

# Ungerechtes Recht

Herausgegeben von  
ULRIKE MÜSSIG

---

**Mohr Siebeck**

# Ungerechtes Recht





# Ungerechtes Recht

herausgegeben von

Ulrike Müßig

Mohr Siebeck

*Ulrike Müßig*, geboren 1968; (Mädchenname Seif); Studium der Rechtswissenschaft in Würzburg, Cambridge (GB) und Paris (F); 1995 Promotion; 2000 Habilitation; seit 2000 Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht sowie Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Passau; 2008 Nominierung für den Gerda Henkel Preis.

ISBN 978-3-16-152393-9 / eISBN 978-3-16-163162-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## Vorwort

Zu Ehren des Altpräsidenten BAdW em. o. Professor Dr. Dr. h.c. Dietmar Willoweit hat in den Räumen der Carl Friedrich von Siemens Stiftung vom 21. bis 22. Juli 2011 das Symposium „Ungerechtes Recht“ stattgefunden. Im rechtspositivistischen Credo moderner Jurisprudenz dürfte es ungerechtes Recht streng genommen gar nicht geben. Doch nicht nur die totalitären Systeme des 20. Jahrhunderts, sondern auch andere historische Epochen fordern die Frage nach den Grenzen des Rechts heraus. Daher erschien es Würzburger Rechtshistorikern und -philosophen reizvoll, die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts neu zu stellen, und zwar nicht nur aus der ex post-Perspektive kelsianischer Normlogik an den historischen Gesetzgeber, sondern ebenso an Gerichte und Verwaltungen. So lassen sich Klagen über gerichtliches Unrecht bereits im Mittelalter finden oder Vorwürfe administrativen Unrechts gegen polizeistaatliche Repressalien des 19. Jahrhunderts nachweisen. Bei der Drucklegung wurden die Vorträge des Akademientages 2012 zu Recht und Willkür berücksichtigt, während die Heidelberger Thesen zu Recht und Gerechtigkeit nicht mehr ausgewertet werden konnten.

Ermöglicht haben die Tagung die Großzügigkeit der Carl Friedrich von Siemens Stiftung und die Förderung durch die Fritz Thyssen Stiftung. Dafür möchte ich mich als Veranstalterin der Tagung sehr herzlich bedanken und namentlich Herrn Professor Dr. Heinrich Meier hervorheben, dessen logistische Unterstützung ein Meisterstück war, das den Erfolg dieser Tagung weit über das geladene Publikum hinaus transportiert hat. Die Drucklegung wurde durch die Universität Passau unterstützt. Auch dafür sei den Verantwortlichen mein Dank und meine Anerkennung ausgesprochen!

Zu Dank verpflichtet ist die Herausgeberin den Mitarbeitern am Passauer Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte für die Vereinheitlichung der Manuskripte und die Korrektur der Druckfahnen. Die Lehrstuhlsekretärin Frau Elisabeth Schneider hat nicht nur die Tagungsvorbereitung, sondern auch die Redaktionsarbeiten vorbildlich koordiniert. Für die gewohnt gute Betreuung im Verlag ist Herrn Dr. Franz-Peter Gillig zu danken.

Passau, im November 2012

Ulrike Müßig



## Inhaltsverzeichnis

<i>Alexander Ignor</i> Wahrheit und Gerechtigkeit als Ziele des Strafverfahrens in Geschichte und Gegenwart . . . . .	1
<i>Ulrike Müßig</i> Summum ius, summum iniuria – Zur Korrekturbedürftigkeit des strengen Rechts in deutschen und englischen Rechtsquellen. . . .	23
<i>Steffen Schlinker</i> Rechtsverweigerung nach mittelalterlichen Rechtsquellen . . . . .	67
<i>Ignacio Czeguhn</i> Sklavereigesetzgebung im Spanien der frühen Neuzeit sowie in den ersten Jahrzehnten der Kolonisierung in Amerika . . . . .	101
<i>Christiane Birr</i> Sharing in the plunder, pitying the men? Normative Regelungen der Sklaverei im britischen Kolonialreich: Das Beispiel Barbados . . .	115
<i>Fabian Wittreck</i> Administratives Unrecht. . . . .	147
<i>Bernd Schildt</i> Administratives Unrecht im Alltag. Erinnerungen eines „gelernten DDR-Bürgers“ . . . . .	167
<i>Dietmar Willoweit</i> „Ungerechtes Recht“ oder „Grenzen des Rechts“? – Ein Nachwort. .	183
Autorenverzeichnis . . . . .	189
Register . . . . .	191



