nicht ein, warum hier eine Ausnahme von diesen Grundsätzen zu machen sey... So wenig man also Lebende strafen und beschimpfen darf, blos um Andere zu schrecken, eben so wenig wird dieß bey Todten erlaubt seyn."[90]

Umgekehrt leugnet Kleinschrod aber nicht, daß die Ehrung der Toten die Lebenden zu guten Taten anspornen kann. Dabei kommt schließlih der in der Aufklärung sehr wichtige Erziehungsgedanke ins Spiel:

„Der Staat muß vielmehr dadurch, daß er die Ehre der Todten schont, die Volksmeynung dahin zu leiten suchen, daß auch der rohere Theil desselben mehr Empfänglichkeit für den Nachruhm bekömmt, als er gegenwärtig hat. Man muß sich bemühen, diese so edle Leidenschaft anzufachen, die eine so fruchtbare Mutter großer Thaten ist."[91]

c) Übertragung auf die Bildnisstrafe

Diese Argumentation überträgt Kleinschrod auch auf die Bildnisstrafe:

„solche Bestrafungen beweisen die Ohnmacht des Staates, daß er nicht strafen kann. Sie sind mehr eine Unterhaltung und Belustigung des gemeinen Volks; an eigentliche Abschreckung wird wenig oder gar nicht gedacht. Also Strafen solcher Art setzen den Verbrecher nicht ausser Stande zu schaden, sie schrecken und befestigen das Ansehen der Gesetze nicht; also ist kein wahrer Zweck, kein Vortheil gedenkbar. Hat sich der Missethäter aus dem Lande geflüchtet, so ist er, so lange er abwesend ist, ausser Stande zu schaden, gesetzt also der Hauptzweck aller Strafe erreicht. Wozu soll also noch die Bestrafung im Bilde dienen?"[92]

d) Die Übernahme des Arguments durch Feuerbach und Grolman

Die gründliche Widerlegung der Leichnamsstrafe durch Kleinschrod verfehlte ihre Wirkung nicht. Das bedeutendste der folgenden Strafrechtslehrbücher, das 1801 erstmals erschienene *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* von Anselm von Feuerbach (1775-1833), folgt Kleinschrods Argument freilich noch nicht. Der Präsident des bayerischen Appellationsgerichts erklärt darin die Leichenstrafe noch als Symbol, womit er in der kanonistischen Tradition verbleibt, die Tier- und Sachverstrafen als Zeichen (*sacramenti*) zu verstehen.

[90] Ebd. § 92 (S. 162f). Vgl. auch 2. Theil, § 49 (S. 115).
[91] Ebd. 3. Theil, § 92.
[92] Ebd. 3. Theil, § 96 (S. 167).

„Die Vollstreckung am Leichnam oder im Bildnisse mag nur als besondere Form der Ehrlosigkeit auszusprechen oder als ein Symbol, dass dem drohenden Gesetze unter allen Bedingungen Genüge geschehen müsse, gerechtfertigt werden."[93]

Zwölf Jahre später hat er sich aber von der Zeichenhaftigkeit der Leichnamsstrafe gelöst. In seinem Kommentar zum Bayerischen StGB von 1813, das er als Staatsrat im Münchener Justizministerium maßgeblich mitgeprägt hat, erklärt er:

„Der Tod des Übertreters tilgt dessen Strafe. Bei jenen Strafen, welche die Person selbst und unmittelbar treffen, z.B. Leibesstrafen, versteht es sich von selbst, denn Vollstreckung am Leichnam oder Bilde eines todten Verbrechers sind eine fruchtlose Rache, welche selbst den Eindruck auf das Publikum verfehlt, wofür sie manche Gesetzbücher beibehalten haben."[94]

Auch Feuerbachs stärkster Gegner, der Gießener Professor Karl Ludwig Wilhelm von Grolman (1775-1829), wendet sich unter Berufung auf den Personalitätsgrundsatz gegen die Leichnamsstrafe:

„Die Strafe soll ein Uebel für den Strafbaren seyn. Der Unschuldige darf um des Strafbaren willen nicht leiden. Keine Strafe daher gegen Todte. Dass die Observanz mancher Orte bey schweren Capitalverbrechen Straf-Executionen an Todten zuläßt, ist zwar nicht unrechtlich, aber nicht gemeinrechtlich und auf jeden Fall verwerflich."[95]

6. Die Durchsetzung des Personalitätsprinzips bei den Vermögensstrafen

Damit war das Personalitätsprinzip aber erst für den Bereich der Ersatzkörperstrafen und der Ehrenstrafen durchgesetzt. Vermögensstrafen gegen den Toten wurden aber bis ins 19. Jahrhundert hinein noch ohne weitere Diskussion allein unter Berufung auf die römischen Quellen für zulässig gehalten.

a) Zivil- und Strafklagen bei Cremani

Cremani etwa nennt etliche Ausnahmen, in denen die Erben mit dem Vermögen des Toten haften. Einige davon gehören nach heutiger Anschauung zum Zivilrecht, wie Klagen auf Schadenersatz, sachverfolgende Klagen oder die Bereicherungshaftung. Aber auch die Geldstrafe, für die der Erbe nach der Streitbefestigung *(litis contestatio)* haftet, und die Vermögenskonfiskation bei Selbstmord nennt Cremani noch als Ausnahmen.[96]

[93] Anselm Ritter von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Auflage, hrsg. von C.J.A. Mittermaier, Giessen 1847, § 137, S. 236.
[94] Feuerbach, Kommentar zum Bayerischen StGB von 1813, Art. 138, zit. nach Brückner, HRG II, Sp. 1810f.
[95] Karl von Grolman, Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft, 4. Auflage, Gießen 1825, § 150 S. 153f.
[96] Cremani, De iure criminali, vol. 1, pars 2, cap. 3, num. 3-7 (p. 381ff).

b) Urteil und ipso iure-Strafe bei Feuerbach und Grolman

Die folgenden Autoren nehmen den Bereich des Zivilrechts gar nicht mehr in die Erörterung auf. Feuerbach und Grolman kennen aber immerhin noch beide Ausnahmen des gemeinen Rechts, in denen Geld- bzw. Vermögensstrafen nach dem Tod des Straftäters nicht erlöschen, sondern gegen den Erben vollstreckt werden können. So heißt es bei Feuerbach:

„Eine Strafe, die nicht zugleich als öffentliche Schuld auf dem Eigenthume des Verbrechers haftet, geht nie auf die Erben über. Nur Vermögensstrafen, wenn entweder a. der Verbrecher schon bei seinen Lebzeiten verurtheilt worden, oder b. das begangene Verbrechen ein solches ist, bei welchem, nach den Gesetzen, in dem Augenblicke der begangenen That das Vermögen oder ein Theil desselben unmittelbar von Rechtswegen (ipso jure) dem Staate zufällt."[97]

Ebenso heißt es bei Grolman:

„Selbst auf die Erben kann daher keine Strafe übergehen, wenn sie nicht durch die Sentenz, oder doch sonst, wie bey ipso iure eintretenden Confiscationen, schon bey Lebzeiten des Erblassers an dem Vermögen desselben begründet war."[98]

c) Die rechtskräftige Verurteilung bei Kleinschrod und Köstlin

Kleinschrod war da schon einen Schritt weiter gegangen. Nach der Natur der Sache müsse ein Richterspruch vorliegen, der nur gegen den Verbrecher selbst erfolgen kann, *„da diese Eigenschaft und alle Verbindlichkeit zur Strafe persönlich ist. Ist der Missethäter gestorben, ohne daß ein Urtheil gegen ihn ergangen war, so... war so lang er lebte keine bestimmte Verbindlichkeit da, eine Geldbuße zu erlegen; diese ist nunmehr mit seinem Tode erloschen".*[99]

Den gleichen Gedanke formuliert erst sehr viel später wieder der Tübinger Strafrechtslehrer Reinhold Köstlin (1813-1856), der sich in seinem eng an Hegels Rechtsphilosophie angelehnten *System des deutschen Strafrechts* mit dem Tod des Verbrechers auseinandersetzt: Ihm zufolge ist der Tod nicht nur ein faktischer, sondern auch ein rechtlicher Grund für die Strafaufhebung.

„Er liegt nicht darin, daß die Strafe bloß den Schuldigen treffen darf, mithin nicht vererblich ist, sondern lediglich in der Natur der Strafe selbst, die nur den Willen zum Gegenstand hat und daher schlechthin wegfallen muß, wo dieser Wille nicht mehr existiert."[100]

Die auf den Willen des Täters gegründete Straftheorie Hegels ist damit voll zur Geltung gebracht. Dieser Grundsatz gilt nach Köstlin auch für Vermögensstrafen, die deshalb nur übergehen, wenn sie bereits rechtskräftig geworden sind:

[97] Feuerbach, Lehrbuch, § 138, S. 237.
[98] Grolman, Grundsätze, § 150, S. 153f.
[99] Kleinschrod, Systematischen Entwickelung, 2. Theil, § 38 (S. 80).
[100] Reinhold Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I. Abteilung, Tübingen 1855, § 126, S. 475.

„Daß in diesem Falle die Vollziehung auch noch nach dem Tode des Schuldigen erfolgt, bildet keine Ausnahme von dem Prinzip, da hier die Strafe den noch Lebenden getroffen hat und als noch bei seinen Lebzeiten vollzogen gedacht werden muß, daher sein Vermögen eben nur nach Abzug der verfallenen Summe an seine Erben übergehen kann."[101]

Demgegenüber rügt Köstlin *„mancherlei Mißgriffe"* des römischen und gemeinen Rechts, nämlich (1) die *damnatio memoriae* bei Hochverrat und Selbstmord, (2) die Entziehung des ehrlichen Begräbnisses, (3) den Übergang der nicht rechtskräftigen Vermögensstrafe bei *crimina extraordinaria* und (4) die Fortsetzung des Prozesses bei den *crimina ordinaria* sowie (5) die stillschweigende Konfiskation bei Hochverrat und Selbstmord.[102] Auch in den neueren Territorialgesetzen sieht Köstlin in zahlreichen Bestimmungen einen *„Rest alter Barbarei"*, eine *„Rohheit verjährter Vorurtheile"*.[103]

Erst sehr viel später hat man auch die letzte Ausnahme beseitigt und die Vollstreckung selbst einer bereits rechtskräftigen Geldstrafe abgeschafft.

V. Die aufgeklärten Gesetze

Die aufgeklärten Gesetze des 18. Jahrhunderts versuchen das Phänomen der Bestrafung des Leichnams in den Griff zu bekommen.

Fortschrittlich und rational zeigt sich der dafür eigentlich sonst nicht bekannte Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751. Dort wird zunächst der Landesbrauch beschrieben, daß *„der entseelte Körper auf das Rad gelegt, verbrannt, geviertheilt und die Viertheil an offener Strassen ausgehenckt"* werde, und diesen Brauch dann abzuschaffen: *„Welch Letzteres jedoch zu Vermeydung ohnnöthiger Kösten, hinführo unterlassen werden soll."*[104]

Die kaiserlichen Gesetze bleiben dahinter zurück: Sie begründen die Leichnamsstrafe, auch als Ersatzstrafe für einen verstorbenen Täter, mit dem Abschreckungsargument. Nach der „Theresiana" von 1768 soll bei *„überschweren und abscheulichen Lastern... zu allgemeinen Schrecken... an dem entseelten Körper des Thäters die verdiente Straffe, in soweit es thunlich vorgenommen, oder demselben eine öffentliche Unehr, und Spott angethan... werden."*[105] Ganz ähnlich bestimmt noch das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 für den Selbstmörder: *„Ist bereits ein Strafurtheil wider sie ergangen: so soll dasselbe an dem todten Körper, so weit es möglich, anständig, und zur Abschreckung Andrer dienlich ist, vollzogen werden."*[106] – eine Bestimmung übrigens, auf die sich auch Quistorp beruft.[107]

Schon bald nach der wissenschaftlichen Kritik an der abschreckenden Wirkung der Leichnamsstrafen schlägt sich diese auch in der Gesetzgebung nieder. Das

[101] Ebd. S. 475, 477.
[102] Ebd. S. 477f.
[103] Ebd. S. 480.
[104] Codex Juris Bavarici Criminalis, 1. Theil, 1. Cap., § 6, zit. nach Buschmann, Textbuch.
[105] Theresiana, Art. 15, § 2, zit. nach Brückner, HRG II, Sp. 1813.
[106] Preußisches Allgemeines Landrecht, 20. Titel, § 805, zit. nach Buschmann, Textbuch.
[107] Quistorp, Grundsätze, § 94.

Josephinische Strafgesetzbuch von 1787 kennt eine Mißhandlung des Leichnams nicht mehr, versucht dem Bedürfnis nach postmortaler Entehrung des Täters *„bey Verbrechen... die unter dem Volke grössere Aufmerksamkeit und weiter verbreitetes Aergerniß erreget haben"* aber dadurch Rechnung zu tragen, daß *„der Nahme des Verbrechers, die begangene Missethat, und das hierauf erfolgte Kriminalurtheil... in einer Anzeige an einen Galgen geschlagen, und allgemein durch öffentliche Zeitungsblätter bekannt gemacht"* werden.[108]

Lange gehalten hat sich hingegen die nicht unmittelbar den Leichnam betreffenden Strafen, wie die Verscharrung des Selbstmörders unter dem Galgen,[109] die mehr als Entehrung des Toten betrachtet wurde. Ähnliche bestimmt das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 als Strafschärfung für den Hochverräter: *„Auf seinem Grabe wird eine Schandsäule errichtet. Seine Familie soll ihren Namen verändern."*[110]

Am längsten konnten die das Vermögen betreffenden Strafen überleben, vor allem die Erbenhaftung für bereits vor dem Tod festgestellte Strafen.[111] 1845 kann Carl Franz Wilhelm Jerome Haeberlin (1813-1898) feststellen, daß alle neueren Strafgesetzbücher die Strafbarkeit mit dem Tod des Verbrechers enden lassen; Vermögensstrafe allerdings *„finden auch selbst nach dem Tode des Verbrechers in dessen Vermögen noch einen Gegenstand der Execution, da dasselbe auf seine Erben nur deducto aere alieno übergeht."* Mit der Rechtskraft werde die Geldstrafe *„zu einer auf dem Vermögen haftenden Schuld"*.[112]

Schließlich findet sich etwa im sächsischen Gesetz noch die Bestimmung, *„die Leichname der bereits zur Todesstrafe verurteilten Verbrecher an die anatomischen Lehranstalten abzugeben"*.[113]

VI. Zusammenfassung

Die Diskussion um die Leichnamsbestrafung hat sich als ein Paradebeispiel für den Einfluß aufklärerischen Gedankengutes auf das in vielen Bereichen in seiner Irrationalität noch „mittelalterlich" anmutende Strafrecht erwiesen.

[108] Sog. Josephinisches Strafgesetzbuch, 1. Theil, § 17 und § 178f, zit. nach Buschmann, Textbuch.
[109] Codex Juris Bavarici Criminalis, 1. Theil, 3. Cap. § 25. Sog. Josephinisches Strafgesetzbuch, 1. Theil, § 123. Preußisches Allgemeines Landrecht, 20. Titel, § 803, zit. nach Buschmann, Textbuch. Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen..., von Christian Ernst Weiß, 2. Auflage, Dresden und Leipzig 1848, art. 74 (S. 302f).
[110] Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813, Art. 301, zit. nach Buschmann, Textbuch.
[111] Codex Juris Bavarici Criminalis, 1. Theil, 1. Cap., § 41, zit. nach Buschmann, Textbuch. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, hrsg. von Hans Hattenhauer, Frankfurt am Main 1970, I 9 § 363f S. 116. Bayerisches Strafgesetzbuch, Art. 138, zit. nach Buschmann, Textbuch. Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen..., von Christian Ernst Weiß, 2. Auflage, Dresden und Leipzig 1848, art. 74 (S. 302f). - Vgl. August Wilhelm Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf die nicht exclusiven Landesrechte, Halle 1833, § 169 (S. 186ff), § 191f (S. 211f), § 688 (S. 675).
[112] Carl Franz Wolf Jerome Haeberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern, Erster Band, Leipzig 1845, S. 181f.
[113] Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen..., von Christian Ernst Weiß, 2. Auflage, Dresden und Leipzig 1848, art. 74 (S. 302f).

Die Leichenstrafen sind häufig in einen magischen Zusammenhang gerückt worden.[114] Für die metaphysische Straftheorie des Mittelalters machten zeitliche Strafen am Leichnam auch durchaus Sinn, konnte damit doch die Seele vor weitaus schlimmeren Strafen – der Fegefeuerstrafe oder der ewigen Strafe Gottes – bewahrt werden, indem die noch am Leichnam erlittene Strafe darauf angerechnet wurde. Der Tod war zudem nicht die Grenze, sondern der Anfang des ewigen Lebens, der Leichnam lange Zeit Garant dieses ewigen Lebens (weshalb Einäscherung verboten war).

Mit der Säkularisierung des Strafrechts war dieser Weg einer Begründung der Leichnamsstrafe nicht mehr möglich. Aber die Theorie war noch zu sehr Ordnung der Praxis als daß sie die Leichnamsstrafe einfach hätte abschaffen können. So mußte sie nach anderen Rechtfertigungen suchen und fand diese zunächst im Abschreckungsgedanken, dessen ungeheurer Aufschwung an der Wende zum 18. Jahrhundert sie sich nutzbar machte. Erst zum Ende des 18. Jahrhundert, mit Kleinschrod und Feuerbach, wurde das Abschreckungsargument endgültig widerlegt. Parallel dazu fand aber die Infamierung des Toten als Ehrenstrafe durch die Aufklärungsphilosophie eine Aufwertung. Erst der Gedanke der Personalität der Strafe, von den Wurzeln in der Kanonistik und vermittelt durch die Spanische Spätscholastik im deutschen Idealismus zu voller Reife gelangt, konnte die Leichnamsstrafe in der Theorie besiegen. In der Gesetzgebungspraxis wurde sie freilich noch lange beibehalten.

[114] Vgl. Brückner, HRG II, Sp. 1810.

PROZESSRECHT IN DER GESCHICHTE

Der Beweis und die Strafzumessung im Inquisitionsprozeß

Wolfgang Sellert
Georg-August-Universität Göttingen

Einleitung

Das Wort Inquisition von lateinisch *inquirere* (= Untersuchung, nachforschen) hat bekanntlich einen schlechten Klang. Es ist ein mit negativen Werturteilen besetztes Schlagwort. Der gebildete Laie denkt meist an die „heilige" Inquisition, wie sie die mittelalterliche Kirche gegen die Häretiker begonnen hatte. Mancher mag sich besonders an die spanische Inquisition erinnern, die seit 1478 unter der Leitung eines Großinquisitors zu massenhaften Ketzerverbrennungen geführt hatte. Vielleicht kennt sogar der eine oder andere den spanischen Malers Francisco de Goya (1746-1828), der ein sog. Autodafé, auf dem die Todesurteile gegen die Häretiker öffentlich verkündet und exekutiert wurden, in eindrucksvoller Weise dargestellt hat.

Mit der kirchlichen Inquisition bekam aber auch der Inquisitionsprozeß seinen üblen Ruf. Gemeint ist ein Verfahren, das im Gegensatz zum Akkusationsprozeß nicht durch eine private Klage, sondern von Amts wegen gegen die Ketzer eingeleitet wurde und für welches Papst Innozens IV. 1252 die Anwendung der Folter erlaubt hatte.

Heute wird der Begriff der Inquisition auch gerne benutzt, um die deutsche Strafjustiz zu kritisieren. Nicht ganz ohne Berechtigung wird behauptet, daß unser gegenwärtiges Strafverfahrensrecht mit seiner Offizial- und Instruktionsmaxime noch immer wesentliche Elemente des Inquisitionsprozesses enthalte.

Besonders leidenschaftlich wurde der Inquisitionsprozeß angeprangert, als vor über 100 Jahren ein neues, einheitliches und liberales Strafprozeßrecht für Deutschland geschaffen werden sollte. Damals hatte Reinhold Köstlin die Lehren vom Inquisitionsverfahren als perfide Jagdwissenschaft bezeichnet. Für Heinrich Albert Zachariae beruhte das inquisitorische Prinzip auf subjektiver Willkür und dem Walten des individuellen Ermessens. Noch davor hatte Goethe die Praktiken des Inquisitionsverfahrens mit den Worten gegeißelt: Wo nichts herauszuverhören war, da verhörte man hinein.

Insgesamt entsteht der Eindruck, als sei die Einführung des Inquisitionsverfahrens in Deutschland ein nationales Unglück gewesen, dessen Folgen wir bis heute noch nicht ganz überwunden zu haben scheinen.

Bei näherem Hinsehen richtete sich die Kritik am mittelalterlichen Inquisitionsprozeß in erster Linie gegen die Art und Weise der Wahrheitsfindung, also gegen die Beweisführung, aber auch gegen die Praktiken der Strafzumessung. Dabei wird häufig übersehen, daß mit dem Inquisitionsprozeß auch fortschrittliche Entwicklungen eingeleitet wurden, ohne die unser modernes Strafprozeßrecht nicht voll verständlich wäre. – Wenden wir uns also zunächst dem Beweis im Inquisitionsprozeß zu.

I. Der Beweis im Inquisitionsprozeß

Die Frage nach dem Beweis im Inquisitionsprozeß hängt auf das engste mit der Durchsetzung des Inquisitionsprinzips im weltlichen Strafverfahren zusammen. Dieses Ereignis fiel in eine für das Strafrecht folgenreichsten Epochen der deutschen Rechtsgeschichte. Nach einer treffenden Bemerkung Wilhelm Ebels handelt es sich um die Zeit, in der „sich der strenge, im Transzendentalen gipfelnde Lehensstaat ... im durchaus irdischen Städtestaat auflöste, als Rittertum und Adelswelt mit ihren stilisierten Lebensformen untergingen und Diesseitsgewandtheit des Lebens, Individualismus und Realismus zu beherrschenden Kräften wurden".

Mit dieser Wende begannen auch die bis dahin noch üblichen irrationalen Beweismittel des altdeutschen Rechtsganges, wozu vornehmlich der mit Eideshelfern geschworene Reinigungseid und das Gottesurteil gehörten, ihre Wirkungskraft zu verlieren. Jetzt sollte es für die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht mehr auf den bösen oder guten Leumund oder eine im Ordal gefundene Entscheidung über die Schuld, sondern zunächst einmal darauf ankommen, ob der verdächtigte Täter das Verbrechen tatsächlich begangen hatte oder nicht. Es sollte folglich das wirkliche Geschehen, also die Wahrheit ermittelt werden. So gesehen haben wir es mit einem aufklärerischen und durchaus positiv zu beurteilenden Fortschritt zu tun.

Was nun aber diese Reform in Verruf brachte, waren die Art der Mittel, mit denen die Wahrheit erforscht werden sollte. Obwohl man den Schwerpunkt auf den Beweis mit Zeugen, durch Augenschein oder andere Beweismittel hätte legen können, stellte man das Geständnis und schließlich das mit der Tortur erzwungene Geständnis in den Vordergrund. Das Geständnis galt alsbald als die *regina probationum* und *conditio sine qua non* für die Verurteilung eines Beschuldigten. Auf das Geständnis wollte man in der überwiegend christlich verankerten Rechtsordnung des Mittelalters keinesfalls verzichten, weil man in ihm zugleich auch ein persönliches Sündenbekenntnis des Täters, also eine Art Beichte sah.

So sind die Quellen, die uns seit etwa dem 13. Jahrhundert über den Beweis, d.h. die amtlich zu erforschende Wahrheitsermittlung im Inquisitionsprozeß berichten, zugleich auch Zeugnisse für die Folter. *Mit slegen und mit starker vancnusse, und mit hunger und mit froste und mit anderen ublen dingen* – so heißt es im Schwabenspiegel – erpresste man von dem Deliquenten das Geständnis. Folgt man dem Wiener-Neustädter Stadtrecht, so hatte die Folter bereits im 13. Jahrhundert ein derartiges Ausmaß erreicht, daß man sie sogar verbieten mußte: *inhibemus etiam ne aliquis captivus siti, fame, vinculis calore, frigore crucietur vel verberibus conpellatur ad*

aliquid profitendum. Die Tortur sollte nur noch zulässig sein, wenn ein Zeuge *non coactus coram iudice* bekundete, daß der Beschuldigte die Tat begangen habe.

Gleichwohl breitete sich in Deutschland die Folter ungehemmt aus. Gegen Ende des 16. Jahrhunderts erreichte diese Entwicklung in den bereits erwähnten und von der Kirche zwar nicht durchgeführten, aber geförderten Ketzer- und Hexenprozessen einen beklagenswerten Höhepunkt. Die einschlägigen Quellen und Zeugnisse dokumentieren eines der traurigsten Kapitel deutscher Strafrechtsgeschichte.

Hatte man den Wahnsinn nicht erkannt? Hatte man nicht bemerkt, daß die Folter ein sehr bedenkliches Beweismittel zur Erforschung der Wahrheit ist? Immerhin hatte schon Papst Innozens III. 1215 erklärt: *pessimum est, extorta confessione quemquam iudicare.* Auch berichtet uns um 1400 der Verfasser der sog. Blume des Sachsenspiegels, Nicolaus Wurm, von einem Deliquenten, der vor Gericht sein Geständnis widerrufen und damit sogar Erfolg hatte. Er sei nämlich so *gegwelit und gemartit worden, daz iz wundir ist, daz er noch eynem menschen enlich* sei. Unter der Folter habe er berichten müssen, was sie ihn *vrogeten* und habe aus *wetage und vor martir* nicht gewußt, was er gesprochen habe. Der Beschuldigte berief sich dann auf das *heylige recht, daz nymande twingit czu eyme bekenntnisse.* Daraufhin entschied das Gericht, daß ein Bekenntnis, welches man *myt martir abetwingit ... unschedlich,* d.h. unbeachtlich sei.

1. Reformbestrebungen

Aber wir haben es hier leider nur mit einem Einzelfall zu tun, der für die gesamte spätmittelalterliche Strafgerichtsbarkeit nicht repräsentativ war. Denn erst die unter dem Einfluß oberitalienischer Juristen stehenden Gesetzgebungen der Rezeptionszeit, also die legislatorischen Unternehmungen um etwa die Wende vom 15. zum 16. Jahrhundert, begannen das Beweisrecht in durchaus fortschrittlicher Weise zu verändern.

Zu nennen sind die Wormser Stadtrechtreformation von 1498 und sodann vor allem die von Johann Freiherr von Schwarzenberg verfaßte Constitutio Criminalis Bambergensis von 1507, die wiederum die maßgebende Grundlage für die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. v.1532, die sog. Carolina, bildete.

Zunächst sahen Bambergensis und Carolina vor, daß eine strafrechtliche Verurteilung nur in Betracht kommen sollte, wenn der Richter sich erkundigt und *fleissig* nachgefragt hatte, *ob die missethat* überhaupt *beschehen sei oder nit.* Außerdem wurde das Geständnis nicht mehr in jedem Falle abverlangt. Eine Verurteilung kam nämlich auch *on einich peinlich frage* in Betracht, wenn der Verdächtigte durch mindestens zwei *glauphaften gute* Zeugen überführt worden war. Die Zeugen mußten dann freilich, wie es in der Carolina heißt, *von jrem selbs eigen waren wissen mit antzeigung jrs wissens gruntlicher vrsach* ausgesagt haben. Sie hatten sich also nur über Tatsachen aus eigenem Wissen zu erklären. Eine Aussage vom Hörensagen sollte folglich keine ausreichende Beweiskraft haben.

Im übrigen sollte das Gericht die Glaubwürdigkeit der Zeugen sorgfältig überprüfen. Als Zeugen kamen nur solche Personen in Betracht, die *vnverleumbdt vnndt sunst mit keiner Rechtmessigen vrsachen zu verwerffen seindt.* Vorsicht war

daher bei Aussagen von Feinden, Freunden oder nahen Verwandten des Beschuldigten geboten. Die Aussagen von *belonten*, also bestochenen Zeugen sollten nicht verwertet werden dürfen. Der Richter sollte außerdem *vffmercken, ob der zeug in seiner sage wurd wanckelmutig vnd vnbestendig erfunden* und ob etwa seine Glaubwürdigkeit durch *eusserlichen geberden* in Frage zu stellen war. Insgesamt haben wir es mit Regelungen zu tun, die bis heute ihren guten Sinn für das Beweisrecht nicht verloren haben.

Außerdem hatten Schwarzenberg und sodann auch die Verfasser der neuen Gesetzgebungen nicht nur erkannt, daß das mit der Folter erzwungene Geständnis für die Wahrheitsfindung höchst zweifelhaft war, sondern es war auch Vorsorge gegen eine leichtfertige Anwendung der Tortur getroffen worden.

Die Folter sollte daher überhaupt nur noch eingesetzt werden dürfen, wenn gegen den Täter überzeugende Indizien sprachen. Entsprechend lautete der auf Schwarzenberg zurückgehende Art. 6 der Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. v.1532: *Item so jemandt eyner übelthat durch gemeynen leumut, berüchtiget* wird, *der soll doch mit peinlicher frage, nit angegriffen werden, es sei dann zuvor redlich, vnd derhalb genugsame anzeygung vnnd vermutung von wegen derselben missenthat auff jnen glaubwirdig gemacht.*

Ehe es zur Anwendung der Folter kommen durfte, mußten also Indizien vorliegen, die – modern gesprochen – einen hinreichender Tatverdacht rechtfertigten. Schwarzenberg erfand in diesem Zusammenhang eine Indizienlehre, die alles in der Strafrechtsgeschichte in dieser Hinsicht bisher Dagewesene in den Schatten stellte.

Im einzelnen unterschied er zwischen allgemeinen Indizien, die sich *vf alle Missethatten* und solchen, die sich nur *uff sonderlich Missethattenn* beziehen. Allgemeine Indizien nahm er beispielsweise an, wenn die verdächtigte Person, *an geferlichen orten zu der that verdechtlich gefunden oder betreten wurde* oder wenn *ymandt einer Missenthat halb fluchtig wird* oder wenn *die verdacht person ein solich gestallt, cleyder, wafen, pferd oder annders habe, alls der thatter obbemelter massen gesehen worden*. Ein besonderes Indiz sah er z. B. beim Mord darin, daß der Beschuldigte *vmb dieselbig zeit, alls der Mort geschehen, verdechtlicher weiss mit plutigen Kleidern oder waffenn gesehen worden*, oder daß *er des ermorten habe genomen, verkaufft, vergeben oder noch bey jme hett.*

Lagen solche Indizien vor, so sollte die Folter dem Verdächtigten zunächst nur angedroht werden. Auf der Folter selbst sollten außerdem dem Beschuldigten nicht die *vmbstennde der missethat furgesagt vnd daruff gefragt werden*, m.a.W. es sollten keine Suggestivfragen gestellt werden dürfen.

Das erfolterte und zugleich protokollierte Geständnis hatte nur Beweiskraft, wenn alle diese Voraussetzungen beachtet worden waren (Art. 22 CCC). Darüber hinaus mußte das Geständnis nach Ablauf eines gewissens Zeitraums ohne Folter wiederholt werden und war danach nochmals auf seine Wahrheit hin sorgfältig zu überprüfen (Art. 48, 54, 56 CCC). Für den Fall, daß das Geständnis nicht der Wahrheit entsprach, sollte der Beschuldigte zur Wahrheit ermahnt und, wenn weiterhin Indizien gegen ihn sprachen, erneut auf die Folter gebracht werden können.

Trotz dieser Vorsichtsmaßnahmen schloß man nicht aus, daß auch einmal ein Unschuldiger gefoltert werden könnte. Die Schuld hierfür schob man allerdings nicht

dem Richter, sondern dem Beschuldigten zu, der sich durch ungeschicktes Verhalten verdächtig gemacht hatte.

Sieht man einmal davon ab, daß die Reformgesetze das mit der Folter erzwungene Geständnis überhaupt noch als taugliches Beweismittel zugelassen hatten, waren Beweis und Beweisverfahren gemessen an den vorausgegangenen Verhältnissen auf ungewöhnlich fortschrittliche Weise geregelt worden.

Das galt freilich nicht für die Verfahren gegen Ketzer und Hexen. Hier war man der Ansicht, daß in *delictis atrocissimis*, zu denen das Hexenverbrechen gerechnet wurde, *propter crimisis enormitatem iura transgredi licet*. Damit rechtfertigte man eine ermessensfreiere Anwendung der Folter. Selbst die Carolina rückte für Zaubereidelikte in Art. 44 von ihrer sonst so strengen Indizienlehre ab und ließ die Folter bereits zu, wenn lediglich ein *redlich anzeygung* vorlag.

2. *Gemeinrechtliche Wissenschaft*

Die gemeinrechtliche Wissenschaft knüpfte an die Carolina an. Das gilt in erster Linie für die Lehren des gelehrten Juristen und Richters am Leipziger Schöffenstuhl Benedict Carpzov (1595-1666). Mit seinem zuerst 1635 erschienenen Werk *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, bestimmte Carpzov wie kein anderer die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft. Die „Practica nova" hatten bis weit in das 18. Jhdt. hinein nahezu den „Rang eines Gesetzbuches des gemeinen Rechts". Carpzovs Lehren beherrschten damit nicht nur den sächsischen Raum, sondern sie „drückten", wie Franz v. Liszt gesagt hat, „ein Jahrhundert lang der Strafrechtspflege Deutschlands den Stempel seines Geistes auf". Carpzov ist daher nicht zu Unrecht der „Begründer des deutschen Strafrechts" genannt worden.

Carpzov war in Übereinstimmung mit der Carolina der Ansicht, daß ein Strafverfahren gegen jemanden überhaupt nur eingeleitet werden dürfe, wenn ausreichende Indizien gegen den Beschuldigten sprachen. Ob solche Indizien gegeben waren, stellte er zunächst in das Ermessen des mit der Sache befaßten Richters. Denn nur dieser könne letzlich beurteilen, ob die Indizien zur Einleitung eines Verfahrens genügten oder nicht. Dies umso mehr, als die Gewichtung der Indizien durchaus unterschiedlich sein könne. Denn, so lesen wir bei Carpzov, ebenso „wie es nämlich unterschiedliche Verbrechen gibt, und die beschuldigten Menschen verschieden sind, so sind auch die Verdachtsmomente und Indizien nicht in allen Fällen unterschiedslos gleich; vielmehr kann ein und dasselbe Indiz für den Beweis eines Verbrechens und die Art und Beschaffenheit des Verbrechers in bezug auf das eine Verbrechen für die Einleitung einer Inquisition ausreichen, während es bei einem anderen Verbrechen weniger zu genügen scheint".

Die Anwendung der Folter wollte Carpzov allerdings nicht ausschließlich dem Ermessen des Richters überlassen. Denn diese Art der Verbrechensaufklärung sei „eine fragwürdige und gefährliche Sache, die die Wahrheit oft täuscht". Denn einige Menschen seien fähig der Folter Stand zu halten, so daß „aus ihnen die Wahrheit nicht herausgepreßt werden" könne. Andere könnten dagegen keine Schmerzen zu ertragen, so daß sie lieber lügen als Folterqualen zu erdulden. Carpzov erkannte also richtig, daß die Frage, ob jemand die Folter ohne Geständnis überstand, von seiner geistig-seelischen und körperlichen Widerstandskraft abhing. Daher sei, so schloß Carpzov

seine Ausführungen, „dieses Hilfsmittel, die Wahrheit herauszufinden, ganz offensichtlich nicht nur gefährlich, sondern auch in höchstem Maße zweifelhaft".

Die Folter wollte er folglich nur zulassen, wenn es sich um ein schweres Delikt handelte und eindeutige Indizien gegen den Beschuldigten sprachen. Das schwierige Problem, welche Qualität und Beschaffenheit diese Indizien haben mußten, löste Carpzov wiederum in enger Anlehnung an die Carolina. Wie die diese, so unterschied auch er zwischen allgemeinen und besonderen Indizien. Im einzelnen zeigte er an Hand von vielen Beispielen auf, welche Indizien für sich allein und welche nur in der Kombination mit anderen für eine Folterung ausreichend sein sollten. Ähnlich verfuhr er mit den besonderen und nur für bestimmte Tatbestände in Betracht kommenden Indizien.

Mit diesen Abgrenzungen übertraf Carpzov zwar die Lehre der Carolina, stieß aber zu grundlegend neuen Erkenntnissen nicht vor. Ein Mangel bestand weiterhin darin, daß der Beschuldigte auf die Folter gebracht werden konnte, wenn zwei „klassische" Zeugen fehlten oder die Tat nicht notorisch war. Dabei hätte es doch so nahe gelegen, in den Fällen, in denen die Indizien eindeutig gegen den Beschuldigten sprachen, diesen auch ohne Geständnis zu verurteilen. Das aber sei, so meinte Carpzov, bei schweren Delikten nicht rechtens, weil es ja die Folter gäbe, mit der die Wahrheit herausgefunden werden könne. Nur *in criminibus levioribus* sollte der Richter auf die Tortur verzichten und eine sog. „Verdachtsstrafe" verhängen können.

3. Die Abschaffung der Folter

Die Abschaffung der Folter blieb bekanntlich der Aufklärungsepoche vorbehalten. Nach dem Jesuiten Friedrich v. Spee (1591-1635) hatte sich vor allem ein Schüler des Hallenser Juristen und Aufklärers Christian Thomasius (1655-I728) kritisch mit der Folter auseinandergesetzt. In seiner Dissertation „De tortura ex foris Christianorum proscribenda" (1705) hatte der Doktorand die Folter *ad legis naturalis ac sanae rationis normam* überprüft und sie mit gewichtigen Argumenten abgelehnt. „Daß die Folter unbillig ist", so schrieb er, „und christlichen Staaten nicht geziemt, davon bin ich im innersten überzeugt". Diese Arbeit, die man bald Thomasius selbst zuzuschreiben begann, dürfte nicht unwesentlich zur Abschaffung der Folter beigetragen haben. In Bayern bekämpfte Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) die Folter. In Österreich kam Joseph v. Sonnenfels (1733-1817) in seiner Schrift „Ueber die Abschaffung der Tortur" zu dem Ergebnis, „Daß die Folter aus dem Rechtsverfahren gänzlich zu verweisen sey".

Gleichwohl behielten noch einige Gesetzgebungen des 18. Jhdts. wie beispielsweise die Constitutio Criminalis Theresiana von 1768 oder der von Aloysius v. Krettmayr verfaßte Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751 den Inquisitionsprozeß Carpzov'scher Prägung einschließlich der Folter bei. Erst die österreichische Kriminalordnung v. 1788, zahlreiche unter Friedrich d. Großen ergangene Einzelbestimmungen und schließlich die Kriminalordnung für die Preußischen Staaten von 1805 schafften die Folter gänzlich ab, ohne den Inquisitionsprozeß im übrigen entscheidend zu verändern.

So ganz ohne Zwang sollte es nach Abschaffung der Folter freilich doch nicht gehen. Denn für den Fall, daß der Verdächtigte schwieg, sich verstellte oder log, sollte

er durch körperliche Züchtigung oder Fasten zum Reden gebracht werden können. „Damit aber" so hieß es in der Preußischen Kriminalordnung von 1805, „der halsstarrige und verschlagene Verbrecher durch freche Lügen und Erdichtungen, oder durch verstocktes Leugnen oder gänzliches Schweigen, sich nicht der verdienten Strafe entziehen möge" könne eine körperliche „Züchtigung" gegen ihn verfügt werden.

Und was sollte jetzt geschehen, wenn zwei Tatzeugen fehlten, die Tat nicht notorisch war und der Beschuldigte kein Geständnis abgelegt hatte, gleichwohl aber einige erhebliche Indizien für seine Täterschaft sprachen? Die Konsequenz hätte an sich ein Freispruch sein müssen. Hier nun ließ man die für solche Fälle schon von Carpzov vorgesehene sog. „Verdachtsstrafe" zu. Dementsprechend lautete § 391 der Preußischen Kriminalordnung von 1805: "Auf eine gelindere als die gesetzliche, oder auf eine außerordentliche Strafe, soll erkannt werden, wenn gegen den Angeschuldigten erhebliche Beweise vorhanden, diese aber nicht so vollständig sind, daß er der That für völlig überführt geachtet werden könnte".

Erst der liberale Strafprozeß des 19. Jhdts., also letzlich die StPO von 1879, verzichtete nicht nur auf das Geständnis als unabdingbare Verurteilungsvoraussetzung, sondern auch auf die soeben beschriebenen Lügenstrafen. Die Frage, ob Indizien zu einer Verurteilung ausreichten oder nicht, wurde jetzt zusammen mit der von der Rechtswissenschaft aufgestellten Beweisregel *in dubio pro reo* der freien richterlichen Beweiswürdigung überlassen.

II. Die Strafzumessung im Inquisitionsprozeß

1. Carpzov

Versteht man unter der Strafzumessung die wohl nach wie vor schwierigste Aufgabe des Richters, innerhalb des vom Gesetzgeber vorgesehenen Strafrahmens eine Strafe zu ermitteln, die im Sinne des § 46 StGB der Schuld des Täters angemessen ist, so findet man dazu in der Geschichte des Inquisitionsprozesses lange Zeit nichts. Das hängt damit zusammen, daß die mittelalterlichen Strafen fest bestimmt waren und die einschlägigen rechtlichen Regelungen keine Strafrahmen vorsahen. Eine Milderung der überwiegend grausamen Strafen war daher nur mit dem sog. „Richten nach Gnade" möglich. Erst die Carolina sah diese Möglichkeit nicht mehr vor, sondern räumte dem Richter für einige Tatbestände einen Ermessensspielraum für die Strafzumessung ein (Art.104, 106 CCC). Insgesamt herrschten aber auch noch in der Carolina die festbestimmten Strafen vor.

Das Problem der Strafzumessung tauchte zunächst vor allem für solche Delikte auf, die in der Carolina nicht geregelt worden waren aber gleichwohl als strafwürdig angesehen wurden. In diesen Fällen konnte das Gericht nach Gemeinem Recht eine *poena extraordinaria* oder *poena arbitraria* verhängen. Die Frage war jedoch, welche Maßstäbe hier gelten sollten. Nach der Carolina sollten die Richter *in peinlichen fellen vnnd verclagungen*, in denen *die peinliche straff jnn dissen nachvolgenden Artickelln nit gesetzt oder genugsam ercleret oder verstenndigt were, Raths pflegen*, d.h., eine Juristenfakultät um Rat fragen, wie in solchen Fällen nach den Grundsätzen des

Gemeinen Rechts *vnnd disser ordnung am gemessigsten gehandellt vnd geurtheillt werdenn soll* (Art.105 CCC).

Benedict Carpzov nahm sich dieses Problems an und befaßte sich zunächst mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen überhaupt eine *poena extraordinaria* verhängt werden dürfe. Er unterschied erstens Fälle, in denen Gesetz und Gewohnheitsrecht mehrere Strafen alternativ zur Ahndung eines Delikts vorsahen, unter denen der Richter im Einzelfall die angemessene auszuwählen hatte, zweitens Fälle, in denen es sich, wie schon erörtert, um Delikte handelte, die zwar nicht nach dem Gesetz, wohl aber nach richterlichem Ermessen strafbar waren *(stellionatus)* und drittens sollte die *poena arbitraria* als Verdachtsstrafe verhängt werden können, wenn weder Schuld noch Unschuld des Inquisiten in einer den Beweisregeln entsprechenden Form ermittelt werden konnte.

Für die Frage der Strafzumessung war aber nun entscheidend, daß nach Carpzov eine *poena arbitraria* sogar für die Delikte mit fest bestimmten Strafen in Betracht kommen könne. Demgemäß meinte er, daß der Richter auch bei den festbestimmten Strafen die Pflicht habe, „aus ersichtlichem und zwingendem Grund nach seinem Ermessen und der Art der Tat und nach den Umständen, die in der Person liegen, diese Strafen zu verschärfen, zu vermindern, zu mildern und abzuwandeln, weil dies die spezifische Unterscheidungskraft *(discretionem)* und Gewandtheit *(dexteritatem)* eines Menschen erfordert."

Carpzov wollte auf diese Weise den Anwendungsbereich der in vielen Fällen als zu grausam angesehenen *poenae ordinariae* einschränken und dem Gericht die Möglichkeit geben, die Strafen den jeweiligen Umständen des Einzelfalles anzupassen, also vor allem eine Strafmilderung vorzunehmen. Allerdings sollte ein Richter bei der Bestimmung der *poena extraordinaria* nicht willkürlich vorgehen dürfen, sondern sich von *aequitas et justitia* leiten lassen. Er sollte versuchen, unter Abwägung aller Umstände ein gerechtes, der Schuld des Inquisiten angemessenes Urteil zu finden. Entsprechend schreibt Carpzov: „Weil freilich die außerordentlichen Strafen nicht ... genau bestimmt sind und irgendwelche feste Regeln nicht gefaßt werden können", ist die Höhe der Strafe „hauptsächlich dem freien Ermessen und der Beurteilung des Richters in die Hand" zu geben. Der Richter darf jedoch, nachdem er die Rechtsfrage sorgfältig bedacht und die Art des Verbrechens gehörig geprüft und ... alle Umstände der Tat genau abgewogen hat, nicht eine Strafe bestimmen, die ihm selbst gefällt, sondern eine Strafe, von der er erkennt, daß sie mit der Billigkeit und der Gerechtigkeit im völligen Gleichgewicht steht".

Damit war die Strafzumessungslehre geboren. Alles was jetzt noch nachfolgte, waren Modifikationen, die am Kern dieser Lehre nichts mehr änderten. Allerdings – und das war nicht anders zu erwarten – trug der weite von Carpzov für die Anwendung der *poena arbitraria* vorgesehenen Bereich ihm später den Vorwurf ein, der willkürlichen Straffestsetzung Tür und Tor geöffnet zu haben. Auch Rudolf v. Hippel kritisierte, daß die Praxis zunehmend bestrafte, „was sie für strafwürdig hielt und wie sie es für strafwürdig hielt". Dennoch darf nicht übersehen werden, daß Carpzov es war der die entscheidenden Grundgedanken zur Entwicklung einer fortschrittlichen Strafzumessungslehre entwickelt hatte.

2. Samuel Pufendorf, Montesquieu, Cesare Beccaria und Paul Johann Anselm v. Feuerbach

Weitere Ansätze zu einer differenzierten Strafzumessungslehre finden sich sodann in der sog. Imputationslehre Samuel Pufendorfs (1632-1694). Zur vollen Entfaltung kamen diese Ansätze jedoch erst seit der Mitte des 18. Jahrhunderts unter dem Einfluß der französischen Aufklärungsphilosophie. Den entscheidenden Anstoß gab die Überlegung Montesquieus, daß Verbrechen und Strafe in einem proportionalen Verhältnis zueinander stehen müßten.

Nachweislich hat der italienische Jurist Cesare Beccaria (1738-1794) diesen Gedanken aufgenommen und ihn in seinem 1764 zuerst erschienen Buch „Dei delitti e delle pene" zum Kernpunkt eines kriminalpolitischen Programms erhoben. Ziel seines Programms war es, mit dem Proportionalitätsprinzip gegen das nach seiner Auffassung viel zu harte Strafrecht der Zeit vorzugehen. Dieses Anliegen hatten auch andere Autoren der Zeit. Voltaire wandte sich dagegen, daß für Diebstahl und Mord unterschiedslos die Todesstrafe nicht nur angedroht, sondern auch verhängt wurde. Von ihm ist der berühmte Ausspruch überliefert, daß keine Vergleichbarkeit zwischen einem Dutzend gestohlener Servietten und dem Leben eines Menschen bestehen könne. Der damals nicht unbekannte Strafrechtler Karl Ferdinand Hommel erklärte, daß das Leben eines Menschen nicht mit dem eines Windhundes gleichgesetzt werden dürfe.

Aber welches sollte der Maßstab für die Proportionalität von Strafe und Verbrechen sein. Für Beccaria war es der Strafzweck, ein Gedanke, der in der Strafzumessungslehre Carpzovs keine entscheidende Bedeutung hatte. Den Strafzweck sah Beccaria gem. der naturrechtlichen Tradition in der General- und der Spezialprävention. Dieser Zweck rechtfertigte aber nach Beccaria nicht jedes, sondern nur das unbedingt erforderliche Mittel. Die Strafe sollte nicht härter sein dürfen, als zur Erreichung des Zwecks notwendig war. Dementsprechend schrieb Beccaria: „Das Ziel der Strafe ist kein anderes, als den Verbrecher zu hindern, seinen Mitbürgern neuen Schaden zuzufügen und andere abzuschrecken, ähnliches zu tun. Welche Strafe nun und welche Methode, sie zu vollstrecken, zu bevorzugen ist, ist die, die unter Beachtung des Verhältnisses zwischen Verbrechen und Strafe den größt möglichsten und dauerhaftesten Eindruck auf die Gemüter der Menschen macht und am wenigsten schmerzhaft für den Körper des Verbrechers ist". „Damit" aber, so schrieb Beccaria weiter, „eine Strafe ihre Wirksamkeit erzielt ist es ausreichend, daß das Übel der Strafe den Vorteil überwiegt, der aus dem Delikt hervorgeht; und in diesen Überschuß des Übels muß die Unausbleiblichkeit der Strafe unter Verlust des Vorteils, der durch das Verbrechen erzeugt worden wäre, eingerechnet werden. Alles mehr ist also überflüssig und deshalb tyrannisch".

Auf diese Weise kam Beccaria zu einer Abstufung der Strafen, die sich freilich nicht wie bei Carpzov an der individuellen Schuld des Täters, sondern – abgesehen von general- und spezialpräventiven Zwecken – an der Schwere des „der Gesellschaft zugefügten Schadens" ausrichtete. Dementsprechend meinte Beccaria: „Es ist nicht nur ein öffentliches Interesse daß keine Verbechen begangen werden, sondern, daß sie auch im Verhältnis zu dem Schaden, den sie der Gesellschaft zufügen, umso seltener sind. Umso stärker müssen daher die Hindernisse sein, die die Menschen von den

Verbrechen abschrecken, je mehr ein Verbrechen das gemeine Wohl gefährdet und je größer der Anreiz ist, der zum Verbrechen treibt".

Auch in Deutschland fiel der Gedanke von der Proportionalität der Strafe aufruchtbaren Boden. Friedrich der Große hatte ihn vermutlich von seinem Freund Voltaire übernommen. So schrieb der Preußische König: „Wenn man sich damit zufrieden gibt, kleinere Fehler leicht zu bestrafen, spart man die Todesstrafe für die Räuber, Mörder, Totschläger auf, so daß die Bestrafung immer im gleichen Verhältnis zum Verbrechen steht". Ferner gab der König seinem Großkanzler Johann Heinrich v. Carmer, der den Auftrag erhalten hatte, ein Allgemeines Gesetzbuches für die Preußischen Staaten zu schaffen, den Rat, „daß immer die Strafen denen Verbrechen angemeßen sind, und sich das miteinander balancirt: Denn wenn sich Leute veruneinigen, sich schlagen und einander umbringen, und dergleichen verbrechen, die müßten mit der größten Schärfe bestraft werden; eben auch, wenn einer den andern vorsetzlich, und wissentlich so verwundet, oder wohl gar vergiftet, daß er davon stirbt, so muß der Thäter allerdings auch sterben: Wenn hingegen ein Mensch, gantz unschuldiger Weise, ohne im geringsten eine üble Absicht oder Vorsatz dabey zu haben, sondern blos und allein aus puren Versehen einen andern um's Leben bringt, der hat den Todt eben nicht verwürcket; aber Straßen-Raub und Mord, das verdient die schärffste Bestrafung, damit andere ein Exempel darann nehmen. Hiernächst, wenn die Bauern, in den Wirths-Häusern und Krügen, Lärmen zusammen anfangen, und einer dem andern einen Stuhl oder Schemmel an den Kopfwirft und damit an einen gefährlichen Ort trift, daß der andere da von stirbt, so muß derjenige, der das gethan hat, wieder sterben: Sodann wenn das Volck und Gesinde auf dem Lande muthwilligerweise Feuer ausbringt, und anlegt, das verdient ebenfalls mit größter Schärfe bestraft zu werden; denn das ist höchst nothwendig, um die Bosheit der Menschen zu strafen und solcher nach Möglichkeit Einhalt zu thun: Dieses ist es, was Ich in der Absicht Euch noch habe zu erkennen geben wollen, damit die Criminal-Gesetze recht ordentlich gemacht werden: Denn wenn die Menschen einander sich berauben, vergiften und Todtschlagen, und dergleichen wird nicht mit der größten Schärfe bestrafet, so ist das nur Thorheit: Ueberhaupt müßten die Criminal-Gesetze, von solcher Beschaffenheit seyn, daß eine jede Straafe, den begangenen Verbrechen, gantz eigentlich und auf das genaueste angemeßen ist, und eins mit dem andern balancirt: Wonach Ihr Euch also zu achten habt".

Wie man sieht, spielte für Friedrich den Großen bei der Strafzumessung zwar auch der Abschreckungsgedanke eine Rolle, im Vordergrund stand aber der Schuldgedanke. Und noch etwas fällt in den Äußerungen des preußischen Königs zur Strafzumessung auf: Die Höhe der angemessenen Strafe sollte nicht eine Ermessenssache des Richters sein, sondern vom Gesetzgeber vorgegeben werden. Das hängt nun mit dem Mißtrauen absolutistischer Herrscher gegenüber richterlicher Willkür zusammen. Die Richter sollten daher – wie es wiederum Montesquieu formuliert hatte – nur der „Mund des Gesetzes" sein. „Aber die Richter sind", so schrieb Montesquieu in seinem bekannten Werk „De l'esprit de lois", ... „nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht, willenlose Wesen, die weder seine Schärfe, noch seine Strenge zu mildern vermögen".

Insofern wurde die Frage der Strafzumessung eine solche der gesetzlichen Strafandrohung. Damit ließ sich zudem der damals vorherrschende Gedanke der Generalprävention gut verbinden. Typisch ist insoweit die Ansicht des Göttinger Orientalisten und Theologen Johann David Michaelis (1717-1791), der sich mit den

einschlägigen Problemen in seinem 1770-1775 erschienen Werk „Das Mosaische Recht" auseinandersetzte, und den Abschreckungsgedanken in den Vordergrund stellte. So schrieb er, daß die Strafen nur so schwer sein sollen, wie es der „Endzweck ... erfordert, das ist, hinlänglich seyn, von Verbrechen abzuschrecken. ... Wäre es möglich, durch eine geringe Strafe den allerfürchterlichsten Verbrechen zu steuren, so wählt man billig das geringste zu seinem Endzwek hinlängliche Uebel. Eins der größesten Kunststücke der gesezgebenden Klugheit, würde seyn, gerade die Strafe zu treffen, die dem Verbrecher nach der Leidenschaft, die ihn zum Verbrechen treibt, die empfindlichste ist: denn wenn man gerade diese ihm empfindliche Stelle träfe, so würde man mit weniger Strafübel viel mehr Gutes ausrichten können, als wenn man unsäglich viel härtere Strafen von verschiedener Art wählet".

In Übereinstimmung damit schrieb der bereits erwähnte österreichische Strafrechtler Joseph Sonnenfels (1733-1817) in seinem Werk „Grundsätze der Polizey...": „Die Strafe muß so groß seyn, als nöthig ist, die gesetzmässige Handlung oder, Unterlassung zu bewirken. II. Die Strafe muß nicht größer seyn, als zu Bewirkung der gesetzmässigen Handlung nöthig ist. III. Der stärkste abhaltende Beweggrund, das ist, die wirksamste Strafe wird immer diejenige seyn, welche ein Uebel drohet, das dem zur Uebertretung einladenden Beweggrunde gerade entgegen steht. ... Ueberhaupt ist zu grosse Strenge in Bestrafen aus verschiedenen Betrachtungen nachtheilig. Sie vereitelt den Endzweck der Strafe. Der Bestrafte, statt der Menge ein warnendes Beyspiel zu werden, wird ihr ein Gegenstand des Mitleidens und die Gesetzgebung nothwendig ein Gegenstand des Abscheues".

In die gleiche Richtung zielte die bekannte Theorie Paul Johann Anselms v. Feuerbach vom psychologischen Zwang. Auch in seiner Theorie ging es nicht um die Individualisierung der Strafe durch richterliches Werturteil, sondern um eine vom Gesetzgeber fest zu bestimmende Strafandrohung, die den potentiellen Täter von der Begehung eines Verbrechens abschrecken sollte. Im Sinne der Proportionalität von Verbrechen und Strafe sollte die angedrohte und zu verhängende Strafe angemessen sein. Die Strafandrohung müsse daher so beschaffen sein, daß sie auf jeden Täter einen unmittelbaren psychologischen Zwang ausübt, das geplante Verbrechen nicht zu begehen. Diese Überlegung leitete Feuerbach aus seinem Verständnis von der Entstehung des Verbrechens ab.

Jeder Handlung, auch die Rechtsverletzung, hat danach ihren Entstehungsgrund in sinnlichen Antrieben. Ein Anreiz zur Tat, so meinte Feuerbach, ist immer dann gegeben, wenn sie Lustgefühl – bzw. bei Nichtvornahme Unlustgefühl – verspricht. Ist aber mit der Tat ein Nachteil verbunden, der mehr Unlust – als Lustgefühl erwarten läßt, wird der sinnliche Anreiz zum Tatentschluß aufgehoben. Der stärkere durch die Strafandrohung hervorgehobene sinnliche Antrieb richtet sich dann auf die Vermeidung des zu erwartenden Übels. Die angedrohte Strafe, so schrieb Feuerbach, müsse daher gerade so hart sein, daß „die Furcht vor dem Schmerz die Lust zur Tat" verdränge. Damit werde der Anreiz zum Verbrechen beseitigt, und die beabsichtigte Rechtsverletzung unterbleibe.

Die Frage der Strafzumessung beschränkte sich daher ganz auf das Mittel des psychologischen Zwangs. Sie war Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters.

3. Der liberale Strafprozeß

Erst als die rechtsstaatlich-liberale Epoche des 19. Jhdts. unter dem Eindruck der französischen Revolution die Gewaltenteilung und damit die Unabhängigkeit der Justiz anerkannte, entstand nicht nur Raum für die freie richterliche Beweiswürdigung, sondern auch für die Strafzumessung durch den Richter. Zugleich wurde aber der Strafzweck nicht mehr einzig und allein in der Generalprävention gesehen, sondern der Gesetzgeber gab dem Richter die Möglichkeit, innerhalb eines vom Gesetz vorgesehenen Strafrahmens auch der individuellen Schuld des Täters und spezialpräventiven Zwecken Rechnung zu tragen. Da jedoch das StGB von 1871 keine allgemeinen Grundsätze über die Strafzumessung enthielt, wurde die endgültige Bewertung einer Tat aus der gesetzgeberischen Ebene weitgehend in die des Richters verschoben.

In der Folge wurde daher von Rechtsprechung und Lehre versucht, die maßgeblichen Prinzipien für die Ausübung des richterlichen Ermessens zu bestimmen. Das war vor allem deswegen schwierig, weil fast alle bekannten Strafzwecke berücksichtigt werden sollten. So forderte die Gerechtigkeit zwar Sühne des begangenen Unrechts nach Maßgabe der individuellen Schuld; in einer vernünftigen Kriminalpolitik außer Acht bleiben durfte aber keineswegs der Abschreckungs-, Vergeltungs und Sicherungsgedanke sowie spätestens seit dem sog. Marburger Programm Franz von Liszts das Ziel einer Besserung und Erziehung des Täters, also die sog. Resozialisierung.

So ist es kein Wunder, daß es zu einer einheitlichen und allgemein verbindlichen Strafzumessungslehre nicht gekommen ist. Auf das Ganze gesehen sind es lediglich einzelne von der Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitete Grundsätze wie beispielsweise die „Größe der Rechtsverletzung", die „Art der Tatausführung", die „Beziehungen des Täters zum Opfer", die „Persönlichkeit des Täters", das „Verhalten des Täters bei und nach der Tat", das „Vorleben des Täters", seine „persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse", sein „Verhalten im Strafverfahren" u.a.m. gewesen, die für den Richter bei der Strafzumessung maßgebend sein sollten.

Ob mit § 46 StGB mehr Sicherheit, Ausgewogenheit und Gleichförmigkeit in die Strafzumessung kommen wird, bleibt abzuwarten. Nach wie vor gilt aber der schon von Carpzov richtig erkannte Grundsatz, daß der Richter nicht „die Strafe bestimmen darf, die ihm selbst gefällt, sondern nur eine solche Strafe, die mit der Billigkeit und der Gerechtigkeit im völligen Gleichgewicht steht". Einem erfahrenen Richter, der das Vertrauen der Bevölkerung hat, müßte dieser Grundsatz auch heute noch als Richtschnur genügen.*

* *Literatur:* W. Sellert – H. Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, W. Sellert, Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Aalen 1989; E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflg., Göttingen 1965; W. Sellert, Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechtshistorischer Sicht, in: Festschrift für H. Scupin, Berlin 1983, S.161 ff; W. Trusen, Strafprozeß und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina, in: Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, hrsg. v. P. Landau und Fr. – Chr, Schroeder, Frankfurt a. M.1984, S. 29 ff.

Schwurgerichte oder Schöffengerichte?

C.J.A. Mittermaier und die Laienbeteiligung im Strafverfahren

Arnd Koch

Friedrich-Schiller-Universität Jena

I. Einleitung

Wenn ich mich anläßlich einer internationalen Konferenz mit dem Titel „Strafrechtsge-schichte an der Grenze des nächsten Jahrtausends" mit einem deutschen Strafrechtswissenschaftler aus dem 19. Jahrhundert beschäftige, so hat dies mehrere Gründe. Zunächst bietet es sich aus spezifisch rechtshistorischem Interesse an, der Position nachzugehen, die der seinerzeit wohl bedeutendste und international bekannteste deutsche Kriminalist[1] zur Laienbeteiligung im Strafverfahren einnahm. Dies besonders deshalb, weil die Schwurgerichtsfrage einer der rechtspolitischen Hauptstreitpunkte der Epoche war und Mittermaier über Jahrzehnte hinweg mit zahllosen wissenschaftlichen Beiträgen maßgeblich in die Kontroverse eingriff. Über diesen biographisch-historischen Aspekt hinaus kommt dem Thema aber auch eine aktuelle Bedeutung zu. Denn wie ich zeigen möchte, vertrat Mittermaier die Ansicht, daß der öffentlich-mündliche Strafprozeß nur mit einem Schwurgericht konsequent verwirklicht werden kann. Mit der Begründung für diese These und seinen gegen das Schöffengericht gerichteten Argumenten trifft Mittermaier zugleich Schwachpunkte des gegenwärtigen deutschen Strafverfahrens, in dem seit 1924 keine Schwurgerichte mehr existieren.

Im Folgenden wird zunächst das Leben Mittermaiers mit wenigen Strichen nachgezeichnet (II.). Anschließend sollen Aufstieg und Fall des Schwurgerichts in Deutschland skizziert werden (III.). Bei der Darstellung von Mittermaiers Position zur Laienbeteiligung (IV.) werden zwei Aspekte im Vordergrund stehen: Zum einen Mittermaiers bereits angesprochene These vom untrennbaren Zusammenhang zwischen dem Schwurgericht und den Verfahrensprinzipien des reformierten Strafprozesses, zum anderen seine Ablehnung gegenüber dem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts immer weitere Verbreitung findenden Schöffengericht. In einem

[1] Zu Mittermaiers Bedeutung: *P. Landau*, Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870, S. 345, in: A.P. Schioppa (Hrsg.), The trial jury in England, France, Germany, 1987; *M.D. Dubber*, The German Jury and Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology, S. 241, in: American Journal of Comparative Law, 1995; zu kritischen Stimmen hinsichtlich des wissenschaftlichen Ranges Mittermaiers vgl.: *M. Hettinger*, Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867). Jurist zwischen zwei deutschen Reichen oder: auf der Suche nach einem neuen gemeinen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, S. 445 f.

Verbrechen abschrecken, je mehr ein Verbrechen das gemeine Wohl gefährdet und je größer der Anreiz ist, der zum Verbrechen treibt".

Auch in Deutschland fiel der Gedanke von der Proportionalität der Strafe aufruchtbaren Boden. Friedrich der Große hatte ihn vermutlich von seinem Freund Voltaire übernommen. So schrieb der Preußische König: „Wenn man sich damit zufrieden gibt, kleinere Fehler leicht zu bestrafen, spart man die Todesstrafe für die Räuber, Mörder, Totschläger auf, so daß die Bestrafung immer im gleichen Verhältnis zum Verbrechen steht". Ferner gab der König seinem Großkanzler Johann Heinrich v. Carmer, der den Auftrag erhalten hatte, ein Allgemeines Gesetzbuches für die Preußischen Staaten zu schaffen, den Rat, „daß immer die Strafen denen Verbrechen angemeßen sind, und sich das miteinander balancirt: Denn wenn sich Leute veruneinigen, sich schlagen und einander umbringen, und dergleichen verbrechen, die müßten mit der größten Schärfe bestraft werden; eben auch, wenn einer den andern vorsetzlich, und wissentlich so verwundet, oder wohl gar vergiftet, daß er davon stirbt, so muß der Thäter allerdings auch sterben: Wenn hingegen ein Mensch, gantz unschuldiger Weise, ohne im geringsten eine üble Absicht oder Vorsatz dabey zu haben, sondern blos und allein aus puren Versehen einen andern um's Leben bringt, der hat den Todt eben nicht verwürcket; aber Straßen-Raub und Mord, das verdient die schärffste Bestrafung, damit andere ein Exempel darann nehmen. Hiernächst, wenn die Bauern, in den Wirths-Häusern und Krügen, Lärmen zusammen anfangen, und einer dem andern einen Stuhl oder Schemmel an den Kopfwirft und damit an einen gefährlichen Ort trift, daß der andere da von stirbt, so muß derjenige, der das gethan hat, wieder sterben: Sodann wenn das Volck und Gesinde auf dem Lande muthwilligerweise Feuer ausbringt, und anlegt, das verdient ebenfalls mit größter Schärfe bestraft zu werden; denn das ist höchst nothwendig, um die Bosheit der Menschen zu strafen und solcher nach Möglichkeit Einhalt zu thun: Dieses ist es, was Ich in der Absicht Euch noch habe zu erkennen geben wollen, damit die Criminal-Gesetze recht ordentlich gemacht werden: Denn wenn die Menschen einander sich berauben, vergiften und Todtschlagen, und dergleichen wird nicht mit der größten Schärfe bestrafet, so ist das nur Thorheit: Ueberhaupt müßten die Criminal-Gesetze, von solcher Beschaffenheit seyn, daß eine jede Straafe, den begangenen Verbrechen, gantz eigentlich und auf das genaueste angemeßen ist, und eins mit dem andern balancirt: Wonach Ihr Euch also zu achten habt".

Wie man sieht, spielte für Friedrich den Großen bei der Strafzumessung zwar auch der Abschreckungsgedanke eine Rolle, im Vordergrund stand aber der Schuldgedanke. Und noch etwas fällt in den Äußerungen des preußischen Königs zur Strafzumessung auf: Die Höhe der angemessenen Strafe sollte nicht eine Ermessenssache des Richters sein, sondern vom Gesetzgeber vorgegeben werden. Das hängt nun mit dem Mißtrauen absolutistischer Herrscher gegenüber richterlicher Willkür zusammen. Die Richter sollten daher – wie es wiederum Montesquieu formuliert hatte – nur der „Mund des Gesetzes" sein. „Aber die Richter sind", so schrieb Montesquieu in seinem bekannten Werk „De l'esprit de lois", ... „nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht, willenlose Wesen, die weder seine Schärfe, noch seine Strenge zu mildern vermögen".

Insofern wurde die Frage der Strafzumessung eine solche der gesetzlichen Strafandrohung. Damit ließ sich zudem der damals vorherrschende Gedanke der Generalprävention gut verbinden. Typisch ist insoweit die Ansicht des Göttinger Orientalisten und Theologen Johann David Michaelis (1717-1791), der sich mit den

einschlägigen Problemen in seinem 1770-1775 erschienen Werk „Das Mosaische Recht" auseinandersetzte, und den Abschreckungsgedanken in den Vordergrund stellte. So schrieb er, daß die Strafen nur so schwer sein sollen, wie es der „Endzweck ... erfordert, das ist, hinlänglich seyn, von Verbrechen abzuschrecken. ... Wäre es möglich, durch eine geringe Strafe den allerfürchterlichsten Verbrechen zu steuren, so wählt man billig das geringste zu seinem Endzwek hinlängliche Uebel. Eins der größesten Kunststücke der gesezgebenden Klugheit, würde seyn, gerade die Strafe zu treffen, die dem Verbrecher nach der Leidenschaft, die ihn zum Verbrechen treibt, die empfindlichste ist: denn wenn man gerade diese ihm empfindliche Stelle träfe, so würde man mit weniger Strafübel viel mehr Gutes ausrichten können, als wenn man unsäglich viel härtere Strafen von verschiedener Art wählet".

In Übereinstimmung damit schrieb der bereits erwähnte österreichische Strafrechtler Joseph Sonnenfels (1733-1817) in seinem Werk „Grundsätze der Polizey...": „Die Strafe muß so groß seyn, als nöthig ist, die gesetzmässige Handlung oder, Unterlassung zu bewirken. II. Die Strafe muß nicht größer seyn, als zu Bewirkung der gesetzmässigen Handlung nöthig ist. III. Der stärkste abhaltende Beweggrund, das ist, die wirksamste Strafe wird immer diejenige seyn, welche ein Uebel drohet, das dem zur Uebertretung einladenden Beweggrunde gerade entgegen steht. ... Ueberhaupt ist zu grosse Strenge in Bestrafen aus verschiedenen Betrachtungen nachtheilig. Sie vereitelt den Endzweck der Strafe. Der Bestrafte, statt der Menge ein warnendes Beyspiel zu werden, wird ihr ein Gegenstand des Mitleidens und die Gesetzgebung nothwendig ein Gegenstand des Abscheues".

In die gleiche Richtung zielte die bekannte Theorie Paul Johann Anselms v. Feuerbach vom psychologischen Zwang. Auch in seiner Theorie ging es nicht um die Individualisierung der Strafe durch richterliches Werturteil, sondern um eine vom Gesetzgeber fest zu bestimmende Strafandrohung, die den potentiellen Täter von der Begehung eines Verbrechens abschrecken sollte. Im Sinne der Proportionalität von Verbrechen und Strafe sollte die angedrohte und zu verhängende Strafe angemessen sein. Die Strafandrohung müsse daher so beschaffen sein, daß sie auf jeden Täter einen unmittelbaren psychologischen Zwang ausübt, das geplante Verbrechen nicht zu begehen. Diese Überlegung leitete Feuerbach aus seinem Verständnis von der Entstehung des Verbrechens ab.

Jeder Handlung, auch die Rechtsverletzung, hat danach ihren Entstehungsgrund in sinnlichen Antrieben. Ein Anreiz zur Tat, so meinte Feuerbach, ist immer dann gegeben, wenn sie Lustgefühl – bzw. bei Nichtvornahme Unlustgefühl – verspricht. Ist aber mit der Tat ein Nachteil verbunden, der mehr Unlust – als Lustgefühl erwarten läßt, wird der sinnliche Anreiz zum Tatentschluß aufgehoben. Der stärkere durch die Strafandrohung hervorgehobene sinnliche Antrieb richtet sich dann auf die Vermeidung des zu erwartenden Übels. Die angedrohte Strafe, so schrieb Feuerbach, müsse daher gerade so hart sein, daß „die Furcht vor dem Schmerz die Lust zur Tat" verdränge. Damit werde der Anreiz zum Verbrechen beseitigt, und die beabsichtigte Rechtsverletzung unterbleibe.

Die Frage der Strafzumessung beschränkte sich daher ganz auf das Mittel des psychologischen Zwangs. Sie war Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters.

3. Der liberale Strafprozeß

Erst als die rechtsstaatlich-liberale Epoche des 19. Jhdts. unter dem Eindruck der französischen Revolution die Gewaltenteilung und damit die Unabhängigkeit der Justiz anerkannte, entstand nicht nur Raum für die freie richterliche Beweiswürdigung, sondern auch für die Strafzumessung durch den Richter. Zugleich wurde aber der Strafzweck nicht mehr einzig und allein in der Generalprävention gesehen, sondern der Gesetzgeber gab dem Richter die Möglichkeit, innerhalb eines vom Gesetz vorgesehenen Strafrahmens auch der individuellen Schuld des Täters und spezialpräventiven Zwecken Rechnung zu tragen. Da jedoch das StGB von 1871 keine allgemeinen Grundsätze über die Strafzumessung enthielt, wurde die endgültige Bewertung einer Tat aus der gesetzgeberischen Ebene weitgehend in die des Richters verschoben.

In der Folge wurde daher von Rechtsprechung und Lehre versucht, die maßgeblichen Prinzipien für die Ausübung des richterlichen Ermessens zu bestimmen. Das war vor allem deswegen schwierig, weil fast alle bekannten Strafzwecke berücksichtigt werden sollten. So forderte die Gerechtigkeit zwar Sühne des begangenen Unrechts nach Maßgabe der individuellen Schuld; in einer vernünftigen Kriminalpolitik außer Acht bleiben durfte aber keineswegs der Abschreckungs-, Vergeltungs und Sicherungsgedanke sowie spätestens seit dem sog. Marburger Programm Franz von Liszts das Ziel einer Besserung und Erziehung des Täters, also die sog. Resozialisierung.

So ist es kein Wunder, daß es zu einer einheitlichen und allgemein verbindlichen Strafzumessungslehre nicht gekommen ist. Auf das Ganze gesehen sind es lediglich einzelne von der Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitete Grundsätze wie beispielsweise die „Größe der Rechtsverletzung", die „Art der Tatausführung", die „Beziehungen des Täters zum Opfer", die „Persönlichkeit des Täters", das „Verhalten des Täters bei und nach der Tat", das „Vorleben des Täters", seine „persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse", sein „Verhalten im Strafverfahren" u.a.m. gewesen, die für den Richter bei der Strafzumessung maßgebend sein sollten.

Ob mit § 46 StGB mehr Sicherheit, Ausgewogenheit und Gleichförmigkeit in die Strafzumessung kommen wird, bleibt abzuwarten. Nach wie vor gilt aber der schon von Carpzov richtig erkannte Grundsatz, daß der Richter nicht „die Strafe bestimmen darf, die ihm selbst gefällt, sondern nur eine solche Strafe, die mit der Billigkeit und der Gerechtigkeit im völligen Gleichgewicht steht". Einem erfahrenen Richter, der das Vertrauen der Bevölkerung hat, müßte dieser Grundsatz auch heute noch als Richtschnur genügen.*

* *Literatur:* W. Sellert – H. Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, W. Sellert, Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Aalen 1989; E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflg., Göttingen 1965; W. Sellert, Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechtshistorischer Sicht, in: Festschrift für H. Scupin, Berlin 1983, S.161 ff; W. Trusen, Strafprozeß und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina, in: Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, hrsg. v. P. Landau und Fr. – Chr, Schroeder, Frankfurt a. M.1984, S. 29 ff.

Schwurgerichte oder Schöffengerichte?

C.J.A. Mittermaier und die Laienbeteiligung im Strafverfahren

Arnd Koch

Friedrich-Schiller-Universität Jena

I. Einleitung

Wenn ich mich anläßlich einer internationalen Konferenz mit dem Titel „Strafrechtsge-schichte an der Grenze des nächsten Jahrtausends" mit einem deutschen Strafrechtswissenschaftler aus dem 19. Jahrhundert beschäftige, so hat dies mehrere Gründe. Zunächst bietet es sich aus spezifisch rechtshistorischem Interesse an, der Position nachzugehen, die der seinerzeit wohl bedeutendste und international bekannteste deutsche Kriminalist[1] zur Laienbeteiligung im Strafverfahren einnahm. Dies besonders deshalb, weil die Schwurgerichtsfrage einer der rechtspolitischen Hauptstreitpunkte der Epoche war und Mittermaier über Jahrzehnte hinweg mit zahllosen wissenschaftlichen Beiträgen maßgeblich in die Kontroverse eingriff. Über diesen biographisch-historischen Aspekt hinaus kommt dem Thema aber auch eine aktuelle Bedeutung zu. Denn wie ich zeigen möchte, vertrat Mittermaier die Ansicht, daß der öffentlich-mündliche Strafprozeß nur mit einem Schwurgericht konsequent verwirklicht werden kann. Mit der Begründung für diese These und seinen gegen das Schöffengericht gerichteten Argumenten trifft Mittermaier zugleich Schwachpunkte des gegenwärtigen deutschen Strafverfahrens, in dem seit 1924 keine Schwurgerichte mehr existieren.

Im Folgenden wird zunächst das Leben Mittermaiers mit wenigen Strichen nachgezeichnet (II.). Anschließend sollen Aufstieg und Fall des Schwurgerichts in Deutschland skizziert werden (III.). Bei der Darstellung von Mittermaiers Position zur Laienbeteiligung (IV.) werden zwei Aspekte im Vordergrund stehen: Zum einen Mittermaiers bereits angesprochene These vom untrennbaren Zusammenhang zwischen dem Schwurgericht und den Verfahrensprinzipien des reformierten Strafprozesses, zum anderen seine Ablehnung gegenüber dem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts immer weitere Verbreitung findenden Schöffengericht. In einem

[1] Zu Mittermaiers Bedeutung: *P. Landau*, Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870, S. 345, in: A.P. Schioppa (Hrsg.), The trial jury in England, France, Germany, 1987; *M.D. Dubber*, The German Jury and Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology, S. 241, in: American Journal of Comparative Law, 1995; zu kritischen Stimmen hinsichtlich des wissenschaftlichen Ranges Mittermaiers vgl.: *M. Hettinger*, Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867). Jurist zwischen zwei deutschen Reichen oder: auf der Suche nach einem neuen gemeinen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, S. 445 f.

abschließenden Ausblick (V.) soll auch anhand der jüngsten internationalen Diskussion um die Laienbeteiligung im Strafverfahren gezeigt werden, daß Mittermaiers Ansichten eine überraschende Aktualität zukommt.

II. Carl Joseph Anton Mittermaier

Carl Joseph Anton Mittermaier wurde 1787 in München geboren.[2] Er begann seine wissenschaftliche Karriere als Privatsekretär bei Feuerbach. Es folgten Professuren an den Universitäten Landshut, Bonn und seit 1821 Heidelberg, wo er bis zu seinem Tod im Jahre 1867 lehrte. Mittermaier war unglaublich produktiv; er verfaßte nicht weniger als 31 Monographien sowie ca. 600 Aufsätze. Obgleich er in einer Vielzahl von Rechtsgebieten veröffentlichte,[3] lag der Schwerpunkt seiner wissenschaftlichen Arbeit auf dem Gebiet des Strafprozeßrechts. Speziell mit der Frage der Laienbeteiligung beschäftigte er sich während seiner gesamten wissenschaftlichen Laufbahn in zahlreichen Publikationen.[4] Charakteristisch für Mittermaier war die große Bedeutung, die er der Statistik und der Rechtsvergleichung einräumte. Sein Ausgangspunkt waren nicht philosophische Konzepte, sondern empirische und rechtsvergleichende Überlegungen. Sein Interesse an ausländischen Rechtsentwicklungen findet seinen Ausdruck in langjährigen freundschaftlichen Briefwechseln mit führenden Wissenschaftlern aus ganz Europa. Zu erinnern sei an dieser Stelle nur an die enge Verbindung Mittermaiers zu den bedeutendsten ungarischen Juristen der Reformära.[5] Aufgrund seiner Methode gilt Mittermaier heute als der Begründer der modernen deutschen Strafrechtsvergleichung.[6] Es gab wohl kaum eine Schwurgerichtsgesetzgebung oder Kriminalstatistik, die Mittermaier nicht umgehend in einem Aufsatz ausführlich vorgestellt hätte. Freilich muß aus heutiger Sicht kritisch

[2] Lebensbeschreibungen aus neuerer Zeit: *F. Engehausen*, Karl Mittermaier, S. 93 ff., in: F. Engehausen/A. Kohnle (Hrsg.), Gelehrte in der Revolution. Heidelberger Abgeordnete in der deutschen Nationalversammlung, 1998; *M. Hettinger*, (Fn. 1), S. 433 ff.; *G. Landwehr*, Karl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867). Ein Professorenleben in Heidelberg, S. 69 ff., in: W. Küper (Hrsg.), Carl Joseph Anton Mittermaier. Symposium, 1988; siehe auch *J. Schröder*, S. 273 ff., in: G. Kleinheyer/J. Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl. 1996.

[3] Eine Übersicht zu Mittermaiers Hauptwerken und der einschlägigen Sekundärliteratur findet sich bei *J. Schröder*, (Fn. 2), S. 276 f. Vgl. auch die angekündigte Zusammenstellung von *L. Nuzzo*, Bibliographie der Werke Karl Josef Anton Mittermaiers. Besondere Erwähnung verdienen vor allem Mittermaiers Arbeiten zur Todesstrafe. Nach einigen vorsichtigeren Stellungnahmen gehörte Mittermaier nach 1848 zu den Führern der Abolitionisten, vgl. *C.J.A. Mittermaier*, Die Todesstrafe nach den Ergebnissen der wissenschaftlichen Forschungen, der Fortschritte der Gesetzgebung und der Erfahrungen, 1862. Zu Mittermaiers Haltung zur Todesstrafe: *M. Fleckenstein*, Die Todesstrafe im Werk C.J.A. Mittermaiers (1787-1867), 1992; *F.Ebel/P.Kunig*, Die Abschaffung der Todesstrafe – Historie und Gegenwart, Juristische Ausbildung 1998, S. 619 f.; im größeren Zusammenhang auch *R.J. Evans*, Rituals of Retribution. Capital Punishment in Germany 1600-1987, 1996, S. 254 ff.

[4] Eine Zusammenstellung der wichtigsten Beiträge findet sich bei *A. Koch*, Carl Joseph Anton Mittermaier und das Schwurgericht, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 2000, S. 168 Fn. 4.

[5] *Kálmán Györgyi – Lajos Vékás*, Mittermaier und das ungarische Rechtsleben, in: W. Küper (hrsg.), (Fn. 2), S. 149 ff.

[6] Zu Mittermaiers methodischem Ansatz *M. Fleckenstein*, (Fn. 3), S. 103 ff.; *K. Lüderssen*, Karl Joseph Anton Mittermaier und der Empirismus in der Strafrechtswissenschaft, in: *ders.*, Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, 1981, S. 24 ff.; *S. W. Neh*, Die posthumen Auflagen von Feuerbachs Lehrbuch, 1991.

angemerkt werden, daß sein Umgang mit statistischem Material, der nicht selten zu einer ermüdenden Aneinanderreihung von Nebensächlichkeiten führte, allzu unkritisch, ja mitunter geradezu naiv anmutet.[7]

Doch Mittermaier war nicht nur ein Theoretiker, sondern er versuchte als „politischer Professor" auch, seine Ideen in die Praxis umzusetzen.[8] So war er vor 1848 viele Jahre Mitglied der badischen Gesetzgebungskommission und des badischen Landtages. Den Höhepunkt seiner politischen Karriere bildete seine Teilnahme an der im Anschluß an die Revolution von 1848 gebildeten verfassungsgebenden Nationalversammlung, in der ihm der Vorsitz des wichtigen Gesetzgebungsausschusses übertragen wurde.[9]

III. Aufstieg und Fall des Schwurgerichts in Deutschland

1. „Der Kampf um das Schwurgericht" bis 1848

Die Schwurgerichte wurden in Deutschland durch die französischen Eroberer eingeführt. 1798 machten die Franzosen in den von ihnen eroberten linksrheinischen Gebieten dem gemeinrechtlichen Strafprozeß ein Ende und etablierten an seiner Stelle das mündliche öffentliche Verfahren sowie das Schwurgericht.[10] Nach der Niederlage Napoleons war geplant, in den zurückgewonnenen Rheinprovinzen das französische Recht durch das im übrigen Deutschland geltende traditionelle Strafverfahren mit seinem schriftlichen und geheimen Inquisitionsprozeß zu ersetzen. Wegen des Widerstandes der Bevölkerung, insbesondere des Bürgertums, gelang dieses Unterfangen jedoch nicht.[11] Der Fortbestand der Schwurgerichte in Teilen Preußens, Hessens und Bayerns sorgte somit dafür, daß nicht nur innerhalb Deutschlands, sondern auch innerhalb einzelner Staaten zwei völlig unterschiedliche Strafverfahrensarten existierten. Es liegt auf der Hand, daß durch dieses Nebeneinander auch die rechtspolitische Diskussion um den Wert und Unwert der Schwurgerichte angefacht wurde.

Während die liberale Opposition auf eine allgemeine Einführung der Schwurgerichte drängte, lehnte die Rechtswissenschaft dieses Institut mehrheitlich ab.[12] Maßgeblich für diese Haltung war das 1813 erschienene Werk Feuerbachs „Betrachtungen über das Geschworenengericht", das die Schwurgerichtsgegner mit

[7] Ein gutes Beispiel hierfür ist Mittermaiers einziges nichtjuristisches Buch. In „Italienische Zustände" aus dem Jahre 1844 (Neudruck hrsg. von E. Jayme, 1988), versuchte er den „moralischen Zustand des Volkes (S. 98) durch endlose Zahlenreihen zu ergründen.

[8] Zu Mittermaiers Tätigkeit als Politiker insbesondere *F. Engehausen*, (Fn. 2), S. 93 ff.; *R. Mußgnug*, Carl Mittermaier als Politiker, S. 51 ff., in: W. Küper (Hrsg.), (Fn. 2).

[9] Während seiner Zeit in der Nationalversammlung schloß sich Mittermaier dem „Württemberger Hof" an, einer Gruppe mitte-links orientierter Abgeordneter.

[10] Die Geschworenen sollten über die „Tatfrage" entscheiden, während die Berufsrichter über die „Rechtsfrage" zu urteilen hatten. Die Befähigung zum Geschworenenamt blieb einem engen Kreis der 300 Höchstbesteuerten eines Departements und einer näher definierten Gruppe der „Gebildeten" vorbehalten, dazu *D. Cramer*, Das französische Schwurgericht, 1968, S. 141 ff.

[11] Näher hierzu *P. Landau*, (Fn. 1), S. 242 ff.; *E. Schwinge*, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, 1924, S. 19 ff.

[12] Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen *A. Koch*, (Fn. 4), S. 171.

einer Vielzahl von Argumenten versorgte. Besondere Verbreitung fand dabei die Behauptung, daß das Schwurgericht nicht mit der Staatsform der Monarchie vereinbar sei.[13] Daneben argumentierte Feuerbach, daß das Schwurgericht einem mit Berufsrichtern besetzten Kollegium hinsichtlich der Wahrheitsfindung unterlegen sei. An diejenigen, die im Anschluß an Beccaria und Filangieri meinten, daß mit dem gesunden Menschenverstand die Tatfrage besser entschieden werden könne als mit dem theoretischen und durch juristische Studien verbildeten Denken der Berufsrichter,[14] richtete Feuerbach die rhetorische Frage, ob die Tatfrage sicherer von einem „Unwissenden oder von einem Ungeübten oder von dem Unterrichteten oder Geübten" beurteilt werden könne.[15] Für Feuerbach jedenfalls stand im Ergebnis fest, daß – wie es wenige Jahrzehnte später der nicht minder prominente Schwurgerichtsgegner v. Savigny formulieren sollte – auch in der Beweiswürdigung „die Übung den Meister macht".[16]

Erst als Folge der Revolution von 1848 führte die Mehrzahl der deutschen Staaten das Schwurgericht sowie das öffentlich-mündliche Strafverfahren ein.[17] Doch schon mit der bald darauf einsetzenden Restauration geriet das Schwurgericht erneut in die Defensive. Österreich und Sachsen schafften es bereits wenige Jahre nach seiner Einführung wieder ab, in anderen Ländern wurde sein Zuständigkeitsbereich stark eingeengt.

2. Das Aufkommen der Schöffengerichte nach 1848

Die größte Gefahr aber drohte dem Schwurgericht durch das Aufkommen der Schöffengerichte. Obwohl diese Gerichtsform vor 1848 in der Literatur kaum erwähnt worden war, fand sie nun rasch Verbreitung.[18] Seit 1850 hatte eine Reihe deutscher Staaten Schöffengerichte für kleinere, zum Teil auch bereits für mittlere Kriminalität, eingeführt.[19] In den folgenden Jahren erhoben sich immer mehr Stimmen, die die generelle Ersetzung der Schwurgerichte durch Schöffengerichte verlangten. Großen Einfluß hatten besonders die Schriften des sächsischen Oberstaatsanwalts Friedrich Oskar Schwarze,[20] der als „Vater des Schöffengerichts" gilt[21] und selbst von dem

[13] Die These vom Antagonismus zwischen Jury und Monarchie scheint die Beobachtung Alexis de Toquevilles zu bestätigen: „Lehnt man die Volkssouveränität ab, so muß man die Geschworenenbank gänzlich verwerfen", *Alexis de Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika, S. 176, hrsg. v. J.P. Mayer, 1997.

[14] *C. Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, hrsg. von W. Alff, 1998, S. 88: „Erfordert das Aufsuchen der Beweise für ein Verbrechen Geschicklichkeit, so ist, um aufgrund des Ergebnisses selber das Urteil zu fällen, nichts weiter mehr erforderlich als ein einfacher gewöhnlicher gesunder Verstand, der seltener danebentrifft als das Wissen eines Richters, der daran gewöhnt ist Schuldige finden zu wollen, und der alles unter ein durch seine Studien gewonnenes künstliches System bringt". Ähnlich *G. Filangieri*, System der Gesetzgebung, Dritter Band, 1789, 3. Buch, 19. Kapitel, S. 367.

[15] *P.J.A. Feuerbach*, Betrachtungen über das Geschworenengericht, 1813, S. 178.

[16] *F.C. v. Savigny*, Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse, Goltdammer´s Archiv für Strafrecht (GA) Bd. 6 (1858), S. 477.

[17] Überblick bei *G. Hadding*, Schwurgerichte in Deutschland, 1974, S. 29; *P. Landau*, (Fn. 1), S. 268.

[18] *I. Ebert*, Schwur- oder Schöffengerichte?, Juristische Ausbildung 1996, S. 242 ff.; *P. Landau*, (Fn. 1), S. 292 ff.

[19] *G. Hadding*, (Fn. 17), S. 37; *P. Landau*, (Fn. 1), S. 294.

[20] Vgl. *F.O. Schwarze*, Geschworenengericht und Schöffengericht, 1864; *ders.*, Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform, 1865; *ders.*, Das Schöffengericht, 1873.

Schöffengericht nicht ohne Eitelkeit als „mein Kind" sprach.[22] Als Vorteil der Schöffengerichte wurde vor allem die Zusammenarbeit zwischen Berufsrichtern und Laien gesehen. Der Sachverhalt müsse nicht mehr künstlich in Tat- und Rechtsfrage geteilt werden, sondern könne gemeinsam entschieden werden.[23] Es wurde außerdem geltend gemacht, daß in den Schöffengerichten gegenseitiges Vertrauen herrsche und nicht wie bei den Schwurgerichten Mißtrauen zwischen Richtern und Laien.[24] Als weiteres Argument gegen das Schwurgericht verwies Schwarze auf dessen Herkunft. Das nach 1848 überhastet und voreilig eingeführte ausländische Institut, noch dazu ein Kind der französischen Revolution, müsse von einer angeblich spezifisch deutschen Einrichtung abgelöst werden.[25]

Der Forderung nach Ersetzung der Schwurgerichte durch Schöffengerichte schloß sich der erste Entwurf eines einheitlichen Gerichtsverfassungsgesetzes aus dem Jahre 1873 an, mit dem der Gerichtsaufbau in Deutschland nach Gründung des Deutschen Reiches vereinheitlicht werden sollte.[26] Nur aufgrund eines politischen Kompromisses mit den süddeutschen Staaten und der einflußreichen Nationalliberalen Partei, die weiterhin an den Schwurgerichten festhielten, wurden die Schwurgerichte schließlich, wenn auch mit abermals beschränkten Kompetenzen, in das Gesetz aufgenommen.[27] In der Rechtswissenschaft aber stieß das Institut des Schwurgerichts in den folgenden Jahrzehnten auf immer heftigere Kritik. Das Schwurgericht galt als „Mißbildung"[28], die Geschworenen als „Sonntagsrichter"[29] und ihre Urteile als „Orakelsprüche".[30] Die Furcht vor der Macht staatlicher Richter, die vor 1848 ein wesentlicher Grund für die Unterstützung des Schwurgerichts gewesen war, wich uneingeschränktem Vertrauen. Die Machtfülle der Richter hatte nichts Erschreckendes mehr an sich, sondern etwas, wie es Binding formulierte, „Beruhigendes und Imponierendes".[31] Nicht überraschend war es deshalb, daß es kaum Widerspruch aus Reihen der Wissenschaft gab, als die Schwurgerichte schließlich im Jahre 1924 abgeschafft und durch Schöffengerichte ersetzt wurden.[32]

[21] *R. Frank*, Gutachten zum 22. Deutschen Juristentag (1892), S. 3.

[22] *F.O. Schwarze*, 10. Deutscher Juristentag (1872), Bd. 1, S. 175.

[23] *F.O. Schwarze*, (Fn. 20 - 1865), S. 32 ff.

[24] *F.O. Schwarze*, (Fn. 20 - 1865), S. III, 7; *ders.*, (Fn. 20 - 1873), S. 16, 25.

[25] *F.O. Schwarze*, (Fn. 20 - 1865), S. 111 ff.

[26] Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte, Goltdammer´s Archiv Bd. 21 (1873), S. 40 ff.

[27] Vgl. *W. Böttges*, Die Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege, 1979, S. 41; *G. Hadding*, (Fn. 17), S. 43 ff.

[28] *K. Binding*, Grundriß des Deutschen Strafprozesses, 5. Aufl. 1904, S. 104.

[29] *H. Bennecke*, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, 1895, S. 51 Fußn. 4.

[30] *J. Olshausen*, Gutachten zum 18. Deutschen Juristentag (1886), Bd. 1, S. 268.

[31] *K. Binding*, Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts, 1876, S. 77.

[32] Zur Abschaffung des Schwurgerichts in Deutschland *Th. Vormbaum*, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924, 1985, S. 109 ff.

IV. Mittermaiers Haltung zur Laienbeteiligung im Strafverfahren

Bis kurz vor der Revolution von 1848 war Mittermaier wie die Mehrzahl der Strafrechtswissenschaftler kein Anhänger des Schwurgerichts.[33] Das Ideal war für Mittermaier zu dieser Zeit ein öffentlich-mündliches Verfahren mit einem an Beweisregeln gebundenen Berufsrichter. Erst als für ihn feststand, daß die Aufstellung allumfassender Beweisregeln unmöglich ist, trat er für das Schwurgericht ein. Die aus heutiger Sicht naheliegende Alternative, den Berufsrichtern die freie Beweiswürdigung zuzugestehen, war aus Furcht vor ungebundenen richterlichen Entscheidungen bis in die vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts hinein undenkbar. Denn auf diese Weise würde den Richtern, wie es der ansonsten rhetorisch zurückhaltende Mittermaier formulierte, eine „furchtbare Gewalt über Leben und Tod, wie sie kein Regent haben darf", in die Hände gelegt.[34]

Die Frage ist aber, warum Mittermaier nach 1848 ein überzeugter Schwurgerichtsanhänger blieb, obwohl die Zahl der Kritiker an dieser Form der Laienbeteiligung immer weiter anwuchs. Wie bereits erwähnt, lag der wesentliche Grund für Mittermaiers Festhalten am Schwurgericht in seiner Überzeugung, nur das Schwurgericht, nicht aber das Schöffengericht, werde den Prinzipien des nunmehr eingeführten öffentlich-mündlichen Verfahrens gerecht. Für Mittermaier stand fest, daß die genannten Grundsätze nur dann verwirklicht sind, wenn die Personenidentität zwischen Verhörendem und Urteilendem aufgehoben ist. Die Vernehmung des Angeklagten und der Zeugen durch den Richter war für ihn ein mit den neuen Verfahrensprinzipien unvereinbares Element des alten Inquisitionsprozesses.[35] Weil der Richter zur Vorbereitung des Prozesses die Ermittlungsakte benötige, gelangten auf diese Weise unweigerlich Ergebnisse der Voruntersuchung in den Prozeß, was ein Widerspruch zu den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit sei. Außerdem sah Mittermaier in der Vernehmung des Angeklagten durch den Richter einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung. Denn durch das vorherige Studium der Akten komme der Richter zwangsläufig mit einer vorgefaßten Meinung in die Sitzung, gegen die er dann nicht mehr ankämpfen könne.[36]

Auch fürchtete Mittermaier die Machtstellung älterer Richter, die sich zwangsläufig einstellende Routine sowie den „mehr oder minder conservativen Geist der Richter, die lange in Collegien thätig waren".[37] Der Behauptung v. Savignys, daß „gerade die Kriminalsachen selbst die reichhaltigste Quelle derjenigen Menschenkenntniß (sind), derer der Strafrichter bedarf"[38], hielt Mittermaier treffend

[33] Zu Mittermaiers vor 1848 wechselnden Ansichten zum Schwurgericht ausführlich *A. Koch*, (Fn. 4), S. 172 ff.
[34] *Mittermaier*, Die Lehre vom Beweise, 1834, S. 119.
[35] *C.J.A. Mittermaier*, Ueber die Stellung des Assisenpräsidenten, Der Gerichtssaal 1849 Bd. 1, S. 22, 25; *ders.*, Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika, 1865, S. 133.
[36] *C.J.A. Mittermaier*, (Fn. 35 - 1865), S. 683; *ders.*, Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte, 1866, S. 22.
[37] *C.J.A. Mittermaier*, (Fn. 36), S. 20.
[38] *F.C. v. Savigny*, (Fn. 16), S. 477.

entgegen, daß der Berufsrichter „seine Menschenkenntnis leicht aus trüber Quelle (schöpft)".[39]

Auch bei seinem vergeblichen „Kampf gegen das Schöffengericht" entwickelte Mittermaier weitere Argumente, die bis heute nichts an ihrer Aktualität verloren haben. Bei einem gemeinsamen Gremium aus Berufsrichtern und Laien bestehe die Gefahr einer bloßen „Scheinkollegialität", weil die Berufsrichter versuchten, die Schöffen zu beeinflussen.[40] Wahre Kollegialität setzte für Mittermaier zwingend die Rechtsgleichheit der Mitglieder voraus.[41] Diese Gleichheit sei bei einem Schöffengericht aber schon deshalb nicht gegeben, weil die Schöffen allein aufgrund ihrer in der Verhandlung gewonnenen Eindrücke entscheiden müßten. Die Berufsrichter dagegen könnten sich auf ihre Aktenkenntnis berufen und die Schöffen auf diese Weise durch das geschickte Ausspielen ihres Wissensvorsprungs in die gewünschte Richtung steuern. Urteile von Schöffengerichten waren für Mittermaier daher lediglich „Das Produkt des Schwankens, der Verwirrung und der Einschüchterung".[42]

V. Ausblick

Betrachtet man die gegenwärtige Diskussion über die Reform des Strafverfahrensrechts in Deutschland, so zeigt sich, daß die von Mittermaier vor rund 150 Jahren herausgearbeiteten Kritikpunkte nach wie vor aktuell sind. So wird heute wie damals die aus dem Aktenstudium unvermeidlich entstehende Voreingenommenheit des Richters gerügt.[43] Man beanstandet die Pflicht des Vorsitzenden, den Angeklagten zu vernehmen, weil dieser dadurch in die Rolle eines Gegners des Angeklagten gedrängt werde.[44] Und schließlich wird gegen die Schöffengerichte immer noch eingewandt, daß die Laien – zumindest, wenn sie keine Kenntnis der Akten haben – letztlich kaum mehr als ein manipulierbares Spielzeug in der Hand des Berufsrichters seien.[45]

Eine Möglichkeit, die Maximen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit „rein" zu verwirklichen, wäre die Wiedereinführung der Schwurgerichte. Tatsächlich hat das Schwurgericht in den letzten Jahren in Europa eine überraschende Renaissance erlebt.[46] In der internationalen Diskussion um die Laienbeteiligung wird heute erneut

[39] *C.J.A. Mittermaier*, (Fn. 35 - 1865), S. 685.
[40] *C.J.A. Mittermaier*, (Fn. 35 - 1865) S. 766; *ders.*, (Fn. 36), S. 37.
[41] *C.J.A. Mittermaier*, (Fn. 36), S. 37 f.
[42] *C.J.A. Mittermaier*, (Fn. 35 - 1865), S. 776.
[43] Vergleiche *C. Roxin*, Strafprozeßrecht, 25. Aufl. 1998, § 42 Rdnr. 56.
[44] *J. Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 361 ff., 439 ff.
[45] Zum Streit, ob den Laien das Akteneinsichtsrecht zu gewähren ist, jüngst *Th. Hillenkamp*, Zur Teilhabe des Laienrichters, S. 1437 ff., 1443 ff., in: Festschrift für G. Kaiser, 1998.
[46] Hierzu *G. Colomer*, Die Wiedereinführung des Geschworenengerichts in Spanien, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 110 (1998), S. 529; *St. C. Thaman*, Spain returns to Trial by Jury, Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 21 (1998), S. 241 ff.; *ders.* Das neue russische Geschworenengericht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 108 (1996), S. 191 ff.; *ders.*, Europe´s new Jury Systems: The Cases of Spain and Russia, Law and Contemporary Problems, Vol. 62 (1999), S. 233.

die Frage aufgeworfen, die bereits Mittermaier stellte: Können die Prinzipien des reformierten Strafprozesses ohne das Schwurgericht zur Entfaltung kommen?[47] Auch in Deutschland finden sich in jüngster Zeit vereinzelt Stimmen, die eine Rückkehr zum Schwurgericht in Erwägung ziehen.[48] Ob es jedoch sinnvoll ist, diesen Weg zu gehen, muß bei aller Sympathie für die Idee des Schwurgerichts bezweifelt werden, weil die durch seine Einführung bewirkte volle Entfaltung der genannten Prozeßgrundsätze mit kaum hinnehmbaren Nachteilen erkauft werden müsste.[49]

Es bleibt jedoch das Verdienst Mittermaiers, früh auf Schwachstellen des reformierten deutschen Strafverfahrens hingewiesen zu haben. Diese im Rahmen einer im neuen Jahrtausend anstehenden Strafprozeßrechtsreform zu beheben, ist eine Aufgabe, der sich der Gesetzgeber nicht länger entziehen sollte.

[47] *St. C. Thaman*, (F. 46 - 1998), S. 244.
[48] *F. Herzog*, Das Geschworenengericht als „Palladium der bürgerlichen Freiheit", in: Festschrift für Pawlowski, 1997, S. 243 ff.
[49] Vgl. zu den Schwierigkeiten einen Schwurgerichtsprozeß unter dem Druck der Massenmedien durchzuführen den anschaulichen Bericht der ehemaligen Staatsanwältin im Simpson-Prozeß: *Marcia Clark*, Without a Doubt, 1997; Rezension hierzu *A. Koch*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 16. Januar 1998, Nr. 13, S. 9.

Anwaltsgeschichte als Juristische Zeitgeschichte

Hinrich Rüping
Universität Hannover

1. Forschungsperspektiven

Juristische Zeitgeschichte ist für die Zeit des Nationalsozialismus zunächst nur Justizgeschichte gewesen. Das Interesse galt „der Justiz", damit einzelnen prominenten Gerichten, wie dem Reichsgericht oder dem Volksgerichtshof, dann den politischen Gerichten, schließlich dem Richterstand und der Profession der Staatsanwaltschaft.[1]

Kein eigenes Thema zeitgeschichtlicher Forschung bildet zunächst der Stand der Rechtsanwaltschaft, obwohl die Angehörigen nach Ausbildung und Zugang zum Beruf vergleichbare Voraussetzungen aufweisen. Die Frage einer Mitverantwortung für das als Terrorjustiz gebrandmarkte System des Nationalsozialismus stellt sich nicht für Angehörige eines freien Berufs.[2] So geht es zunächst um regional inspirierte Erinnerung an das Schicksal der unter dem Nationalsozialismus verfolgten, insbesondere der jüdischen Anwälte,[3] damit um einzelne Biographien.[4]

Ende der 80er Jahre erweitert sich die Perspektive. Die Auswertung einschlägiger Archivbestände ermöglicht, das Berufsfeld des Strafverteidigers nachzuzeichnen,[5] damit auch seinen Handlungsspielraum im totalen Staat. Auf diese Weise wird der eine Pol für anwaltliches Handeln bestimmend, der staatliche Druck in Richtung auf eine Gleichschaltung.[6] Bald folgen erste Untersuchungen zum Gegenpol, dem eigenen

[1] Zur eigenen Geschichte des Forschungsfeldes *Rüping* in Pauli/Vormbaum, Justiz und Nationalsozialismus – Kontinuität und Diskontinuität, 2003, S. 3, 6 ff.
[2] Nach *Ostler*, AnwBl 1983, 50, 59 kommt „der Ungeist von Unterwerfung und Willkür" nur schwer an den freien Beruf heran.
[3] Für Berlin *Leich/Lundt*, RuP 1988, 221 ff. und *Ladwig-Winters*, Anwalt ohne Recht, 1998, für Hamburg *Fritzsche*, Vom Rechtsanwalt zum „jüdischen Konsulenten", 1997 und *Morisse*, Jüdische Rechtsanwälte in Hamburg 1933-1945, 2003, für Bonn *Bonner Anwaltverein*, Jüdische Rechtsanwälte im Dritten Reich, 1994, für Dortmund *Anwalt- und Notarverein Dortmund*, Das Schicksal der jüdischen Rechtsanwälte und Notare während der Zeit des Nationalsozialismus, o. J. [um 1993], für Bochum *Bochumer Anwalt- und Notarverein*, „Zeit ohne Recht", 2002, für Hannover *Schulze* in Brand, Vergangenes heute, 2. Aufl. 2004, S. 215 ff., für Köln *Luig*, „... weil er nicht arischer Abstammung ist", 2004, für Preußen *Krach*, Jüdische Rechtsanwälte in Preußen, 1991 und RuP 1993, 84 ff.
[4] *Beer*, Dr. Horst Berkowitz, 2004 (unter anderem Titel zuerst 1979) sowie *Brand*, Vergangenes heute (Fn. 3), S. 136 ff., als Selbstzeugnis *Güstrow*, Tödlicher Alltag: Strafverteidiger im Dritten Reich, 1981.
[5] *König*, Vom Dienst am Recht: Rechtsanwälte als Strafverteidiger im Nationalsozialismus, 1987.
[6] *Henning*, Gleichschaltung und Ausgrenzung: Der Weg der bremischen Anwaltschaft ins Dritte Reich, 1990, *Frank*, Der Kampf um die freie Advokatur und die Gleichschaltung der Anwaltschaft im Dritten Reich, in: Justiz, Juristen und politische Polizei in Sachsen, 1996, S. 5 ff., *Douma*, Deutsche

Verhalten der Anwälte. So zuerst durch Auswertung einzelner Personalakten für die Haltung der Berliner Anwälte in dem umfassenden Sinn, auch „die Facetten der Täter, der Dulder, der Wegseher und nicht nur die der Opfer" einzubeziehen.[7]

2. *Das Projekt der Rechtsanwaltskammer Celle*

In diesem Kontext ist auch das Projekt der Rechtsanwaltskammer Celle zu sehen: „Rechtsanwälte im Bezirk Celle während des Nationalsozialismus". Das Projekt beruht entscheidend auf der Auswertung der reichhaltigen Celler Aktenbestände, die bereits wiederholt zeitgeschichtliche Untersuchungen ermöglicht haben.[8] Den Kern bilden Personalakten von Rechtsanwälten und Notaren im Archiv des OLG, ergänzend im Archiv der Rechtsanwaltskammer und vereinzelt wie auch für einzelne Entnazifizierungs- und Wiedergutmachungsvorgänge im Niedersächsischen Hauptstaatsarchiv. Hinzu kommen die vollständig erhaltenen Bestände an Generalakten des OLG als Provinzialjustizbehörde „betr. die Rechtsanwaltschaft", einzelne Vorgänge im Archiv der Kammer sowie als dessen Hauptstück die weitgehend vollständigen Protokolle von Sitzungen des Kammervorstandes.

Die bei Beginn des Projekts (2002) ca. 20.000 im Archiv des OLG lagernden Personalakten betreffen zum größten Teil den Justizdienst und nur mit etwa 600 Akten Rechtsanwälte und Notare. Einzelne Akten sind vom Staatsarchiv übernommen, andere offenbar mangels „Archivwürdigkeit" vernichtet oder während der Auslagerung im Krieg abhanden gekommen. 400 Personalakten erweisen sich nach den Jahrgängen 1886-1903 als einschlägig, um Aussagen über eine häufig nur bis Kriegsbeginn währende Berufstätigkeit im Nationalsozialismus machen zu können.

Die Akten bestehen selten nur aus einzelnen Blättern, etwa einer bloßen Abschrift des Entnazifizierungsbescheides, im Regelfall dagegen im Volumen von einem bzw. einem weiteren Band aus den dienstlichen Vorgängen zur Tätigkeit als Rechtsanwalt und wegen des Anwaltsnotariats überwiegend zugleich als Notar. Beiakten können Prüfungsvorgänge enthalten, Strafverfahren, Ehrengerichtsverfahren bei Rechtsanwälten bzw. Dienststrafverfahren bei Notaren betreffen sowie die Entnazifizierungsvorgänge nach 1945.

Eine vollständig erhaltene Personalakte beginnt mit der ersten Zulassung als Rechtsanwalt bzw. bei Nur-Notaren mit der Bestellung und wird bis 1945 weitergeführt. Sie enthält nach dieser Zäsur das Ergebnis der Entnazifizierung, teilt sich entsprechend den Gesuchen um Wiederzulassung bzw. Wiederbestellung in einen Rechtsanwalts- und Notarteil, enthält Ehrungen zu Berufsjubiläen und endet mit der Verzichtserklärung bzw. dem Tod.

Anwälte zwischen Demokratie und Diktatur 1930-1955, 1998, *Rüping*, AnwBl 2002, 615 ff., *Majer*, Jb. Jur. Zeitgesch. 5 (2003/2004), 1, 8 ff.

[7] *Kärgel* im Vorwort (S. 7) zu *Königseder*, Recht und nationalsozialistische Herrschaft: Berliner Anwälte 1933-1945, 2001.

[8] Bestände des OLG sind ausgewertet von *R. Schröder*, „... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!", 1988, Bestände der Generalstaatsanwaltschaft von *Rüping*, Staatsanwaltschaft und Provinzialjustizverwaltung im Dritten Reich, 1990 sowie: Staatsanwälte und Parteigenossen, 1994.

Lose eingelegt finden sich Personal- und Befähigungsnachweise der Justizverwaltung sowie Personalbögen. Sie erweisen sich als wichtige zeitgeschichtliche Quellen. Das gilt für die nach einheitlichen Vordrucken im damaligen Deutschen Reich wie für die ab 1948 im Bezirk Celle erforderlichen Angaben. Die Bögen aus der Zeit des Nationalsozialismus enthalten nicht nur die Grunddaten zur Person, sondern auch zu den Ergebnissen der Staatsexamina, zur „deutschblütigen Abstammung", zum sozialen Umfeld (Familienverhältnisse, Berufe des Vaters und des Schwiegervaters)[9] und zum Dienst im alten Heer, in Freikorps sowie in der Wehrmacht. Anzugeben waren auch die frühere Zugehörigkeit zu politischen Parteien, Verbänden und Logen wie später die zur Partei, ihren Gliederungen sowie angeschlossenen Verbänden und Vereinigungen.

Vor allem interessiert die obligatorische Äußerung über Befähigung, dienstliche Leistungen, Führung, Charakter und politische Haltung durch die Justizverwaltung, d. h. den Landgerichtspräsidenten sowie mit Sichtvermerk, vereinzelt auch eigener Stellungnahme des Oberlandesgerichtspräsidenten. Die Beurteilungen datieren einheitlich aus dem Jahr 1944, nachdem Ende 1943 im Reichsjustizministerium sämtliche Verzeichnisse über Rechtsanwälte und Notare durch Kriegseinwirkungen vernichtet und sofort wiederherzustellen waren.[10] Daß das Ministerium Anfang 1944 gesondert die aus der Aufsicht durch die Justizverwaltung abgeleitete Pflicht der Rechtsanwälte einschärft, alle für die Personalakten notwendigen Erklärungen und Nachweise einzureichen,[11] läßt auf Schwierigkeiten, wenn nicht auf Widerstände schließen.

Die Fortführung der Akten nach 1945 beginnt häufig mit dem Fragebogen der Militärregierung. Der Fragebogen zum Gesuch um Wiederzulassung an den Oberlandesgerichtspräsidenten ersetzt die früher für die politische Beurteilung vorgesehene Spalte durch Angaben zur Zulassung in Niedersachsen, zur Anerkennung als Flüchtling, zur früheren Zugehörigkeit zur NSDAP und ihren Gliederungen sowie zum Ergebnis der politischen Überprüfung. Ergänzt werden die Angaben durch häufig umfangreiche Lebensläufe der Bewerber. Die in ihnen enthaltenen Deutungen, Selbsteinschätzungen und -rechtfertigungen werden aufschlußreich, vergleicht man sie mit den 1944 gemachten Angaben und Beurteilungen.

3. *Zur „Freiheit der Advokatur" im Nationalsozialismus*

Was die Haltung der Anwaltschaft im Nationalsozialismus angeht, haben lange Zeit subjektive Einschätzungen der Art die Diskussion bestimmt, kollegiale Verbundenheit und lautere Berufsauffassung hätten sich auch in „dunkler Zeit"

[9] Mißverständlich erwähnt *Heinrich*, 100 Jahre RAK München, 1979, S. 141, nur, die Bögen über die arische Abstammung enthielten keine Angaben zu Stand und Beruf der Vorfahren

[10] Auf den Erlaß des RMJ v. 15. 12. 1943 beruft sich der LGPr Oels in einem mit „Geheim!" gekennzeichneten Schreiben an einen Rechtsanwalt, Personalakte im Archiv des OLG Celle [künftig: PA OLG Celle] 10 S 201, Anl. Hülle Bl. 7.

[11] Rv v. 27. 3. 1944 an die Präsidenten des RG, der OLGe und der RRAK, lose in: Generalakten im Archiv des OLG Celle [künftig: GA OLG Celle] 3170 E 1, Bl. 141.

bewährt.[12] Eine kritische Position zum Berufsstand in der jüngsten Vergangenheit erscheint damit ausgeschlossen.

Anders, wenn der durch das Erlebte, Erahnte, aber auch Verdrängte gezogene Rahmen überwunden wird durch nähere Betrachtung und Auseinandersetzung mit dem Typus nationalsozialistischer Herrschaft. Sieht man das Charakteristische, wie es einer verbreiteten Sicht in der Geschichtswissenschaft entspricht, unter Rückgriff auf *Max Webers* Herrschaftssoziologie im Typus charismatischer Herrschaft, geraten beide Seiten in den Blick: der Führer als Träger des Charismas und die von ihm Geführten, deren Beitrag in der Anerkennung des Charismas liegt.[13]

Eine derartige gemeinsame Ausrichtung innerhalb einer berufsständischen Elite, der Anwaltschaft, schafft eine weitgehende Homogenität und trägt die Ausschaltung der rassisch oder politisch „Unzuverlässigen". Einer Gleichschaltung kommt auch die Entwicklung der Anwaltschaft in Deutschland zu Hilfe. Charakteristisch für den Stand bleibt in der Sicht der Rechtssoziologie eine staatlich konzessionierte Freiheit.[14] Sie öffnet sich eher als in anderen Ländern staatlicher Intervention, wenn die Selbstverwaltung von Kammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts getragen wird und in der Standesgerichtsbarkeit staatliche Organe der Verbrechensverfolgung an der Ahndung beteiligt sind.[15]

So legitimiert auch die stete Warnung vor der Überfüllung des Berufsstandes den Ruf nach staatlichen Zulassungsbeschränkungen. Symbolhaft beschließt sie noch 1930 vor der Gleichschaltung der Kammern und der Auflösung des DAV eine aus Vertretern beider zusammengesetzte Kommission.[16]

4. Der Primat des Politischen im Berufsrecht der Anwälte und Notare

Wie der nationalsozialistische Staat durch eine neue Ausbildungsordnung, durch Selektion der künftigen Anwälte im Probe- und Anwärterdienst,[17] durch die von der Justizverwaltung im Einvernehmen mit dem BNSDJ ausgesprochene Zulassung sowie

[12] *Göhmann* in: Festschr. zur 150-Jahr-Feier des Rechtsanwaltsvereins Hannover (1831-1981), o. J. [1981], S. 1, 15.
[13] Zur Anwendung des Typus bei *Max Weber* (Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, S. 140: „Über die Geltung des Charisma entscheidet die durch *Bewährung* ... gesicherte freie, aus Hingabe an Offenbarung, Heldenverehrung, Vertrauen zum Führer geborene, *Anerkennung* durch die Beherrschten.") auf den Nationalsozialismus *Lepsius*, Demokratie in Deutschland, 1993, S. 95 ff., *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1914-1949, 2. Aufl. 2003, S. 552 ff., 597 f.
[14] Zu den folgenden Aspekten *Siegrist*, Advokat, Bürger und Staat, 1996, S. 617 ff., 627 ff., 645, 686 ff.
[15] Zur Diskussion bei der Schaffung der Rechtsanwaltsordnung *Feuerbach/Braun*, Kommentar zur BRAO, 4. Aufl. 1999, § 120 Rz. 1 ff.; zur Kritik am preußischen System, den Staatsanwalt zu beteiligen, in der Beratung des Entwurfs die Abg. *v. Schmid* und *Windthorst* (bei *Siegel*, Die gesammten Materialien zu der RAO vom 1. Juli 1870, 1883, S. 381, 389).
[16] Erwähnt im Geschäftsbericht des Vorstandes der RAK Celle 1930 (Mitt. 3 [1931] Nr. 1, S. 6 f. im Archiv der RAK).
[17] *König* (Fn. 5), S. 158, *Rüping* in Festschr. Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S. 405 f.

die Gleichschaltung der Kammern,[18] durch Ausgrenzung der jüdischen, der „politisch unzuverlässigen" Kollegen wie der Anwältinnen,[19] schließlich durch Unterwerfung der Anwälte unter die staatliche Disziplinargewalt[20] die Angehörigen eines freien Berufs zu disziplinieren sucht, ist als normativer Rahmen der neu definierten „Freiheit der Advokatur" wiederholt dargestellt.

Belege aus den Personalakten vermögen die Umsetzung anhand einzelner Biographien anschaulich zu machen. Eine mündliche Prüfung im ersten Staatsexamen aus dem Jahr 1937 nennt als Themen im Staatsrecht u.a. den Aufbau der Partei, das Reichsstatthalter- und das Reichsbürgergesetz, und im Strafrecht die Sicherungsverwahrung sowie das „Gesetz zum Schutz deutschen Blutes und der deutschen Ehre".[21]

Bei Referendaren bildet der vereinzelt erhaltene „Fragebogen zur Erforschung der wirtschaftlichen Lage" eine zeitgeschichtliche Quelle von Rang, mit Angaben zur eigenen Person (auch der gehaltenen Fachzeitschriften), zu Familie, Studium, Vorbereitungsdienst und Assessorenzeit.[22]

Ein Referendar mit „wirklichem Verständnis für die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs und das Rechtsempfinden des Volkes" kann mit einem Unterhaltszuschuß rechnen, da er den erhöhten Anforderungen an einen nationalsozialistischen Richter gerecht wird, und gilt durch seine Mitgliedschaft in Partei, SA und NSRB für den anwaltlichen Probedienst als geeignet.[23] Als Gegenbeispiel eröffnet der Oberlandesgerichtspräsident Celle im Auftrag des Reichsministers der Justiz einem Assessor bei Übernahme in den Probedienst, seine Nichtzugehörigkeit zur Partei und ihren Gliederungen werde als „staatsfeindlich" ausgelegt, worauf sich der Betroffene in der NSV und als Parteianwärter meldet.[24]

Das neue Gesicht der Kammern zeigt sich darin, daß sie sich die Ausgrenzung von Juden angelegen sein lassen. Die Mitteilungen schärfen ein, daß Partei-, SA- und NSRB-Mitglieder Juden nicht vertreten dürfen und Ehrengerichte ihre Rechtsprechung nicht auf jüdische Kommentare stützen.[25] Umgekehrt wenden Volksgenossen, damit auch deutsche Anwälte, den „deutschen Gruß" wie vorgeschrieben an, wollen sie nicht in Verdacht geraten, „dem nationalsozialistischen Staate ablehnend gegenüber zu stehen".[26] Außergewöhnlich bleibt, daß ein Richter als jüdischer Mischling entlassen werden muß, der Oberlandesgerichtspräsident den Preußischen Minister der Justiz

[18] *König* (Fn. 5), S. 37 ff., *Königseder* (Fn. 7), S. 61 ff.
[19] *Rüping*, AnwBl 2002, 615, 616 f.
[20] Zur Praxis *König* (Fn. 5), S. 224.
[21] Ges. v. 15. 9. 1935, RGBl 1935 I, 1146 f.; Beiakten [künftig: BA] JPA OLG Rostock in OLG Celle, PA 10 S 290, Bl. 17.
[22] Z. B. in OLG Celle, PA 12 F 229; die Fragebögen datieren offenbar aus der Zeit nach 1936.
[23] OLG Celle, PA 10a O 1, Zeugnisheft OLG Hamm, Bl. 10 (1937), LGPr Bochum v. 24. 1. 1938 in BA betr. Unterhaltszuschuß, Stellungnahme des NSRB v. 6. 6. 1939 (Hauptakte [künftig: HA], Bl. 4).
[24] OLG Celle, PA 10a W 8, Bl. 11 (RMJ v. 23. 9. 1940), 25 (zu den Hintergründen Gesuch v. 24. 5. 1946 an den OLGPr).
[25] Z. B. Anordnungen der RAK Wien (Mitt. RRAK 1938, 239) und Köln (Mitt. RRAK 1937, 101) sowie RRAK (Mitt. 1936, 49); dazu *Morisse*, Rechtsanwälte im Nationalsozialismus: Zur Funktion der Ehrengerichtsbarkeit, dargestellt am Beispiel des Oberlandesgerichtsbezirks Hamburg, 1995.
[26] RAK Dresden (Mitt. RRAK 1937, 99); entgegen *Hüttenberger* in: Hirschfeld/Kettenacker, Der „Führerstaat", 1981, S. 429, 434, 443, 455, erscheint der berufsständische Lobbyismus der Kammern gegenüber ihrer die Mitglieder disziplinierenden Funktion sekundär.

jedoch bittet, ihn wegen seiner überragenden Qualifikation „mit möglichster Schonung zu behandeln". Der Minister läßt ihn 1933 als Rechtsanwalt zu, – gegen das ausfallende Votum der Kammer,[27] „der Einfluss des Judentums in der Anwaltschaft des Bezirkes" sei noch nicht genügend zurückgedrängt.

Für den sensiblen Bereich der Strafverteidigung vor allem in politischen Sachen gilt eine Tätigkeit im Grundsatz nach wie vor als legitim und gerade durch Parteigenossen wegen ihrer politischen Zuverlässigkeit als erwünscht.[28] In der Praxis kann eine offensive Verteidigung allerdings die Gefahr eigener Verfolgung begründen;[29] sie soll in der Sicht nach 1945 den Eintritt in die Partei legitimieren, um damals wirksam Interessen der Mandanten wahrzunehmen.[30]

5. Karrieren und Antikarrieren im Nationalsozialismus

Die Generation der ab 1886 Geborenen bildet nach ihrem Alter zur Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft das Hauptkontingent der Untersuchung. Ihre Zeit ist geprägt durch den Dienst in der Wehrmacht im 1. Weltkrieg, zwei Jahrzehnte des Aufbaus und der Sicherung der beruflichen Existenz, die Einberufung zur Wehrmacht im 2. Weltkrieg, danach den mühsamen Neuanfang, häufig nach Flucht und Vertreibung, und den Neuaufbau im Westen.

Die politische Haltung gründet sich nur vereinzelt auf Anschauungen liberal-demokratischer Parteien, der SPD oder des Zentrums.[31] Ganz überwiegend bleibt sie im Bezirk über die verschiedenen politischen Systeme hinweg national-konservativ, in der pointierten Darstellung eines Betroffenen: „Ich habe mich bemüht, stets ein guter Deutscher und rechtlich denkender und handelnder Staatsbürger zu sein gemäss meiner Erziehung im Elternhaus und in der Burschenschaft. Die Erhaltung und der Bestand des Reiches waren für meine Entschlüsse massgebend. Deshalb habe ich mich

[27] OLG Celle, PA 9 D 53, PA Richter Bl. 117, 118 (Bericht des OLGPr v. 16. 6. 1933), PA Rechtsanwalt Bl. 6, 4 (Zulassung durch den PrMJ v. 1. 8. 1933 und abl. Votum der RAK v. 19. 7. 1933).

[28] Offiziell *Becker* (StA), Mitt. RRAK 1937, 130 f. und zur Notwendigkeit der Verteidigung auch *Bogenrieder* (StA) auf einer Tagung für Nachwuchskräfte 1944 auf der Reichsburg Kochem (Bundesarch. 3001/262, Bl. 12, 14). Die RAK Braunschweig teilt mit, das Reichsrechtsamt habe Parteigenossen nicht die Übernahme von Verteidigungen vor dem Sondergericht verboten (Mitt. RRAK 1938, 75).

[29] Für einen Nicht-Pg. als Verteidiger vor dem VGH Zeugnis des DGB v. 6. 8. 1945 (OLG Celle, PA 10 F 64, Bl. 13^R).

[30] So die Selbstrechtfertigung eines Verteidigers im Lebenslauf v. 13. 9. 1945 (OLG Celle, PA 10 J 27, Bl. 2^R).

[31] Nach einem Lebenslauf v. 3. 6. 1947 war der Betroffene Referendar, dann Hilfsarbeiter bei *Max Alsberg* (OLG Celle, PA 10 K 66, Notariat [künftig: Not.] Bl. 5); nach dem Fragebogen [künftig: FB] der MR v. 20. 6. 1945 in PA 10 E 34 gehörte der Betroffene früher als Richter der Demokratischen Partei sowie dem Republikanischen Richterbund an. In einem Schriftsatz von 1957 (Nds. HStA Nds. 110 W Acc. 14/99, Nr. 118203, Bl. 9) bezeichnet RA *L.* sich und seinen Sozius 1932 als die einzigen sozialdemokratischen Anwälte im Großraum Hannover. Die Zugehörigkeit zum Zentrum spielt im Bezirk praktisch keine Rolle; doch war z. B. RA *Pfad* von 1927-1933 Zentrumsabgeordneter im Provinziallandtag (PA 10 P 10, PB v. 2. 2. 1945 und von 1950 sowie Kurzbiographie bei *Brand* [Fn. 3], S. 190).

nach dem Zusammenbruch im Jahre 1918 der Regierung von *Ebert* und *Noske* bei Bekämpfung des kommunistischen Aufstandes im Freikorps ebenso zur Verfügung gestellt, wie ich Mai 1933 Parteigenosse der NSDAP wurde, um mit allen Nationalgesinnten das Deutsche Reich vor Terror und Zusammenbruch zu bewahren."[32] Als jüdischen Kollegen 1933 der Ausschluß aus der Anwaltschaft droht, versichern auch sie, dem deutschen Vaterland treu gedient zu haben und ihm auch unter der Regierung der nationalen Erhebung loyal weiterzudienen.[33]

a) Mitgliedschaft in der Partei und ihren Organisationen

Nationalsozialistische Karrieren drücken sich in der Zugehörigkeit zu Partei, SA, SS und zahlreichen Verbänden aus. Wenn zwei Drittel der Anwälte und Notare den Angaben in den Fragebögen zufolge Mitglieder der NSDAP waren, muß das Bemühen in häufig stereotypen Wendungen nach 1945 dahin gehen, eigene Belastungen herunter zu spielen.

Den späteren Lesarten zufolge trat man der Partei von 1933 aus idealistischer Begeisterung bei, unmittelbar nach 1933 in einem kollektiven nationalen Aufbruch, später unter dem Druck der Verhältnisse zur Sicherung der beruflichen Existenz.[34] Der Verbleib in der Partei wird damit gerechtfertigt, nur auf diese Weise etwas für Mandanten bewirken und überhaupt mäßigenden Einfluß ausgeübt haben zu können.[35] Eigene Parteikarrieren können bei Anwälten in einer Tätigkeit als Gaurichter liegen[36] oder durch den Einsatz, in einer Region die nationalsozialistische Revolution vorzubereiten.[37]

Fehlende Mitgliedschaft in der Partei kann, was die politische Zuverlässigkeit angeht, durch Zugehörigkeit zu Gliederungen und Organisationen, notfalls auch nur in

[32] „Nationales Glaubensbekenntnis" im Zulassungsgesuch v. 4. 8. 1945 (OLG Celle, PA 10 V 18, Bl. 8).

[33] Gesuch v. 7. 4. 1933 an den PrMJ (OLG Celle, PA 10 R 34, Bl. 8).

[34] Vgl. die Darstellung im Entnazifizierungsbescheid v. 16. 9. 1949 und Lebenslauf v. 17. 9. 1950 (OLG Celle, PA 10 V 22, Bl. 4^R, 2^R), in einem Zulassungsgesuch v. 28. 9. 1945 (PA 10 B 153, Bl. 4^R), Lebenslauf v. 18. 7. 1945 (PA 10a B 33, Bl. 4); was im zeitgenössischen PB als „nationale Pflicht" erscheint, wird im Lebenslauf v. 16. 8. 1945 als abgenötigt dargestellt (PA 10 M 130, PB und Bl. 3).

[35] So die Darstellung in einem „politischen Lebenslauf" v. 28. 1. 1947 (OLG Celle, PA 10 N 43, Bl. 7^R).

[36] Die Musterkarriere beginnt mit dem Studium an den „Grenzlanduniversitäten" Freiburg und Kiel (Lebenslauf von 1934 in OLG Celle, PA 10 R 91, BA OLG Darmstadt Bl. 4 ff.), setzt sich fort in der Promotion über „Die öffentlich-rechtliche Gestaltung der NSDAP" (Mitt. v. 1. 9. 36, Bl. 34) und der Verwaltungsstation beim Reichsrechtsamt der NSDAP (Mitt. des OLGPr v. 30. 12. 1936 an den RMJ, Bl. 46) und führt dann bis 1944 zu Beurlaubungen durch den RMJ für eine Tätigkeit am Gaugericht Württemberg-Hohenzollern (Schreiben des Obersten Parteigerichts v. 14. 6. 1940 an den OLGPr, Bl. 173).

[37] Der Beurteilung durch den LGPr Bückeburg im Personal- und Befähigungsnachweis [künftig: PBN] v. 18. 2. 1938 zufolge (lose in OLG Celle, PA 10 R 60) hat sich RA *R.* von allen Juristen des Landes „am ersten und am entschiedensten für die nationalsozialistische Bewegung eingesetzt"; als „Lohn" läßt ihn der RMJ am 5. 4. 1938 gegen die Voten des OLGPr und der RAK (a.a.O., HA Bl. 59, 57) gleichzeitig beim OLG zu und findet sich *R.* 1939 im Stab des Stellvertreters des Führers (Mitt. v. 11. 3. 1939, a.a.O. Bl. 72).

der NSV, kompensiert werden.[38] Für die Mitgliedschaft in der SA kommt neben den bereits bekannten Motiven die Behauptung hinzu, ohne eigenes Zutun kollektiv aus dem Stahlhelm überführt worden zu sein.[39] Welche Möglichkeiten bestanden, die SA zu verlassen, zeigen die Fälle zweier Anwälte und SA-Führer, die nach den von der SA inszenierten Novemberpogromen 1938 ihre Entlassung durchsetzen. Beide finden mit den Argumenten, die nicht vom „Führer" befohlene Aktion sei rechtswidrig und die Ausführung der Befehle unzumutbar gewesen, Gehör vor dem Gaugericht.[40]

Neben der Mitgliedschaft in der Partei und SA spielt die in der SS zahlenmäßig keine bedeutende Rolle, auch wenn sie sich nach 1945 als erhebliche Belastung darstellt. Eine fördernde Mitgliedschaft in der SS kann dazu dienen, die fehlende Zugehörigkeit zur Partei zu kompensieren,[41] ebenso eine förmliche Mitgliedschaft in der Allgemeinen SS, wobei Rechtsanwälte häufig in der hauseigenen Gerichtsbarkeit der Gliederung eingesetzt werden.[42] Eine Mitarbeit im SD, z.B. als Denunziation eines Kollegen, Halbjuden vertreten zu haben,[43] kann nicht ernsthaft nach 1945 als fachliche Berichterstattung vermittelt werden, „Gutachten zu fertigen ... sowie Stimmungsberichte der Bevölkerung", „um Unrecht im eigenen Wirkungskreis zu verhindern".[44] Die Akten belegen darüber hinaus eigene Karrieren bei der Waffen-SS, bis zum Rechtsreferenten in der Haushalts- und Bauabteilung in der Verwaltung der Konzentrationslager durch Obergruppenführer *Pohl*.[45]

b) Verleihung des Titels „Justizrat"

Anwälte können nur mittelbar vom Staat ausgezeichnet werden, durch Glückwünsche der Justizverwaltung zu Berufsjubiläen,[46] durch Verleihung von Orden

[38] Ein PB von 1944 weist die Zugehörigkeit zu 6 Verbänden nach (OLG Celle, PA 10 K 43); auf Anordnung des OLGPr veranlaßt der LGPr Hannover in 2 Fällen die Mitgliedschaft in der NSV (Bericht v. 1. 6. 1944 an den OLGPr in PA 10 G 28, Bl. 36, und v. 30. 6. 1944 in PA 10 T 17, Bl. 59).
[39] Z. B. erwähnt in einem Lebenslauf v. 12. 9. 1945 (OLG Celle, PA 10a K 22, HA Bl. 2) und v. 1949 (PA 10 V 20, Bl. 2^R).
[40] Zu den Verfahren *Hamann* in Festschr. 275 Jahre OLG Celle, 1986, S. 143, 193 ff. und *Rüping*, Staatsanwaltschaft und Provinzialjustizverwaltung im Dritten Reich, 1990, S. 93.
[41] In einem Fall wird ein RA förderndes Mitglied der SS gegen die – später gebrochene – Zusicherung, ihn wegen seiner Ehe mit einer Jüdin in Ruhe zu lassen (Protokoll des Landesausschusses v. 8. 3. 1951 in der Wiedergutmachungsakte Nds. HStArch Nds. 110 W Acc. 84/90 Nr. 401/4, Bl. 21).
[42] Mitteilung des LGPr Lüneburg v. 3. 10. 1944 an den OLGPr in OLG Celle, PA 10 B 148, Bl. 67 sowie Zulassungsgesuch mit Lebenslauf v. 12 1. 1951 in PA 10a B 45, Bl. 1^R.
[43] Als Folge wird gegen den Denunzierten ein EG-Verfahren eingeleitet (OLG Celle, PA 10 M 130, Bl. 2); in einem anderen Fall wird der Denunzierte wegen defaitistischer Äußerungen vom VGH zum Tode verurteilt und hingerichtet, und der Denunziant vom EG, bestätigt vom EGHBrZ, aus der Anwaltschaft ausgeschlossen (PA 10 B 148, Urteile v. 20. 12. 1952 und v. 23. 6. 1953, Bl. 108 ff., 127 ff.).
[44] FB der MR v. 3. 7. 1946, Bl. 6^R in Nds. HStArch Nds. 171 Hann. ZR 44520.
[45] Vgl. die Mitteilung v. 17. 5. 1941 an die RAK Celle (Archiv der RAK, PA RA *K.*); zwei Rechtsanwälte erscheinen als Hauptsturmführer der Waffen-SS (PB v. 1944 in OLG Celle, PA 10 M 58 und PB v. 1950 in PA 10 M 155), ein weiterer bei einer Umsiedlungsaktion durch einen Totenkopfverband der Waffen-SS (Bericht des LGPr Göttingen v. 25. 1. 1947 an den OLGPr in PA 10 S 182, RA Bl. 77).
[46] Z. B. spricht sich der LGPr Göttingen im Bericht v. 13. 4. 1938 an den OLGPr gegen Glückwünsche zum 40j. Berufsjubiläum aus, da der RA in einem Mahnschreiben die Pflicht, Schulden zu bezahlen,

und damals des Titels „Justizrat". Die gegenüber Orden weitaus wichtigere des begehrten Titels interessiert wegen der politisch gefärbten Kriterien der Selektion.[47]

Hitlers 1939 bevorstehender 50. Geburtstag bewirkt eine Flut von Vorschlägen der Justizverwaltung wie der Partei und ruft den Gauleiter auf den Plan. Er erinnert an die Absprache mit der Reichsjustizverwaltung, den Titel nur bei besonderen Verdiensten in der Partei oder um das nationalsozialistische Recht zu verleihen.[48] Zum 30.1.1939 wird der Titel insgesamt 56mal verliehen, darunter an zwei Anwälte im Bezirk, und zum 20.4.1939 60mal, darunter 3mal im Bezirk. Nach den Zahlen für 1939 sind von den 733 Anwälten im Bezirk 29 (4 %) Justizräte (davon 6 „neuer Art"), entsprechend von 204 Rechtsanwälten im Landgerichtsbezirk Hannover 6 (3 %), davon 1 „neuer Art".[49]

Den wenigen neu Ernannten ist „rückhaltloses Eintreten" für den nationalsozialistischen Staat bescheinigt, „aktiver Einsatz" für die Partei oder als Verteidiger ein Selbstverständnis als Gehilfe des Gerichts bei der Wahrheitsfindung. Ein Vorschlag faßt die vielfältigen Verdienste des Betroffenen um die Sache des Nationalsozialismus wie folgt zusammen: „*B.* steht rückhaltlos hinter dem neuen Staat. Er ist Mitarbeiter im Gaurechtsamt des Gaues Süd-Hannover-Braunschweig, SS.-Untersturmführer und Rechtsberater des SS.-Abschnitts IV in Hannover und Gauehrengerichtsvorsitzender im NSRB."[50]

Zurückgewiesen werden dagegen politisch Unzuverlässige: „Judenfreunde", frühere Angehörige einer Loge,[51] aber auch ein fachlich übereinstimmend als „bester Kenner des Wirtschaftsrechts" geltender Notar, der jedoch nach Ermittlungen der Gestapo bei Diensthandlungen nicht den „deutschen Gruß" anwendet.[52]

c) Einsatz in der Justiz und zur Reichsverteidigung

Die Selektion nach Kriterien der Nähe zum politischen System zeigen schließlich der Notdienst in der Justiz und die „Freigabe" von Rechtsanwälten und Notaren zur Reichsverteidigung. Als im Krieg Rechtsberatung und –vertretung zurückgehen, andererseits durch die Einberufung wehrpflichtiger Jahrgänge Richter und

als Ehrenpflicht eines Nationalsozialisten bezeichnet habe, „auch wenn es sich um eine jüdische Firma handelt" (OLG Celle, PA 10 B 21, Bl. 46 m. Anl. Bl. 47).
[47] *Siegrist* (Fn. 14), S. 634 ff. stellt für den staatlichen Einfluß primär auf die Verleihung von Orden ab; zur Praxis der Titelverleihung um 1900 S. 630 f.
[48] Gauleiter Ost-Hannover am 6. 9. 1939 an den OLGPr (OLG Celle, PA 10 S 173, BA Justizrat [künftig: JR], o. P.).
[49] Übersichten für das Reich in Mitt. RRAK 1939, 49, 97 und den Bezirk im Entwurf eines Berichts des OLGPr v. 15. 6. 1939 an den RMJ in OLG Celle, PA 10 B 34, Bl. 61^R.
[50] OLG Celle, PA 10 B 34, Bl. 52, weiter PA 10 B 25, BA JR o.P. und zum Selbstverständnis als Verteidiger PA 10 B 64, BA JR o.P.
[51] Negative Voten wegen der Vertretung von und des Umgangs mit Juden durch den PrNotK Celle v. 23. 3. 1939 (mit dem Hinweis, der Betroffene sei bereits aus dem NSRB ausgeschlossen), PrRAK v. 10. 5. 1939, Gau Süd-Hannover-Braunschweig v. 15. 7. 1939 und GenStA v. 25. 7. 1939 (OLG Celle, PA 10 B 49, BA JR o.P.); in einem anderen Fall nimmt der LGPr Hildesheim v. 8. 3. 1939 gegenüber dem OLGPr den Vorschlag zurück (PA 10 P 14, BA JR o.P.).
[52] Der PrNotK begrüßt in seiner Stellungnahme v. 8. 3. 1939 die Verleihung an „einen der besten Rechtsanwälte und Notare" unbedingt; dagegen negativ das politisch begründete Votum des GenStA v. 16. 9. 1939 gegenüber dem OLGPr (OLG Celle, PA 10 F 22, BA JR o.P.).

Staatsanwälte fehlen, werden Rechtsanwälte im sogenannten Notdienst als Richter und Staatsanwälte (im Bezirk 5 bzw. 7 Anwälte) abgeordnet. Die Ministerialverfügung von 1944 stellt für das Profil unmittelbar ab auf die politisch-weltanschauliche Ausrichtung, auf Rechtsgefühl und Gemeinschaftsgedanken, schließlich auf Sensibilität für volkliche und staatliche Notwendigkeiten bei der Rechtsanwendung.[53]

Für die kriegswichtigen Strafsachen empfehlen sich Anwälte mit der Überzeugung, auch auf Kosten von Mandanteninteressen der Wahrheit zu ihrem Recht zu verhelfen.[54] Ein beauftragter Richter, beschrieben als „vorzüglicher Musiker" und eine „mehr weiche als tatkräftige Natur", jedoch „eifriger Nationalsozialist" stellt sich dar „als ein williger, anpassungsfähiger Richter, der bemüht ist, im Geiste des Nationalsozialismus Recht zu sprechen", und sich „eine von gesundem Volksempfinden getragene Auslegung des Gesetzes" angelegen sein läßt.[55]

Qualifiziert damit völlige Angepaßtheit zum Richteramt, können Versuche nicht überzeugen, die Tätigkeit nachträglich als letzte Bastion rechtsstaatlicher Unabhängigkeit zu stilisieren, indem Funktionäre unnachsichtig bestraft, Verfolgte dagegen über die Zubilligung „berechtigter Interessen" oder eines „übergesetzlichen Notstandes" freigesprochen worden seien.[56]

Die zunehmende Einberufung wehrfähiger Jahrgänge erfordert schließlich die Mobilisierung aller personellen Kräfte in der Heimat für die „Reichsverteidigung". Der entsprechende Führererlaß von 1943 wird in den Bezirken umgesetzt durch die Oberlandesgerichtspräsidenten.[57] Bei Anwälten erscheint das Kriterium unverfänglich, sie als unentbehrlich anzusehen, soweit eine auf das Kriegswichtige beschränkte Rechtspflege sonst nicht aufrecht erhalten werden könnte. Bald entscheidet jedoch nicht mehr das Berufs*feld*, sondern die Berufs*auffassung* darüber, ob „eine auf das Volksganze ausgerichtete Mitarbeit an der Rechtspflege" zu erwarten ist. Primär und restlos „freizugeben" sind jetzt die „üblichen Verdächtigen": Mischlinge, jüdisch Versippte und wegen „staatsabträglichen Verhaltens" Verurteilte.[58] Eine als Verschlußsache gekennzeichnete Liste von Ende 1943 erfaßt 10 Mischlinge unter den Anwälten im Bezirk und 1 früheres Mitglieder der SPD.[59]

Auf der anderen Seite machen sich Anwälte als Berater von Wehrwirtschaftsbetrieben oder als politische Funktionäre unabkömmlich. Der

[53] Rv RMJ v. 22. 4. 1944 (OLG Celle, GA 3170 II, Bl. 110).
[54] LGPr Göttingen, politische Beurteilungen im PBN v. 5. 3. 1943 und PB v. 7. 3. 1944 (OLG Celle, PA 10 K 60).
[55] Beurteilung durch den OLGPr Zweibrücken im PBN v. 13. 6. 1944 in OLG Celle, PA 10 T 42, – damit ein Beleg für die in der Lit. angenommene Angepaßtheit der im Notdienst eingesetzten Anwälte (*Douma* in: Justizministerium NW, Justiz und Nationalsozialismus, 1993, S. 103, 129).
[56] So die Darstellung in einem „politischen Lebenslauf" v. 28. 1. 1947 (OLG Celle, PA 10 N 43, Bl. 9[R], 11).
[57] VO v. 27. 1. 1943 § 1 (RGBl 1943 I, 67 f.), Rv RMJ v. 19. 12. 1943 (OLG Celle, GA 3170 E 1, Bd. 1, Bl. 1).
[58] Rv RMJ v. 19. 3. 1943 (OLG Celle, GA 3170 E 1, Bd. 1, Bl. 11).
[59] Unvollständig erhalten in OLG Celle, GA 3170 E 1, Bd. 1, Bl. 134a, 135b, 136c; Einzelfälle der „Freigabe" jüdisch Versippter in OLG Celle, PA 10 A 36 (Vermerk des OLGPr v. 28. 4. 1943 Bl. 80[R]), PA 10 D 27 (Vermerk des OLGPr v. 13. 2. 1945 Bd. 2 Bl. 35), der Betroffene sei zur Organisation Todt einberufen, habe sich jedoch nicht gestellt; Freigabebescheid des OLGPr v. 27. 3. 1943 gegenüber einem früheren Mitglied der SPD in PA 10 E 26, Bl. 30, - der Betroffene wird 1951 Richter am BVerfG.

vollständig erhaltene Rücklauf der Anfragen veranschaulicht wirtschaftsgeschichtlich, wie die Kriegswirtschaft im 5. Kriegsjahr alle Bereiche in Handel und Industrie vereinnahmt hat, mit teils geheimen Aufträgen für die Rüstungsindustrie.[60] Mentalitätsgeschichtlich wird deutlich, wie ein Mitwissen, z. B. über umweltvernichtende chemische Verfahren oder über die Beschäftigung von Zwangsarbeitern, eine Mitverantwortlichkeit begründen kann.[61]

Ein politisches Engagement als Rechtsberater der SS, des NSKK, des Gaus oder des Gauleiters persönlich macht Interventionen bei der Justizverwaltung aussichtsreich, um Freistellungen zurückzunehmen, z. B. auch mit dem Ziel, die Spitzeltätigkeit für den SD fortzusetzen.[62]

„Freigegeben" werden einem Bericht des Oberlandesgerichtspräsidenten von Anfang 1943 zufolge 50 der 320 Anwälte im Bezirk, darunter auch Rechtsanwältinnen.[63] Die Wirkung leidet darunter, daß Betroffene wegen Unentbehrlichkeit, wegen Löschung in der Anwaltsliste oder wegen Einberufung zur Wehrmacht häufig nicht mehr zum Arbeitseinsatz kommen.[64] Zudem können Rechtsanwälte und Notare kaum ihrer Vorbildung entsprechend eingesetzt werden. Der Oberlandesgerichtspräsident sieht Anlaß zu einem Bericht an den Minister, als ein Rechtsanwalt und Notar als einfacher Polizeibeamter Dienst tun soll und ihm darüber hinaus eröffnet wird, er könne in seiner neuen Stellung auch nicht mit einer Beförderung rechnen.[65]

d) Strafverteidigung

Das neue Bild des Strafverteidigers ist bereits wiederholt angesprochen. Er behält auch unter dem Nationalsozialismus Handlungsspielräume. Anwälte – Parteigenossen wie Nicht-Parteigenossen –[66] setzen sich wirkungsvoll für ihre Mandanten ein und nehmen bei Verteidigungen vor Sondergerichten, RKG und VGH sowie beim

[60] Weshalb z. B. ein Rechtsanwalt jede Auskunft ablehnt (Stellungnahme v. 23. 3. 1943 in OLG Celle, GA 3170 E 1, Bd. 1, Anlagenbd. 1, Bl. 18).
[61] Vgl. ein Schreiben des Rechtsanwalts *E.* v. 29. 3. 1943 an den LGPr Hannover (Einzelsachen in GA 3170 E 1, Bd. 1, Beih., Anlagenbd. 3) und des Rechtsanwalts *M. IV* v. 25. 3. 1943 (a.a.O. Anlagenbd. 2, Bl. 36).
[62] Auf Grund eines geheimen Schreibens des SD-Abschnitts Braunschweig v. 24. 5. 1943 nimmt der OLGPr am 31. 5. 1943 die Freistellung zurück (OLG Celle, PA 10 K 39, Bl. 40, 42); in einem anderen Fall trägt er am 10. 6. 1943 einem am selben Tag telefonisch übermittelten Wunsch des stellvertretenden Gauleiters Rechnung (GA 3170 E 1, Bl. 100, 101).
[63] Bericht des OLGPr v. 12. 4. 1943 (OLG Celle, GA 3170 E 1, Bl. 57[R]). Als der LGPr Verden am 18. 4. 1943 einen Anwalt mit „schlechter Gesundheit" und einen anderen „ohne große geistige Kräfte" vorschlägt, stellt der OLGPr den zuerst genannten dem Arbeitsamt zur Verfügung (Vermerk in OLG Celle, Sammelakten [künftig: SA] 3176 LG Verden, Bl. 17).
[64] Nach einem Vermerk des OLG v. August 1944 (lose in OLG Celle, GA 3170a 1) ist die Anordnung bei den noch 33 „freigegebenen" Rechtsanwälten und Notaren in 9 Fällen zurückgenommen und in weiteren 9 Fällen nicht vollzogen.
[65] Bericht v. 21.4.1943 (OLG Celle, GA 3170a 1, Bl. 74).
[66] Zu Verteidigungen durch Nichtparteigenossen Lebenslauf v. 16. 11. 1947 und Zusatz zum FB der MR (OLG Celle, PA 10 L 78, Bl. 7, 18) sowie Lebenslauf v. 10. 5. 1947 zur Vertretung eines Stahlhelmführers gegen den Polizeipräsidenten *Heines* (PA 10 M 136, Bl. 3[R]).

Eintreten für Schutzhäftlinge Behinderungen, Drohungen, Konflikte und die Gefahr in Kauf, selbst verfolgt zu werden.[67]

Sie können Verteidigungen in politischen Sachen vor einem OLG außerhalb des Bezirks nur übernehmen, wenn der Oberlandesgerichtspräsident in Celle nach Anhörung der Kammer fachliche und politische Bedenken verneint hat.[68] Chancen haben damit nur angepaßte Anwälte, denen eine „erfreuliche Zusammenarbeit mit dem Gericht", „verständnisvolles Eingehen" auf seine Wünsche, Unterstützung bei der Wahrheitsfindung bescheinigt[69] und das Gütesiegel eines nationalsozialistischen Rechtswahrers verliehen ist. Mit Rücksicht auf das neue Berufsethos findet sich auch die Denunziation eines Anwalts durch einen Richter: ein Geständnis des Mandanten zu verhindern, weil das Gericht ihm die Schuld nachweisen müsse, sei „unvereinbar mit den Pflichten eines Rechtsanwalts im dritten Reich".[70]

6. Notare

Die jüngere Geschichte der Notare ist nicht nur kaum erforscht, sondern bleibt ausgeklammert. Sie wird für das Projekt insbesondere über die Personalakten der Anwaltsnotare zugänglich.[71]

Reichsrechtsführer *Frank* umwirbt die Notare für ein Einscheren in die einheitliche Rechtsfront des BNSDJ.[72] Doch verwirklicht die Reichsnotarordnung von 1937 nur teilweise berufspolitische Forderungen nach einem reichseinheitlichen, und zwar Nur-Notariat, sowie einem Beurkundungsmonopol. Die Kodifikation verwässert

[67] Zur Behinderung der Verteidigung von Bibelforschern Lebenslauf v. 1946 und Bericht des OLGPr Hamm v. 21. 6. 1949 an den MJ (OLG Celle, PA 10 D 60, RA Bl. 109, 177), zum Eintreten für Juden Anl. zum FB der MR und eidesstattliche Versicherung v. 27. 7. 1946 (PA 10 W 105, HA Bl. 16, 21), zu Verzögerungstaktiken vor dem VGH Schreiben v. 5. 3. 1946 an die RAK Celle (Archiv der RAK betr. RA *D.*), zum Eintreten für KZ-Häftlinge Lebenslauf v. 1. 10. 1945, vor allem aber das Dankesschreiben eines Häftlings v. 25. 6. 1943 (PA 10 G 88, Bl. 4, 8), zur Gefahr eigener Verfolgung Schreiben des DGB v. 6. 8. 1945 betr. Verteidigungen vor dem VGH (PA 10 F 64, Bl. 13[R]) sowie der Nachweis, daß am 9. 6. 1937 das Hauptverfahren vor dem EG der RAK Naumburg eröffnet wurde (PA 10 T 55, BA Wiedergutmachung, Bl. 8). Zum bekannten Fall des Rechtsanwalts *Gröpke* in Hannover *König* (Fn. 5), S. 199 ff., *Rüping*, AnwBl 2002, 615, 618 f., *Brand* (Fn. 3), S. 171 ff.; allgemein *Klein*, Der Strafverteidiger im nationalsozialistischen Staat, 1996.

[68] Als Anfragen nach dem Ges. v. 24. 4. 1934 Art. IV § 3 S. 1, Art. III §§ 3 I, 4 betr. Verfahren, die der VGH an das OLG abgegeben hat, z. B. die des OLG Hamm v. 20. 5. 1941 an den LGPr Hannover (m. abl. Antwort wegen eines anhängigen EG-Verfahrens in OLG Celle, PA 10 G 65, BA PA LG Hannover, Bl. 119, 121) und die des OLG Kassel (m. abl. Stellungnahme der RAK wegen Beschwerden des SD, Archiv der RAK Celle, PA betr. RA *H.*).

[69] Vgl. die Wendungen in Beurteilungen durch den LGPr Hannover v. 11. 12. 1944 (OLG Celle, PA 10 M 53, PB), LGPr Göttingen v. 7. 3. 1944 (PA 10 K 60, PB) und v. 13. 4. 1944 (PA 10 M 97, PB) sowie den LGPr Bückeburg v. 1. 2. 1944 (PA 10 B 163, PB); zum neuen Modell des Strafverfahrens *König* (Fn. 5), S. 161 ff., *Rüping*, AnwBl 2002, 615, 617.

[70] Bericht eines LGDir v. 25. 9. 1939 an den LGPr Hannover (OLG Celle, PA 10 K 28, Bl. 84).

[71] Nach Abtrennung des LG-Bezirks Detmold gibt es 1944 im OLG-Bezirk nur noch 1 Notaranwalt (Bericht des OLGPr v. 2. 2. 1945 an den RMJ, Bundesarch. 3001/792, o.P.).

[72] Rede *Franks* auf der Sitzung des Reichsfachgruppenrats Notare am 20. 2. 1936 in DNotZ 1936, 143 ff.

das Modell eines Nur-Notariats durch weitreichende Übergangsregelungen und bringt nicht das erhoffte Monopol, sondern konstituiert Pflichten, jederzeit für den nationalsozialistischen Staat einzutreten und das Amt zum Wohl der Volksgemeinschaft zu verwalten.[73] Abgeleitet wird aus den Generalklauseln, den Notar allgemein zur Wahrung von Gemeinschaftsbelangen in Anspruch zu nehmen.[74] Die Behauptung, die – leider nicht näher benannten – „entscheidenden Punkte" der Reichsnotarordnung seien in die Bundesnotarordnung von 1961 übergegangen,[75] muß auf einer diffusen Wahrnehmung der Quellen beruhen.

Da jede Bestellung zum Notar mit der Partei abgesprochen sein muß, entscheiden auch hier primär politische und nicht fachliche Gesichtspunkte. Ein politisch aktiver Bewerber kann mit einer Intervention der Gauleitung rechnen, so daß ihn der RMJ gegen das ursprüngliche Votum des Oberlandesgerichtspräsidenten zuläßt.[76] Juden müssen wie Anwälte nach dem Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums und letztlich nach dem Reichsbürgergesetz ausscheiden.[77] Politisch unzuverlässige Bewerber, die z. B. an ihrer Ehe mit einer Jüdin festhalten, kirchlich engagiert bleiben, früher Mitglieder der SPD oder des Zentrum waren, müssen mit jahrelangen Verzögerungen der Bestellung rechnen, wenn nicht mit der Ablehnung.[78] Daß einige Notare nicht der Partei angehören, widerlegt die spätere Behauptung zur Legitimierung der eigenen Mitgliedschaft, nur Parteigenossen hätten bestellt werden können.[79]

Notare unterliegen im Grundsatz nur der Reichsnotarordnung, im Dienststrafrecht jedoch der für Beamte und Richter geltenden Reichsdienststrafordnung (§§ 68, 69 RNotO). Das förmliche Dienststrafverfahren vor der Dienststrafkammer des OLG betrifft nicht zeitgebundene Pflichtverletzungen, wie auswärtige Beurkundungen ohne die erforderliche Genehmigung, aber auch politische Verfahren. Daß ein Notar eine Hypothek von einem Juden erworben und ihn traditionell noch mit „Sehr geehrter Herr Kollege" angeschrieben hat, wird mit einer Geldbuße von 2.000,- RM geahndet. Daß derselbe Notar einige Jahre später erheblichen Mut zeigt, als er öffentlich Pogrome gegen einen jüdischen Händler kritisiert und gegen Pöbeleien einschreitet, kostet ihn

[73] RNotO v. 13. 2. 1937 §§ 4, 15 I (RGBl 1937 I, 191 ff.); zum berufspolitischen Programm *Wolpers* (der spätere Präsident der Reichsnotarkammer) auf dem außerordentlichen Notartag am 28. 5. 1933 in DNotZ 1933, 320, 321.

[74] So bereits *Seybold*, DNotZ 1934, 502, 503, fortgeführt für das Dienststrafverfahren nach dem Maßstab des „gesunden Volksempfindens" bei *Wittland*, Reichsdienststrafordnung, 2. Aufl. 1941, Anl. § 22 DBG Rz. 26.

[75] *Schultze-v. Lasaulx*, Geschichte des Hamburgischen Notariats, 1961, S. 126; auch *Lerch* in Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2003, Einl. Rz. 11 klammert den politischen Gehalt der RNotO aus.

[76] Gauleitung Ost-Hannover v. 9. 4. 1941 an den OLGPr und Bestellung durch den RMJ am 21. 5. 1941 nach Ablehnung noch im Jahre 1939 (OLG Celle, PA 10 B 148, Bl. 39, 40, 35).

[77] Als Beispiele Vermerk des OLGPr v. 9. 6. 1937 (OLG Celle, PA 10 M 13, Bl. 137) und Entlassungsbescheid des RMJ v. 22. 1. 1936 (PA 10 R 34, Bl. 36); dazu *Hamann* (Fn. 40), S. 189 ff.

[78] Einzelschilderungen in einem Schreiben der RAK Celle v. 26. 4. 1956 an den OLGPr (OLG Celle, PA 10 D 27, Bd. 2 Bl. 83) sowie in Zulassungsgesuchen v. 8. 4. 1949 (PA 10 L 76, Not. Bl. 3[R] betr. die Vertretung einer katholischen Kirchengemeinde gegen den Staat), v. 4. 4. 1945 (PA 10 E 26, Not. Bl. 44 betr. frühere Zugehörigkeit zur SPD) und v. 24. 8. 1945 (PA 10 J 18, Not. Bl. 6 und PB, betr. frühere Zugehörigkeit zum Zentrum).

[79] So die Darstellung in einem Gesuch v. 28. 8. 1945 um Wiederbestellung als Notar (OLG Celle, PA 10 C 24, Bl. 120); daß ein Notar, obwohl Nichtparteigenosse, im Frühjahr 1933 seine Bestellung erhält, erwähnt er in seinem Lebenslauf aus dem Jahre 1945 (PA 10 H 134, Not. Bl. 6).

fast das Amt.[80] In ebenso penibler wie unsensibler Anwendung der Vorschriften des Wiedergutmachungsrechts erhält der Betroffene 1948 durch die Dienststrafkammer die Geldbußen erstattet, durch ministeriellen Bescheid aber nicht die Kosten des Verfahrens und die für seine Verteidigung im brisanten zweiten Verfahren.[81]

7. *Widerstand*

Jenseits nachträglicher Behauptungen, sich schon früh „innerlich vom Nationalsozialismus losgesagt" zu haben, und über unangepaßtes Verhalten sowie Verweigerung hinaus haben Anwälte bei der Verteidigung gefährdeter Mandanten Zivilcourage bewiesen. Mut gehörte auch dazu, unter eigener Gefährdung Ausschreitungen gegenüber Juden oder die nationalsozialistische Weltanschauung öffentlich zu kritisieren.[82]

Wer weder in der Partei, einer Gliederung oder einem Verband ist, an seiner Ehe mit einer Jüdin festhält und zu ihrer Rettung untertaucht, gefährdet sich existenziell.[83] Auch ein Angehöriger der Waffen-SS kann sein Bekenntnis, politisch und rassisch Verfolgten geholfen zu haben, plausibel machen: durch einen wahrheitswidrigen Vermerk, der Fall sei erledigt, rettet er einen wegen seiner Abstammung Gefährdeten.[84]

„Unbeugsamer Rechtssinn" wird einem Rechtsanwalt und Notar über alle Jahrzehnte seines öffentlichen Wirkens, nach dem Krieg als Oberbürgermeister von Göttingen und Mitglied des Niedersächsischen Landtages, bescheinigt. Ihn kennzeichnen die Mitgliedschaft nur in NSRB und NSV, die Verweigerung des „deutschen Grußes", der Vorwurf, in Liberalismus und Begriffsjurisprudenz zu wurzeln, sowie die Rüge, einer Jüdin durch „überspitzte Rechtsausführungen" Zugriff auf ihr zurückzulassendes Vermögen gesichert zu haben.[85]

[80] Urteile der Dienststrafkammer v. 16. 1. 1937 und 14. 7. 1941 (OLG Celle, PA 10 H 61, Bd. 1 Bl. 52 ff., 112 ff.); gemäß der allgemeinen Linie hält die RAK im Schreiben v. 31. 8. 1943 an den OLGPr die „Freigabe" für den Arbeitseinsatz weder mit Rücksicht auf die Gesundheit noch die eigene Praxis für unzumutbar (a.a.O. Bl. 133). Wie die Praxis den Umgang mit Juden im Dienststrafverfahren ahndet, zeigt RDStHE 2, 69 f.; 3, 51, 55.

[81] Urteil der Dienststrafkammer v. 1. 12. 1948 und Bescheid des MJ v. 7. 9. 1949 (PA a.a.O. Bd. 1 Bl. 148, 153).

[82] Als Rechtsberater bei der Luftwaffe sucht der Anwalt zudem politische Taten möglichst abzuschwächen (eidesstattliche Versicherung v. 1. 6. 1946 in OLG Celle, PA 10 S 204, Bl. 2[R]). Zum Spielraum bei der Strafverteidigung Fn. 67 und zur öffentlichen Kritik eines Notars an Ausschreitungen Fn. 80.

[83] Negative politische Beurteilung durch den LGPr Hannover v. 28. 2. 1945 im PB und Vermerk des OLGPr v. 3. 4. 1945 auf Grund einer Mitteilung der Gestapo, der Betroffene halte sich verborgen, in OLG Celle, PA 10 D 27, Bd. 2, PB sowie Bl. 40, dazu auch Fn. 59.

[84] „Erklärung über die politische Einstellung" als Anh. zum Lebenslauf v. 19. 12. 1948 sowie Erklärung des OLGVPr Celle v. 15. 11. 1948 betr. seinen geretteten Bruder in OLG Celle, PA 10 M 155, Bl. 11, 21.

[85] Negative Beurteilungen durch den LGPr Göttingen im Bericht v. 10. 5. 1938 an den OLGPr, im PB v. 13. 4. 1944 sowie Rüge v. 19. 11. 1943, dagegen Würdigung zum 80. Geburtstag im Göttinger Tageblatt v. 24. 2. 1958 (OLG Celle, PA 10 F 34, Bl. 56, PB, Bl. 89, 176).

Schließlich verdient in einer Anwaltsbiographie der Widerstand gegen beide totalitären Systeme auf deutschem Boden festgehalten zu werden. Zunächst im Nationalsozialismus, der den Betroffenen wegen einer körperlichen Mißbildung mit Verfahren vor den Erbgesundheitsgerichten verfolgt, dann in der SBZ, als die Verteidigung eines Wirtschaftsstraftäters von der SED gelenkte Protestresolutionen provoziert und nur noch die Flucht in den Westen läßt. Als Symbol rein politischer Verfolgung im Dritten Reich benennt ihn die Anklage im Nürnberger Juristenprozeß als Zeugen, den einzigen aus der gesamten SBZ.[86]

8. *Der Prozeß der Erinnerung*

Der normative Rahmen anwaltlicher Tätigkeit schafft nach 1945 zunächst keine Zäsur. Übergangsweise bis zur Wiedererrichtung der Kammern bleibt z. B. in Hessen die staatliche Dienstaufsicht.[87] In der zentralen Frage eines numerus clausus stimmen Justizverwaltung, Kammern und DAV überein, daß die Bedürfnisprüfung im Nationalsozialismus auch politisch motiviert war, jedoch jetzt mit Rücksicht auf das drängende Problem, zahllose Flüchtlingsanwälte unterzubringen, vorerst unverzichtbar und eine davon „freie" Advokatur nur als Fernziel erscheint.[88]

Bekenntnisse zur Freiheit der Advokatur im Westen können sich nur vor diesem Hintergrund entfalten.[89] Wenn der Osten alle nominellen Mitglieder der NSDAP von einer Tätigkeit in der Justiz, damit auch der Rechtsanwaltschaft ausschließt, schafft die antifaschistische Grunderneuerung doch gleichzeitig Kontinuitäten, unter Rückgriff auf Positionen im Nationalsozialismus Anwälte als „Organe der Rechtspflege" unter anderem ideologischen Vorzeichen jetzt für die SED zu vereinnahmen.[90]

Im Westen gelingt nur ganz zu Beginn, durch ihre Mitgliedschaft in der Partei belastete Anwälte fernzuhalten.[91] Als Ergebnis der Entnazifizierung kehren Belastete

[86] Dazu Erklärung *Ossip Flechtheims* v. 2. 2. 1953 in OLG Celle, PA 10 S 272, Not. o.P., vgl. weiter das Schreiben des Vorsitzenden des Erbgesundheitsgerichts Erfurt v. 4. 7. 1939, die Erklärung des Kreisrats in Suhl v. 1. 10. 1948 und die Protestresolutionen im Jahre 1948 a.a.O. RA, Bl. 7, 12, 15-17.

[87] Anl. zur VO v. 10. 3. 1948 Nr. 24 f (HessGVOBl 1948, 71), bald darauf ausgeübt durch Dienststrafgerichte (VO v. 18. 8. 1948 Nr. 21, HessGVOBl 1948, 98); Bayern übernimmt den anwaltlichen Probedienst (RAO v. 6. 11. 1946 §§ 2a-f, BayGVOBl 1946, 371).

[88] Vermerk des PrRAK v. 30 10. 1947 über eine Cheftagung am 27. 10. 1947 mit den Kammern und Oberlandesgerichten im Ministerium (Archiv der RAK, GA Zulassung allgemein [1945-1948], o.P.), Mitgliederversammlung des DAV am 9. 12. 1950 (Prot. S. 5 im Archiv des DAV), anschaulich zur Lage der Anwaltschaft *Paulsen*, Schl.-Holst. Anz. 1949, 151, 152 f.; zur Kritik des numerus clausus als undemokratisch z. B. Schreiben eines RA v. 17. 3. 1947 an den OLGPr (OLG Celle, PA 10 W 105, Bl. 34[R]).

[89] Als Beispiele *Eb. Schmidt*, MDR 1948, 374, 381 und der Bericht von *Alexander-Katz* über den Anwaltstag 1949 in Coburg, DRZ 1949, 278 f.

[90] So der thüringische MJ *Liebler*, NJ 1950, 295 f.; zu den Verboten Ges. über den Erlaß von Sühnemaßnahmen v. 11. 11. 1949 § 2 I mit Ausführungsbestimmungen v. 1. 12. 1949 § 2 IV 1 (GBl DDR 1949, 59, 91).

[91] Nach der Mitt. des OLGPr in JBl OLG Köln 1946, 15 sind damals im LG-Bezirk Köln 127, Aachen 32 und Bonn 27 Rechtsanwälte zugelassen; bezeichnend will der Zulassungsausschuß in Celle Parteigenossen nur solange nicht zulassen, wie Nichtparteigenossen abgelehnt werden müssen

und Verfolger zurück, während Unbelastete und Verfolgte Schwierigkeiten haben, Anerkennung zu finden. Ein Betroffener stellt 1947 mit Bitterkeit fest: „In Berlin konnte ich [1940] nicht Notar werden, weil ich kein Nazi war, und hier [in Bad Pyrmont] kann ich kein Notar werden, weil ich vor gewöhnlichen Nazis zurückstehen muss."[92]

Justizverwaltung und Kammer unterliegen nicht ausnahmslos, jedoch mit wachsendem zeitlichen Abstand zur nationalsozialistischen Herrschaft zunehmend dem heilenden Einfluß der Zeit. Als sich die Kammer noch 1956 gegen die Zulassung eines Anwalts ausspricht, der unrichtige Angaben über seinen Eintritt in die Partei gemacht hat, hält der Oberlandesgerichtspräsident entgegen, man solle „unter die nur aus der turbulenten Nachkriegszeit zu verstehenden Verfehlungen einen Schlußstrich machen."[93]

In umgekehrter Verteilung der Rollen macht die Kammer die Vergangenheit eines Rechtsanwalts und SS-Obersturmführers mit ihren erheblichen Belastungen vergessen. 1944 wegen unangemessener Honorarforderungen vom Kammerpräsidenten mit einer Strafverfügung belegt und desungeachtet nach Charakter und politischer Führung „ohne Bedenken" beurteilt, 1948 im Entnazifizierungsverfahren wegen seiner Denunziationen als „der gefährlichste Nationalsozialist unter den hiesigen Anwälten" charakterisiert, findet der Betroffene trotz deutlicher Zweifel der Justizverwaltung 1962 „wärmste Unterstützung" der Kammer für Glückwünsche zum Berufsjubiläum.[94]

Wenn Betroffene nachträglich ihre eigene Rolle im Nationalsozialismus beschönigen, beruht das häufig auf einer Amnesie wie einer Selbstamnestierung. 1934 erreicht ein Anwalt und Notar seine Zulassung, da er 1933 trotz formeller Zugehörigkeit zur SPD als Bürgermeister entlassen sei, jedoch durch Eintritt in Arbeitsdienst, SA und BNSDJ seinen Willen zur Mitarbeit gezeigt habe. Die Kammer hatte ihn abgelehnt und als „politischen Wandervogel" bezeichnet, „der seine Anschauungen jeweils danach einrichtet, wie es seinem persönlichen Fortkommen förderlich ist." Konsequent erreicht er 1945 seine Wiederbestellung als Notar mit der Begründung, die Partei habe ihn als Nichtparteigenossen aus dem Amt gedrängt und seine Ernennung zum Notar verhindert.[95]

Als sich 1946 ein chronisch Alkoholkranker als Rechtsanwalt ausgibt, vorspiegelt, in Vernichtungslager gebracht worden zu sein, Massentötungen miterlebt, Todgeweihte gerettet zu haben und als Folge seine Zulassung erreicht, spricht ihn das Landgericht 1954 wegen Schuldunfähigkeit vom Vorwurf des versuchten Betruges frei. Auch geistig Gesunde würden „mitunter eine Begebenheit aus den

(Schreiben des PrRAK v. 4. 1. 1946 an den OLGPr, Archiv der RAK, GA Zulassung allgemein [1945-1948], o.P.).