# Wahrheit und Gerechtigkeit als Ziele des Strafverfahrens in Geschichte und Gegenwart

*Alexander Ignor*

## *I. Einleitung*

Die Ehre, den Eröffnungsvortrag halten zu dürfen, gibt mir die Möglichkeit eines weiten Blicks auf das weite Thema des Symposions: „Ungerechtes Recht“. Ich möchte diesen Blick auf denjenigen Bereich des Rechts richten, in dem ich mich vergleichsweise am Besten auskenne, auf das Strafrecht und insoweit besonders auf das Strafverfahrensrecht. Damit verbindet sich mein tief empfundener Dank an den Jubilar. Selbst ursprünglich mehr der Privatrechts- und Verfassungsgeschichte zugetan, hat er mein Interesse an der Strafrechtsgeschichte zu einer Zeit gefördert, als dieses noch recht exotisch war.<sup>1</sup>

Im Folgenden stelle ich eine These zur Diskussion, die in direktem Bezug zum Thema des Symposions und der in ihm angelegten Leitfrage steht, was „ungerechtes Recht“ im Unterschied zu gerechtem oder richtigem Recht in spezifischer Weise ausmacht.

Den Anstoß für das Thema des Symposions gab der im Jahr 2010 erschienene Aufsatz des Jubilars mit dem Titel „*Der richtige Kern der Lehre vom richtigen Recht*“.<sup>2</sup> Darin ist Dietmar Willoweit auf der Grundlage von Arbeiten des Rechtsphilosophen Rudolf Stammler der Frage nachgegangen, ob es ein generelles Kriterium für das gibt, was Recht als Recht auszeichnet; anders formuliert, worin der „Begriff des Rechts“ besteht – wenn es einen solchen gibt. Willoweit ist der Auffassung, dass es ihn gibt; zwar nicht dergestalt, dass der Rechtsbegriff positiv aussagen würde, welchen Inhalt Recht als Recht hat, aber doch negativ, was Recht jedenfalls nicht ist. Willoweit erblickt das „*Minimum*“ dessen, was Recht als Recht ausmacht, in dem Abschluss willkürlicher Gewalt, insbesondere sanktionsloser Tötung, Verlet-

---

<sup>1</sup> Das gilt insbesondere für die Betreuung meiner Habilitationsschrift, die im Jahr 2002 veröffentlicht wurde unter dem Titel: *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846. Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn.*

<sup>2</sup> *Dietmar Willoweit, JZ 2010, 373.*

zung, Beraubung und Demütigung<sup>3</sup> – womit wir schon mitten im Strafrecht sind.

Hierbei rekurriert Willoweit zum einen auf die von Stammler philosophisch entwickelte These, dass *Willkür* als normativ prinzipiell nicht gebundenes Verhalten und *Recht* unüberwindliche Gegensätze bilden. Zum anderen greift er empirische Erkenntnisse der Rechtsgeschichte und der Rechtsethnologie auf, wonach bereits frühe vorstaatliche Gesellschaften Phänomene aufweisen, die sich als (Grund-) Bedingungen von Recht begreifen lassen: nämlich einvernehmliches, auf Kooperation gerichtetes Verhalten und Schutz vor Gewalt.