[92] Schreiben v. 10. 5. 1947 an den OLGPr (OLG Celle, PA 10 H 133, Not. o.P.).

[93] Votum der RAK v. 1. 3. 1956 und Entwurf des Berichts des OLGPr an den MJ v. 5. 3. 1956 in OLG Celle, PA 10 K 179, Bl. 19, 22[R]. In einem weiteren Fall sieht sich die RAK in ihrem Votum, einen Bewerber wegen unwahrer Angaben im FB abzulehnen, durch das EG bestätigt (RAK v. 1. 7. 1953 und Urteil des EG v. 1. 12. 1953 in OLG Celle, PA 10 B 282, Bl. 19, 29, 34).

[94] Strafverfügung v. 28. 8. 1944, Beurteilungen durch den LGPr Hannover im PB v. 1. 6. 1944 und wegen des Verfahrens bereits zurückhaltender durch den OLGPr v. 4. 7. 1944 sowie Votum der RAK v. 5. 3. 1962 gegenüber dem OLGPr in OLG Celle, PA 10 B 34, 90 ff., PB, 121, Aussage des RA *L.* am 23. 11. 1948 im Entnazifizierungsverfahren in Nds. HStArch, Nds. 171 Hann. Nr. 24285, o.P.

[95] Zulassungsgesuch v. 15. 11. 1934, abl. Votum der RAK v. 5. 1. 1935 und Zulassungsgesuch v. 22. 10. 1945 in OLG Celle, PA 10 J 20, Bl. 1, 19, 44.

verschiedensten Anlässen so oft unwahr oder übertrieben erzählen, bis sich ihr Erinnerungsbild an die Begebenheit so verwischt hat, dass sie schliesslich an die Richtigkeit ihrer Erzählung selbst glauben, ja von ihr überzeugt sind."[96] Die Flucht in eine „bequemere Wirklichkeit" und der schließliche Glaube an die eigene, immer wieder erzählte Geschichte sind als allgemeine Phänomene bekannt.[97] Bezogen auf das Verhalten einer Berufselite im Nationalsozialismus, geben zeitgeschichtliche Detailuntersuchungen Aufschluß über Handlungsspielräume und Mitverantwortung, über den Grad der Anpassung und Verweigerung. Sie führen zu unbequemeren, dafür um so notwendigeren Einsichten.

[96] Urteil des LG Bückeburg v. 9. 2. 1954 in OLG Celle, PA 10 W 117, Bl. 108, 114[R].

[97] *Primo Levi*, Ist das ein Mensch?, 1988, S. 8.

Die Verjährung *(praescriptio)* und die Ersitzung *(usucapio)* im alten ungarischen Recht

Gábor Béli

Universität Pécs

Die Ersitzung (*usucapio*) wurde im alten ungarischen Recht bis zum 18. Jahrhundert in den Quellen nicht erwähnt. Es taucht zuerst in dem großen, dreibändigen, das Verfahrens-, Privat-, und Strafrecht umfassenden, im Jahr 1745 ausgegebenen Werk von István Huszty auf, und zwar im Zusammenhang mit der Verjährung.

Die Verjährung (*praescriptio*) wurde von Huszty als „*exeptio meritoria seu peremtoria*" (als wesentliches oder entscheidendes Einrede) im Rahmen des Verfahrenrechts behandelt, und nach dem Tripartitum von István Werbőczy definiert: „*praescriptio est termini, ad juridicam tum retentionem, tum reacquisitionem bonorum de jure statui, temporalis completio*" (die Verjährung ist das Ablaufen des gesetzlich festgestellten Termins für die rechtmäßige Beibehaltung und Erwerb von Güter).[1] Daran anknüpfend definiert er das *usucapio*: „*usucapio est jus, quod rem alienam mobilem meam facit*" (das *usucapio* ist das Recht, was Mobilien von anderen zu meinen macht). Das hat er später damit ergänzt, dass obwohl sowohl das *usucapio*, als auch das *praescriptio* das gesetzliche Vergehen der Zeit, einen gesetzlichen oder putativen Rechtstitel und guten Glaube erfordert: „*a lege tempore, justo titulo vel putativo, bona fide possideo*", der Unterschied zwischen den beiden ist, dass *praescriptio* sich auf die Erwerb sowohl von Mobilien als auch von Immobilien bezieht, das *usucapio* aber nicht: „*Nec difert in alio, quam quod praescriptio tam rebus mobilibus, quam immobilibus attribuatur, usucapio autem solis rebus mobilibus*".[2] Der bedeutende Rechtswissenschaftler der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Imre Kelemen hat die privat-, und verfahrensrechtliche Teile des Werkes von Huszty fast vollständig übernommen, und dem Werk nicht viel Neues hinzufügt, es aber bedeutend ergänzt, und hat im zweiten Teil (*De rebus earumque juribus*) seines Lehrbuches das *praesrciptio* mit dem *usucapio* gleichgestellt: „*praescriptio alias etiam usucapio dicta*". Laut seiner Definition ist das *praescriptio* die „civilis" Art der Erweb der Herrschaft durch den gesetzlichen Besitz, wodurch das Recht von anderen beibehalten oder erlöscht wird: „*Modus acquirendi dominii civilis, quo per possesionem legitimam, jus alienam obtinetur vel exstinguitur*". Dann hat er, um die Missverständnisse zu vermeiden das *praescriptio* neben der königlichen Donation, der Erbfolge und dem Kaufgeschäft als *modus acquirendi dominii* (Art der Erwerb des Eigentums) erwähnt: „*sicut enim alii modi dominium consequendi, uti donatio,*

[1] Tripartitum opus juris consuetuninarii regni Hungariae (1514)= Trip. Pars. I. 78. (1.)
[2] Huszty, Stephanus: Jurisprudentia practica seu commentaries novus in jus Hungaricum. Budae, 1745 Lib. I. Tit. XLIX. 1-3. 245-256.

successio, emptio venditio, etc. ita etiam praescriptio per leges constituta, et stabilitab est adeoque dominium confert".

Er nennt es „civilis" weil es nicht aus dem Naturrecht folgt, weil die benötigte Zeit nur durch das gesunde Menschenverstand nicht erklärbar ist, sondern – als Produkt des menschlichen Gesetzes – von den gesetzlichen Regeln der Völker abhängig ist: „*jus quippe naturae praescriptionem non agnoscit, praeter alias rationes ideo etiam, quod tempus ad eam requisitium sola ratione determinari non possit, tota igitur illius norma a constitutionibus cujuvis gentis dependent*".[3] Dann erörterte Kelemen das *Praescriptio* auch als *exeptio peremptoria*, womit, bzw. worauf berufend man gegen denjenigen auftreten konnte, gegen dem die Verjährung abgelaufen ist: „*adversus eum, contra quem praescriptum est*". Deshalb kann der, der außer Besitz ist, nicht auf die Verjährung berufen, weil die zum Vorteil der im Besitz stehenden dient, um das Gut behalten zu können: „*in favorem possesoris pro retinenda re possessa*".[4]

Im alten ungarischen Recht wurde also das *usucapio* mit dem *praescriptio* (bzw. auch mit dem *praescriptio*) gleichgestellt. Es handelt sich aber eigentlich darum, dass derjenige, der ein Gut eines anderen in einem vom Gewohnheitsrecht vorgeschriebenen Zeitraum in friedlichen Besitz hatte – und es nicht mit Gewalt oder auf andere betrügerische Weise in seine Hände geraten ist –, konnte gegen dem für Rückgabe klagenden Eigentümer auf das Ablaufen der Zeit berufen, und das Gut weiterhin in seinem Besitz halten, weil der Richter die Klage des Eigentümer-Klägers nach einer bestimmten Zeit, wegen Verjährung seines Klagerechts abgelehnt hat.

Über das eigenartige Institut des *usucapio-praescriptio* vor der Zeit des 16. Jahrhunderts haben wir fast nur aus dem Tripartitum Kenntnisse, es gibt aber einigen Quellen, anhand denen man feststellen kann, dass die von Werbőczy zusammengestellten Kriterien tatsächlich zum früheren Gewohnheitsrecht zurückgeführt werden können. Es wird bestätigt durch einen Prozess zwischen den Ordensschwestern von Veszprémvölgy und einigen aus Gyepes, Miklós und János, die Söhne von Tamás, der Sohn von Lőrinte; und Beke, der Sohn von Lőrinte, wegen einem Gut im Komitat Veszprém, genannt Padrag.[5]

Am 18. November 1341 behauptete Ágoston – der Sohn von Bulcsú –, der Anwalt der Ordensschwestern des Klosters der Heiligen Jungfrau in Veszprémvölgy vor dem Iudexcurial, Pál Nagymartoni, dass die oben genannte Leute aus Gyepes das Padrag genannten Feld der Ordensschwestern – was zwischen den Grenzen der auch Padrag genannten Feld der Beklagten lag – eroberten. Die Rechtsanwälte der Söhne von Tamás und Beke der Sohn von Lőrinte antworteten daran, dass die Ordensschwestern von den Padrag genannten Feldern das ihnen gehörenden zurücknehmen dürfen (die Anwälte der Gyepeser haben nämlich mehrere solche Felder erwähnt: „*in dicto comitatu Wesprimiensi plures possesiones hoc nomine Pudrugh haberentur*"), aber es nicht wagen sollten, dem Gyepeser gehörenden Feld aber erobern zu versuchen. Der Iudexcurial hat angeordnet, dass der Gesandte des Königs im Beisein von einem Vertreter des Domkapitels der Kirche von Fehérvár am 7. April 1342 das Padrag genannten Feld den Ordensschwestern registrieren soll, falls Miklós, János und Beke dagegen nicht protestierten. Wenn sie Widerspruch erhoben, sollen sie am 1. Mai 1342

[3] Kelemen, Emericus: Institutiones juris Hungarici privati. Budae, 1818=Kelemen, Lib. II. 479.
[4] Kelemen, Lib. II. 491.
[5] Codex Diplomaticus Hungaricus Andegavensis, Red.: Imre Nagy. Budapest, 1884 IV. 247., 612.

vor ihm im königlichen Hof erscheinen und den Grund des Widerspruchs darlegen sollen.

Der Lokaltermin wurde – wegen Aufschub – am 1. Juli 1342 wahrgenommen. Zuerst hat der Rechtsanwalt der Ordensschwester, Bulcsú (der Sohn von Ágoston) im Beisein der einberufenen Nachbarn und die für die Parteien zugeordneten Domherren, je zwei königlichen und zwei vom Domkapitel der Kirche von Fehérvár gesandt, die Grenzen und Marksteine des Feldes vom Kloster gezeigt. Danach haben die persönliche erschiente Beke (der Sohn von Lőrinte) und Miklos (der Sohn von Tamás) – der auch seinen Bruder, János vertrat – andere Grenzen und Marksteine zwischen den beiden Padrag genannten Feldern gezeigt, und behaupteten, dass sie durch Erbfolge Eigentümer eines auch Padrag genannten Feldes sind. Die Abgesandten haben die zwischen den von den Parteien unterschiedlich bezeichneten, Grenzen liegenden Feld auf 20 Morgen, den strittigen Padrag genannten Feld auf 2 Pflüge geschätzt.

Da so das Registrieren nicht in Frage kommen konnte, mussten die Parteien am 1. August 1342 im königlichen Hof vor dem Iudexcurial erscheinen, um ihren Streit beizulegen. Der Vertreter der Ordensschwestern Bulcsú, der Sohn von Ágoston versuchte mit dem Brief von Karl I. zu beweisen, dass das strittige Feld und Gut dem Kloster der Heiligen Jungfrau gehört. Der Brief schrieb übrigens den Privilegbrief vom Kálmán, der Vorgänger des Königs um. Der Rechtsanwalt von den Söhnen von Tamás, Mihály Nosztopy und der Rechtsanwalt von Beke, János Menekei blieben weiterhin treu, dass die strittigen Güter ihren Mandanten als Folge eines Erbgangs gehören. Sie haben den bestätigenden Brief vom Karl I. als ungeeignet qualifiziert, weil darin keine Grenzen festgelegt wurden. Weil der Rechtsanwalt der Ordensschwestern behauptete, dass die Gyepeser rechtswidrig in Besitzt traten, fragte ihm der Iudexcurial, Pál nach dem Brauch dreimal, wann die die genannten Felder in Besitz nahmen. Bulcsú hat geantwortet, dass die Felder noch Saul, der Vater von Lőrinte (der Urgroßvater von Miklós und János, der Großvater von Beke) eroberte.

Lőrinte (der Sohn von Saul) „*vom Bericht von mehreren Adeligen bekannt*“ war betagt, „*man kann es sicherlich behaupten, dass er um 100 Jahren alt war*“. Der Iudexcurial hat mit Rücksicht auf diese, in Hinsicht der seit der Eroberung vergangene Zeit entscheidende Tatsache, und darauf, dass Bulcsú weder einen Protestbrief noch einen Mahnungsbrief vorzeigen konnte, unter Hinweis auf das gut bewehrte Gewohnheitsrecht des Landes, laut dem wenn die Kirche und die Kirchenoberhaupte 42 Jahre lang, die Adeligen 32 Jahre lang in friedlicher und ungestörter Herrschaft eines Gutes bleiben und ohne jegliche Widerspruch da wohnen, können sie es ewig genießen: „*ecclesia seu ecclesiarum rectores quadraginta duobus annis, nobiles autem triginta duobus annis in dominio possessionis pacifice et quiete perseverantes et absque contradiccione aliquali residenciam facientes eadem possessione in perpetuum debent gratulari*“, die zwei Pflüge und die 20 Morgen hat er den Söhnen von Tamás und Beke zugesprochen, und „*ex superabundanti misericordia*“ und aus „*überströmten Erbarmen*“ für die Ordenschwestern hat er von den Söhnen von Tamás und von Beke *sacramentum super terram* verlangt, was sie mit 4 adeligen Gefährten am 15. September 1342 leisten mussten. Nach der Formulierung des Urteilsbriefes des Iudexcurials vom 10. August 1342 scheint es so, dass die relevante Zeitdauer im Zusammenhang mit dem Rechtsstand vom denjenigen verbunden war, der ein Gut eines anderen in seiner Macht hatte. In der Wirklichkeit war die Dauer der Verjährung

von dem Status des Eigentümers abhängig, was Werbőczy im Fall von königlichen, kirchlichen, adeligen Gütern in 100, 40, 32, und im Fall von bürgerlichen Gütern in 12 Jahren in Übereinstimmung mit dem Gewohnheitsrecht festgestellt hat: „*super bonis seu juribus possesionariis venditis, occupatis et quomodolibet alienatis regalibus centum, eclesiarum quadraginta, nobilium triginta duorum, civium vero duodecim annorum curriculis completur*“.[6] Während die für die adeligen Güter bestimmte 32 Jahre lange Verjährungszeit des vom Pál Nagymartoni beriefene Gewohnheitsrechts mit dem von Werbőczy angegebenen gleich war, bei kirchlichen Güter gibt es einen Unterschied. Man kann – außer wenn es sich hier um ein Verschreiben handelt – darauf folgen, dass die Dauer der Verjährung der kirchlichen Güter sich später zu 40 Jahren änderte.

Der Prozess zwischen den Ordensschwestern aus dem Veszprémvölgy und den Gyepeser wurde mit Ablegen des Eides nicht beendet, weil die Ordensschwestern eine Beschwerde beim König erhoben. Nach mehrmaliger Prozessaufschub und Verhandlungen, weil gegen den von den Ordensschwestern vorgezeigten Belegen – die erwähnte Urkunde von Karl I, deren Stempel übrigens beschädigt war, und die im Jahre 1109 entstandene Urkunde von König Kálmán –, obwohl sie nur das bewiesen, dass Padrag zu den Gütern des Klosters im Veszprémvölgy gehörte, die Gegner keinerlei Beweise zu Bestätigung ihres Rechtes vorzeigen konnten, haben Pál Nagymartoni und seine Judices, der Palatin Miklós Gilétfi; der Woiwode von Siebenbürgen, Istvan Lackfi; der königliche Tavernicus Lőrinc Tót; der Tavernicus der Königin, Pál Garai; János Gilétfi, der Bruder des Palatin; der Gespan vom Komitat Pozsony, Miklós Treutel und der Gespan vom Komitat Zala, István (aus der Geschlecht Ákos) am 20. Januar 1346 Eid für Äbtissin Viola und ihren 11 Gefährte urteilte mit der Bedingung, dass falls sie den Eid auf dem Altar ihres Klosters ablegen, werden sie vom dafür geordneten königlichen Mann im Beisein vom Vertreter des Domkapitels der Kirche von Fehérvár ins strittige Gut registriert (bemerkt, dass damals es sich nur noch um die zwei Pflüge große Padrag handelte), wenn aber sie den Eid nicht ablegen wollten oder konnten, sollen die Gyepeser registriert werden, und zwar am dritten Tag nach dem Eid.

Am 29. März 1346, als die Äbtissin mit ihren Eideshelfer sich auf den Eid vorbereitete, haben die Söhne von Beke, Lőrinc und Miklós, im Beisein des Gesandten des Königs, Pál Jutasi, und dem Vertreter des Domkapitels aus Veszprém, Domherr Pál, einen mit dem größten Siegel des Königs versehenen Brief vorzeigend die Äbtissin wegen die Ablegung des Eides und der Eroberung des strittigen Feldes „offen“ gemahnt. Sie mahnten auch den geordneten königlichen Mann, Lipold und den deutschen Bruder István, den Vertreter des Domkapitels aus Fehérvár wegen der Registrierung. Trotz der Mahnung hat die Äbtissin unter den Hinweis, dass der angeordnete Eid und Zweikampf nicht verschoben werden können, mit ihren Gefährten, die Priorin Margarete, Tochter von Vince Veresligeti; Judit, Tochter von István Somvirági; Scolastica, Tochter von Balázs Peceli; Domonika, Tochter von Mihály Belcsi; Kinga, Tochter von János Vértesi; Ágnes, Tochter von Dénes Lőrintei; Erzsébet, Tochter von Miske Őrsi; Ilona, Tochter von Tiba Jutasi; Sebe, Tochter von Mihály Jutasi; Klára, Tochter von Péter Gyimóti; Ilona, Tochter des Burgvogtes von Tihany, István Magyar, den Eid abgelegt. Die Gegner haben weder das Ablegen des

[6] Trip. Pars. I. 78. (2.)

Eides abgewartet, noch am strittigen Feld sich erschienen, so haben die Gesandten das Feld für die Ordensschwester registriert.

Obwohl die Ordensschwestern das strittige Gut zurückerlangt haben, wurden die Söhne von Beke wegen ihres Einspruchs am 8. Mai 1346 vor den Iudexcurial geladen. Er erklärte zusammen mit den Judices den Einspruch für vorschriftswidrig, rechtswidrig und unbegründet, und ordnete an, dass die strittige zwei Pflüge von Feld Padrag am 11. Juni 1346 wieder für die Ordensschwester registriert werden sollen; hinzugefügt, dass deren Gültigkeit weder durch den Einspruch von den Söhnen von Tamás (der Sohn von Lőrinte), noch der von Beke (der Sohn von Lőrinte), noch der von den Söhnen von Beke, noch ein Einspruch jemanden verhindert werden kann. Trotzdem hat Beke hat am Stichtag am Feld gegen die Registrierung in seinem eigenen Namen und in Namen seiner Söhne protestiert. Zum Schluss haben sie vor dem Iudexcurial am 1. Juli 1346 zur Kenntnis genommen, dass sie keine Hoffnung haben, das strittige Gut zu erlangen, deshalb haben der persönlich erschienene Beke (der Sohn von Lőrinte) und seine Söhne, die früher protestierenden Lőrinc, Miklós und Tamás im eigenen Namen und im Namen von László der vierten Sohn von Lőrinte, sowie im Namen von Miklós und János Söhne von Tamás (der Sohn von Lőrinte) deren Vertreter János Menekei auf Padrag verzichtet. Danach hat der Iudexcurial Pál Nagymartoni den endlichen Urteil gesprochen, laut des von den Ordensschwestern früher abgelegten Eides: Padrag wurde dem Kloster in Veszprémvölgy zugesprochen, den Gyepeser hat er *silentium perpetuum*, also „*ewiges Schweigen*" angeordnet.

Der Prozess hat mehrere interessante Elemente, und lässt tief in das eigenartig ungarische Institut des *Usucapio* blicken. Beke (der Sohn von Lőrinte), Miklós und János (die Söhne von Tamás, der Sohn von Lőrinte) haben als rechtmäßige Erben von Lőrinte (der Sohn von Saul) den strittigen Feld Padrag verlangt, weil da nach Saul, dem Eroberer Lőrinte als in seinem eigenen im Besitz war. Beke und seine Neffen (Miklós und János) an der Stelle ihres verstorbenen Vaters Tamás haben sich als Erben für Eigentümer gehalten, deshalb haben sie darauf berufen, dass ihnen *jure hereditario*, bzw. *titulo juris hereditarii* zukommt.

Da im alten ungarischen Recht in allem was der Vater von seinem Vorfahren als gesetzliche Erbe geerbt hat, also in dem sog. *bona hereditaria*, ab dem 15. Jahrhundert *bona avitica* genannt, in dem Familien-, oder Stammvermögen, gewannen mit der Erbfolge des Vaters neben dem Vater auch die Söhne Recht, so standen Vater und Söhne nicht in Verhältnis von Eigentümer und Anwärter, sondern sie waren Miteigentümer. Der Vater hatte nur soweit mehr Rechte, dass er das mit den Söhnen zusammen besetzte Vermögen verwaltete, und er in Prozessen über das Stammvermögen, oder über Güter die einen Teil des Stammvermögens gebildeten die mit ihm gemeinsam besitzende Abkömmlinge vertrat, sie könnten aber genauso, wie ihr Vater zu Verteidigung ihrer Rechte auftreten. Es erklärt, warum die Söhne von Beke gegen dem Eid der Ordensschwestern protestieren durften.

Eine überraschende Wende trat im Fall ein, als der Iudexcurial als Antwort auf den Einspruch der Ordenschwestern die Vereidigung der Äbtissin und seiner elf Gefährten geurteilt hat, obwohl sie auf denselben Brief von König Kálmán und dessen Bestätigung von Karl I. berufen haben, wie früher ihr Rechtsanwalt Bulcsú, der Sohn von Ágoston. Dieses Zwischenurteil von Pál Nagymartoni ist schwer zu erklären.

Dass die Rechtmäßigkeit auch streitbar ist, zeigt die Tatsache, dass er von seinen Judices die Barone und zwei Gespane erwähnt hat, was nicht beispiellos ist, aber es scheint so, dass es wegen Legitimation des Urteils passiert ist. Das Verhalten der Äbtissin Viola ist auch bedenklich, weil sie trotz des Protest den Eid abgelegt hat, und so kann das *statutio* nicht als gesetzesmäßig ansehen werden, weil die Einleitung nur aufgrund eines gesetzesmäßig abgelegten Eid geschehen konnte, geschweige, dass ein Einspruch laut dem Gewohnheitsrecht die Einleitung vorweg verhinderte, unmöglich machte. Da mit der Einleitung die Ordensschwester in Besitz traten, konnte man auf das *Praescriptio* nicht mehr berufen, und die Gyepeser haben diese Einrede weder damals, noch früher, als der Iudexcurial für ihnen ein Eid anordnete, angewandt, sondern Pál Nagymartoni hat selbst darauf berufen.

In Prozessen hat derjenige, der fremdes Gut im Besitz hatte, selten auf die Verjährung berufen, weil es allein nicht unbedingt ausreichend war, damit der Richter das Erwerben des Rechtes anerkannt. Der Rat von Imre Kelemen lässt sich auch darauf folgern: „*caute tamen et nonnisi post deficientes alias reales probas illa utendum, quamprimum enim ad eam possessor recurrit, fateri censetur bonum idem ex radice ad alium pertinere, a se vero legali solum possessione teneri, qua non probata, alterius jus liquidum evadit*" (man soll sie nun vorsichtig benutzen, wenn man über keine andere echte Beweise verfügt, weil der Besitzer der sich auf sie zu stützt ist in der Lage, als wenn er zugegeben hätte, das der Eigentümer des Gutes ein anderer ist, und er selbst nur durch gesetzlichen Besitz der Besitzer ist).[7]

Die Verjährung-Ersitzung im alten ungarischen Recht bedeutete eigentlich keine echte Ersitzung, nur ein Rechtsgrund dafür, damit der Quasi-Ersitzer gesetzesmäßig im Besitz des Gutes bleiben konnte, wenn der Eigentümer das Gut nach Ablauf der Verjährungsfrist verlangt hat. Auf das Praescriptio berufend konnte der Besitzer gegen dem Eigentümer höchstens soviel erreichen, dass der Eigentümer den Besitz seines Gutes mit der Hilfe eines richterlichen Urteiles nicht zurückerlangen konnte. Das bedeutete, wenn ein Dritter den Quasi-Ersizter aus dem Besitz des Gutes hinausgeworfen hat, konnte er dagegen sich nicht wehren, der Eigentümer konnte aber gegen den neuen Besitzer sein Recht wieder geltend machen, also er konnte mit einem Urteil wieder in Besitz treten.

Es ist wichtig die, den Gyepeser gegebene *sacramentum* oder *juramentum super terram* zu erwähnen. Diesen Eid wurde von dem Richter in Eigentumsprozessen, meistens in so genannten Grenzstreitigkeiten angeordnet. Der Partei, die den Eid rechtmäßig abgelegt hat, wurde sein Recht mit einem formalen Urteil vom Richter anerkannt. Falls die Partei mangels andere Beweise nur die Tatsache seines Besitzes, genauer gesagt nur seinen langen friedlichen Besitz beweisen konnte, auch wenn er *de jure* kein Eigentümer des von den Nachbarn bestrittenen Feldes war, aber es hinsichtlich den Besitz seiner Vorgänger es für sein Eigentum gehalten hat, und er den Eid bekommen hat, gegen Dritter konnte er schon als *de jure* Eigentümer das *de facto* ersetzte und nach dem Eid mit dem Urteil des Richters verstärkte Recht verteidigen.

Übrigens zählte das ab 1236 nachweisbare *juramentum super terram* zu den gewichtigen Eiden, was man laut dem ab dem XIV. Jahrhundert festigten Formel die Partei und seine Eideshelfer „*resolutis cingulis, discalceatis pedibus, et terram super capita eorum levando, prout iuxta huis regni consuetudinem moris est iurare super*

[7] Kelemen, Lib. II. 491.

terram" (mit angeknüpften Gürteln, barfuss, Erde über ihre Köpfe haltend, wie es laut dem Gewohnheitsrecht dieses Landes auf die Erde zu schwören gewöhnlich ist) ablegen mussten.[8]

Zum Schluss verdient die Urkunde vom König Kálmán auch einige Wörter.

Das Kloster im Veszprémvölgy wurde gegen 1031, laut anderen Überlegungen gegen 1002 von Stephan dem Heiligen gegründet. Die Gründungsurkunde wurde auch Griechisch verfasst, was in zwei, im Jahre 1109 entstandenen bestätigenden Briefen von König Kálmán aufbewahrt und mit lateinischem Text ergänzt wurde. Eine von diesen Erneuerungen, und zwar der von Erzbischof Lodomér am 26. April 1296, dann am 12 Mai mit Weglassen des griechischen Textes umgeschriebene, was später am 30. April 1330 vom Karl I. und später von Lajos I. und auch von Zsigmond umgeschrieben wurde, ist gefälscht.[9] Obwohl der Urteilsbrief von Pál Nagymartoni die Zeit der Ausgabe des Briefes von Karl I. nicht erwähnt, es ist ohne Zweifel das gleiche mit dem in Auftrag von Viola und ihre Gefährtin Margit, und ihr Offizier Churke Kenesei angefertigte, im Jahr 1330 ausgegebenen Brief. Der griechische Text erwähnt von den neun, vom Stephan dem Heiligen gegebenen Dörfer nur im Fall von Szárberény und Szántó außer den Namen noch etwas, die anderen Dörfer wurden nur aufgezählt, darunter auch Padrag. Die Fälschung berichtet über das mit Grenzen umgebene Feld von Padrag, und darüber, dass der Bischof von Veszprém weder zu dem Zehntel von Padrag, noch zum „*magistratus capellae*", zu der kirchliche Pflegschaft über das Dorf Recht hat, und die Ordensschwester bekommen das Öl und das Chrisma vom Erzbischof von Esztergom. Dagegen berichtet der originelle Brief über das folgende: „Octava villa est Podruc, in qua villa habet filuis Podruc communem terram cum populo abbatisse." (Das achte Dorf ist Padrag, in welchem Dorf der Sohn von Padrag ein gemeinsames Feld mit dem Volk der Äbtissin hat.)[10]

[8] Die Urkunde aus dem Jahr 1236: Monumenta ecclesiae Strigoniensis. Ed.: Knauz, Ferdinandus. Strigonii, 1874, I. 319.

[9] Árpád Horváth: A diplomatikai írástan alapvonásai. Budapest, 1883. 108., 110., Regesta regum stripes Arpadianae critico-diplomatica. Red.: Imre Szentpetery. Budapest, 1923. I. 15. (42.), Anjoukori oklevéltár. Documenta res Hungaricas tempore regum Andegavensium illustrantia XIV. 1330. Red.: Tibor Almási, András Kőfalvi. Budapest-Szeged, 2004. 148.

[10] László Fejérpataki: Kálmán király oklevelei. Budapest, 1892, 33.

GRUNDRECHTE UND VERFASSUNGSGESCHICHTE

Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur[1]

Reiner Schulze
Universität Münster

Im Spannungsfeld von Historie und juristischen Gestaltungsaufgaben der Gegenwart hat sich in den letzten Jahren ein neues rechtshistorisches Arbeitsfeld herausgebildet: die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Aus ihrer Perspektive ist das Bestehen gemeinsamen Rechtes in Europa ebensowenig etwas Neues wie die Fortentwicklung dieses Rechts durch Juristen, die über eine gemeinsame Schulungsgrundlage jenseits der Verschiedenheiten nationaler Rechte verfügen und prinzipiell überall in Europa einsetzbar sind. Denn *ius commune* verband über Jahrhunderte hinweg die Juristen und die Jurisprudenz von der iberischen Halbinsel bis ins Baltikum, von Süditalien bis nach Skandinavien. Seitdem sich überhaupt „der Jurist" als eigener Stand und Beruf im Mittelalter herausgebildet hatte, war er in erster Linie durch seine Kenntnis dieses „gemeinen Rechts" qualifiziert.[2] Die *diversitas nationum* und das jeweilige *ius patriae* befaßten die Juristen zwar im Verlaufe der frühen Neuzeit zunehmend, aber doch stets auf dieser gemeinsamen Schulungsgrundlage in der gemeinsamen lateinischen Wissenschaftssprache und mit einem Wissenschaftsverständnis, einer juristischen Begrifflichkeit und einer Fachliteratur in gemeinsamer europäischer Tradition. Und selbst wenn dies alles zu „mittelalterlich" erschiene, weil es von der Entwicklung des modernen Rechts durch den Umbruch des Denkens und die Entwicklung einer neuen Rechtssystematik, neuer Konzeptionen des Vertrages, des Eigentums, der Grundrechte seit der Aufklärung

[1] Der Aufsatz beruht auf Vorträgen, die der Verfasser an der Universität Budapest (im November 1992) sowie an verschiedenen weiteren Universitäten gehalten hat (vgl. in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaft, Nr. 261, 1991; und in: Pastwo – prawo – sprawiedliwo, Dawniej i dzi, Uniwersytet Slaski, Katowice 1993) sowie auf dem Beitrag des Verfassers: Vom Ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht – das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, Berlin 1991. Das Manuskript wurde 1992 abgeschlossen. Aus der seitdem erschienenen Literatur sei besonders hingewiesen auf: *Reiner Schulze*: Allgemeine Rechtsgrundsätze und Europäisches Privatrecht, ZEuP 1993, S. 442 ff.; *Bruno Schmidlin* (Hrsg.): Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 16, 1994; *Wilhelm Brauneder*: Europäisches Privatrecht – aber was ist es? (Anmerkungen zu Coing und Zimmermann), ZNR 1993, S. 225 ff; *Pio Caroni*: Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neopandektismus, ZNR 1994, S. 85 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

[2] Hierzu *Filippo Ranieri*: Der europäische Jurist, in: Ius commune 17 (1990), S. 9 ff. m.w.N..

getrennt ist, so bleibt doch unübersehbar, daß auch für diese „Modernisierung" des Rechts die systematischen und begrifflichen Grundlagen in einen gemeineuropäischen Zusammenhang gelegt wurden: eben auf der Basis der Verbundenheit der Juristen durch die gemeinrechtliche Tradition mit den ganz Europa erfassenden Diskussionen der Aufklärung und des Naturrechts, in denen *Hugo Grotius*, *Thomas Hobbes*, *Christian Wolff* oder *Jean-Jacques Rousseau* als gemeineuropäische Rechts- und Staatsdenker wirkten, und schließlich mit der Herausbildung neuer Formen des internationalen Transfers juristischen Wissens angesichts der Herausforderungen der Industrialisierung in ganz Europa während des 19. Jahrhunderts, namentlich mit der Entwicklung der Rechtsvergleichung.[3]

Der heute vielfach erstrebte „Jurist für Europa"[4] findet insofern ein historisches Vorbild in dem Juristen der älteren gemeinrechtlichen Tradition, der – historisch betrachtet – den „Ausgangs- und Normalfall" der europäischen Rechtskultur bildet. Ihm gegenüber ist die Beschränkung der Kenntnis und Anwendbarkeit des Juristen auf ein nationales Rechtssystem ebenso wie die Einbindung der Juristenausbildung und der Organisation der Rechtswissenschaft in den Rahmen des Nationalstaates eine verhältnismäßig neue Erscheinung, die sich in großen Teilen Europas erst im Verlauf des neunzehnten Jahrhunderts durchsetzte, die uns zwar im zwanzigsten Jahrhundert noch als „deutsche", „polnische", „belgische" oder „ungarische" Juristen geprägt hat, von der wir aber nicht wissen, ob sie nach – historisch gesehen – kurzer Lebensdauer einer „Europäisierung" der Rechtswissenschaft[5] und einem Berufsbild des „Juristen für Europa" weichen wird.

In der gegenwärtigen Lage des Aufeinandertreffens nationaler und europäischer Juristenbilder, unterschiedlicher Selbstverständnisse und Anforderungen kann die Auseinandersetzung mit der europäischen Rechtsgeschichte zwar keinesfalls Lösungswege für die zukünftige Ausgestaltung der juristischen Ausbildung und Berufstätigkeit oder gar für das zukünftige Verhältnis von nationalem und europäischem Recht vorschreiben (weder im Sinne des älteren Verständnisses von der Geschichte als „Lehrmeisterin des Lebens" noch im Sinne einer Erkenntnis vermeintlicher historischer „Notwendigkeiten"), aber sie kann vielleicht einer Verengung von Perspektiven, die durch das Übergewicht der unmittelbaren Erfahrung nationalstaatlich verfestigter Rechtssysteme und Rechtskulturen begünstigt wird, entgegenwirken. Welche Aufgaben sich dabei der rechtshistorischen Forschung in Deutschland stellen, ist im folgenden lediglich unter fünf Gesichtspunkten zur Diskussion zu stellen, ohne selbstverständlich die Thematik in dem hier gesteckten Rahmen auch nur annäherungsweise ausschöpfen zu können: (1) der Wandel innerhalb des Faches Rechtsgeschichte – (2) Privatrechtsgeschichte und das Europäische Privatrecht der Gegenwart – (3) die Ansätze einer Europäischen Verfassungsgeschichte – (4) der Umfang des Untersuchungsraumes „Europa" – (5) das Zeitalter des Nationalstaates als besonderes Forschungsproblem Europäischer Rechtsgeschichte.

[3] Dazu unten (4), sowie *Aldo Mazzacane* und *Reiner Schulze* (Hrsg.), Die deutsche und italienische Rechtskultur im „Zeitalter der Vergleichung", Berlin voraussichtlich 1995.
[4] Vgl. *Dietmar Willoweit* und *Bernhard Großfeld*: Juristen für Europa, in: JZ 1990, S. 605 ff. m.w.N.; *Francois Ost* und *Mark van Hoecke*: Für eine europäische Juristenausbildung, ebd. S. 911 f.
[5] Vgl. *Helmut Coing*: Europäisierung der Rechtswissenschaft, in: NJW 1990, S. 937 ff.; sowie *Peter Ulmer*: Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, in: JZ 1992 S. 1 ff.

(1) Der Wandel innerhalb des Faches Rechtsgeschichte

Das Fach Rechtsgeschichte stand in Deutschland – wie in anderen Ländern Europas – keineswegs von Anfang an unter den Vorzeichen einer Europäischen Rechtsgeschichte. Sein Aufstieg und seine Blütezeit innerhalb der Rechtswissenschaft waren vielmehr während des neunzehnten Jahrhunderts verknüpft mit der Ausbildung der jeweiligen nationalen Rechtswissenschaft und gerade in Deutschland mit der Suche nach einer *nationalen* Identität und nach der Grundlage für eine nationale Rechtsvereinheitlichung in der Geschichte (auf dem Hintergrund der Romantik und vielfältiger Strömungen nationalen Denkens von den Befreiungskriegen über den Vormärz bis zum Wilhelminismus).[6] Das „gemeine *deutsche* Recht" der eigenen Zeit sollte mit Hilfe der Rechtsgeschichte im Rückgriff auf (wirkliches oder vermeintliches) gemeines deutsches Recht im Mittelalter und auch im Rückgriff auf das Römische Recht wissenschaftlich ausgebildet werden. Die historische, nationalgeschichtlich ausgerichtete Rechtswissenschaft konnte so schon lange vor der politischen Einigung im Bismarckschen Nationalstaat über die Grenzen der souveränen deutschen Einzelstaaten hinweg rechtsvereinheitlichend wirken und zur Entwicklung einer deutschen Nationalkultur beitragen.

Nach ersten Vorstößen – wie *Paul Koschakers* „Europa und das Römische Recht"[7] – bereitete erst seit den fünfziger Jahren unseres Jahrhunderts die Entwicklung des verhältnismäßig jungen Lehrgebietes der Neueren Privatrechtsgeschichte einem Wandel von der nationalen zur europäischen Rechtsgeschichte den Boden. Der Wandel im Fach Rechtsgeschichte setzte also in der Zeit der Gemeinschaft für Kohle und Stahl ein, der „Frühzeit" des Europarechts, aber noch lange etwa vor der Aufnahme des Europäischen Gemeinschaftsrechts in das Lehrprogramm deutscher Universitäten. Franz Wieacker ging 1952 in seiner (bis heute für dieses Gebiet maßgebenden) „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" von der Erkenntnis aus: „Die europäische Geschichte ist eine Einheit auch als Privatrechtsgeschichte; die deutsche Privatrechtsgeschichte nur ein Sonderfall, dessen große Epochen ausnahmslos nur aus dem europäischen Zusammenhang zu verstehen sind."[8] Neben die scheinbar eigenständige „Deutsche Rechtsgeschichte" und das isoliert betrachtete „Deutsche Privatrecht" in der Tradition der Lehrbücher von Eichhorn[9] im frühen neunzehnten Jahrhundert bis Mitteis-Lieberich[10] in unseren Tagen traten damit die „europäische Rechtswissenschaft"[11] und die „europäische Rechtskultur"[12] als neue Erkenntnisgegenstände und Leitbegriffe rechtshistorischer Forschung.

[6] *Hans Thieme*: Art. Deutsches Privatrecht, in: HRG, Bd. 1, Berlin 1971, Sp. 702 ff.; *ders.*: Art. Historische Rechtsschule, in: HRG, Bd. 2, Berlin 1978, Sp. 170 ff.
[7] *Paul Koschaker*: Europa und das römische Recht (1. Aufl. 1947), 4. Aufl., München 1966.
[8] *Franz Wieacker*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 1. Aufl., Göttingen 1952, 2. Aufl. 1967, S. 18.
[9] *Karl-Friedrich Eichhorn*: Einleitung in das deutsche Privatrecht: mit Einschluß des Lehenrechts, 1. Aufl., Göttingen 1823, Nachdruck der 5. Aufl. von 1845, Frankfurt a. M. 1983.
[10] *Heinrich Mitteis*: Deutsche Rechtsgeschichte: Ein Studienbuch, 1. Aufl., München 1949, 18. Aufl., München 1988 (neubearb. von *Heinz Lieberich*).
[11] Vgl. *Franz Wieacker*, (Fn. 8), 2. Aufl., S. 26 ff.
[12] Vgl. ebd.; *Helmut Coing*: Das Recht als Element der europäischen Kultur, in: HZ 238 (1984), S. 1 ff.

Weitere Anstöße gab sodann die Gründung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main.[13] Erst in den letzten Jahren freilich beginnt sich die Europäische Rechtsgeschichte auch als Fachbezeichnung für Professuren deutscher Universitäten[14] zu etablieren – neben den herkömmlichen rechtshistorischen Fachrichtungen Deutsche Rechtsgeschichte (und Deutsches Privatrecht), Römisches Recht (und römische Rechtsgeschichte) sowie Kirchenrechtsgeschichte. In die Lehre findet sie nach wie vor zumeist nur über die herkömmlichen Vorlesungen „Deutsche Rechtsgeschichte" und „Römisches Recht" sowie vor allem über die „Neuere Privatrechtsgeschichte" Eingang. Eine Grundlagenvorlesung „Europäische Rechtsgeschichte" und ein entsprechendes Lehrbuch sind ebenso noch Desiderate einer europäisch ausgerichteten Fortentwicklung der Lehrprogramme wie eine angemessene Fortentwicklung der Europäischen Privatrechtsgeschichte und auch der (ebenfalls europäisch-vergleichend zu konzipierenden) Verfassungsgeschichte von ihrer derzeit häufig eher marginalen Rolle im Studium zu Kernfächern europäischer Juristenausbildung.[15] Auch noch keineswegs abgeschlossen sind die Diskussionen um das Verhältnis zu den herkömmlichen Arbeitsgebieten (der rechtshistorischen „Germanistik", „Romanistik", „Kanonistik") oder auch nur um die Gewichtung der Forschungsschwerpunkte im Spannungsverhältnis zu jenem Interesse an nationaler Geschichte, das möglicherweise durch die deutsche Einigung sich gerade in nächster Zeit wieder verstärken wird.[16] Insofern steht das Fach Rechtsgeschichte derzeit noch eher am Anfang als am Ende eines Wandels von der nationalgeschichtlichen Tradition des 19. Jahrhunderts zur Europäischen Rechtsgeschichte.

(2) Privatrechtsgeschichte und Europäisches Privatrecht der Gegenwart

a) In der Auseinandersetzung mit den Ausgangspunkten und Zielen Europäischer Privatrechtsgeschichte[17] verbietet sich die Illusion einer „objektiven", vermeintlich von den Wirkungsbedingungen des Rechtshistorikers in seiner Zeit gelösten Aussage. Gegenwart und Geschichte verknüpfen sich in Begriffen wie „europäische Rechtskultur" und „europäische Rechtsgeschichte" vielmehr auf zweifache Weise: Das Erwachen des Forschungsinteresses gründet in einer Gegenwartserfahrung, nämlich in den heutigen Bemühungen um die Entwicklung gemeinsamen europäischen Rechts. Die dadurch veranlaßte historische Forschung kann aber ihrerseits wiederum auf das

[13] Arbeitsergebnisse insbes. in *Helmut Coing* (Hrsg.): Handbuch der Quellen und Literatur der Europäischen Privatrechtsgeschichte, München 1973-1988; bedeutende Impulse erhielten die Forschungen zur europäischen Rechtsgeschichte durch die Zeitschrift Ius commune (Bd. 1-9 hrsg. v. *Helmut Coing*; Bd. 10-13 hrsg. v. *Dieter Simon* und *Walter Wilhelm*, ab Bd. 14 (1987) als „Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte" hrsg. v. *Dieter Simon*) sowie durch die Reihe der Ius commune Sonderhefte.

[14] So in Regensburg, Trier, jetzt auch in Gießen, vorgesehen in Frankfurt a.d.O.

[15] Grundlegend *Dietmar Willoweit*: Praxisbezug ohne Wissenschaft. Wider den Provinzialismus in der deutschen Juristenausbildung, in: Deutsche Universitätszeitung 1988, Nr. 15/16, S. 17 f.

[16] Hierzu auch *Michael Stolleis*: Was Moorleichen erzählen: Rechtsgeschichte und ihre Traditionen an den Universitäten der europäischen Länder, in: FAZ vom 15. Aug. 1990.

[17] Zum folgenden vgl. auch *Reiner Schulze*: Vom Ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht (Fn. 1), S. 32 ff.

Denken der Gegenwart einwirken, indem sie gegenüber einer anderen Tradition und Gegenwartserfahrung, nämlich der des nationalstaatlich geprägten Rechtsdenkens, auf historischer Grundlage das Bewußtsein der europäischen Gemeinsamkeit mitgestaltet. Insofern zielt der Begriff der europäischen Rechtskultur auf eine Identitätsbestimmung für die Gegenwart auch aus der Geschichte und ist zugleich die historische Forschung zur europäischen Rechtskultur ihrerseits sowohl gegenwartsbestimmt als auch gegenwartsgerichtet. Für die Europäische Rechtsgeschichte ist lediglich besonders signifikant, was als allgemeineres Problem in der Geschichtswissenschaft seit einiger Zeit zum Gegenstand lebhafter Diskussion wurde.[18] Historische (und rechtshistorische) Forschung befindet sich notwendig in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Bemühen um ein Verstehen ihrer Untersuchungsgegenstände als Ereignisse und Abläufe einer anderen, vergangenen Zeit einerseits und der unausweichlichen Einbindung in Erkenntnisvoraussetzungen und -ziele der eigenen Zeit andererseits. In diesem Spannungsverhältnis verspricht Erkenntnisgewinn nicht der (stets nur scheinbare) Verzicht auf den Bezug der Forschung zur Gegenwart, sondern vielmehr gerade die Reflexion der jeweiligen gegenwartsbestimmten Wertungsgrundlagen in dem unvermeidlichen Spannungsverhältnis zwischen Vergangenheit und Gegenwart.[19]

Zur „Europäisierung" heutigen Rechtsdenkens vermag die Europäische Rechtsgeschichte dabei nicht nur auf gleiche Weise beizutragen, wie allgemein geschichtliches Bewußtsein – je nach „Zeitgeist" in größerem oder geringerem Maße – das Denken und Handeln in der Gegenwart beeinflussen kann. Ihre potentiell handlungsbeeinflussende Funktion erweitert sich vielmehr, wenn sich ihre Forschungsergebnisse über die akademische Bildung und Ausbildung den *Juristen* verschiedener europäischer Länder als den maßgeblichen Trägern und Mitgestaltern der gegenwärtigen und zukünftigen Rechtsentwicklung vermitteln.

Das Forschungsinteresse derartiger Europäischer Rechtsgeschichte gilt zuvörderst jenen Rechtserscheinungen der Vergangenheit, die geographische und geopolitische Räume, ethnische und soziale Verbände in Europa übergreifen, in diesem Sinne „gemeineuropäisch" sind und zugleich im kulturgeschichtlichen Vergleich nach „außen" Spezifika dieser europäischen Rechtskultur bildeten (jedenfalls bevor sie durch die europäischen Kolonien und durch moderne Rezeptionen andere Kontinente erreichten). Zu derartigen kennzeichnenden Grundzügen europäischer Rechtskultur seit dem Mittelalter gehören beispielsweise die weitreichende Ausdifferenzierung des Rechtsbereichs gegenüber anderen kulturellen Sektoren und Normensystemen,[20] insbesondere gegenüber der Religion und eingeschränkt auch gegenüber der Ethik,[21] einschließlich der entsprechenden Spezialisierung und Professionalisierung der Kompetenz für Rechtsfragen durch das Entstehen des Juristenstandes (im Unterschied zu anderen Kulturen, in denen Priester, Politiker oder Philosophen auch für den Rechtsbereich zuständig waren). Entsprechendes gilt für die Differenzierung innerhalb

[18] Vgl. beispielsw. *Otto Gerhard Oexle*: Die Geschichtswissenschaft im Zeichen des Historismus, in: HZ 238 (1984), S. 17 ff.

[19] Vgl. *Reiner Schulze:* Das Recht fremder Kulturen - Vom Nutzen der Rechtsethnologie für die Rechtsgeschichte, in: Historisches Jahrbuch 1990, S. 446 ff.

[20] Zur Ausdifferenzierung des Rechts aus rechtssoziologischer Sicht *Niklas Luhmann*: Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987, insbes. S. 217 ff.

[21] Vgl. f.a.m. *Helmut Coing*, (Fn. 12)

des Rechtsbereiches selbst durch das Entstehen der beiden relativ selbstständigen Normensysteme des kirchlichen und des weltlichen Rechts (ebenfalls schon seit dem Mittelalter).[22] Sie ermöglichte – als gemeineuropäische und als spezifisch europäische (im Kulturenvergleich auch zum Islam einmalige) Erscheinung – die Entwicklung eines hochgradig ausdifferenzierten, säkularen Rechts (das sich sodann in der Neuzeit als „das moderne Recht" mit dem Recht der außereuropäischen Kulturen zu überlagern begann.)

b) Ob über die Erforschung dieser historischen Grundzüge europäischer Rechtskultur und über ihre „Vergegenwärtigung" im heutigen Rechtsdenken und Selbstverständis der Juristen hinaus die Europäische Rechtsgeschichte auch zur Rekonstruktion gemeinsamen europäischen Rechts für unsere Zeit beitragen kann, ist eine andere, offene Frage. Die Antwort hängt zunächst davon ab, wie man die Notwendigkeit und die Möglichkeit der Ausweitung gemeinsamen europäischen Rechts und insbesondere der Entwicklung Europäischen Privatrechts beurteilt. Die „Nutzen-Kosten-Relation" einer derartigen Privatrechtsvereinheitlichung ist verschiedentlich erörtert worden.[23] Für Vereinheitlichung sprechen im Zuge der Herstellung des Binnenmarktes jedenfalls nicht allein die symbolisch-politischen, bewußtseinsprägenden Wirkungen der Rechtseinheit, wie sie sich in der Privatrechtsgeschichte während des 19. Jahrhunderts in Hinblick auf die nationale Einigung verschiedentlich mit Kodifikationsbestrebungen verknüpften,[24] sondern auch die ökonomischen Vorzüge einheitlicher Marktbedingungen auch in privatrechtlicher Hinsicht. Ein gemeinsamer Markt ohne gemeinsames Verkehrsrecht (oder lediglich mit Fragmenten gemeinsamen Verkehrsrechts) bliebe ein großes ökonomisch-politisches und auch juristisches Werk ohne jene privatrechtliche Ausstattung, die es erst für jeden einzelnen gleichermaßen sicher und vorteilhaft nutzbar macht. Gerade angesichts der großen gemeineuropäischen Tradition wäre dies höchst unbefriedigend. Allerdings wird sich das Bemühen um Vereinheitlichungen keineswegs auf alle Materien des Privatrechts erstrecken müssen, sondern sich auf das Warenverkehrsrecht und einige weitere Materien konzentrieren können (Beispielsweise im Erbrecht ist wie früher den regionalen, so heute den nationalen Traditionen mit besseren Gründen Fortbestand zuzubilligen als etwa im Schuldrecht oder bei dessen Ergänzung durch die Institute der dinglichen Kreditsicherung im Sachenrecht).

Darüber hinaus wird in der weiteren Diskussion vorrangig zu überdenken sein, auf welchen theoretischen Grundlagen, mit welchen Methoden und mit welchem Verständnis von der „Positivität" des Rechts die Rechtswissenschaft ihren Beitrag zur Entwicklung des Europäischen Privatrechts leisten kann. Die vorrangige Aufgabe

[22] Zu diesem Charakteristikum europäischer Rechtskultur und den wissenschaftsgeschichtlichen Gründen seiner häufigen Verkennung in der Gegenwart *Peter Landau*: Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, (Fn. 1), S. 39 ff; *Harold J. Berman*: Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition, Cambridge/Mass., London 1983.

[23] *Hein Kötz:* Festschrift für Zweigert, 1981, S. 481 ff; *ders.*: Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele,.in: RabelsZ 50 (1986), S. 1 ff., insbes. S. 12 ff.; jetzt *Peter Ulmer*, (Fn. 5), m.w.N.

[24] Vgl. für den italienischen codici civile 1865 jüngst *Aldo Mazzacane:* Die Rechtskultur in Deutschland und Italien nach der nationalen Einigung – Anmerkungen zu einem Forschungsprojekt, in: *Reiner Schulze* (Hrsg.): Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert, Berlin 1990, S. 55 ff., insbes. S. 56 f.

müßte – wie hier nur als These formuliert werden kann – wohl darin liegen, durch Vergleich und Systematisierung der Begriffe und Problemlösungen in den verschiedenen nationalen Rechtswissenschaften auf der Grundlage ihrer gemeinsamen und ihrer unterschiedlichen Traditionen zu einem übergreifenden Verständnis gemeinsamer Grundzüge und unterschiedlicher Gestaltungen europäischen Privatrechts zu gelangen. Eine derartige übergreifende, europäische Perspektive könnte zumindest in Teilbereichen Ausgangspunkte dafür liefern, daß die Privatrechtswissenschaft ihre Beiträge zur dogmatischen Durchdringung und Fortentwicklung der jeweiligen *nationalen* Rechte an gemeinsamen Prinzipien und gemeinsam verwendbaren (auch historisch gemeinsam verwandten) Begriffen auszurichten versucht. Sie würde damit „jenseits der Illusionen von Kodifikationen und Gesetzgeber"[25] auf eine Rechtsannäherung hinwirken (zumal in verschiedenen nationalen Rechten trotz verbreiteten Gesetzespositivismus die Kodifikation gegenüber anderen Formen der Rechtsentwicklung an Bedeutung eingebüßt hat[26]). Ihre Wirkungskraft wäre freilich davon abhängig, daß von ihr entsprechend ausgebildete Juristen diese europäische Ausrichtung der Dogmatik vor allem für die höchstrichterliche Judikatur und auch für die nationale Einzelgesetzgebung fruchtbar machten.

c) Die Frage nach Grundlagen und Zielen Europäischer Privatrechtswissenschaft kann indes hier nicht vertieft werden. Zu überdenken bleibt aber, welche Rolle die Rechts*geschichte* bei einer derartigen „Europäisierung" der Rechtswissenschaft einnehmen kann.[27] Innerhalb des Faches stehen sich in Deutschland ein eher „kontemplatives" Verständnis als historische Disziplin in der Lehrrichtung von *Franz Wieacker* auf der einen Seite und das Bemühen um Einbeziehung der Europäischen Rechtsgeschichte in die „applikative" Tätigkeit der Rechtswissenschaft in den Arbeiten *Helmut Coings* auf der anderen Seite gegenüber.

Wieacker hatte mit seiner Trennung der „kontemplativen" Rechtsgeschichte von der „applikativen" Rechtswissenschaft (im Anschluß an die Konzeption der Hermeneutik bei *Emilio Betti*[28]) sowie mit seiner Kritik der Dogmengeschichte[29] die Konsequenz aus der wissenschaftsgeschichtlichen Entwicklung in Deutschland seit dem späten 19. Jahrhundert gezogen: Zuvor (im 19. Jahrhundert) hatte die „historische Rechtsschule" die Rechtsgeschichte in sehr weitem Umfang in die Gestaltungsaufgaben der Rechtswissenschaft einbezogen, um auf der Grundlage der geschichtlichen Quellen ein Privatrecht für die eigene Zeit zu entwerfen. Demgegenüber haben sich in Deutschland im Verlaufe der letzten hundert Jahre – insbesondere seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahre 1900 – die

[25] *Filippo Ranieri*: Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts? Einige Thesen zum Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer europäischen Zivilrechtswissenschaft, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, (Fn. 1), S. 89 ff.

[26] *Franz Wieacker*, (Fn. 8), 2. Aufl., S. 539.

[27] Zum folgendem *Reiner Schulze: Vom Ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht* (Fn. 1), S. 33 f.; *Hein Kötz:* „Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?", in: JZ 1992, S. 20 ff.

[28] *Emilio Betti*: Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften, 2. Aufl., Tübingen 1972; im Gegensatz dazu *Hans-Georg Gadamer*: Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 5. Aufl., Tübingen 1986.

[29] *Franz Wieacker*, (Fn. 8), 2. Aufl., S. 15 ff., 416 ff., 425 ff.; *ders.*: Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte, in: Eranion Maridakis I , Athen 1963, S. 339 ff.; *ders.*: Art. Methode der Rechtsgeschichte, in: HRG, Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 518 ff., insbes. 519.

rechtshistorische Forschung einerseits und die Dogmatik des geltenden Rechts andererseits mehr und mehr voneinander entfernt. Zwar ist regelmäßig an den Lehrstühlen das Fach Rechtsgeschichte noch mit dem Fach Bürgerliches Recht verbunden (keineswegs aber notwendig umgekehrt), doch nehmen rechtshistorische Beiträge in der dogmatisch-konstruktiven Rechtswissenschaft und erst recht in der Argumentation der Rechtsprechung in der Regel keine ausschlaggebende Rolle mehr ein.[30]

Im Anschluß an die Arbeiten *Coings*[31] stellt sich indes die Frage, ob nicht gerade im europäischen Maßstab die Rechtsgeschichte wieder stärker in die Entwicklung des geltenden Rechts einzubeziehen ist, als dies im nationalen Maßstab in unserem Jahrhundert der Fall war. In der deutschen Wissenschaftstradition wird diese Überlegung dadurch nahegelegt, daß einige der heutigen Bedingungen der Privatrechtsentwicklung in Europa an die Lage in Deutschland während der Blütezeit der „historischen Rechtsschule" im 19. Jahrhundert erinnern: Einem wachsenden Bedürfnis nach Rechtsannäherung oder Rechtsvereinheitlichung steht heute in Europa (wie damals in Deutschland zwischen 1815 und 1870) das Fehlen nicht nur entsprechender gemeinsamer Kodifikationen, sondern auch ausreichender politischer Möglichkeiten und rechtlicher Kompetenzen zu einer vereinheitlichenden Gesetzgebung gegenüber. Was mittels der Gesetzgebung auf dem Wege zur Vereinheitlichung und Modernisierung des Rechts (noch) nicht erreichbar war, übernahm vor der nationalen Einigung Deutschlands die Rechtswissenschaft mit ihren Mitteln einer – von den politischen Instanzen relativ unabhängigen – Fortentwicklung des Rechts über die staatlichen Grenzen hinweg (angeregt insbesondere durch *Savignys* programmatische Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"[32]). Dabei lieferte gerade der Rekurs auf die (wirkliche oder vermeintliche) gemeinsame Rechtsgeschichte in Deutschland ein Arsenal an Begriffen und Argumenten, das vom Konsens unter den Juristen der verschiedenen deutschen Staaten getragen wurde. Der Rückgriff auf die Geschichte hinderte auch keineswegs, daß die Rechtswissenschaft die Rechtsinstitute und das Rechtssystem dem tiefgreifenden Wandel in der Zeit der Industrialisierung anpaßte und auf scheinbar traditioneller Grundlage die moderne Rechtsordnung einer industrialisierten Gesellschaft konzipierte.

Freilich kann nicht die Lösung heutiger Aufgaben mit den Begriffen und Methoden des 19. Jahrhunderts erwartet werden. So wie die Rechtswissenschaft seit

[30] Für die Diskussion über diese Frage innerhalb des Faches Rechtsgeschichte vgl. beispielsw. *Theo Mayer-Maly*: Anmerkung zu Versuchen über die Aufgabe der Rechtsgeschichte nachzudenken, in: RJ 4 (1985), S. 268 ff.; *Michael Stolleis*: Aufgaben der Neueren Rechtsgeschichte, oder: Hic sunt leones, in: RJ 4 (1985), S. 251 ff., *ders.*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, München 1988, S. 50 f.; *Dieter Simon*, in: Ius commune 15 (1988), S. 203, 204; *Klaus Luig*: Digesten und Dogmatik, in: RJ 5 (1986), S. 290 ff.; *Eduard Picker*: Von weißen Flecken der Rechtsgeschichte oder: Hic ululant hyaenae, in: RJ 5 (1986), S. 367 ff.; *Heinrich Honsell*: Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik, in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt a. M. 1987, S. 299 ff.; *Filippo Ranieri*, (Fn. 25).

[31] Grundlegend *Helmut Coing*: Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, in: Ius commune 1 (1967), S. 1 ff. und *ders.*: Gesammelte Aufsätze II, Frankfurt a. M. 1982, S. 67 ff.; vgl. daneben *ders.*: Europäisches Privatrecht, 2 Bände, München 1985/89, und *ders.*: Europäisierung der Rechtswissenschaft, in: NJW 1990, S. 937 ff..

[32] *Friedrich Carl von Savigny*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.

ihrem Wiedererstehen in Oberitalien während des Mittelalters wiederholt, aber zu verschiedenen Zeiten jeweils auf ganz unterschiedliche Weise auf älteres Recht und auf ältere Traditionen zurückgegriffen hat (von der „Entdeckung" des römischen Rechts an diesem Anfang über die Zuwendung zum *ius patriae* in der frühen Neuzeit bis hin zur Pandektistik des 19. Jahrhunderts), um mit Hilfe der Geschichte jeweils ein eigenes Recht ihrer Zeit zu entwickeln, so wird sie auch heute im europäischen Kontext eigene Methoden und eine Theorie unserer Zeit entwickeln müssen, um die Geschichte des Rechts für eine gemeinsame Dogmatik fruchtbar zu machen.

In diese Richtung zielen in der neueren rechtshistorischen Literatur insbesondere zwei Ansätze: *Reinhard Zimmermann*[33] mit Blick auf die Aktualität vor allem der Dogmatik des *Ius commune* sowie *Filippo Ranieri* mit dem Bemühen einer neuen theoretischen Begründung für den Beitrag der Rechtsgeschichte zum modernen europäischen Recht und mit der bereits erwähnten Kritik der Illusionen von Kodifikation und Gesetzgeber.[34] Mit dem Anliegen dieser rechtshistorischen Beiträge weithin im Einklang steht die Konzeption, die auf seiten der Rechtsvergleichung *Hein Kötz*[35] vorgelegt hat. Auf längere Sicht zeichnet sich als die Perspektive eines Zusammenwirkens von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zur wissenschaftlichen (Re-) Konstruktion eines gemeinsamen europäischen Privatrechts ab, daß mit Hilfe vergleichender und historischer Arbeit die gemeinsamen wissenschaftlichen Prinzipien in Kernbereichen des Privatrechts in Europa erfaßt und – zugespitzt – die nationalen Verschiedenheiten in der Lehre Europäischen Privatrechts lediglich als Konkretisierungen, Modifikationen oder Ausnahmen behandelt[36] werden.

d) Auf einzelne Rechtsmaterien näher einzugehen, um diese Ansätze beispielhaft zu erörtern, gestattet der hier gesteckte Rahmen nicht. Es mag daher bei dem Hinweis bleiben, daß etwa für das Vertragsrecht die Verschiedenheit der Problemlösungen und Begriffsbedeutungen in den nationalen Rechten dazu herausfordert, den unterschiedlichen nationalen Entwicklungssträngen historisch-vergleichend bis zu gemeinsamen Ausgangs- und Bezugspunkten der Gemeinrechtstradition und im gemeineuropäischen Naturrecht nachzugehen. Dabei wird sich für einige Grundprinzipien der historisch gemeinsame „Kern" durch die Fülle der aus ihm erwachsenden Gestaltungen hindurch erkennen und damit den Begriffen der nationalen Rechtssysteme gemeinsame historische Bezugspunkte geben lassen. Dies zeigt sich nicht nur in zahlreichen einzelnen Gestaltungen der Dogmatik vom Kaufgewährleistungsrecht bis zur Vertragsstrafe,[37] sondern gilt auch schon für die Grundprinzipien nahezu aller heutigen europäischen Vertragsrechte, wie die generelle Verbindlichkeit des Vertragschlusses, die Anerkennung des freien Vertrages und damit verbunden das Institut der Vertragsfreiheit. Denn diese Grundprinzipien sind sämtlich zurückzuführen auf gemeinrechtliche und naturrechtliche Lehren und Institute, die unter Stichworten wie *pacta sunt servanda* und *pactum nudum* überall in Europa

[33] *Reinhard Zimmermann*: Usus hodiernus pandectarum, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte (Fn. 1), S. 61 ff., jetzt auch ders.: Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, in: JZ 1992, S. 8 ff.

[34] *Filippo Ranieri*, (Fn. 25).

[35] Grundlegend *Hein Kötz*: Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen 1981, S. 481 ff.

[36] Vgl. hierzu *Hein Kötz*: Rechtsvereinheitlichung...., (Fn. 23).

[37] Vgl. hierzu *Ralf Peter Sossna:* Die Begrenzung von Vertragsstrafen (Diss. Köln), Berlin 1992.

bekannt sind.[38] In der Auseinandersetzung mit den gemeinsamen historischen Grundlagen europäischen Privatrechts müßte zu diesem Bezug auf die Ausgangspunkte im gemeinen Recht und im Naturrecht die Fortgestaltung dieses gemeineuropäischen Bestandes während der Folgezeit innerhalb der nationalen Rechtssysteme des 19. Jahrhunderts in historisch-vergleichender Betrachtung hinzutreten (beispielsweise für die genannten Grundprinzipien des Vertragsrechts: die Ausweitung und Fundierung des Prinzips der Vertragsfreiheit durch den Begriff der Privatautonomie); und es müßte dabei der Blick vor allem auf die Kommunikation zwischen den nationalen Rechtssystemen gerichtet werden, weil durch diese Kommunikation häufig auch in der Blütezeit des Nationalstaates die in einzelnen Ländern (fort)entwickelten Begriffe wiederum gemeineuropäisch gemacht wurden, wenn auch mit unterschiedlichen Bedeutungsvarianten. Für die soeben genannte Privatautonomie etwa hat *Alfons Bürge*[39] jüngst aufgezeigt, wie dieser Begriff nach seiner Ausformung durch die deutsche Pandektenwissenschaft in Frankreich übernommen und der Auslegung des *Code civil* unterlegt wurde (obwohl dieses französische Gesetzbuch bei seinem Erlaß 1804 noch in der bis dahin vorherrschenden naturrechtlichen Tradition verblieben war und zwar das Prinzip der Vertragsfreiheit anerkannt, es aber nicht auf Privatautonomie, sondern auf eine Ermächtigung des Gesetzes für die Vertragsparteien zurückgeführt hatte).

Gemeineuropäischer Ausgangsbestand, Diversifizierung im Fortgang und zugleich Bezug der unterschiedlichen nationalen Rechte aufeinander – diese verschiedenen Seiten, die in der historischen Betrachtung hervortreten, können der Gegenwart vielleicht helfen, hinter der Erscheinungsform der jeweiligen nationalen Rechte sowohl die Verschiedenheiten als auch die gemeinsamen Prinzipien oder zumindest die gemeinsamen historischen Bezugspunkte als eine Verständnisgrundlage zu finden, die aus der Abgeschlossenheit einer auf das jeweilige geltende nationale Recht bezogenen Rechtswissenschaft hinausführt. Wenn man diese Ansätze fortdenkt, könnte die Rechtsgeschichte gemeinsam mit der Rechtsvergleichung in der Auseinandersetzung mit den gemeinsamen historischen Grundlagen und mit den verschiedenen nationalen Ausgestaltungen des Rechts in Europa versuchen, den europäischen Juristen eine Reihe von Prinzipienerläuterungen und Rechtsbegriffen zu liefern, die – wie oben umrissen – ungeachtet unterschiedlicher nationaler Rechtsstile und Kodifikationen die Verständigung ermöglichen und ein vereinheitlichendes Element der juristischen Tätigkeit würden. Auch wenn in den einzelnen Ländern unterschiedliche Zivilgesetzbücher fortgelten, gewönne damit die juristische Praxis in Europa gemeinsame wissenschaftliche Bezugspunkte. Ein derartiges neues wissenschaftliches *Ius commune* könnte zwar die nationale Zersplitterung des Privatrechts in Europa nicht aufheben, ihr aber vielleicht in ähnlicher Weise entgegenwirken, wie die deutsche Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert der nationalen Rechtseinheit lange vor der Kodifikation des Bürgerlichen Rechts den Weg bereitet hat.

[38] Überblick bei *Franz Wieacker*, (Fn. 8); *Gerhard Wesenberg* und *Gunther Wesener* (Hrsg.): Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985; *Helmut Coing*: Europäisches Privatrecht, 2 Bde., München 1985/89; *Reinhard Zimmermann*: Law of obligations, Johannesburg 1990.

[39] *Alfons Bürge*: Der Einfluß der Pandektenwissenschaft auf das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Vom Vermögen zum patrimoine, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte (Fn. 1), S. 221 ff.; *ders.*: Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, Ius commune Sonderheft 52, Frankfurt a.M. 1991.

(3) Europäische Verfassungsgeschichte

a) Die besondere Rolle, die das Privatrecht für die Entwicklung der europäischen Rechtskultur in vormoderner Zeit eingenommen hat,[40] erklärt nur zum Teil, daß sich die deutschen Forschungen zur europäischen Rechtsgeschichte zunächst vor allem für diesen Bereich entfaltet haben. Hinzu kam vielmehr eine im 19. Jahrhundert wurzelnde Tradition vorrangiger Ausrichtung auf das Privatrecht innerhalb des Faches Rechtsgeschichte.[41] In den letzten Jahren wurde diese Ausrichtung verschiedentlich kritisiert.[42] Gerade für die Europäische Rechtsgeschichte wäre sie unzulänglich. Denn neben der Geschichte des Privatrechts (und zum Teil verbunden mit ihr) haben beispielsweise gemeinsame Traditionen des Verfassungsrechts (insbesondere die Entwicklung der Grundrechte), sowie gemeinsame Auffassungen und internationale Diskussionen über Verwaltung und Verwaltungsrecht, über die Fürsorge der Gemeinschaft und die soziale Verantwortlichkeit des einzelnen, zum Entstehen gemeinsamer Prinzipien der Demokratie, des Rechtsstaats und des Sozialstaats in Europa beigetragen. Verbindende europäische Grundlagen für diese zentralen Bestandteile moderner europäischer Rechtskultur finden sich schon seit dem Mittelalter in der Entwicklung der Rechtslehre und – häufig mit ihr verbunden – des politischen Denkens. Namentlich mit der Renaissance der Lehren des *Aristoteles* im hohen Mittelalter begann ein sich vielfach wandelnder, aber bis in die Moderne fortdauernder europäischer Diskurs über die Ordnungsprinzipien des Gemeinwesens – ein Diskurs, in dem die Diskussionen über Fürstenethik, „ratio status"/„Staatsräson", natürliche Pflichten und Freiheiten, Menschen- und Bürgerrechte sowie Verfassung und Rechtsstaat Bindeglieder des politischen und rechtlichen Denkens in Europa wurden.

Für die Europäische Rechtsgeschichte gewinnt daher eine Forschungsrichtung an Bedeutung, die in Deutschland unter dem Begriff der „Verfassungsgeschichte" Juristen aus dem öffentlichen Recht und der Rechtsgeschichte mit Vertretern des Faches Geschichtswissenschaft zusammengeführt hat. Verfassungsgeschichte wird in Deutschland als Forschungsbegriff seit dem 19. Jahrhundert gebraucht,[43] die heute vorherrschenden Konzeptionen sind überwiegend durch die Lehren *Otto Brunners*[44] und die von ihnen ausgelösten Diskussionen geprägt.[45] Im europäischen Vergleich und Diskurs wird zu überdenken sein, ob diese traditionellen Konzeptionen der

[40] Vgl. dazu *Klaus Luig* (Fn. 30).

[41] Das mit den politischen Verhältnissen enger verwobene Staatsrecht geriet zwar – insbesondere den Germanisten von *Eichhorn* über *Beseler* bis *Gierke* – nicht aus dem Blick; aber es und stand beispielsweise in der allgemeinen Methodenlehre und in der Juristenausbildung regelmäßig hinter dem Privatrecht zurück. Diese Trad ititon verfestigte sich in der Folge auch durch die Fächerverbindung der Rechtsgeschichte gerade mit dem Privatrecht an den Lehrstühlen der deutschen juristischen Fakultäten.

[42] *Michael Stolleis*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, München 1988, S. 50 f.; *ders.*: Aufgaben der Neueren Rechtsgeschichte, oder: Hic sunt leones, in: RJ 4 (1985), S. 251 ff.

[43] *Ernst-Wolfgang Böckenförde*: Die Einheit von nationaler und konstitutioneller Verfassungsgeschichte (1815-1914), 2. Aufl., Königstein 1981.

[44] *Brunner* (Fn. 38); *ders.*: Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht, in: HZ 209 (1969), S. 1 ff.

[45] In besonderem Maße besteht die Notwendigkeit, das Verhältnis dieser Forschungsrichtung zu jenen Fachgebieten zu überdenken, die in anderen europäischen Ländern zum Teil ähnliche Gegenstände behandeln, beispielsweise zur „Geschichte der Institutionen" und zur „Geschichte des politischen Denkens" in Frankreich, Italien und anderen romanischen Ländern.

Verfassungsgeschichte eine geeignete Grundlage zur Erforschung der *europäischen* Verfassungsgeschichte bieten. So hat *Dietmar Willoweit* jüngst aufgezeigt, daß die deutschen Konzeptionen bislang regelmäßig im Rahmen idiographischer Geschichtswissenschaft auf die singulär-konkrete Erfassung historischer Phänomene ausgerichtet sind und einer vergleichenden „Verfassungsgeschichte" Europas keine hinreichende Basis bieten.[46] Er hat dagegen den Entwurf einer europäischen Verfassungsgeschichte gesetzt, in der die historische Vergleichung auf eine begriffliche Grundlegung für die rechtlich-politischen Ordnungsaufgaben im heutigen Europa zielt. Insofern stellt sich neben die umrissene Konzeption einer „applikativen" Rechtsgeschichte in Hinblick auf das Privatrecht der Entwurf einer ebenfalls – allerdings in ganz anderer Weise – als „applikative" Wissenschaft fortzuentwickelnden Verfassungsgeschichte.

b) Wachsendes Interesse haben in den letzten Jahren auch die europäischen Zusammenhänge in der Geschichte der Verwaltung und des Verwaltungsrechts gefunden. Die deutsche Forschung sieht teilweise die Verfassungsgeschichte und die Geschichte der Verwaltung als einheitliches Forschungsgebiet an.[47] Schon seit längerem haben in Deutschland die Expansion der Verwaltungstätigkeit und die vermehrten Aufgaben des Staates unter dem Gedanken des „Sozialstaates" (der auf Grund von Art. 20 Abs. I und 28 Abs. I S.1 Grundgesetz zu den zentralen Prinzipien des deutschen Verfassungsrechts gehört) eine intensive Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit den theoretischen Grundlagen und juristischen Problemen der modernen Verwaltung herausgefordert[48] – etwa in Hinblick auf das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht, auf das Verhältnis von „Rechtsstaat" und „Sozialstaat", auf Gesetzesbindung und Gestaltungsfreiheit der Staatstätigkeit. Diese moderne Entwicklung hat die Aufmerksamkeit auch auf die Geschichte der Verwaltung und des Verwaltungsrechts gelenkt und gerade in den letzten Jahren ein Gegengewicht zu der bislang vorherrschenden Konzentration der historischen Forschung auf das Privatrecht zu schaffen begonnen. In den Blick traten insbesondere die Traditionen der „Policey" während der „frühen Neuzeit" im Spannungsfeld von Jurisprudenz, Politik, Ethik und Ökonomie auf Grundlage des älteren Aristotelismus sowie die damit verbundenen Fragen der Wirtschafts- und Sozialgeschichte des Merkantilismus (bzw. des „Kameralismus" als dessen in Deutschland vorherrschender Version).[49]

Dieses Interesse an der Geschichte der Verwaltung hat sich in Deutschland von verschiedenen Ausgangspunkten her auf die europäischen Zusammenhänge ausgedehnt. Dazu gehörten, um nur zwei Beispiele zu nennen, – beispielsweise herausgefordert durch *Hans Maiers* grundlegendes Werk[50] – der Vergleich zwischen

[46] *Dietmar Willoweit*: Probleme und Aufgaben einer europäischen Verfassungsgeschichte, in: *Schulze* (Hrsg.) (Fn. 1), S. 141 ff.

[47] Zum engen Zusammenhang von Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte (der es durchaus gestattet, Verwaltungsgeschichte als Teil der Verfassungsgeschichte zu betrachten) vgl. *Reiner Schulze* und *Robert Mizia*: Verwaltungsgeschichtsschreibung in Deutschland und Österreich, in: Die Verwaltung 1985, S. 351 ff., 353 f.

[48] Vgl. die Überblicke bei *Peter Badura*: Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, Göttingen 1967.

[49] Hierzu *Reiner Schulze*: Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert, Berlin 1982, S. 115 ff., 179 ff.

[50] *Hans Maier*: Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl., München 1980 (1. Aufl., Neuwied 1966); *ders.*: Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, Tübingen 1966.

Deutschland und Westeuropa in Hinblick auf deutsche Besonderheiten oder gar einen deutschen „Sonderweg" und die vertiefte Auseinandersetzung mit dem französischen Einfluß auf das Entstehen des Verwaltungs*rechts* als eigener rechtswissenschaftlicher Disziplin in Deutschland.[51] Entscheidende Impulse erhielt diese europäische Ausrichtung der Forschungen zur Verwaltungsgeschichte jüngst durch die Diskussionen über „Europäisches Verwaltungsrecht" für unsere Zeit. Ebenso wie für die „Verfassungsgeschichte" stellt sich auch hier das Problem, daß „Verwaltung" heute in verschiedenen Ländern Europas in unterschiedlicher Weise begriffen wird[52] und zudem als historiographischer Begriff einen Gegenstandsbereich bezeichnet, der weit über den Gebrauch des Terminus „Verwaltung" in den historischen Quellen selbst hinausgreift.[53] Trotz dieser Probleme zeichnen sich aber bereits derzeit die Forschungen auf dem Feld der Verwaltungsgeschichte durch ein erfreuliches Maß an internationalem Zusammenwirken aus, wie die in letzter Zeit erschienenen vergleichenden Darstellungen[54] und das neue „Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte"[55] zeigen.

(4) "Europa" - der Umfang des Untersuchungsraumes

a) Nicht allein neue Fragestellungen, Epochen und Rechtsgebiete sind in den letzten Jahren in das Blickfeld der Forschungen zur Europäischen Rechtsgeschichte getreten, sondern auch in geographischer Hinsicht hat sich das Forschungsinteresse geweitet. Insbesondere hat sich die Aufmerksamkeit im letzten Jahrzehnt weit mehr als zuvor den geschichtlichen Verbindungen zwischen dem kontinentalen und dem englischen Recht zugewandt.[56] Neben den bekannten geschichtlich bedingten Unterschieden des englischen (und amerikanischen) Common law gegenüber dem kontinentaleuropäischen Recht (dem Civil law in englischer Begrifflichkeit) sind dabei historische Beziehungen und strukturelle Gemeinsamkeit in weiterreichendem Umfang hervorgetreten, als früher zumeist angenommen. Anknüpfen konnten die neueren Arbeiten freilich durchaus an einige ältere Forschungsansätze, beispielsweise an

[51] Vermittelt insbesondere durch den deutschen Rechtswissenschaftler Otto Mayer; vgl. hierzu *Erk Volkmar Heyen*: Otto Mayer: Frankreich und das Deutsche Reich, in: Der Staat 19 (1980), S. 444-460; *ders.*: Otto Mayer: Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft (= Schriftenreihe der Hochschule Speyer), Berlin 1981; *Alfons Hueber*: Otto Mayer. Die „juristische Methode" im Verwaltungsrecht (= Schriften zum öffentlichen Recht), Berlin 1982.

[52] Für die Staaten der Europäischen Gemeinschaft vgl. *Jürgen Schwarze*: Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, Wiesbaden 1988, S. 13 ff.

[53] Vgl. zur Diskussion über den Gegenstand der Verfassungsgeschichte insbes. die Beiträge von *Reinhard Koselleck, Karl Kroeschell* und *Rolf Sprandel* in: Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung, Der Staat, Beiheft 6 (1983).

[54] Vgl. insbes. *Erk Volkmar Heyen* (Hrsg.): Geschichte der Verwaltungswissenschaft in Europa, Ius commune Sonderheft Nr. 18, Frankfurt a. M. 1982; auch beispielsweise in der italienischen Literatur unter internationaler Beteiligung Filosofia politica, Bd. 1988/II; ISAP Archivio: L'amministrazione nella storia moderna, 3, Milano 1985 sowie in Publikationen des Institut international des Sciences Administratives IISA, Brüssel.

[55] *Erk Volkmar Heyen, Guido Melis, Jean-Louis Mestre, Vincent Wright, Bernd Wunder* (Hrsg.): Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte, Baden-Baden seit 1989.

[56] Eingehend zur rechtlichen Beziehung zwischen England und dem Kontinent schon mehrere Beiträge in: *Mauro Cappelletti* (Hrsg.): New Perspectives for a common Law of Europe, London usw. 1978.

Arbeiten von *Heinrich Brunner*[57] und *F. W. Maitland*[58] (auf die sich *Helmut Coing* und *Knut Wolfgang Nörr* bei der Eröffnung ihrer neuen Schriftenreihe bezogen[59]) oder an Studien wie die von *Fritz Pringsheim*,[60] die schon früh auf Gemeinsamkeiten zwischen dem römischen Recht (und damit den Wurzeln des kontinentalen Civil law) einerseits und dem englischen Common law andererseits hingewiesen hatten.

Vor allen die von *Coing* und *Nörr* begründete Schriftenreihe hat eine Vielfalt geschichtlich begründeter Gemeinsamkeiten zwischen englischem und kontinentalem Recht zutage gebracht, so daß keineswegs von einer isolierten, völlig eigenständigen Entwicklung des Rechts einerseits im kontinentalen, andererseits im angelsächsischen Bereich ausgegangen werden kann. Dem unübersehbar Trennenden steht eine Fülle historischer Verbindungen gegenüber. Zu ihnen gehören – wie eine Reihe von Arbeiten der letzten Jahre gezeigt hat – nicht nur stärkere Einflüsse der Tradition des älteren gelehrten Rechts auf England als zuvor angenommen, sondern auch vielerlei wechselseitige Bezüge in der Neuzeit auf nahezu allen Rechtsgebieten –vom Privatrecht[61] über das Strafrecht,[62] das Verfahrensrecht und die Gerichtsverfassung[63] bis hin zum Staatsrecht und allgemein zur „Verfassungsgeschichte".[64] Weitere Aufschlüsse über strukturelle Ähnlichkeiten und über die Vereinbarkeit juristischer Lösungsansätze in den nur scheinbar so unvereinbaren Rechten Englands und des Kontinents verspricht zudem die Untersuchung von Berührungs- und Überschneidungsräumen beider Rechtskreise, wie sie sich insbesondere in den Arbeiten *Zimmermanns* in Hinblick auf Südafrika[65] findet.

b) Den Osten Europas haben hingegen die deutschen Forschungen zur Europäischen Rechtsgeschichte bislang weitaus weniger einbezogen. Soweit Hindernisse aus den Verhältnissen unserer Zeit erwachsen waren – namentlich aus der politischen Trennung West- und Osteuropas und aus der damit verbundenen

[57] *Heinrich Brunner*: Überblick über die Geschichte der französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen, Leipzig 1882; *ders.*: Geschichte der englischen Rechtsquellen im Grundriß. Mit einem Anhang über die normannischen Rechtsquellen, Leipzig 1909.

[58] Vgl. z. B. *Frederic William Maitland*: Roman Canon Law in England, London 1898.

[59] *Helmut Coing* und *Knut Wolfgang Nörr*, Vorwort in: *Coing* und *Nörr*: Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt, Berlin 1985, S. 5. Der Band eröffnet die Schriftenreihe Comparative Studies in Continental and Anglo - American Legal History.

[60] *Fritz Pringsheim*: The inner Relationship between English and Roman Law, in: The Cambridge Law Journal Vol. 5 (1935), p. 347-365.

[61] Grundlegend *Nörr*: The European Side of the English Law. A Few Comments from a Continental Historian, in: *Coing* und *Nörr* (Fn. 59), S. 15 ff.; *John Barton* (Hg.): Towards a General Law of Contract, Berlin 1990.

[62] Vgl. beispielsweise *Reiner Schulze*: Il contributo italiano al diritto nel tardo Ottocento, in: Materialien der Tagung Problemi istizionali e riforme nell' età Crispina (LV Congresso di Storia del Risorgimento in Sorrent, 1992); ders., Das Entstehen des Europäischen Gemeinschaftsrechts - Eine Forschungsaufgabe der juristischen Zeitgeschichte, ZNR 1994, Heft Nr. 3, S. 297-324.

[63] Vgl. *Vito Piergiovanni* (Hrsg.): The Courts and the Development of Commercial Law, Berlin 1987; *Antonio Padoa Schioppa* (Hrsg.): The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900, Berlin 1987; *John H. Baker* (Hrsg.): Judicial Record, Law Reports, and the Growth of Case Law, Berlin 1989; *Charles Donahue* (Hrsg.): The Records of the Medieval Ecclesiastical Courts, Berlin 1989.

[64] Vgl. *Eckhart Hellmuth* (Hrsg.): The Transformation of Political Culture. England and Germany in the late eighteenth Century, London/Oxford 1990. *Roland Kleinhenz*: Königtum und parlamentarische Vertrauensfrage in England 1689-1841 (Diss. Würzburg), Berlin 1991.

[65] *Reinhard Zimmermann*: Das römisch-holländische Recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus, Darmstadt 1983; *ders.*: Usus hodiernus pandectarum (Fn. 33).

kulturellen Entfremdung mit all ihren Folgeerscheinungen bis hin zu unzulänglichen Sprachkenntnissen –, eröffnen die Veränderungen der letzten Jahre nicht nur neue Möglichkeiten der wissenschaftlichen Zusammenarbeit. Sie fordern vielmehr gerade dazu heraus, die aus der jüngsten Vergangenheit erwachsenen Verengungen der historischen Perspektive zu überwinden und die erhofften neuen europäischen Gemeinsamkeiten in den Zusammenhang der gemeinsamen europäischen Geschichte vor der politischen Spaltung des 20. Jahrhunderts zu stellen.

Für einen weiten Raum vom Baltikum über Polen und Ungarn bis in den Balkan hinein – zuweilen als Mittel-Ost-Europa zusammengefaßt – haben bereits einige neuere Arbeiten der weiteren Forschung in Deutschland den Weg bereitet, indem sie die Zugehörigkeit dieses Raumes zum Einflußbereich des Ius commune aufgezeigt haben.[66] Darüber hinaus wird in internationaler Zusammenarbeit den weiteren Bindungen des Ostens zu den anderen Teilen Europas nachzugehen sein, beispielsweise den intensiven Beziehungen im Ostseeraum (einschließlich Skandinaviens) und ihren Ausstrahlungen weit in die Mitte *und* in den Osten des Kontinents hinein seit dem Mittelalter; den Verbindungen etwa durch die Übernahme deutscher Stadtrechte[67] (im Unterschied zu älteren deutschen Forschungstraditionen freilich nicht aus der Perspektive der Nationalgeschichte, sondern der europäischen Geschichte); dem Entstehen und Fortwirken internationaler Gemeinsamkeit in der Habsburger Monarchie[68] und anderem mehr.

Kontrovers beurteilt wird indes die Stellung jenes großen Teiles Europas, den im Mittelalter nicht die lateinische Kirche und Wissenschaftssprache, sondern weithin die griechisch-byzantinische Tradition prägten. Der bislang vorherrschende Europa-Begriff der deutschen rechtshistorischen Forschung hat sich grundsätzlich auf den lateinischen Bereich beschränkt und dem griechisch-byzantinischen Osten und Südosten ausgeschlossen.[69] Es fragt sich indes, ob diese Sichtweise nicht gegenüber den – sicherlich besonders stark ausgebildeten – Gemeinsamkeiten des „lateinischen Europas" die verbindenden Elemente der gesamteuropäischen Kultur zu sehr hintanstellt (beeinflußt möglicherweise durch den Erfahrungshorizont der jüngsten

[66] Vgl. die Überblicksbeiträge für das Baltikum von *Werner Kundert* und *Barbara Dölemeyer*, in: *Coing* (Hrsg.): Handbuch (Fn. 13), Bd. III/2, S. 2071 ff.; für Polen von *Leslaw Pauli*, ebd., S. 2099 ff.; für Ungarn von *Janas Zlinsky*, ebd., S. 2141 ff.; für Rumänien von *Valentin Al. Georgescu*, ebd., Bd. III/5, S. 1 ff.; für Jugoslawien von *Sergij Vilfan*, ebd., S. 325 ff.

[67] Vgl. hierzu *Willoweit* und *Schich* (Hrsg.): Studien zur Geschichte des sächsisch-magdeburgischen Rechts in Deutschland und in Polen, Frankfurt a.M. 1980 ; *I. Kwiatkowska*: Das sächsische Recht in der polnischen juristischen Literatur des 17. Jahrhunderts, in: *G. Lingelbach und H. Lück (Hrsg.)*: Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung. Festschrift für Rolf Lieberwirth zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1991, S. 119-123; insbes. zum Magdeburger Recht in Kiew jüngst *Heiner Lück*: Magdeburger Recht in der Ukraine, in: ZNR 1990, S. 113 ff.; *ders.*: Das Denkmal des Magdeburger Rechts in Kiew, in: Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde, hg. von *Louis Carlen*, Bd. 12, Zürich 1990, S. 109 ff.

[68] Dazu *Wilhelm Brauneder*: Vernünftiges Recht als überregionales Recht, in: Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte (Fn.1).

[69] Vgl. unlängst *Coing* (Fn. 13), S. 4: „Dieses Ius commune und die ihm gewidmete Wissenschaft ist also ein Bestandteil dessen, was man die lateinische Kultur des Mittelalters genannt hat. Sein Bereich ist derjenige der lateinischen Kirche ... Die osteuropäischen Länder jenseits der Grenzen von Italien, Ungarn und Polen bilden einen anderen Bereich, der zwar auf den gleichen Grundlagen, nämlich dem römischen Recht und dem Christentum beruht, der aber zur griechischen Kultur von Byzanz und nicht zum Westen gehört. Wenn wir hier von Europa sprechen, so ist also dieser engere Bereich von Europa gemeint."

Vergangenheit, in der beispielsweise Rußland und die Ukraine sich noch nicht dem Europa-Gedanken geöffnet hatten und sich die Europäische Gemeinschaft vor dem Beitritt Griechenlands noch nicht auf den Südosten erstreckt hatte).

Zwar müssen „Europa" und „Europäische Rechtskultur" als historiographische Begriffe nicht notwendig vollständig oder ausschließlich den geographischen Raum Europa bezeichnen. Sie bedürfen vielmehr eigener Ausfüllung auf Grund des kultur- und rechtshistorischen Quellenmaterials und Erkenntnisinteresses. Aus dieser Sicht begründen aber schon die gemeinsamen historischen Ausgangspunkte der Rechtsentwicklung im lateinischen und im griechisch-byzantinischen Europa in der Antike – namentlich die christliche Tradition und das römische Recht – wesentliche Gemeinsamkeiten eines West- und Osteuropa umgreifenden Kulturraumes; bereits sie geben der kulturellen Entwicklung dieses gesamten Europas ihre Spezifik gegenüber außereuropäischen Rechtskulturen. Näher zu untersuchen wären darüber hinaus beispielsweise Gemeinsamkeiten, die trotz der Kirchenspaltung möglicherweise über das kirchliche Recht vermittelt wurden oder die aufgrund der Mittlerrolle Polen-Litauens sowie der Verbindungen nach Skandinavien und in den deutschen Sprachraum seit dem Mittelalter neu entstanden. Auf Grundlage dieses älteren Zusammenhanges wird man in der Fülle neuzeitlicher Verbindungen zwischen dem Osten und dem Westen Europas – für Rußland vor allem während der Reformen des 18. und des 19. Jahrhunderts[70] – trotz der Unterschiede in der vorangegegangenen Entwicklung nicht lediglich die Begegnung zweier einander völlig fremder Rechtskulturen sehen können, sondern eher die – im wesentlichen von Westen ausgehende – tiefgreifende Erneuerung eines aus der Antike überkommenen Kulturzusammenhanges.

(5) Europäische Rechtsgeschichte im Zeitalter des Nationalstaates

Sowohl für die Europäische Privatrechts- als auch für die Europäische Verfassungsgeschichte stellt das 19. Jahrhundert – oder etwas weiter gefaßt die Periode zwischen der Französischen Revolution 1789 und dem Ersten Weltkrieg – eine besondere Herausforderung dar. Denn diese Periode führte die meisten Länder Europas nicht nur von ständischen und feudalen Verhältnissen zu einer modernen Privatrechts- und Verfassungsordnung und brachte bis heute maßgebliche Grundzüge ihrer Rechtssysteme hervor. Zugleich eröffnete der Anbruch der Moderne vielmehr auch das Zeitalter des Nationalstaates, der nationalen Rechtssysteme und der nationalen Rechtskulturen. Mit diesem Aufstieg des Nationalstaates als Ideal und als bestimmende politische Größe in Europa zerriß der Zusammenhang der gemeineuropäischen Jurisprudenz in seiner hergebrachten Form. Sei es auf der Grundlage eines revolutionären Nationalbewußtseins (wie in Frankreich), sei es unter der Annahme, daß das eigene Recht aus der Geschichte des jeweiligen Volkes erwachse (wie in Deutschland unter dem Einfluß der „historischen Schule"); sei es auf dem Weg rascher Kodifikationen oder sei es im Prozeß allmählicher wissenschaftlicher Rechtsvereinheitlichung – fast überall verband sich aber mit dem

[70] Vgl. hierzu beispielsw. *Claes Peterson*: Peter the Great's administrative and judical reforms. Swedish antecendents and the progress of reception, Stockholm 1979; *Marc Raeff*: The well-ordered police state. Social and institutional change through law in the Germanies and Russia 1600-1800, New Haven und London 1983.

Gedanken des Nationalstaates der Anspruch, ein „eigenes" nationales Recht zu besitzen, dieses Recht vollständig in einem nationalen Rechtssystem zu erfassen und von einer nationalen Rechtswissenschaft fortzuentwickeln.

Zwischen das vormoderne gemeinsame europäische Recht und die heutigen Ansätze zu gemeinschaftlichem Recht in Europa schob sich damit eine Zeit, in der die Blüte des Nationalstaates die europäische Geschichte des Rechts zumindest weitaus schwerer greifbar macht als für die ältere Zeit und für die Gegenwart. Diese Zwischenzeit führte zu dem eingangs festgestellten Sachverhalt, daß den Juristen unserer Zeit erst langsam eine europäische Gemeinsamkeit wieder vertraut zu werden beginnt, wie sie jahrhundertelang eine Selbstverständlichkeit war. Sie wirft sogar die Frage auf, ob es überhaupt eine europäische Geschichte des Rechts vom Mittelalter bis zur Gegenwart unter Einschluß des 19. Jahrhunderts gibt.

Zu einer positiven Antwort auf diese Frage führen vor allem zwei Ansätze, die hier abschließend thesenartig anzusprechen sind. Zum einen zeigt sich das Fortwirken von Denkweisen, Begriffen und dogmatischen Figuren der gemeinrechtlichen Tradition vielfältig in verschiedenen nationalen Rechten der Moderne – trotz zunehmender Diversifizierung der Arbeitsweisen, der literarischen Stile und der Juristenausbildung. Neben das erwähnte Erbe historisch verwandter und weithin kompatibler Begriffe und Prinzipien treten insofern Gemeinsamkeiten juristischer Denkschulung und Argumentation, so daß noch heute Juristen zweier Länder sich über die Herangehensweise an Probleme trotz unterschiedlicher nationaler Rechte häufig leichter verständigen können, als etwa ein Jurist und ein Soziologe innerhalb des gleichen Rechtssystems. Zum anderen verdienen neben den gemeinrechtlichen Traditionen die *neuen* Formen des juristischen Wissens- und Erfahrungstransfers im 19. Jahrhundert Beachtung. Das Zeitalter des Nationalstaates erweist sich nämlich bei näherer Untersuchung der internationalen Kommunikation in jener Epoche – entgegen dem ersten Schein und häufig auch entgegen zeitgenössischem Verständnis - in vielerlei Hinsicht als eine Epoche intensiven wechselseitigen Bezuges zwischen den nationalen Rechtsordnungen Europas. Diese neuen Verbindungen verstärken sich vor allem durch das Bemühen um die Fortentwicklung des Rechts im Zuge und in der Folge der Industrialisierung.[71] Vergleichbare Problemlagen in vielen Ländern Europas – wenn auch häufig zeitverschoben – waren ihre entscheidende Voraussetzung, und das Fortwirken der älteren gemeinsamen Wissenschaftstradition begünstigte sie.

An die Stelle der älteren Gemeinrechtswissenschaft verdient für das 19. Jahrhundert als verbindendes und nunmehr geradezu konstituierendes Element europäischer Rechtsentwicklung daher der juristische Wissenstransfer zwischen den Nationen und namentlich die *Vergleichung* die besondere Aufmerksamkeit Europäischer Rechtsgeschichte.[72] Vergleichende Bezugnahme hatte sich schon im *Ancien regime* bei der empirischen Begründung allgemein geltender Sätze des Naturrechts und als juristische Hilfswissenschaft der Staatenkunde (der älteren

[71] Vgl. *Helmut Coing*, (Fn. 13), S. 5.

[72] Zur Entwicklung und Bedeutung der Rechtsvergleichung vgl. f. a. m. *Bernhard Großfeld*: Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984, insbes. s. 37 ff.; *Hein Kötz*: Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, in: Juristische Blätter 104 (1982), S. 355; *Léontin-Jean Constantinesco*: Rechtsvergleichung, Bd. 1: Einführung in die Rechtsvergleichung, Köln 1971, S. 69 ff.; *Helmut Coing*: Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert, in: Ius commune 7 (1978), S. 168 ff.

„Statistik") entfaltet. Im 19. Jahrhundert dehnt sich die aufblühende Rechtsvergleichung auf weite Bereiche der Rechtsordnungen aus und wurde zudem zu einer Spezialdisziplin innerhalb der Rechtswissenschaft. Sie kompensierte den Verlust einer universellen Naturrechts-Philosophie und einer europäischen Gemeinrechtswissenschaft. Durch Vergleichung erst erwies sich der zeitgenössischen Rechtswissenschaft und Politik der Entwicklungsstand, die Stärke oder Schwäche der einzelnen Nationen und bot sich nationaler Wissenschaft und Politik die Möglichkeit zur Überwindung von Schwächen des eigenen Landes und zu dessen Stärkung im internationalen Wettbewerb. In derartigem – wohl schon darwinistisch beeinflußten – Sinne ist das Zeitalter des Nationalstaates für Nietzsche gerade ein „Zeitalter der Vergleichung".[73]

Das Interesse an der europäischen Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert darf sich zudem keineswegs auf die Zentren der großen „Rechtskreise" beschränken (wie sie üblicherweise unterschieden werden: deutscher bzw. mitteleuropäischer, französischer bzw. romanischer, angelsächsischer Rechtskreis usw.). Es muß sich vielmehr gerade auf die Berührungs- und Überschneidungsgebiete, die *Peripherien*, richten, um hier die wechselseitigen Beeinflussungen, die „Mischungen" und die daraus hervorgehenden Impulse auch für die Zentren zu erkennen. Aus der Sicht der nationalen Rechtsgeschichte Deutschlands oder Frankreichs „am Rande" gelegen, rücken beispielsweise Belgien und die Niederlande in das Zentrum europäischer Rechtsgeschichte. Entsprechendes gilt für die Rheinlande, in denen das ganze 19. Jahrhundert hindurch deutsche Juristen französisches Recht anwandten).[74] Das an die deutschen Verhältnisse angepaßte französische Recht der Rheinlande beeinflußte so die Rechtsentwicklung nicht nur im sonstigen Deutschland, sondern ebenfalls – obgleich bislang sowohl von der deutschen als auch von der französischen Forschung weniger beachtet – in Frankreich. Nicht allein die Übersetzungen des deutschen Kommentars zum *Code civil* von *Karl Salomo Zachriae*[75] ins Französische[76] hatten daran Anteil,[77] sondern auch das Wirken von Rechtswissenschaftlern, die während ihrer Lehrtätigkeit, Ausbildung oder forensischen Praxis die Berührungen des französischen und des deutschen Rechtskreises in den Rheinlanden kennengelernt hatten und diese Erfahrungen in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit in Frankreich nutzten (wie der für das IPR in Frankreich grundlegende *Johann Kasper Foelix*).[78]

[73] Hierzu *Erik Jayme*: Rechtsvergleichung im „Zeitalter der Vergleichung" – Amari und Nietzsche, in: Die deutsche und italienische Rechtskultur im „Zeitalter der Vergleichung", (Fn. 3).

[74] Übersichten zur Geschichte des französischen Rechts in Deutschland während des 19. Jahrhunderts bei *Werner Schubert*: Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts, Köln und Wien 1977; *Hans-Jürgen Becker*: Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland, in: JUS 1985, S. 338 ff.

[75] Handbuch des französischen Civilrechts, 1.Aufl., 2 Bde., Heidelberg 1808; 2.Aufl., 4 Bde. Heidelberg 1811- 1812; 8.Aufl. von *Carl Crome*, Freiburg i. Br. 1894-1895.

[76] *Charles Aubry/Charles Rau*: Cours de Droit civil francais d'après la Méthode de Zachariä, 8 Bde., 5.Aufl., Paris 1869-1883.

[77] Weiterführend zum deutschen Einfluß auf Frankreich *Alfons Bürge*, (Fn. 39); zu den Auswirkungen auf Italien *Pasquale Beneduce*: „Germanisme, la terrible accusation" in: Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, (Fn. 24), S. 105 ff.

[78] Dazu *Luitwin Mallmann*: Französische Juristenausbildung im Rheinland 1794-1814. Die Rechtsschule von Koblenz, Köln und Wien 1987, S. 165 ff., insbes. S. 167 f.; ferner *Alfons Bürge*: Der Einfluß der Pandektenwissenschaft ...., (Fn. 39), insbes. Kap.6 m.w.N.

Ein weiteres Beispiel für den Beitrag eines Landes „zwischen" den großen „Rechtskreisen" zur europäischen Rechtsgeschichte bietet Italien, das bei der Ausbildung einer nationalen Rechtskultur nach seiner politischen Einigung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in großer Offenheit die Anregungen des französischen und des deutschen Rechts aufnahm, teilweise zu etwas eigenem, „Drittem", verschmolz und auf dieser Grundlage wieder eigene Impulse in die Fortentwicklung des Rechts in Europa einbrachte (also zu Unrecht häufig als bloßes Rezipienten-Land betrachtet wird), beispielsweise gerade bei der Herausbildung der Disziplinen der Rechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts,[79] aber auch bei den europäischen Diskussionen um die Reform des Strafrechts ebenso durch die frühe Abschaffung der Todesstrafe im Strafgesetzbuch von 1890 wie durch die *„scuola positiva"* (in einer internationalen Reformdiskussion, in der *Franz von Liszt* in Deutschland, *Hameln* in den Niederlanden, die „soziale Schule" in Frankreich die Gesprächspartner waren).[80] Für „klassische" Hauptrechtsgebiete (wie das Bürgerliche Recht, das Strafrecht, das Staatsrecht) und besonders für neu entstehende Rechtsgebiete (wie das Verwaltungsrecht, das Sozialrecht, das Arbeitsrecht) läßt sich daher (mit einer Formulierung aus der neueren italienischen Forschung) durchaus eine internationale „Zirkulation von Begriffen und Theorien"[81] in der europäischen Rechtswissenschaft und Gesetzgebungsdiskussion des späten 19. Jahrhunderts feststellen.

In derartig gewandelten Formen nahm die Europäische Rechtsgeschichte im Zeitalter des Nationalstaates *und* der Vergleichung ihren Fortgang und verbindet die ältere, gemeinrechtliche Tradition mit den Ansätzen zu einem Wiedererstehen gemeinsamen europäischen Rechts in unserer eigenen Zeit zwischen Nationalstaat und supranationalem Europa. Dieses Wiedererstehen gemeinsamen europäischen Rechts seit den späten vierziger und fünfziger Jahren – vor allem durch die Europäische Menschenrechtskonvention und durch die Gründung der Europäischen Gemeinschaften – freilich beginnt seinerseits bereits Gegenstand Europäischer Rechtsgeschichte zu werden. Denn schon der größte Teil der heute tätigen Juristen verbindet die Gegenwartserfahrung europäischer Institutionen und europäischen Rechts nicht mehr mit einer bewußten Erfahrung des Entstehens und der frühen Entwicklung dieses Rechts; und für die heutigen Rechtsstudenten liegen diese Entwicklungen schon vor ihrer Lebenszeit.

Den Rechtshistoriker müssen damit das Entstehen und die frühe Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts als Schnittstellen einer reichen Tradition europäischer Rechtsgeschichte mit dem europäischen Recht der Gegenwart in besonderem Maße herausfordern. Sie müssen ihn beispielsweise befassen unter der Frage nach den historischen Grundlagen, den Vorläufern, dem Entstehen einzelner Materien des Europäischen Rechts – etwa des Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrechts des Europäischen Gerichtshofs – aber auch hinsichtlich der

[79] *Erik Jayme*: Dionisio Anzilotti und das deutsche Internationale Privatrecht, in: Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert, (Fn. 24), S. 297 ff.; *ders.*: (Fn. 73).

[80] *Reiner Schulze*: Il contributo italiano al diritto penale nel tardo Ottocento, in: Materialien der Tagung Problemi istizionali e riforme nel' età Crispina, Sorrento 1990.

[81] *Cristina Vano*: Hypothesen zur Interpretation der „vergleichenden Methoden" im Arbeitsrecht an der Wende zum 20. Jahrhundert, in: Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, (Fn. 24), S. 225 ff.

Entwicklungselemente und der „Dynamik" des Gemeinschaftsrechts[82] während der neuesten Geschichte des europäischen Rechts und nicht zuletzt in Hinblick auf die historischen Grundlagen der „gemeinsamen Rechtsgrundsätze", die die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für das Recht der Europäischen Gemeinschaft anerkannt hat und fortentwickelt. Denn gerade diese Rechtsgrundsätze können Bindeglieder zwischen den wissenschaftlich zu entwickelnden Prinzipien eines neuen Ius commune einerseits und dem positiven Gemeinschaftsrecht andererseits bilden. Unter den zuletzt genannten Gesichtspunkten ist Europäische Rechtsgeschichte *auch* Europäische Gemeinschaftsrechts-Geschichte. Aber sie ist – wie dabei nicht vergessen werden darf – zugleich Geschichte einer zeitlich und räumlich weit darüber hinausreichenden Rechtskultur und vielleicht gerade auf diese Weise eine Herausforderung zu europäischer Rechtsannäherung über die Grenzen der Europäischen Union hinaus.

[82] Von verschiedenen Ansatzpunkten her in der neueren Lehre des Gemeinschaftsrechts zunehmend herausgestellt; vgl. beispielsw. *Roland Bieber* und *Jürgen Schwarze*: Verfassungsentwicklung in der europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1984; *Jürgen Schwarze*: Entwicklungsstufen des Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Carsten, Bd. 1, Köln 1984, S. 259 ff.; *ders.*: Einführung, in: ders. und Roland Bieber (Hrsg.): Das Europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, Baden-Baden 1985, S. 9 ff.; *Ulrich Everling* (Hrsg.): Das europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsverhältnis von Politik und Wirtschaft, Baden-Baden 1985; *Roland Bieber* und *Georg Ress* (Hrsg.): Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 1987.

Grundrechtsentwicklung in Österreich

Wilhelm Brauneder

Universität Wien

I. Einführung

Die österreichischen Grundrechte werden wie in jedem Verfassungsstaat durch die Verfassung gewährleistet. Die Grundrechtsentwicklung ist daher nahezu identisch mit der Verfassungsentwicklung. Österreichs erste formelle Verfassung von 1848 enthält, und den ersten Grundrechtskatalog auch.

Den Kern und den überwiegenden Teil der geltenden Grundrechte Österreichs enthält das „Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger" aus 1867. Sein Inhalt geht auf die Jahre 1848/49 zurück, so daß sich die österreichische Grundrechtsentwicklung in zwei Abschnitte teilt: in den Weg zum Grundrechtskatalog 1867 ab 1848 sowie in dessen Fortentwicklung ab 1867.

Die inthaltlichen Hauptmerkmale moderner Grundrechte sind Gleichheit und Freiheit, die verfassungsrechtliche Fixierung das formelle Kriterium. Damit unterscheiden sie sich wesentlich von älteren „Freiheiten" und „Rechten", die seit dem Mittelalter zur bestimmten Bevölkerungsschichten gewährt sind. Diese selektive Zuteilung von Rechten entsprach der ständischen Gesellschaftsordnung, in der egalitäre Grundrechte keinen Platz finden konnten.

II. Der Weg zum Grundrechtskatalog von 1867

Die modernen egalitären Verfassungsgrundrechte knüpfen an die „Bill of Rights" nordamerikanischer Verfassungen des 18. Jahrhunderts sowie an die „Menschenrechtserklärungen" der Französischen Revolution. Von letzteren gingen sie in die Verfassungen deutscher Staaten ein. Die durch Grundrechte zu verwirklichenden Ideen waren in Österreich teilweise schon im 18. Jahrhundert gesetzmäßig fixiert worden, und zwar in den naturrechtlich beeinflußten Privatrechtskodifikationen. Außer dem vollständig gebliebenen „Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch" von 1786 enthielt vor allem das „Bürgerliche Gesetzbuch für Galizien" von 1797 eine Reihe grundrechtsähnlicher Staatszielbestimmungen. Das ABGB von 1811 verwies bloß global auf die „angeborenen Rechte", die aber einschränkbar waren und tatsächlich auch beschränkt wurden. Grundrechte kannte auch der 1815 gegründete „Deutsche Bund", der jene Gebiete Österreichs einschloß, die zum 1806 aufgelösten Römisch-Deutschen Reich gehört hatten. Österreich als „Präsidialmacht" drängte zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassung des Deutschen Bundes. Da dieser als Staatenbund die Souverenität der Einzelstaaten nicht wesentlich einschränken sollte, kam es nur zur Fixierung einiger weniger Staatszielbestimmungen als Grundrechte. Dennoch förderten sie gemeinsam mit jenen einzelner deutscher Staaten die Grundrechtsidee im absolut regierten Österreich des Vormärz.

Die Entwicklung der modernen Grundrechte beginnt in Österreich knapp vor Erlaß der Verfassung 1848. Bereits mit dem Versprechen der „Verleihung der Konstitution" am 15. März 1848 wurden einzelne Grundrechte gewährleistet, einen umfassenden Katalog an Grundrechten enthielt sodann die Verfassung vom 25. April 1848. Zahlreiche Verfassungen europäischer Staaten wurden als Vorbilder berücksichtigt und zu einem eigenständigen Grundrechtskatalog verarbeitet. In der Verfassung 1848 nehmen die Grundrechte sogar einen vorrangigen Platz ein, werden aber wie andere Verfassungsbestimmungen nur als grundlegende, für Staat und Gesellschaft wichtige Rechte aufgefaßt. Die Regierung ergriff auch Maßnahmen, um die Grundrechte durchzuführen. Einklagbar waren sie aber nicht; die Verfassung sah keine Instanz vor, die über Grundrechtsverletzungen zu entscheiden gehabt hätte. Die Grundrechte der Verfassung 1848 waren daher keine subjektiven öffentlichen Rechte. Doch wiesen sie eine fortschrittliche Besonderheit auf: einige wurden ausdrücklich als Menschenrechte auch Fremden zuerkannt, alle anderen hingegen nur den Staatsbürgern. Damit stand die Verfassung 1848 durchaus in der zeitgenössischen Tradition, mit der Gewährung von Menschenrechten wies sie in die Zukunft.

Zufolge der Revolution von 1848 erhielt auch der Deutsche Bund eine gewählte Volksvertretung. In der Konstituierenden Nationalversammlung in Frankfurt am Main saßen auch österreichische Abgeordnete; die Wahlen hierzu waren Österreichs erste Parlamentswahlen gewesen. Die Nationalversammlung trat im Mai 1848 zusammen und beschäftigte sich mit der Ausarbeitung einer neuen Verfassung für den Deutschen Bund, der als Staatenbund in den Bundesstaat „Deutsches Reich" umgewandelt werden sollte. Ein Vorrang kam dabei der Erstellung eines Grundrechtskatalogs zu; für die Grundrechtsdiskussion im österreichischen Parlament wurden die Frankfurter Grundrechte vorbildhaft, an ihnen hatten auch Österreicher mitgewirkt.

Das erste österreichische Parlament, der „Reichstag" als Ergebnis der Verfassung 1848, trat im Juli 1848 in Wien zusammen. Nach den Oktoberunruhen wurde er nach Kremsier in Mähren verlegt. Er wird daher oft als „Kremsierer Reichstag", sein Verfassungsentwurf als „Kremsierer Entwurf" bezeichnet. Seine Hauptaufgabe war es, eine neue Verfassung für das Kaisertum Österreich zu beschließen. Da die ungarischen Länder sowie Lombardo-Venetien im Reichstag nicht vertreten waren, arbeitete er nur für den von ihm vertretenen Teil des Kaisertums eine Verfassung aus, welche auf die anderen Teile erst später auszudehnen wäre.

Die Grundrechte des „Kremsierer Entwurfs" gehen auf einen Parlamentsausschuß und eine parlamentarische Diskussion zurück, wie sie Österreich in dieser Breite seitdem nicht mehr erlebt hat. Man konsultierte eine Reihe von Vorbildern, vor allem die preußische Verfassung 1848 und besonders die Frankfurter Grundrechte.

An der Spitze des Grundrechtsentwurfs stand ursprünglich die revolutionäre Bestimmung: „Alle Staatsgewalten gehen vom Volke aus". Dieser Satz, der in der künftigen konstitutionellen Verfassung fehl am Platz war, führte zu Weihnachten 1848 zu einem Konflikt mit der Regierung. Der Reichstag wurde schließlich im März 1849 aufgelöst und vom Kaiser eine neue Verfassung oktroyiert.

Welche Vorstellungen hatte man im Reichstag von den Grundrechten? Unter der Bezeichnung „Staatsbürgerliche Grundrechte" galten sie als „Deklaration" der Rechte des Volkes, als „Leitfaden" zur Verfassung und „Grundlage" für jegliche Tätigkeit des Staates, der sie vor allem durch Gesetze näher auszuführen hätte. Die Frage der

Durchsetzbarkeit wurde diskutiert; bei einer Verletzung der Verfassung – auch der Grundrechte – sollte aber lediglich eine Entschädigung gewährt, allenfalls der zuständige Minister angeklagt werden. Die Grundrechte des „Kremsierer Entwurfs" hätten somit keine speziellen subjektiven öffentlichen Rechte gewährt, sondern allenfalls zu Amtshaftung und Ministeranklage geführt und damit bloß den Charakter von Staatszielbestimmungen wie schon jene der Verfassung 1848 gehabt. Damit entsprach Österreich der zeitgenössischen Tradition. Nur die Frankfurter Grundrechte wären vor einem „Reichsgericht" einklagbar gewesen.

Auch die Verfassung 1849 erhielt einen Grundrechtskatalog. Er beruhte zwar auf einem Regierungsentwurf, doch ist er inhaltlich direkt aus den parlamentarisch erarbeiteten Grundrechten des „Kremsierer Entwurfs" hervorgegangen. Die Forderung eines der kaiserlichen Berater, die „sogenannten Grundrechte" aus der Verfassung zu beseitigen, führte schließlich dazu, daß nur wenige der Grundrechte in der Verfassung verblieben. Für Cisleithanien wurden weitere Grundrechte in einem eigenen Grundrechtspatent zuerkannt. 1849 erhielt somit zwar das gesamte Kaisertum Österreich eine neue Verfassung, aber nur ein Teil auch einen kompletten Grundrechtskatalog. Die Funktion der Grundrechte bestand darin, der staatlichen Tätigkeit eine bestimmte Richtung vorzuschreiben. Ein „Reichsgericht" sollte „bei Verletzung der politischen Rechte" angerufen werden können: damit war möglicherweise erstmals daran gedacht, die Grundrechte in Österreich als subjektive öffentliche Rechte auszugestalten!

Trotz des Erlasses der konstitutionellen Verfassung 1849 wurde in zunehmenden Maße antikonstitutionell regiert, schließlich die Verfassung samt den Grundrechten zu Ende 1851 aufgehoben („Silvesterpatente") und neoständisch-neoabsolute Verfassungsgrundsätze statuiert, die keinen Grundrechtskatalog enthielten.

1861 versuchte die neue Reichsverfassung dem Kaisertum Österreich eine neue staatsrechtliche Grundlage zu geben, doch enthielt auch sie keine Grundrechte. Immerhin ermöglichte der nun zum Parlament gewordene Reichsrat ein parlamentarisches Leben. 1862 traten sodann auch zwei Gesetze in Kraft, eines „zum Schutze der persönlichen Freiheit" und ein weiteres „zum Schutze des Hausrechtes", welche, als strafrechtliche Nebengesetze konstruiert, inhaltlich Grundrechte verwirklichten.

1867 kam es zur Lösung des Verfassungsproblems in Ungarn: Der Monarch vereinbarte mit Ungarn eine neue Verfassung im sogenannten „Ausgleich", wonach Ungarn mit seinen Nebenländern einen eigenen Staat bildete. Dies mußte verfassungsrechtliche Auswirkungen auf Cisleithanien haben. Die von der Regierung gewünschte Modifizierung der Reichsverfassung 1861 weitete der Reichsrat zu einer umfassenden Verfassungsreform aus. Dem hierfür eingesetzten Verfassungausschuß galt ausdrücklich die Verfassung 1849 als Vorbild. Da in möglichst kurzer Zeit auch ein Grundrechtskatalog zustandezubringen war, hielt man sich fast wörtlich an jenen von 1849; so vermerkte der für die Grundrechte bestimmte Referent: „Alles 1849".

Die Grundrechtsformulierungen im „Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger" von 1867 stellen daher eine Renaissance der Grundrechte von 1849 und damit indirekt jener „Kremsierer Entwurfs" dar.

In einem Punkt änderte sich der Charakter 1867 der Grundrechte ganz entscheidend: Zu den im „Staatsgrundgesetz über die Einrichtung eines

Reichsgerichts" festgelegten Befugnissen dieses Verfassungsgerichtes zählte auch die Kompetenz zur Entscheidung „über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte". Damit waren die Grundrechte einklagbar und zu subjektiven öffentlichen Rechten geworden. Beide Staatsgrundgesetze traten gemeinsam mit anderen im Dezember 1867 in Kraft.

III. Die Fortentwicklung des Grundrechtskatalogs seit 1867

1867 hatte man daran gedacht, die Grundrechte durch weitere Gesetze ausführen zu müssen. Die Entwicklung ging aber in zunehmendem Maße davon aus, die Grundrechtsbestimmungen als direkt anwendbares Recht anzusehen. Besonderes Verdienst kommt hierbei der Judikatur des Reichsgerichts zu, das die Grundrechte auch ohne Ausführungsgesetze direkt anwandte. Trotz der nur feststellenden Wirkung seiner Grundrechtsentscheidungen fand das Reichsgericht durch seine Sachautorität Beachtung. In zunehmendem Maße wurden manche Grundrechte nicht bloß als Staatsbürgerrechte angesehen, da als bald die Ansicht Platz griff, es stünden jene Grundrechte, welche nicht politische Mitwirkungsrechte gewährten, auch Ausländern zu. Allerdings konnten Ausländer vor dem Reichsgericht nicht klagen. Zufolge der Einklagbarkeit der Grundrechte ging ihre Funktion, Staatszielbestimmungen zu sein, zunehmend verloren. Sie galten als Abwehrrechte gegen den Staat, nicht mehr als diesen verpflichtende Maximen. Dennoch ermöglichte Österreich/Cisleithanien mit seinem Grundrechtskatalog und der Grundrechtsgerichtsbarkeit einen Standard, der es an die Spitze der Verfassungsstaaten stellte.

Als 1918 die österreichisch-ungarische Monarchie zerfiel, konstituierte sich auf einem Teil ihres Gebietes als neuer Staat die Republik Deutschösterreich. Ihr primäres Staatsziel war es, für die deutschsprachige Bevölkerung Österreich-Ungarns ein demokratisch-republikanisches Staatswesen aufzurichten. Man übernahm vorerst den Grundrechtskatalog von 1867 und ergänzte den Gleichheitssatz durch die Aufhebung des Adels. Eine wesentliche Neuerung war es aber, daß der Grundrechtsschutz, nunmehr dem Verfassungsgerichtshof als Nachfolger des Reichsgerichts übertragen, eine Ausweitung erhielt, da seinen Entscheidungen kassatorische Wirkung zukam. Vor allem konnte er auch Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung und damit den Grundrechten überprüfen. Zu den Abwehrrechten traditioneller Art traten nun als Grundrechte im weiteren Sinne die politischen Mitwirkungsrechte wie das allgemeine Wahlrecht.

Die Grundrechtsentwicklung bestimmte sehr wesentlich eine neue Komponente; die politischen Parteien. Im Zuge der parlamentarischen Vorbereitung der neuen Verfassung 1919/1920 erstellten auch sie Verfassungsentwürfe. Die darin postulierten ideologischen Positionen erschwerten aber einen Konsens. Ein wesentlicher Impuls ging auch von der deutschen Reichsverfassung aus, welche einen umfassenden Grundrechtskatalog unter Einschluß sozialer Grundrechte enthielt. Die deutsche Verfassung wurde zum offiziösen Vorbild erklärt und es schien so, als wäre ein neuer Grundrechtskatalog im Entstehen begriffen. Dennoch scheiterte die Grundrechtserneuerung. So beließ man es bei der überkommenden Situation. Die neue Bundesverfassung von 1920 setzte das entsprechende Staatsgrundgesetz 1867 mit den

Gesetzen aus 1862 als weitere Verfassungsgesetze in Kraft. Allerdings wurde die Möglichkeit einer Suspension von Grundrechten ausgeschlossen. Aufgrund des Vertrages von St. Germain, der Österreich auftrug, einzelne seiner Bestimmungen über den Schutz von nationalen und religiösen Minderheiten als „Grundgesetze" für die staatliche Tätigkeit anzuerkennen, wurden weitere Grundrechte rezipiert. In den Folgejahren wurde die Grundrechtsfrage nicht mehr aufgerollt; die politischen Fronten hatten sich zu sehr verhärtet.

Das 1945 wiederentstandene Österreich setzte im wesentlichen die vor dem Staatsstreich 1933 bestanden Verfassungsordnung in Kraft und damit auch deren Grundrechte. Wesentliche Impulse wurden für die Fortbildung des Grundrechtskatalogs nach 1945 auf internationaler Ebene gesetzt. Grundrechte und Grundrechtschutz zählten zu wichtigen Aufgaben der Vereinten Nationen wie des Europarates.

Insgesamt spricht man von einer „Internationalisierung" der Grundrechte. Für Österreich begann sie mit dem Staatsvertrag von 1955, der grundsätzlich zur Achtung und Aufrechterhaltung der Menschenrechte verpflichtet sowie Minderheitenregeln enthält. 1958 trat Österreich der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 samt dem ersten und in der Folge auch allen weiteren Zusatzprotokollen bei. Diese und schließlich das „Internationale Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung" 1972 schufen eine Reihe neuer Grundrechte. Andere internationale Abkommen verpflichten bloß den österreichischen Staat zu entsprechendem Verhalten, ohne aber neue innerstaatliche Grundrechte zu gewähren.

Ein anderer Aspekt der „Internationalisierung der Grundrechte" liegt in der Gewährung eines internationalen Rechtsschutzes von internationalen Organen, der gleichfalls auf die Europäische Menschenrechtskonvention zurückgeht.

Die innerstaatliche Grundrechtsentwicklung stand lange Zeit im Schatten der „Internationalisierung". Insgesamt schuf der Bundesverfassungsgesetzgeber nur ganz wenige neue Grundrechte; vorhandene Grundrechte wurden ergänzt, einige einfachgesetzliche Schutzbestimmungen in Verfassungsrang erhoben.

In intensivem Maße nahmen in jüngster Zeit Landesverfassungen den Gedanken auf, Grundrechte zu statuieren. Die Befugnis hierzu ist umstritten. Dennoch haben einige Landesverfassungen Bestimmungen aufgenommen, die zumindest Staatszielbestimmungen darstellen. Am weitesten ging Vorarlberg 1984.

Die Fülle und Heterogenität an Grundrechtsbestimmungen hat eine völlig neue Situation geschaffen. Gesetzgebung bzw. internationale Verträge stellen zahlreiche Grundrechtsnormen zur Verfügung, ohne sie aufeinander abgestimmt oder in ein System gebracht zu haben. Letzteres ist zur Aufgabe der Rechtswissenschaft geworden; in vielfältiger Weise bemüht sie sich, einen „wissenschaftlichen Grundrechtskatalog" zu erstellen.

Die vom rechtsstaatlichen Standpunkt der Überschaubarkeit und damit Rechtssicherheit wenig befriedigende Lage sucht seit langem eine Grundrechtsreform zu steuern. Ende 1964 konstituierte sich hierzu ein Expertenkollegium, als dessen erstes legislatives Ergebnis 1988 die Normierung und Ausführung des Grundrechtes auf persönliche Freiheit ist, das sich als erster Schritt zu einer umfassenden Grundrechtsreform versteht.

Der bürgerliche Rechtsstaat in Ungarn

Gábor Máthé

Károli-Gáspár-Universität der Reformierten Kirche in Ungarn

Die letzten drei Jahrhunderte, das 19., das 20. und das 21. sind für die Entwicklung der Nationalstaaten von entscheidender Bedeutung. Die Nationalstaaten entstehen im 19. Jahrhundert, und zwar durch den Ausbau des rechtsstaatlichen Institutionssystems. Das 20. Jahrhundert polarisiert aber ihre Entwicklung. Die westeuropäischen Staaten verbleiben im Rahmen des Rechtsstaates, und zwar als sozialer Rechtsstaat, während die Staaten Mittel- und Osteuropas gezwungenermaßen zu Staaten der Gewaltenkonzentration werden. Erst ab den 90-er Jahren des 20. Jahrhunderts kehren sie zurück zum Modell mit der Gewaltenteilung, in dem wieder die Menschenrechte und das Recht dominieren.

Die Konvergenz zwischen West und Ost induziert aber auch andere Änderungen, und damit sind wir schon im 21. Jahrhundert, in dem der Westminster-Parlamentarismus am Scheideweg steht, das heißt, die Nationalstaaten wandeln sich in Folge der europäischen Integration um, zurzeit in eine sui generis Institution, die Europäische Union genannt wird.

Im Folgenden schildere ich kurz die Merkmale des bürgerlichen Rechtsstaates in Ungarn.

Erstens: Im 19. Jahrhundert gibt es drei Gesetze, welche die Durchsetzung des Ideensystems der Gewaltenteilung beweisen.

Artikel 1848:III über die Aufstellung der dem Parlament verantwortlichen Regierung, also über die Schaffung der verfassungsmäßigen Monarchie; zusammen mit den bis zur Gesetzgebung 1867-69 verabschiedeten Grundgesetzen.

Diese letztgenannten Gesetze sind das Ausgleichsgesetz aus dem Jahre 1867, das heißt die Relevation der Österreich-Ungarischen Monarchie, sowie der Gesetzesartikel 1869:IV über die Trennung der Verwaltung von der Rechtsprechung. Es ist eindeutig sichtbar, dass die bürgerliche Verfassungsmäßigkeit durch auf einander aufgebaute Gesetze zum Ausdruck gelangt.

Das Zweikammerparlament (Landesversammlung) als Verwahrer der Volkssouveränität symbolisiert das Primat der gesetzgebenden Gewalt. Die Volksvertretung, die anfangs auf dem Vermögenszensus, später (ab 1874) auf dem Steuerzensus basiert, ist im Prinzip Ausdruck der Rechtsgleichheit, aber gerade deren formelle Durchsetzung führt – unter anderem – zur Auflösung der Monarchie.

Zweitens: Die Österreich-Ungarische Monarchie ist ein Staat mit zwei Zentren, ein sonderbarer Nationalstaat, denn auch das vom ungarischen Parlament 1868 erlassene Nationalitätengesetz wendet die Kategorie der politischen Nation an. Deren Bedeutung dürfte wohl allen bekannt sein, aber es ist sehr wichtig, sie genau zu zitieren. Die politische Nation ist die Gesamtheit aller Bewohner des Staatsgebiets, alle, die hier wohnen, sind Bürger dieser Heimat, und als solche gleichberechtigt. Die

politische Nation folgte aus der rechtlichen Konstruktion des Dualismus. Die Monarchie ist nämlich die Vermischung zweier Gedanken, die einander genau entgegengesetzt sind. Gemäß dem österreichischen Standpunkt ist die Habsburgische Monarchie die Gesamtheit der Erbländer, demgegenüber betont die ungarische öffentlichrechtliche Auffassung, dass das ungarische Königreich eine selbstständige Entität ist und kein Kronland. Ferenc Deák führte in seinem ewig angesehenen Werk „Beiträge zum ungarischen Öffentlichen Recht" klar aus, dass die Beziehung der beiden Nationen, die sich in den gemeinsamen Angelegenheiten realisiert, nur durch die ungarische Krone existiert. Das heißt, der Monarch verkörpert in seinen beiden Eigenschaften, also als österreichischer Kaiser und als ungarischer König – kaiserliche und königliche Monarchie – dieses Staatsgebilde, das von der Rechtshoheit und der Gebietsintegrität der Kronen abhängt. Diejenigen Menschen also, die auf diesem Gebiet leben, sind Mitglieder der politischen Nation.

Drittens: Bei der Gewaltenteilung ist die Idee der dem Parlament verantwortlichen Regierung die Wasserscheide. Die Regierung konnte – der Rechtsetzung der französischen Revolution entsprechend – Verordnungen nur zur Durchführung der Gesetze erlassen. Es mussten aber auch die Garantien geschaffen werden, die die Regierung an Recht und Gesetz binden. Dies konnte nichts anderes sein, als die selbstständige Rechtsprechung.

Das Gesetz über die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt deklarierte 1869 die Trennung der Verwaltungsorgane und der Gerichte, die richterliche Unabhängigkeit, sowie die Art und Weise, wie Richter disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden können.

Nach dieser Grundsatzdeklaration entstand durch die zwischen 1869-72 ebenfalls auf einander aufgebauten Gesetze die Organisation der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Das hatte zur Folge, dass das Kreisgericht die allgemeine sachliche Zuständigkeit bekam, die erste Instanz war also das für den Wohnort des Beklagten zuständige Gericht. Als zweite Instanz wurden die Gerichtshöfe der Komitate eingerichtet. Die zwei Obergerichte, namentlich die Tafelgerichte und die Ungarische Königliche Kurie, vervollständigten das vierstufige System, und dadurch konnte die Einbürgerung von zwei Berufungsinstanzen sichergestellt werden.

Außer der ordentlichen Gerichte wurden – kraft Sondergesetze – auch außerordentliche Gerichte aufgestellt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht war das 1896 eingerichtete Verwaltungsgericht besonders wichtig, denn es bedeutete die vorhin genannte Garantie, also die gerichtliche Kontrolle bei unrechtmäßigem Handeln der Regierung.

Die bisherigen Ausführungen zusammengefasst kann man sagen, dass die Gesetze aus den Jahren 1848 und 1867 zusammen die Grundlagen des ungarischen Rechtsstaates bilden. Und das Ausgleichsgesetz ist ein öffentlichrechtlicher Vertrag, der von den Parteien mit Zustimmung des Monarchen abgeschlossen wurde. (Außer dem österreichisch-ungarischen Pakt gab es weitere Abkommen: Die Ausübung der Staatsfunktionen wurde durch Sondergesetze zwischen den Österreichern und den Polen bzw. zwischen den Ungarn und den Kroaten geregelt.) Die österreichisch-ungarischen Parlamente haben gebilligt, dass der Monarch die gemeinsamen Angelegenheiten nicht parlamentarisiert, und als Gegenleistung dafür konnten die

Parteien durch gemeinsame Ministerien und durch Parlamentsausschüsse – also durch Organe – ihren Einfluss ausüben.

Viertens ist es notwendig, auch über die Organisationsgrundsätze des bürgerlichen Staates zu sprechen. Dies ist gleichzeitig eine Problematik bis in die heutigen Tage, namentlich die Dezentralisierung, die Dekonzentration und die Koordination, kurz: das Thema der administrativen Tutel.

Das Verhältnis zwischen den Gemeinden und der Regierung im 19. Jahrhundert ist dadurch gekennzeichnet, dass der staatliche Eingriff allmählich erweitert wird. Während die erste Regelung 1867 die schönste Verordnung über die Selbstverwaltung überhaupt schuf, und das wurde auch durch das so genannte erste Munizipal- oder Gemeindegesetz aus den Jahren 1870-71 vererbt, kam es 1886 schon zur Institutionalisierung des Eingriffs durch die Regierung. Bis zu den 90-er Jahren entstand sogar ein so genanntes Verstaatlichungsgesetz, in dem deklariert wurde, dass die Verwaltung Staatsaufgabe sei und in einer vom Staat eingerichteten Organisation durch Staatsbeamte ausgeübt werde.

Aus Sicht der Geschichte des Öffentlichen Rechts ist außerdem zu betonen, dass die so genannte Verdoppelung der Verwaltung ebenfalls ein Produkt des 19. Jahrhunderts ist. Auf allen drei Ebenen des dreistufigen ungarischen Verwaltungssystems (erste Stufe – Gemeinde, zweite Stufe – Komitat, dritte Stufe – Regierungstätigkeit) gab es die Selbstverwaltung. Und die Gesetzgebung vertraute die allgemeine Verwaltung den Organen der Selbstverwaltung an, und beauftragte den Innenminister mit deren Kontrolle. Ein Teil der Ressortverwaltung fiel den Gemeinden zu, während der andere, der größere und sich dauernd ändernde Teil die Kompetenz der dekonzentrierten Organe bildete.

Die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts hat aber dieses Rechtssystem, das auf dem Mehrparteiensystem und auf einer „gesunden, nüchternen Opposition", auf Vorherrschaft des Rechts, das heißt auf gesetzlicher Garantie der Freiheit (Staatsbürgerrechte, später Menschenrechte) und auf Schutz des Eigentums basierte, umgestaltet.

Die Expansion der Verwaltung, die Erwartungen gegenüber der Regierungstätigkeit, sowie die Forderung der Rationalisierung in der Verwaltungsarbeit, die Nützlichkeit und der Erfolg, die neuen Prinzipien des Funktionierens des bürgerlichen Staates, die sogar zu Lasten der Rechtmäßigkeit durchzusetzen waren, geschweige denn die Aufwertung der sozialen Funktionen des Staates – das alles führte zur Umgestaltung der klassischen Gewaltentrias.

Mit der Auflösung der Monarchie entstand – was unser Thema anbelangt – erneut eine sonderbare staatsrechtliche Situation. Wenn man die kurzlebige Staatsform der Republik und den noch kürzeren Versuch der Gewaltenkonzentration nicht tangiert, war für die Staatsform nach 1918 immer das Provisorium kennzeichnend. Die Diskussionen in der Verfassungsrechtswissenschaft mit dem Kampf zwischen den freien Königswählern und den Legitimisten veranschaulichen sehr plastisch diese Zeit. Ein Beispiel des öffentlichrechtlichen Interregnums ist die Institution des Landesverwesers, die sich gegenüber dem Parlament allmählich durchgesetzt hat. Die Ereignisse des Jahres 1944, die durch die Institution des provisorischen Nationalführers zur Einschränkung der Souveränität des Landes führten, vertieften dieses öffentlichrechtliche Interregnum.

Zum Abschluss dieser Zeit kam es durch das Gesetz Nr. I des Jahres 1946, das die Staatsform der Republik mit der Institution des Präsidenten der Republik deklarierte. Das Grundgesetz legte die Kompetenz des Staatsoberhauptes gegenüber dem aus mehreren Parteien bestehenden Parlament ziemlich eng fest. Der Präsident übte die Exekutive – gemäß Art. 1848:III – durch das der Nationalversammlung verantwortliche Ministerium aus. Er ernannte und entließ – nach Anhören der Politischen Kommission der Nationalversammlung – den Ministerpräsidenten, und auf Vorschlag des Ministerpräsidenten die Minister, unter Wahrung des parlamentarischen Mehrheitsprinzips.

Dieses Modell diente als Grundlage unserer Verfassungsgesetze aus den Jahren 1989 und 1990, die ein politisches System von neuer Qualität, die parlamentarische Regierung mit mehreren Parteien, also den neuen Rechtsstaat ins Leben riefen.

***

Zum Schluss komme ich zu der Situation der Nationalstaaten im 21. Jahrhundert.

Die obigen Ausführungen stellen eindeutig heraus, dass das System der Gewaltenteilung ein Merkmal der Nationalstaaten ist. Auch im 21. Jahrhundert ist die wichtigste staatstheoretische Frage, wie das im menschlichen Denken für das nachhaltigste gehaltene Ideensystem aufrechterhalten werden kann.

Die Europäische Union ist, wie bereits erwähnt, eine aus rechtsdogmatischer Sicht nicht definierte, also nur eine sui generis Formel. Die politische Ausgestaltung der EU ist nicht durch eine klare Hierarchie der Gewalten und der Kompetenzen gekennzeichnet, die EU ist in der Wirklichkeit ein Regierungssystem ohne Regierung. Der Staat mit der klassischen Gewaltenteilung ist dabei nicht mehr Besitzer, sondern nur ein Beteiligter der Tätigkeit auf seinem „Gebiet". Dieser Tatsache entspringt auch das Prinzip der mehrstufigen Regierung.

Wenn wir den Prozess der Fusion (der Integration!) als eine rationale Strategie der Regierungen betrachten, mit der sie auf die Globalisierung der Wirtschaft und auf die sozialen Bedürfnisse ihrer Bürger antworten und den Staatsapparat dementsprechend anpassen, dann gibt es keine Rückkehr mehr zu den schönen Jahren des „Westminster-Parlamentarismus".

Nehmen wir die bisherigen Tatsachen schön der Reihe nach:

- Die Situation der nationalen Gesetzgebung hat sich geändert; Die unmittelbare Wirkung der EU-Normen bedeutet für sie den Vorrang;

- Die Existenz einer mehrstufigen Regierung ist bereits Realität;

- Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sichert den Vorrang der Anwendung des Gemeinschaftsrechts;

- Die Kompetenz der nationalen Verfassungsgerichte ist deshalb eingeschränkt, und diese Symptome sind nicht mehr die Merkmale eines klassischen Rechtsstaates.

Ein klassisches Ideensystem ist am Verschwinden, ein System, das ein äußerst reiches, in Jahrhunderten herauskristallisiertes rechtliches Wertesystem vererbt hat.

Diese Tatsache motivierte die Behandlung dieses Themas und stellte dem Rechtshistoriker eine neue Aufgabe.

Wenn die klassische Gewaltenteilung, ein Merkmal der Nationalstaaten, beim Aufbau der Europäischen Union keine entscheidende Rolle mehr spielt, dann stellt sich die Frage, ob die Mitgliedsstaaten der EU in Ermangelung der Gewaltentrias nach Montesquieu noch Nationalstaaten sind oder nicht?

Das scheint tatsächlich zu einer echten rechtshistorischen Frage geworden zu sein…

István Csekey und die ungarische Verfassung

Ein kurzer Überblick über ein Lebenswerk

József Ruszoly
Universität Szeged

Das ungarische Volk ist unabhängig, kein Dienervolk, ein Volk mit erhobenem Haupte, freiheitsliebend, sein eigener Herr.

Konstantinos Manasses, byzantinischer Geschichtsschreiber, i. J. 1175

1.

Als Motto meines Vortrages habe ich bei István Csekey die Zeilen eines byzantinischenGeschichtsschreibers über das Ungartum aus dem 12. Jh. entliehen. Er zitiert sie am Anfang seines Lehrbuches *Magyarország alkotmánya* (1943)[1] in ungarisch und in deutscher Auflage (*Die Verfassung Ungarns*, 1944)[2] in deutscher Übersetzung. Dieses sorgfältig gewählte Motto charakterisiert beides: den Gelehrten Autor und seine Zeit: am Ende des Zweiten Weltkrieges die Schicksalsfrage „sein oder nicht sein": die Lage von Land und Volk, welche vor einer neuen Niederlage wie in der Schlacht bei Mohács gerieten. Vor allen Dingen den Mut des Kolozsvárer/Klausenburger Professors, der nach drei Jahrtzehnte langem Wirken, ausgerechnet zum Buchtag des Jahres 1943 – dies mag auch damals auf Frühsommer gefallen sein – spürte die Zeit gekommen, ein leicht in die Hand passendes, nicht allzu seitenstrakes Studienbuch seinen Studenten zur Verfügung zu stellen. Man hatte schon die Katastrofe am Don-Knie im Januar 1942 hinter sich, den Untergang der zweiten ungarischen Armee; die Kállay-Regierung machte orientierungsversuche in Richtung angelsächsische Mächte, und Sándor Püski seinerseits gerade zur Vorbereitung des demokratischen Umbruchs nach dem Krieg, machte Vorbereitungen für das Treffen ungarischer Jugend und der 'volksverbundenen Schriftsteller' *(népi írók)* als Austragungsort das Ferien-Gelände des reformierten Studentenvereins *Soli Deo Gloria* in Balatonszárszó. Sechzig Jahre ist das jetzt her.

Der bebrillte Professor mit dem mageren Gesicht, der mit der Tagespolitik auch bis dato nur insofern Berührung hatte, als die von ihm betriebenen wissenschaftlichen Disziplinen – öffentliches Recht (Verfassungsrecht), Verwaltungsrecht und Politik (Verfassungs- und Verwaltungslehre) – dies unbedingt erforderlich machten, besonders bezüglich seiner Themenwahl, aus irgendeinem Blickwinkel aktuell

[1] Csekey István: *Magyarország alkotmánya.* Verlag Renaissance Könyvkiadó, Budapest, 1943 – Büchertag; 260 p.
[2] Stephan Csekey: *Die Verfassung Ungarns.* Danubia Verlag, Budapest/Leipzig, 1944.; 270 p. und Abbildungen.

geworden, ließ sich nicht wenig Tapferkeit bezeugen. Freilich nicht die Verhältnisse in Ungarn betreffend, denn diese waren in der Wissenschaftlichkeit und in der universitären Lehre – seitens des Lehrkörpers – beinahe so geartet, wie in Friedenzeiten sogar mitten im Krieg. Die bedrohliche Nähe des notgedrungenerweise verbündeten Drittes Reiches, das das Land der Ungarn militärisch und wirtschaftlich total ausbeutete, aber die Besetzung Ungarns am 19. März 1944 – dies bedarf wohl keiner Begründung – bedeutete große Gefahr auch für die Schriftkundigen. Und Prof. István Csekey, der seit dem akademischen Jahr 1911/12 vorzügliche Beziehungen zu der deutschen Forschung, zu den Zeitschriften unterhielt und pflegte, *gerade zu dieser Zeit* lässt den Band unter dem Titel *Die Verfassung Ungarns* (1944) erscheinen.

Damals als ich vor etwa anderthalb Jahrzehnten eine Vorlesung deutschen Gaststudenten an unserer Fakultät über die staatliche Organisation in Ungarn im Zeitraum zwischen den Weltkriegen haltend dieses Buch in die Hände nahm, wunderte ich mich selber über den Eintrag „Danubia Verlag, Budapest/Leipzig, 1944". Vorgesehen für Leser in Deutschland im Jahr 1944? Nach Einsichtnahme des Impressums, was man meistens nicht tut, war es bals eindeutig geworden: „Druckerei der Pester Lloyd-Gesellschaft". Das inoffizielle Regierungsblatt Pester Lloyd (1854–1944) machte in den 30-er und 40-er Jahren gerade durch Veröffentlichungen antinazistischer Ausrichtung auf sich aufmerksam. Auf seinen Seiten wurden Schriften des in Emigration lebenden Thomas Mann ebenfalls publiziert. Nach der Besetzung durch die Wehrmacht wurde es verboten. Auf einem vorerst nicht inventarisierten Exemplar von *Die Verfassung Ungarns* (1944) steht unter dem zitierten Motto die persönliche Widmung:

Buza Lászlónak
kartársi nagyrabecsüléssel és baráti szeretettel

Kolozsvár, 1945. III. 30.

Csekey István

Gewidmet an L.B. mit kollegialer Hochschätzung und freundlicher Liebe von István Csekey

Ich schreibe jetzt keine filologische Studie. Vor mir liegt das Gros der aus drei Szegeder wissenschaftlichen Bibliotheken – aus der der Jura-Fakultät, der Universität und der städtisch-komitatlichen Bibliothek, die den Namen ihres Gründers Károly Somogyi trägt – eilends eingesammelten Csekey-Werke. Das sind größtenteils Exemplare mit Dedikation, mit schönen und dem Rang der Adressaten passenden gebührenden Worten. Nur einem seiner Altersgruppe Angehöhrenden gebührte eine unvermitteltere Formulierungsweise. Auf dem Exeplar von *Über das handschrifliche Original der ungarischen Pragmatischen Sanction* (1916) aus dem Kolligatum steht es etwa so geschrieben: *„Kedves Laci barátomnak szeretettel Pista"* [Meinem lieben Freund Laci mit Liebe Pista]; ohne Datumsangabe, ebenfalls an László Buza gewidmet. Auf die zitierte *zeitbestimmende* Dedikatio will ich noch später zurückkehren.

Vor mir liegt ein Bücherbestand, etwa ein halber Meter hoher Stapel, der vielleicht das Beste aus dem Lebenswerk eines sehr begabten und fleißigen Professor-Vorgängers repräsentiert, auf vergilbten, zerfallenden Blättern. Übriggebliebene Reliquien eines lebenslangen Wirkens als Professor, welche heute schon zu einem

lehr- sogar institutsgeschichtlichen Stoff gereift sind. Und unter denen finden sich bis heute unaufgeschnittene Exemplare auch.

István Csekeys Erbe ist freilich bislang durch die Ströme der Zeit etwas zur Seite gespült worden. Unwiderruflich historisch ist es geworden. Seine Leistung und die seiner Zeitgenossen ließen auch die Vorbereiter und Vollziehenden der jüngsten Wende in Ungarn (1989/90) ebenfalls ungerührt. Auf der Basis eines abgelehnten Realsozialismus mitten in hastiger, übereilter Übernahme westlicher neoliberaler Ideen und nicht auf uns geschneiderter Institutionen – paktierend – kaum wurde zur Sprache gebracht die tatsächliche Rückkehr zu den Instituten der historischen ungarischen Verfassungsmäßigkeit. Und einer, der dies als letzter der Kämpfer versuchte, konnte in den Fachzeitschriften keine Wortmeldung geltend machen. Ich denke hierbei an den aus gewisser Hinsicht auch als Csekey-Student geltenden József Szabó, der 1947 in Szeged seinen Lehrstuhl geerbt hatte, und dem wir – nachdem von unserer Universität sogar zweimal entlassen (1950, 1960) – als verspätete Wiedergutmachung 1990 denTitel *professor emeritus* verliehen haben.[3]

Vor mir die Csekey-Bänder, aus denen der Geist des ungarischen öffentlich-rechtlichen Positivismus herausströmt. Eine wissenschaftliche Richtung, in der wir das durch die UNO bestimmte „Völkerrecht in neuem Geiste" noch bei dem vergreisten Professor László Búza hörten, und welche von unserem Professor für Staatsrecht, István Kovács, der als Student des hervorragenden Minderheitenrechtlers Ernő Flachbart an der Debrecener Fakultät absolvierte, ebenfalls so hoch schätzte. Und in diesem Geiste übe ich – nach meinem Herzensanliegen – meine Tätigkeit in Lehre und Forschung der Verfassungs- und Rechtsgeschichte auch aus.

Mit Prof. István Csekeys Namen in Szeged ist „das Schiff der Zeit" – bedauerlicherweise – „davongelaufen". Hier in Estland – in seiner zweiten, selbstgewählten Heimat – weiss man von ihm etwas mehr. Er wird geschätzt und verehrt. Ich möchte mich recht herzlich bei dem von ihm gegründeten Ungarischen Institut und meinem hochgeschätzten Freund, Professor Peeter Järvelaid, meinem lieben Kollegen für die Einladung und die Gelegenheit bedanken, dass ich hier Professor Csekeys Andenken ehrend vielleicht dadurch auch zur Wiedergeburt der Ergebnisse seines Schaffens beitragen kann.

2.

Nach Angaben aus Almanachen unserer Universität[4] wurde István Csekey am 2. Februar 1889 in Szolnok geboren, er starb am 17. August 1963 in Pécs. Seine

[3] Szabó, József sein postum erschienenes Buch: *Ki a káoszból, vissza Európába. Életrajzi, jogbölcseleti, alkotmányjogi és jogpublicisztikai írások.* [Raus aus dem Chaos, zurück nach Europa. Biografische, verfassungsrechtliche und rechtspublizistische Schriften] Verlag Kráter, Budapest, 1993.

[4] *Szegedi Egyetemi Almanach.* [Szegediner Universitätsalmanach] *1921-1970.* Red. Lisztes László und Zallár, Andor. Szeged, 1971. 22. p.; *Szegedi Egyetemi Almanach. 1921-1995.* Red. Szentirmai László, Iványi Szabó, Éva, Ráczné Mojzes Katalin. Szeged, 1996. 32. p. Vgl. *Százhuszonöt éve nyílt meg a Kolozsvári Tudományegyetem. Emlékkönyv* [125 Jahre Universität Klausenburg. Gedenkbuch] Zusammengestellt von: Gazda, István. Magyar Tudománytörténeti Intézet / Ung. Institut f. Wissenschaftsgeschichte, Piliscsaba, 1997. 104. p.; *Magyar Nagylexikon* [Ungarisches Großlexikon] 5:816. p. (Budapest, 1997)

familiären Wurzeln haben ihn an Komitat Baranya gebunden. Sein Großvater (?), István Csekey sen, war reformierter Pastor in Zengővárkony nahe Pécs; er selber hatte ebenda einen von ihm geerbten Weingarten, wohin er sich – wie etwa nach sein tusculanum – allsommerlich gerne zurückzog.[5]

Sein Jurastudium absolvierte er in Kolozsvár/Klausenburg (1907–1911), an der zweiten Universität des Landes, in der Kulturhauptstadt Siebenbürgens, die im Jahr 1872 neu gegründet, später nach dem König Franz Joseph benannt wurde, und er hat dieses Studium durch Studienaufenthalte in Straßburg und Heidelberg, sogar in England ergänzt (1911/12). Seine herausragenden Professoren zählten noch teilweise zu den Gründern der Universität – darunter Sándor Kolosváry, Professor für ungarisches Privatrecht und Kelemen Óvári, Professor für Rechtsgeschichte (ihr Gemeinschaftswek ist die bis heute in Verwendung befindliche *Magyar törvénytár / Corpus Juris Hungarici*, 1896) –, zum Teil gehörten sie der jüngeren Generation an: wie etwa der Öffentlich-rechtler Ernő Nagy, Artúr Balogh, Professor für Politik und der Lehrer der modernen Rechtsfilosofie Bódog Somló.

Von ihnen war sein Lehrmeister Ernő Nagy, ein Bahnbrecher des öffentlich-rechtlichen Positivismus in Ungarn, der im akademischen Jahr 1907/08 einen 'Lehrwettbewerb'(Preis) ausschrieb zum Thema des ungarischen Thronfolgerechts, worauf Csekey – nach den Worten der Beurteilung – als Student eine Preisschrift eingereicht hatte, die als „literarisch wertvoll" qualifiziert wurde. Danach brachte er sein erstes Buch (*A magyar Pragmatica Sanctio írott eredetijéről*, 1916) heraus, nachdem er im Juni 1914 im Ungarischen Landesarchiv eine bedeutsame Entdeckung gemacht hatte,[6] das dann im von den Professoren Paul Laband (Straßburg), Otto Mayer (Leipzig) und Robert Piloty (Würzburg) redigierten Archiv für öffentliches Recht noch im selben Jahr auch in deutscher Sprache erschien (*Über das handschriftliche Original der ungarischen Pragmatischen Sanktion*, 1916).[7] Kurz darauf folgte seine Monografie, betitelt *A magyar trónöröklési jog* [Das ung. Thronfolgerecht] (1917),[8] welche sogar als Habilitationsschrift gelten könnte, obwohl so etwas wie diese zu schreiben ehemals in Ungarn nicht vorgeschrieben war.

Nach herrschender Meinung stand der früheren ungarischen öffentlich-rechtlichen Schreibart mit historischer Betrachtungsweise und Geistigkeit – nach dem Grundsatz

[5] Ruszoly, József: *"Magyar volt és professzor volt"* [Er war Ungar und Professor]. *Balásfalvi Kiss Albert.* Szeged [Zeitschrift der Stadt], 2001. november; 37-40. über Csekey: 38-39. p.

[6] Csekey, István: *A magyar Pragmatica Sanctio írott eredetijéről* [Über das handschriftliche Original der ungarischen Pragmatischen Sanktion]. *Kiadatlan oklevélmellékletekkel és az 1723. évi törvénycikkek írott eredetije első és utolsó lapjának hasonmásával* [Mit unveröffentlichten Urkundenbeilagen und der Faksimile des ersten und letzten Blattes des Originals]. Magyar Tudományos Akadémia [Ung. Akademie der Wissenschaften], Budapest, 1916. 88 p. /Értekezések a philosophiai és társadalmi tudományok köréből [Abhandlungen zur Filosofie u Sozialwissenschaften], Band I, Heft 7/ Verlesen am 10. Januar 1916. Vgl. Csekey István: *A pragmatica sanctio* [!] *Erdélyben.* [Die Pragmatische Sanktion in Siebenbürgen] Kolozsvár, 1915. Separatum aus Erdélyi Múzeum.

[7] Stefan v. Csekey: *Über das handschriftliche Original der ungarischen Pragmatischen Sanktion.* Tübingen, 1916. 100 p. Separatum aus dem Archiv des öffentlichen Rechts.

[8] Csekey István: *A magyar trónöröklési jog. Jogtörténelmi és közjogi tanulmány oklevélmellékletekkel* [Das ung. Thronfolgerecht. Eine rechtswissenschaftliche und öffentlich-rechtliche Studie mit Urkundenbeilagen]. Athenaeum, Budapest, 1917. 564 p. – Das Vorwort ist vom 30. Dezember 1916. Vgl. Stephan Csekey: *Die Ausdehnung der ungarischen Thronfolgeordnung.* Berlin, 1918. Separatum: Zeitschrift für Politik, Bd. XI.

„Extra Hungariam non est vita" – gerade konterkariert der öffentlich-rechtliche Positivismus abendländischen Ursprungs gegenüber, auf dogmatischen Fundamenten. Dies wäre so vielleicht richtig, aber – wie István Csekeys Forschungen dies bezeugen – die rechtshistorische Erschließung der Wurzeln des gesetzten öffentlichen Rechtes stand ja nicht im Gegensatz zu den Anforderungen, die durch den Rechtspositivismus gestellt wurden. Im Gegenteil: dies konnte ein sicheres Fundament schaffen für Lösungen auf die Probleme der damaligen Gegenwart.

Auch Csekey selbst betrachtete seine Ergebnisse nicht nur als schiere historische Resultate. Er wusste die Bedeutsamkeit der handschriftlichen Originale der Gesetze zu schätzen, und erkannte den Stellenwert der Art und Weise der Verkündung von Gesetzen – ganz generell der Rechtsvorschriften –, und auch im Nachhinein konnte er diese Ergebnisse nutzen.[9]

„Eigentliche Originale sind diejenigen, die von den Königen zur authentischen Ausfertigung zuerst pflegten unterschrieben zu werden und die bereits wegen der Sanktionierung durch den König im allgemeinen als authentisch zu betrachten sind. Eine andere Gattung der beglaubigten Originale sind die, welche von der königlichen Hofkanzlei feierlich ausgefertigt und den betreffenden Parteien oder den Munizipien zur Verkündigung und Danachhaltung *zugesandt* wurden. Er bemerkt ferner im Hinblick auf die in der Zeit der Buchdruckerkunst entstandenen Exemplare, daß die unter solchen althergebrachten Feierlichkeiten glaubwürdig ausgefertigten authentisch sind, doch wären deren *Originale diejenigen Exemplare, die in der königlichen Hofkanzlei geschrieben und von den Königen unterfertigt worden sind,* oder diejenigen, welche von der königlichen Resolution genehmigt wurden, deren Vorgänger *(primordia)* hinwieder jene Artikel sind, die vom Palatin und Primas unterfertigt, im Namen der Stände dem König zur Bekräftigung unterbreitet wurden.

Das Auftauchen und die eingehende Untersuchung des handschiftlichen Originals der Gesetze vom Jahre 1723 hat noch eine andere verfassungsgeschichtliche Bedeutung, die unsere Verfassungsgeschichte nicht nur als Detail interessiert, welches ein formelles Erfordernis des Gesetzes beleuchtet, sondern die Grenzen unseres Landes direkt überschreitet und den österreichischen Zentralisten – auch heute leben noch die Lustkandls! – eines Kampfmittels beraubt. Dies geschieht – wie wir gesehen haben – dadurch, daß der irrigen Auffassung, die Sanktionierung der Gesetzartikel vom Jahre 1723 wäre nicht im Wege der königlich-ungarischen Hofkanzlei geschehen, die Spitze abgebrochen wird. Das handschriftliche Exemplar hat diese Auffassung widerlegt und hat zugleich begründet, warum in den Druckexemplaren der Name des königlich-ungarischen Hofkanzlers fehlt."[10]

Die Könige des Königreich Ungarn gingen seit 1526 aus der Dynastie Habsburg (ab 1780 dem Haus Habsburg-Lothringen) hervor. Nach der ungarischen ständischen Betrachtungsweise hat unser Vaterland seine Selbständigkeit *de iure* nie verloren, aber tatsächlich *(de facto)* musste sie während der Jahrhunderte einiges einbüßen. Das Königreich Ungarn mit parlamentarischer Staatsstruktur, geschaffen durch Union mit dem Großfürstentum Siebenbürgen *(Erdélyi Nagyfejedelemség),* die gegenseitig auf gesetzlicher Grundlage beruhend durch die noch auf der letzten Preßburger/Pozsonyer

[9] Stephan Csekey: *Die Verkündigung der Gesetze in Estland.* Tartu (Dorpat) Budapest, 1926. /Bibliotheca [...] 3./

[10] Csekey (Tübingen, 1916) 81-82. p.

Dieta der Jahre 1847/48 verabschiedeten Aprilgesetze verankert war, welche König Ferdinand V. sanktioniert hatte, schied im Prinzip zwar nicht aus dem Habsburgerreich aus, aber seine historische Unabhängigkeit wiedererlangt, wurde es praktisch dennoch selbständig. Im Geiste der Gesetze und nach ihren Buchstaben. Aber dies hatte die österreichische Regierungsobrigkeit, die immer nach Zentralismus trachtete – nach einiger Verworrenheit, z.T. durch die Wiener Revolution bewirkt, wieder zur Besinnung gekommen – nicht anerkannt. Zuerst stiftete sie die Nationalitäten gegen die gesetzmäßige ungarische Regierung zur Aufruhr, dann ging sie im September 1848 auch zum Angriff über. Und alsdann der Freiheitskampf zur Selbstverteidigung und um die Verfassungsmäßigkeit mit veränderlichem Erfolg geführt im Frühjahr 1849 aus der Sicht des jungen Usurpators Franz Joseph in Serien-Niederlagen überging, wandte er sich an das zaristische Russland der „Heiligen Allianz", das noch intakt von Revolutionen war. Und die Truppen des Zaren hatten den ungarischen Freiheitskampf niedergewälzt. Gewiss hatten die Österreicher die schmutzige Arbeit – die gnadenlose Vergeltung, wie die Hinrichtung unseres ersten Ministerpräsidenten Graf Lajos Batthyánys und der 13 honvéd-Generäle (hochrangigen Offiziere) am 6. Oktober 1849 – auf sich genommen.

Das Kaisertum Österreich, in das was aller Gewalt unser wieder einmal aufgeteiltes Heimatland auch eingeschmolzen wurde, und höchstpersönlich Kaiser Franz Joseph haben in erster Linie die militärischen Niederlagen (1859, 1866) und die damit verbundenen Krisen des Staatshaushaltes dazu gezwungen, mit dem Ungartum den Ausgleich vom Jahre 1867 unter Dach und Fach zu bringen, dessen dualistisches System bis zum Ende des ersten Weltkrieges (1918) bestehen blieb, und für unser Land eine günstige Möglichkeit der bürgerlichen Entwicklung eröffnete.

Kurz gefasst: in der eigenartigen Gemeinschaft zweier gleichberechtigter Staaten im Bereich des Verfassungsrechtes – auf der Basis der *Pragmatica Sanctio* (GesArt. 1723:I–III. tc.), die eine enge öffentlich-rechtliche Bindung zwischen unseren Staaten errichtete, und mit der Notwendigkeit der gemeinsamen Verteidungung begründet war – wurden (blieben) folgende Angelegenheiten gemeinsam:

1. das Auswärtige,
2. das Kriegswesen und
3. die beiden betreffenden Finanzen.

Demgemäß wurden die drei kaiserlichen und königlichen Ministerien aufgestellt; ab 1879, nach der Okkupation von Bosnien-Herzegowina kam auch die Aufsicht über die Verwaltung dieses Landes zu den Kompetenzen des gemeinsamen Finanzministeriums.

Es gab keine Gesetzgebungskörperschaft sowie keine Gesetzgebung an sich; mit den Befugnissen die gemeinsamen Finanzminister und die gemeinsamen Minister juristisch zur Rechenschaft ziehen zu können, arbeiteten die durch die Gesetzgebungsgremien beider Länder – den Wiener *Reichsrat* und den Pester/Budapester Reichstag *(országgyűlés)* – entsandten jeweils 60-köpfigen *Delegationen*, voneinander getrennt und nach strenger Parität.[11]

[11] Ruszoly József: *A kiegyezés újabb historiográfiája és a jogtörténet* [Die neuere Historiografie des österreichisch-ungarischen Ausgleiches vom Jahre 1867 und die Rechtsgeschichte]. = Ruszoly József:

Es existierten ferner gemeinsame Angelegenheiten wirtschaftlich-finanzieller – also nicht öffentlich-rechtlicher – Art ebenso.

Die alle zehn Jahre wiederholt geschlossenen „kleinen Ausgleiche" betreffend die Proportionen *quota* des gemeinsamen Budgets, sowie anderweitige – vorwiegend durch die gemeinsame Armee verursachte – Probleme generierten immer mehr Reibereien zwischen den beiden Ländern.

Die ungarische Innenpolitik war größtenteils zu einer „öffentlich-rechtlichen Politik" degradiert: Angehörige der 48-er Unabhängigkeitspartei attackierten den Dualismus von Anfang an, und die 67-er Liberalen jeweils als Regierungspartei nahmen ihn ihrerseits in Schutz. Die Mittelwegler zwischen den beiden hatten kein Wasser getrübt.

Die österreichischen Slawenparteien, die so oder so nach einem *Trialismus* hinaus waren, haben von vornherein den Dualismus scharf kritisiert, weil durch ihn mit Ungarn etwa Ausnahme gemacht wurde. Um die Jahrhundertwende wurde hinter Franz Ferdinand, dem tragisches Schicksal widerfuhr, – der bestrebt war die Monarchia zu föderalisieren – eine „großösterreichische" politische und geistige Bewegung ins Leben gerufen, die sich auf Slawen, Rumänen und Deutsch-Österreicher erstreckte. Und diese bedeutete große Gefahr für das System des Dualismus. Eine neue Generation der österreichischen Wissenschaftler des öffentlichen Rechts – „würdige" Nachfolger des Wiener Staatsrechtlers Prof. Wenzel Lustkandl, dessen Ansichten Ferenc Deák in seinem Streitschrift Beitrag *Adalék* (1865) wirkungsvoll widerlegte (Biedermann, Dantscher, Steinacker, Tezner) – deuteten den das Ungartum ihres Erachtens unberechtigt begünstigenden Ausgleich – und somit zugleich die ungarische historische Verfassung (beispielsweise die nach ihrer Auffassung ab 1526 datierte Thronfolgeordnung) – nach eigenem Gutdünken aus.

Der junge Csekey hatte sich in seiner "Pragmatica Sanctio" und in anderen literarischen Äußerungen mit der Leidenschaftlichkeit der protestantischen Vorfahren, jedoch die historisch wohlfundierte Waffe des ungarischen öffentlichen Rechts gut gedreht, mit ihren Ansichten auseinandergestezt. Er blieb fest auf dem Boden von Gesetzesartikel XII vom Jahre 1867 [1867: XII. tc.] haften.[12]

3.

Die Doppelmonarchie wurde von dem Weltkrieg dahingerafft. Im Oktober-November 1918 brach sie zusammen. Kaiser Karl I., der als ungarischer König als der IV. zählte, trat zurück zunächst am 11. November 1918 von der Führung der Staatsgeschäfte des mittlerweile zur Republik gewordenen Deutsch-Österreichs, später

Újabb magyar alkotmánytörténet [Neuere ungarische Verfassungsgeschichte] *1848-1949.* Püski, Budapest, 2002. 120-131. p.; Ruszoly József: *"Vom Sandpunkte der Geschichte des ungarischen öffentlichen Rechts". Der 'Beitrag' (Adalék) von Ferenc Deák und der österreichisch-ungarische Ausgleich von 1867 im Spiegel der Historiografie.* (Erscheint in einem Sammelband.)

[12] Csekey István: *A dualizmus és a miniszterelnök újévi beszéde* [Der Dualismus und die Neujahrsrede des Ministerpräsidenten]. Magyar Figyelő, 1915. 83-90. p.; *Der Zentralismus* [!] *und die Neujahrsrede des Ministerpräsidenten.* Pester Lloyd, 18. Januar 1916, Abendblatt, vgl. Arbeiter-Zeitung [Wien] 23. Januar 1916; CSekey István: *Az 1741:11. törvénycikk történetéhez és közjogi jelentéséhez* [Zur Geschichte des GesArt. 1741:11. tc und seiner öff.-rechtl. Bedeutung]. Századok, 1915. szeptember-október; 321-386. p.; Separatum: *Az osztrák államminisztérium és a magyar közjog.* [Das öster. Staatsministerium und das ung. öffentliche Recht.] Budapest, 1915.

auf Ansporn der Delegation des ungarischen Herrenhauses am 13. November 1918 in Eckartsau in seiner ausgegebenen Erklärung tat er das gleiche auch Ungarn betreffend, sich höchstpersönlich das Recht anmaßend über die Staatsform zu entscheiden. Der große Nationalrat Ungarns *(Magyarország Nagy Nemzeti Tanácsa)*, das höchste Organ der von Graf Mihály Károlyi geführten (bürgerlich-demokratischen) Revolution der Herbstrosen, proklamierte in seinem für die Verfassung erheblichen Volksbeschluss *(Néphatározat)* vom 16. November 1918 die Volksrepublik, an die sich – vorübergehend, um noch zu retten, was zu retten war – sogar ihr Gegner angeschlossen haben.

Forscher des öffentlichen Rechts und Politiker waren immer wieder bemüht, für die entstandene Situation nach dem traditionellen ungarischen öffentlichen Recht eine „Erklärung zu finden". So haben sie die von Karl IV. abgegebene Erklärung als Abdankung vom Thron gewertet, was im übrigen vor den mittlerweile selbstaufgelösten Reichstag in Wirklichkeit nie unterbreitet werden konnte, und aus der Tatsache, dass zuerst (auch) Österreich zu Republik wurde, schlossen sie auf ein *ipso facto* Aufhören des Bestehens der Staatenverbindung, die durch die Pragmatische Sanktion geschaffen worden war.

István Csekey, der ein bodenständiger Ungar war, griff nicht nach der Gelegenheit. Für ihn war die ungarische historische Verfassung viel mehr wert, als dass er ihre Grundsätze und Buchstaben mit Absicht fehlinterprätierend diese am Altar der durch die Revolution geschaffenen langersehnten ungarischen Unabhängigkeit aufgeopfert hätte. Aufgrund der gesellschaftlich-politischen Realität akzeptierte er selbst lieber die Tatsache der Revolution, und hat Károlyi zitiert: „Bei uns bedarf es keiner Detronisation, sondern der Ratifizierung einer *fait accombli*-Lösung hierüber." „Aber wenn – fügte er hinzu – jemand Errungenschaften der Revolution nach dem alten Recht zu erklären sucht – dagegen protestiert das Anstandgefühl eines ungarischen Juristen."[13]

4.