Die Pointe des von Willoweit vertretenen Rechtsbegriffs – Recht als Ausschluss willkürlicher Gewalt – besteht darin, dass er einerseits ohne Ableitung aus höchsten Rechtsprinzipien auskommt und andererseits keinen bloß formalen Charakter hat, der jedem beliebigen Inhalt zugänglich wäre. „Das Recht“, so Willoweit, „erlaubt gravierende Unterschiede, aber es verträgt sich nicht mit willkürlicher Demütigung, Beraubung und Tötung. Diese Grundbedingungen einer rechtlich zu nennenden Ordnung sind verletzt worden als Lykurg den jungen Spartanern gestattete, Sklaven zu Übungszwecken umzubringen, oder Hitler in einer modernen Gesellschaft die massive Ausgrenzung und Tötung von Menschen aus rassistischen Gründen anordnete. Nichts zwingt uns, dergleichen als ‚Recht‘ zu etikettieren. Vielmehr verbietet uns der allein aus seinen vorstaatlichen Wurzeln zu erklärende Rechtsbegriff, die Behandlung von Menschen als Objekte schierer Macht als rechtmäßig nur deshalb zu deklarieren, weil ihr ein normatives Gebot zugrunde lag.“<sup>4</sup>

Für mich hat dieser Rechtsbegriff nicht zuletzt deswegen Überzeugungskraft, weil er mit fundamentalen Vorstellungen von Gerechtigkeit übereinght. Die positivistische Vorstellung, Recht als Ordnung des Sollens könne jedweden Inhalt annehmen, wenn es sich nur auf eine mit Rechtssetzungsbefugnis ausgestattete Autorität berufen kann, vermag allenfalls die formale Geltung von Normen zu begründen, nicht aber die Frage nach deren inhaltlicher Richtigkeit zu beantworten. Dem entsprechend wird ein solch positivistischer Rechtsbegriff auch nicht der Bedeutung gerecht, die *Verfahren* für das Recht haben. Ein rechtliches Verfahren, möchte ich behaupten, zeichnet sich durch die Verfolgung bestimmter von den Verfahrensbeteiligten als legitim erachteter *Zwecke* und die Beachtung darauf ausgerichteter *Formen* aus. Es steht damit per se im Gegensatz zur Willkür.

<sup>3</sup> Dietmar Willoweit, JZ 2010, 373, 377.

<sup>4</sup> Dietmar Willoweit, JZ 2010, 373, 379.

## II. These

Im Folgenden möchte ich mich also dem *Strafverfahren* als einem speziellen Rechtsinstitut zuwenden und der Frage nachgehen, ob sich bei rechtshistorischer Betrachtung ein Epochen übergreifendes allgemeines Kriterium erkennen lässt, das im Sinne des Themas unseres Symposiums ein „*ungerechtes*“ Strafverfahren von einem gerechten oder überhaupt nur rechtlichen Strafverfahren abgrenzt. Das ist ein Thema, das mich seit vielen Jahren in vielfältiger Weise beschäftigt. Meine *These* ist, dass es ein solches Kriterium gibt und dass es im *Ziel der Wahrheitsfindung* besteht; das heißt in dem Bestreben, den wahren Täter für den (möglichen) Normverstoß zu bestrafen, der Gegenstand eines Strafverfahrens ist.

Die Begründung dieser These bedarf zunächst der Erläuterung dessen, was mit „Strafverfahren“ gemeint ist. Darunter verstehe ich ganz allgemein ein *gerichtliches Verfahren*, das sich durch ein gewisses Maß an *Formalisierung* auszeichnet und darauf abzielt, einen *Normverstoß* durch Verhängung einer Strafe zu sanktionieren. Das ist kein originelles Verständnis. Es dürfte allgemeine Ansicht sein, dass ein Verfahren, um als Strafverfahren zu gelten, die Institution eines Gerichtes voraussetzt, welches nicht nur, wie in frühen Gesellschaften, Streit schlichten hilft, sondern autoritär entscheidet, und dass es bestimmte Formen aufweisen muss, in denen es abläuft. Dass es hierbei um die Sanktionierung eines Normbruchs geht, ist ein Kriterium, auf das im Bereich der Strafrechtsgeschichte namentlich Jürgen Weitzel aufmerksam gemacht hat.<sup>5</sup>