István Csekey, der 1911 in seiner Alma Mater in Kolozsvár/Klausenburg den Titel des Doktors für Staatswissenschaft erlangte, und den für die Rechtswissenschaften wiederum 1913 zugesprochen bekam, lehrte ab dem akademischen Jahr 1912/13 zuerst als ausserordentlicher, später als ordentlicher Professor an der Rechtsakademie der Reformierten Kirche in Kecskemét. Er habilitierte 1919 bei seinem Mentor Ernő Nagy, der mittlerweile auf die Budapester Universität kam.

Auf seinen Lehrmeister, von seinem Leben und Lebenswerk, vom öffentlich-rechtlichen Positivismus, dessen Fundamente in Ungarn durch ihn gelegt wurden, hielt er gleich nach dessen Tode 1921 eine tiefsinnige Gedenkrede, die einer Kleinmonografie gleichkommt und bis heute Gültigkeit hat, und erst fünf Jahre später, schon während seiner Professur in Dorpat (Tartu) erschien (*Nagy Ernő és a magyar közjogírás új iránya* [Ernő Nagy und die neue Richtung der öffentlich-rechtlichen Literatur], 1926), aus der an dieser Stelle eine auch noch so kurze Zusammenfassung zu geben ich nicht versuche, lieber möchte ich seine schönen Zeilen des ehemaligen

[13] Csekey István: *A trónlemondás* [Der Thronverzicht]. Pesti Hírlap, 1918. november 24.

Studenten zitieren, welche – soll man dies noch betonen? – auch heute vorbildlich sind.

In seinem Aufsatz über die juristischen Seminare *A jogi szemináriumokról* [...] [Jogtudományi Közlöny, 1888] zeichnet er sich aus als enthusiastischer Fahnenträger der Bewegung, die sich im Interesse des rechtswissenschaftlichen Unterricht entfaltete. Er schildert die Vorteile der Juristenausbildung *in Seminaren und Praktika*, die kurz zuvor in Frankreich und Deutschland eingeführt worden waren. »... niemand wird es leugnen, – schreibt er – dass diejenige Einrichtung, die den Einfluss des Lehrers auf den Studenten unvermittelter macht, welcher den Studierenden ständig zur geistigen Anstrengung anspornt, ihn in seiner Arbeit lenkt und sein Arbeiten kontrolliert, besitzt einen zweifachen Wert.« Diese durch Ernő Nagy formulierten Anforderungen sind um so mehr hervorzuheben, als die universitätre Lehre, insbesondere die Ausbildung zu Wissenschaftlern, heute schon auf der ganzen Welt in diese Richtung schreitet. » wenn die Historie mancher rennomierter Lehrer gedenkt, so versäumt sie nicht hervorzuheben jene innerliche Beziehung, die zwischen Lehrer und seinen Studenten bestand; versäumt sie nicht hervorzuheben, dass der Lehrer nicht nur Verkünder, sondern in engerem Sinne auch Leiter seiner ehemaligen Studenten beim wissenschaftlichen Arbeiten ist. « Diese Worte passen auf niemand anders besser als wie ihm selber zutreffen. Auch der Verfasser dieser Zeilen erinnert sich gerührt an jene Zeit zurück, als er durch seinen Lehrmeister von der Studentenzeit in Kolozsvár/Klausenburg an bis hin zur Berufung auf die Budapester Universität als Privatdozent nicht nur seiner Eigenschaft als Professor, sondern auch als Mensch mit regelrecht väterlichem Wohlwollen unterstützt wurde.

Eine beinahe kindliche Güte, kristallklarer Charakter und auch auf den Anschein immer sorgfältig aufpassende korrekte moralische Haltung waren die schönsten Eigenschaften von Ernő Nagy. In seiner ganzen Lebensführung war er ein schlichter aber pedanter Mensch. Nach seiner Weltanschauung ein echter Europäer. Und mit seinen Arbeiten kann er als Meister der juristischen Schreibkunst auch in dieser Hinsicht mit Recht neben seinem Lehrer Laband, einem Künstler des Stils, erwähnt werden."[14]

5.

Aus dem Studenten ist bald Lehrmeister geworden. Gleich wie den ein paar Jahre älteren Freund, László Buza erwartete auch der Rechtsakademie der Reformierte Kirche von Sárospatak zurück nach Hause und stellte ein, so begann auch István Csekey seine Tätigkeit im Schuljahr 1912/13 an der Rechtsakademie der Reformierten Kirche in Kecskemét. Von dort aus kam er in den fernen Norden: nach Dorpat/Tartu, wo er als Professor für allgemeines und estnisches Verwaltungsrecht seine Antrittsvorlesung am 26. September 1923 hielt. Hier hatte er das Ungarische Wissenschaftliche Institut gegründet und geleitet und die Ausgabenreihe in die Wege gesetzt unter dem Titel *Bibliotheca Hungarico-Estica Instituti Litterarum Hungarici*

[14] Csekey István: *Nagy Ernő és a magyar közjogírás új iránya.* [E. N. und die neue Richtung der ung. öff.-rechtl. Literatur]. Franklin Társulat, Budapest, 1926. /Magyar Jogászegyleti Értekezések, Új folyam, Band XVII, Heft 89, Oktober 1926/ [137.] 236. p.; zit.: 147. p.

Dorpatensis.[15] Sogar aus den mir spärlich zur Verfügung stehenden Quellen beurteilt hatte er mit großem Elan und Arbeitseifer damit begonnen das Land des – nach den Finnen der Größe nach zweiten – Brudervolkes der Ungarn kennenzulernen, und wissenschaftliche Kenntnisse von diesem zu verbreiten. Angefangen mit seinen inhaltreichen Studien über seine Reden bis hin zu seinen niveauvollen publizistischen Schriften stand alles im Dienste dieser Tätigkeit. Neben seinen Fachgebieten befasste er sich auch mit Literaturgeschichte, zeigte z. B. estnische Bezüge in Werken von Mór Jókai auf. Allein die Bibliografie der in Estland verbrachten acht Jahre füllt fünfundvierzig Seiten! Die – nicht ausgesprochen fachbezogene – Ernte der ersten fünf Jahre hatte er auch in Ungarn herausgegeben in einem hübschen Bändchen unter dem Titel *Északi írások* [Schriften aus dem Norden] (1928). Auf der Titelseite mit einer grünen Tanne und das kleine Holzhaus zieht den Leser an in die ruheversprechenden Landschaften unseres in der Ferne lebenden Verwandten Volkes.[16]

Seine fachbezogene Aufmerksamkeit erstreckte sich nunmehr auch auf die ungarischen wie estnischen Einrichtungen gleichsam. Dies bedeutet jedoch keine Teilung seines Augenmerks; seine Themen ergänzten sich eher. Seine Freude über die endlich errungene Unabhängigkeit Ungarns wurden durch die unglücklichen verfassungsrechtlichen Veränderungen durch Revolutionen und Konterrevolution, insbesondere durch den himmelschreiend ungerechten Friedensvertrag von Trianon (1920) getrübt. Die ebenfalls in schwerer Geburt mitten in schweren Umständen entstehende Staatlichkeit Estlands mit ständiger Aufmerksamkeit verfolgend suchte er die befolgungswerten neuen Lösungen hierbei mit seinen wisseschaftlichen Mitteln europaweit zu popularisieren.

Er schrieb nämlich enorme Bedeutung der Zielsetzung zu, dass das Ausland uns trotz unserer sprachlichen Isoliertheit gründlich kennen lernen soll.

Sein diesbezüglicher, mit Rückblick bis in die Jahreswende geschriebener, Grundsatzfragen klärender, zukunftsweisend-programmatischer Artikel, betitelt *A magyar alkotmány és a külföld* (1931)[17] wirkt auch in unsereTage hinein trotz veränderter Zeiten. Mit besonderem Hinblick darauf, welch große Verantwortung neben den schöpferischenVätern der Verfassung, den Vertretern der Wissenschaft auch auf den Behörden: den Regierungsorganen auferlegt ist für eine in Zeit und in der Sache genaue Informierung.

Die Verfassungsentwicklungen in unseren Ländern in den zwanziger-dreißiger Jahren betreffend verdienen an dieser Stelle besondere Hervorhebung seine in Tübingen im *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* erschienenen "Länderberichte": *Ungarns Staatsrecht nach dem Weltkrieg* (1926).[18] *Die Verfassungsentwicklung*

[15] Étienne de Csekey: *L'Organisation d'Instituts Scientifiques a l'Étranger.* Budapest, 1926. /Bibliotheca [...] 2./; Stephan v. Csekey: *Estnisch-ungarische Beziehungen und das Ungarische Wissenschaftliche Institut in Tartu (Dorpat).* Tartu (Dorpat), 1930. /Bibliotheca [...] 8./; *Aus den Forschungsarbeiten des Ungarischen Wissenschaftlichen Instituts in Tartu (Dorpat).* Hrsg. Stephan v. Csekey. (Dorpat), 1933. /Bibliotheca [...] 9-13./

[16] Csekey István: *Északi írások.* [Schriften aus dem Norden]. Budapest, 1928.

[17] Csekey István: *A magyar alkotmány és a külföld* [Die ungarische Verfassung und das Ausland]. Budapesti Szemle, 1931.; 638. sz. 73-91. p. Vgl. Etienne Csekey: *Lois de Droit Public de l'année 1929 Hongrie.* Annuaire de l'Institut Internationel de Droit Public, Paris, 1930. 884-894. p.

[18] Stephan v. Csekey: *Ungarns Staatsrecht nach dem Weltkrieg.* Jahrbuch des öffentlichen Rechts [JöR] Bd. XIV. 409-483. p. Separatum. Tübingen, 1926. /Das öffentliche Recht der Gegenwart/

Estlands, 1918–1928 (1928).[19] *Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Ungarn seit 1926* (1931).[20] *Die Verfassungsentwicklung Estlands, 1929–1934* (1935).[21] Diese letztgenante Publikation – zusammen mit zahlreichen anderen Beispielen – zeugt davon, dass er nach auch seiner Heimkehr 1931, nach seiner Berufung an die Universität Szeged die wissenschaftliche Bindung zu seinem „zweiten Heimatland": Estland unverändert pflegte.

Die Inventarisierung und Wertung seines mir zum größten Teil nur aus Bibliografien bekannten Lebenswerkes zum Thema der Verfassungsentwicklung würde das Ziel meines Vortrages weiter ausdehnen, über dieses Thema wird ohnehin sein bester Kenner Professor Peeter Järvelaid noch sprechen. Und so möchte ich hier nur als Beispiel seinen Aufsatz über den estnischen Staatsoberhaupt und „Ministerpräsidenten" erwähnen (*Die rechtliche Stellung des estnischen Staatsältesten,* 1929).[22]

Nichts war natürlicher, als sein Bestreben, wissenschaftliche Öffentlichkeit und öffentliches Leben in seinem Heimatland zu informieren. In einer unter dem Titel *Az Észt Köztársaság alkotmánya és a Baltikum világpolitikai helyzete* [Die Verfassung der Republik Estland und die weltpolitische Stellung des Baltikums] (1926),[23] auf den Seiten der allgemeinen Zeitschrift der Ungarischen Akademie der Wissenschaften erschienenen Schrift hebt er gerade den auch für uns empfindlichsten Punkt hervor, die durchs Gesetz vom 12. Februar 1925 eingeführte estnische Kulturautonomie, eine Promlematik, der besondere Wichtigkeit zukam für die in den Nachfolgerstaaten in zerstreuten Gruppen lebenden abgetrennten Teile der zerstückelten ungarischen Nation, denen als Folge des Trianoner Vertrags ein bitteres Minderheitenschicksal zuteil wurde.

„Wenn die ungarische Verfassung eigenartigste Schöpfung des ungarischen Nationalgenius ist, so können wir mit Recht behaupten, dass das kleine verwandte Estland sich einen unsterblichen Namen in der Geschichte der modernen Staaten sicherte, weil es erster war, der die Culturautonomie der nationalen Minderheiten in Gesetzesform kodifizieren ließ. Besonders dankesverpflichtet hierfür müssen wir Ungarn den *Eesti* trachten, denn unser Gesetz über die Kulturautonomie der Minderheiten ist ein Stein ins Meer, dessen Wellenringe auch im Kreise unserer abgetrennten Blutsverwandten ihre wohltuende Wirkung zeigen werden. Unter dem Aushängeschild des Nationalstaates in Wirklichkeit zu Vielvölkerstaaten zusammengebastelte neue Staatsgebilde, von den keines sich traute, diese Frage auch

[19] Stephan v. Csekey: *Die Verfasungsentwicklung Estlands, 1918–1928.* JöR Bd. XVI. 168-269. p. Separatum. Tübingen, 1928.

[20] Stephan v. Csekey: *Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Ungarn seit 1926.* JöR Bd. 19. 199-311. p. Separatum. Tübingen, 1931.

[21] Stephan v. Csekey: *Die Verfassungsentwicklung Estlands, 1929–1934.* JöR Bd. 22. 411-458. p. Separatum. Tübingen, 1935

[22] Stephan v. Csekey: *Die rechtliche Stellung des estnischen Staatsältesten.* Zeitschrift für öffentliches Recht. Bd. IX. 1929. H. 1, 104-113. p. Separatum.

[23] Csekey István: *Az Észt Köztársaság alkotmánya és a Baltikum világpolitikai helyzete.* [Die Verfassung der Republik Estland und die weltpolitische Stellung des Baltikums in der Weltpolitik], Herausg. Franklin Társulat, Budapest, 1926. 17 p. Separatum aus dem Heft 584 / 1926 von Budapesti Szemle.

nur anzurühren. Der Verdienst gehört Estland, dass es sich getreu seinen nördischen kulturellen Traditionen an die Spitze der europäischen Nationen gestellt hat."[24]

Estonia docet. Über Grundsatzfragen des estnischen Gesetzes über die Kulturautonomie der Minderheiten und die internationalen Reflexionen berichtet er in der Minderheitenliteratur zum Beispiel in seinem Artikel unter dem Titel *A kisebbségi kultúrautonómia Észtországban* [Die Kulturautonomie der Minderheiten in Estland] (1928), der ebenfalls in dieser Zeitschrift erschienen ist.[25] Und als das am 29. März 1929 verabschiedete estnische Strafgesetzbuch 1932 in Kraft getreten der Bekennung zu einer Minderheit unter Schutz stellte, informierte er darüber auf den Seiten von Magyar Kisebbség ('Ungarische Minderheit'), der im südsiebenbürgischen Lugos erscheinenden Zeitschrift (*A nemzetiség bevallási szabadásának büntetőjogi védelme* [Strafrechtlicher Schutz der freien Bekennung zu einer Nationalität], 1932).[26] An der informativen Wirkung in Mittel-Europa all dieser seiner Artikel und Veröffentlichungen in Tageszeitungen ist nichts anzuzweifeln.

Man bedenke es nur, eine Studie von ihm wurde sogar in einer Zeitschrift, die für die rumänische Authorität vorgesehen war, untergebracht! Das Beispiel wäre also auch für Mittel-Europa da gewesen. „Nur" hatte es keine Befolger bei unseren Nachbarn gefunden ... Und das Ungartum nimmt nach wie vor zahlmäßig ab, zerfällt in Staub. Unser Autor adressiert die gebührenden Worte des Lobes an den Staat des beispielhaft handelnden verwandten Volkes.

„Auf dem Gebiet der Nationalitätenfrage also *Estonia docet*, denn dieses Land verschaffte sich mit dem ersten Versuch auf eine staatsrechtliche Lösung des Problems der nationalen Minderheiten im kulturellen Bereich in der europäischen öffentlichen Meinung einen solchen Ruf, welchen angesichts der positiven Wertung der estnischen Unabhängigkeit, sowie der Konsolidierung in der estnischen Republik ausser Acht zu lassen, einfach unmöglich ist."[27]

6.

Was die Verfassungsentwicklung in Ungarn anbelangt, so schrieb er neben seinen – besagten, das Ausland informierenden, jedoch seine eigenen Gedanken auch enthaltenden – Mitteilungen bis Mitte der dreißiger Jahre relativ wenig Studien.

Ganz kurz gefasst: das verstümmelte Land geriet nach zwei Revolutionen und während der Konterrevolution in eine eigenartige Situation. Diese Feststellung vermag ein Verfassungshistoriker zurückblickend viel unbefangener niederzuschreiben, als wie der zeitgenössische Staatsrechtler dies tun konnte. Den Faden der

[24] ebd. 11. p.

[25] Csekey István: *A kisebbségi kultúrautonómia Észtországban.* [Die Kulturautonomie der Minderheiten in Estland.] Herausg. Franlin Társulat, Budapest, 1928. 31 p. Separatum aus Band CCVIII der Budapesti Szemle.

[26] Vö. Stephan v. Csekey: *Schutz des Nationalitätbekenntnisses.* Pester Lloyd 14. April 1927 (Abendblatt); Csekey István: *A nemzetiség bevallási szabadságának büntetőjogi védelme.* [Strafrechtl. Schutz der Freiheit des Nationalitätbekenntnisses] Husvéth és Hoffer Könyvnyomdája, Lugos, 1932. 22 p. [Separatum: Magyar Kisebbség, 1928] Vgl. Csekey István: *A világ első büntetőtörténykönyve, mely a nemzetiség bevallásának szabadságát védi.* [Das erste Strafgesetzbuch der Welt, das das Nationalitätenbekenntnis schützt.] In: Kenéz Gyula Emlékkönyv [Festschrift], Budapest, 1932.

[27] Csekey (Lugos, 1932) 3. p.

Verfassungsmäßigkeit, der am 31. Oktober 1918 zerrissen worden war, konnte man nicht mehr wieder zusammenknoten. Daran waren mitverantwortlich neben der Friedenskonferenz unter der Vorherrschaft der Siegermächte und den auf ungarische Gebiete hungrigen benachbarten Nachfolgerstaaten der „Kleinen Entente" auch die neue ungarische politische Elite, die in der Konterrevolution der Jahre 1919/20 an die Macht oder in die Nähe der Macht kam.

An Stelle des Reichstages /országgyűlés, der am 16. Noverber 1918 aufhörte zu existieren, trat die Nationalversammlung *nemzetgyűlés*[28] zusammen, die in unserem Land auf Papier mit so ungewöhnlich demokratischem Wahlrecht, jedoch unter dem Druck von Behörden und Militär gewählt wurde. Kurz nach ihrem Zusammentreten am 16. Februar 1920 erließ sie das Gesetz über die Wiederherstellung der Verfassung (GesArt. 1920: I. tc.), auf dessen Grundlage Miklós Horthy, ehemals kaiserlicher und königlicher Konteradmiral, Adjutant des Königs, Heerführer der konterrevolutionären „Nationalen Armee" zum Reichsverweser gekürt wurde (GesArt. 1920: II. tc.).[29] Ungarn hatte zwar seine verfassungsmäßige Staatsform, Königreich, behalten, jedoch ohne König.[30] Nach dem zweiten Versuch Karls IV. ins Land zurückzukehren wurde das „Detronisierungsgesetz" (GesArt. 1921: XLVII. tc.) entscheidend unter Druck von aussen verabschiedet, das machte die Frage der Thronbesteigung inaktuell. Die Königsfrage wurde *ad Grecas calendas* gelegt.

Unter den Verfassungsrechtlern, die an die Beurteilung der Lage aus entgegengesetzten Richtungen – aus legitimistischer Haltung oder der Position der freien Königswahl – herangingen, wurde die Ansicht zu eine Art *communis opinio*, dass das Land in den Zustand eines *öffentlich-rechtlichen Provisoriums* gelangt war. Und dies wurde im großen und ganzen auch berücksichtigt.

Der *Zweikammer-Reichstag* wurde auf neuer Grundlage 1927 wiederhergestellt; nachdem die zweite Nationalversammlung das zeimlich antidemokratische Wahlgesetz verabschiedet hatte (GesArt. 1925: XXVI. tc.) und das Gesetz über das Oberhaus (GesArt. 1926: XXII. tc.),[31] das neben den traditionellen Elementen auch die gewählten Vertreter von Munizipien, Wissenschaft und Hochschulwesen, sowie der Interessenvertretungen in die zweite Kammer kommen ließ. Das Gesetz über die Reform der Gemeinden und Munizipien wurde schon von diesem Reichstag verabschiedet (GesArt. 1929: XXX. tc.). All dies entstand im Zeichen einer Konsolidierung, die mit dem Namen des Ministerpräsidenten Graf István Bethlen (1921–1931) gekennzeichnet wird und von einer neukonservativen Geistigkeit geprägt ist.

[28] Ruszoly József: *Az első nemzetgyűlési választások előzményeihez* [Zu der Vorgeschichte der Wahlen in die erste Nationalversammlung] = Ruszoly József, Újabb magyar alkotmánytörténet [Neuere ung. Verfassungsgeschichte] (2002) 188-206. p.

[29] Vargyai Gyula: *Katonai közigazgatás és kormányzói* jogkör [Militärverwaltung und Befugnisse des Reichsverwesers] *(1919-1921).* Verlag Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1971.

[30] Stephan v. Csekey: *Das Königreich ohne König.* [...] Reichspost [Wien] 26. Februar 1926

[31] Csekey István: *A felsőház kérdésének irodalma* [Schrifttum zur Frage Oberhaus] *(Kérészy, Ereky és Zsedényi tanulmányai)* [Studien von K., E. und Zs.]. Budapesti Szemle, 1926. 592. sz. 467-475. – Nach Ernő Nagy (1885) war er gegen eine Vertretung der Munizipien (475.). Vgl. Ruszoly József: *Alkotmányjogi reformtörekvések az első nemzetgyűlés idején* [Verfassungsrechtliche Reformbestrebungen zur Zeit der ersten Nationalversammlung] = Ruszoly József, Újabb magyar alkotmánytörténet [Neuere ung. Verfassungsgeschichte] (2002), 207-263. p.

Ungarn kehrte 1920 in den Status eines Rechtsstaates mit parlamentarischem System zurück, das sowohl konservative wie auch liberale Merkmale aufwies, jedoch zweifelsohne antidemokratisch war, im öffentlichen Leben zeigten sich ja hier und da auch autoritäre Elemente. Es war, als auch István Csekey – ohne Ironie! – bezeichnete: „Das Königreich ohne König". Die große Weltwirtschaftskrise berührte zwar den staatlichen Aufbau der Horthy-Ära auch, eine unter der Ministerpräsidentschaft von Gyula Gömbös (1932–1936) auftretende „neue Generation" verlangte im Zeichen des "Zeitgeistes" Reformen; es haben sich ausgesprochen faschistisch-nationalsozialistische Parteien, Splitterparteien auch formiert, dennoch fanden diese vor den Wahlen 1939 kaum Zugang in die Gesetzgebung und an die Macht kamen sie erst – vereint in der Pfeilkreuzler-Partei – zum Ende der Ära hin, im Oktober 1944. Wo alles schon verloren war.

Obwohl noch der gemäßigt rechtsgerichtete Ministerpräsident Graf Pál Teleki auch Vorstellungen zu einer berufsständischen Verfassung (1940) hatte, erwies sich das System selbst als stark genug, um – angesichts des sich immer näher rückenden Weltkrieges bedauerlicherweise mit Einführung von allzu vielen Einrichtungen mit entgegengesetzter Wirkung (insbesondere durch die sog. Judengesetze) – im Grunde genommen die ungarische historische Verfassung zu bewahren, in dem Zustand, der durch das „öffentlich-rechtliche Provisorium" von 1920 erschaffen wurde. Und dies war nicht nur eine Verfassung auf Papier! Im März 1938, während in der Nachbarschaft, in Wien die Ereignisse des Anschlusses vor sich gingen, erließ man im ungarischen Parlament an dem Donau-Kai in Pest ein Gesetz zur Demokratisierung des Wahlrechtes... Freilich, historisch gesehen verspätet.

Die ungarischen Verfassungsrechtler, sogar die Legitimisten auch, versöhnten sich mit diesem System und seinem „öffentlich-rechtlichen Provisorium". Als aber, in der zweiten Hälfte der 1930-er Jahre, gerade aus dem Anlass der Neureglamentierung des parlamentarischen Wahlrechts, das Land vor einer umgreifenderen Verfassungsreform stand, waren diese Gruppen in den Debatten in der Fachliteratur bestrebt, ihre teilweise kontroversen Standpunkte durchzusetzen. Diese Reformen waren selbstverständlich auch damals durch die Regierungspolitik bestimmt. Im wessentlichen ging es darum: die Einführung eines allgemeineren und allenorts geheimen Wahlrechtes gelte es neben Kombinierung und innerer Gliederung des Wahlsystems (Mehrheitssystem, Proporzsystem) die Rechtsstellung des Reichsverwesers zu stärken und die Befugnisse des Oberhauses auszuweiten. Und dies wurde in den Jahren 1937–1938 in dieser Form in den Gesetzen verankert.[32]

7.

Der aus Estland heimgekehrte István Csekey, der den Lehrstuhl für Politikwissenschaft seiner einstigen Klausenburger Alma Mater, der Ferenc József Universität, die ihre Tätigkeit von 1921 an in Szeged fortführte, übernahm, hatte seine Antrittsrede als Lehrstuhlinhaber am 12. Oktober 1931 unter dem Titel *A szovjet államszemlélete* [Die Staatsauffasung des Sowjets] gehalten und diese Rede erschien bald darauf in der Zeitschrift der Universität. Obwohl er das Sowjetsystem entschieden

[32] Ruszoly József: *A törvényhozás intézményi alapjai a Horthy-korszakban* [Die institutionellen Grundlagen der Legislation in der Horthy-Ära] = Ruszoly József, Újabb magyar alkotmánytörténet (2002), 264-194. p.

ablehnte, welches nach seiner Einschätzung „keine »Diktatur durch die Proletarier« mehr, vielmehr »über den Proletariern«" ist, seine negativen Seiten – die Zentralisierung, die in Despotismus übergeht, Fehlen einer parlamentarischen Opposition, Leugnung der Feriheitsrechte, Ablehnung des Grundsatzes der Gewaltenteilung, die „revolutionäre Gesetzmäßigkeit" [Gesetzlichkeit!] – versuchte er in einen fachlichen Rahmen einzubinden. Und er wähnte sogar eine kleine trügerische Hoffnungsschimmer zu entdecken: in dem *Fünfjahrplan*, dieser wäre nämlich – wie er meinte – ohne aktives Mitwirken der Privatwirtschaft und des Auslandes unvorstellbar.[33]

Zu den europaweit aus der Krise des Parlamentarismus entwachsenden autoritären Systemen – im Klartext: faschistischen oder faschistoiden – Systemen bezog er einen im Grunde genommen ausharrenden Standpunkt. Etwas Anerkennung hatte er diesen dennoch gezollt. Ihnen entgegen stellte er nur unsere historische Verfassung, die mit ihrer beispiellosen Flexibilität nur der englischen Verfassung gleichkommen könne. Aus seinem ausgerechnet hier, in Tallin, in der juristischen Sektion des V. Kongresses für Finnougristik am Juni 1936 gehaltenen Vortrag, betitelt *Der autoritäre Staat und die ungarische Verfassung,* mit erhabener Stimme vorgeführt, kann ich jetzt nur die abschließenden Gedanken zitieren:

„Wenn die ungarische Verfassung die Feuerprobe von tausend Jahren bestanden hat, wäre es umso weniger begründet, sie für fremde Ideen zu opfern, da diese Verfassung auch in der Zukunft eine grosse nationalpolitische Rolle besitzen muss. Die ungarischen Institutionen müssen auch in der Zukunft über die künstlichen Grenzen leuchten, und die ungarischen öffentlichrechtlichen Einrichtungen müssen auf das abgetrennte Ungartum und auf seine fremdsprachigen Geschwister eine Anziehungskraft ausüben. Dies darf aber durch die Einschränkung der Verfassungsmässigkeit und der Selbstverwaltung nicht gemindert werden.

Das Ungartum wurde im Laufe seiner tausendjährigen Geschichte eben dadurch gekennzeichnet, dass es sich immer nach dem Abendlande orientiert hat. Dadurch wurde es von seinen Rassenverwandten, die im Osten von Europa geblieben sind, in das Donaubecken geführt. Dieser Orientation hat das Ungartum die Gründung des christlichen Nationalkönigtums zu verdanken."[34]

[33] Csekey István: *A szovjet államszemlélete.* [Die Staatsauffassung des Sowjets.] Széphalom, 1931.; 165-172. p. in Auszügen; Separatum: Széphalom Könyvtár 25. Dieses Separatum ist aus der Somogyi-Bibliothek verschwunden.

[34] Csekey István: *A tekintélyállam és a magyar alkotmány + Der autoritäre Staat und die ungarische Verfassung.* Jog, 1936. június; 76-88. p., zit.: 87. p. – Vö. Csekey István: *A német vezérállam* [Der deutsche Führerstaat]. Szeged, 1936. (A Somogyi-könyvtárból eltünt.); Csekey István: *A Harmadik Birodalom alkotmánya* [Die Verfassung des Dritten Reiches]. Magyar Szemle, 1936. június; 116-127. p. Im letzten Absatz dieses Artikel schrieb er: „Es ist gewiß, dass die Zukunft der ung. Schicksalsgemeinschaft in vielem magyar vom machtpolitischen Gewicht und vom politischen Willen Italiens und Deutschland abhängt. Vielleicht nie früher konnten wir so sehr erschütternd spüren, wie in den letzten Wochen, welch übermenschliche Kraft und Ansehen Deutschland zu geben vermochte die aufrüttelnde Herrschaft Hitlers. Wie wenn in der Zerreissung der letzten Fetzen des Diktats von Versailles das nahende Ende der Friedensdiktate von den Pariser Vororten auf uns zumurmeln würde. Mit Verwunderung richten wir unsere Blicke auf Mussolinis Italien und Hitlers Germania, wir können ein Beispiel daran nehmen, wie gewaltige Steigerung der seelischen und politischen Kräfte des Volkes es bedeutet, wenn Mittel und Zielsetzungen der politischen Führung aus der traditionsträchtigen Geschichte einer Nation geschöpft und ihrer Eigenart angepasst angewendet werden. Aber wir brauchen nicht fremde Losungen, oder neue Lebensart, sondern das, dass der tausendjährige große

Von den erwähnten verfassungsrechtlichen Reformen beschäftigte ihn vor allem das Problem der Stärkung des Institutes Reichsverweser. In der Magyar Szemle – einer niveauvollen Zeitschrift mit Regierungsunterstützung – erschien im Januar-Heft 1937 seine richtungweisende Studie unter dem Titel *A kormányzói jogkör kiterjesztése*[35] [Ausweitung der Befugnisse des Reichsverwesers], die in den Mittelpunkt der Debatte des Themas geraten, das Ergebnis der Debatte in der Acta der Universität zusammenfasste (*A kormányzói jogkör reformja* [Reform der Befugnisse des Reichsverwesers], 1937).[36] Ohne an dieser Stelle auf Einzelheiten einzugehen, hier der Kern seines Standpunktes: und zwar wiederum eine Stärkung der Rechtstellung des Amtes des Reichsverwesers als Staatsoberhaupt. In den Grenzen eines langgezogenen und unsicheren Provisoriums wünschte man eine größere Stabilität zu erreichen, und befürwortete gegenüber den Einschränkungen von „republikanischem" Charakter die quasi herrscherlichen (königlichen) Befugnisse. Er bewegte sich betont in den Rahmen der ungarischen historischen Verfassung. Aus dem Lösungsvorschlag auf die Frage der Amtsnachfolge und Stellvertretung des betagten Reichsverwesers kann man nur noch höchstens nach legitimistischer (katholischer) Lesart eine Art „Dyanstiegründung" herauslesen. All dies hing damals in der Luft. In den diesbezüglichen Gesetzen wiederspiegelten sich auch die meistens einstimmigen Auffassungen der Staats- und Verwaltungsjuristen. Nur das der katholischen Kirche zustehende Oberpatronatsrecht ist aus den erweitierten Befugnissen des Reichsverwesers auch weiterhin ausgelassen worden. (Miklós von Horthy gehörte zur reformierten Konfession!) Und der Vorschlag – von Gyula Gábor übernommen – das Amt des Reichsverwesers zu der Würde eines Fürsten zu umfunktionieren, hatte ebenfalls keinen Zuspruch gefunden.[37]

Um jene Zeit herum erschienen übrigens der Reihe nach seine kernigen Studien, auf die ich hier – bedeauerlicherweise – lediglich nur verweisen kann; wie etwa *A kötelező szavazás* [Der Stimmzwang] (1935);[38] *A magyar nemzetfogalom* [Der ungarische Begriff der Nation] (1938).[39]

---

ungarische Gedanke zur Wirklichkeit werden kann. Unsere Schicksal wendet daran, ob wir die alte Verfassung und Traditionen hinüberretten können aus dem jetzigen Wirrwarr für eine neue Welt, die jetzt geboren wird."

[35] Csekey István: *A kormányzói jogkör kiterjesztése.* [Die Ausweitung der Befugnisse des Reichsverwesers.] Magyar Szemle, 1937. január; 5-16. Vgl. von früher: Csekey István: *A kormányzó és jogköre.* [Befugnisse des Reichsverwesers.] Magyar Jogi Szemle, 1920. 257. skk. p.

[36] Csekey István: *A kormányzói jogkör reformja* [Reform der Befugnisse des Reichsverwesers]. Acta Litterarum ac Scientiarum reg. Universitatis Hung. Francisco-Iosephinae, Sectio Juridico-politica, Tom. X. Fasc. 5. Szeged, 1937. [60 p.]; vgl. Csekey István: *A kormányzó és jogköre* [Der Reichsverweser und seine Befugnisse]. Magyar Jogi Szemle, 1920. 257-265. (Zensuriert!)

[37] Siehe noch: Csekey István: *Az alkotmányjogi törvényhozás és irodalom áttekintése Magyarországon az 1937. évben + Übersicht über die verfassungsrechtliche Gesetzgebung und Literatur in Ungarn im Jahre 1937.* Szeged, 1938. Separatum: Jog V. Bd. 1-2. Nr.; Stephan v. Csekey: *Die verfassungsrechtlichen Reformen in Ungarn.* Separatum: Zeitschrift für Osteuropäisches Recht, ohne Jahr [1937 oder 1938], 489-505. p.

[38] Csekey István: *A kötelező szavazás* [Der Stimmzwang]. = Polner Ödön [Festschrift] Emlékkönyv. Dolgozatok Polner Ödön egyetemi ny. r. tanár születésének 70. évfordulójára. Szeged, 1935. Acta [...] Tom. VII. 1. 107-162. Stephan v. Csekey: *Valimise kohustus.* [Wahlpflicht]. Eesti Politsei, 1932. 276. p.

[39] Csekey István: *A magyar nemzetfogalom* [Der ung. Begriff der Nation]. = Menyhárt Gáspár Emlékkönyv [Festschrift]. Dolgozatok Menyhárt Gáspár egyetemi ny. r. tanár születésének 70. évfordulójára. Szeged, 1938. Acta [...] Tom. XIII. 105-191. p. Vgl. Csekey István: *Faj és nemzet* [Rasse und Nation]. Szeged, 1939. 15 p. Separatum: Beszámoló a szegedi m. kir. Ferenc József-

8.

Ein kulturhistorisches Interesse, das über den engeren Fachbereich István Csekeys hinausweist, bezeugt, wie tiefgreifend fachkundig er sich mit dem Ungartum unseres großen Komponisten deutscher Herkunft, Liszt Ferenc/Franz Liszt befasste.[40] Auch darin ist etwas Symbolisches, dass er zwanzig (!) Übersetzungen von *Szózat* – unserem großen Nationalgedicht – gesammelt und herausgegeben hatte mit seinem Vorwort versehen: im Jahre *1940*. Das Gedicht stammt aus der Feder unseres großen Dichters des Reformzeitalters des 19. Jh. Mihály Vörösmarty und apelliert nämlich an die Völker der *großen Welt.*[41]

9.

Gemäß dem zweiten Wiener Schiedsspruch vom 30. August 1940 waren in der Reihe der „landmehrenden Schritte" – die ehemals zu Ost-Ungarn gehörenden Teile (histroisch das *Partium*) und die nördliche Hälfte von Erdély/Siebenbürgen zurückgekehrt, die 1920 an Rumänien abgetreten wurden. Die Franz Joseph Universität – auf gesetzlicher Grundlage – binnen Wochen nach Kolozsvár/Klausenburg heimgekehrt. In Wirklichkeit blieb sie zum größten Teil in Szeged als neue Hochschuleinrichtung (Horthy Miklós Universität), jedoch war die Recht- und Staatswissenschaftliche Fakultät – wesentlich verstärkt – tatsächlich nach Erdély/Siebenbürgen wieder nach Hause umgezogen (1940–1944).

István Csekey hatte hier endlich mal den Lehrstuhl erlangt, der seinem Wissenschaftszweig am meisten entsprach, den Lehrstuhl für das ungarische öffentliche Recht. Er hatte viel auf sich genommen. Er hatte beispielsweise die Seminar-(Fakultäts) Bibiothek wieder hergerichtet. Etwa als Vorstellung wurde von der Fakultät ein Acta-Band unter dem Titel *Werbőczy István* veröffentlicht, aus der Feder von vier ihrer Professoren zum 400. Todestag des Autors der großen Zusammenfassung des ungarischen Gewohnheitsrechtes, des *Tripartitum* (1517). Darin schrieb er unter dem Titel *Werbőczy és a magyar alkotmányjog* [Werbőczy und das ungarische Verfassungsrecht] einen Aufsatz, und veröffentlichte auch die Bibliografie des Tripartitum *(A Tripartitum bibliográfiája).*[42]

---

tudományegyetem 1938-39. tanévi működéséről. – Vielleicht ist es unnötig zu betonen, dass der Autor den Ausdruck *'faj/fajta'* [Rasse] nicht in rassistischem Sinne, sondern im Sinne wie er zum Beispiel in der Dichtkunst von Endre Ady (1877-1919) bekannt ist, verwendet hatte.

[40] *„Hírhedett zenésze a világnak". Egykori versek Liszt Ferencről.* [Ein berühmt-berüchtigter Musiker der Welt. zeitgenössische Gedichte über Franz Liszt.] Gesammelt mit Einleitung und Erklärungen ergänzt von Csekey István und Diósi Géza. Szeged, 1936.; Csekey István: *Liszt Ferenc származása és hazafisága.* [Abstammung und Patriotismus von F.L.] Budapest, 1937., Separatum aus Nummer 720 von Budapesti Szemle. Vgl. Csekey István: *Magyarság és asszimiláció.* [Ungartum u. Assimilation.] Magyar Szemle, 1939. január; 16-22. p.

[41] Csekey István: *A Szózat és a Nagyvilág* [Das Lied „Apell an die Nation" und die Große Welt]. *L'Appel Chant National Hongrois en 20 langues.* Cserépfalvi, Budapest, 1940.

[42] Csekey István: *Werbőczy és a magyar alkotmány* [W. und die ung. Verfassung]. = Werbőczy István. Balás P. Elemér, Csekey István, Szászy István és Bónis György előadásai a Jog- és Államtudományi

Wie die Grundidee der ungarischen historischen Verfassung, die Lehre von der Heiligen Krone in dem *Tripartitum* erscheint, dazu zitiere ich aus dem deutschsprachigen Auszug aus Csekeys Studie.

„Werbőczy vereinigt und ergänzt die Idee von der Krone als Urquelle der Staatsmacht und die organishe Staatsauffassung mit dem Gedanken der Machtübertragung, stellt aber noch immer an die Spitze seines *Tripartitum* das Prinzip der Einheit des Adels.

Nach seiner Lehre stammt die Macht des Herrschers von der Gemeinschaft, der *communitas*. Der Fürst wird von den Adeligen gewählt, der Adel aber vom Fürsten verliehen. Der Nachdruck ruht auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit, stammt doch der ganze Adel vom König, die königliche Macht aber vom ganzen Adel.

Hierdurch gewinnt die Lehre von der Heiligen Krone die Fassung Werbőczys vom Anfang des 16. Jahrhunderts. Früher galten die Idee der Krone und die organische Staatsauffassung als zwei ursprünglich abgesonderte und sich selbständig entwickelnde politische Gedanken. Die Verknüpfung der Idee der Krone mit der Erfassung der Krone als Staatskörper ist schon die ausschliessliche Schöpfung Werbőczys. Bei ihm findet sich erstmalig die verfassungsrechtliche These, dass alle Adeligen gleichermassen Mitglieder der Heiligen Krone sind und ebenso gleichermassen der Macht des aus ihrem Willen gekrönten Königs unterstellt sind. Der Lehre von der Heiligen Krone bedurfte Werbőczy vor allem, um die Gleichheit des Adels und den „demokratischen" Charakter der Gemeinschaft der Adeligen darzulegen.

Vom Prinzip der Volkssouveränität, nach dem das Recht der Gesetzgebung der Gemeinschaft zusteht, leitet Werbőczy den Satz her. In diesem Kapitel des *Tripartitum* finden wir die wichtigsten Grundsätze unserer Verfassung, die von Werbőczy selbst als die nationalsten Eigenheiten dieser Verfassung betrachtet wurden, und dann während des späteren Lebens unserer geschichtlichen Verfassung die staatsrechtlichen und politischen Ideale langer Generationen gebildet haben. Sie bewehrten sich gleichzeitig auch als starke Kraftquellen der Nation in ihren Kämpfen um die staatliche Selbständigkeit und Verfassung."[43]

10.

István Csekey hat in seinen Arbeiten mit Stolz die große Flexibilität der ungarischen historischen Verfassung gewürdigt gegenüber der Starre/Unbeweglichkeit der chartalen Verfassungen. Dadurch ist es dem Land gelungen, das durch Revolutionen und Konterrevolution ausgelöste *vacuum iuris* zu überbrücken (Béla

Kar Werbőczy halálának 400 éves évfordulója alkalmából rendezett ünnepélyén, a Tripartitum bibliográfiájával. [...]. Universitatis Francisco-Josephina Kolozsvár, Acta Juridico-politica 2, Kolozsvár, 1941. 43-81. Auszug: *Werbőczy und das ungarische Verfassungsrecht* [!], 200-205. p.; vgl. Etienne Csekey: *Werbőczy quatre fois centenaire.* Separatum: Nouvelle Revue de Hongrie, Budapest, 1942.

[43] Acta Juridico-politica, Kolozsvár (1941), 204-205. p. Vgl. als bis heute grundlegendes Buch: Eckhart Ferenc: *A szentkorona-eszme története.* [Geschichte der Idee der Heiligen Krone.] Budapest, 1941.

Zsedényi), und von ihr erhoffte man das parlamentarische Regierungssystem in den Jahren des tobenden Krieges hinüberretten zu können.

Wie hatte er doch gleich unsere historische Verfassung in seiner Abhandlung *Ungarns Staatsrecht nach dem Weltkrieg* (1926) charakteirsiert?

„Ungarns Verfassung ist, ihrer langsamen geschichtlichen Entwicklung aus dem Volksleben entsprechend, in keiner Verfassungsurkunde zusammengefaßt, sondern in den verschiedenen Gesetzen der verschiedenen Zeiten zu finden. Wer sich in Heidelberg für die Universität interessiert, wird gleich zum uralten Gebäude der Ruperto-Carola geführt; in Oxford jedoch könnte die Universität niemandem gezeigt werden, denn sie ist die ganze Stadt mit ihren in verschiedenen Jahrhunderten gebauten Collegen und Instituten. So steht es auch mit den Verfassungen Englands und Ungarns. Vergebens sucht man hier ein Grundgesetz, in dem die Verfassungssätze niedergelegt sind; beide Königreiche besitzen den Kartaverfassungen anderer Staaten gegenüber eine historische Verfassung. In dieser Beziehung sind sie einander gleich und in der ganzen Welt alleinstehend."[44]

Ich gestehe es ein, ich als Verfassungshistoriker im 20. und 21. Jh. muss an dem 'tausendjährigen' Bestehen dieser historischen Verfassung, was unser Autor auch so häufig betonte, zu nicht geringem Anteil um „Zeitgeist belastete Ideen" abzuwehren, *leichten* Zweifel hegen muss. Unsere historische Verfassung im bürgerlichen Zeitalter beruhte nämlich im Grunde genommen auf solchen positiven Gesetzen, welche auf der letzten ständischen Dieta von 1847/48 und in späteren Legislaturperioden entstanden waren. Die Lehre von der Heiligen Krone, die auf István Werbőczys *Tripartitum* zurückgeführt war, war nahezu das einzige solche Element, das die Verbindung mit dem Ständewesen aufrechterhielt. Dieses hielt jedoch seine Stellungen so fest, dass sogar der Vater des ungarischen öffentlich-rechtlichen Positivismus, Ernő Nagy sich gezwungen fühlte, damit zu rechnen; wenn auch nicht allzu betonend-hervorhebend, und eher in Vergangenheitsform.

„Der König, der die Krone trägt und die Adeligen, die Mitglieder der Heiligen Krone, bildeten zusammen den ganzen Körper der Heiligen Krone und in Form eines Reichstages zusammengetreten übten deren souveraines Recht aus, schufen Gesetze. Dies ist die Theorie, welche der heute herrschenden Theorie der staatlichen Persönlichkeit in jeder Hinsicht entspricht, erheblich dazu beigetragen hat, dass der öffentlich-rechtliche Charakter der Staatsgewalt bewahrt wird.

Die Heilige Krone drückt ferner die Einheit der Nation mit seinem König aus, genauso wie die Krönung die Tatsache der Vereinigung symbolisiert; sowie steht als Sinnbild für die territoriale Integrität des Staates, die Herrschaftsgewalt über dem Territorium, und daher entspringen solche Ausdrücke wie: »Länder der heiligen Krone«, das »Gebiet der heiligen Krone«.

An all dem hatte die Gesetzgebung des Jahres 1848 nur soweit geändert, indem sie an Stelle der ständischen Gliederung der Nation den einheitlichen Begriff der Staatsangehörigkeit treten ließ, die politische Rechtsfähigkeit auf alle Bürger des Staates ausweitend."[45]

[44] zit. Werk, 410. p.

[45] Nagy Ernő: *Magyarország közjoga (Államjog)* [Ungarns öff. Recht. (Staatsrecht)]. Atheneaum, Budapest, 51905. 224. p.

Viel stärker ließ sich dies spüren bei István Csekey – um das königliche Bestreben abzuwehren, das eventuell auf Übermacht hinaus gerichtet sein könnte – in seinem Werk *A magyar trónöröklési jog* [Das ungarische Thronfolgerecht] (1917). Und wie eine Theorie, die vorgesehen war die rechtlichen Grundlagen für die (erste) Nationalversammlung *(nemzetgyűlés)* und somit zugleich für das öffentlich-rechtliche Provisorium der Horthy-Ära zu „ergründen", überlagerte sie auch einigermaßen bei ihm das positive öffentliche Recht. Durch die stärkere Betonung hat er freilich auch selbst Zugeständnisse gemacht, zu Lasten des öffentlich-rechtlichen Positivismus. Inwiewet dies begründet war, ist heute schon eher eine ideengeschichtliche, als institutionsgeschichtliche Frage.[46]

Ich selber, der als Verfassunghistoriker auch mehrmals über die Notwendigkeit einer echten Rückkehr zu unseren erprobten bürgerlichen Institutionen schrieb, kann ich selbst Ungarns heilige Krone und die damit verbundene Lehre nur in ihrer Geschichtlichkeit akzeptieren.[47] Geistige, ja politische Bestrebungen von heute die heilige Krone mit Rechtssubjektivität gar mit "Mysterium" auszustatten, auszurüsten[48] sind wiederum nach meiner Einschätzung geradezu geeignet die Aufmerksamkeit ausgerechnet von den erneuerungswerten Institutionen unserer einstigen historischen Verfassung abzulenken. Während man nämlich beispielsweise die Krone „per Schiff hin und her dahingleiten lässt", wird in Wirklichkeit unsere tausendjährige Grundinstitution, das – ansonsten schon 1990 „ausgehöhlte" – Komitatesystem *(megyerendszer)* aufgeopfert im Zeichen eines „Regionalismus", der in der ungarischen Verfassungsgeschichte völlig ohne Wurzeln und Vorgeschichte dastehet.[49] Und siehe und staune, aufgrund eines Paktums wurde 1990 in unsere Verfassung (das vielfach geänderte Gesetz 1949: XX. tv.) an Stelle der dem Parlament verantwortlichen Regierungsgewalt (GesArt 1848: III. tc.) auch ein Kanzler-System hineingeschmuggelt. Ungeachtet der Tatsache, dass letzteres in unserer historischen Verfassung der bürgerlichen Zeit sogar zweimal abgeschafft wurde. (1848, 1867). Nicht im Geiste István Csekeys und nicht im Zeichen eines ungarischen öffentlich-

[46] Vö. Kardos József: *A szentkorona-tan története*, [Die Geschichte der Lehre von der Heiligen Krone.] *1919-1944.* Budapest, 1987.

[47] Vgl. Gábor Máthé: *Die Bedeutung der Lehre von der Heiligen Stephanskrone für die ungarische Verfassungseutwicklung.* = Ungarn und Europa – Rückblick und Ausblick nach tausend Jahren. Hrsg. von Georg Brunner. Südosteuropa-Gesellschaft, [München, 2001] /Südosteuroipa-Studie 68/ 49-58. p. „Die Heilige Krone – zitiert der Verfasser das Gesetz I vom Jahre 2000 – lebt als ein die Kontinuität und Unabhängigkeit des ungarischen Staates verkörpernde Reliquie im Bewußtsein der Nation und in der ungarischen öffentlich-rechtlichen Tradition. Anläßlich der tausendjährigen Wiederkehr der Staatsgründung erhebt Ungarn die Heilige Krone auf einen würdigen Platz und überführt sie aus dem Museum der Nation unter den Schutz des die Nation repräsentierenden Parlaments." – Ich halte mich zu meinem begründeten wissenschaftlichen Standpunkt: „A szent koronának a Nemzeti Múzeumban a helye." („Die Heilige Krone hat ihren Platz im Nationalmuseum.") – Ruszoly József: *Az alktományozás történetisége.* [Die Geschichtlichkeit der Verassungsgebung] (1989) = Ruszoly József: *Máig érő alkotmánytörténelem. Írások és interjúk.* [In unsere Tage hineinreichende Verfassungsgeschichte. Schriften und Interviews.] Bába Kiadó, Szeged, 2002. 37-50. p. Zitat: 50. p.

[48] Kocsis István: *A Szent Korona tana, múltja, jelene, jövője.* [Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft [!] der Lehre von der Hl. Krone]. Püski, Budapest, 11995, 21996; Kocsis István: *A Szent Korona misztériuma.* [Mysterium der Hl. Krone.] Püski, Budapest, 1997; Bokor Levente: *Az elveszett alkotmány. Konferencia az alkotmányról az Európai Unió kapujában* [Die verlorene Verfassung. Konferenz über die Verfassung im Tor zur EU]. Hitel, 2002. december; 125-127. p.

[49] Ruszoly József: *„A népi önkormányzat útján"* [Auf dem Weg zur volksnahen Selbstverwaltung]. (Erscheint im Band von „Szeri Szárszó".)

rechtlichen Positivismus konnte und kann so etwas passieren. Gerade im Gegenteil! Dies muss nur eine Folge von Vergessen und Vergessenmachen sein. Der Rechtshistoriker kann nur noch eines tun: erinnern und mahnen. Im Geiste von Ernő Nagy, István Csekey, József Szabó und anderer ehemaliger Professoren.

11.

Ein Ergebnis des Wirkens von István Csekey als Professor in Kolozsvár/Klausenburg ist sein Lehrbuch (*Magyarország alkotmánya,* 1943), das ich angfangs bereits erwähnte und – an dieser Stelle schon allein aus Platzgründen nicht analysieren kann, obwohl er darin Fragen aufwirft, die an sich einer gründlichen und detaillierteren Analyse wert wären – zusammen mit seiner deutschen Übersetzung (*Die Verfassung Ungarns,* 1944). Wann aber Letzteres genau erschienen war, kann man nicht genau wissen; aus einer Dedikation an László Buza vom *30. März 1945*, von mir hier auch zitiert lässt sich darauf folgern, dass dies vielleicht erst gegen Ende1944 erfolgt sein könnte.

Die Universität Kolozsvár/Klausenburg wurde Anfang Oktober 1944 evakuiert. Nur wenige sind geblieben. An der juristischen Fakultät blieb Professor László Búza, der Völkerrechtler. Auch ihm ist es zu verdanken, dass in Kolozsvárt die ungarische Universität und die ungarischsprachige juristische Ausbildung noch eine zeitlang erhaltenblieben. Wir wissen davon, dass nachdem Budapest eingenommer worden war, im Februar-März 1945 manche zurückkehrten, sogar „als Gastprofessoren" bis 1947–1948 haben sie auch an der durch die Bukarester Regierung gegründeten Bolyai-Universität mit ungarischer Unterrichtssprache gelehrt. (Diese wurde übrigens 1959 unter dem Namen Babeş-Bolyai Tudományegyetem mit der rumänischsprachigen Universität Kolozsvár/Klausenburg/Cluj-Napoca [!] zusammengezogen. Das Ungartum kämpft bis heete vergeblich um die Errichtung einer eigenen – von der Republik Rumänien finanzierten – Universität in Siebenbürgen/Erdély/Transilvania.)

12.

István Csekey wurde zwar am 13. Dezember 1945 zum Lehrstuhl für Verfassungsrecht der neu gegründeten Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaft der Universität Szeged berufen, er bat jedoch um Beurlaubung, und setzte dann seine Tätigkeit an der Universität Pécs fort, wo er am 3. November 1946 ernannt wurde, und er wirkte dort bis zu seiner Pensionierung am 8. Oktober 1951.

Seine Amtsnachfolger am Lehrstuhl in Pécs gedachten und gedenken seiner Person mit Verehrung. Er war stets bemüht, die stürmischen Umwälzungen in seinen Lehrmaterialien zu verfolgen. In seinem nach der eine Staatsformveränderung bewirkenden GesArt. 1946: I. tc[50] geschriebenen Skriptum *A Magyar Köztársaság*

[50] Ruszoly József: *„Magyarország köztársaság". Az államfői jogok 1944-45-ben és az 1946: I. tc. létrejötte* [„Ungarn ist eine Republik". Die Staatsoberhauptsbefugnisse in den Jahren 1944-45 und die Entstehung des GesArt. 1946: I. tc.]. = Ruszoly József, Újabb magyar alkotmánytörténet (2002), 361-393. p.; Ruszoly József: *Ungarn in Übergang zur Republik, 1944-1946.* Der Staat, 1990. Bd. 29. Heft 2., 274-290. p.

alkotmánya (²1947), *Verfassung der Ungarischen Republik*[51] konstatiert er schon inhaltlich das Erlöschen der historischen Verfassung, er macht zwar noch die Anmerkung: pro forma ist die Verfassung – in Ermangelung einer chartale Verfassung – noch immer eine vom historischen Charakter geblieben. In zwei akademischen Jahren hatte er noch noch die chartale (sozialistische) Verfassung (1949: XX. tv.) auch gelehrt, dennoch wolte er parallel zu seinem davon geschriebenen Skript in Rotaprint auch sein Werk *Összehasonlító alkotmányjog* [Vergleichendes Verfassungsrecht] (1951) in die Hand seiner Studenten geben ...

Weiterhin beschäftigte ihn das Leben von Ferenc/Franz Liszt. Erschienen sind zwei Studien über in Russland tätige Ungarn – über János Hanulik (1954) und Mihály Balugyánszky (1956) –, sowie einige heimatkundliche Werke, darunter eine postum erschienene Bibliografie des Komitats Baranya und der Stadt Pécs (*Baranya és Pécs bibliográfiája*, 1964).

Das Tageslicht nicht erblickte sein Werk *Schrifttum des ungarischen Verfassungsrechtes*, welches er in der deutschen Auflage seines Lehrbuches (1944) vorangekündigt hatte und an dem er später eine Zeitlang auch arbeitete.[52]

13.

István Csekeys Werke reden für sich. Nur lesen müßte man sie! Und ihre nun mehr endgültig historisch gewordene Materie benutzen.

Ich konnte nur die Hauptströmung seines Wirkens vorstellen. Auch das lückenhaft. Ich kann hier nur noch z. B. seine Studie zum Schutz der verfassungsmäßigen Selbstverwaltung der Komitate in der Zeit des Dualismus[53] und seine Schriften zum Thema Rechtssetzung per Rechtsverordnungen erwähnen.[54] Und was mir am meisten am Herzen liegt: seine Abhandlungen zur parlamentarischen Wahlprüfung, die ihm selber auch die ersten Erfolge brachten. Von diesen las ich und benutzte als erstes etwa vor drei Jahrzehnten seinen Aufsatz unter dem Titel *Über das*

[51] [Csekey István:] *A Magyar Köztársaság alkotmánya. Kiegészítések Csekey István egyetemi tanár „Magyarország alkotmánya" című kötetéhez alapvizsgázók és szigorlók részére. Előadásai nyomán készült jegyzet* [Verfassung der Ungarischen Republik. Ergänzungen zum Band „Verfassung Ungarns" von Univ.-Prof. I. Cs. für Prüflinge der Grundprüfung und Rigorosa. Ein Skriptum nach seinen Vorlesungen]. Pécs, 1947. (Lázár Nyomda; Rotaprint) 59 p., zit: 9.

[52] Ádám Antal – Bihari Ottó: *A közjog – alkotmányjog – államjog.* [Öff. Recht – Verwaltungsrecht – Staatsrecht] = *Fejezetek a pécsi egyetem történetéből* [Kapitel aus der Geschichte der Universität Pécs.] Red. Csizmadia Andor. Pécs, 1980. 139-142. p.

[53] Csekey István: *Közigazgatási reform és alkotmánybiztosíték* [Verwaltungsreform und Verfassungsgarantie]. Budapest, 1914. 23 p. Separatum: Magyar Társadalomtudományi Szemle, 1914, Nr. 1.

[54] Csekey István: *A rendelet elméleti kérdései* [Theoretische Fragen der Rechtsverordnung]. in: Magyar Közigazgatás, 1927. 4. sz.; Stefan v. Csekey: *Ausnahmgewalt und Freiheitsrechte in Ungarn, nach dem Kriege.* Ostrecht, 1926. Bd. II.; Csekey István: *A rendeletalkotási jog új iránya.* [Eine neue Richtung im Verordnungsrecht]. Némethy Károly Emlékkönyv [Festschrift], Budapest, 1932. 74. skk. p. Csekey István: *Tehet-e közigazgatási intézkedéssel kivételt a miniszter saját rendelete alól?* [Kann der Minister durch Verwaltungsmaßnahme Ausnahme machen von der eigens erlassenen Verordnung?] Kolozsvár, 1943. 3-12. /Az Erdélyi Múzeum-Egyesület Jog-, Közgazdaság és Társadalomtudományi Szakosztályának Értekezései 1./

System der Prüfung parlamentarischer Wahlen (1913).[55] Auch durch ihn bin ich – neben seinem auch dem Beispiel der hervorragenden Persönlichkeiten unserer Fakultät in Szeged: Ödön Polners, Dénes Goltners und József Szabós gefolgt – zum Erforscher und Monografisten eines bedauerlicherweise aus den Kompetenzen der heutigen ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit „vergessenen ausgelassenen" Institutes geworden.[56]

*

Auch wenn ich persönlich nicht die Gelegenheit hatte, ihn zu kennen, waren wir mit ihm doch Zeitgenossen. Meine universitäre Laufbahn als Praktikant vor vierzig Jahren negann gerade in dem Monat – zum 1. August 1963 –, in dem er starb. *Magyar volt és professzor volt. Er war Ungar und Professor.* Mit diesen Worten nahm er 1937 Abschied on den Romanisten Albert Balásfalvi Kiss, dem zu früh von uns gegangenen und seinem geliebten Koprofessoren in Kecskemét, später in Szeged. Auch sein ganzes Lebenswerk im Überblick kann ich nun nichts mehr von ihm sagen.

[55] Stefan v. Csekey: *Über das System der Prüfung parlamentarischer Wahlen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Studie auf rechtsvergleichenden Grundlagen.* Breslau, 1913. 21 p. Separatum: Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht, Bd. VI. Heft 5/6. – Vorausgegangen: Csekey István: *A választási bíráskodás szervezéséhez (Állam- és közigazgatásjogi tanulmány, tekintettel az Országos Jogászgyűlés V. szakosztályának kitűzött kérdésére)* [Zur Organisierung der Wahlprüfung. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Studie, zum Programm der Fachabteilung v des Landesjuristentages] Budapest, 1911. Separatum: Magyar Társadalomtudományi Szemle, 1911. október; Stefan Csekey: *Ein Beitrag zur Wahlprüfungsorganisation.* Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre. 1912. Jg. VIII. Nr. 2., 43. p. Zuletzt: Csekey István: *A választási bíráskodás* [Die Wahlprüfung]. Jogállam, 1925. XXIV. évf. 5/6. sz. 206-213. p.

[56] Ruszoly József: *A választási bíráskodás története Európában.* Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXII. Fasc. 7. Szeged, 1975. 57 p. (Inhalt: Die Geschichte der Wahlprüfung in Europa. 55-57. p.); Ruszoly József: *A választási bíráskodás Magyarországon. 1848-1948.* Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1980. 563 p. (Inhalt: Die Wahlprüfung in Ungarn. 1848-1948. 55-564. p.); József Ruszoly: *Zur Institutionengeschichte der parlamentarischen Wahlprüfung in Europa.* Der Staat, 1982. Bd. 21. Heft 2., 203-229. p.; József Ruszoly: *Zur Zur Institutionsgeschichte der parlamentarischen Wahlprüfung in Ungarn. 1848-1948.* Ungarn-Jahrbuch, 1982/1983. Bd. 12. 149-168. p.; József Ruszoly: *Die verlorengegangene Institution. die Frage der parlamentarischen Wahlprüfung vor dem Nationalen Runden Tisch 1989 in Budapest.* Parlaments, Estates and Representation Vol. 23., November 2003. (Unter Druck.) – Übersetzung von Dezső Kulcsár (Universität Debrecen).

*Diese Arbeit liegt auf dem OTKA-Vertrag T 043195/2003. (Themenleiter: Prof. Dr. József Ruszoly, Universität Szeged.

Die Grundrechte und deren Geltung in dem sozialistischen Ungarn

Magdolna Szigeti

Pázmány-Péter-Katolischen-Universität

Die Menschenrechte wurden in Ungarn erst nach dem zweiten Weltkrieg allgemein formuliert. Die ungarische Goldene Bulle vom Jahre 1222 – genauso, wie das englische Magna Charta – sicherte bloß für die privilegisierten Gesellschaftsschichten bestimmte Freiheitsrechte. Vom Ende des 18-ten Jahrhundert an gab es in Ungarn solche Bestrebungen, aufgrund deren erst der Gedanke auftauchte, daß die Menschenrechte der französischen Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte ähnlich in verfassungsrechtlichen Rahmen geregelt, oder wenigstens einige von denen garantiert werden sollten. Darüber wurde in Ungarn in einer solchen Zeitepoche gesprochen, als die feudalistischen Merkmale weder in der Gesellschaft, noch in der Wirtschaft, noch in der Gesetzgebung abgebaut waren, die anonymen Flugblätter[1] argumentierten auch damit, dass die Freiheitsrechte auf die Schicht der Bauer erstreckt werden sollten, damit sie spüren, sie seien auch Mitglieder der Nation. Die Religionsfreiheit störte am Ende des 18-ten Jahrhunderts als erstes von den Freiheitsrechten die Ungleichheit der Gesellschaft. In Siebenbürgen, „in dem anderen Heimatland" aber wurde das freie Predigen der 4 Religionen, der katholischen, reformierten, evangelischen und unitarischen Religion 1568, an der Landesversammlung in Torda angenommen. Die Bestrebungen der sogenannten Reformzeit bedeuteten bescheidene Vorschritte, aber die Träume einer engen Intellektuellengruppe konnten doch nicht verwirklicht werden, eben wegen den Gesetzen, die ihren feudalistischen Charakter bewahrten.[2]

Die Gesetzgeber der Revolution vom Jahre 1848 formulierten auch keine Verfassung, die Menschenrechte wurden in breiten Rahmen nicht deklariert, trotz dessen, daß die verfassungsrechtlichen Rahmen des Bürgerstaates festgelegt wurden, aber bloß auf der Ebene der Pressefreiheit, Lehrfreiheit, und Religionsfreiheit wurden einige Schritte getan /die izraelitische Religion wurde erst aufgrund des Gesetzes Nr. XLII. vom Jahre 1895 zur gezetlich rezipierten Konfession/, weiterhin auf der Ebene der nationalen Gleichberechtigung, und der Eigentumsfreiheit, die auch später, erst aufgrund des Gesetzes Nr. V. vom Jahre 1878 unter privatrechtlichen und strafrechtlichen Schutz genommen wurde.Vor dem ersten Weltkrieg gehörte die Frage der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit bloß zu den Bewilligungskompetenzen

[1] Benda, Kálmán: A magyar jakobinusok iratai, Budapest, 1957. I. kötet, 88-92., 94-101., 117-149. oldalak (Titel übersetzt: Die Schriften der ungarischen Jakobiner)

[2] Csizmadia, Andor: Az emberi jogok deklarációi és helyük a magyar alkotmány tükrében (Titel übersetzt: Die Deklarationen der Menschenrechte und deren Lage im Spiegel der ungarischen Verfassung), In: Jogtudományi Közlöny, 1974, 550-559 p. 551.

der Polizeibehörden, dadurch dem Innenminister.[3] Die Revolutionswelle vom Jahre 1918/19 hat wieder die Frage der Menschenrechte auf die Tagesordnung gesetzt, aber die Zeitperiode zwischen den zwei Weltkriegen begünstigte in vielen europäischen Ländern die Diktaturen, so konnten die demokratischen bürgerlichen Menschenrechte nicht einmal in Ungarn zur Geltung kommen.

Direkt nach dem zweiten Weltkrieg gab es noch Hoffnungen auf die demokratische Umwälzung, aber die Stärke der sowjetischen Besetzung zeigte im Jahre 1948 eindeutig, daß es für Ungarn nur einen einzigen Weg gebe, den Sozialismus. Dessen rechtliche Rahmen wurden durch die Verfassung vom Jahre 1949 (Gesetz Nr. XX.) festgelegt. Die ehemaligen sog. sozialistischen Länder, so auch Ungarn, haben sich bei der Verfassungsgebung die sowjetische stalinistische Verfassung vom Jahre 1936 zum Vorbild genommen.

Im Jahre 1949, genauso wie in der Sowjetunion im Jahre 1936, sprach man in der Verfassung nur über miteinander im Bunde stehende Gesellschaftsklassen, über die Arbeiter, Bauer, und Intellektuellen, unter denen es keine unlösbare politische Gegensätze mehr gibt, die Intellektuelen stammen ja auch von den anderen zwei Klassen (die ehemalige Aristokratie und Intelligenz lebte entweder nicht mehr in Ungarn, wenn doch, dann war sie verhaftet, oder deportiert, oder tat manuelle Arbeit). So rechnete die Gewalt nur mit solchen Staatsbürgern, die das gleiche Ziel haben, den Sozialismus aufzubauen, in dem Sinne ist es auch nicht so schwer, die Grundrechte verfassungsrechtlich zu sichern.

Die Verfassung vom Jahre 1949 ist also das erste Gesetz, das die bürgerlichen Freiheits- und Menschenrechte in Ungarn zum ersten Mal umfangreich regelt, aber in merkwürdiger Auslegung. Der auffallende Unterschied zwischen den Formulierungen von den kommunistischen und bürgerlichen Auffassungen lag nicht daran, dass die Liste der Grundrechte bei einer nicht vollständig wäre,[4] sondern an der Interpretation, an den Zielsetzungen, an der Garantie.

Die ehemaligen sozialistischen Verfassungen, so auch die ungarische, haben festgelegt, dass sie die Freiheit des arbeitenden Volks schützen, dessen Hauptziel habe, den Sozialismus aufzubauen.[5] Dieses Zíel revidiert alle Rechte und Verpflichtungen, im Interesse dieses Ziels wird alles durchgeprüft, werden alle Äußerungen vom Recht, von der Parteiführung, vom Staat, vom Chef auf dem Arbeitsplatz schlecht oder gut qualifiziert. Die Grundrechte werden in der

[3] BM-rendeletek Verordnungen vom Innenministerium, wo diese Fragen geregelt wurden: 216/1868. Erklärung: es handelt sich um die Verordnung vom Jahre 1868 Nr.: 216./, 1394/1873., 1508/1875., 766/1898., 7430/1913.

[4] Die Verfassung stellte die Liste de Rechte und Verpflichtungen der Staatsbürger unter dem Kapitel VIII. auf, § 45-61. Unter den Rechten wurden garantiert: Recht auf die Arbeit, und auf den Lohn nach deren Quantität und Qualittät (§ 45.); Recht auf Erholung (§ 46.); Die Gesundheit der Arbeitenden wird geschützt, und der Staat hilft ihnen im Falle der Arbeitsunfähigkeit (§ 47.); Recht auf Kultur (§ 48.); die Garantie der Gleichberechtigung, Verbot der Diskriminierung (§ 49-53.); Recht auf Gewissens- und Religionsfreiheit (§ 54.); Recht auf Redefreiheit, Pressefreiheit und Versammlungsfreiheit (§ 55.); Recht auf Vereinigungsfreiheit (§ 56.); Garantie der persönlichen Freiheit, Recht auf Achtung der Wohnung und des Briefverkehrs (§ 57-58.); Verpflichtungen: Bestärkung des gesellschaftlichen Eigentums (§ 59.); Militärdienst fiir die Männer (§ 60.), die Verteidigung des Vaterlandes (§ 61.)

[5] Aufgrund der Formulierung vom § 3. der Verfassung

Verfassung nicht für die Menschen, sondern für die Arbeitenden gesichert, nicht dem Privatvermögen[6] sondern nur dem durch die Arbeit erworbenen Eigentum wird Schutz gewährleistet, und es wird festgelegt, daß das Privateigentum die Interesse der Gemeinschaft nicht stören darf.[7] Wie kann das Privateigentum die Interesse der Gemeinschaft stören? Zum Beispiel so, daß es zum Mittel der Ausbeutung anderer Menschen wird, oder die Reichtumsansammlung zur Herausbildung bedeutender Unterschieden zwischen den materiellen Verhältnissen der Arbeitenden führen kann.

Unter dem § 54. der Verfassung wird festgelegt, daß die Ungarische Volksrepublik für die Arbeitenden die Gewissensfreiheit und das Recht auf die freie Ausübung der Religion garantiert (§ 54. (1)). Weiterhin wird festgesetzt, im Interesse der Garantie der Gewissensfreiheit werde die Kirche vom Staat getrennt (54. § (2)). Die sowjetische Verfassung vom Jahre 1936 versteht unter Gewissensfreiheit noch auch das Recht auf das antireligiöse Propaganda, diese Formulierung übernimmt die ungarische Verfassung nicht, aber im Unterricht war der Atheismus präsentiert, er wurde für Evidenz betrachtet, auf den Arbeitsplätzen in der politischen Weiterbildung – besonders in den 50-er Jahren – diente die atheistische Weltanschauung als Ausgangspunkt. Die Realität war anders, ein Teil der Familien übte ihre Religion nach der Schule, nach der Arbeit aus, ob die Menschen deswegen benachteiligt wurden, das hing von den lokalen Führern ab, und es war auch stellenweise verschieden, ob dieses religiöse Verhalten gegen die Menschen überhaupt, sowie in welchem Maße zu werwenden war. Von den 60-er Jahren an war eher von den an die komministische Partei gebundenen Menschen erwartet, die Kirche nicht zu besuchen, und je die Zeit vergeht, desto weniger wurde damit argumentiert, daß der religiöse Mensch der Feind des Sozialismus sei. Jeder kennt solche Geschichten auch noch von 70-er, 80-er Jahren, dass die Abiturienten von den kírchlichen Mittelschulen jahrelang wegen „Platzmangel" an den Universitäten nicht weiterstudieren konnten, aber denen, die durchgehalten hatten, gelang es zum dritten oder vierten Mal, besonders, wenn man inzwischen manuelle Arbeit geleistet hat. Es gab aber wenige, die ihre religiösen Gedanken, ihr Gewissen und ihre religiöse Anschauung an die Öffentlichkeit gebracht hatten, die sich dazu bekennen und entsprechend gelebt hatten.

In der jüngsten Vergangenheit, 16 Jahre nach der polistischen Wende wurde allgemein bekannt, daß die Hauptführer der Kirchen für die kommunístische Partei denunzierten, höchstwahrscheinlich wurde die Geneigtheit durch den Zwang und die Angst betätigt, und vielleicht durch den Gedanken: wenn ich nein sage, kommt ein anderer auf meine Stelle, und es wird noch schlimmer für die anderen. Es ist sehr schwer zu beurteilen, für wen war es eine ein Leben lang dauerte, drückende Opferbereitschaft, oder nur ein Angstgefühl vor der Erpressung, oder eine Stufe der Karrierre, wobei jeder und alles zertreten werden kann. Nun, so war die Kirche vom Staat getrennt. Die Eigenart der Diktaturen, über das Privatleben der Staatsbürger umfangreiche Informationen zu sammeln. Die Macht benutzt vielleicht die Informationen nicht, aber es gibt jederzeit die Möglichkeit dazu, nur weiss man nie, in

[6] Das sozialistische Recht kannte kein Privateigentum im bürgerlichen Sinne der Definition, nur persönliches Vermögen. Man konnte über persönliche Privatgüter auch beschränkt verfügen, nicht nur wegen Geldmangel, sondern rechtlich war es auch unmöglich, z.B. 3 Häuser zu haben, die Ansammlung wurden von Rechtsnormen verboten.

[7] Aufgrund der Formulierung vom § 8. der Verfassung

welchem Interesse. Das ist die Quelle der Verängstigung, und in diesem Mechanismus war jeder der Gefahr ausgesetzt, zum Opfer zu fallen.

Unter dem § 55. werden die Redefreiheit, die Pressefreiheit und Versammlungsfreiheit im Namen der Volksrepublik Ungarn und im Interesse der Arbeitenden garantiert. Weiterhin wird festgelegt, daß der Staat die nötigen materiellen Mittel den Arbeitenden zur Verfügung stellt, um diese Rechte geltend zu machen. Die Definition der „Interessen der Arbeitenden" erfahren wir immer wieder von der Partei, von den Leitartikeln der ausschließlich unter der Führung der Partei stehenden Presseorganen, von den politischen Reden der Staats- und Parteiführer, von dem Lehrstoff der Schulen, der politischen Weiterbildung, und von der Lehrfabel der Literatur und Filmkunst.

Die möglichen Organen der Pressefreiheit wurden von der kommunistischen Partei beherrscht, die Redefreiheit wurde von der durch die unbekannte Anwesenheit des Spitzelnetzes inspirierten Selbstkontrolle im Zügel gehalten, für die Versammlungsfreiheit geben die Rechtsnormen keine anderen Rahmen, als die Gruppen der kommunistischen Partei, deren politischen JugendBewegung, die vorhandenen Gewerkschaften, und die unter der Kontrolle der Partei zustandegekommenen, als „Zivil-„ qualifizierten Vereine.

Nach der dunkelsten Zeitepoche der sog. 50-er Jahre schien der Sozialismus zu konsolidieren, wo besonders die Freiheitsrechte andere Auslegung gewannen, die das Andersdenken im politischen Sinne getroffen haben. Nicht die Rahmen änderten sich, sondern das Verhältnis zwischen der politischen Macht und der Individuellen. Vom Ende der 60-er Jahre an eröffnete ein Teil der ungarischen Intellektuellen, der von der politischen Macht begünstigt, unterstützt, oder geduldet war, neue Perspektive für die Wirtschaft; díe Philosophen übten politische Kritik aus, und einige, die die Aufmerksamkeit des Geheimdienstes verdient haben, boten an ständigen Freundentreffen mit avantgarde Kunstveranstaltungen Rahmen für die Verstärkung des Andersdenkens. In den 70-er, 80-er Jahren konnten sich nicht nur die Feinhörigen unter den Zeilen lesend über die wahre, traurige Lage des Landes infomieren, sondern eine Reihe der wirtschaftlichen Studien, besonders soziologische Untersuchungen deckten die Tiefe der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Problemen auf. Die Andersdenkenden wurden immer seltener von der politischen Macht bloßgestellt, es wurde inzwischen auch statt Verhaftung die Methode der Entfernung von den Feinden ausgeübt, ausländischen Aufenthalt zu genehmigen, wobei das Zurückkehren nach Ungarn nicht gewährleistet war.

Das Recht für das Vereinigungsrecht wird von der Verfassung unter § 56. genauer defmiert. Der Staat „stützte sich auf die Organisationen der selbstbewußten Arbeitenden". „Die selbtstbewußten Arbeitenden" machten von ihrem Vereinigungsrecht Gebrauch, um „an dem Aufbau des Sozialismus" noch wirksamer teilzunehmen, und „die Ordnung der Volksdemokratie" zu schützen. In welche Organisationen sich die Arbeitenden frei scharen können, darüber läßt die Verfassung niemanden in Zweifel: die sind die Gewerkschaften, die demokratischen Frauen- und Jugendorganisationen, sowie sonstige Massenorganisationen, „deren Kräfte in der demokratischen Volksfront vereint werden", in diesen Organisationen wird die

demokratische Einheit des Volkes verwirklicht, darauf stützt sich der „Vortrupp"[8] der Arbeiterklasse, die führende Kraft des Staates und der Gesellschaft, die kommunistische Partei.

Die Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheitsrechte und die Achtung des Briefgeheimnisses und der Privatwohnung sei auch das Privileg der „Arbeitenden" (§ 58.). Obwohl die Wörter „Bürger" und „Arbeitende" in der Verfassung eigentlich synonym verwendet wurden, doch ist es grammatisch unerklärbar, wenn unter dem § 57. der Verfassung über die obigen Freiheitsrechte als über die Rechte der Bürger gesprochen wird, warum ist es nötig, einen nächsten Paragraph dem zu widmen, um zu betonen, daß diese Rechte den Arbeitenden zu gewährleisten seien.

Neben den Rechten werden die Verpflichtungen unter drei Paragraphen auch geregelt (§ 59-60-61.). Die grundlegende Verpflichtung der Bürger sei die Bestärkung des gesellschaftlichen Eigentums, die Steigerung dessen wirtschaftlicher Kraft, die Hebung des Lebensstandards der „Arbeitenden" (und nicht der Bürger), die Vermehrung ihrer Bildung, und die Ordnung der Volksdemokratie zu stärken. Es wurde unter den Verpflichtungen einen besonderen Akzent auf den Militärdienst und die Verteidigung des Vaterlandes gelegt.

Die Macht scheute die Verletzung der Verfassungsrechte im Interesse des Schutzes von der Heimat, der Ordnung der „Volksdemokratie", die bewußte Anwendung der gefälschten Beweise, mit deren Hilfe strafrechtliche Sanktionen über die der Macht im Wege stehenden Staatsbürger verhängt werden konnten. Das Beispiel ist aus der Literatur, aber das Thema kam von der ungarischen Wirklichkeit der 50-er Jahre. Es ging das Gerücht, daß die Staatssicherheitsbehörde und Polizei in der Nacht in ihren eigenen Wohnungen Menschen verhaften, weil sie in der Wohnung einen 10-Dollar-Schein finden, der von ihnen selbst bei der Hausdurchsuchung versteckt worden ist. Das Geld dient als Beweis für Devisenverbrechen, das mit der Strafe von 3 Jahren Gefängnis zu sanktionieren war. Der Held unserer Geschichte wartete seit Tagen auf einen Nachtbesuch, bereit zu allem. Als die Polizei angekommen ist, beoachtete er vom Spiegel, wie die Polizei arbeitet. Er sah, daß der eine etwas in ein Buch von Stalin[9] versteckt, dann gingen sie in das andere Zimmer weiter. In einer gelegenen Minute nahm er vom Buch dieses etwas aus, es war ein 10-Dollar-Schein. Er fand keine bessere Lösung, das Geld zu verstecken, er atmete tief und verschluckte den Geldschein. Der eine von den ahnungslosen Polizisten kam in durchgesuchte Zimmer zurück, und fragte die Kollegen plötzlich, ob die Bücher auch durchgesucht wurden. Er ging dem Stalin-Buch zu, nahm es in seine Hand und fragte: „Was soll das sein?". Unser Held fragte zurück: „Was?" Aber der Polizist fand den Geldschein nicht, immer nervöser blätterte er in den Nachbarnbüchern auch, aber efolglos. Dann sagte er seinen Kollegen, er möge mit dem Verdächtigten allein sprechen. So konnte er schon die Frage stellen: „Wo ist das Geld? Tun Sie das nicht mit mir! Über diesen 10-Dollar-Schein wurde Inventar aufgenommen, bringe ich ihn nicht zurück, so werde ich eingelocht."

[8] Die Zitaten dieses Absatzes entsprechen dem Wortgebrauch des § 56. (1) und (2) der ungarischen Verfassung. Das klingt in keinem ehemaligen sozialistischen Land fremd, es ist der Wirkung der stalinistischen, sowjetischen Verfassung vom Jahre 1936 zu verdanken.

[9] Es gehörte sich in den 50-er Jahren, in der Hausbibliothek Stalin-Bände zu haben, es kam auch häufig vor, Stalin-Bücher als Belohnung zu bekommen.

Die Vernichtung des Geldscheines verhütetet aber die Verhaftung des Mannes nicht.[10]

Die Geschichte ist bildhaftes Beispiel dafür, daß die staatlichen Organe im Interesse der Effektivität von der Strafverfolgung und Rechtsprechung, sowie im Interesse ihrer eigenen politischen Zwecke mit der Macht versehen wurden, wodurch eben die Grundrechte der Staatsbürger tief verletzt wurden. Es konnten die persönlichen Freiheitsrechte, und die anderen von der Verfassung gewährleisteten Rechte beschränkt werden, und das hat die Möglichkeit des Machtüberschrittes in sich, oder sogar ist es das eigentliche Ziel.

Erst das Gesetz über Strafprozesse vom Jahre 1973 Nr. I. betont zum ersten Mal seit den 50-er Jahren unter den Grundprinzipien, daß es verboten sei, im Verfahren solche Beweise anzuwenden, die mit der Verletzung der Prozeßregeln, besonders mit der der Grundrechte besorgt wurden.

Die Reisefreiheit war eine empfindliche Frage im ehemaligen sozialistischen Ungarn. Im verfassungsrechtlichen Katalog der Menschenrechte war dieses Recht nicht genannt, aber die Reisefreiheit, besonders nach Westen wurde doch in allen ehemaligen sozialistischen Ländern als Freiheitsrecht aufgewertet. Der Mangel an finanzieller Deckung war vielleicht noch für die Leute akzeptabel, worauf hingewiesen die Reise nach Westen erst in allen 2-3 Jahren möglich gemacht wurde,[11] aber die Kontrolle der politischen Zuverlässigkeit, die Reisegenehmigung davon abhängig zu machen – es war weniger annehmbar. Das wurde mit der Frage der Meinungs-, Gewissens- und Religionsfreiheit verknüpft. Zu der offiziellen politischen Richtlinie gehörte, zu betonen, der Kommunismus habe die historische Mission, jedem Volk den Frieden und Freiheit zu bringen. Während die Macht in einigen Autoren aus kapitalistischen Ländern gefeierte Stütze fand,[12] wollten viele ungarische Touristen in einem kapitalistischen Land ausgebeutet seien.

Es darf inzwischen nicht vergessen werden, daß die politische Auflockerung der 70-er, 80-er Jahre in erster Linie der Schlußakte von Helsinki vom 1. August 1975, dem sog. „Korb 3 zu verdanken ist, wo fundamentale Menschenrechte gesichert wurden. Die Akte „bot künftighin ein wenn auch noch mangelhaftes Instrument, die Sowjetunion und ihre Verbündeten zu einer besseren Respektierung dieser Rechte ihrer Bürger in Pflicht zu nehmen."[13]

[10] Moldova, György: A Puskás-ügy, Magvető Kiadó, Budapest, 1984, 100-103. oldal (Die Geschichte wurde vom Schriftsteller, György Moldova abgeschrieben, in einem Novellenband mit dem Titel: Der Puskás-Fall. Es wurde auch eine Novelle über den weltberühmten ungarischen Fußballspieler, Ferenc Puskás geschrieben, nach der das Buch seinen Titel bekommen hat.)

[11] Verordnung des Innenministerium Nr. 2 vom Jahre 1970 schrieb vor, dass man nach Westen in allen 2 Jahren zu Besuch, in allen 3 Jahren als Tourist fahren kann. Es gab natürlich Ausnahmsfälle.