Weitzel ist in einer Reihe von Untersuchungen der Frage nachgegangen, ob und inwieweit sich das Institut der *Strafe* bereits im fränkischen Reich des frühen Mittelalters findet. Nach einer Anfang der 1950er Jahre von Viktor Achter entwickelten Auffassung ist die neuzeitliche Strafe im Sinne eines Übels, das mit einem besonderen sozialemischen Unwerturteil über Tat und Täter verknüpft ist, im Verlauf des 12. Jahrhunderts in Südfrankreich im Zusammenhang mit der Gottesfriedensverbindung entstanden.<sup>6</sup> Weitzel zufolge ist der „*Strafgedanke*“ bereits bei den Merowingern greifbar, wobei er

---

<sup>5</sup> Siehe z. B. Jürgen Weitzel, Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, in: Festschrift Kleinheyer, Heidelberg 2001, S. 539 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Viktor Achter, *Geburt der Strafe*, Frankfurt/Main 1951; näher dazu Alexander Ignor, (Fn. 1), S. 74 ff. m. w. N.; ferner Stephan Stübinger, Der Stellenwert der Schuld im Rahmen der Geschichtsschreibung zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts, in: Lüderssen (Hrsg.), *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs. Systematisierung der Fragestellung*, Böhlau 2002, S. 187 ff.

den Begriff der Strafe formaler als *Achter* versteht, nämlich als „eine von Trägern des Rechtszwanges als Organen der Öffentlichkeit wegen eines begangenen Unrechts verhängte Sanktion“.<sup>7</sup> Damit grenzt Weitzel die Strafe von den vielfältigen für das Mittelalter charakteristischen Bußleistungen ab, die primär auf Entschädigung und Versöhnung gerichtet waren. Diese Bußen stellen sich im Wesentlichen als die Ergebnisse von Aushandlungsprozessen zwischen Schädigern und Geschädigten bzw. deren Sippen dar, mag auch eine unabhängige Instanz mehr oder weniger daran beteiligt sein. Bei der Strafe hingegen, so Weitzel, sanktioniert der Dritte „wegen des Bruchs einer von ihm aufgestellten oder verteidigten Rechtsregel, nicht wegen des durch die Tat konkret eingetretenen Schadens, den er ja nicht erlitten hat.“<sup>8</sup>

Das Verfahren, das zu dieser Sanktion führt, ist also das Strafverfahren, dem ich mich jetzt näher zuwenden möchte. Dessen Formen zielen darauf ab, den Rechtsbruch und denjenigen Täter, der das Recht gebrochen hat, zu ermitteln. Die Erreichung dieses Ziels, die *Ermittlung des wahren Normbrechers bzw. Täters als Voraussetzung seiner Bestrafung*, so meine These, bildet historisch gesehen das spezifische *Gerechtigkeitskriterium* des Strafverfahrens, seine regulative Idee, wie man vielleicht auch sagen könnte.<sup>9</sup> Anders ausgedrückt: Ein Strafverfahren gilt in allen Epochen der Rechtsgeschichte bis heute in dem Maße als rechtlich / richtig / gerecht, in dem es auf die Ermittlung des wahren Sachverhalts und des wahren Täters gerichtet ist. Ulfried Neumann hat dies in unseren Tagen so formuliert: „Ein gerechtes Urteil ist ohne genaue Ermittlung der entscheidungsrelevanten Tatsachen nicht denkbar; Wahrheit ist Voraussetzung der Gerechtigkeit“.<sup>10</sup>

Selbstverständlich gibt es nicht *das* Strafverfahren. Es gibt viele Erscheinungsformen und insbesondere auch unterschiedlich weite Anwendungsbereiche von Strafverfahren. Während Strafverfahren in früheren Zeiten verglichen mit Verfahren, in denen es um Bußen ging, Ausnahmecharakter hatten, weil es vergleichsweise wenige als *strafwürdig* angesehene Delikte gab, sind sie in modernen Staaten an der Tagesordnung. Ebenso wenig gab und gibt es einen festen Begriff von „Wahrheit“, sondern im Einzelnen unterschiedliche Meinungen darüber, was unter Wahrheit im Strafverfahren zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen sie als ermittelt gilt.