[12] Wie z.B. D. N. Pritt, der englische Autor, der selbst auch in der Sowjetunion zu Besuch war, und über seine positive Erfahrungen schrieb. Sein Artikel mit dem Titel „Menschenrechte" wurde auch ins ungarische übersetzt, in diesem Artikel schrieb er darüber, daß die Menschenrechte nur in den sozialistischen Ländern verwirklicht wurden, und die Menschen leben zwar bescheidener, aber es gibt keine Ausbeutung, wie in den kapitalistischen Ländern, wo die Rechte nur für Reiche garantiert werden. (Der Artíkel erschien im Jahre 1968, in der Zeitschrift: Frieden und Sozialismus, Seite 124-131.)

[13] Gasteyger, Curt: Europa von der Spaltung zur Einigung, Bonn 1997, Bundeszentrale der politischen Bildung, 633 p. (Zitat: Seite 317.)

Zahlreiche vom kommunistischen Regime befreiten Staaten Mittel- und Osteuropas traten zur EMRK bei, es wurde als entscheidenden Schritt zur Rechtsstaatlichkeit betrachtet. Nach der politischen Wende wurden die Änderungen in der Verfassung und anderen Rechtsnormen durchgeführt, wodurch die Elemente beseitigt wurden, hinter denen verstekt die Menschenrechte mit Bezugnahme auf die eigenmächtige Auslegung der Macht als Rechtsnorm verletzt werden konnten. Die Lage ist doch nicht idyllisch, an die Stelle des Konflikts zwischen der Macht und des Individuums traten die Konflikte zwischen den Individuen. Die Grenze der Ausübung der Menschenrechte wird von keiner obersten Macht bestimmt, aber es gelang in der öffentlichen Auffassung noch keinen Konsens in der Frage auszubilden: wo und wann beginnt die Ausübung eines Freiheitsrechts die Freiheit und Würde eines anderen Menschen zu stören. Es ist eine aufregende Aufgabe, die Selbstbescheidung zu erlernen, die bei der Ausbildung der gemeinsamen Wertordnung einer Gesellschaft, die eben jetzt lernt, wie man sich nach den bürgerlichen Werten richten soll, große Hilfe leisten kann.

Der wahre Diener des Staates – Verwaltungsreformen von Joseph II. in den ungarischen Komitaten

Attila Barna

Rechtsgeschichtliche Forschungsgruppe der Ungarischen Akademie für Wissenschaften am dem Lehrstuhl für Ungarische Rechtsgeschichte Eötvös-Loránd-Universität

Die Person und die Herrschaft von Joseph dem II. gilt als viel erforscht und gut bekannt, aber trotzdem schwer beurteilbare Epoche der Zeitgeschichte. Wer war Joseph der II. und wie soll man über ihn denken?

Anekdoten, und Zitate, der von ihm geschaffenen Regierungsinstrumente beherrschen gemeinhin das literarische und historische Bild. In meinen Vortrag möchte ich den kaiserlichen Willen und die elementare Gegenkraft der wiederstrebenden Ungarischen Institution, das Adeligenkomitat, und deren Veränderungen in der josephinischen Zeit vorstellen.

I. Das Komitatssystem im Ungarn

Das Komitat ist die älteste und beständigste ungarische Verwaltungsinstitution. Im Laufe der Geschichte entstanden drei Komitatstypen, von denen zeitlich gesehen das Erste das königliche Komitat (comitatus) ist, das im frühen Königtum als mittlere Ebene der Gebietsverwaltung fungierte. Es war eine Verwaltungs-, Verteidigungs-, Finanzverwaltungs- und Justizeinheit mit allgemeiner sachlicher Zuständigkeit. Sie verfügte über genau festgelegte Gebietsgrenzen und eine Burg als Zentrum, außerdem war es Sitz des örtlichen Vorstehers, des Komitatsgespans (comes), der Vertreter der zentralen Macht war.[1]

Aus dieser Organisation, aus dem königlichen Komitat entstand im Laufe des 13. Jahrhunderts das Adeligenkomitat. Mit Schenkung der königlichen Güter und Zerfall der Eigentumsverhältnisse eines patrimonialen Königtums verlor das königliche Komitatssystem seine Existenzgrundlage. Das an seiner Stelle entstehende Adeligenkomitat wird zum Selbstverwaltungs-, Verwaltungs- und

[1] Magyar Alkotmánytörténet *(Ungarische Verfassungsgeschichte)* – Hrsg.: Mezey, Barna. Verlag: Osiris Kiadó, Budapest 2003, S. 144.

Rechtsprechungsorgan der auf dem betreffenden Gebiet lebenden begüterten Adeligen. Seine Zuständigkeiten entwickelten sich bis zum 16. Jahrhundert in vollem Umfang, als es in der Gesetzgebung, in der Durchführung der Gesetze, in der Rechtsprechung bzw. in Teilnahme an der Landespolitik über wichtige Befugnisse verfügte.[2] In diesen Aufgabenbereichen war das Komitat der bedeutsamste Faktor im politischen Leben und in der Verwaltung Ungarns in den 16-19. Jahrhunderten, und seine Zuständigkeit erstreckte sich auf den größten Teil des Landes und auf die überwiegende Mehrheit der Landesbevölkerung. Das Komitat war die örtliche Organisation des Adels, zugleich bedeutete es als Behörde das Organ der örtlichen Verwaltung,[3] das in der Durchführung aller staatlichen Aufgaben eine maßgebende Rolle spielte.

Es soll hier genügen, von diesen weiten Zuständigkeiten nur diejenigen in der Gesetzgebung hervorzuheben. Die Komitatsversammlungen (congregatio generalis) wählten die Abgeordneten des Ständeparlaments, übten ihnen gegenüber strenge Weisungsbefugnisse aus, d.h. die Abgeordneten hatten ein gebundenes Mandat, und die Komitate konnten sie ohne Begründung sofort abberufen. Viele Fragen der Landespolitik wurden auf diese Weise schon in den Komitaten entschieden. Auch die sanktionierten Gesetze wurden in den Generalversammlungen verkündet, und auch die praktische Durchführung wurde hier angeordnet. Die Komitate konnten in durch Gesetze nicht geregelten Sachen verbindliche örtliche Regelungen, Statute erlassen.

Das Adeligenkomitat als Schauplatz der Politik des Adels war der wichtigste Beschützer der Verfassung, der nationalen Unabhängigkeit und der Freiheitsrechte des Adels, so wurde es zum wichtigsten örtlichen Zentrum des nationalen Widerstands gegenüber der Habsburgerherrschaft.

Die dritte und zugleich letzte Periode der Komitate war die Zeit der bürgerlichen Komitate, die von 1848 bis 1950 dauerte.

II. Die Pläne von Joseph II. und die Verwaltung des Königreichs Ungarn

Die ungarischen politischen Denker des 18. Jahrhunderts betrachteten die Komitate als viele selbstständige, von einander unabhängige Provinzen, die das Land verwalten und verteidigen.[4] Im Vorfeld ist zu den Komitaten zu sagen, dass sie häufig ohne rationale Ordnungsprinzipien und Gesichtspunkten, geschichtlich einfach gewachsen sind, mit unterschiedlichen Gebietsausmaßen und Bevölkerungszahlen, mit unlogisch ausgesteckten Grenzen, mit einer Vielzahl von Enklaven und Exklaven, die gebietsmäßig von ihrem Komitat isoliert waren, und mit einem Beamtentum, das seine Aufgaben wegen der zunehmenden Bevölkerungszahl und der mangelnden Abgrenzung und Festlegung der entsprechenden Zuständigkeitsebenen die

[2] A.a.O., S. 147.
[3] Grünwald, Béla: A régi Magyarország 1711-1825 *(Das alte Ungarn 1711-1825)*, Verlag: Osiris Kiadó, Budapest 2001, S. 294.
[4] Grünwald, 2001, S. 295

Aufgabenmengen kaum bewältigen konnte.[5] Das Ständewesen hat eine moderne Verwaltung, die – in immer mehr Rollen – für alle Bürger des Staates sorgt, nicht geschaffen, es hat dies auch nicht tun können, und die Schaffung einer Solchen kann im Osten Europas der absolutistischen Einrichtung, vor allem der Herrschaft von Maria Theresia und ihrem Sohn Joseph II. zugeschrieben werden.

Joseph II. ging 1780, am Anfang seiner Herrschaft, mit großer Entschlossenheit ans Werk, um das bunte Vielvölkerreich und dessen Verwaltung im Einklang mit den modernen Prinzipien zu vereinheitlichen und zu reformieren, sie sparsamer auszugestalten und von allerlei ständischen Resten bzw. Korruption zu säubern.

„Die Simplificirung in der Behandlung aller Geschäfte, die Vermeidung alles Umtriebs, die daraus nothwendig entstehende, sehr verminderte Schreiberey, und also aller Orten daraus erfolgende Ansehnliche Ersparung des Personalis müssen ihr Hauptaugenmerk ausmachen" schrieb der Kaiser in seinem ersten Hirtenbrief.[6]

Der Kaiser beschäftigte sich schon als Thronfolger mit großer Sorgfalt mit der Aufstellung eines gut gebildeten Beamtentums, bzw. mit dem Kennenlernen der bereits im Dienst stehenden Beamten und mit der Feststellung ihrer Eignung und ihres Charakters. Im Rahmen seiner offiziellen Audienzen – zu denen Jedermann zugelassen war – und außerhalb dieser erwarb er eine ganze Menge persönlicher Eindrücke von den Amtsträgern. Er hielt ihre Meinungen zu gewissen Themen oder zur allgemeinen Politik in seinen Aufzeichnungen fest, akzeptierte diese, und ihre grundlegenden Charakterzüge zeichnete er häufig auch in seinem Tagebuch auf. Was aber noch wichtiger ist, zeigten sich die Wirkungen dieser unmittelbaren Erfahrungen in der Personalpolitik des Wiener Hofes, im durchgeführten Personalwechsel, in den Beförderungen oder aber in den Pensionierungen, darüber hinaus in der Aufstellung eines Qualifikationssystems für Beamte, was eine der ersten Maßnahmen des Kaisers nach seiner Thronbesteigung war.

Die Detailarbeit der ersten paar Jahre brachte jedoch nicht den erwarteten Durchbruch, deshalb griff der Kaiser in der Umgestaltung des Verwaltungssystems von 1784 an zu stärkeren, gewaltsameren Mitteln. Über den Hintergrund seiner Entscheidungen schrieb er in der Verordnung über die staatlichen Beamten, dass er im Sinne seiner Treue zum Staat beabsichtige, die Einhaltung aller Befehle und Grundsätze strengstens einzufordern. Es schmerze ihm sehr, die Pflichtvernachlässigung seiner Beamten sehen zu müssen. Es gäbe viele Anweisungen, die allen zugeschickt worden seien, nur um die Umsetzung deren kümmere sich niemand. Daraus folge, dass viele Befehle erneut herauszugeben seien, ohne eine Garantie für das Ergebnis zu haben. Die meisten Beamten bearbeiten die Sachen wie Handwerker, ohne damit dem Gemeinwohl dienen zu wollen, oder die Leute dazu

[5] Hajdu, Lajos: II. József igazgatási reformjai Magyarországon *(Die Verwaltungsreformen von Joseph II. in Ungarn)*, Verlag: Akadémiai Kiadó, Budapest 1982, S. 10.
[6] Der erste „Hirtenbrief" von Joseph II. an die Vorsteher der höfischen Regierungsstühle (Dikasterien) (21. März 1781) – Zitiert in: Hajdu, Lajos: Regionale und lokale Verwaltungsreformkonzeption des Josephinismus in Ungarn, Internationale Rechtshistorische Konferenz Budapest, 12-15. September 1977, Budapest 1979.

erziehen zu wollen. Sie täten nur das Notwendigste, dies auch nur um nicht zur Verantwortung gezogen oder entlassen zu werden.[7]

1785 erarbeitete Joseph II. sein Reformprogramm mit dem Titel „Entwurf zu einer verbesserten Verfassung Hungarns",[8] in dem er sich für eine vollkommene Umgestaltung des Komitatssystems einsetzt. Der Herrscher ist der Ansicht, dass der Umbau sich sowohl auf die gebietsmäßige Verteilung als auch auf das Personal der Verwaltung und dessen Aufgaben und Zuständigkeiten erstrecken soll. Der Entwurf hielt die Ernennung von acht so genannten Bezirksobergespanen (supremus comes) – mit einer anderen Bezeichnung königlichen Kommissaren (districtuales commissarius) – für Ungarn und die angeschlossenen Teile, bzw. zwei für Siebenbürgen für notwendig, die über den ihnen zugeteilten Komitaten der neu einzurichtenden Bezirke (die Einheit über den Komitaten) die volle Hoheit ausüben sollten. Nach diesem Plan hätte die Funktion der Komitatsleiter, der Komitatsgespane praktisch aufgehoben werden sollen, sie hätten nur als Honorartitel bleiben sollen, aber ohne Aufgabenbereich und Bezahlung. Die tatsächliche Führung des Komitatsapparates hätte der vom Herrscher ernannte (nicht von der Komitatsversammlung gewählte) Vizegespan übernehmen sollen, der verpflichtet sein sollte, sich ständig im Komitat, an dessen Sitz aufzuhalten, und der seine Aufgaben unmittelbar vom Statthalterrat oder vom Gouvernement zugeteilt erhalten sollte. Der Entwurf wollte den bis dahin häufig tagenden Komitatsversammlungen einen erheblichen Schlag versetzen, und stellte sich diese als unregelmäßig tagende, vor allem zur Wahl der Gerichtsbeisitzer einberufene Körperschaften vor.[9]

Die Vertreter der Ungarischen Kanzlei und die Gruppe der ungarischen Reformer waren in ihrer als Antwort auf den Entwurf eingereichten „Allerunterthänigsten Wohlmeynung" mit der Hauptrichtung der Reformen einverstanden, die mit der Umgestaltung der Organisation der Komitatsversammlung bzw. der Beschneidung gewisser Rechte von ihr einhergegangen wäre (z. B. Bestreiten und Überprüfen der Notwendigkeit von rechtmäßig erlassenen Landesverordnungen). Mit der vollständigen Aufhebung der Selbstverwaltung und der Aushöhlung des kollektiven Forums des örtlichen Adels, das die Lebensverhältnisse des Komitats unter Kontrolle hielt, sowie mit den zentralisierten Ämtern und mit der Einsetzung von höfischen Beamten waren sie jedoch nicht einverstanden.[10]

Obwohl Joseph II. mit scharfen Augen die Fehler der ungarischen Verwaltung entdeckte und überblickte, beging er einen der größten Irrtümer seiner Herrschaft dadurch, dass er die Meinung der aufgeklärten adeligen Beamtengruppe, die mit seinen Vorstellungen einverstanden und zur Umsetzung der Maßnahmen in die Praxis berufen war, zugleich aber die ungarischen örtlichen Verhältnisse sehr realistisch sah, nicht oder nur in geringfügigen praktischen Fragen akzeptierte. So ließ er die Meinung und das Argumentsystem seiner wichtigsten Verbündeten außer Acht. Diese adeligen Beamten standen dem Kaiser im Kampf gegen die Machtstellung der Kirche und gegen die adeligen Privilegien am Anfang seiner Herrschaft bei. Die meisten von

[7] Verordnung über die Staatsbeamten (1784) – Corpus Juris Hungarici, Verlag: KJK Kerszöv, Budapest 1999.
[8] Entwurf zu einer verbesserten Verfassung Hungarns – In: Hajdu, 1982, S. 421.
[9] Entwurf zu einer verbesserten Verfassung Hungarns – In: Hajdu, 1982, S. 425.
[10] Hajdu, Lajos: A közjó szolgálatában *(Im Dienste des Gemeinwohls)*, Verlag: Magvető Könyvkiadó, Budapest 1983, S. 33.

ihnen sahen ein, dass es unmöglich war, die alten, ständischen Institutionen in unveränderter Form aufrechtzuerhalten. Sie waren auch mit der Kraft dieser Institutionen, die die breiten Schichten des niederen Adels nicht an die Macht ließen, sehr wohl im Klaren. Diese Kraft ließ keine Änderungen an der ständischen Politik zu, knebelte die fortschrittlichen Reformen (wie auch die Machtbestrebungen der Habsburger) mit großem Wirkungsgrad und machte sie sogar unmöglich.[11] Deshalb waren sie zu dieser Zeit noch bereit, auch die Verletzung gewisser verfassungsmäßiger Institutionen zu verzeihen, indem sie die Verletzung der Grundrechte als einen provisorischen Zustand auffassten, wie z. B. das Ausbleiben der Krönung und eines obligatorischen Elements der Krönungszeremonie, des an die Stände zu leistenden königlichen Eides,[12] bzw. die Einlieferung der Heiligen Krone in die Wiener Schatzkammer.

Joseph II. forderte nach dem Tod seiner Mutter die ungarische Kanzlei auf, den Entwurf der zur Thronbesteigung notwendigen Dokumente anzufertigen und Vorschläge zu den wichtigsten Maßnahmen zu unterbreiten. Die Kanzlei erklärte die Einberufung der Landesversammlung, die Wahl des Palatins und die Abhaltung der Krönungszeremonie für wichtig und bereitete die dringend notwendigsten Dokumente vor. Joseph unterschrieb diese routinemäßig, indem er die ungarischen Landstände in ihren Rechten, Vorrechten und Freiheiten, sowie die Behörden des Landes in ihren Ämtern bekräftigte. Die Einberufung der Stände, die Palatinwahl und seine Krönung zum König schob er aber auf und negligierte sie zum Schluss völlig.[18] Dies empfand der ungarische Adel als äußerst verletzend, denn der ungekrönte „König mit Hut" nahm ihm auf diese Weise die wichtigste Rolle, die Wahl des Staatsoberhauptes, die Jahrhunderte alte – im Sinne der Lehre von der Heiligen Krone bestehende –, die gegenseitige öffentlichrechtliche Abhängigkeit ausdrückende Vereidigungszeremonie und die günstigste Verhandlungsposition.[19]

[11] Der freigesinnte József Hajnóczy schrieb in seinem Brief an Miklós Forgách, dass man vor der Volkszählung gedacht habe, in Ungarn gebe es 40 000 Adelige und 5 Millionen Nicht-Adelige. Die Ersten hätten einen ständischen Rechtsstand, die Letzteren müssen abwarten, was ihnen befohlen werde. Diese 5 Millionen seien gemäß Gesetzen Sklaven ohne Eigentum. Die Verfassung mache diese zu Feinden von jenen, und umgekehrt. Wie könne man von den Adeligen erwarten, dass sie ihre vermeintlichen Rechte – die sie durch ihre Geburt über den Nicht-Adeligen erwarben, und wenn sie überhaupt nicht bedenken, dass das von ihren Ahnen mit Gewalt erworbene Eigentum mittlerweile rechtswidrig sei – aufgeben oder beschränken sollen? Wie könne man vom Adel erwarten, dass er in seiner bevorzugten Lage akzeptiere, dass dem Bauern von Natur aus die gleichen Rechte zustünden wie ihm, und dass die Verfassung des Landes nur dann feste Grundlagen habe, wenn sich der Bauer davon Vorteile erhoffen könne? […] Es solle nicht danach gefragt werden, ob die Gesetze vom Herrscher oder von den Richtern erlassen werden, sondern danach, ob diese zu Gesetzen erhobenen Regeln dem Gemeinwohl dienen. […] Er glaube, wenn er danach lebe, gleichzeitig Menschenfreund und guter Patriot zu sein; wenn diese Sachen aber mit einander im Gegensatz stünden, wolle er eher Menschenfreund als Patriot sein. – In: Hajnóczy, József, Verlag: Új Mandátum Könyvkiadó, Budapest 1988, S. 155-156.
[12] Fraknói, Vilmos: Gróf Széchényi Ferenc 1754-1820 *(Graf Ferenc Széchényi 1754-1820)*, Verlag: Osiris Kiadó, Budapest 2002, S. 89.
[18] Molitor, Ferenc: II. József, a császári Don Quijote *(Joseph II., der kaiserliche Don Quijote)*, Verlag: Gondolat Kiadó, Budapest 1987, S. 275.
[19] Die Theorie von der Gewaltenteilung zwischen den Ständen und dem Herrscher, die Lehre von der Heiligen Krone, wurde in der Zusammenfassung des ungarischen ständischen Gewohnheitsrechts, im Werk von István Werbőczi (Tripartitum) erörtert, und sie wurde zur Grundlage aller Bezugnahmen auf die ständischen Rechte: „§ 6: Nachdem aber die Ungarn kraft Erleuchtung durch Gnaden des Heiligen

Joseph II. konnte aber den Ungarn auf diesem Gebiet auch weitere Verletzungen zufügen. Im April 1784 ließ er die ungarische Königskrone mit einem symbolischen Akt von Pressburg nach Wien in die Schatzkammer überführen. Er erklärte, dass die Krone als ein bewegliches Gut des Königs dort aufzubewahren sei, wo der König seinen Sitz hat.[20] Die Krone aber, die Heilige Krone, verfügt in der ungarischen Tradition und im öffentlichrechtlichen Denken über einen viel tieferen Inhalt als ein Krönungsrequisit oder ein Schmuckstück, und sie kann überhaupt nicht als Eigentum des Königs angesehen werden. Die Krone verkörpert die von der Gemeinschaft der Adeligen besessene staatliche Hoheit, die dem König durch die Krönung freiwillig überlassen wird, sie versinnlicht die Person des Königs und seine Rechte, das Gebiet und die Einheit des Landes, sie ist selbstständige Trägerin und Subjekt einer Reihe von Berechtigungen, und sie ist die Sicherheit der Souveränität und Unabhängigkeit des Landes.

Unzählige Feinde machte sich der Herrscher auch durch seine im Mai 1784 erlassene Verordnung über die Sprache, die kurzfristig die deutsche Sprache als ausschließliche Sprache der Verwaltung, des Unterrichts und der Rechtsprechung statt des mittelalterlichen Lateins einführen wollte, und die Kenntnis des Deutschen zur Voraussetzung der Übernahme einer Beamten- oder Lehrerstelle machte. Der Herrscher brachte auf Schritt und Tritt zum Ausdruck, dass seine Absicht nicht die Unterdrückung des Ungarischen, sondern die Abschaffung des toten Lateins sei. Trotzdem löste die Verordnung im Kreise der ungarischen Adeligen (mit den unterschiedlichsten Begründungen) riesengroße Unzufriedenheit aus.[21]

Geistes und unter Mitwirkung unseres heiligen Königs zur Erkenntnis der Wahrheit und zum katholischen Glauben gelangt waren, wählten und krönten sie ihn freiwillig zu ihrem König: sie übertrugen unserem Regenten und König das Recht und die Macht der Erhebung in den Adelsstand und folglich der Donation von Gütern, welche die Adeligen zieren und von den Nicht-Adeligen unterscheiden, und die Gemeinschaft stellte es aus freiem Willen mit der Herrschaft und dem Land zusammen unter die Rechtshoheit der Heiligen Krone des Landes; von da an stammt jede Erhebung in den Adelsstand von ihm, und diese zwei Sachen hängen von einander kraft wechselseitiger Übertragung und Gegenseitigkeit so stark ab, dass eines vom anderen nicht getrennt oder gerissen werden kann und eines ohne das andere nicht vor sich gehen kann. § 7: Denn auch der Regent wird nur von den Adeligen gewählt und die Adeligen werden auch nur durch den Regenten zu Adeligen und mit Adelwürde geziert." – Tripartitum Elsö rész, 3. czím *(Tripartitum, Erster Teil, 3. Titel)*, Corpus Juris Hungarici, Verlag: KJK Kerszöv, Budapest 1999.

[20] Fejtö, Ferenc: II. József *(Joseph II)*, Verlag: Atlantisz Kiadó, Budapest 1997, S. 309.

[21] „Erlaube uns Eure Majestät, Euch unsere Verletzungen, die alleine durch Euch geheilt werden können und müssen, untertänigst und mit trostsuchendem Vertrauen darzulegen.
Unsere erste Verletzung entstand dadurch, dass Eure Majestät Eure gesetzliche und traditionelle Krönung, den Glaubensbrief, mehr als neun Jahre aufgeschoben hat, obwohl Eure Vorfahren, Eure Mutter und Euer Großvater dies ohne jegliches Zögern getan haben. [...]
Unserer zweiten Verletzung Ursache besteht darin, dass Eure Majestät die Krone unserer Heimat in friedlicher Zeit ohne Nachricht und ohne unseren Willen aus dem Lande nach Österreich gebracht hat, welche Tat Eurer Majestät weder Ruhm noch Nutzen – uns und unseren Gesetzen aber Verachtung und Gewalt gebracht hat.
Unsere Dritte Verletzung ist, dass unser fast angeborenes Latein, in dem wir unsere Sachen traditionell zu erledigen gewohnt waren, zur Schande dieser ungarischen Nation Eure Majestät mit Deutsch getauscht hat. [...]
Unsere vierte Verletzung ist, dass unsere Häuser nicht nur gezählt sondern auch gebrandmarkt wurden, und noch dazu mit Hilfe von Soldaten, die übrigens nicht zur Erledigung von Sachen im Lande, sondern zum Entgegenstellen den Feinden gehalten werden, und dies alles entgegen unseren

Die erste Frist der Einführung des Deutschen im Geschäftsbetrieb der Gerichte war der 1. November 1787, die aber später um ein Jahr aufgeschoben wurde. Die Richter und Rechtsanwälte lernten aber trotz der Verfügung, die ihre Stelle gefährdete, kein Deutsch, deshalb setzte der Kaiser schließlich den 1. November 1790 als Frist, aber bis dahin existierte sein System nicht mehr. „Der passive Widerstand der Gerichte, bei dem auch die Septemviraltafel Hilfe leistete, konnte die Zeit so lange hinauszögern, bis die Verordnung nicht mehr durchzuführen war."[22]

III. Prozess der Umgestaltung der Komitatsverfassung

Die Vertreter des Herrschers und der Kanzlei erarbeiteten unterschiedliche, oft konträre Reform- und Maßnahmenpläne, bei denen sich schließlich der hartnäckige Wille von Joseph II. durchsetzte, und von den Vorstellungen der Kanzlei wurden nur die praktischen Vorschläge akzeptiert.[23] In diesem Geiste wurde im Frühjahr 1785 die „Instruktion" genannte Verordnung für die königlichen Bezirkskommissare erlassen, welche die Reformgedanken in konkret umzusetzende Maßnahmen ummünzte und die Verwaltung des Landes (in 10 ungarische und 3 siebenbürgische Bezirke eingeteilt) auf neue Grundlagen zu setzen beabsichtige.[24]

Die Einführung der „Instruktion" weist auf die funktionalen Schwächen der Komitate hin und hebt hervor, dass sich die Obergespane der Komitate aus verschiedenen Gründen häufig nicht in ihrem Komitat aufhalten und so ihre Aufgaben nicht wahrnehmen können. Deshalb befreit sie der König von der Wahrnehmung der ihnen anvertrauten Rechte (unter Beibehaltung ihres Ranges, Titels und Teilnahmerechtes an der Landesversammlung), und die Komitate ziehe er zu Bezirken zusammen, die in der Zukunft von königlichen Kommissaren angeführt werden sollten. Diese „tätigen", „funktionierenden" (fungentes supremi comites, „würckende Obergespänne") Obergespane oder königlichen Kommissare müssen sich ständig in einem der ihnen anvertrauten Komitate aufhalten, bzw. in den anderen, zu ihnen gehörenden Komitaten als Vorsitzender an den Komitatsversammlungen teilnehmen. Die Kommissare sind allein dem König verantwortlich, die Öffentlichkeit des Komitates ist nicht befugt, ihre Wirkung zu prüfen und zu beurteilen.

Unter den Zielsetzungen findet man die gleichmäßige „Zuschneidung" der Komitate, wodurch die angemessene Verteilung der Verwaltungsorganisation und des Personals sichergestellt werden könne. Die „Instruktion" begnügte sich aber nicht damit, ein entferntes Ziel lediglich zu bestimmen, Joseph II. ordnete sogar die

gesetzlichen Gewohnheiten." – Die Repraesentation der Generalcongregation des Komitats Gömör-Kishont 25. Januar 1790 – In: Hajdu 1982, S. 473-474.

[22] Varga, Endre: A magyar jogszolgáltatás átszervezése II. József korában *(Umgestaltung der ungarischen Rechtsprechung zur Zeit von Joseph II.)*, Századok *(Jahrhunderte, Zeitschrift)*, Nr. 5-6/1960, S. 70.

[23] Hajdu 1982, S. 204.

[24] Instruktion für die königlichen Bezirkskommissare (1785.) – In: Hajdu 1981, S. 431.

Zusammenlegung und Vereinigung mehrerer Komitate an,[25] und erwartete zur Umsetzung des Plans die praktischen Vorschläge der mit dem 1. Juni 1785 ernannten königlichen Kommissare. Eine weitere Maßnahme der Verordnung, die an den bestehenden feudalistischen Traditionen änderte, war die Aufhebung der Selbstständigkeit der freien königlichen Städte und sonstiger, geschichtlich privilegierter Bezirke mit besonderer Rechtsstellung und ihre Eingliederung in die Verwaltung des Komitates, in dem ihr Gebiet lag.

Gegen den Inhalt der „Instruktionen" – soviel ihnen überhaupt zur Kenntnis gebracht wurde – protestierten die Stände der Komitate. Als die größte Unbilligkeit bezeichneten sie, dass die adeligen Stände wegen der Einschränkung der Befugnisse und Sitzungen der Komitatsversammlungen von ihren grundsätzlichen, in Gesetzen verankerten politischen Rechte nicht Gebrauch machen können und an den Debatten über Fragen der Komitats- und Landespolitik bzw. an ihrer Entscheidung nicht teilnehmen können. Sie bezweifelten auch die Behauptung, dass die Schaffung des Systems der königlichen Kommissare notwendig geworden sei, weil die Obergespane nicht in ihnen zur Leitung unterstellten Komitaten gelebt hätten. Die angemessene Lösung des fraglichen Problems wäre eine andere, und zwar die Wahl der Obergespane aus den Reihen der vor Ort lebenden begüterten Adeligen.[26]

Der Herrscher ließ sich aber davon nicht abbringen, und erließ 1786 seine Resolution über die vollständige Aufhebung der Selbstverwaltung auf Komitatsebene.[27] Joseph II. setzt den Punkt ans Ende der fruchtlosen Debatten und erklärt, dass das Komitat ein kleiner Teil des Königreichs sei und die Führung ausschließlich vom Ganzen erhalten könne, die Anweisungen habe es zu befolgen, anstatt sie abzuwägen oder zu begutachten. Es könne nicht ein jedes Komitat als ein selbstständiges Land angesehen werden, das im Bereich der Gesetzgebung und des Vollzugs über eigene Rechte verfügt.[28] Die Komitate seien nur „singularia", so seien sie nicht berechtigt – und in der Zukunft sei es überhaupt zu vermeiden –, die traditionsgemäß von allen Komitaten verwendete Bezeichnung und Selbstbestimmung „Nos Universitas" zu tragen. Sie hätten sich blind dem übergeordneten Willen, dem

[25] Der König ordnete die Zusammenlegung folgender Komitate an: Moson mit Győr, Komárom mit Esztergom, Turóc mit Árva, Torna mit Abaúj, Csongrád mit Békés, sowie mit Csanád, und schließlich Szeverin mit Zágráb. – Instruktion – In: Hajdu 1982, S. 431.

[26] Hajdu 1982, S. 224.

[27] Resolution von Joseph II. auf die Präsentation der Kanzlei Nr. 3808/1786 über die völlige Abschaffung der Selbstverwaltung der Komitate. (ung. Übersetzung) – In: Hajdu 1982, S. 451. und In: Josephinische Curiosa oder ganz besondere, theils noch nicht bekannte Persönlichkeiten, Geheimnisse, Details, Actenstücke und Denkwürdigkeiten der Lebens- und Zeitgeschichte Kaiser Josephs II., Viertes Bändchen, Wien 1850. – Ueber Josephs Reform in Ungarn; Joseph II. an den Kanzler Carl Grafen von Palffy im July 1786., – http://gutenberg.spiegel.de/graeffer/josefcur/josefcur.htm

[28] „Ein Comitat ist kleiner Theil des Königreichs; ich heiße ihn klein, nicht als wenn er unbedeutend wäre, sondern weil das Königreich in ungefähr 43 dergleichen Theile abgesondert ist. Dieser Theil bekömmt also seine Richtung lediglich vom Ganzen. Es wäre eine monstreuse Verfassung, - und als so eine hat selbe sich bis nun ausgezeichnet, wenn man alle diese Theile wie besondere Provinzen betrachten wollte, und über die von der allgemeinen Gesetzgebung und Verfassung herrührenden Befehle, die diesen Abtheilungen oder Comitaten mitgetheilt worden, von denselben noch Gutachten, Überlegungen, Repräsentationen, Prästationen und Sistirungen bey der Befolgung duldete, und gestattete, da, wo nur Folgsamkeit und Ausübung ihr Loos seyn sollte." – Josephinische Curiosa – Ueber Josephs Reform in Ungarn; 2. Joseph II. an den Kanzler Carl Grafen von Palffy im July 1786.; – http://gutenberg.spiegel.de/graeffer/josefcur/josef61.htm

Plural zu unterwerfen, so dürften sie nur in einem einzigen Fall eine außerordentliche Komitatsversammlung einberufen, und zwar zur Wahl ihrer Abgeordneten in die Landesversammlung (Parlament).[29]

Die Verordnung führt bezüglich der königlichen Kommissare aus, dass diese das Forum auf der mittleren Ebene bilden, das in Kenntnis der Vorstellungen des Herrschers so lange tätig ist, bis sich der Geist der Aufklärung noch weiter verbreitet. Die Josephinischen Reformen, welche die Ständeverfassung des Landes und die grundsätzlichen Rechte außer Acht ließen, schockierten die in weitem Sinne verstandene ungarische adelige Öffentlichkeit dermaßen, dass die Übernahme eines Amtes im Bezirk nicht nur zu politischen, sondern häufig auch zu gesellschaftlichen Konflikten zwischen den Mitgliedern des Adels und Gewissenskonflikten führten, selbst bei kaisertreuen Reformern. Den Grafen Ferenc Széchényi, einen frisch ernannten Bezirkskommissar kritisierte zum Beispiel sein Zeitgenosse, Miklós Forgách mit folgenden harten Worten: „Die Freunde und Verehrer des Grafen können sich darüber nicht genug wundern, wieso er ein Amt übernehmen konnte, das für die Gesetze des Landes unbekannt ist. Wenn er sich nämlich als Patriot verhält, für den die Gesetze die Richtung angeben, kann er mit Enthebung rechnen, weil er den Willen des Kaisers nicht erfüllt. Tritt er demgegenüber gesetzwidrig und gewaltsam auf, kränkt er seine Heimat und schadet auch sich selbst."[30]

IV. Umgestaltung der Gerichtsbarkeit der Komitate

Joseph II. ging nach Einsetzung der königlichen Kommissare an seinen nächsten Plan, der ebenfalls die Selbstverwaltung der Komitate betraf: an die Trennung von Verwaltung und Rechtsprechung in den Komitaten. Die Gerichtsverfassung in Ungarn war – mit Ausnahme der königlichen Kurie und der Bezirkstafeln – ständisch und dezentralistisch aufgebaut. Verwaltung und Rechtsprechung waren auf unterer und mittlerer Ebene in großem Maße verflochten, häufig waren es die gleichen Organe und Beamten, die die Aufgaben der Rechtsprechung und der sonstigen Verwaltung wahrnahmen. Das gemischte Bild der Rechtsprechung wurde durch die auf Grund von geschichtlichen Privilegien entstandenen speziellen Rechtsprechungsinstanzen noch bunter, denn sie konnten in die Vorstellungen nicht eingefügt werden, die dem kaiserlichen Willen, ein einheitliches System aufzubauen, entsprachen. Die Elemente der auf ständischer Autonomie und Privilegien aufgebauten erst- und

[29] „Aus allem diesem folgt demnach, daß alles, was mit Nos Universitas anfängt, und vorwärts und rückwärts dahin führt, und daraus entstehet, bey sämmtlichen Comitaten aufhöre, und ins Künftige vermieden werden muß. Im Plural existieren nur Nos Status Regni Hungariae. Diese mit Ihrem König in einem Landtag versammelt, sagen Statuimus u.s.w. Die Comitate aber sind Singularien, die jenem Plural platterdings Folge zu leisten haben, und nur in dem einzigen Falle, wo Deputirte zum Landtag von demselben auserkohren werden müssen, können hiezu außerordentliche Versammlungen in den Comitaten statt finden." – Josephinische Curiosa – Ueber Josephs Reform in Ungarn; 1. Joseph II. an den Kanzler Carl Grafen von Palffy im July 1786.; – http://gutenberg.spiegel.de/graeffer/josefcur/josef61.htm

[30] Graf Ferenc Széchényi verzichtet schließlich im August 1786 unter Berufung auf gesundheitliche Gründe auf sein seit Frühjahr 1785 bekleidetes Amt. Den Brief von Miklós Forgách an József Hajnóczy zitiert Vilmos Fraknói – In: Fraknói, 2002, S. 98.

zweitinstanzlichen Gerichtsbarkeit konnte die zentrale Macht nur unter einer mangelhaften, lockeren Kontrolle halten, die zudem durch die verschiedenen ständischen Privilegien stark eingeschränkt war.[31]

Insbesondere galt dies für die Organisation der Strafjustiz, die langsam und schwerfällig funktionierte. Die Auswahl der Richter und die Zusammensetzung der Gerichte stellte eine objektive Beurteilung der Sachen nicht sicher, und die Mängel der materiellen und der verfahrensrechtlichen Normen verhinderten eine mehr oder weniger ähnliche Beurteilung der begangenen Delikte gemäß einheitlicher Prinzipien.[32]

Im Sommer 1785 wurde die Ausarbeitung des Konzepts zur Reform der Rechtsprechung in Angriff genommen, deren wichtigste Station die im Dezember 1785 veröffentlichte kaiserliche Verordnung, der Novus Ordo Judiciarius bedeutete.[33] Die Verordnung stellte die Tätigkeit der bis dahin tätigen ungarischen Gerichte ein und führte zum 1. Januar 1786 ein neues System und neue Regeln ein, wodurch alle Elemente des alten Gerichtssystems aufgewühlt wurden. Die zentrale Leitung des neuen Gerichts- und Strafvollzugssystems wurde von der mit einer erheblich erweiterten Zuständigkeit bekleideten Septemviral Tafel (tabula septemviralis) übernommen, die durch das Forum der Königlichen Tafeln (tabula regia) der Durchsetzung des Herrscherwillens auf allen Ebenen des Systems den Weg eröffnete.

Die Verordnung hob eine Reihe von Instanzen auf[34] und brachte entscheidende Änderungen auf dem Gebiet der Strafgerichtsbarkeit. Sie schaffte den Blutbann (jus gladii) der Grundherren, also die Strafrechtsprechung der Patrimonialgerichte ab, die als wichtigste Instanz der Rechtsprechung des Komitatsadels über die Leibeigenen fungierten, bzw. sie führte den dreistufigen Instanzenzug bei den bisher einstufigen Strafverfahren ein, wo bisher keine Berufung eingelegt werden konnte. Die Strafsachen gegen Adelige und Nicht-Adelige mussten vor den Komitatsgerichten, während diese gegen Bürgerliche vor ihrer eigenen örtlichen Behörde als erster Instanz ausgetragen werden. Die Sachen gegen Adelige konnten von dieser Instanz vor die königliche Tafel, während diejenigen gegen Bürgerliche vor die Bezirkstafeln gebracht werden, von dort konnten die Adeligen im Begnadigungsverfahren die Septemviral-Tafel anrufen, und die Nicht-Adeligen konnten ein Gesuch bei ihrem zuständigen königlichen Kommissar einbringen.

[31] Varga, 1960, S. 61.

[32] Hajdu, Lajos: Büntett és büntetés Magyarországon a XVIII. század utolsó harmadában *(Straftat und Strafe in Ungarn im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts)*, Verlag: Magvető Könyvkiadó, Budapest 1985, S. 52.

[33] Diese Bezirkstafeln werden gleichermaßen im ganzen Jahr ihre Sitzungen halten, die Gerichtshöfe der Komitate und der privilegierten Stellen, außerdem die Behörden der freien königlichen und Bergstädte werden gemäß den Vorschriften der Gerichtsordnung gleichermaßen das ganze Jahr in Sachen der Parteien richten. Alle anderen, wie auch sonst genannten Gerichte und Sonderinstanzen werden ohne weitere Anordnungen aufgehoben. – Novus Ordo Judiciarius a magyar és horvátországi bírósági szervezet átalakításáról *(über die Umgestaltung der Gerichtsbarkeit in Ungarn und Kroatien)* (1785) – Corpus Juris Hungarici, Verlag: KJK Kerszöv, Budapest 1999.

[34] „So wurden der Schatzmeistergericht (sedes tavernicalis), der Personalisgericht (sedes personalitia), das Palatingericht, die mit der kroatischen Bezirkstafel verschmolzene Banustafel, der Gerichtsstuhl des Vizegespans und des Stuhlrichters aufgehoben." – Varga 1960, S. 64.

Als nächste wichtige Station der Reform wurden im September 1787 – gemäß der neuen Komitatsgebiete – in allen 38 Komitaten die als judicium subalternum bezeichnete erste Instanz der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit aufgestellt, und sie übernahm die vorherigen Zuständigkeiten der Komitate. Von da an liefen – dem Geiste der Instruktion entsprechend – die Zivil- und Strafverfahren getrennt, vor den Zivil- bzw. Strafgerichten. Im nächsten Schritt der Reform wurden die bei den Komitaten tätigen Richter um die Entlohnung gebracht, welche ihnen bisher von den Prozessparteien für die verschiedenen Verfahren gezahlt wurden.

Damit verschwand die selbständige Gerichtsbarkeit der Komitate, wie auch die verschiedenen, zu dieser Zeit bereits überholten eigenen Instanzen der privilegierten Bezirke verschwanden, und ihre Stelle übernahmen die einheitlichen, zentralisierten, dem landesweiten System angepassten, von der Verwaltungsfunktion befreiten, ohne Unterbrechung tätigen Gerichte.

V. Einführung des Amtsunterrichts in Ungarn

Joseph II. sah gegen Mitte seiner Herrschaft die Zeit gekommen, das Verwaltungssystem im Reich zu vereinheitlichen, nicht nur in seinen Grundsätzen, sondern auch in den Details seiner Verfassung und Funktionsweise. Diesem Zweck diente der für die Kronländer erarbeitete Entwurf einer Sachbearbeitungsordnung der Behörden, der so genannte „Amtsunterricht", bzw. der Abstimmungsprozess zur Einführung dieser in Ungarn. Die Regelung wollte die Bezeichnung der in den einzelnen Bezirken der Kronländer tätigen Beamten, ihre Zahl, die Ordnung und Fristen der Sachbearbeitung und den vollen Prozess der Aktenbearbeitung im System der Ämter festlegen, sie gab sogar die notwendigen Formulare und Muster zur Evidenzführung als Anlage vor. Die Kanzlei sandte den ungarischen Bezirksgespanen und dem Statthalterrat (Consilium regium locumtenentiale Hungaricum) den Regelungsentwurf zur Begutachtung zu. Die hohen Beamten gaben unterschiedliche Stellungnahmen ab, sie waren sich darin jedoch einig, dass die geplante Regelung und die Verwaltungsmaßnahmen mit der Verfassung des Landes nicht im Einklang ständen; sie drängen die Komitate in die Rolle bloßer Durchführungsorgane des zentralen Willens zurück, indem sie ihnen die Möglichkeit zur Überprüfung des zentralen Willens nehmen – von der sie übrigens bis dahin Gebrauch machen konnten –, und ihnen sogar das Recht zum einfachen Einspruch gegen gesetzwidrige Anordnungen und zur Versammlung entziehen.[35]

Im Laufe der sich lange hinziehenden Abstimmungen zeigte der Herrscher nur in wenigen Fragen Bereitschaft, die durch die Kanzlei zusammengefassten Vorschläge zu akzeptieren. Meistens waren es nur Entwürfe zur Zusammensetzung bzw. zur Stärke des Personals, die er akzeptierte und in den Amtsunterricht, und in die zu dieser Zeit erlassenen Verwaltungsverordnungen einbaute. Nach einiger Zeit verlor er seine Geduld und teilte gegen Ende 1786 der Kanzlei nur so nebenbei mit, dass er dem Amt bald eine Arbeitsordnung für die Komitate zuschicken werde.[36] Damit ignorierte er

[35] Hajdu, 1982, S. 301.

[36] Hajdu, 1982, S. 326.

völlig die bis dahin geleisteten mühsamen Abstimmungsarbeiten, und im Januar 1787 wies er die Kanzlei an, den für die Bezirksämter der Kronländer herausgegebenen endgültigen Amtsunterricht mit Änderungen vor allem der Amtsbezeichnungen und mit sonstigen geringfügigen Änderungen in Ungarn und Siebenbürgen in Kraft zu setzen.

Die fertig gestellte und verschickte Regelung mit dem Titel „Amtsunterricht über die Manipulation der Komitate“[37] benennt den „Vizegespann“ als den wichtigsten Amtsträger der Selbstverwaltung der Komitate. Er ist der Vorgesetzte des Beamtenkörpers und der erste Verantwortliche für die Sachbearbeitung bei den Komitaten, wie auch für die Verkündung und Durchführung der Gesetze und Verordnungen. Er wird als zweite Instanz bei „Unterthansklagen“ tätig und verteilt die Arbeit im Amt. Er hat jeden, an das Komitat adressierten offiziellen „Geschäftsaufsatz eigenhändig zu erbrechen“, durchzulesen, den Eingangstag darauf anzumerken, und der auf diese Weise bearbeitete Schriftsatz wird vom Notar oder einem Kanzlisten ins „Gestionsprotokoll“ eingeführt.[38] Der Amtsunterricht betont an mehreren Stellen, vom Vizegespan werde vor allem erwartet, dass er sich den Geist und die Anordnungen der Rechtssätze aneigne und sie als sein eigen betrachte, sowie diese schnell in die Praxis umsetze und eventuelle Hindernisse im Amtssystem beseitige. In schwierigen bzw. komplizierten Fragen ermöglichte § 7 des Amtsunterrichts dem Vizegespan, die notwendige Entscheidung mit dem zweiten Vizegespan bzw. den Stuhlrichtern – ohne die Sachbearbeitung zu verzögern – zu beraten und zu diskutieren. Diese Bestimmung wurde von der Kanzlei im Zuge der Adaptation in die ungarische Version eingebaut, wodurch die Komitate die Möglichkeit erhielten, ihre Beratungs- oder Kongregationsbefugnis in gewissem Maße zu retten.[39] Eine weitere Pflicht für ihn war, im Jahr einmal das Komitat zu bereisen und darüber der Landesstelle (Statthalterrat) einen Bericht zu erstatten.

Der Helfer und bei Abwesenheit des Vizegespans sein Vertreter mit umfassenden Befugnissen war der bereits genannte zweite Vizegespan, der sich zusammen mit den Notaren und den Fiskalen immer am Komitatssitz aufzuhalten hatte. § 10 des Amtsunterrichts schreibt vor, dass Vizegespan und zweiter Vizegespan niemals gleichzeitig im Amt abwesend sein dürfen, damit das Komitat niemals ohne Spitze bleibe. Bezüglich der Stuhlrichter hält er als Pflicht fest, im „ihnen angewiesenen Bezirk“ anwesend zu sein, das Bezirksgebiet jährlich zweimal zu bereisen und darüber „ein gründliches und ausführliches Journal zu verfassen“. Es ist deutlich zu sehen, dass der mehrmals zum Ausdruck gebrachte Josephinische Gedanke über die Anwesenheit der führenden Komitatsbeamten bzw. ihrer Abwesenheit, die die Funktionsfähigkeit des Amtes gefährdet und als die wichtigste Ursache der Funktionsunfähigkeit des alten Systems und der deshalb notwendigen Reformen angesehen wird, als Leitfaden des Amtsunterrichts dient, bis hin zur (für unsere Zeit selbstverständlichen und gewohnten) Festlegung der Arbeitszeit und Überstunden der Unterbeamten.

[37] Amtsunterricht über die Manipulation der Komitate, Megyei Levéltár Győr *(Komitatsarchiv Győr/Raab)*, Archivum Vetus – Győr-Moson egyesített vármegyék II. József kori közigazgatásának Győr vármegyére vonatkozó iratai 1786. *(Verwaltungsurkunden der vereinigten Komitate Győr-Moson zur Zeit von Joseph II., 1786)* 1401-1720, IVA. 4/b/5.
[38] Amtsunterricht § 24-25.
[39] Hajdu, 1982, S. 336.

Die wichtigsten Aufgaben des Komitatsnotars waren die Führung des Gestionsprotokolls, das im Anhang des Amtsunterrichts als Formular enthalten war und zur Erfassung des Eingangs und der Bearbeitung der Sachen diente, die Erstellung von Berichten und „Expedizionen“, sorgfältige Aufbewahrung der Akten und „Verlegung des Normalienbuchs“.

Der Amtsunterricht listet alle, beim Komitat bediensteten Beamten auf; er bestimmt die Person und die wichtigsten Aufgaben der Kanzlisten, der Praktikanten, der Komitatshusaren, der Hayduken, des Komitatskassepersonals, des Komitatsingenieurs, des Komitats- und Wundarztes, und der Hebamme, der Wehmutter.

Der zweite Teil des Amtsunterrichts („Uebernehmung der einlangenden Geschäftsaufsätze“) regelt die Behandlung und Erfassung der eingelangten Amtsachen, sowie ihre Registrierung mit Hilfe der im Anhang zu findenden Formulare. Laut dieses Kapitels sind – neben dem Gestionsprotokoll, welches alle Geschäftsverhandlungen des Komitats darzustellen hat – auch weitere besondere Protokolle und Vormerkbücher zu führen (das Militärvorspannsprotokoll, das Exekutionsprotokoll, das Strafprotokoll, das Feuer-, Wetter- und Wasserschadenprotokoll, das Ein- und Auswanderungs-Vormerkbuch, Schub-Vormerkbuch und das Vormerkbuch über die Prüfung und Eidesleistung der Steuereinnehmer)[40].

Der dritte („Erledigung der einlangenden Geschäftsaufsätze“) und der vierte Teil („Ausfertigung der Expeditionen“) legen die genaue Ordnung des amtlichen Verfahrens fest (wann eine Sache schriftlich zu erledigen ist, wie kann sie mündlich erledigt werden, wie die Eingangsnummer und sonstige Anmerkungen auf dem in der Hälfte umgeknickten Schriftstück anzubringen sind,[41] die Ordnung der Ausfertigung usw.), bzw. sie geben vor, wie die Patente, Anordnungen und Rundbriefe („Zirkulare“) zu verkünden und den Betroffenen sicher zuzustellen sind.

Der letzte Teil des Amtsunterrichts („Aufbewahrung der Akten“) regelt, wie die Akten aufzubewahren, zu registrieren und zeitlich einzuordnen sind.

Unter den Schlussbestimmungen sind die Regeln der Arbeitszeit in den Ämtern zu finden: Der Arbeitstag bedeutete acht Stunden Arbeit (morgens von 8 bis 12 Uhr und nachmittags von 3 bis 7 Uhr abends), und an Sonn- und Feiertagen war es den Beamten erlaubt, wenn keine dringenden Sachen anstanden, sich abwechselnd einen Bereitschaftsdienst einzurichten. Wenn dringende oder sehr wichtige Sachen anstanden bzw. sich eine erhebliche Menge an rückständigen Sachen angehäuft hat, war das Komitatspersonal angehalten, auch über die Amtszeit hinaus die Arbeiten zu erledigen.[42]

Die ohne Rücksicht auf die ungarischen Verhältnisse mit Zwang durchgesetzte Verwaltungsreform brachte nicht die erwarteten Ergebnisse. Der übertriebene Ordnungswunsch und die Vielzahl der Erfassungen und Register erhöhte die Belastung

[40] Amtsunterricht § 31.
[41] „Zu jedem Stücke, worüber eine Verfügung ergeht, muß der Aufsatz auf einem in zwo Spalten gebrochenen ganzen, aber doch halben Bogen, damit der Aufsatz nicht leicht in Verstoß gerathe, besonders entworfen werden.“ – Amtsunterricht § 34.
[42] Amtsunterricht § 60-61.

des Apparats, jedoch nicht die Effizienz, und auch die Kosten gingen nicht zurück. Die in raschem Nacheinander, ohne Abstimmung bzw. ohne Rücksicht auf deren Ergebnisse eingeführten Verwaltungsvorschriften und schließlich das Inkraftsetzen des Amtsunterrichts, erbitterten sogar die führende Schicht des einheimischen Beamtentums, die von dieser Zeit an in die Defensive gezwungen, mit Verschleppung und herzlos den immer ungeduldigeren Herrscherwillen durchführte.

VI. Niedergang des Systems

Gegen Ende seiner Herrscherzeit zwängte Joseph II. immer ungeduldiger die von ihm gewünschten Änderungen durch den Staatsapparat. Dabei verschaffte er sich mit seinen Reformen nicht nur unzählige Feinde in den verschiedensten Schichten und Gruppen der Gesellschaft, sondern er schreckte auch die aufgeklärten Adeligen und Intelligenzler ab, die sich von ihm deswegen sogar distanzierten, aber auf die er sich am meisten hätte stützen sollen. Damit untergrub er den ganzen Reformprozess und konnte die Umsetzung nicht richtig bis zum Ende führen, und die durch die Aufstellung von Untersystemen entstandenen Schwierigkeiten konnte er nicht mehr in Griff bekommen.

Die im Geiste der Aufklärung konzipierten Strafrechtsreformen erfüllten die an sie geknüpften Hoffnungen nicht, sie führten sogar in allen Gesellschaftsschichten zu Unzufriedenheiten und zugleich zu erheblicher Zunahme der Kriminalität. Die ersten Versuche zur Reformierung des Strafverfahrens, die Abschaffung und das Verbot der Tortur,[43] wie auch die milde Begnadigungspraxis des Herrschers bzw. der Kanzlei bei Todesstrafen, ernteten keine größere Zufriedenheit in der Öffentlichkeit. Die Einführung der Josephinischen Kriminalgerichtsordnung, die keine Rücksicht auf die ständischen Unterschiede nahm, im Jahre 1788 in Siebenbürgen, sowie ihre Adaptation in Ungarn, die mit langem bürokratischen Hin und Her, Zeitschinden und den Adeligeninteressen entsprechenden Änderungen durch die Übersetzung einher ging, die misslungene Einführung und schließlich ihr Ausbleiben gab Grund für viele Beschwerden und für Unzufriedenheit.

Als Ergebnis der widersprüchlichen Normen und der damit verbundenen Gerichtspraxis nahm die Kriminalität bis zum Ende der Epoche erheblich zu, was stellenweise zu so großen Problemen führte, dass in mehreren Komitaten die Einführung von außerordentlichen, standrechtlichen Regeln notwendig wurde. Die Abschaffung der Folter, die milde Begnadigungspraxis und die Aufhebung der Todesstrafe, sowie die niedrige Anzahl und Unterentwickeltheit der Strafverfolgungs- und Strafvollziehungsorganisation (ihr Personal wurde durch die Josephinischen Sparmaßnahmen weiter reduziert) – all das reduzierte die Angst vor der Bestrafung und die abschreckende Wirkung der mit großer Wahrscheinlichkeit zu verhängenden Strafen.[44] Mehrere Autoren (Endre Varga, Lajos Hajdu) gehen sogar so weit, dass sie

[43] Die Folter wurde von Maria Theresia auf Initiative von Joseph II. durch den Erlass vom 22. März 1776 abgeschafft, trotzdem findet man sogar viel später noch Angaben über ihre offene oder versteckte Anwendung. – Hajdu, 1985, S. 87.
[44] Hajdu, 1985, S. 35.

den wichtigsten Grund der Unbeliebtheit des Kaisers in seinen gewaltsam, und ohne Rücksicht auf die ungarischen Verhältnisse eingeführten Strafrechtsreformen sehen.

Der durch die ständig forcierten Änderungen entstandene allgemeine Aufruhr, der im ganzen Reich, aber insbesondere in Ungarn zu spüren war, sowie die labile innenpolitische Situation, entstanden durch den Türkenkrieg, der mit viel Leiden und Misserfolg einherging, veranlassten den damals schon todkranken Herrscher zu einem verzweifelten Schritt. Am 26. Januar 1790 nahm er mit Ausnahme von drei Patenten alle Verordnungen und Maßnahmen, die er während seiner Herrschaft erließ, zurück bzw. er hob sie auf. Somit versetzte er Ungarn und Siebenbürgen in den Zustand zurück, in dem er sie beim Tod von Maria Theresia übernahm.

Die eigenhändige Zerstörung, das Ausradieren seiner eigenen Arbeit und seines Lebenswerkes schloss der Kaiser mit der missmutigen Hoffnung – oder vielleicht nur mit dem ihm eigenen Sarkasmus – ab, dass er mit dieser Maßnahme vielleicht das Glück, den Nutzen und die Ordnung erreichen könne, was er dem Lande durch seine Verordnungen verschaffen wollte.[45*]

Das Komitat Krassó begründet schon 1782 seinen Antrag auf Bewilligung der Tortur folgendermaßen: „In der Hoffnung auf Gnade Ihrer Majestät sind die Schächer frech geworden und es sind die Mittel zu finden, mit deren Hilfe diese abscheuliche Gattung der Menschen wenn auch nicht ganz auszurotten, aber wenigstens für eine kurze Zeit zu bändigen sei und den redlichen Bürgern des Landes auf diese Weise Frieden und Ruhe gewährt werden könne." – In: Hajdu, 1983, S. 334.

[45] Die drei Verordnungen: das Toleranzpatent über die Religionsfreiheit, die Maßnahme zur Bestellung von Seelsorgern, und die Verordnung über die Leibeigenen.
Joseph II. nimmt – mit Ausnahme von drei – alle seine Verordnungen bezüglich Ungarn und Siebenbürgen zurück. – Magyarország története a 19. században – szöveggyűjtemény *(Geschichte Ungarns im 19. Jahrhundert, Textsammlung)*, Hrsg.: Pajkossy, Gábor, Verlag: Osiris Kiadó, Budapest 2003, S. 23.
„der tödtliche Hintritt Kaysers Joseph des zweiten, der, wiewohl schon seit einigen Monaten von vielen gefürchtet, von manchen vielleicht gewünscht, da er endlich am 20sten Februar wirklich erfolgte, schwerlich andere als ganz gefühllose Menschen ohne alle Rührung gelassen hat.", schrieb der neue Teutsche Merkur im Blatt von Januar 1790.

* Der Text gibt den Vortrag wieder, den Dr. Attila Barna in der gemeinsamen schweizerischen-ungarischen Strafrechtsgeschichtlichen Konferenz am 27. März 2003 in Budapest gehalten hat.

Die Herausbildung, und die Wirkung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit auf den ungarischen Verwaltungsrechtsschutz

István Stipta

Universität Miskolc

Ein bedeutender Teil der heimatlichen Forscher in der Verwaltungsgerichtsbarkeit hält die ungarische Rechtspflege im öffentlichen Recht für deutsche Herkunft. Hierzu sind – unter anderen – Móricz Tomcsányi, Zoltán Magyary, János Martonyi und auch József Szabó, der ehemalige Lehrer der staatsphilosophischen Schule in Szeged zu zählen. Szabó schrieb in seinem Buch aus dem Jahre 1946, dass unsere Gesetzgebung nach dem Jahre 1848 unsere nationalen Traditionen verriet und sich völlig in germanische Richtung wandte. Es ist nach seiner Meinung kein Wunder, dass ein bedeutender Teil unserer öffentlich-rechtlichen Institutionen, vor allem unsere Verwaltungsgerichtsbarkeit als eine bloß preußische Kopie scheint.[1] Im Folgenden untersuche ich den Realitätsinhalt dieser Behauptung und des nach ihr ziehenden wissenschaftlichen Standpunktes. Ich übersehe, ob die zeitgenössische deutsche Rechtsregelung, und die auf der Spur folgende Rechtspraxis eigentlich als ein Muster der gesetzlichen ungarischen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus dem Jahre 1896 galt und gelten konnte. Während dieser späten Veranlassung mache ich mich aufmerksam auf die Entstehungsweise des deutschen Rechtsschutzes in der deutschen Verwaltung, sowie auf die Verwaltungsdogmatik der drei Länder (Baden, Preußen, Württemberg), die einen bestimmten Charakter geben, auf ihr Rechtsschutzsystem und Praxis.

Die Vorgeschichte des Verwaltungsrechtsschutzes im Reich

Schon früh entstand eine Variante der mittelalterlichen und früh-neuzeitlichen deutschen Reichsrechtspflege, die als Hauptforderung der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit, als Schutz gegen die öffentliche Macht des individuellen Rechts diente.[2] Im deutschen Reich konnten nämlich die Untertanen gegen die

[1] *Szabó*, József: Demokrácia és közigazgatási bíráskodás [Demokratie und Verwaltungsgerichtsbarkeit]. Budapest, 1946. S. 17., 158. Von dem Streit um das Verständnis des deutschen Modelles: Carl Hermann *Ude*: Verwaltungsrechtsschutz. In: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. 11. Bd. Stuttgart/Tübingen/Göttingen. 1961. S. 281-282.

[2] Heinrich *Mitteis*/Heinz *Lieberich*: Deutsche Rechtsgeschichte. München, 1992. S. 344.; Rudolf *Hoke*: Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte. Wien/Köln/Weimar, 1996. S. 162.; Helmut *Gabel*: „Das ihr künftig von aller Wiedersetzlichkeit, Aufruhr und Zusammenrottung gänzlich abstehet." Deutsche Untertanen und das Rechskammergericht. In: Ingrid *Scheurmann* (Hrsg): Frieden durch Recht. Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806. Mainz, 1994. S. 273-280.; Ina *Bauer*: Von der Administrativjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Entwicklung des Rechtsschutzes auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in Baden im 19. Jahrhundert. Sinzheim, 1996. S. 12.

offiziellen Personen, die die Landesmacht vertraten, Beschwerde beim Reichsgericht heben. Die abgelehnten Maßnahmen wurden vom zeitgenössischen Gewohnheitsrecht in zwei Gruppen geteilt. Zu der einen Gruppe gehörten die Urteile während traditioneller Rechtsstreite, bei deren Fällung der Vertreter der Landesmacht im Richteramt war. In diesem Fall konnte der Entschied des Fürsten Berufung eingelegt werden. In der Sache entschied das Reichskammergericht, das Verfahren vor ihm gliederte sich in zwei Teilen. Der Hauptabschnitt des Justizprozesses war die Verhandlung, während der die Parteien rechtlich als gleichrangige Faktoren vor dem Revisionsgericht standen. Gegen die Entscheidungen mit Verfahrenscharakter gab es Platz für die speziellen Rechtsmittel, deren kompliziertes System durch die Praxis des Reichsgerichtes ausgebildet wurde.

Auf dem Gebiet der rechtlichen Ausgleichung der Landes- und Reichskonflikte wurden immer öfter die sog. exrajudikalen Beschwerden, Rechtsmittel, die zu einer anderen Kategorie gehören, und die auch gegen solche Anordnungen und Einzelentscheidungen validiert werden konnten, und die mit keiner Rechtskränkung, sondern mit Interessenverletzung verbunden waren. In diesen Fällen hatte der Auftritt gegen den Schiedsgeber keinen positiv rechtlichen Grund in rechtlicher Norm. Diesem Beispiel nach entstand stufenweise ein solches System, in dem auch die im – im Zusammenhang mit der Machtübung – einzelnen Interessenverletzung bedeutenden, diskretionalen Wirkungskreis getroffenen Maßnahmen vom Landfürsten, oder von den im seinem Namen verfahrenen Behörden in Frage gestellt werden konnten, gegen die Rechtsschutz gesucht werden konnten. In diesem Fall konnte ein Verfahren gegen den Landfürsten vor dem Reichskammergericht eingeleitet werden. Wenn der Vertreter erster Instanz der Landeshauptmacht nicht als Richter entschied, konnte er einfach als Privatpartei vors Gericht gezogen werden. Der Prozess begann in der gewöhnlichen Ordnung, mit der Anforderung des Mandates. Der Aussteller der Bestimmung konnte in diesem Rahmen zum Verhalten, zur Untersagung, zur Entschädigung verpflichtet werden. Mit der Zeit konnten diese Streite – mit besonderer Ermächtigung – zuerst vors spezielle Landesgericht gebracht werden, dann – wenn eine der Parteien es als Unrecht beklagte, – als letztes Forum wurde der Beschluss vom Reichskammergericht gebracht. Die Praxis veränderte sich mit der Zeit so, dass von diesen besonderen Instanzen (als ein Schiedsgericht) die Sachen auf der Stelle besprochen wurden, konnte sich der Kläger erst danach ans Reichsgericht, als ans Forum in zweiter Instanz wenden.[3]

Es wurde zum unbeschrieben Rechtgrundsatz, dass in allen solchen Unrechtsfällen, wobei die Person nach der im Kreise der Landesmacht erlassenen Verordnung erlitt, mit Beschwerde erheben konnte. Die das beschränkende Macht des Reichsgerichtes konnte natürlich nur den kleineren Ländern gegenüber gültig machen,

[3] Deshalb entstand der Standpunkt in der deutschen historischen Literatur, dass der Verwaltungsrechtsschutz zuerst nicht im materiellen Sinne zustande kam, sondern im organisatorischen Sinne. Vö: Martin *Sellmann*: Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen. In: Helmut R. *Külz*/Richar *Naumann*: Staatsbürger und Staatsgewalt. Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjärigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichtes I. Karlsruhe, 1963. S. 32.; Eberhard *Schmidt-Aßmann*: Die Geschichte des Verwaltungsrechtsschutzes und die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsordnung. Österreichische Richterzeitung 1996, S. 42.

war die Vollziehung des die Reichsteileinheiten verurteilten Urteil beinahe undurchführbar. Auch die Landherren wollten sich der Richterkontrolle entziehen, weil der Rechtsschutz, der ihren Untertanen gebührt, die Einheit und Totalität ihrer Staatsmacht gefährdete. Infolge des Machtkampfes in öffentlich-rechtlicher Form trat die Reichsammlung des Jahres 1594 im Beschluss (§ 94., 95.) gegen die Landesmissbräuche auf, und sie forderte, die Sachen von den Schiedsgerichten nicht zu verzögen, widrigenfalls wird der Rechtsstreit vom Reichskammergericht entschieden. Die Reichsammlung 1654 wies das Reichskammergericht an, die Beschwerden, in denen die Untertanen die Landesvollziehungen als Unrecht beklagten, danach gründlich untersuchen zu müssen.

Nach der mittelalterlichen deutschen Rechtsauffassung verkörperte das Reichskammergericht die einheitliche Staatsmacht, es war also eine vorgesetzte Behörde der persönlichen Vertreter der Landesmacht, und ebenso der Untertanen. Die Rechtsanschauung der gegebenen Epoche machte keinen Unterschied zwischen den öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsstreiten, sowie dem objektiven und subjektiven Recht. Auch darauf hatte man keine Rücksicht, ob der gefochtene Beschluss vom Vertreter der Landesmacht in einer Gesetzgeber- oder Vollziehungstätigkeit gebracht wurde. Der Kern der Frage war das, dass die Richterkörperschaft im Falle der Beeinträchtigung der Interesse gegenüber der Maßnahmen der Vollziehungsmacht entschied. Deshalb kann diese Gerechtigkeitsform als Anfangsvariante des Verwaltungsrechtsschutzes betrachtet werden.[4]

Mit der Verstärkung des Absolutismus in den Ländern begann eine neue Periode auch im rechtlichen Zusammenhang des Staates und der Person. Nach der zeitgenössischen Auffassung wurden die Rechte der Person vom Fürsten ausgeübt, so, wie das vom allgemeinen Wohlstand verlangt wurde: auf unbeschränkter Weise und ohne Kontrolle. Das Gemeininteresse wurde zur bestimmten Idee, das wichtigste Ziel der Verwaltung war die wirksame und schnelle Geltendmachung der staatlichen Interessen. Die staatliche Kompetenz der Landfürsten wurde verstärkt, von ihr wurde auch das Gerichtssystem, das früher eine Kontrolle bedeutete, unter Macht beeinflusst. Nach den vom Reich abgetrotzten Wahlvoraussetzungen aus dem Jahre 1790 konnten sie in ländlichen Kammer- und Gutsachen, also in Beschwerden urteilen, die auch die Interessen der Kammer, Güter und Polizei betreffen. Die Möglichkeit der Anwendung zum Reichsgericht wurde aufgehoben, die früher gegen die Vertretermissbräuche der Landesverwaltung von den Untertanen validiert wurden. Das bedeutete auf einmal, dass der Verwaltungsrechtsschutz vom Anfang des 19. Jahrhunderts eine Sache wurde, auf dieser Ebene wurde der Verwaltungsrechtsschutz in den deutschen Ländern organisiert.[5]

Aus dem oberen Gedankengang folgt die Tatsache, dass der Bedarf sich in den Untertanen der Länder im Deutschen Reich schon früh herauswickelte, ihre einzelnen

[4] Adolf *Merkl*: Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien/Berlin, 1927. S. 375.; Walter *Antoniolli*/Friedrich *Koja*: Allgemeines Verwaltungsrecht Wien, 1996. S. 832.

[5] Friedrich *Walter*: Die Geschichte der österreichischen Zentralverwaltung in der Zeit Maria Theresias (1740-1780). In: Die Österreichische Zentralverwaltung. Wien, 1938. S. 197.; Werner *Ogris*: Recht und Staat bei Maria Theresia. In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 1981. S. 5-20.; Friedrich *Lehne*: Zur Geschichte der Verwaltungsstreitsache in Österreich. Ein Gedenkblatt für Friedrich Tezner. In: Festschrift Verwaltungsgerichtshof. Wien, 1966. S. 29.

Rechte, die nachteilig gehalten wurde, gegenüber den Maßnahmen zu schützen. Diese Tatsache wurde von den deutschen Vertretern der historischen Rechtsschule im Interesse des modernen Verwaltungsrechtsschutzes schon am Anfang des 19. Jahrhunderts betont, und versuchten sie es als Argument im Interesse der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu benutzen.[6] Auf solche institutionellen Voraussetzungen konnten sich die Vertreter des ungarischen Rechtsschutzes nicht berufen. Im Rahmen des Habsburger Reiches entwickelte sich nicht und konnte sich der Bedarf für einen institutionellen Schutz des einzelnen Rechts nicht entwickeln. Das Bewusstsein der Untertanen war stark, dessen Abschaffung auch sonst allfällige Voraussetzung für die Herausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit war. Während des Absolutismus in Ungarn gab es keine rechtliche Möglichkeit für eine institutionelle Prozessführung gegen die Macht, es gab dafür kein Bedürfnis auch von der Seite der Adeligen, die sonst das öffentliche Recht bestimmten. Die bevorrechteten Stände zogen in unserer Heimat für den kollektiven Verfassungsrechtschutz zu Felde. Auch in der Ständeepoche erinnerte eine Institution einen an den Verwaltungsrechtsschutz: die immune Partei durch der Verwaltung konnte vor der Bezirksversammlung Klage erheben, die im Allgemeinen eine Kommission aus Tafelrichtern sandte. Wenn das Unrecht festgestellt wurde, wurde die Untersuchungskörperschaft zum Urteilsgericht umgebildet, und das die Streitsachen entschied, oder mindestens machte es einen Versuch dafür. Der Prozess wurde nicht geregelt, der Rechtsschutz war zufällig und unkontrollierbar.[7]

Die süddeutsche Lösung: Baden

Baden war der Beispielstaat der süddeutschen Verfassungsentwicklung.[8] Das erste Gesetz für die Badener Verwaltungsgerichtsbarkeit *(Gesetz, die Organisation der inneren Verwaltung betreffend)* trat in Kraft schon am 5. Oktober 1863. Die Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes wurden durch das Gesetz am 24. Februar 1880 *(Gesetz, den Verwaltungsgerichtshof und das verwaltungsgerichtliche Verfahren betreffend)*,

[6] Rudolf *Gneist*: Der Rechtsstaat. Berlin, 1872. S. 39.; ders.: Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen. Berlin, 1869; Karl von *Lehmayer*: Der Begriff des Rechtschutzes im öffentlichen Recht (Verwaltungsgerichtsbarkeit) im Zusammenhänge der Wandlungen der Staatsauffassungen betrachtet. Festschrift aus Anlaß der Feier des 25jährigen Bestandes des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes. Wien, 1902, S. 37.

[7] Dr. *Zergényi*, Jenö: A közigazgatási bíróságokról. [Von den Verwaltungsgerichten]. Jogtudományi Közlöny, 1891. Nr. 5. S. 35-36.; Dr. *Concha*, Győző: A közigazgatási bíráskodás az alkotmányosság és az egyéni joghoz való viszonyában. [Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zu der Verwaltung und dem persönlichen Recht]. Budapest, 1877. S. 11-13.; Dr. *Martonyi*, János: Az ötvenéves közigazgatási bíróság [Das fünfzigjährige Verwaltungsgericht]. (Különlenyomat a Városi Szemle XXXIII. évfolyamából). Budapest, o. J. S. 4-5.; ders.: A közigazgatási bíráskodás bevezetése, szervezete és hatékonysága Magyarországon (1867-1949). [Die Einführung, die Organisation und die Wirksamkeit des Verwaltungsgerichtes in Ungarn]. Acta Jur. et Pol. Szeged. Tom. XX. Fasc. 2. S. 3-5.

[8] *Gruber*, Lajos: A közigazgatási bíráskodás eszméje, kellékei és alakzatai Európában, különös tekintettel Magyarországra, és e kérdés parlamentáris történetére hazánkban. [Die Idee, die Erfordernisse und die Formen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa, mit besonderer Hinsicht auf Ungarn, und auf die Geschichte dieser Frage in unserer Heimat]. Budapest, 1877. S. 207-219.

die bis dahin Verwaltungsbeamten waren, identisch mit den Richtern des Hauptgerichtshofes mit richterlichem Rang und Charakter versahen. Das Gesetz vom 1. März 1884 *(Gesetz, betreffend die Amtsdauer der Mitglieder der Bezirksräte etc.)* demokratisierte die Zusammensetzung des erstrangigen Verwaltungsgerichtes. Das Gesetz vom 14. Juni 1884 *(Gesetz, die Verwaltungsrechtspflege betreffend)* verbreitete den Wirkungskreis der Verwaltungsgerichte, und liberalisierte die Rechtsschutzordnung vor den Gerichten. Die Details des Verfahrungsrechtes wurden durch das Gesetz vom 31. Augustus 1884 geregelt, von den Verfahrenskosten, von der Verbreitung der Kostenbefreiung wurden durch die Verordnung des Ministers vom 8. Oktober 1884 bestimmt.

Auf dem Gebiet des Großherzogtums gab es eine umfangreiche Verwaltungsreform eben im Jahre 1863, in deren Rahmen auch das Gericht mit der Wirkungskreis für die Entscheidung der öffentlich-rechtlichen Streitfragen neben der Modernisierung der bürgerlichen Verwaltung besetz wurde.[9] Das Gesetz vom 5. Oktober 1863 wies die Entscheidung im breiten Kreise der Streitfragen mit öffentlich-rechtlichem Charakter hin. In diesen Sachen wurde eine Beurteilung zweiter Instanz eingeführt. In der ersten Instanz entschied das Bezirksveraltungs-Kollegium.[10] Die Sachen, die zum Wirkungskreis der Bezirksverwaltung gehören, wurden vom Gesetz dogmatisch aufgezählt. Also die Badener Regelung folgte dem taxativen System, die Verwaltungsrechtsstreite nahmen das Prinzip des allgemeinen Gerichtswirkungskreises nicht an, sondern bloß die richterliche Untersuchungsmöglichkeit in den im Gesetz festgestellten Fällen.

In der ersten Instanz gehören die Streite im Zusammenhang mit der Staatsangehörigkeit unter dem Verwaltungsrechtsschutz, Bedürfnisse für das Zuständigkeitsrecht, Sachen über den Streit um das städtische Bürgerrecht, Prozesse über das Bestehen der bürgerlichen Bedingungen der Ehe. Unter gesellschaftliche Kontrolle kamen alle Streitsachen, die mit dem Rechtsgrund und Maß der individuellen Zustimmung zu den gesellschaftlichen Bedürfnissen zusammenhingen. Zum Wirkungskreis der Verwaltungsgerichtsbarkeit gehörte – verschieden von der ungarischen Lösung – die Streitentscheidung infolge der Verteilung der Kriegsausgaben der Bezirke als Gemeinden, und in diesem Forum wurde über die Einquartierung der Beschädigten entschieden. Weder das Maß des Beitrages zu den Kosten der Kirchen- und Unterrichtsinstitute noch die Feststellung des Beitrages zu den Kosten der Gehaltergänzung der Volksschullehrer gehörten nicht mehr zum ausschließlichen Wirkungskreis der Beamten. Zum Wirkungskreis der Verwaltungsgerichtsbarkeit in erster Instanz gehörte die Bescheidung der Kollision zwischen den Gemeinden, die Beurteilung der Streite im Zusammenhang mit der

[9] Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden von Walz. Das öffentliche Recht der Gegenwart, in Verbindung mit einer grossen Anzahl hervorragender Schriftsteller des In-und Auslandes. 5. Bd. Tübingen. 1909. S. 126-132. Auch der Gelehrtenmitglied des Badener Landtages, Johann Caspar Bluntschli nahm an den Reformbestrebungen teil. S: Michael *Stolleis*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914. München, 1992. S. 433.; Johann Caspar *Bluntschli*: Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtspflege. Eine Studie. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 6. 1864, S. 257-291.

[10] Gideon *Weizel*: Das Badische Gesetz vom 5. October 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung mit den dazu gehörigen Verordnungen, sammt geschichtlicher Einleitung und Erläuterungen. Karlsruhe. 1864. S. 157.

Feststellung der Heimatlosenzuständigkeit. Der Verwaltungsrechtsschutz breitete sich auch auf die Rechtsstreite – nicht mit privatrechtlichem Charakter – im Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Produktion, so auch auf die Fragen im Zusammenhang der Begießung, der Wasserleitung, der Grundstückteilung. Der Rechtsschutz erhielt auch einen öffentlich-rechtlichen Charakter, weil er auf die Entscheidung der wahlrechtlichen Streite der Gemeinden, der Kreise und der Bezirke erstreckte. Das Verwaltungsgericht erster Instanz verfügte – nach der Regelung vom Jahre 1863 – auch über den Wirkungskreis der Beschwerden im Zusammenhang mit den Absetzungsbedingungen der Polizeiarrestzellen.[11]

Der Wirkungskreis zweiter Instanz wurde vom Verwaltungsgerichtshof geübt. Die Körperschaft als entscheidendes Gericht fällte rechtskräftige Urteile in allen solchen Sachen, in denen die Entscheidungen erster Stufe vom Bezirksrat getroffen wurden. Darüber hinaus entschied er in den Streiten auf dem Gebiet der Pension- und Dienstverhältnisse der öffentlichen Angestellten.

Das erste Badener Gesetz verankerte das Prinzip, in dem der Rechtsschutz nur auf die Streitfragen ausdehnen, die Maßnahmen nach seinem Gutdünken beeinflussen kann. Wenn das Forum, das den Streit beurteilt, eine Maßnahme nötig fand, konnte eine Verbreitung zum Ministerium vorlegen, das mit einem Wirkungskreis verfügte. Aus praktischer Hinsicht war die Untersuchung der vorgesetzten finanziellen Behörden das wichtigste, das beschwerliche Urteil wurde ja nicht mehr von der finanziellen Behörde, sondern von einem parteilosen Gericht revidiert.

Der Wirkungskreis der Badener Verwaltungsgerichte wurde erst durch das Gesetz vom 14. Juni 1884 verändert. Die neue Regelung verbreitete die Erweiterung des Wirkungskreises, die Funktionsgrundprinzipien wurden nicht verändert. Von nun an erstreckte sich der Verwaltungsrechtsschutz auch auf die Fragen im Zusammenhang mit der Verpflichtung der Annahme der Bezirksämter, mit der Dotation der Bezirksbeamten, mit den Rechtsverhältnissen der gesellschaftlichen Koalitionen. In der Verbreitung des Wirkungskreises des endgültig entscheidenden Gerichtes zweiter Stufe dagegen brachte das Gesetz eine bedeutende Veränderung: über die Untersuchung der Maßnahmen erster Stufe hinaus wurden dreißig solche Sachengruppen zustande gebracht, in denen das Gericht endgültig entschied. Danach konnten alle solche Verwaltungsmaßnahmen untersucht werden, die die Rechte der Kläger betrafen, oder gesetzwidrig irgendwelchen finanziellen Dienst festgestellte.

Die Wirkungskreisregelungen blieben unverändert. Auch darauf folgend konnte die Entscheidung des Verwaltungsorgans nur im Gesetzverletzungsfalle anfochten werden. Aber die Regelung in der Frage des Gutdünkens veränderte sich. Von nun an konnte die Überprüfung des Richters erst dann ausgeschlossen werden, wenn das Vorkehrungsrecht auf Gutdünken der Behörde auch aus dem Gesetz stammte. Das Gesetz stellte auch die Fälle fest, in denen das Beschwerderecht nicht zur Geltung gebracht werden konnte. Gegen die im Interesse der Ausweisung der Ausländer, Landstreicher, Bettler, der Verhinderung der Tierseuchen getroffenen Polizeimaßnahmen konnte man ans Gericht nicht wenden. Die Bestimmungsumgestaltung des Wirkungskreises aus dem Jahre 1884 verstärkte das

[11] Ludwig *Grünwald*: Der österreichische Verwaltungs-Gerichtshof. Mit Vergleichung des bestehenden Rechtes in England, Frankreich, Italien, Baden und Preußen. Wien, 1875. S. 40-45.

Freiheitsrecht der Personen gegen die Staatsmacht. Das Gesetz bildete wichtige Garantien auch im Schutz der Verwaltungsrechte.[12]

Auch das Organisations- und Verfahrenssystem der Badener Verwaltungsgerichtsbarkeit umgestaltete das Gesetz vom 5. Oktober 1863. Das peremptorische Forum erster Stufe war der Bezirksrat, der aus 6-9 Mitgliedern bestand. Der halbe Teil der Körperschaft erneuerte sich jährlich. Die Körperschaftsmitglieder wurden aus den Mitgliedern der Bezirksversammlungen vom Minister für vier Jahre ernannt. Die Möglichkeit der Teilnahme war breit, die Mitglieder des Rates konnten die Einwohner sein, die über Staatsbürgerschaft verfügten, seit zwei Jahren, und vollendeten ihr fünfundzwanzigstes Lebensjahr. Die Mitgliedschaft des Rates verfügte über einen Ehrenscharakter, dessen grundlose Abweisung eine Geldstrafe auferlegt wurde. Die Körperschaft hatte einen Doppelcharakter; einerseits als Verwaltungsgericht, andererseits als Verwaltungsbehörde tätig war. Sein Vorsitzender war der Bezirksbeamte, der die Sitzungen der Körperschaft monatlich zusammenrief.[13]

Das Rechtsschutzorgan zweiter Stufe war der Verwaltungs-Gerichtshof. Sein Vorsitzender und seine Mitglieder waren ausschließlich hohen Beamten in der Verwaltung nach der Regelung aus dem Jahre 1863. Das Oberaufsichtsrecht über den Gerichtshof übte der Innenminister aus. Das Gesetz vom 24. Februar 1880 ließ die Mitglieder des Verwaltungs-Gerichtshofes zu gleichen Würden mit den Richtern des Hauptgerichtshofes kommen.

Das Badener Verwaltungsstreitverfahren war mündlich und öffentlich. Auf die Sitzordnung bezog sich das allgemeine Gerichtsgesetz. In allen Fällen mussten die Vertreter des staatlichen Interesses vom Gerichtshof angehört werden. Das Verwaltungsgericht entschied nur in den Streitsachen der Parteien, von Amtswegen konnte es nicht verfahren. Der Anwaltszwang wurde in der mündlichen Verhandlung obligatorisch.

Das Gesetz strebte schon nach der gleichzeitigen Geltendmachung der schnellen Beurteilung der Sachen und des wirksamen Rechtsschutzes. Die Beschwerde sollte schriftlich einreichen, in der die Beschädigung, den Rechtsgrund des Anspruches und die Beweismittel bezeichnet werden sollte. Die mündliche Verhandlung sollte möglicherweise innerhalb eines Monates nach dem Einreichen der Beschwerde führen. Der Vorsitzende konnte vorhergehende Untersuchung, Ermittlungsverfahren anordnen. Die Verhandlungsordnung gestaltete sich nach dem allgemeinen Gerichtsverfahren. Das Gesetz vom 14. Juni 1884 umgestaltete das vollständige Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nach dem Beispiel der bürgerlichen Prozessordnung. Die Ausnahmen (z.B. Die Erhaltung der Verhandlung im Falle des Fernbleibens des Klägers) deutete die Beschleunigung des Entscheidungsprozesses an. Das Berufungsgericht verhandelte den Fall wieder im Rahmen des Antrages. Das Verfahren war mit dem Verfahren erster Stufe gleich, mit dem Unterschied, dass die

[12] Magyar Közigazgatás 1889. Nr. 28. (11. Juli 1889.) S. 2.; *Gruber*, Lajos: A közigazgatási bíráskodás alakzatai Európában. [Die Formen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa]. Jogtudományi Közlöny, 1877. Nr. 40. S. 312-313.

[13] Thomas *Olechowski*: Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich. Wien, 1999. S. 34-37.; Wolfgang *Rüfner*: Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Die Geschichte der Verwaltung. 3. Bd. S. 725.

Vorbereitungserklärungen schriftlich eingereicht werden sollten. Auch in dieser Stufe des Verfahrens galt der Anwaltszwang. Die Entscheidung des Gerichtes zweiter Stufe war rechtskräftig, und vollstreckbar. Gegen die Entscheidung konnte der Vertreter der Staatsinteresse beim Kompetenzgerichtshof, wegen Kompetenz-, oder Wirkungskreismangel mit Nichtigkeitsbeschwerde leben. Gegen die rechtskräftigen Urteile konnte Prozesswiederaufnahme – nach den allgemeinen Regeln – angebahnt werden.

Als Schutz gegen Verwaltungsbehörde der Bürger diente das Gesetz vom 24. Februar 1870, das den Verwaltungsgerichtshof gegen die Beamten auf eine Vorentscheidung im Falle des strafrechtlichen und privatrechtlichen Verfahrens berechtigte. Demnach konnte das Gericht feststellen, ob der Beamte ihre amtliche Verpflichtung übertrat, oder irgendein Verhalten versäumte, wozu er verpflichtet war. In diesem Fall wurden die vor dem Verwaltungsgericht entstandenen Kosten des Staatsbürgers vom Staat bevorschusst.

Von den Angaben, die auf die Tätigkeit der Badener Verwaltungsgerichtsbarkeit bezogen, ergab es sich, dass die Zahl der zum Verwaltungsgerichtshof angekommenen Beschwerden niedrig ist, 73 jährlich. In der Mehrheit der Fälle (34) bestätigten die Gerichtshöfe die Entscheidungen der Bezirksräte. In der entscheidenden Mehrheit der Fälle (55), die mit Urteil abgeschlossen wurden, fand der Prozess mit Anwaltsteilnahme statt. Die erledigten Fälle gehörten in erster Reihe zum Aufgabenkreis des Innenministeriums (55), in kleinerer Maße des Finanz- und Justizministeriums (13), des Religions- und Unterrichtswesens (4). Nach den Angaben aus dem Jahre 1891 bezogen die meisten Beschwerden auf die finanzielle Unterstützung in den Gemeinden (13), auf die Staatssteuern (12), auf den Widerruf des Fischereirechts (11), und auf die Gültigkeit der angefochtenen Gemeindewahlen (8).[14]

Von den Versuchen auf die Ausbildung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit hielt Győző Concha den Badener Versuch als Bestes. Das war der erste Versuch, als eine zweistufige Gerichtsbarkeit eingeführt wurde. Das Gericht zweiter Instanz verfügte mit allen zeitgenössischen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit, konnte sowohl in Tatsachen-, als auch Rechtsfragen beurteilen, seine Entscheidungen verbreiteten sich sowohl auf das Verdienst, als auch auf die Form der Verwaltungsentscheidung. Die einzige markante Mangelhaftigkeit des Systems war die Feststellung des Wirkungskreises mit taxativem Charakter, die später während der Vollziehung ernste praktische Schwierigkeiten verursachte. Schon jetzt kann es bemerkt werden: das ungarische Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetzt aus dem Jahre 1896 übernahm allein nur diese Lösung aus dem musterhaften Badener System.[15]

[14] Az 1892. évi február hó 18-ára hirdetett Országgyülés Nyomtatványai. Képviselöházi Irományok. [Die Parlamentarischen Druckschriften vom 18. Februar 1892]. 14. Band. Nr. 510. S. 252-262.; Ina *Bauer*: Von der Administrativjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Entwicklung des Rechtsschutzes auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in Baden im 19. Jahrhundert. Sinzheim, 1996. S. 81.

[15] Dr. *Concha* Győző: A közigazgatási bíráskodás az alkotmányosság és az egyéni joghoz való viszonyában. [Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zum der Verfassungmäßigkeit und dem persönlichen Recht]. Budapest, 1877. S. 93-94.; Ernst *Walz*: 100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden-Randbemerkungen zu einem Jubiläum. In: Martin Baring (Hrsg) Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit. Köln/Berlin/Bonn/München, 1964. S. 105-106.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert in Preußen

Die preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit – im modernen Sinne genommen – entstand unter Landesrahmen.[16] Der Ausbau des Verwaltungsrechtsschutzes in Preußen geschah – im Gegenstand zu Österreich – nicht mit einem getrennten legislativen Akt, sondern entstand schrittweise als Ergebnis einer organischen Entwicklung, und im Zusammenhang der allmählichen Verwaltungsreform.[17] Die erste zu einer Einheitlichkeit richtende Reform begann mit der im Jahre 1872 ausgegebenen Bezirksordnung. Demnach in Preußen entschieden die Verwaltungsgerichtshöfe in den wichtigsten öffentlich-rechtlichen Fragen, in den Fällen der Gesetzlichkeit der Polizeimaßnahmen, in den Fällen der Rechte und Verpflichtungen, die aus dem Bezirk oder der Gemeinde stammen. Das Gesetz vom 3. Juli 1875 stellte das zentrale Verwaltungsgericht auf. Der Gerichtshof in Berlin als oberstes Forum spielte eine entscheidende Rolle in der einheitlichen Beurteilung der öffentlich-rechtlichen Streitfragen, in der Sicherheit der Rechtseinheit. Der Apparat des Gerichtes wurde in den Gesetzen vom 2. August 1880, und vom 27. Mai 1888 in dem konservativen Geist von Bismarck geändert. Das Verfahren des Verwaltungsgerichtes wurde von dem Verwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 *(Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung)* vereinheitlicht. Auch aus dem Wirkungskreis des Gerichtes entstand ein selbstständiges Gesetz *(Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden)*[18]

Die Apparate in unteren Stufen des preußischen Verwaltungsrechtsschutzes waren die Bezirks- und Stadtkörperschaften (Ausschüsse). In zweiter Instanz gingen die Bezirk-Ausschüsse vor. Beide Körperschaften hatten gemischten Aufgabenkreis, neben der Beurteilung übten Verwaltungsaufgaben aus, und entschieden in streitigen Verwaltungsfällen (contentiosus). Nach den bezogenen Normen wurde der Rechtsstreit im Rahmen der Verwaltungsstreitverfahren entschieden.

Der Führer des Bezirksausschusses war der Landrath. Die sechs Mitglieder der Körperschaft, die keine Fachbildung hatten, wurden für sechs Jahre von der Bezirksversammlung gewählt. Die Mitglieder des Ausschusses konnte alle eigenberechtigte Reichsbürger, die ihre politischen Rechte nicht verlieren. Ein Drittel der Ratsmitglieder sollte jedes zweite Jahr neu gewählt werden. Die Körperschaft entschied durch einfachen Majoritätsbeschluss. Durch die Beschlussfassung wurden

[16] Dr. Ludwig von *Könne*: Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie 2. Band. Leipzig, 1906. S. 736-741. Das Verfahren wurde vom am 30. Juli 1883 ins Leben gerufenen Gesetz in preußischen Verwaltungsfällen geregelt. Den Wirkungskreis der Verwaltungsgerichte begründete das Kompetenzgesetz aus dem Jahre 1883. Von der Organisation des Verwaltungshauptgerichtsstuhles verordneten die Gesetze vom 27. Mai 1888 und 3. Juli 1875.

[17] Thomas *Olechowski*: Europäische Modelle der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert. In: Martin F. Polaschek/Anita Ziegerhofer (Hrsg) Recht ohne Grenzen-Grenzen des Rechts. Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/ Paris/Wien, 1998. S. 147.

[18] Magyar Közigazgatás 1889. Nr. 30. (25. Juli 1889.) S. 2-3.; Christian *Keller*: Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. 5. Bd. Berlin, 1998. S. 879-883.; Hans *Egidi*: Paul Persius, der Schöpfer der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Martin *Baring* (Hrsg) Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit. Köln/Berlin/Bonn/München, 1964. S. 18-40.

auch Fachleute angehört, man konnte sogar eine Person mit einer höheren Richterbildung auch mit beratender Stimme (mit Dauerauftrag) in Anspruch nehmen. In den selbstständigen Stadtkreisen versah der Stadt-Ausschuss die Aufgabe des Verwaltungsrechtsschutzes erster Stufe. Der Vorsitzende der Körperschaft war der Bürgermeister oder sein Stellvertreter, die vier Mitglieder wurden von den eigenen Mitgliedern des Rates gewählt. Die Mitglieder der Körperschaft erster Instanz legten einen Eid ab, so konnte es zum Entheben des Rechtsverhältnisses der Verwaltungsbeamten nach dem Gesetz vom 21. Juli 1852 nur aus außerordentlich schweren Disziplinargründen kommen.

In den Bezirken wurde ein Bezirksausschuss gewählt. Die ernannten Mitglieder bekamen Gehalt, die Kosten der gewählten Tätiger konnten in Anspruch genommen werden. Der Rechtsstellung der Mitglieder des Bezirksausschusses wurde verstärkt, dass die Regel von den Richtern nach den Gesetzen vom 7. Mai 1851 und 26. März 1856 für ihre Verantwortlichkeit sollten verwendet werden. Die Körperschaft konnte erst dann einen gültigen Beschluss fassen, wenn außer dem Vorsitzenden mindestens ein ernannter Mitglied anwesend war, und mindestens ein Anwesender mit einer richterlichen Qualifizierung verfügte.[19]

Alle Mitglieder des Ober-Verwaltungsgerichtes wurden – für unbestimmten Termin – vom Herrscher ernannt. Die eine Hälfte der Richterkörperschaft musste mit richterlicher, die andere Hälfte mit oberer Verwaltungsbeamtenausbildung verfügen. Die Richter übten die Gerichtsbarkeit in Räten aus, die prinzipiellen Fragen wurden in voller Sitzung entschieden. Im Interesse der richterlichen Unabhängigkeit konnten die Mitglieder des obersten Verwaltungsgerichtes im Disziplinarwege zur Verantwortlichkeit nicht gezogen werden. Wenn irgendeiner Richter „wegen unehrenhafter Tat" beurteilt wurde, oder ein Gefängnis ein Jahr länger bestraft wurde, konnte er nur von der vollen Sitzung des obersten Verwaltungsgerichtes seines Amtes enthoben werden. Einige Räte innerhalb der Gerichte konnten erst für ein Jahr entstanden, auch der Vorsitzende konnte keine andere Urteilskammer führen, nur die, die für sich selbst vorher bezeichnet wurden. Zur Beschlussfassung innerhalb des Rates brauchte er die Teilnahme mindestens von fünf Mitgliedern. Wenn ein Rat in irgendeiner Frage von dem früheren Beschluss sogar der voller Sitzung oder einem anderen Rat abweichen wollte, kam der Fall vor die volle Sitzung. Das Plenum konnte erst dann eine Entscheidung bringen, wenn zwei Drittel der Beamten anwesend waren.

Der Charakter des Richters im Bezirksverwaltungsgericht ruhte auf der Unabhängigkeit ihrer Mitglieder, und in der Ehrenamtlichkeit. Der Vertreter vertrat die Fachbildung. Im Bezirksverwaltungsgericht war das Selbstverwaltungselement auch bestimmend, die Teilnahme der für Lebenszeit ernannten Mitglieder steigerte aber den Wert des Institutes. Der oberste Verwaltungsgerichtshof war eine Körperschaft mit allen zeitgenössischen Sicherheiten der richterlichen Unabhängigkeit, und mit richterlichen Mitgliedern mit voller Bildung.

Der Wirkungskreis des preußischen Verwaltungsgerichtes wurde auch nach dem Taxationsprinzip festgestellt. Die Gesetze zählten auch hier die Fälle auf, in denen es

[19] Dr. *Zergényi*, Jenő: A közigazgatási bíróságokról. [Von den Verwaltungsgerichten]. Jogtudományi Közlöny, 1890. Nr. 46. S. 363.; Dr. *Concha*, Győző: A közigazgatási bíróságokról szóló törvényjavaslat. [Der Gesetzvorschlag von den Verwaltungsgerichten]. Jogtudományi Közlöny, 1893. Nr. 50. S. 395.

Platz für den Verwaltungsrechtsschutz gab, und auf einmal wurde auch das Organ benannt, in dem die Entscheidung anfechtbar war. Die Maßnahmen des Herrschers und der Minister konnten vor dem lokalen Gericht nicht gefochten werden. Gegenüber den Entscheidungen der ländlichen Vollziehungsorgane und Verwaltungskörperschaften ging der oberste Verwaltungsgerichtshof vor. Gegen die Maßnahmen der städtischen mit Bezirksrecht verfügenden Verwaltungs- und der Selbstverwaltungsbehörde konnte eine Berufung beim Bezirksausschuss erhoben werden. Gegenüber den Entscheidungen der Bezirks- und örtlichen Behörden sicherte der Bezirksausschuss Rechtsmittel. Die zwei untere Stufe bildende Körperschaft der Verwaltungsgerichtsbarkeit revidierte – wegen ihres doppelten Charakters – ihre eigenen Verwaltungsentscheidungen oft als Verwaltungsstrafe.[20]

Der Wirkungskreis des Verwaltungsgerichtes war außerordentlich breit. Auf der Bezirksebene konnte man gegen die Aufteilung der Steuer an den Verwaltungshauptgerichtshof wenden. Die Veränderung der Bezirksverwaltungsgrenze, in den Streitfällen der Unabhängigkeit der Städte von dem Bezirk wurde vom Bezirksausschuss, als Verwaltungsbehörde eine Entscheidung getroffen. Im Falle der Beeinträchtigung des Interesses konnte irgendeine Verwaltungskörperschaft auch bei dem Ausschuss ein Rechtsmittel einlegen. Gegen die Entscheidung konnte man mit einem Untersuchungsantrag an das Oberste Verwaltungsgericht wenden.[21]

In einem noch breiteren Kreis der städtischen und Gemeindenfälle konnte man an das Verwaltungsgericht wenden. Gegen die Entscheidungen der Gemeinden-Vertreterkörperschaften konnte man Beschwerde einlegen gegen die Entscheidung des Falles im bürgerlichen Recht, im Falle der Auslassung in der Gemeindenwählerliste, wegen der Bestrafung des im Bruches, der im Statut der Gemeinde als Verpflichtung bestimmt wurde. Die preußische Bevölkerung konnte im Prozesswege die Entscheidungen des Vorstandes angreifen, die den Maß des Beitrages zu den Gemeindenlasten und Steuern feststellten. Auch in den Disziplinarsachen der Gemeindenvorstände und Beamten übten die Verwaltungsgerichte entscheidenden Wirkungskreis.[22]

Auch für die ungarischen Gesetzgeber hätte die Großzügigkeit vorbildlich sein können, mit der die preußische Politik den Schutz der persönlichen Interessen der Staatsmacht gegenüber sicherte. Die Streite zwischen den für die Versorgung des Armenwesens entstandenen Vereinigungen, die letzte Entscheidung der Gegensätze in den berechtigten Fragen für öffentliche Unterstützung gehörten zum Bundesamt für Staatsangehörigkeitfällen. Der breite Kreis des Schulwesens kam unter den Schutz des Verwaltungsrechtsschutzes. Auf diesem Weg konnte Rechtsmittel für die

[20] Dr. *Concha*, Győző: A közigazgatási bíráskodás az alkotmányosság és az egyéni joghoz való viszonyában. [Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zum der Verfassungsmäßigkeit und dem persönlichen Recht]. Budapest, 1877. S. 94-95.; Jogtudományi Közlöny 1877. Nr. 42. S. 326-328.

[21] Az 1892. évi február hó 18-án hirdetett Országgyülés Nyomtatványai. Képviselőház. Irományok. [Die Parlamentarischen Druckschriften vom 18. Februar 1892]. Band 14. Nr. 510. S. 263-277.; s: Ulrik Stump: Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit 1875-1914. Verfassung-Verfahren-Zuständigkeit. Berlin, 1980. S. 92.

[22] Gerhard *Lange*: Die Bedeutung des preußischen Innenministers Friedrich Albert Graf zu Eulenburg für die Entwicklung Preußens zum Rechtsstaat. Berlin, 1993. S. 45-53.; Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. (Hrsg) Fritz *Stier-Somlo* und Alexander *Elfter*. 6. Bd. Berlin/Leipzig, 1929. S. 614-615.

Aufrechterhaltung der Schulen gegen die Entscheidung der Steuersachen, mit der Feststellung der Maße des Lehrgeldes, der Lehrergehalte gesucht werden. Im Falle der Entscheidungen israelitischer Kultusgemeinde im Bezug der Rechte und Verpflichtungen der Mitglieder verfügte das oberste Verwaltungsgericht mit ausschließlichem Wirkungskreis. Die so genannten Wegepolizeifälle betrafen bedeutendes staatsbürgerliches Interesse, deshalb entschied das Verwaltungsgericht von den Entscheidungen, die sich auf den Bau, auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Strassen, auf die Verteilung der Kosten bezogen. Das Gericht entschied auch über die Fragen, ob ein Weg als öffentliche Strasse zu betrachten ist oder nicht. Die Streitfragen der Wasserpolizei, die Fischereisachen, während der Jagd entstandenen Interessenkollisionen, die Beschwerden gegen die Gewerbepolizeimaßnahmen gehörten auch Verwaltungsgerichtswirkungskreis. Der Verwaltungsrechtsschutz betraf auch die wirtschaftliche Sphäre: die Überprüfungen der ökonomischen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Betätigung der Handelskammer, der Handelskörperschaften, der Börse wurde deshalb die Aufgabe der Judikatur in der Verwaltung. Die Aufnahme in den Staatsbürgerschaftsverband, oder auch die Verweigerung der Entlassungsurkundenausgabe war eine vor Gericht zu bringende Rechtskränkung. Die höchste Last bedeutete die Beurteilung der Steuersachen auch in Preußen. In allen Fällen in diesem Kreis konnte man im Falle der Verletzung oder falscher Anwendung der Behördenverordnungen mit Beschwerde leben.

Auch das Prozessverfahren in der preußischen Verwaltung verfügte über zahlreiche nach vorn zeigende Eigenschaften. Die Regelung unterschied die Beschwerde höherer Instanz von der Verwaltungsentscheidung und die richterliche Überprüfung eingeleitete Klage. Der Antrag zum Verwaltungsgericht sollte schriftlich, und konkret sein. Die rechtlich unbegründete Klage konnte auf kurzem Weg mit gerechtfertigem Beschluss abgewiesen werden. Nach rechtlich begründeter Klage kann das Gericht im gerechtfertigten Beschluss den Gegner des Klägers zur Erfüllung auffordern. Beide Entscheidungen konnten – nach dem Antrag der mündlichen Verhandlung – angefochten werden.

Das Gesetz ermöglichte – in dem Fall, wenn keine der Parteien eine Verhandlung wollte – die Beschlussfassung ohne Verhandlung. Die Verwaltungsgerichte waren verpflichtet einander an Rechtshilfe zu beteiligen. Das Gericht unterer Instanz war verpflichtet die Beschlüsse des oberen richterlichen Forums zu leisten, das Gericht oberer Instanz war berechtigt die Geschäftordnung der unteren Gerichte zu untersuchen.

Gegen die Entscheidungen des Landkreisausschusses konnte es beim Bezirksausschuss eine Berufung eingelegt werden. Wenn das Urteil erster Instanz in diesem Forum geboren ist, konnte man dagegen ans oberste Verwaltungsgericht wenden. Gegen die durch den Bezirk-Ausschuss zweiter Instanz entstandenen Urteile konnte man um Untersuchung bitten. Das Gericht selbst verordnete die Vollziehung seines rechtskräftigen Urteiles. Während des Verfahrens gab es die Möglichkeit, den früheren Zustand herzustellen, die durch unberechtigte Verwaltungsentscheidungen entstandenen Schäden zu vergüten.

Nach den zeitgenössischen Daten, die sich auf die Tätigkeit der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit beziehen, kamen 1100-1200 Klagen jährlich

durchschnittlich zum Hauptgerichtshof an. Das größte Verhältnis bildeten die Fälle in den Städten, die Streitbeschlüsse der Wegepolizei und der industriellen Verwaltung. Mit der Veränderung der Steuerregel aus dem Jahre 1891 steigerte die Zahl der eingereichten Klagen in Einkommensteuerfällen auf 3800, also die Zahl der ans Gericht gebrachten Rechtsstreitfragen steigerte beinahe aufs Dreifache. Die 38 Bezirk-Ausschüsse beurteilten jährlich durchschnittlich 8-9000 Fällen. Unter ihnen gab es 5000-6500 Fälle erster Instanz, die übrigen appellierten Fälle stammten von den Bezirk-Ausschüssen.[23]

Das Württemberger Verwaltungsgerichtsbarkeitssystem im 19. Jahrhundert

Der Gedanke über die Verwaltungsgerichtsbarkeit taute auch in diesem deutschen Land früh auf.[24] Der Geheimrat unter Zuziehung von den obersten Richtern konnte nach dem Grundgesetz von 1819 die gegen das Gesetz zuwiderlaufenden Verordnungen der Vertreter der vollziehenden Macht vernichten. Das Verfahren und der Kreis für Vernichtensfälle blieben zu dieser Zeit noch ungeregelt. Dieses Bundesland war das einzige, das das unabhängige richterliche System der öffentlichen Rechte organisierte. Die Regelung aus dem Jahre 1855 stellte – das traditionelle englisch-sächsische Modell geltend – den öffentlich-rechtlichen Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte fest. Ein umfangreiches Gesetz ist am 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege geboren, das das selbstständige richterliche Verwaltungsforumssystem wählte.

Das Gesetz leitete ein zweistufiges System ein, in der ersten Stufe entschieden die Regierungsstühle im Bezirk, in der zweiten Stufe der Verwaltungsgesetzstuhl. Es gab ein Verfahren mit zweier Instanzen in dem im Gesetz festgesetzten breiten Kreise der Fälle Hierzu gehörten die Rechtsstreite mit Gemeindeangehörigkeit, die Beschwerden im Falle der Feststellung des Rechtsgrundes und Maßes der örtlichen Steuer, Unterstützungsfälle. In durch das Gesetz ausgeprägt nicht ernannten Fällen entschied der Verwaltungsgerichtshof. Die Württemberger Regelung erlaubte die Möglichkeit, nur gegen den rechtskräftigen Verwaltungsbeschluss durch das Gericht nachzuprüfen. Das hatte nur dann Platz, als der Beschluss des Vollziehungsorgans einen öffentlich-rechtlichen Charakter hatte, gründete sich auf irgendwelcher Rechtsregel, aber die gegebene Rechtsnorm beschädigt, oder missverstehend verwendet wurde. Gegen die Verwaltungsentscheidung konnte man sich aber nicht ans Gericht wenden, wenn das

[23] Az 1892. évi február hó 18-ára hirdetett Országgyülés Nyomtatványai. Képviselőház-Irományok. [Die Parlamentarischen Druckschriften vom 18. Februar 1892]. 14. Band, Nr. 510. S. 278-281.; *Patyi,* András: Közigazgatási bíráskodásunk modelljei. Tanulmány a magyar közigazgatási bíráskodásról. [Die Modelle der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Studie über die ungarische Verwaltungsgerichtsbarkeit]. Budapest, 2002. S. 24.; Győző *Concha*: [Die ungarische Verwaltungsgerichtsbarkeit]. A közigazgatási bíráskodás. Magyar Igazságügy. 1881. 16. Nr. 6. S. 468.

[24] Dr. Karl *Goez*: Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg Tübingen und Leipzig, 1902. S. 597-627.; Dr. *Zergényi,* Jenő: A közigazgatási bíróságokról. [Von den Verwaltungsgerichten]. Jogtudományi Közlöny, 1890. Nr. 46. S. 363.

Gesetz für Verwaltungsbehörde ein diskretionäres Recht sicherte, sowie, wenn die Gesetze oder auf ihnen beruhenden Normen die Entscheidung irgendeiner Fälle in den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörde überwiesen. Der Rechtsschutz vor dem Gericht war zuletzt ausgeschlossen auch in solchen Fällen, die aus Dienstverhältnissen stammten, und deren Entscheidung besondere Bestimmungen an den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörden wiesen. Außer derer stellte das Gesetz in zahlreichen Fällen mit öffentlich-rechtlicher Abstammung (in Pensionsfrage, in durch die Beamten verursachten Schadensfällen) den entscheidenden Wirkungskreis des ordentlichen Gerichtes fest. Es soll bemerkt werden, dass der Wirkungskreis des ungarischen Verwaltungsgerichtes des Jahres 1896 wesentlich enger war. Es erstreckte sich z. B. auf den Schutz der Selbstverwaltungen, auf Militärfälle, und auf im Polizeirechtskreis gebrachte Maßnahmen nicht.

Die Gerichte waren – ihre Organisierungscharakter betrachtend – gesellschaftliche Beurteilungsforen. Die Regierungsstühle im Bezirk bestanden aus drei Mitgliedern. Der Vorsitzende und die Mitglieder des einzigen Verwaltungsgesetzstuhles des Landes wurden vom König auf die Einwendung des Staatsministeriums ernannt. Bei der Einwendung sollte man mit Rücksicht darauf sein, dass der Vorsitzende und die Hälfte der Richter auf dem Amtsposten gebildet sein sollten. Das Gesetz bestimmte auch das, dass ein Teil der Gesetzstuhlsrichter von den Richtern des oberstes Landesgerichtes, zwei Mitglieder von dem heimlichen Rat kommen sollen. Man musste die allgemeinen Regel auf die Tätigkeit des Gerichtes, auf die Rechtsverhältnisse und Unabhängigkeit der Richter, auf die Rechtspflege verwenden.[25]

Das Verfahren des Württemberger Gerichtes verband die bürgerliche und Verwaltungsprozessübung. Nach den Vorschriften war das Gericht mit dem Antrag der Parteien eigenartig verbunden, das Prinzip der Offizialmaxime kam nicht zur Geltung. Das Spruchsforum bekam aber bei der Ermittlung der Wahrheit volle Freiheit, es war im Laufe der Beweisführung mit dem Antrag der Parteien nicht verbunden. In diesem Wirkungskreis war das Gericht auch für die Beiordnung der Vertreter des Gesamtinteresses berechtigt. Das Verfahren war grundsätzlich öffentlich und mündlich. Für die Bitte des Klägers sollte die mündliche Verhandlung auch noch in dem Falle verordnet werden, wenn die Klage von dem Gericht früher – wegen rechtlicher Unbegründetheit – abgewiesen wurde.[26]

Die Verfahren waren termingebunden, die Fälle mussten innerhalb vier Wochen mit Urteil abgeschlossen werden. Die Aussetzung des Beschlusses des Verwaltungsbeschlusses stand dem Gericht zu, ausgenommen, wenn sie aus Gesamtinteresse erfüllt werden musste. Gegen den Beschluss des Gerichtshofes konnte man – wegen der Überschreitung des Wirkungskreises – mit Nichtigkeitsbeschwerde leben. Es wurde aber – sonderbarerweise – nicht vom Rat des Zivilhauptgerichtes, sondern von der siebenköpfigen Kammer des Gerichtshofes nachgeprüft.

Nach den Angaben der Württemberger Verwaltungsgerichte zwischen 1889 und 1891 trafen die vier Bezirksgerichtshöfe insgesamt in 92 Fällen Anordnungen. Jährlich

[25] Hans-Walter *Zinser*: Über die württembergische Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Martin Baring (Hrsg) Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit. Köln/Berlin/Bonn/München, 1964. S. 94-101.

[26] Dr. Karl *Goez*: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Tübingen, 1908. S. 163-166.; Otto von *Sarwey*: Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. (Hrsg) Hagelmaier, 1931.

durchschnittlich wurden nur 12 Beschwerden zum Verwaltungsgericht eingereicht. Der Grund dafür war die korrekte Tätigkeit der Verwaltung unter Rechtsnormen. In dem ersten Jahr des ungarischen finanziellen Verwaltungsgerichtes (1884) trafen 8174 Beschwerden gegen die Feststellung des Rechtsgrundes und Maße der Steuer und Gebühren an.[27]

„Das deutsche Modell" – ungarische Lösung

Was die eventuelle Wirkung der deutschen Regelung in Ungarn betrifft, – als methodisches Grunderfordernis – soll die Synchronität in Achtung genommen werden. Das Vergleichen kann nur dann wissenschaftlich korrekt sein, wenn es mit der ungarischen Regelung zur gleichen Zeit geschieht, oder wenn die früheren deutschen (Reichs-, oder Landes-) organisatorisch-rechtlichen Lösungen als Grundlage angenommen werden. Aus dieser Hinsicht die Geschichte der determinierenden Mitgliedstaaten der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit betrachtend, zeigt es sich heraus, dass das Rechtsschutzsystem Ende der 1890-er Jahren von fast allen Ländern radikal umgestaltet wurde, und zu dieser Zeit die gültige organisatorische Verfahrensordnung im Wirkungskreis zustande gebracht wurde. Da die ungarische Regelung im Jahre 1896 beendete, kann man die zukünftige Wirkung der ungarischen Institute durch solche ausländischen Modelle nicht suchen, die nach dem Entstehen des ungarischen Verwaltungsgerichtes geboren wurden. Es ist ja sonderbar, aber die Mehrheit der ungarischen Verfasser das machte.

Ein anderer wichtiger Gesichtspunkt ist der Reichscharakter der deutschen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Mitgliedstaaten gestalten selbst ihren Verwaltungsrechtsschutz, wie aber die Jahre sich der Jahrhundertwende näherten, wurde es – die langsam bauende, auf die wichtigeren Detaille stufenweise ausdehnende – Reichsgerichtsbarkeit, immer öfter in Acht genommen. Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz mit zwei Strukturen konnte ja keine Schemen ohne Veränderung für die ungarischen Verhältnisse bieten. Die auf die „deutsche Lösung" hinweisenden verallgemeinernden Standpunkte hatten die weiteren Mangelhaften, dass diese den periodischen Veränderungen der Gesetze nicht folgen. Baden folgte z.B. am Anfang dem englisch-sächsischen Modell, dem im Jahre 1863 entstandenen Rechtsschutzsystem, das es in den Jahren 1870, 1882, 1884 bedeutend umgestaltete, es dehnte sich stufenweise seinen Wirkungskreis der Verwaltungsgerichte. So kann man sich – im Gegenteil mit einem Teil der darauf bezogenen Literatur – auf kein schematisches Badener Modell beziehen.

Wenn man die dogmatische deutsche Regelung betrachtet, sind auch die Lösungen der Mitgliedstaaten, die als Beispiel gerechnet werden könnten, nicht verallgemeinert. Ein Teil der Verfasser beziehen sich darauf, dass die Deutschen – im Gegenteil zu dem englischen System – die ordentlichen Gerichte nicht in Anspruch nahmen. Die Tatsache dagegen ist das, dass die Mitgliedstaaten Württemberg, Hessen, Hamburg und Bremen vom Anfang an bis 1921 diese Lösung wählten. Unter den

[27] Magyar Országos Levéltár K 255. 1885-1-1451.; Jogtudományi Közlöny 1885. Nr. 5. S. 37-38.; Jogtudományi Közlöny, 1886. Nr. 5. S. 37-38.

Spezialgerichten in der Verwaltung 1863 ins Leben gerufene Badener Spezialgericht war das erste, auch das konnte aber nicht als Beispiel dienen, das – im Gegenteil zu beiden ungarischen Lösungen – ein zweistufiges war. Sein Wirkungskreis verfügte auch hier über taxativen Charakter, doch es umfing einen wesentlich breiteren Sachenkreis, als das ungarische. Das Gericht zweiter Instanz verfügte über die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, es konnte sowohl in Tatsachen-, als auch in Rechtsfragen beurteilen. Seine Entscheidungen dehnten sich auch auf das Verdienst und Form des Verwaltungsbeschlusses gleichermaßen aus. Die Bildungsweise der richterlichen Körperschaft erster Instanz war der englischen Lösung ähnlich, ihre Mitglieder wurden ja von den Bezirksbewohnern gewählt.

Das Verwaltungsgericht, das in Preußen 1872 entstand, war auch ein Spezialgericht, das dagegen auf allein stehender Weise in drei Schichten ausgebaut wurde. Seine weitere Eigentümlichkeit war das, dass der Rechtsschutz erster Instanz von den Verwaltungsorganen geleistet war. Die Ausbildung der preußischen Beamten stand wesentlich in einer höheren Stufe als bei uns, so arbeitete diese rechtstechnische Methode in Preußen wirksam. Der Wirkungskreis der Gerichte wurde mit dogmatischer Aufzählung festgestellt, aber in den für die wichtigsten gehaltenen Fällen, in Steuer- und finanziellen Sachen (z.B. Doppelbesteuerung) entschied das ordentliche bürgerliche Gericht. Diese Lösung wäre bei uns das legale Mittel der Steuerverheimlichung gewesen.

Auch der preußische Verwaltungsrechtsschutz wurde stufenweise ausgebaut. 1872 erschien die Bezirksgerichtsordnung, dann 1875 kam die Reihe zum Ausbau des zentralen Gerichtes. Die Organisation des Gerichtes wurde nach den in den Jahren 1880 und 1888 herausgegebenen Gesetzen grundsätzlich geändert. Von ihrem Wirkungskreis ist ein selbstständiges Gesetz 1883 geboren, das ähnlich unserem finanziellen Verwaltungsgericht die Zusammensetzung des zentralen Gerichtes regelte. Das konnte aber mit keiner Wirkung auf die ungarische Reglung sein, ihre Planung wurde ja schon vor zwei Jahren früher entstanden. Bayern hätte auch als Beispiel spielen können, sein Gericht entstand ja verhältnismäßig früh, im Jahre 1878. Das schien aber auch kompliziert – aus der Hinsicht des einzelnen Rechtsschutzes – zu wirksam zu sein, das ist ja ein dreistufiges, nach den Verwaltungsschichten des Landes organisierendes Gericht, in dem die zwei unteren Stufen – nach französischem Beispiel – innerhalb des Verwaltungssystem lag.

Aus der Übersicht kommt es vor, dass die so genannte deutsche Schutzrichtung aus außerordentlich vielseitigen, auch englische und französische Elemente integrierende Lösungen bestand.[28] Die ungarische politische Elite wählte es nicht, und konnte es auch nicht als zu folgendes Beispiel wählen. Die Theorie der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit vollem Wirkungskreis, und mit mehreren Stufen drängte ja schon in der Epoche von Kálmán Tisza für lange Zeit in den Hintergrund zurück.

Die Regierungen nach dem Ausgleich konnten über den Ausbau des Verwaltungsrechtsschutzes noch nicht nachdenken. Während der Epoche der

[28] Thomas *Henne*: Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert: Von Lokalstudien zur europäischen Perspektive. Zugleich ein Literaturbericht. In: Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. XXVIII. Frankfurt am Main, 2001. S 313-321.

Regierung Andrássy war die dringendste Aufgabe die Konsolidation des Staatshaushaltes, dann sollte „der kleine Ausgleich" zwischen den zentralen Regierungsorgane und den Munizipien unter das Dach gebracht werden. Das selbständig gewordene Land, das seine inneren Sachen erledigt, sollte sich früh gegenüber den nationalen Gruppen mit separativem Charakter verteidigen, der Staat sollte Garantien ausbauen, – für die Neutralisation der Opposition ‚die den Dualismus angriffen. Die zeitgenössischen Regierungen meinten, dass dazu bloß eine schnelle aus dem Zentrum zu regierende Verwaltung fähig ist. Auch die Mangel der Gesetzregelung der Vollziehung behinderte die Einleitung der Verwaltungsrechtspflege. Die Staatsorgane und die Selbstverwaltungen, die die Staatsaufgaben erledigten, waren die ehemaligen Statuten im entscheidenden Maße, funktionierten nach den weiterlebenden Traditionen und neoabsolutistischen Normen. Das materielle Verwaltungsrecht war nicht gesetzlich und im System festgelegt, so konnte es zum gerichtlichen Schutz – nach Badener, preußischen oder Württemberger Art – nicht an die Reihe kommen.

Die historische Verantwortung belastet die zeitgenössische politische Elite. Nicht, weil sie das deutsche Modell wählte, sondern eher darum, weil sie ihrer keinen einzigen Variante zu folgen unterstand. Die ungarische Politik beängstigte die zentrale Macht vor dem wirksam funktionierenden Verwaltungsgericht, und strebte danach, dass der Verwaltungsrechtsschutz im engsten Kreis ausdehnt. Unsere Verwaltungsgerichtsbarkeit 1896 entstand nicht nach den deutschen Staaten ausgeliehenen, sondern für unser öffentlich-rechtliches Leben charakterisierenden ungarischen Beispielen mit Kompromissen und Verspätungen.

Zusammenfassung

Ein bedeutender Teil der heimatlichen Forscher in der Verwaltungsgerichtsbarkeit hält die ungarische öffentlich-rechtliche Rechtspflege für deutsche Herkunft. Die Studie untersucht den Wahrheitsinhalt dieses wissenschaftlichen Standpunktes. Sie übersieht, in welchem Maße es die zeitgenössische dogmatische deutsche Rechtsregelung und die in Spuren zu folgenden Rechtsübung gab, und eigentlich ein Beispiel für die legalisierte ungarische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahre 1896 sein konnte. Sie analysiert die Weise des Entstehens des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes, sowie die Verwaltungsdogmatik, das Rechtsschutzsystem und Praxis der drei Charakterzüge gebenden Länder (Baden, Preußen, Württemberg).

Beim Überblick geht es hervor, dass die so genannte deutsche Rechtsschutzrichtung außerordentlich vielseitig, die aus englischen und französischen Elemente integrierenden, und ständig veränderlichen Lösungen besteht. Die ungarische politische Elite wählte es nicht und konnte es auch als zu folgendes Beispiel nicht wählen. Die Theorie der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit vollem Wirkungskreis, und mit mehreren Stufen drängte ja schon in der Epoche von Kálmán Tisza in den Hintergrund zurück.

Die ungarischen Regierungen nach dem Ausgleich konnten an den Ausbau des Verwaltungsrechtsschutzes noch nicht denken. Die dringendste Aufgabe war während

der Epoche der Regierung Gyula Andrássy war die Konsolidation des Staatshaushaltes, dann sollte „der kleine Ausgleich" zwischen den zentralen Regierungsorgane und den Munizipien unter das Dach gebracht werden. Das selbständig gewordene Land, das seine inneren Sachen erledigt, sollte sich früh gegenüber den nationalen Gruppen mit separativem Charakter verteidigen, der Staat sollte Garantien ausbauen, – für die Neutralisation der Opposition ‚die den Dualismus angriffen. Die zeitgenössischen Regierungen meinten, dass dazu bloß eine schnelle aus dem Zentrum zu regierende Verwaltung fähig ist. Auch die Mangel der Gesetzregelung der Vollziehung behinderte die Einleitung der Verwaltungsrechtspflege. Die Staatsorgane und die Selbstverwaltungen, die die Staatsaufgaben erledigten, waren die ehemaligen Statuten im entscheidenden Maße, funktionierten nach den weiterlebenden Traditionen und neoabsolutistischen Normen. Das materielle Verwaltungsrecht war nicht gesetzlich und im System festgelegt, so konnte es zum gerichtlichen Schutz – nach Badener, preußischen oder Württemberger Art – nicht an die Reihe kommen.

Die historische Verantwortung belastet die zeitgenössische politische Elite. Nicht, weil sie das deutsche Modell wählte, sondern eher darum, weil sie ihrer keinen einzigen Variante zu folgen unterstand. Die ungarische Politik beängstigte die zentrale Macht vor dem wirksam funktionierenden Verwaltungsgericht, und strebte danach, dass der Verwaltungsrechtsschutz im engsten Kreis ausdehnt. Unsere Verwaltungsgerichtsbarkeit 1896 entstand nicht nach den deutschen Staaten ausgeliehenen, sondern für unser öffentlich-rechtliches Leben charakterisierenden ungarischen Beispielen mit Kompromissen und Verspätungen.

W. A. Mozarts Hausstandsgründung

Werner Ogris

Österreichische Akademie der Wissenschaften

I. Verlöbnis

1. Vorspiel: W. A. Mozarts Hausstandsgründung mit Konstanze Weber im Jahre 1781/82 verlief bekanntlich nicht ohne heftige familiäre Turbulenzen. Schon die Verlobung im Spätherbst 1781 war von schrillen Mißtönen begleitet. Sie entsprangen im wesentlichen der tiefen Antipathie, die Leopold Mozart, Wolfgangs Vater, gegen die Familie Weber im allgemeinen und gegen die Brautmutter, Frau Caecilie, im besonderen hegte. Geradezu verzweifelt war der Salzburger (Vize-) Kapellmeister bemüht, seinen Augenstern von den Weberischen fernzuhalten. Doch das besorgte (und wohl auch ziemlich egoistische) Vaterherz kämpfte auf verlorenem Posten. Als nämlich Wolfgang nach dem Zerwürfnis mit seinem Dienstherrn, dem Salzburger Erzbischof Colloredo, Anfang Mai 1781 ein neues Logis in Wien suchte, war es ausgerechnet Madame Weber, die den jungen Musiker in ihren Vier-Personen-Haushalt als Untermieter aufnahm.

Bald kam es, wie es kommen mußte: Der als Single in der Großstadt Wien lebende, für eine gewisse Nestwärme und die erotische Ausstrahlung einer lebenslustigen Mitbewohnerin nicht unempfängliche Junggeselle verliebte sich Hals über Kopf in Konstanze, die drittälteste der insgesamt vier Weber-Töchter. Die beiden turtelten ziemlich ungeniert und ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Konventionen. Um den guten Ruf der jungen Frau zu retten, blieb bald kein anderer Ausweg als die Legalisierung des stadtbekannten Liebesverhältnisses. Jedenfalls behaupteten dies Konstanzes Mutter und des Mädchens Vormund, der im Theaterwesen tätige Johann Thorwart.

2. Heiratsversprechen: Vor diesem Hintergrund ist jene berühmte Szene zu sehen, die sich irgendwann im Spätherbst 1781 wahrscheinlich im Hause *Zum Auge Gottes* am Petersplatz in Wien abspielte. Personen der Handlung:

der 25-jährige *Wolfgang Amadé;*
seine Freundin *Konstanze,* 19 Jahre alt;
deren Mutter, die 54-jährige *Caecilie Weber;*
und des Mädchens Vormund,
44 Jahre alt und Vater von vier Kindern,
Theatral-Revisor *Johann Thorwart.*

Was in dieser trauten Runde geschah, schildert der Bräutigam in einem denkwürdigen Brief an seinen Vater nach Salzburg. Danach war es Konstanzes

Vormund, der den Musikus vor die Alternative stellte, allen Umgang mit seiner Freundin einzustellen – oder ein schriftliches Eheversprechen abzugeben. Der verliebte Mid-Twen besann sich nicht lange: Er verfaßte eine Schrift, in welcher er sich verpflichtete, *Mademoiselle Constance Weber* binnen dreier Jahre zu heiraten oder ihr eine lebenslängliche Jahresrente von 300 Gulden (fl) zu zahlen. Konstanze mag das Peinliche, ja Entwürdigende der Situation empfunden haben. Denn was tat *das himmlische Mädchen* (O-Ton Mozart!), als der Vormund weg war? Sie sagte zu ihrem frischgebackenen Bräutigam: *Lieber Mozart! Ich brauche keine schriftliche Versicherung von Ihnen, ich glaube Ihren Worten so* – und riß das Dokument in Stücke.

3. Rechtsgültigkeit: Es besteht kein Zweifel, daß Mozart von Thorwart zu dieser Erklärung mit unfeinen Mitteln gedrängt wurde. Ebenso wenig besteht allerdings ein Zweifel, daß es sich bei diesem Geschehen um ein rechtsgültiges Verlöbnis handelte. Der Bräutigam war mit 25 Jahren voll verlöbnisfähig, und zwar nach der *lex loci,* dem niederösterreichischen Recht, ebenso wie nach seinem salzburgischen Heimatrecht. Die Zustimmung seines Vaters benötigte er nicht. Wohl aber brauchte Konstanze als vaterlose Halbwaise die Genehmigung ihrer Mutter und ihres Vormunds. Beide Zustimmungen waren gegeben, wenn auch vorerst nur mündlich. Das genügte. Auch das Verlöbnis selbst bedurfte nach damaligem Recht keiner besonderen Form. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Zerreißen des Papiers durch Konstanze zu beurteilen: Indem sie dieses zerstörte, vernichtete sie nur die schriftliche Form, nicht aber Wolfgangs Eheversprechen an sich.

4. Bindungskraft: Die rechtlichen Wirkungen eines Verlöbnisses waren damals – noch! – vom kanonischen Recht bestimmt. Diesem erschienen *sponsalia de futuro* als eine Art von angefangener Ehe, welcher nur der fleischliche Vollzug, die *copula carnalis,* fehlte. Aus dieser Konstruktion ergaben sich nicht nur eine Fülle von kontroversen Lehrmeinungen, es folgte aus ihr auch die grundsätzliche Einklagbarkeit des Heiratsversprechens. Zum schärfsten Mittel, einer Zwangstrauung, kam es freilich kaum; wohl aber kannte das kanonische Recht eine Reihe anderer Zwangsmaßnahmen gegen den wortbrüchigen Verlöbnispartner: Beugehaft; Kirchenstrafen; Verurteilung zu Schadenersatz oder zur Zahlung eines etwa bedungenen Reugeldes. Tatsächlich klagten in Wien nicht selten verlassene Bräute ihre ungetreuen Liebhaber vor dem erzbischöflichen Konsistorium auf Einhaltung des Eheversprechens, und das *k.k. Stadt- und Landgericht* auf dem Hohen Markt vollstreckte das Urteil.

Mozart durfte also, zumindest vom juristischen Standpunkt aus, sein Heiratsversprechen nicht auf die leichte Schulter nehmen. Hätte er sein Wort gebrochen und hätte ihn Konstanze, notfalls vertreten durch einen Vormund, auf Einhaltung des *Ehekontraktes* geklagt, so hätte er – bei unveränderter Rechtslage! – ohne weiteres zur Zahlung von 300 fl jährlich verurteilt werden können. Das entsprach dem Jahresgehalt eines durchschnittlichen Musikers oder der Jahresmiete für eine *2½-3* Zimmerwohnung in guter Stadtlage. Die Gnadenpension etwa, die Konstanze als Witwe und zweifache Mutter nach dem Tod ihres Mannes erhielt, betrug 266 fl.

5. Brautstand: All dies blieb Theorie. Mozart dachte nicht daran, seine geliebte Braut sitzen zu lassen. Doch war der Brautstand der beiden jungen Leute nicht wolkenlos. Es gab schwere Spannungen auf Mozarts Seite mit dessen Vater und

auf Fräulein Webers Seite mit deren Mutter. Gleichzeitig stand der aufstrebende Musikus im beruflichen Bereich an der Grenze seiner Leistungsfähigkeit. Die Uraufführung der *Entführung* war auf den 16. Juli 1782 festgesetzt worden. Um dieses Datum herum, wahrscheinlich kurz danach, mit dem künstlerischen Erfolg im Rücken und mit dem Honorar von 426 fl in der Tasche, dürfte der Entschluß zur Heirat gefaßt worden sein. Sie erfolgte Anfang August 1782.

II. Heirat

1. Kanonisches Recht: Das Recht der Eheschließung von Christen lag nach dem Staatskirchenrecht jener Zeit fast zur Gänze in den Händen der katholischen Kirche. Maßgebend waren die vom Tridentinischen Konzil im berühmten Ehedekret *Tametsi* von 1563 festgelegten Grundsätze. Sie hatten sich, zögernd zwar, aber schließlich doch ziemlich allgemein in den Diözesen der habsburgischen Länder durchgesetzt. Ergänzt wurden die kanonischen Regeln in einzelnen Punkten (etwa Volljährigkeit) durch ordnungspolitische Eingriffe des neuzeitlichen Staates. Insgesamt ergab sich daraus eine beträchtliche Anzahl von Formalitäten, die vor der Eheschließung zu erledigen oder bei dieser zu beachten waren.

2. Väterlicher, vormundschaftlicher Ehekonsens: Wahrend Mozart als volljähriger und vom väterlichen Haushalt längst abgesonderter Mann voll ehefähig war, brauchte Konstanze nicht nur die Zustimmung von Mutter und Vormund, sondern auch und vor allem die Ehegenehmigung der obervormundschaftlichen Behörde. Zuständig dafür war das *k.k. Obersthofmarschallamt.* Es reagierte prompt. Am 29. Juli stellte Mozart im Zusammenwirken mit Konstanzes Vormund das entsprechende Gesuch; noch am selben Tage erfolgte die positive Erledigung.

3. Politischer Ehekonsens: Ein weiteres weltliches Erfordernis war der politische Ehekonsens. Es handelte sich dabei um eines jener verwaltungsrechtlichen Steuerungsinstrumente, welche der neuzeitliche Staat einsetzte, um – bei prinzipieller Wahrung der kirchlichen Eheschließungshoheit – jene Ehen hintanzuhalten, die aus bevölkerungs- und/oder wehrpolitischen Gründen und/oder unter dem Gesichtspunkt der Armenpolizei unerwünscht waren. Auch Mozart benötigte diese Genehmigung, (wahrscheinlich) weil er damals kein festes Einkommen und auch keine fixe Anstellung hatte. Außerdem war er als Salzburger in Wien ein Ausländer. Er erhielt den Ehekonsens, für dessen Erteilung die *Niederösterreichische Regierung* zuständig war, offenbar ohne Probleme. Vermerk im Trauungsprotokoll: *Legt den Trauungskonsens der hochöblichen Regierung vor.*

4. Ehepakt: Schließlich galt es, das eheliche Güterrecht unter Dach und Fach zu bringen. Das geschah am Samstag dieser ereignisreichen Woche, dem 3. August. Was das Brautpaar in Anwesenheit von Frau Weber, Herrn Thorwart und zwei Zeugen an jenem Tage vereinbarte, war ein ehegüterrechtliches Minimalprogramm. Es entsprach sowohl dem Inhalt wie dem Umfang nach dem damals im Wiener Kleinbürgertum Üblichen. Konstanze brachte ein Heiratsgut von 500 fl ein, das Wolfgang mit dem Doppelten, also mit 1000 fl, widerlegte *(Contrados).* Außerdem vereinbarte das Paar eine Art Errungenschaftsgemeinschaft *(Adquestus),* die sich auf alles bezog, was die Gatten während der Ehe *mit einander*

erwerben, ererben, gewinnen und rechtmäßig an sich bringen werden. Ausdrücklich behielten sich die Partner das Recht vor, einander durch Testament, Kodizill oder Schenkung weitere Zuwendungen zu machen. Der Vertrag entfaltete zunächst keinerlei praktische Wirkungen und spielte erst wieder in der Verlassenschaftsabhandlung nach W. A. Mozart eine – allerdings nur untergeordnete – Rolle. Abgesehen davon, daß der Nachlaß überschuldet war, dürfte Frau Mozart das Heiratsgut von 500 fl nicht in bar ihrem Manne zugezählt haben, so daß die ganze Vereinbarung auf dem Papier blieb. Dieses ist übrigens – in einem Exemplar (von ursprünglich zweien) – erhalten, und zwar in der *British Library,* Nachlaß Stefan Zweig.

5. Trauungsprotokoll: Nun aber zu den kirchlichen Heiratsvorbereitungen! Zuständig für die Trauung Mozart-Weber war nach dem Grundsatz *Ubi sponsa – ibi sponsalia* die Wohnsitzpfarre der Braut, also (damals noch) St. Stephan. Die Nupturienten dürften in der dortigen Pfarrkanzlei am 1. oder 2. August vorgesprochen haben, jedenfalls ist ihr Trauungseintrag der zweite oder dritte im Monat August. Er gibt die persönlichen Daten der Brautleute wieder, nennt Dauer und Orte ihres Aufenthaltes in Wien sowie Namen und Beruf der Eltern und der beiden Zeugen. Auch die beigebrachten Genehmigungen – der Tauungskonsens der Niederösterreichischen Regierung für den Bräutigam und die obervormundschaftliche Genehmigung für die Braut – werden angeführt. Der Eintrag ist nicht frei von kleineren Ungenauigkeiten, gibt aber im wesentlichen den Zivilstand – *état civil* – der Nupturienten korrekt wieder.

6. Dispens vom Aufgebot: Eine kleine Schwierigkeit stellte das Erfordernis des Aufgebots dar. Es bestand normalerweise in der öffentlichen Verkündung der geplanten Eheschließung während der Messe von der Kanzel aus an drei aufeinander folgenden Sonn- und Feiertagen. Auf diese Weise sollten etwaige Ehehindernisse aufgedeckt werden. Wenn das Paar am 4. August heiraten wollte, mußte es Befreiung von den drei *denuntiationes* erlangen. Diese war möglich und wurde oft und großzügig gewährt. Allerdings mußten die Brautleute dann einen Eid leisten, daß ihrer Ehe nach ihrem Wissen kein Hindernis entgegenstehe *(iuramentum libertatis).* Zuständig für die Dispenserteilung war das erzbischöfliche Gericht, das *Konsistorium.* Das 15-köpfige Gremium unter dem Vorsitz des Generalvikars erledigte das Gesuch am Tage seiner Einbringung, am Freitag, dem 2. August. Die Entscheidung war, wie nicht anders zu erwarten, positiv. Als Grund wurde Abreise des Bräutigams angegeben. Eine recht windige und dürftige Begründung! Denn alle Reisepläne, die Mozart Anfang August gehegt haben könnte, waren weit von einer Realisierung entfernt. Tatsächlich hat er in jenen Tagen Wien nicht verlassen.

7. Beichtzettel: Nachdem Wolfgang und Konstanze am 2. August bei den Theatinern zu Beichte und Kommunion gegangen waren, stand der Trauung am Sonntag, dem 4. August, nichts mehr un Wege. Denn nun hatten die Brautleute alles „beisammen", was sie für die Trauung benötigten: Einwilligungen von Mutter, Vormund und Obervormundschaft; politischen Ehekonsens; Befreiung vom Aufgebot unter der Bedingung des Freiheitseides; Beichtzettel; zwei *Testes,* die schon beim Abschluß des Ehepaktes am 3.d.M. als Zeugen fungiert hatten.

8. Trauung: Für jenen Sonntag waren un Dom insgesamt sechs Hochzeiten angesetzt; bei vieren fungierte der Domkurat Ferdinand Anton *Wolff* als

Trauungsorgan. Er war 64 Jahre alt und seit 41 Jahren Priester. Zu welcher Stunde und in welcher Reihenfolge Hochwürden Wolff die Trauungen vornahm, ist nicht bekannt. Anwesend waren jedenfalls außer den Brautleuten noch Konstanzes Mutter, der Vormund und die jüngste Schwester sowie als Zeugen die beiden Herren Cetto *von Cronstorff*, ein entfernter Bekannter der Familien Weber und Thorwart, sowie Franz *Gilowsky von Urazowa, Medicinae Doctor* und Salzbuger Jugendfreund Mozarts.

Als der Priester die *Copulation* vornahm, machte sich Rührung breit: Offenbar verlangte die nervliche Anspannung der letzten Tage nach Entladung. Mit einem Seufzer der Erleichterung wird vor allem Herr Thorwart die Trauung verfolgt haben. Denn mit der Eheschließung seines Mündels endete seine Rolle als Vormund. Nach damaligem Recht kam eine Minderjährige, die einen Großjährigen heiratete, unter die Kuratel ihres Ehemannes.

Am Abend nach der Hochzeit gab Baronin *Waldstätten*, eine großzügige und verständnisvolle Freundin des jungen Paares, der kleinen Hochzeitsgesellschaft ein *Soupée, welches in der that mehr fürstlich als Baronisch war.* Dann zogen sich die Eheleute in ihre neue Wohnung in der Wipplingerstraße zurück. Dort wurden sie am nächsten Morgen unsanft aus dem Schlaf gerissen: Anton *Stadler*, Mozarts Freund, trommelte an die Wohnungstür. Nach einer Weile wurde er eingelassen und zum Frühstück geladen, welches Konstanze, angetan mit ihrem Hochzeitskleid (!), bereitete. Der Ehealltag im josephinischen Wien hatte begonnen.

III. Eheleben

1. Josefinismus: Mozarts Wiener Jahre, zunächst als Freund und Bräutigam, dann als Ehemann Konstanzes, decken sich im wesentlichen mit der Regierungszeit *Josephs II.* (1780-90). Der älteste Sohn und Nachfolger Maria Theresias (1740-80) stand in seiner Staatsauffassung ganz auf dem Boden von Naturrecht und Aufklärung. Vor diesem geistig-politischen Hintergrund sind die – meist pauschal mit *Josefinismus* umschriebenen – Reformen dieses Jahrzehnts zu beurteilen. Sie stellen in ihrer Dichte, Vielzahl und Intensität einen tiefen und markanten Einschnitt in die österreichische Rechts- und Verfassungsentwicklung dar.

Das Ehepaar Mozart war Zeitzeuge und Betroffener dieser Ära. Dazu einige Beispiele!

2. Verlöbnisrecht: Als der junge Kapellmeister am 4. August seine Braut vor den Traualtar führte, tat er das aus Liebe und aus eigenem Antrieb. Er erfüllte damit aber auch eine – damals noch – klagbare Verbindlichkeit. Wenige Tage später sah die Rechtslage ganz anders aus. Am 6. August unterzeichnete Joseph II. ein Patent, das am 30. des Monats in Kraft trat und dem Verlöbnis – kurz gesagt – jede Bindungskraft absprach. Eheversprechen sollten nicht *die mindeste Wirkung haben.* Zwar gab es Zweifel, ob diese Bestimmung rückwirkend auch jene Eheversprechen vernichtete, die vor dem 30. August 1782 eingegangen worden waren. Bejahendenfalls hatte, wenn die Heirat unterblieben wäre, Konstanze ihre Ansprüche auf die 300 fl Jahresrente verloren. Hat vielleicht Vormund Thorwart, der viel in Hofkreisen verkehrte, von dem das Verlöbnis vernichtenden Vorhaben gehört – und daher auf rasche Heirat gedrängt? Das ist nicht auszuschließen, aber auch nicht zu beweisen.

3. Ehepatent: Das Verlöbnispatent, so radikal es war, stellte nur ein vergleichsweise „harmloses" Vorspiel dar. Viereinhalb Monate später folgte der große Paukenschlag: das Ehepatent vom 16. Januar 1783. Es leugnete zwar nicht den sakramentalen Charakter der Ehe, betonte aber – im Sinne einer seit dem 16. Jahrhundert entwickelten Distinktionstheoerie – daneben auch und vor allem das Wesen der Ehe als eines zivilen = bürgerlichen Vertrages. Dementsprechend nahm der Staat die Gesetzgebungskompetenz in Ehesachen für sich in Anspruch. Die kirchlichen Trauungsorgane blieben zwar bestehen, hatten aber formell staatliches Recht anzuwenden. Konsequenterweise ging die Ehegerichtsbarkeit auf weltliche Gerichte über. Für die Befreiung von Ehehindernissen und für die Dispens vom Aufgebot sowie für die Ablegung des Freiheitseides waren staatliche Vorschriften und Behörden zuständig. Die großzügige Praxis der Konsistorien in diesen Fragen war der weltlichen Bürokratie offenbar schon lange ein Dorn im Auge gewesen. Ähnliches galt für die Führung der Matrikeln. Sie blieb weiterhin in Händen der Kirche, hatte aber (seit einem Patent von 1784) nach Vorschriften und unter Kontrolle des Staates zu erfolgen. Der Unterschied wird deutlich, wenn man etwa den Trauungseintrag Konstanzes von 1782 mit jenem ihrer Schwester Josepha von 1788 vergleicht.

4. Sonstiges: Die Beispiele ließen sich fortsetzen: die tiefgreifende Pfarr- und Diözesanregulierung; die Aufhebung von kontemplativen Orden, der u.a. die Theatiner zum Opfer fielen; das Erbfolgepatent von 1786 und zahlreiche Reformen im Bereich des ehelichen Güterrechts. Dies alles berührte mehr oder weniger direkt auch die rechtliche Situation des Ehepaares Mozart und/oder jene Konstanzes nach dem Tode ihres Mannes im Dezember 1791.

5. Ehealltag: Die knapp neun Ehejahre der beiden waren nicht ohne Turbulenzen, mit vielen Höhe-, aber auch zahlreichen Tiefpunkten. Kinderlachen, Kinderweinen, Kindersterben. Von sechs gingen vier bald dahin, und zu keiner Zeit waren mehr als zwei am Leben. Doch das Liebesleben der Mozarts blieb intakt. Briefe und Kurznachrichten mit zärtlichem, liebevollem, heiterem und besorgtem Inhalt, aber auch mit erotisch-frivolen Passagen *en masse* an Konstanze. Seitensprünge nicht ausgeschlossen, einige des Ehemannes, der eine oder andere wohl auch von Frau Mozart. Sie stellten offenbar keine ernsthafte Belastung der Ehe dar. Eher schon die Probleme des Alltags: Wohnungswechsel, Krankheiten und Schulden. Mozart, der zeitweise viel verdiente, konnte mit Geld nicht umgehen. Seine Lebenskerze brannte, wie man so sagt, an beiden Enden. Sie gab ein helles Licht, verzehrte sich aber bald und vorzeitig in rastlosem Streben und Mühen nach Ruhm und Erfolg, nach Geld und Genuß.

Literatur: Werner OGRIS, Mozart im Familien- und Erbrecht seiner Zeit (Böhlau-Verlag Wien-Köln-Weimar, 1999).

Haupttendenzen im ungarischen (Deliktrecht) Haftpflichtrecht

von der zweiten Hälfte des 19. bis zur ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Einflüsse

József Szalma

Universität Novi Sad

I. Einleitung; Auffassungen über Enflüsse im alten und neuen ungarischen Schrifttum

Das ständische Privatrecht Ungarns[1] vor 1848, das keine einheitliche Verkehrsregelung erhält, begrenzte den Warenverkehr. Die verschiedenen Stände und Einwohnergruppen hatten früher keine engen Kontakte und die wirtschaftliche Zusammenarbeit war zwischen diesen Gruppen erschwert. Aber die wirtschaftliche Entwicklung erforderte diese Zusammenarbeit. In der Rechtsanwendung fehlten die Regeln, die dem modernen Warenverkehr entsprechen sollten. Daher hatte das ABGB

[1] Die alte ständische ungarische Literatur auf dem Gebietdes Privatrechts war in lateinischer Sprache, z.B. Decius Barovius, Syntagma institutionum juris Imperialis ac Ungarici, Kolozsvár, 1593; Kitonich de Kosztavicza, Directio Methodus Processus Judiciarii, Nagy-Szombat, 1618; Foris Otrokocsi Ferencz, Breve specium in Jurisprudenciam methodicam, Nagy-Szombat, 1619; ibid, Experimentum reductiones Juris hungarici ad sous fontes, Nagy-Szombat, 1619; Repczely László, Syntagma juris Ungarici complectens una peculiares Principatus Transilvaniae Leges, Kolozsvár, 1742; Huszty István, Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus hungaricum, Buda, 1745, Nagy-Szombat, 1766, Eger, 1778, 1794; Fleischhacker Jakab, Institutiones juris hungarici, praemissis eiusdum historia ac prolegomenis tres in libros divisae, Pozsony, 1795; Kövy Sándor, Elementa Jurisprudentiae hungaricae, Kassa, 1800, 1804, 1814, Sárospatak, 1822, 1830, 1836; ibid, (in ungarischer Sprache) Magyar polgári törvény, (Ungarisches Zivilgesetz), Sáros-Patakon, 1822, etc. Am Anfang des 19. Jahrhunderts sind die Werke über das ungarische Privatrecht noch mehrheitlich in lateinischer Sprache, z.B. Kelemen Imre, Institutiones juris privati hungarici, 4. B. Pest, 1814, 1818; Grusz Antal, Compendium juris privati hungarici, Pest, 1818, 1837; Szlemenics Pál, Elementa juris privati hungarici, B. 2., Pozsony, 1817, 1829; Frank Ignácz, Principia iuris civilis hungarici privati, Buda, 1819, 1822. Aber schon in dieser Periode gab es auch Werke in ungarischer Sprache, und auch deutschsprachige Werke über das ungarische Privatrecht: z.B. Geörch Illés, Honnyi törvény (Heimisches Gesetz), 3. B., Pest, 1804; Czövek István, Magyar hazai polgári törvénykönyvekről írt tanítások (Lehre über die ungarischen heimischen Zivilgesetze – Übersetzung der Arbeiten von Kelemen Imre), 3. B. Pest, 1822; Acsády Sándor, Magános magyar törvény kérdésekben és feleletekben (Ungarisches Privatrecht – Fragen und Antworten), Pest, 1838, 1842,1845; Fogarassy János, Magyar közpolgári törvénytudomány elemei, Kövy Sándor után (Grundrisse des ungarischen Privatrechts, nach Kövy Sándor), Pest, 1837, 1847; Szücs István, Magyar polgári törvénytudományi kalauz (Grundriss des ungarischen Privatrechts), Debreczen, 1845; Gojzesti Madarassy János, A magyar polgári törvénytudomány vázlata (Entwurf der ungarischen Zivilgesetzkunde), Eger, 1846; Komjáthy Anselm, Magyar magánjogtan (Ungarisches Privatrecht), Pest, 1846; Kallós Lajos, Alapelvek a magyarhoni polgári jogban Kövy szerint (Grundprinzipien des ungarischen Privatrechts nach Kövy), Pest, 1846. (Diese Quellen sind erwähnt in: Zlinszky Imre – Reiner János, A magyar magánjog mai érvényében (Das gegenwärtig gültige ungarische Privatrecht) VIII. Auflage, B. I. Budapest, Franklin, 1902, S. 11-12.) Die mehrsprachigen Werke kennzeichnen, dass schon in dieser Periode dem Privatrecht wegen der Verstärkerung des Warenverkehrs eine größere Rolle zugeteilt wurde.

mit seinen modernen, einheitlichen Regeln, besonders auf dem Gebiet des Schuldrechts, einen sehr großen Einfluss auf die ungarische Rechtsanwendung, obwohl es im engeren Ungarn nur zwischen 1853 und 1861 in Anwendung war. Die ungarischen Juristen haben in diesem kurzen Zeitraum die Regeln des ABGB kennen gelernt, und sich später an sie gewöhnt. Nach *Gusztáv Wenzels* Ansicht war die Rezeption des ABGB (besonders im Schuldrecht), auch nach der ungarischen Judexkurialkonferenz (1861), ähnlich *wie die Rezeption des Römischen gemeinen Rechts* in Deutschland.[2] Nach einer anderen Meinung, die in der gegenwärtigen Literatur (Bíró-Lenkovics) zum Ausdruck kommt, war „der Einfluss des ABGB auf das ungarische Privatrecht beteutend, weil es *auf irgendeinem Niveau auf dem ganzen Territorium* des Landes zur Geltung gekommen ist; es *trat* von 1852/53 bis 1861 *oktroiert formell in Kraft* und war die *bekanntgegebene Quelle unseres Privatrechts.* Aber unabhängig davon hat das ABGB zusammen mit dem österreichischen Grundbuchrecht eine sehr *tiefe Spur* in dem ungarischen Privatrecht im 19. Jahrhundert zurückgelassen, obwohl man von *seiner massenhaften Rezeption nicht reden kann.*"[3] Wenn Prof. Dr. Zlinszky über die Auffassungen der zeitgenössischen ungarischen Konstruktionsjuristen (Hoffmann, Zlinszky) spricht, vertritt er die Meinung, dass die Rechtsprechung die Regeln des ABGB stillschweigend angenommen hat und das war für die Konstruktionsjuristen eine Gelegenheit, *„das ungarische Privatrecht* einfach *auf dem Wege der Rezeption* des ABGB zu *erneuern.*"[4] Einige gegenwärtige Autoren betonen, dass nach 1848 eine Rechtsunsicherheit im Zivilrecht bestand, weil die Gewohnheitsregeln nicht entsprechend waren, obwohl die Gewohnheitsregeln selbst als solche, eigentlich (z.B. in England, wo eine ungestörte Staats- und Rechtskontinuität bestand) nicht unstabilisierend wirken. Die Ursachen waren auch in der Verfehlung bei der organischen Verknüpfung zwischen dem alten und neuen Recht. Die Rechtsmaterie entstand nicht langsam sondern sprunghaft, indem es zur massenhaften Rezeption des fremden Rechtes kam.[5] Die eigene Sonderregelung von bestimmten Zivilverhältnissen und die systematische Arbeit an der ungarischen Kodifikation des Zivilrechts und die Grundsatzentscheidungen der ungarischen Kurie (der Oberste Gerichtshof Ungarns), setzten nach 1860[6] die

[2] S., Beliznai, Horváth, Kabódi, Király, Lőrincz, Máthé, Mezey, Pomogyi, Révész, Zlinszky, Magyar jogtörténet (Ungarische Rechtsgeschichte) hrsg. Mezey Barna, Osiris, Budapest, 1996, S. 138 (weiter zitiert: Mezey); für Wenzels Werke s. auch, Zlinszky, János, Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert, V. Klostermann, Frankfurt/M., 1997, S. 28 Fn. 77; besonders: Gusztáv Wenzel, A magyar magánjog rendszere (System des ungarischen Privatrechts), Pest, 1871 wo (Kötelmi jog/Obligationenrecht, B. II, S. 191) er erwähnte, dass für das neue ungarische Privatrecht nicht das alte ständische ungarische Privatrecht zugrunde liegen soll, weil es den modernen Bedürfnissen nicht entsprechen kann.

[3] Bíró György – Lenkovics Barnabás, Magyar polgári jog I, Általános tanok (Ungarisches Privatrecht, B. I., Allgemeine Lehre), Novotni Kiadó, Miskolc, 1997, S. 37.

[4] János Zlinszky, Wissenschaft und Gerichtsbarkeit, Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Sonderhefte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, S. 11.

[5] S., Bércesi Zoltán, A polgári jog alapelveinek fejlődése a Magánjogi törvényjavaslattól napjainkig (Entwicklung der Grundprinzipien des bürgerlichen Rechtes seit dem Entwurf des Privatrechtsgesetzbuches bis heute), Jura, JPTE ÁJK, Pécs, Nr. 1/1997, S. 21; Begründung des Entwurfes zum Privatgesetzbuches, Budapest, 1914, S. 2.

[6] Über die Auswirkungen der Änderungen im öffentlich-rechtlichen Bereich der Gesetzgebung, s. näher in bedeutender zeitgenössischer Literatur: Csillag Gyula, A régi magyar alkotmány és az 1848-ki és 1867-ki évek közjogi alkotásai (Die alte ungarische Verfassung und die öffentlich-rechtlichen Werke aus den Jahren 1848 und 1867), Pest, 1871; Ferdinándy Gejza, Magyarország közjogi viszonya Ausztriához és annak történelmi fejlődése (Ungarns öffentlich-rechtliche Verhältnisse zu Österreich und deren historische Entwicklung), Budapest, 1892; in der neuesten ungarischen Literatur: Nagyné Szegvári Katalin, Az 1848-as magyar forradalom és az európai

Entwicklung eines selbständigen, modernen ungarischen Zivilrechts in Bewegung, unter anderem auch des Schadenersatzrechts.[7]

Die Rezeption des ABGB in der Rechtsprechung unterstützten auch die Zollvorschriften.[8] Das ganze Gebiet der Österreichisch-Ungarischen Monarchie war nämlich verfassungsrechtlich ein einheitliches Zollgebiet.[9] Die Intensivierung des Warenverkehrs zwischen den Staaten und Ländern der Monarchie mittels verschiedener Verkehrsmittel (Eisenbahn, Schiffe, usw.) brachte auch oft Schadenverursachungen mit sich,[10] und als Folge dessen wurde die Anwendung und Rezeption der allgemeinen Schadenersatzregeln affirmiert.

Ungefähr bis 1870 hatte das österreichische ABGB in der ungarischen Literatur und Rechtsprechung einen stärkeren Einfluss, aber danach, besonders in den letzten Jahren des Jahrhunderts, übernahm die deutsche Literatur das Primat wegen der Aktualität des deutschen BGB aus dem Jahre 1896, das in der ungarischen Literatur auch sehr große Aufmerksamkeit hervorrief. Am Anfang des 20. Jahrhunderts, zur Zeit der Novellen des ABGB, und auch im vierten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts befasste sich die ungarische Literatur wieder mit den Regeln des ABGB.[11]

jogi kultúra (Die ungarische Revolution von 1848 und die europäische Rechtskultur), Jogtudományi Közlöny, Budapest, Nr. 7-8/1998, S. 221-226; Fábiánné Kiss Erzsébet, A kormányzat szervezeti változásai 1848-ban (Organisationsveränderungen der Regierung im Jahre 1848, Jogtudományi Közlöny, 7-8/1998, S. 227-237. In der letzten Arbeit stellte die Autorin fest, dass in den historisch-politische Änderungen in den sechziger Jahren des 19. Jahrhunderts eine Zeit kam, in der aufgrund der Affirmation der ungarischen Verfassung die Verhältnisse mit Österreich geregelt werden konnten, und es bestand die Möglichkeit zur Gestaltung eines wirksamen und tätigen Parlaments. Als Ausgangspunkt wurden die Gesetze aus dem Jahre 1848 genommen, deren gründliche Bewertung und Analyse die ungarischen Politiker in diesem Zeitpunkt (1860) unternommen haben. Die Gesetze von April 1848 wurden von diesem Zeitpunkt an organische Teile des Staatslebens und des Rechtssystems." (Fábiánné, op. cit., S.237).

[7] Die Ursachen für den Stillstand der Kodfikationsarbeiten nach der Judexkurialkonferenz (1860/61) sahen die meisten ungarischen Rechtshistoriker in den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts in der Interessenwahrung der Großgrundbesitzer. In seiner früheren Arbeit nahm Prof. Zlinszky diese Ansichten nur teilweise an. S., Zlinszky, in: Coing's Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III. Band, Das 19. Jahrhundert, C.H. Beckssche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, S. 2163. Über die Entwicklung des Obligationenrechts und Einführung des ABGB, s. ibid, op. cit., S. 2209.

[8] S. z.B. XVI. törvénycikk az osztrák-magyar vámterület általános vámtarifájáról (XVI. Gesetz über den allgemeinen Zolltarif des österreichisch-ungarischen Zollgebiets) aus dem Jahre 1882 veröffentlicht in Országos Törvénytár (Landesgesetzblatt) vom 28. Mai 1882, auch in: Magyar törvénytár, 1882-1883. évi törvénycikkek, Budapest, Franklin-társulat, 1896, S. 31-74.

[9] S. zB., Wilhelm Brauneder, Friedrich Lachmayer, Österreichische Verfassungsgeschichte, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1992, S. 170, P. 1/b (sog. "dualistische Angelegenheiten", nach dem "Ausgleich" von 1867).

[10] Mezey, op. cit., S. 143.

[11] S. z.B.: Imling Konrád, A polgári törvénykönyv tervezetéről, (Über den Entwurf des ungarischen Zivilgesetzbuchs) Magyar Jogászegyleti értekezések, 1900., 8. f.; Szladits Károly előadásának jegyzete, (Notizen über die Vorlesung von Szladits K.), in: Ginyovszky József, Az Osztrák Polgári Törvénykönyv hatásában a magyar magánjogra (Das ABGB betrachtet nach seinen Einflüßen auf das ungarische Privatrecht), Budapest, 1935. Szladits schrieb (in: Magyar magánjog, Kötelmi jog általános része, főszerkesztő: Szladits Károly, Ungarisches Privatrecht, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, III. Band, I. Titel, Struktur und Entstehung der Obligationen, S. 1, FN 1): "Vom reichen ausländischen Schrifttum stehen für uns in nächster Nähe die österreichischen Werke; zuerst Krainz, Krasnopolsky, Ehrenzweig und die Teile über Obligationenrecht aus ihren Systemen, und neulich der Kommentar des ABGB verfasst von Klang; auf dem Gebiet der allgemeinen Lehren Hasenörls berühmte Arbeit, Das österrechische Obligationenrecht, I, II, 2. Auflage. An Entwicklung unseren Obligationenrecht auch sehr große Bedeutung hatte die pandektistische Literatur. Die führende Rolle hatte zuerst Savigny-s Obligationenrecht (1., 2. Band), aus dem Jahre 1851 eingenommen, weiterhin auch Mommsens Werk: Beiträge zum Obligationenrecht (1-3. Band), 1853; Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preussischem Recht (1-3 Band), 1859. Nach dem Recht des deutschen BGB, ist neben dem ausserordertlichen Lehrbuch von Enneccerus, von großer Bedeutung auch Gierkes Deutsches Privatrecht, III. Band, 1917; Franz Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929; Hugo Kresz, Lehrbuch des allgem.

II. Die Entstehung des modernen ungarischen Privatrechts, besonders des Haftungsrechts; die Rolle des ABGB; Tendenzen in der Literatur und Rechtsanwendung; Aufbau der Institutionen des Haftungsrechts

Das ungarische Privatrecht versuchte schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine allgemeine Definition der deliktischen Haftung zugeben. Ignácz Frank, der berühmte Zivilrechtwissenschaftler aus dieser Periode, versteht z.B. unter verbotenem Verhalten „alles solche Benehmen, das anderem Schaden veursacht und dieser Schaden soll ersetzt werden".[12]

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts übernahm die ungarische Literatur den allgemeinen bürgerrechtlichen Delictumsbegriff (auch aus dem ABGB), und auch die verschiedenen Typen der Haftungsgründe und Haftungsformen, wie die subjektive (aufgrund der Schuld, Verschuldenshaftung) und objektive Haftung (ohne Schuld, Gefährdungshaftung).[13]

Wie das ABGB, urteilte auch die ungarische Rechtsprechung, jedoch ohne ausdrückliche Berufung auf bestimmte Paragraphen des ABGB, die volle Entschädigung nur im Falle der absichtlichen (dolosen) Schadenverursachung. Bei Fahrlässigkeit wurde nur der unmittelbare Schaden (damnum emergens) ersetzt und die Entschädigung erfasste nicht auch (wie beim ABGB) den entgangenen Gewinn (lucrum cessans). So hing die Höhe des Schadenersatzes von der Stufe der Schuld (Schuldgrad) ab, ähnlich wie beim ABGB, und eine solche Praxis war bis zum Ende des 19. Jahrhunderts gültig.[14] Das volle Entschädigungsrecht des Geschädigten (damnum emergens und lucrum cessans zusammen), auch im Falle der fahrlässigen Verursachung (culpa levis), wurde im ungarischen (deliktischen) Haftpflichtrecht (Rechtsprechung) (zuerst im kontraktuellen Bereich, dann auch im deliktischen Recht) jedoch später, in den letzten Jahren des 19.[15] und am Anfang des 20. Jahrhunderts,

Schuldrechts, 1929; von der älteren Literatur, Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinem allg. Lehren, 1879 (...)."

[12] Mezey, ibid, op. cit., S. 142. S. Frank Ignácz, Közigazság törvénye Magyarhonban (Das gemeine Recht in Ungarn), zuerst veröffentlicht in lateinischer Sprache, später in ungarischer Sprache (Budapest, 1845). In diesem Werk teilte er das Bürgerliche Recht in "Personenrecht", und "Vermögensrecht", wobei er unter Vermögensrecht das Sachenrecht, Erbrecht und "Verschulden" (Verträgliche und Schadensobligationen) verstand, ähnlich wie im ABGB. Er machte weitere Unterschiede zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht als dessen Mittel. Seine Bestrebungen unter dem Einfluß der Naturrechtstheorie waren zuerst nach Gerechtigkeit orientiert, welche besonders im Bereich der ungerechtfertigten Bereicherung und dem Schadenersatz bei Restitutionsfragen zum Ausdruck kam. S. darüber auch, Bíró-Lenkovics, Általános tanok (Allgemeine Lehre des bürgerlichen Rechts), Novotny, Miskolc, 1997, S. 43-44.

[13] Mezey, ibid, op. cit., S. 142.

[14] Beispielsweise die Entscheidung der ungarischen Kurie (Oberster Gerichtshof, Budapest) aus dem Jahre 1889. erkannte als fahrlässige Verursachung das volle Entschädigungsrecht der Geschädigten nicht an, bzw. nur das damnum emergens, ohne lucrum cessans. So Kurie, 3212/1889, in: Szladits Károly, Újlaki Miklós, Villányi László, Magyar magánjog mai érvényében, Törvények, rendeletek, joggyakorlat, III. rész: Kötelmi jog (Das heute gültige ungarische Privatrecht, Gesetze, Verordnungen und Rechtsprechung, III. Teil: Schuldrecht) II. Auflage, Budapest, Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1942, S. 453. (Weiter zitiert: Szladits, Rechtsprechung).

[15] Die ungarische Kurie erkannte schon in der Entscheidung aus dem Jahre 1897 (Kurie, 193/1897, in: Szladits, Rechtsprechung, op. cit., S. 453) die volle Entschädigung auch für Fälle der fahrlässigen Verursachung an, jodoch zuerst im Bereich des kontraktuellen Entschädigungsrecht, später aber auch im Deliktsrecht: "Nach Rechtsregel die in der gültigen Rechtsprechung zum Ausdruck kommt, die Urteilung des entgangenen Gewinnes könnte sich nicht nur bei denjenigen Schädiger realisieren bei denen eine absichtliche Vertragsverletzung festgestellt wurde, sondern auch bei denen, die die Vertragsverletzung nur fahrlässig verursacht haben." In einer

anerkannt.[16] Diese Auffassung im Bereich des Vertrags-Haftpflichtrechts unterstützte noch die Regelung des ungarischen Handelsgesetzes[17] aus dem Jahre 1875, die ausdrücklich vorgeschrieben hatte, dass „der Geschädigte den wahren Schaden und den entgangenen Gewinn fordern kann". So verpflichtete die ungarische Kurie in ihren Entscheidungen in Handelssachen schon im Jahre 1880 den dem Vertrag untreuen Vertragspartner zu voller Entschädigung an seinen vertragstreuen Gegner, auch im Falle der fahrlässigen Vertragsverletzung.[18] Bei Nebenabgaberechten (akzessorische Rechte), insbesondere in Hinsicht auf die Verzugszinsen (Versäumniszinsen), versagte die frühere (im Jahre 1877) Rechtsprechung dem Geschädigten das Recht auf Zinsen für entgangenen Gewinn,[19] aber die spätere Rechtsprechung (aus dem Jahre 1913) gestattete schon Versäumniszinsen für alle Geldforderungen, die aus Delikt stammten.[20] Auch die gegenwärtige monografische Literatur in Ungarn erwähnt in Bezug auf entgangenen Gewinn die Besonderheit des ABGB,[21] dass „das Maß der Entschädigung vom Schuldgrad abhängt, und dass im ABGB die volle Entschädigung nur im Falle der absichtlichen Verursachung in Betracht kommt."[22] Die gleiche Quelle bemerkte, dass die im ungarischen Recht von dieser Lösung abweichende Neuheit die Regel des ungarischen Handelsgesetzes (1875:37.)[23] ist, die den Schadenverursacher unabhängig von der Stufe des Verschuldens zur Entschädigung verpflichtete und seine Verantwortung auf den wahren Schaden und den entgangenen Gewinn erweiterte.[24] Die gleiche Literatur stellte jedoch fest, dass auch im österreichischen Handels- und Wettbewerbsrecht die Verschuldensstufe ohne Relevanz für die Bestimmung der Entschädigungshöhe ist, weil hier das Gesetz (UWG, Par. 16) auch bei fahrlässiger Verursachung die volle Entschädigung einschließlich des entgangenen Gewinns annerkannte.[25]

In Hinsicht auf die geldliche Entschädigungsmöglichkeit ideeller Schäden (immaterieller, Gefühlsschaden) war die ungarische Rechtsprechung und Literatur bis

---

späteren Entscheidung (aus dem Jahre 1914) erweiterte der Oberste Gerichtshof Ungarns das volle Entschädigungsprinzip unabhängig von der Stufe der Schuld auch auf das Deliktsrecht: "Im Privatrecht kommt die Stufe der Schädigerschuld nicht in Betracht, maßgebend ist nur das Vermögensinteresse der Geschädigten." (Kurie, 3849/1916, in: Mj. Dt. XI. 11, und Szladits, Rechtsprechung, op. cit., S. 453).

[16] Mezey, op. cit., S. 143.

[17] Handelsgesetz, 1875:XXXVIII., Par. 272.

[18] Nähmlich, in einer Entscheidung hat die ungarische Kurie (C. 6310/1880, in: Szladits, Rechtsprechung) festgestellt, das "der Vertragspartner, der von Vertrag einseitig abweicht und dadurch den Vertrag verletzt, der andrem ehemeligen Vertragspartner zur vollen Entschädigung verpflichtet ist , und somit nicht nur für den tatsächlichen Schaden, sondern auch für den entgangenen Gewinn verurteilt werden soll)."

[19] "Die Zinsen für entgangenen Gewinn, und selbst die Zinsen als entgangener Gewinn, kann man nicht fordern" (Lfi. 3134/1877; in: Szladits, Rechtsprechung, op. cit., S. 468).