<sup>7</sup> Jürgen Weitzel (Fn. 5), S. 542.

<sup>8</sup> Jürgen Weitzel (Fn. 5), S. 542. Siehe auch Jürgen Weitzel, *Der Strafgedanke im frühen Mittelalter*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin 2007, S. 21 ff.

<sup>9</sup> Ähnlich Gerson Trüg, *StV* 2010, 528, 530, in Bezug auf § 244 Abs. 2 StPO: „regulativer Grundsatz“.

<sup>10</sup> Ulfried Neumann, *ZStW* 101 (1989) 52; zit. bei Gerson Trüg (Fn. 9), S. 531, Fn. 48.

Generell jedoch lässt sich über Jahrhunderte hinweg der Anspruch auf die Ermittlung des wahren Täters beobachten, ohne den ein Strafverfahren seinen spezifischen Zweck, dessen Straftat zu sanktionieren, verfehlen würde.

### III. Ermittlung und Bestrafung des wahren Täters

Besonders augenfällig begegnet dem historischen Betrachter das strafprozessuale Ziel der Wahrheitsfindung im Inquisitionsprozess, wie er zunächst im römisch-kanonischen Recht entwickelt wurde und später in staatliche Rechtsordnungen Eingang gefunden hat, so in Deutschland im Zuge der Rezeption. Die Aufgabe, die Wahrheit zu erforschen, ist dem *Inquisitionsprozess* buchstäblich in die Wiege gelegt. Sie findet sich bereits in der berühmten Dekretale „Qualiter et quando“, mit der Papst Innozenz III. im Jahre 1206 anlässlich der von ihm betriebenen Kirchenreform erstmals den Inquisitionsprozess als Form des kirchlichen Disziplinarverfahrens vorgeschrieben hat. Die drei Elemente dieses Verfahrenstyps – das Offizialprinzip, der Untersuchungsgrundsatz und in Kombination damit das Prinzip der materiellen Wahrheit – sind hier wohl erstmals konsequent zusammengeführt. Wenn den Kirchenoberen, heißt es dort, „*per clamorem et fama*“ etwas über die Verfehlung eines Geistlichen zu Ohren komme, müssen sie die Wahrheit darüber sorgfältig erforschen, damit er gegebenenfalls für schuldig befunden werden kann.<sup>11</sup>

Vom kanonischen Recht gelangte der Inquisitionsprozess ins weltliche Recht, auf verschlungenen, bis heute nicht völlig erforschten Wegen. Die Ketzerverfolgungen dürften dabei eine Rolle gespielt haben, aber auch der Umstand, dass das kirchliche Disziplinarrecht ein deutlich höheres Maß an Rationalität aufwies als das aus den Stammesgesellschaften überkommene Strafverfahren.

In der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, die den Inquisitionsprozess in Deutschland verankert hat, ist mehrfach und an entscheidenden Stellen von der „*Wahrheit*“ die Rede. So im Zusammenhang mit dem Geständnis, das regelmäßig die Voraussetzung für eine Verurteilung war. Indes: Mit einem bloßen Geständnis durfte sich der Richter nicht begnügen. Schon gar nicht mit einem, das unter der Tortur abgelegt worden war. Vielmehr musste er die Einzelheiten der Tatumstände in Erfahrung bringen „*zu gewissheit der warhey*t“, wie es in Artikel 54 CCC heißt. Nur dann, wenn in der Schilderung der Einzelheiten der Tat „*solche wahrhey*t

---

<sup>11</sup> Dazu *Alexander Ignor* (Fn. 1), S. 49.