[20] Neben der Entschädigungssumme kann der Geschädigte auch andere vermögensrechtliche Anforderungen stellen; er ist dazu berechtigt, einen Verzugsschadenersatz zu fordern, und der Schädiger ist vom Zeitpunkt der Entstehung des Schadens zu dieser Auszahlung (Verzugsschadenersatz) verpflichtet. (PHT. Nr. 461, 2972/1913, in: Szladits, op. cit., S. 468).

[21] Par. 1324 des ABGB: "Im Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt."

[22] Gyevi Tóth Judit, Az elmaradt haszonról (Über entgangener Gewinn), in: Jogi tanulmányok (Rechtswissenschaftliche Studien) (Redaktion: Harmathy Attila) Eötvös Loránd Tudományegyetem – ELTE Állam- és Jogtudományi Kar (Eötvös-Loránd-Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Budapest), Budapest, 1995, S. 14-15.

[23] Par. 272 des ungarischen Handelsgesetzes Nr. XXXVII. aus dem Jahre 1875.

[24] S. Gyevi Tóth Judit, op. cit., S. 14-15.

[25] Gyevi Tóth Judit, op. cit., S. 14, FN Nr. 13.

zum Ende des 19. Jahrhunderts reserviert, ebenso wie das ABGB.[26] Prof. Dr. Géza Marton[27] sah die Ursachen im starken Einfluss des römischen Rechts (liberum corpus nullum recipit aestimationem),[28] dass die materielle Entschädigung beim immateriellen Schaden negierte; aber er stellte auch fest, dass die Römer schon am Anfang der klassischen Periode nach dem Recht des Praetors eine Klage (iniuriarum aestimatoria actio) hatten, die trotz ihrem Strafcharakter, dem Praetor ermöglichte, nach dessen freiem Ermessen nicht nur die Strafe sondern auch die Genugtuung dem Geschädigten zu bemessen.[29] Selbst Zsögöd[30] erkannte das Schmerzensgeld nur im Falle der rechtswidrigen Einschränkung oder Entziehung der Freiheit (z.B. ungerechte Gefängnisstrafe) nach bestimmten Regeln des Strafgesetzes[31] an, weil seiner Meinung nach, wenn das Schmerzensgeld als allgemein anerkannte Entschädigungsart fungieren würde, „solche gesetzliche Regeln keine Grenzen haben würden."[32] Andere maßgebende Autoren aus dieser Periode, wie z.B. Dr. Imre Zlinszky und Dr. János Reiner[33] gestatten die Entschädigung nur im Falle der Ehrenbeleidigung und Entziehung der persönlichen Freiheit, aber darunter verstehen sie nur den erlittenen materiellen Schaden. Dabei berufen sich die Autoren ausdrücklich auf die Regel des Par. 1330 des ABGB.[34] Das heißt, dass „die bloße Ehrenbeleidigung keine Entschädigung gestattet", sondern „nur dann, wenn dadurch materielle Nachteile verursacht wurden."[35] Nach dem Entwurf des UBGB aus dem Jahre 1914[36] ermöglichten dessen Regeln unter Voraussetzung der Billigung die geldliche Genugtuung zuerst in den Fällen mit absichtlichen, später auch aus grober Fahrlässigkeit verursachten immateriellen Schäden. Dies unterstützten noch besondere Regelungen, die in Kraft gesetzt wurden, insbesondere das Pressegesetz (1914),[37] in dessen Regeln ausdrücklich vorgeschrieben wird, dass der Beleidigte in einer Pressenveröffentlichung neben einem verursachten materiellen Schaden auch für einen erlittenen immateriellen Schaden geldliche Genugtuung fordern kann. Diese Regel verfolgt aber nicht mehr die Absichtlichkeits-Voraussetzung oder die Voraussetzung, dass die Tat strafbar ist. Im gleichen Jahr trat das Gesetz Nr. XLI (über Ehrenschutz) in Kraft, dessen Regeln[38] die geldliche Befriedigung auch auf Beleidigungen wie Verleumdung, Ehrenbeleidigung, Pietätsbeleidigung, Kredibilitätsbeleidigung und falsche Anschuldigung ausdehnte.[39] Es folgt das Gesetz Nr. LIV. (über Urheberrecht)

---

[26] Par. 1325, 1330, 1331 des ABGB; s. Helmut Koziol – Rudolf Welser, Grundriß des Bürgerlichen Rechts, B. I. Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. Auflage, Manz, Wien, 1995, S.445.

[27] In: Szladits Károly, Magyar magánjog, Kötelmi jog általános része, III. kötet (Ungarisches Privatrecht, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, B. III), Budapest, Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1941, S. 395.

[28] D. 9.2.7.

[29] Marton, in Szladits, op. cit., S. 395, FN Nr. 89.

[30] Zsögöd Benő, Fejezetek kötelmi jogunk köréből (Kapitel aus unserem Obligationenrecht), Budapest, 1898, B. I., S. 71, Par. 2.

[31] Par. 198. des ungarischen Strafgesetzbuches und Par. 576 der Strafprozessordnung.

[32] Zsögöd, op. cit., B. I. Einführung, P.1.

[33] Zlinszky Imre – Reiner János, Magyar magánjog (Ungarisches Privatrecht), Franklin Társulat, 7. Auflage, Budapest, 1899, S. 741-742.

[34] Zlinszky-Reiner, 1899, op. cit. S. 742, FN 3.

[35] Zlinszky-Reiner, ibid, op. cit., S. 742. Die Autoren bemerkten, dass das ungarische Gesetz 1878:5, Par. 261, die privatrechtlichen Eigenschaften der Ehrenbeleidigung schon verweigerte und beendete; auch berufen sie sich auf den deutschen BGB-Entwurf, wo die Regel über Schmerzensgeld für Ehrenbeleidigung auch gelöscht wurde. (Ibid, S. 742. FN 742).

[36] Par. 885 des UBGB- Entwurfes, der identisch war mit dem Par. 1140 des Vorentwurfes des UBGB.

[37] S. 1914 évi XIV. tc. (Sajtótörvény) (Pressegesetz Nr. XIV von 1914), Par. 39.

[38] 1914. évi XLI. törvénycikk (a becsület védelméről) (Über Ehrenschutz) Par. 28.

[39] S., Marton Géza, in: Szladits, Magyar magánjog, (Ungarisches Privatrecht) III. B., 1941, S. 396.

aus dem Jahre 1921,[40] dass dem Autoren geldliche Genugtuung wegen einem (absichtlichen oder fahrlässigen) Eingriff an seinem Urheberrecht ermöglichte. Weiterhin auch das Gesetz Nr. V. aus dem Jahre 1923 (über unlauteren Wettbewerb),[46] dass den Geschädigten aufgrund absichtlicher Nachahmung, Rufschädigung, Kredibilitätschädigung, Geschäfts-Verschwendung, Verrat von Geschäftsgeheimnissen geldliche Genugtuung ermöglichte.[47]

Unabhängig von Haftungsgrund und Schadens- und Entschädigungsart, erklärte die ungarische Rechtsprechung schon am Anfang des zweiten Jahrzehnts des 20. Jahrhunderts das Restitutionsprinzip beim Entschädigungsrecht.[48] Demnach ist „der Schädiger verpflichtet, dem Geschädigten den gleichen Zustand herzustellen, in welchem der Geschädigte vor der Schadenverursachung war."[49] Aber der Geschädigte kann den Wert der vernichteten Sachen nicht nach dem Preis von neuen Sachen fordern.[50] Die ungarische Rechtsprechung legte am Anfang des Jahrhunderts beim geldlichen Schadenersatz den Zeitpunkt des Unfalls oder der Schadenverursachung als maßgebend zur Bestimmung der Entschädigungshöhe fest.[51] Aber bei der Bestimmung der Entschädigungshöhe bei Rentenforderungen (eingereicht wegen den als Folge des Unfalls ausfallenden Einkommen) nahm das Gericht auch die in Zukunft, nach dem Zeitpunkt der Schadensverursachung erwartete Einkommenserhöhung (automatisch oder nach beruflicher Leistung) in Betracht.[52] Als Modalitäten der Schadenersatzarten legte die ungarische Rechtsprechung in der zweiten Hälfte des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts als Entschädigung entweder einen Geldersatz, oder beim Sachschaden die Substitution, oder falls das möglich war, die Restitution in den vorigen Zustand fest.[53] Bei Rentenforderungen kannte die Rechtsprechung neben der sukzessiven Rentenauszahlung auch die Kapitalisation, besonders beim Ausfall des Unterhaltes wegen Todesverursachung des Unterhaltspflichtigen,[54] oder in Fällen von durch den Unfall verursachter Arbeitsfähigkeits-Verminderung. Die Kapitalisierung

[40] Az 1921 évi LX. tc., Par. 18.

[46] A tisztességtelen versenyről szóló 1923. évi V. t. c., (Gesetz Nr. V. von 1923 über unlauteren Wettbewerb) Par. 35.

[47] S., Marton Géza, in: Szladits, Magyar magánjog, (Ungarisches Privatrecht) 1941.,B. III., op. cit., S. 396.

[48] In gleichem Sinn, in dem das ABGB im Par. 1323 vorgeschrieben hat. (Nach dieser Regel ist auch in der maßgebenden aktuellen Interpretation das Prinzip der Herstellung in Natur primär, die Zurückversetzung in den vorigen Zustand, aber "wenn das nicht tunlich ist" soll der Schädiger den "Schätzungswert vergüten". S., Koziol-Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, Manz, Wien, I, Band, S. 458). Neben der Naturalrestitution befasst sich das Restitutionsprinzip in weiterem Sinn auch mit dem Geldersatz und dann versteht man unter Restitution die Herstellung des vorigen wertlichen Vermögensstandes des Geschädigten.

[49] S., OGHU, P. 4010/1914, MD (Magyar Döntvénytár) IX. 136; OGHU 7091/1917, MD.XII.115, usw., in: Szladits Károly, Magyar magánjog mai érvényében, (Das gegenwärtig gültige ungarische Privatrecht) II. Auflage, Grill, Bp. 1942, S. 450.

[50] OGHU, P. I. 2666/1921, MD. XVI.54, in: Szladits, Magyar magánjog mai érvényében, (Das gegenwärtig gültige ungarische Privatrecht) 1942, op. cit., S. 450.

[51] So zB. U. Kurie: "Bei der Feststellung der Entschädigungssumme wird die Forderung nach dem Zeitpunkt des Umfalls ermessen" (P. VII. 5885/1909); "Nach der ständigen Rechtsprechung ist für die Summe der Entschädigung der Zeitpunkt der Schadensverursachung maßgebend" (7139/197, PHT. 557., MD. XII. 116; ebenso: P. V. 361/1938, Gr. XXXI. 656, P.VII 599/1938, Gr. XXXII. 699; C. 4640/1921; C. 714/1928. M. Tára, V. 29, usw.). (S., Szladits, Magyar magánjog – Ungarisches Privatrecht, Rechtsprechung, S. 458-460).

[52] Richterrat der Ungarischen Königlichen Kurie zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung, Entscheidung Nr. 65 vom 9. Juni 1934. (Szladits, Magyar magánjog, 1942, Rechtsprechung, op.cit., S. 461).

[53] Lfi. 5787/1877; P. II. 2103/1922 - MD. XVI.87; P. IV. 6063/1922, MD. XVI. 98; P.II. 1890/1923, MD XVII.34, in: Szladits, Magyar magánjog, Kötelmi jog, (Ungarisches Privatrecht, Obligationenrecht) op. cit., S. 476-477.

[54] S. U.C., 276/1909, MD. III. 151, in: Szladits, Magyar magánjog, Kötelmi jog, (Ungarisches Privatrecht, Obligationenrecht) op. cit., S. 477.

sollte der Kläger gesondert fordern und über eine solche Forderung kann das Gericht nach Billigkeit entscheiden.[55]

Infolge der industriellen Entwicklung wurde schon im Jahre 1874 (das Gesetz Nr. XVII, Par. 1. aus dem Jahre 1874), gemäß dem früher entstandenen deutschen Eisenbahngesetz, die objektive Haftung des Eisenbahnbetriebes eingeführt und dadurch wurde die erste prinzipielle Ausnahme bei der vorher generell auf dem Verschuldensprinzip begründeten Haftung vorgeschrieben. Der Eisenbahnbetrieb konnte seine Haftung für den von Eisenbahnanlagen verursachten Schaden nur aufgrund vis maior, Drittverursachung, oder in den Fällen, wo der Geschädigte für den Schaden ausschließlich selbst schuld war (Par. 1), befreien.[56] Die spätere Rechtsprechung erweiterte die objektive Haftung auf alle Fälle, wo die Schäden von Quellen der erhöhten Gefahr (Gefährdungssachen, gefährliche Unternehmen, wie Straßenbahnen,[57] Flugzeuge, Maschinen, usw.) stammten.

In den dreißiger Jahren des 19. Jahrhunderts erschien mit großer Aktualität das Autounfallrecht und auf dieser Domäne war zuerst Dr. Mátyás Vészi tätig.[58] Wegen der erhöhten Gefahr, die der Automobilismus mit sich brachte, kämpfte der Autor in seiner Arbeit für eine objektive Haftung aufgrund der Verursachung, aber die Haftung für den Schaden betraf den Verursacher nur in dem Maß, in dem das Verursachungsbenehmen umfasst ist und die Haftung verweist auf Schadensrelativität.[59]

Am Ende des 19. und am Anfang des 20. Jahrhunderts wurde in Versicherungssachen (Sozial- und Privatversicherung) nach dem ungarischen (Sonder)Gesetz Nr. XIV. aus dem Jahre 1890 geurteilt.[60] Zur Auszahlung des Krankenkassenbeitrags waren der Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam verpflichtet, die Verpflichtungen zur Auszahlung der Kosten der Erkrankungen wegen Arbeitsunfällen, – in erster Linie die Pflegekosten und das Krankengeld verpflichteten den Arbeitgeber, die anderen Kosten aber belasteten den Geschädigten.[61] In den vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts bewerteten die ungarischen monografischen Werke im Bereich des Versicherungsrechts mit großem Interesse die Beweislasttheorie, besonders die Arbeit von Dr. Sándor Kornél Túri, die seine Analyse der relevanten und aktuellsten ausführlichen Literatur aus den rechtsvergleichenden

[55] P.I.1934, Gr. XXIII. 683; Szladits, Magyar magánjog, Kötelmi jog, (Ungarisches Privatrecht, Obligationenrecht) op. cit., S. 477.

[56] S. z.B. die Entscheidungen der ungarischen Kurie im Bereich der "Eisenbahnschäden", wo die Haftungsexculpations-Exception der beklagten Betreiber wegen der ausschließlichen Schuld des Geschädigten erfolgreich war: a) weil der klagende Reisende während der Fahrt einsteigen wollte (Kurie, Entscheidung vom 16. Jan. 1902, I. G. 521/901, in: Felső bíróságaink elvi határozatai (Prinzipielle Beschlüsse unserer Obergerichte) unter Redaktion von Márkus Dezső, Grill Károly, Budapest, 1903 S. 187, Nr. 19714;weiter zitiert: Márkus, Prinzipielle Beschlüsse) aber das Selbstverschulden besteht doch nicht, falls der Unfall deswegen verursacht wurde, weil der Eisenbahnbeteiber den Reisenden nicht pflichtgemäß nicht darauf Aufmerksam gemacht hat, dass der Zug aus Bruck in Szabadka mit dreiminütiger Verspätung ankommt, weswegen der Geschädigte frei auf die Gleiser gegangen ist (Kurie, Entscheidung vom 7. Juni 1901, Nr. 5320/900, in: Márkus, Prinzipielle Beschlüsse, 1903, S. 187-188 Nr.19715.

[57] So ZB. s. über die Erweiterung der objektiven Haftung aus Par. 1. des Gesetzes: 1874/XVII, auch auf Straßenbahnenbetreiber, die Entscheidung der Kurie vom 3. April 1902, Nr. 327, in: Márkus, Prinzipielle Beschlüsse, S. 190-191, Nr. 19720.

[58] S. seine Monografie: Vészi Mátyás, Autójog (Automobilrecht) Budapest, Magyar Jogászegylet Kiadása, 1932.

[59] S. Vészi, op. cit., S. 45., 54.

[60] Az 1890. évi XIV. tc.

[61] C. 2741/1911, MD. VI. 87; in: Szladits, Rechtsprechung, S. 467.

deutschen, österreichischen und englischen Quellen fundierte.[62] Der Autor beschäftigte sich besonders mit der Wahrscheinlichkeit bis zur richterlichen Überzeugung, mit dem Beweisnotstand, besonders bei Kausalitäts- und Veschuldensfragen.[63]

Die Korrelation zwischen der objektiven und subjektiven Haftung im Zivilrecht am Ende der dreißiger Jahre des 19. Jahrhunderts analysierte Dr. Géza Marton in seiner tiefgreifenden Arbeit, veröffentlicht in französischer Sprache.[64] Diese Arbeit von Marton, in der er versuchte, die damals aktuelle, auf der Gefahr begründete Doktrin über objektive Haftung (doctrine actuelle de la responsabilité objective – du „risque créé"[65]), kritisch zu bewerten, hatte in der damaligen französischen Literatur keine besondere Aufmerksamkeit hervorgerufen. In dieser Arbeit analysierte der Autor neben anderen Fragen auch das Zurechnungsproblem, das nur aufgrund des Schuldprinzips nicht gelöst werden kann, besonders auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung für Schadenverursachung seitens deliktunfähiger minderjähriger Kinder. In diesen Fällen hilft oft die objektive Haftung. Der Autor beruft sich unter anderem auch auf Werke der vergleichenden (unter anderem auch auf österreichische) Literatur.[66]

Die ungarische Theorie auf dem Gebiet des Kausalzusammenhangs (Kausalität) beruft sich am Ende des 19. und anfangs des 20. Jahrhunderts überwiegend auf die deutsche Literatur,[67] aber mehrmals aufgrund der Regeln des ABGB.[68] Nähmlich, die ungarische Literatur (Grosschmid/Zsögöd) betrachtete in dieser Periode Kausalitätsfrage unter dem Prinzip der vollen Entschädigung. Alles was verursacht wird, ohne Rücksicht auf die Art des Schadens, sollte man entschädigen (compensatio lucri et damni). Die Voraussehbarkeit des folglichen Schadens ist keine Haftungsvoraussetzung. Die Kausalität verweist auf verschiedene mögliche Personen, die die Haftung tragen sollen; aber dafür wie weit die Haftung gehen soll, besteht kein allgemein gültiges Grundprinzip, ausser der Idee der Interessen. Es gibt aber Abweichungen von der Interessentheorie, wie Kontroll-, oder Höchstbetragkriterien,[69] die als Eigenschaften von besonderen Schadensarten bestehen. Die ungarische

[62] Túri Sándor Kornél, Biztosítási jog és bizonyítási módszer (Versicherungsrecht und Beweismethoden), MTA Jogtudományi Bizottságának Kiadványsorozata (Auflage der Ungarischen Akademie der Wissenschaften), B. 11, Budapest, 1940., S. 6-8 FN 2-3; s. z. B. Ehrenzweigs Arbeit: Die Unfallversicherung und die sogenannte Beweislast, Manes-Festgabe, 149, 1; Kasparek, Die Lehre von der Beweislast als Lehre von der Urteilsfindung bei ungeklärtem Tatbestand, 1937; Leonhard, Die Beweislast, I. Aufl. 1904; II. Auflage 1926, S. 796; Best, A treatise on the principles of the Law of Evidence, III. Aufl., 1860, usw.

[63] Túry, op. cit., S. 7-11.

[64] G. Marton, Les fondements de la responsabilité civile, Révision de la doctrine, Essai d'un système unitaire, première partie, Libraire du Recueil Sirey, das Marton auch in deutsche Sprache veröffentlichen wollte, und dessen Veröffentlichung in ungarischer Sprache, mit großer Verspätung, erst in dem Reformjahren ermöglicht wurde: Marton Géza, A polgári jogi felelősség, a kéziratot kiadás alá rendezte, Zlinszky János, Triorg Kft. Zivilrechtliche Haftung, Redaktion: Zlinszky János, mit Vorwort von Marton Géza aus dem Jahre 1945, ohne Veröffentlichungsjahr.

[65] Marton, Responsabilitè, , op. cit., S. 156.

[66] S. zB. Thomasius et Heineccius, Cf. Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts, 1838, S. 243; Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugtuung nach östereichischem Rechte, 1880, S. 54; so Marton, Les fondaments de la responsabilité civile, op. cit., S. 156, P. 59.

[67] Z.B. Buri, Die Kausalität und ihre Verantwortung, 1873; ibid, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885: Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, 1885 (S. Marton, beim Szladits, op. cit., S. 366-367, FN 19, 21).

[68] So ZB., Grosschmid (Zsögöd) Béni, Fejezetek kötelmi jogunk köréből, (Kapitel aus unserem Obligationenrecht) Jubiläre Auflage, Budapest, Grill K., I. Band, 1932, S. 656, 657, beruft sich auf Par. 1154; Par. 335, 1079, 1311, 542 des ABGB.

[69] S., Grosschmid, Fejezetek, (Kapitel) I. B., 1932, S. 657., 656.

Literatur (Szladits, Marton) nahm die Äquivalenztheorie (im Sinn von John Stuart Mill) nicht an und bei der Ursachenkonkurrenz orientierte sie sich nach den Auswahltheorien, besonders der sog. Theorie der überwiegenden, wirksamsten (Birkmayer), entscheidenden (Binding) Ursache, oder der Ursachen, die den regelmäßigen Ablauf der Dinge veränderten und dadurch zum Schadenereignis und zu den Schadensfolgen führten (Bar); dann auch die Adäquanz- und Bedingungstheorie, die Lehre über mittelbare und unmittelbare Kausalität.[70] Beim Maß der Sanktionen betonte Marton das Prävenzionsprinzip, das nach seiner Interpretation bei den Taten, die nach Auffassung der Gesellschaft eine größere Gefahr tragen, strenger sein sollte (besonders auf dem Gebiet der Verschuldenshaftung).[71] Hier kann man den Einfluß des ABGB erwähnen. Nach Martons Ansicht wird die Rolle der Kausalität besonders bei der Einleitung des Haftungsprozesses, bei der Bestimmung der Sanktion, bei der Prävention des Schadens, bei der Feststellung des Schadens und bei der Bemessung des Entschädigungsgsmaßes (Umfang der Entschädigung) betont.[72] In den vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts entstanden in der Literatur hochbewertete[73] monographische Arbeiten über den Kausalzusammenhang, auf der einen Seite diejenigen, die sich überwiegend mit strafrechtlichen Aspekten befassten,[74] und auf der anderen Seite jene, die die zivilrechtliche Kausalität untersuchten.[75]

Nach der ungarischen Rechtsprechung, am Anfang des 19. Jahrhunderts erstreckte sich die Schadenersatzpflicht nicht nur auf Privatpersonen, sondern auch auf den Staat oder die Staatsorgane, falls sie ihre Aufgaben widerrechtlich ausübten und dadurch Schaden verursachten. Dies war auch ein Beweis für die Bewegung zur Rechtsstaatlichkeit. Als beispielshaft dient eine Entscheidung des Beschwerdegerichtes in Nagybecskerek (Großbecskerek, heute Zrenjanin in Banat) aus dem Jahre 1902, wo das Gericht das Vollstreckungsorgan und den Anwalt wegen falscher und bösartiger Verpfändung im Vollstreckungsprozess zum Schadenersatz verpflichtete.[76] In einem anderen Fall waren Staatsorgane (Regierung) zur Entschädigung verpflichtet, obwohl sie Maßnahmen zur Prävention einer Epidemie gesetzmäßig realisierten, weil wegen dem öffentlichen Gut die Schadensfolgen nicht

[70] Marton, in: Szladits, III. B., 1941, S. 366, 367; Marton, A polgári jogi felelősség, (Die zivilrechtliche Haftung) red. Zlinszky, S. 123.P. 120; S.124-125 P.121, S. 129. P. 124, S. 141. P. 137, usw.

[71] Marton, Polgári jogi felelősség, (Die zivilrechtliche Haftung) op. cit., S. 141, P. 141.

[72] Marton Géza, Kártérítési kötelmek jogellenes magatartásból (Entschädigungsobligationen aus widerrechtlichem Verhalten), Sonderdruck, Budapest, Általános Nyomda és Grafikai Intézet R.t., 1942, S. (10) 365. Die Rolle des Verursachungsprinzips beim Ermessen des Schadens betont die Rechtsprechung der ungarischen Kurie schon am Anfang des Jahrhunderts: C. 6999/1905, OGHU 5585/1909, MD. IV. 75, P.V. 1186/1927, MD. XXI. 77; K. 7. II. 1933, P. VII. 2106/1931, Grill XXVI. 635; nach Szladits, Magyar magánjog, (Ungarisches Privatrecht) 1942, op. cit., S. 452. Die Rechtsprechung betont auch, dass der Schädiger nicht für die Schäden haftet, die keinen Zusammenhang mit seinem schuldigen Benehmen haben, oder für diejenigen, die der Gläubiger nicht verhütete obwohl er das nach Umständen machen konnte. (P. V. 4503/1929, Grill, XXIV. 581, Szladits, Magyar magánjog – Ungarisches Privatrecht – Rechtsprechung, 1942, S. 470).

[73] Marton, in: Szladits, III. B., 1941, S. 365, FN Nr.18.

[74] S., Balázs P. Elemér, Az okozatosság büntetőjogi problematikája (Problematik der Kausalität im Strafrecht, mit ausführlicher Literatur) Budapest, 1936.

[75] S., Kauser Lipót, A kártevés okozatossága (Die Kausalität bei der Schadensverursachung) Budapest, 1939.

[76] Nagybecskereki Törvényszék, Entscheidung vom 21. Okt. 1902, Nr. 7168/1901, in: Felső bíróságaink elvi határozatai, A magyar kir. Curia és a kir. táblák elvi jelentőségű döntéseinek rendszeres gyűjteménye, készíti Márkus Dezső, szerk.: Térfi Gyula, I. Polgári ügyek, XIII. kötet, 1902, (Prinzipielle Beschlüsse unserer Obergerichte, Entscheidungen der Ungarischen Kurie und der Appellationsgerichte in Zivilsachen, verfasst von Dezső Márkus, Redaktion.: Gyula Térfi), Grill, Budapest, 1903, S. 164-168.

nur einzelne Privatpersonen tragen sollen.[77] In einem weiteren Fall entschied die Kurie über das Regressrecht einer zum Schadenersatz verpflichteten Gemeinde zugunsten des Angestellten, dessen Versäumnis den Schaden verursachte.[78]

Im Bereich des Drittschadens erkannte die ungarische Rechtsprechung am Anfang des 20. Jahrhunderts die Entschädigungspflicht des Arbeitgebers für die Ehefrau, wegen dem tödlichen Arbeitsunfall des Arbeitnehmers, in Höhe der Unterhaltskosten an; der Arbeitgeber war auch verantwortlich für den Schaden, der dem Dritten seitens seiner Angestellten oder Arbeitnehmer verursacht wird.[79]

Für die Entschädigung eines von Tieren verursachten Schadens ist nach Par. 112 des Gesetzes Nr. XII aus dem Jahre 1894 der Eigentümer unbegrenzt verantwortlich, auch in den Fällen, wo das Versäumnis des Eigentümers keinen Zusammenhang mit dem verursachten Schaden hat, und auch dann, wenn der Inhaber das Tier einem anderen in Verwahrung übergeben hat.[80]

III. Zeitgenössische Schrifttum

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (besonders nach Judexkurialkonferenz, 1861) entwickelte sich die moderne ungarische privatrechtliche Literatur merklich fort, einerseits die Werke, die sich mit der Theorie (allgemeine Lehre) des Privatrechts befassten,[81] andererseits die Darstellungen, die der Kodifikation des modernen

[77] Nähmlich, im konkreten Fall verbat die ungarische Königliche Regierung, Abteilung Ministerium für innere Angelegenheiten, die Befahrung der Theiß mit Flößen wegen der Prävention einer Cholera-Epidemie, aufgrund des Par. 83 des Gesetzes 1876: Nr. XIV. Der Floßeigentümer war aber trotz der Auffassungen des Erstgerichthofes, nach der Auffassung der ungarischen Kurie zum Schaden berechtigt, weil die Einzelpersonen nach dem zitierten Gesetznicht verpflichtet waren, Teile ihres Privatvermögens für das öffentlichen Wohl zu opfern, sondern umgekehrt. Selbst die Tatsache, dass das Privatvermögen im Interesse des öffentlichen Wohls beschädigt wurde, ist ein genügender Grund für die Entschädigung. (Kurie, Entscheidung vom 14. jan. 1902, Nr. 3181, in: Márkus, Felső bíróságaink elvi határozatai, Prinzipielle Beschlüsse unserer Obergerichte) B. XIII, Grill, Bp. 1903, op. cit., S. 164, Nr. 19698).

[78] Kurie, Entscheidung vom 21. Jan. 1904, Nr. 865/903, in: Grecsák Károly: Magyar Döntvénytár (Ungarische Rechtsprechungssammlung), X. Band, Budapest, Grill Károly, 1904, S. 210, Nr. 562.

[79] Gerichtshof in Budapest, Entscheidung vom 11. Sept. 1902, Nr. 2001, in: Márkus D., Felső bíróságaink elvi határozatai, (Prinzipielle Beschlüsse unserer Obergerichte) B. XIII., Bp. 1903, S. 180-182, Nr. 19709.

[80] Ungarische königliche Kurie, Entscheidung vom 21. Juni 1904, Nr. 5424/903, identisch mit: 1266/904, in: Grecsák, Magyar Döntvénytár, Budapest, Grill K., B. X, 1904, S. 211-212, Nr. 566; ebenso: Entwurf des ABGB, Par. 1780.

[81] Beispielsweise: Ökröss Bálint, Magyar polgári magánjog (Ungarisches bürgerliches Privatrecht), I. Auflage: Pest, 1862, II. Auflage, 1865; Suhayda János, Magyar polgári anyagi magánjog rendszere (System des ungarischen Privatrechts), I. Auflage, Pest, 1862; weitere Auflagen: 1871, 1874; Dauscher, Das ungarische Civil- und Strafrecht nach Beschlüssen der Iudexcurial-Conferenz, II. Auflage, Wien, 1862; Wenzel Gusztáv, Magyar erdélyi magánjog rendszere (System des ungarischen Rechtes in Transylvanien), I. Auflage, Buda, 1863, II. Auflage, Pest, 1872, III. Auflage 1879; Kallós Lajos, A magyar polgári jog alapelvei (Grundprinzipien des ungarischen Privatrechts), Debreczen, 1865, II. Auflage, 1868; M. Füger von Rechtsborn, Das alte und neue Privatrecht in Ungarn-Slavonien, etc., Nagyszeben, 1858 und Wien, 1865; Wenzel Tivadar, Magyar Magánjog (Das ungarische Privatrecht), Buda, 1868; ibid, A magyar magánjog rövid áttekintése (Kurzer Überblick über das ungarische Privatrecht), Pest, 1877; Karl Putz, System des ungarischen Privatrechts, Wien, 1870; Knorr Alajos, Magyar magánjog, Különös tekintettel a gyakorlati élet igényeire is (Ungarisches Privatrecht, Mit besonderer Berücksichtigung der praktischen Erforderungen), Pest, 1873; Herczegh Mihály, A magyar magánjog mai érvényében, (Das geltende ungarische Privatrecht) Budapest, 1880; ibid, Általános rész.- Magyar családi és öröklési jog (Allgemeiner Teil. – Ungarisches Familien- und Erbrecht), Budapest, zweite Auflage, 1885; ibid, Magyar dologbeli és kötelmi jog (Ungarisches Sachen- und Schuldrecht), Budapest, 1892; Zlinszky Imre, A magyar magánjog mai érvényében (Das geltende ungarische Privatrecht, Budapest, 1880; zweite von Dárday

ungarischen Privatrechts gewidmet waren.[82] Das Schuldrecht und daneben auch der Schadenersatz – oder Haftpflichtrecht waren mehrmals die wichtigsten Teile dieser systematischen Darstellungen beider Art.

Die führenden monographischen Werke, die zuerst die Grundfragen und Grundtendenzen des Zivilrechts behandelten, bearbeitet von Gusztáv Schwarz,[83] und andere, den gesonderten zivilrechtlichen Themen gewidmete Werke,[84] beeinflussten wesentlich auch die Theorie des Haftungsrechts. Bald entstanden auch Werke die sich nur mit dem Obligationenrecht befassten, zuerst dank Gyula Sághy,[85] der sein Werk an das österreichische Schuldrecht und die Pandectenlehre anlehnte, und dann Benő Zsögöd (Béni Grosschmid), der berühmteste ungarische Autor im 19. Jahrhundert,

Sándor überarbeitete Auflage, 1883; III. Auflage 1888; IV. Auflage 1892, V. Auflage 1894; VI. Auflage 1897; VII. Auflage durchgesehen von Reiner János, 1897; Cholnoky Imre, A magyar anyagi magánjog kézikönyve. A polgári anyagi magánjogi viszonyokba vágó legújabb törvények és fennálló szabályokhoz alkalmazva (Handbuch des ungarischen materiellen Privatrechts nach den neuesten Gesetzen), Budapest, 1886; Jellinek Arthur, A magyar magánjog mai érvényében, Törvények, rendeletek és szokásjogi forrásokból (Das heute gültige ungarische Privatrecht, Gesetze, Verordnungen und Quellen des Gewohnheitsrechtes), Budapest, 1886, I. Teil; Emődy Dániel, A magyar magánjog tankönyve (Lehrbuch des ungarischen Privatrechts), Sáros-Patak, 1892; Fodor Ármin (Redaktion), Magyar magánjog (Ungarisches Privatrecht) III. B., Kötelmi jog (Schuldrecht), Budapest, 1899 (Katona Mór, Általános rész – Allgemeiner Teil; Kiss Mór, A jogügyletekből származó kötelmek – Die aus Rechtsgeschäften stammenden Obligationen; Reiner János, A szerződésen kívüli kártérítési kötelmek (Ausservertragliche Entschädigungsobligationen); IV. B., Családjog (Familienrecht), - Fodor Ármin: A házassági jog története (Die Geschichte des Eherechtes); Jancsó György, Házassági jog (Eherecht); Sipőcz László, A szülők és gyermekek közti viszonyok (Die rechtlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern); Gaár Vilmos, Családjogi tartási kötelesség (Familienrechtliche Unterhaltsverpflichtung); Budapest, 1899; Katona Mór, A mai érvényű magánjog (Das gegenwärtig gültige Privatrecht), Pozsony, 1899. Eine ausführliche Bibliographie der zivilrechtlichen Werke zwischen 1861-1934 hat Dr. Újlaki Miklós zusammengestellt: Újlaki Miklós, Hetven év magánjogi irodalma (70 Jahre des ungarischen privatrechtlichen Schrifttums) 1861-1930; und Öt év magánjogi irodalma (Fünf Jahre des ungarischen privatrechtlichen Schrifttums) (1931-1934).

[82] Z.B., Dell'Adami Rezső, Magánjogi codificatiónk s régi jogunk (Unsere Kodifikation des Privatrechts und unser altes Recht, Budapest, 1865; ibid, Az anyagi magyar magánjog codificatiója (Kodifikation des ungarischen materiellen Privatrechts, Budapest, 1877; ibid, Magánjogi codificatiónk s régi jogunk (Unsere privatrechtliche Kodifikation und unser altes Recht), Budapest, 1885-1886; Suhajda János, Tanulmányok a polgári magánjogi codificatio terén (Studien über die Kodifikation des Privatrechts), Pest 1867; Daempf Sándor, A magánjog tárgya, különös tekintettel a magyar általános magánjog codificatiójára (Der Gegenstand des Privatrechts, mit besonderer Berücksichtigung der Kodifikation des allgemeinen ungarischen Privatrechts), Pécs, 1877. Es gab auch "autorisierte" Kodifikationswerke, aber nicht als bloße "Privatkodifikationen", z.B. aufgrund der Beantragung seitens des ungarischen Justizministers, Hoffmann Pál im Jahre 1871 beendete den allgemeinen Teil des Entwurfes für das Ungarische BGB; auf weitere Beauftragungen entstand der Entwurf des allgemeinen Teils des ABGB verfasst von Győri Elek, aus dem Jahre 1880; der Entwurf für das Sachenrecht verfasst von Halmosy Endre im Jahre 1882; der Entwurf für das Schuldrecht, besonderer Teil, verfasst von Apáthy István, aus dem Jahre 1882. Die Begründung wurde in drei Teilen, in den Jahren 1884, 1885 u. 1886 veröffentlicht. Danach folgt Teleszky Istváns Werk: Erbrecht, aus dem Jahre 1882, mit der Begründung in den Jahren 1882, 1883. Aus dem Familienrecht die Entwürfe entstanden im Jahren 1891 (Vormundschaft), 1892 (Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern), 1893 (Eherecht), mit Begründungen aus den Jahren 1893, 1894. Die neue Kommission für Kodifikation des ABGB unter Leitung von Vavrik Béla, später von Lányi Bertalan wurde vom Justizministerium im Jahre 1897 ernannt, sie hatte folgende Mitglieder: Imling Konrád (Sachenrecht), Schwarz Gusztáv (Erbrecht und Persönlichkeitsrechte), Sipőcz László (Vormundschaft, Familienrecht), Thirring Lajos (Schuldrecht), Zsögöd Benő (Eherecht). Im Jahre 1901 wurde die Begründung für das UBGB veröffentlicht.

[83] Schwarz Gusztáv, Új irányok a magánjogban, (Neue Tendenzen im Privatrecht), Budapest, 1884; Szántó Mihály, Nemzetközi magánjog különös tekintettel a hazai viszonyokra (Internationales Privatrecht, mit besonderer Berücksichtigung der heimischen Verhältnisse), Budapest, 1893.

[84] Bozóky Alajos, A jogi személyekről (Über juristische Personen), Nagy-Várad, 1870, II. Auflage: 1891; Nagy Ferencz, A kereskedelmi társaságok jogi természete (Die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften), Budapest, 1878; Farkas Lajos, Tanulmányok a magánjog dogmaticájából, A jogügylet (Studien über die Dogmatik des Privatrechts, Das Rechtsgeschäft), Budapest, 1884; Bozóky Alajos, A hallgatólagos akaratnyilvánításról (Über die stillschweigende Willenserklärung), Budapest, 1895.

[85] Sághy Gyula, A kötelmi jog általános elmélete az ausztriai jog szempontjából, (Allgemeine Lehre des Schuldrechts vom Standpunkt des österreichischen Rechts), Budapest, 1877.

insbesondere auf dem Gebiet der Theorie der Obligationen, der sich näher mit dem ungarischen Schuldrecht befasste (seine Argumentation war neben den rechtsvergleichenden Betrachtungen auch in den positiven ungarischen Gesetzen, oder in den Auffassungen des Obersten Gerichtshofes begründet),[86] und andere Autoren.[87]

Die bedeutendsten Theoretiker des ungarischen Privatrechts in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts waren Gusztáv Szászy-Schwarz (1858-1920) (besonders auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts) und Béla Szászy (1865-1931). Diese Wissenschaftler waren neben der Arbeit an tiefgreifenden wissenschaftlichen Veröffentlichungen auch bei Projekten des ungarischen BGB tätig.[88] Károly Szladits (1871-1956) systematisierte die ungarische Rechtsprechung, besonders auf dem Gebiet des Schuldrechts, und zusammen mit seinen zahlreichen Mitarbeitern veröffentlichte er im Jahre 1941 die auch heute sehr bedeutende systematische Darstellung des ungarischen Privatrechts, mit ausführlichen rechtsvergleichenden Verweisungen, besonders auf die deutsche und österreichische, aber auch auf die englische und französische Literatur.[89] Der bedeutendste Autor des ungarischen Schadenersatzrechts war in den dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts Géza Marton. Er versuchte eine neue Begründung der Tendenzen der Gefährdungshaftung. Seine Ausführungen sind wertvoll auf dem Gebiet der Theorie über die Widerrechtlichkeit.[90]

Während die Theorie des ungarischen Schuldrechts im 19. Jahrhundert nur noch dort die Begründung erzielte, wo auch das ABGB und die österreichische Literatur sehr starken Einfluß hatten, konnte sich die Theorie des 20. Jahrhunderts schon auf inzwischen entstandene eigene Kodifikationsentwürfe und eine schon reiche Rechtsprechung stützen.

[86] Zsögöd Benő, Fejezetek kötelmi jogunk köréből (Kapitel aus unserem Obligationenrecht), Budapest, B. I., 1897, B. II. u. III. 1898; zweites Buch, B. I-III. 1899, IV. B., 1900, mit späteren erneuten Auflagen.

[87] Z.B., Nagy Ferencz, A magyar kereskedelmi jog kézikönyve, (Handbuch des ungarischen Handelsrechts, mit ausführlicher Literatur auf dem Gebiet des ungarischen Handelsrechts), IV. Auflage, Budapest, 1898; Katona Mór, A pénztartozásokról jogi és közgazdasági alapon (Über Geldschuld aufgrund von Rechtsgeschäften), Győr, 1885; Plósz Sándor, A magyar váltójog kézikönyve (Handbuch des ungarischen Wechselrechts), Budapest, 1897; Ballagi Béla, Az ipartörvény magyarázata (Kommentar zum Industriegesetz), Budapest, 1886; Magyari Géza, A kiadói ügylet (Verlagsgeschäft), Budapest, 1893; Reiner János, A névhez való jog (Namensrecht), Budapest, 1879; Apáthy István, A szerzői jogról szóló törvény (Das Gesetz über Urheberrecht), Budapest, 1885; Knorr Alajos, A szerzői jog (Urheberrecht), Budapest, 1889; Mutsenbacher Victor, A szerzői jog rendszeresen előadva (Systematische Vorlesung über das Urheberrecht), Pécs, 1890; Borszéki Soma, A találmányi szabadalmak iránt alkotandó törvény milyen elvekre fektessék? (Grundsätze des Gesetzes über Erfindungen), Budapest, 1885; Deutsch Izidor, A szabadalmi törvényjavaslat (Gesetzentwurf über das Patentrecht), Budapest, 1895; Lévy Béla, A magyar szabadalmi jog rendszere (System des ungarischen Patentrechts), Budapest, 1898; Wetzel Gyula, A szabadalmi törvény magyarázata (Kommentar zum Patentgesetz), Budapest, 1898; Neumann Ármin, A védjegyek oltalmáról szóló törvény magyarázata (Kommentar zum Gesetz über Zeichen- und Warenzeichen-Schutzrecht), Budapest, 1892; Reiner János, A szerződésen kívüli kártérítési kötelmek (Ausservertragliches Schadenersatzrecht), Budapest, 1898.

[88] Zlinszky in: Coing's Handbuch, III. B., 1982, op. cit., S. 2175.

[89] Szladits (Red.): Magyar magánjog (Ungarisches Privatrecht), I. Band: Allgemeiner Teil und Personenrechte; II. Band: Familienrecht; III. Band: Schuldrecht (allgemeiner Teil), IV. Band: Schuldrecht (besonderer Teil); V. Band: Sachenrecht; VI. Band: Erbrecht; Budapest, Grill Károly, 1941.

[90] G. Marton, Les fondaments de la responsabilité civile, Recueil Sirey, Paris, 1937; ibid, Kártérítés (Schadenersatz), in: Szladits, Magyar magánjog, (Ungarisches Privatrecht) Allgemeiner Teil, B. III. S. 358-399; ibid, Polgári jogi felelősség (Zivilrechtliche Haftung) Budapest; erste Auflage, Vorwort: Géza Marton, 1945; zweite Auflage, Budapest, Triorg, Vorwort: Zlinszky János, S. 134.

IV. Statt einer Zusammenfassung

Der Beginn des selbständigen und modernen ungarischen Privatrechts und des Schadenersatzrechts war mit gewisser Verspätung. Die Rechtsprechung, bis 1861 als positives Recht und nachher aufgrund des provisorischen Zivilgesetzes aus dem Jahre 1861 in Rolle der Rechtsregel (jedoch ohne Berufung auf konkrete Paragraphen) lehnte sich an die Normen des ABGB an. In den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts entwickelten sich die besonderen ungarischen Gesetze (Eisenbahngesetz, Gesetz über Wälder, usw.), die auch besondere Fälle des Schadenersatzes (z.B. Tierschaden) regelten. In diesen Fällen wurde die Rechtsregel des ABGB nicht mehr angewandt. Beim Aufbau des modernen ungarischen Schadenersatzrecht nahm die Rechtsprechung der ungarischen königlichen Kurie sehr viel Teil. Zahlreiche systematische Darstellungen, die sich auch an breite rechtsvergleichende Untersuchungen anlehnten und die Invention der Rechtsprechung trugen zur Herausbildung von Rechtsinstituten und einer Rechtspflege bei, die zu anderen europäischen Rechtssystemen konvergierten. Das ungarische Zivilrecht und das Schadenersatzrecht haben insgesamt in großem Maße zur Rechtsstaatlichkeit beigetragen.

Die Theorie hat besonders in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts sehr viel zur Begründung des modernen ungarischen Haftungsrechtes beigetragen, und sie hatte auch besondere Leistungen bei den Kodifikationstätigkeiten. Bis zu den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts entstand eine moderne ungarische Theorie des Schadenersatzrechts.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstanden mehrere Werke, die sich mehr an die österreichische Literatur anlehnten wie Zlinszky und Reiner, später Grosschmid (Zsögöd), aber paralell dazu wurde auch das ungarische Privatrecht aufgebaut. In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts (1935) entstanden auch Werke von berühmten ungarischen Autoren (z.B. Szladits bei Ginyovszky als Herausgeber), deren tiefgreifende Analysen sich besonders mit den Einflüssen des ABGB auf das ungarische Privatrecht befassten.

Die Rezeption des ABGB, anfangs mit oktroierten Eigenschaften später in Rechtsprechung, insbesondere im Obligationenrecht, hatte spontan erwägt, auch mehrere positive Seiten. Einerseits wirkte es stabilisierend im Vacuum zwischen dem überwiegend veralteten Privatrecht und dem Aufbau des modernen ungarischen Privatrechts, andererseits spornte es die moderne ungarische Theorie des Zivilrechts an.

Alte und neue Ziele der Juristenausbildung in Österreich

Gernot Kocher

Karl-Franzens-Universität

Als das Universitätsstudiengesetz 1997 publiziert wurde, stellte man damit in Österreich für die universitäre Ausbildung die Weichen neu: An die Stelle bundeseinheitlicher Studienpläne sollte es nun den Fakultäten und Studienrichtungen möglich sein, individuelle Studienpläne zu entwerfen – begleitet von einer vorgegebenen Stundenreduktion. Dieser Schritt war die zwingende Fortsetzung der Reform der seit der zweiten Hälfte des 19. Jh.s bestehenden Juristenausbildung durch das Juristengesetz von 1978. Die Ausgangsposition für diese Reformen war, wie den allgemeinen Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu entnehmen ist, einerseits die allgemeine Erkenntnis der Notwendigkeit einer Anpassung an die „Erfordernisse der Berufsvor- und –ausbildung" (Marktorientierung), anderseits der Bericht über die OECD-Länderprüfung 1976, der das österreichische Studiensystem als zu starr und unflexibel charakterisierte. Noch im Angesicht der Reform 1978 wurde bereits weiterer Änderungsbedarf konstatiert, vor allem unter dem Gesichtspunkt zu langer Studienzeiten und der Tatsache, dass „Das vorhandene Studienangebot ... nur mehr begrenzt sowohl den Bildungs- und Ausbildungserwartungen der an den Studien Interessierten als auch den Anforderungen aus der Berufspraxis und Arbeitswelt" entspricht.

Die Parallelen dieser Situation zur theresianischen Zeit ergeben sich auf mehreren Ebenen: Da wäre einmal die Ausbildungsdauer zu nennen, dann die Diskrepanz zwischen universitärer Ausbildung und juristischer Praxis, das Problem der Rechtsvereinheitlichung und die Frage der zunehmenden Differenzierung des juristischen Stoffes.

Zur Frage der Ausbildungsdauer und der Diskrepanz zwischen Universität und Praxis: Die juristischen Studien waren seit 1554 unverändert geblieben und die Juristenproduktion ging deshalb an den Erfordernissen der Zeit, nämlich der Schaffung eines leistungsfähigen Beamtenstandes vorbei, da man lediglich im römischen Recht ausbildete und der absolvierte Jurist das gelebte Recht erst als Auskultant (unbezahlter Rechtshörer) bei Gericht oder aus sonstiger Praxis erlernen konnte. Die Ausbildung wurde an die Erfordernisse der Zeit angepasst und mehrstufig orientiert: Je nach dem angestrebten Berufsziel studierte man zwei, drei oder fünf Jahre. Dazu kamen dann noch jeweils zwei Jahre Praxis mit einer großen Abschlussprüfung, die akademische Lehrer und Praktiker vornahmen. Der vermittelte Stoff umfasste nicht mehr ausschließlich das römische Recht, sondern darüber hinaus auch das Naturrecht als eine Einführung, Jus publicum und Lehenrecht, Kirchenrecht, sowie Geschichte

(Bündnisse der letzten zweihundert Jahre und Reichsgeschichte). Das geltende heimische Recht wurde allerdings noch immer nur nebenbei vom römischen Recht mitbetreut. Die Reform 1774 änderte nur wenig an der bisherigen Form. Zu denken gibt allerdings eine Anordnung aus dem Jahre 1778, welche die Einstellung in den Justizdienst von einer Bestätigung des Studiendirektors abhängig macht, der den mit Nutzen erfolgten Besuch der „praktischen Vorlesungen" bestätigt. Damit ist wohl das heimische Recht gemeint, zumal im selben Jahr ein erstes Lehrbuch von Johann Udalrik Donner mit dem Titel „Einleitung zum Kenntniß der österreichischen Rechte." erschien. Ein weiterer Schritt war dann die josephinische Anordnung, regelmäßig 6 Stunden in der Woche Vorlesungen aus dem Publikationsorgan für Rechtsvorschriften („Sammlung Kropatschek") abzuhalten. Komplett auf das heimische Recht umgestellt wurde dann mit der Studienordnung von Franz von Zeiller 1810. Diese ausgesprochen praxisorientierte Ordnung wurde schließlich durch die Universitätsreform Thun-Hohenstein 1854 in eine neue, mehr wissenschaftlich orientierte Ausbildungsrichtung gebracht, die mit einigen Änderungen bis 1978 blieb. Die grundsätzlich wissenschaftlich orientierte Linie ist auch heute noch gültig, damit unterscheidet man sich grundsätzlich von der reinen Praxisausrichtung des bis 1854 geltenden Studienrechtes.

Die Frage der Rechtsvereinheitlichung

Die Ausgangsposition der theresianischen Zeit bei der Juristenausbildung lässt sich durchaus mit der modernen gegen Ende des 20. Jh.s vergleichen. In theresianischer Zeit musste man den Sprung vom länderspezifischen Recht zu einem gesamtstaatlichen Recht vorbereiten beziehungsweise (Constitutio Criminalis Theresiana 1768) auch schon bewältigen. Seit den 80er Jahren des 20. Jh.s hatte man sich in Österreich auf eine übergeordnete Rechtsordnung, das Europarecht einzustellen und auch den Studiengang allgemein gesamteuropäisch zu orientieren. – Das Grundproblem des seit der theresianischen Zeit im Aufbau befindlichen Rechtsstaates war tatsächlich einmal die Qualität der Juristenausbildung (oben Verordnung 16.1.1778) und dann die Zurverfügungstellung einer ausreichenden Zahl passend Ausgebildeter für den praktischen Justiz- und Verwaltungsdienst. Es wird an den damaligen Studienreformen deutlich, dass man ganz bewusst Kurzstudien favorisierte, um juristischen Aufgaben auf unterer Ebene (heute vergleichbar mit Bezirksgerichten und Gemeinden) entsprechend abzudecken. Hier bestand allerdings auch ein gewisser Widerstand der Grundherren aus Kostengründen. Auch der josephinische Zwang (s. oben Beleg), sogenannte Justitiäre (Absolventen der zweijährigen Juristenausbildung einzustellen) konnte hier nicht wirklich rasch Abhilfe schaffen. Die Verwandtschaft mit den modernen Studienreformüberlegungen erschöpft sich nicht nur in der zeitlichen Staffelung (Fachhochschulen, Baccalaureat) und in der Marktorientierung der Ausbildung, sondern auch im Studiensystem selbst: Einige österreichische rechtswissenschaftliche Studienpläne haben in kleinerem oder größerem Umfang das Kurssysstem eingeführt, bei dem die Prüfungen lehrveranstaltungsimmanent sind, ähnlich dem theresianischen Schema, in dem von jeder gehaltenen Kursstunde 15 Minuten für Prüfungen verwendet werden mussten.

Die zunehmende Differenzierung des juristischen Stoffes

Bis zum Juristengesetz 1978 war das Studium der Rechtswissenschaften in drei Abschnitte eingeteilt: den rechthistorischen, den judiziellen und den öffentlich-rechtlichen. Die Abschnitte zwei und drei spiegelten damit auch eine klassische Scheidung der Berufsbilder, nämlich den Juristen, der sich der Justiz zuwandte (Richter, Staatsanwalt, Rechtsanwalt, Notar) und den, der in den Öffentlichen Dienst, die Verwaltung ging. Zugleich ist es aber die Spiegelung eines Grundsatzes moderner Staaten, nämlich der Gewaltenteilung, die zwischen Gesetzgebung und Vollziehung und in der Vollziehung wieder zwischen Gerichtsbarkeit (Justiz) und Verwaltung grundsätzlich (Ausnahmen bestätigen die Regel) differenziert. Beide Elemente, sowohl das Berufsbild, als auch der Grundsatz, wurzeln im 18. Jahrhundert und sie stehen, zumindest was Österreich betrifft, in wechselseitigem Zusammenhang, wobei die Gewaltenteilungslehre von Montesquieu für die österreichischen Entwicklungen nicht relevant ist, da in Österreich rein praktische Überlegungen im Vordergrund standen. Im Zusammenhang mit dieser Gewaltenteilung hat sich aber auch das Berufsbild des Juristen verändert: Erwartete man vor 1749 noch Kenntnisse und Fähigkeiten undifferenziert, so bildet sich mit 1749 auf höchster Ebene die Unterscheidung von Justizhofräten und politischen (im Sinne von Verwaltung zu verstehen) Hofräten heraus. Auch in der Gesetzgebung schlägt sich diese Differenzierung nieder, nicht nur im teilweise harten Vorrangkampf zwischen Justiz und Verwaltung, sondern auch in der Einrichtung eigener Gesetzgebungskommissionen und Publikationsorgane für Justiz und politische Verwaltung 1810 bis 1848. Das Juristengesetz 1978 hat die Studienabschnitte zwei und drei zusammengelegt und damit angedeutet, dass eine derart scharfe Trennung zwischen Justiz- und Verwaltungspraxis nicht mehr zeitgemäß ist. Die modernen Anforderungen haben in der Tat auch schon Materien ausgebildet, die nicht mehr eindeutig zuzuordnen sind, wie das Arbeitsrecht und Sozialrecht, das Wirtschaftsrecht oder das Bodenrecht.

Die Grazer Juristenausbildung von 1945 bis zur Gegenwart[1]

Markus Steppan

Karl-Franzens-Universität

1. Gesetzliche Grundlagen

Das Studium der Rechtswissenschaften hat seit dem Ende des 2. Weltkrieges einen erheblichen Wandel durchgemacht. Mit Kundmachung der Provisorischen Staatsregierung vom 20. Juli 1945, über die Aufhebung der deutschen Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Hochschulwesens, wurde der Rechtszustand vom 13. März 1938 wiederhergestellt. Das bedeutete, dass die studienrechtlichen Normen der Monarchie bzw. der ersten Republik wieder auflebten.[2] Unter diesen Normen erlangte vor allem das Hochschulermächtigungsgesetz aus dem Jahre 1935 besondere Bedeutung. Dieses Gesetz räumte Verwaltungsbehörden das Recht ein, Verordnungen im Gesetzesrang zu erlassen. Mit dem Vollwirksamwerden des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (19. 12. 1945) wurde diese umfassende Verordnungsermächtigung außer Kraft gesetzt und gleichzeitig damit alle Bestimmungen aufgehoben, die im Widerspruch zum verfassungsrechtlich verankerten Legalitätsprinzip (Art. 18 B-VG) standen. Somit wurde die Erlassung von gesetzesändernden – bzw. ergänzenden Verordnungen durch Verwaltungsbehörden untersagt.[3]

Einen weiteren Meilenstein in der Ausgestaltung des Studienrechts an den Universitäten stellte das Allgemeine Hochschul-Studiengesetz (AHStG) aus dem Jahre 1966 dar.[4] Die einzelnen Studienordnungen waren Durchführungsverordnungen zum AHStG und zu den jeweiligen „Besonderen Studiengesetzen" und wurden vom Ministerium erlassen. Die Studienpläne, als unterste Normstufe im Studienrecht wurden von den jeweils zuständigen Studienkommissionen erlassen, wobei diese aber sowohl das AHStG, als auch die jeweilige Studienordnung zu berücksichtigen hatten. Am 1. Oktober 1978 trat das Rechtswissenschaftliche Studiengesetz in Kraft.[5] Die dieses Gesetz ausführende Rechtswissenschaftliche Studienordnung wurde vom Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung jedoch erst am 3. März 1979

[1] Schriftliche Kurzfassung eines Vortrages, welcher anlässlich der Internationalen Konferenz „Jura und Juristen an der Schwelle des 21. Jahrhunderts" zur 80-Jahrfeier der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Pécs am 16. Oktober 2003 gehalten wurde.

[2] Felix Ermacora, Österreichisches Hochschulrecht, I. Band, 2. Lieferung, 2. Auflage, Wien 1974, 18.

[3] Winfried Ginzinger, Abriß der historischen Entwicklung des Studienrechts, in: Materialien zur Studienreform, Entwicklung des Studienrechts, Band I, Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, Wien 1993, 15 ff.

[4] Allgemeines Hochschulstudiengesetz, Bundesgesetz vom 15. Juli 1966, BGBl. Nr. 177; Zum Werdegang der Studienreform: Eva Götz, Chronologie der Studienreform 1962 – 1966, in: Entwicklung des Studienrechts, Band I, Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, Wien 1993, 38 ff.

[5] Bundesgesetz vom 2. März 1978 über das Studium der Rechtswissenschaften, BGBl. Nr. 140.

erlassen. In der Folge verzögerte sich auch die Erlassung der darauf basierenden rechtswissenschaftlichen Studienpläne an den einzelnen Universitäten. Daher konnte das neue rechtswissenschaftliche Studium erst mit Wintersemester 1980/81 aufgenommen werden.[6] Das derzeit in Geltung befindliche Universitäts-Studiengesetz (UniStG) trat am 1. August 1997 in Kraft und löste das AHStG ab.[7] Gemäß UniStG hatten die bisher in Geltung befindlichen „Besonderen Studiengesetze" und Studienverordnungen und die darauf basierenden Studienpläne außer Kraft zu treten[8] und die Studienkommissionen gleichzeitig bis spätestens 1. Oktober 2002 auf Basis des neuen Gesetzes entsprechende Studienpläne zu erstellen.[9] Die Studienkommission der juridischen Fakultät der Universität Graz hat diese gesetzliche Vorgabe bereits im August 1998 erfüllt.

2. Das Rechtswissenschaftliche Studiums von 1945 bis 1981

Die „Juristische Studien- und Staatsprüfungsordnung" vom 3. September 1945 regelte das Studium der Rechtswissenschaften in Österreich, somit auch an der Universität Graz, bis zum Jahre 1981.[10]

Das Studium der Rechte gliederte sich in drei Studienabschnitte, einen rechtshistorischen (2 Semester), einen judiziellen und einen staatswissenschaftlichen (jeweils 3 Semester). Die Regelstudiendauer beträgt somit 10 Semester. Jeder dieser drei Studienabschnitte wird durch die erfolgreiche Ablegung einer Staatsprüfung abgeschlossen. Diese rechtswissenschaftliche Studienvorschrift galt in unveränderter Form bis zum Jahre 1972. Die Änderung, welche mit 1. Oktober 1972 in Kraft trat, beschränkte sich vorwiegend auf den Modus der Prüfungsablegung.[11]

[6] Peter G. Mayer, Die österreichische Juristenausbildung, 2. Auflage, Wien 1998, 17 ff.
[7] Bundesgesetz über die Studien an den Universitäten (Universitäts-Studiengesetz – UniStG), BGBl. I 1997/48.
[8] Anlage 3 Z 7 (Bundesgesetz über das Studium der Rechtswissenschaften, BGBl. Nr. 140/1978) und Z 74 (Rechtswissenschaftliche Studienordnung, BGBl. Nr. 148/1979) zum UniStG.
[9] § 77 Abs. 1 UniStG; vgl. zur Umsetzung dieser gesetzlichen Verpflichtung: Klaus Pretterhofer, Vergleich der neuen rechtswissenschaftlichen Studienpläne nach dem UniStG, Rechtsw. Diplomarbeit, Graz 2000, 33 ff.; vgl. zu den Reformansätzen der Deregulierung der Studienplanerlassung: Walter Berka, Reform des Studienplanrechts, Ein Zwischenbericht, in: Materialien zur Studienreform, Band II, Zwischenergebnis der Arbeitsgruppe Deregulierung des Studienrechts, Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, Wien 1993, 24 ff.; Mayer, Die österreichische Juristenausbildung, 19.
[10] Verordnung des Staatsamtes für Volksaufklärung, für Unterricht und Erziehung und für Kultusangelegenheiten vom 3. September 1945, StGBl. Nr. 164, über die juristische Studien- und Staatsprüfungsordnung; vgl. dazu auch die Erläuterungen in: Ermacora, Österreichisches Hochschulrecht 767.§ 29, Abs. 1 Juristische Studien- und Staatsprüfungsordnung – Diese Verordnung tritt mit dem Beginn des Studienjahres 1945/46 in Kraft; § 30 Juristische Studien- und Staatsprüfungsordnung – Mit dem Wirksamkeitsbeginne dieser Verordnung treten die juristischen Studien- und Staatsprüfungsordnung, BGBl. Nr. 378/35, in der Fassung der Verordnung BGBl. Nr. 105/36, und die Verordnung, betreffend Übergangsvorschriften zur juristischen Studien- und Staatsprüfungsordnung, BGBl. Nr. 435/35, außer Kraft; vgl. zu den „unbestimmten bzw. unklaren Derogationsbestimmungen" in dieser Verordnung: Ermacora, Österreichisches Hochschulrecht 785 f.
[11] Bundesgesetz vom 5. Juli 1972, BGBl. Nr. 281 über die Ablegung von Staatsprüfungen der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, § 2.

Betrachtet man die juristische Staatsprüfungs- und Rigorosenordnung aus heutiger Sicht, so lassen sich sowohl positive, als auch negative Aspekte aufzeigen. Grundsätzlich positiv war, dass die Studierenden bei den Prüfungen nicht so sehr Detailwissen, sondern fächerübergreifend geprüft wurden, wodurch die großen Zusammenhänge des Rechts besser sichtbar wurden. Aus Sicht der Studierenden wurde die große Stofffülle, welche bei den einzelnen Staatsprüfungen anfiel, als sehr belastend empfunden. Neben diesen „abwicklungstechnischen" Problemen zeigte sich auch, dass vor allem der Dynamisierung des Rechts Rechnung getragen werden musste. So enthiet die juristische Staatsprüfungsordnung noch kein eigenes Fach Arbeitsrecht oder auch Wirtschaftsrecht.

Bereits im Jahre 1973 wurde vom Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung ein Entwurf für eine Neuordnung des rechtswissenschaftlichen Studiums an die juridischen Fakultäten mit der Bitte um Stellungnahme ausgesandt.[12] Das Ergebnis dieser Begutachtung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Trennung des Diplom- und Doktoratsstudiums, die Einteilung des Diplomstudiums in zwei Studienabschnitte, die Einführung einer obligatorischen Diplomarbeit, der Grundsatz der Einheitlichkeit der juristischen Ausbildung und die Anerkennung des Diplomstudiums als wissenschaftliche Berufsausbildung für alle Berufe der Rechtspraxis – gerade der letzte Punkt sollte bei der tatsächlichen Umsetzung in der Praxis Schwierigkeiten mit sich bringen.

3. Das Diplomstudium der Rechtswissenschaften von 1981 bis 1998

Die Vorarbeiten mündeten schlussendlich im Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften, welcher ab dem Wintersemester 1981/82 in Kraft trat.[13] Dieser Studienplan basierte auf dem Rechtswissenschaftlichen Studiengesetzes 1978[14] und der Rechtswissenschaftlichen Studienordnung aus dem Jahre 1979.[15]

Das Diplomstudium wurde, wie auch bereits im Entwurf vorgesehen, in zwei Studienabschnitte gegliedert. Der erste Studienabschnitt, der 2 Semester umfasste, sollte der Einführung in die Rechtswissenschaften dienen und somit Grundlagen vermitteln. Der zweite Studienabschnitt im Ausmaß von 6 Semestern sah eine Kombination aus Pflicht- und Wahlfächern vor. Neben den Pflichtfächern hatte der Studierende ein Kolloquium aus Betriebswirtschaftslehre abzulegen und hatte aus drei Wahlfachgruppen jeweils ein Fach auszuwählen und positiv zu absolvieren. Dieser

[12] Entwurf eines Bundesgesetzes über das Studium der Rechtswissenschaften 1973 – Stellungnahme des Professorenkollegiums der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät vom 30. Oktober 1973; vgl. zur Reformdiskussion: Hermann Baltl, Zur Situation der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung, in: Reformen des Rechts, FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Graz 1979, 17 ff.
[13] Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften, beschlossen von der Studienkommission für die Studienrichtung Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz am 8.5. bzw. am 2. und 9.7.1981, vom Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung genehmigt mit Erlaß vom 14.7.1981. GZ. 69 482/11-ST. T 811.
[14] Bundesgesetz über das Studium der Rechtswissenschaften, BGBl. 1978/140.
[15] Rechtswissenschaftliche Studienordnung, BGBl. 1979/148.

Studienplan blieb bis zum Wintersemester 1989/90 unverändert in Kraft. Die Novelle aus dem Jahre 1989[16] sah einige, wenn auch nicht tiefgreifende Änderungen vor.

Bewertet man rückblickend den Studienplan aus dem Jahre 1981 mit der 1989 erfolgten Novellierung, so ist eine Anpassung an die tatsächlichen Bedürfnisse des Berufslebens festzustellen. So wurden etwa wichtige Fächer wir Arbeits- und Wirtschaftsrecht verankert und dem Studierenden die Wahlmöglichkeit gegeben aus den Wahl- und Freifächern den individuellen Neigungen entsprechend eine „Spezialisierung" zu erlangen. Ein weiterer wesentlicher Schritt war, dass durch die schriftlichen Prüfungen im Bereich der „Kernfächer" und auch durch die verpflichtende Verfassung einer Diplomarbeit die schriftliche Ausdrucksfähigkeit der zukünftigen Juristen geschult wurde. Leider war damit auch, zumindest teilweise, ein unerwünschter Nebeneffekt, die Verlängerung des Studiums verbunden. Gerade dieser letzte Punkt stellte auch den Ansatz für die nächste Reform des rechtswissenschaftlichen Studiums dar. Zuletzt soll nicht verschwiegen werden, dass auch von Seiten der juristischen Berufsverbände (Richtervereinigung, Rechtsanwalts-, und Notarskammer) den nach diesem Studienplan ausgebildeten Juristen zu Anfang einiges Misstrauen entgegengebracht wurde. Dies hing vor allem damit zusammen, dass das Studium nunmehr im Regelfall mit dem Titel „Magister iuris" und nicht „Doktor iuris" abgeschlossen wurde. Das erwiesenermaßen hohe Ausbildungsniveau sorgte aber rasch dafür, dass dieses Bedenken zerstreut werden konnten.

4. Das Diplomstudium der Rechtswissenschaften ab 1998

Den meines Erachtens revolutionärsten Schritt setze die rechtswissenschaftliche Fakultät aber im Jahre 1998 mit einem grundlegend umgestalteten Studienplan.[17] Das Diplomstudium der Rechtswissenschaften gliedert sich nunmehr in drei Studienabschnitte und dauert insgesamt 8 Semester.[18] Die Lehrveranstaltungen sind zum überwiegenden Teil in Kursform, der Rest in klassischen Vorlesungen bzw. Übungen und Seminaren anzubieten. Kurse sind Lehrveranstaltungen mit Teilnahmepflicht und sind dadurch gekennzeichnet, dass einerseits während des Semesters eine ständige Leistungskontrolle erfolgt und andererseits die Studierenden selbständig unter Anleitung Teile des Kursstoffes zu erarbeiten haben. Die Teilnehmerzahl ist grundsätzlich mit 50 Personen begrenzt.[19]

[16] Studienplan für das Diplomstudium und das Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften. Gemäß den Beschlüssen der Studienkommission für die Studienrichtung Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz vom 8.5. bzw. 2. und 9.7.1981 und vom 7.4.1989 und gemäß § 17 AHStG., verlautbart im Miteilungsblatt Nr. 1a 1989/90. Dieser Studienplan ersetzt ab dem Wintersemester 1989/90 den im Mitteilungsblatt vom 1.9.1989 publizierten Studienplan.

[17] Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz vom 5.8.1998; Zur Entstehungsgeschichte: Bernd-Christian Funk – Bernd Schilcher (Hrsg), Studienreform und die Zukunft der Juristenausbildung, in: Rechtspolitik aktuell, Band 1, Wien – New York 1998; Bernd-Christian Funk, Der Grazer Studienplan, in: Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (JAP), Heft 4a, Wien 1998/99, 11 ff.

[18] § 1 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.

[19] § 2 (Unterrichtsgrundsätze) Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998; vgl. dazu: Reinhard Rack – Iris Eisenberger – Elisabeth Hödl, Das Kurssystem – Zwischenbilanz einer

Der erste Studienabschnitt (2 Semester) umfasst eine Studieneingangsphase mit den Fächern Einführung in das Recht, Ausgewählte Kapitel des Privatrechts, des öffentlichen Recht und des Strafrechts und die Fächer: Einführung in die internationalen Dimensionen des Rechts (Lehrveranstaltungen in englischer und französischer Sprache), Rechtsethik und Rechtspolitik, Rechtsinformatik, Römisches Recht als Grundlage der Europäischen Rechtssysteme und Österreichische und Europäische Rechtsentwicklungen.[20]

Im zweiten Studienabschnitt (4 Semester) werden die Fächer Verfassungsrecht und Allgemeine Staatslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre, Bürgerliches Recht einschließlich Internationales Privatrecht, Zivilgerichtliches Verfahren, Strafrecht und Strafprozessrecht, Europarecht, Handelsrecht, Völkerrecht, Finanzrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre und ein Kombinationsfach angeboten. In den Fächern Europarecht und Völkerrecht sind zumindest zwei Wochenstunden in englischer oder französischer Sprache anzubieten. Eine Besonderheit stellt das hier an letzter Stelle erwähnte Kombinationsfach dar. In diesem Fach sind Lehrveranstaltungen abzuhalten, deren Inhalt aus zumindest zwei verschiedenen Fächern entnommen wird (z.B. Strafrecht und Rechtsgeschichte). Zweck dieses Kombinationsfaches ist die Vermittlung von fächerübergreifenden Kenntnissen.[21]

Der dritte Studienabschnitt (2 Semester) setzt sich aus sechs Fächergruppen, jeweils im Ausmaß von 10 Semesterwochenstunden, zusammen.[22] Die erste Fächergruppe trägt den Namen „Internationale Beziehungen" und besteht aus Völkerrecht, Kollisionsrecht und Einheitsrecht sowie Europarecht, Rechtsvergleichung und Internationale Politik. Die zweite Fächergruppe „Justiz" enthält Privatrecht und Verfahren, Strafrecht und Verfahren und das Fach Politische Systeme. Die dritte Fächergruppe „Öffentliche Verwaltung", beinhaltet Öffentliches Recht und Verwaltungslehre, Wirtschaftsrecht der öffentlichen Verwaltung und Politische Systeme, die vierte Fächergruppe mit der Bezeichnung „Politik und Gesellschaft" setzt sich aus den Fächern Politikwissenschaft, Verfassungsrecht und Allgemeine Staatslehre, Rechtsentwicklung und Rechtspolitik im Privatrecht und Soziologie zusammen. Die fünfte Wahlfachgruppe enthält Wirtschaftsrecht, Finanzrecht und Betriebswirtschaftslehre. Die sechste Fächergruppe wird als „Freie Kombination" bezeichnet. Hier hat der Studierende die Möglichkeit aus den nicht gewählten Fächergruppen oder aus einer Anzahl von Wahlfächern (z.B. Medizinrecht, Finanzwissenschaft, Nichtstreitige Verfahren und Mediation usw.) sich eine individuelle Gruppe von Lehrveranstaltungen auszuwählen. Einzige Auflage ist hier, dass auch diese selbst gewählte Fächergruppe insgesamt 10 Semesterwochenstunden umfassen muss.[23]

Neben den soeben genannten Pflicht und Wahlfächern hat der Studierende zusätzlich dreizehn Semesterwochenstunden in Form von „freien Wahlfächern" nachzuweisen, wobei die Fächerauswahl vollständig dem Studierenden überlassen ist.

didaktischen Neuerung, in: Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (JAP), Heft 4a, Wien 1998/99, 17 ff.

[20] § 5 und 6 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.

[21] § 8 und 9 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.

[22] § 10 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.

[23] § 10 Abs. 4 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.

Es können in diesem Bereich alle Lehrveranstaltungen eingebracht werden, die an in- oder ausländischen, anerkannten postsekundären Bildungseinrichtung angeboten und mit einer Prüfung abgeschlossen werden.[24]

Das sozusagen Verbindende zum vorhergehenden Studienplan besteht darin, dass auch hier eine Diplomarbeit in Form einer Hausarbeit verfasst werden muss.[25] Neu ist auch, bedingt durch die grundsätzlich verpflichtende Anwesenheit der Studierenden bei den Lehrveranstaltungen, dass der Studiendekan einzelne Studierende auf Antrag von der verpflichtenden Anwesenheit entbinden kann. So werden etwa Krankheit, Schwangerschaft, Berufstätigkeit, Studienaufenthalte im Ausland und sozusagen als Auffangklausel schwerwiegende persönliche Gründe als Voraussetzung für eine Entbindung von der Anwesenheitspflicht genannt.[26]

Die Grundidee des neuen Studienplanes sieht folgende Eckpunkte vor.[27] Das Diplomstudium der Rechtswissenschaften soll auch in dieser neuen Form eine „universaljuristische" Ausbildung sein, welche die Grundlage für eine weitere Spezialisierung bildet. Gleichzeit soll aber die Möglichkeit einer Schwerpunktsetzung bestehen (3. Abschnitt). Einen weiteren Punkt stellt die forschungsgeleitete Lehre dar. Diese Festlegung wurde als besonders wichtig empfunden, vor allem um deutlich zu machen, dass an der juridischen Fakultät nicht nur juristisches Wissen vermittelt, sondern auch wissenschaftliche Forschung betrieben wird. Dieses Bekenntnis zur forschungsgeleiteten Lehre dient dazu, eine möglichst scharfe Abgrenzung zu den Fachhochschulen und auf internationaler Ebene zu den reinen „law schools" vorzunehmen, deren Aufgabe primär die Vermittlung von juristischem Fachwissen ist. Auch die Abkehr vom System der Trennung von Lehre und Prüfungen stellte ein Novum dar. So wurde ein neuer didaktischer Weg beschritten, indem Lehre und Lernen dahingehend verbunden wurden, als der frontale Unterricht weitgehend durch aktives und kooperatives Lernen, in Form des Kurssystems, abgelöst wurde.

Hier setzt leider auch die vielfach berechtigte Kritik am neuen rechtswissenschaftlichen Studienplan an. Nachdem das österreichische Hochschulrecht keine speziellen Zulassungsvoraussetzung, wie etwa in der Bundesrepublik Deutschland den „numerus clausus" oder in angloamerikanischen Ländern relativ hohe Studiengebühren kennt, sind wir an der juridischen Fakultät in Graz mit folgenden Problemen konfrontiert: Zum einen ist es nur schwer vorhersehbar, wie viele Maturanten sich pro Jahr für das Studium der Rechtswissenschaften in Graz entscheiden werden. Zum anderen haben die fehlenden Zulassungsvoraussetzungen dazu geführt, dass die Studierendenanzahl in den einzelnen Kursen weit über der ursprünglich gewünschten Anzahl von 30 Hörern liegt. Zu begegnen wäre dieser Entwicklung nur damit, dass eine ausreichende Anzahl von Parallelkursen gehalten werden, dies ist aber auf Grund der derzeitigen finanziellen Misere im Wissenschaftsbereich generell und im Bereich der Universitäten im Besonderen unmöglich. Der einzige Ausweg aus dieser Situation ist, die Kursplätze pro Kurs aufzustocken, um allen Studierenden den Besuch der geforderten Lehrveranstaltungen zu ermöglichen, wodurch aber gleichzeitig der Kurscharakter der einzelnen Lehrveranstaltungen stark verwässert wird.

[24] § 4 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.
[25] § 13 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.
[26] § 11 Abs. 8 Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.
[27] Anhang 2 – Erläuterungen, Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 1998.

Einen weiteren Kritikpunkt stellt die „Verschulung" des rechtswissenschaftlichen Studiums dar. Ich persönlich kann mich dieser Kritik aus zwei Gründen nicht anschließen. Zum einen trägt meines Erachtens ein straffes „Ablaufprogramm" zu den geforderten kürzeren Studienzeiten bei und andererseits hat sich dieses System auch im benachbarten Ausland, wie etwa in Frankreich, Italien, Spanien und auch in Ungarn durchaus bewährt.

Die Novellierung des rechtswissenschaftlichen Studienplanes im Jahre 2001 wurde aus zwei Gründen notwendig. Zum einen war es durch die Einführung des European Credit Transfer Systems (ECTS) erforderlich, jedem Studienabschnitt entsprechende Credits, Punkte, zuzuordnen. Dadurch sollte einerseits Vergleichbarkeit des Lern- und Prüfungsaufwandes und andererseits Kompatibilität mit anderen Studiensystemen geschaffen werden. Zum anderen wurde auf Grund von Erfahrungswerten der vergangenen Jahre ersichtlich, dass im ersten Studienabschnitt eine geringfügige Umschichtungen der Stundenanzahl vorgenommen werden sollte (Stundenkürzung des Faches Einführung in das Recht zu Gunsten des Faches Ausgewählte Kapitel des Privat-, Straf und öffentlichen Rechts). Zwischen dem zweiten und dritten Studienabschnitt kam es ebenfalls zu geringfügigen Stundenverschiebungen (z. B. Bürgerliches Recht und Verwaltungsrecht). Die weitreichendste Änderung dieser Novelle bezieht sich aber auf die geänderten Prüfungsmodalitäten. So wurde in den „Kernfächern" des zweiten Studienabschnitts (Bürgerliches Recht, Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht und Strafrecht) wieder die schriftliche Fachprüfung kombiniert mit dem verpflichtenden Besuch von Kursen, in den Fächern Zivilgerichtliches Verfahren, Europarecht, Handelsrecht und Arbeitsrecht die mündliche Fachprüfung eingeführt. Die Fächer Völkerrecht und Finanzrecht sollten ebenfalls als schriftliche Fachprüfungen abgelegt werden. Durch diese Maßnahmen versuchte man die große Anzahl von Parallelkursen, die mittlerweile weder finanziell noch personell bedeckbar waren, durch eine kostengünstigere Variante, die mündliche bzw. schriftliche Fachprüfung zu ersetzen – auch das hatten wir bereits.

Die Novelle aus dem Jahre 2002 brachte neben geringfügigen Änderungen im Bereich der Prüfungsmodalitäten unter dem Schlagwort „e-learning" die Verankerung der Einsatzmöglichkeit von Informations- und Kommunikationstechnologien bei Vorlesungen und Übungen. Allerdings mit der Einschränkung, dass diese nur zusätzlich zum bestehenden Lehrangebot bereitgestellt werden dürfen.[28]

5. Ausblick

War einer der größten Kritikpunkte der rechtswissenschaftlichen Studienordnung nach 1945, dass kommissionelle Prüfungen abgehalten wurden, feierte man aus studentischer Sicht die Einführung von Teildiplomprüfungen als Befreiung, so werden heute in der Studienkommission zunehmend wieder Stimmen laut, die eine Rückkehr zu diesem Prüfungssystem begrüßen würden. Grund dafür ist, dass nunmehr den Studierenden der Lehrstoff „häppchenweise" dargeboten und somit auch geprüft wird.

[28] § 3a Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften 2002.

Dadurch gehen leider sehr oft die größeren Zusammenhänge verloren. So kann es mitunter vorkommen, dass einzelne Prüfungskandidaten sich hervorragendes Detailwissen angeeignet haben, aber die großen Zusammenhänge nicht verstehen.

Der letzte große Schritt der Studienreform, die Einführung des Kurssystems, hat sich vom Grunde her großartig bewährt, kämpft aber sowohl mit den großen Hörerzahlen, als auch mit finanziellen und damit verbunden personellen Schwierigkeiten. Dass auch diese Studienreform noch nicht der letzte Schritt ist und sein kann belegen die Diskussionen in der Studienkommission. So wird derzeit die Einführung eines verkürzten rechtswissenschaftlichen Bakkalaureatsstudiums (Stichwort Bologna) diskutiert, wobei allerdings bis jetzt noch nicht erhoben werden konnte ob von Seiten des Arbeitsmarktes auch tatsächlich ein Bedarf besteht und welche Berufsaussichten Absolventen hätten. Einen weiteren aktuellen Diskussionspunkt stellt die Internationalisierung der Juristenausbildung dar. Die Studienkommission diskutiert derzeit ein EU-Programm, welches vorsieht mit zwei ausländischen Universitäten, vorwiegend aus nicht EU Staaten, gemeinsam ein Master Programm zu installieren. Ziel ist, dass der Studierende an allen beteiligten Universitäten Teile seines rechtswissenschaftlichen Studiums absolviert und der jeweilige Abschluss auch von den Partneruniversitäten anerkannt wird. Dadurch soll vor allem die studentische Mobilität und der Gedankenaustausch zwischen unterschiedlichen Kultur- und Rechtssystemen gefördert und nicht zuletzt auch die Berufschancen am Arbeitsmarkt verbessert werden.

Zu all diesen Entwicklungen kann und will die Rechtsgeschichte viel beitragen. Man kann nur mutig und erfolgreich in die Zukunft schreiten, wenn man seine Vergangenheit kennt. Diese analysiert, aus den gemachten Erfahrungen und Fehlern die richtigen Schlüsse zieht und daraus lernt. Erst mit diesen, in der Vergangenheit erworbenen Kenntnissen und Fähigkeiten ist man dazu in der Lage neue Situationen zu meistern, Probleme zu lösen und unnotwendige Fehler zu vermeiden. All diese Fertigkeiten vermittelt die Rechtsgeschichte. Es liegt an Ihnen meine Damen und Herren, dieses Potenzial zu nützen.

VERFASSERLIST

Dr. Georg Ambach
Akademie Nord

Wiss. Mitarbeit. Dr. Attila Barna
Rechtsgeschichtliche Forschungsgruppe der Ungarische Akademie für Wissenschaften an dem Lehrstuhl für Ungarische Rechtsgeschichte Eötvös Loránd Universität

Prof. Dr. Paolo Becchi
Universität Genova

Univ. Doz. Dr. Gábor Béli
Universität Pécs

Univ. Adj. Dr. Kinga Bódiné Beliznai
Eötvös-Loránd-Universität Budapest

o. Univ-Prof. Dr. h.c. Wilhelm Brauneder
Universität Wien

Dr. Markus Hirte
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Mária Homoki-Nagy
Universität Szeged

Univ. Doz. Dr. Attila Horváth
Pázmány-Péter-Katolischen-Universität

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Günter Jerouschek M.A.
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Arnd Koch
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Elisabeth Koch
Friedrich-Schiller-Universität Jena

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Gernot Kocher
Karl-Franzens-Universität Graz

Prof. Dr. iur Michael Köhler
Universität Hamburg

Dr. iur Harald Maihold
Universität Basel

Univ doz. Dr. Gábor Máthé
Károli-Gáspár-Universität der Reformierten Kirche in Ungarn

Prof. Dr. Barna Mezey
Eötvös-Loránd-Universität Budapest

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Werner Ogris
Österreichische Akademie der Wissenschaften, Wien

Prof. Dr. József Ruszoly
Universität Szeged

Prof. i.R. Dr. Hinrich Rüping
Universität Hannover

Dr. Hoo Nam Seelmann
Basel

Prof. Dr. Dr. h. c. Kurt Seelmann
Universität Basel

Prof. em. Dr. Wolfgang Sellert
Georg-August-Universität Göttingen

Dr. Georg Steinberg
Universität Hannover

Univ.-Prof. Mag. Dr. Markus Steppan
Karl-Franzens-Universität Graz

Prof. Dr. István Stipta
Universität Miskolc

Prof. Dr. Dr. h. c. Reiner Schulze
Universität Münster

Prof. Dr. József Szalma
Universität Novi Sad

Univ. Doz. Dr. Magdolna Szigeti
Pázmány-Péter-Katolischen-Universität