*befunden wirdt die keyn vnschuldiger also sagen vnnnd wissen kundt*“, durfte ein Geständnis geglaubt und der Verdächtige als Täter bestraft werden (Artikel 54, 60 CCC). Die Carolina ist hier beeindruckend deutlich. Man müsse „*auff den grundt der warheyt kommen*.“

Dass das Kernstück eines jeden Strafverfahrens, die Beweiserhebung, im Strafverfahren der frühen Neuzeit darauf zugeschnitten war, auf den Grund der Wahrheit zu kommen, zeigt ferner die Bezeichnung bestimmter Zwangsmittel als „Wahrheitserforschungsmittel“ („*media eruendae veritatis*“).<sup>12</sup> Hierzu zählte auch die Folter, obwohl sie bereits im römischen Recht, woher sie stammte, als eine „*res fragilis et periculosa, quae veritatem sepius fallit*“ galt – eine heikle und gefährliche Sache, die die Wahrheit öfter täuscht.<sup>13</sup> Doch bis zur Aufklärung, die neben der Inhumanität die Unzweckmäßigkeit der Folter herausstellte, überwog die Auffassung, sie sei unverzichtbar.<sup>14</sup> Der Folter müsse, so beispielsweise Carpzov, zwar nicht immer, aber trotzdem nicht niemals, also manchmal doch Zuverlässigkeit zuerkannt werden.<sup>15</sup>

Die zentrale Bedeutung der Wahrheitsfindung im Inquisitionsprozess hatte ihren Grund nicht zuletzt in der damaligen religiösen Überwölbung des Strafrechts. Schwere Missetaten, d.h. Verbrechen, die mit peinlichen Strafen an Leib und Leben zu ahnden waren – nur darum ging es im Peinlichen Verfahren – galten im Kern als schwere Sünden gegen Gott bzw. göttliche Gebote und Verbote.<sup>16</sup> Strafen sollten daher nicht nur abschrecken, sondern hatten auch den gewissermaßen generalpräventiven Zweck der Versöhnung Gottes und den quasi spezialpräventiven Zweck, die Seele des Täters, der schwer gesündigt hatte, ihrer Rettung zuzuführen. Auch deshalb durften Täter nicht unbestraft bleiben. Andererseits durfte kein Unschuldiger bestraft werden, weil dann die Versöhnung Gottes ebenfalls ausblieb,

<sup>12</sup> Dazu Alexander Ignor (Fn. 1), S. 99.

<sup>13</sup> Dazu Alexander Ignor (Fn. 1), S. 64.

<sup>14</sup> Dazu Alexander Ignor (Fn. 1), S. 63 ff.; 163 ff.

<sup>15</sup> *Benedinkt Carpzov*, Practica nova, Wittenberg 1635, Qu. 117, Nr. 5.

<sup>16</sup> Dazu Alexander Ignor (Fn. 1), S. 68 ff., 78 ff.; Daniela Müller, Der Einfluss der Kirche, in: Lüderssen (Hrsg.), Die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Systematisierung der Fragestellung, Böhlau 2002, S. 69 ff.; siehe ferner die Beiträge von Lotte Kéry (Aspekte des kirchlichen Strafrechts im Liber Extra (1234), Daniela Müller (Die Entstehung des summarischen Verfahrens im Strafrecht des Mittelalters) und Frank Grunert (Theologien der Strafe: zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitoria), in: Schlosser/Willoweit (Hrsg.), Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung, Böhlau 1999, S. 241 ff.

im Gegenteil dessen Zorn drohte. „Der den Schuldigen freispricht und der verurteilt den Schuldlosen, alle beide sind ein Greuel für Jahwe.“<sup>17</sup>

Daher wurden die Strafjuristen der frühen Neuzeit nicht müde hervorzuheben, dass der Strafprozess unter einer doppelten Maßgabe stehe. Sie gaben den Rechtsanwendern auf, zum einen dafür zu sorgen, dass die Schuldigen bestraft, andererseits die Unschuldigen vor falscher Bestrafung geschützt werden.<sup>18</sup> Letzteres führte zur Ausbildung einer Reihe von Rechtsinstituten, von denen manche heutzutage umständlich und/oder befremdlich anmuten: z. B. die Trennung von General- und Spezialinquisition, das artikuliert Verhör, die Konfrontation, der Reinigungseid, die Indizienlehren und die Aktenversendung.<sup>19</sup>

Die doppelte Maxime – Bestrafung der Schuldigen, Schutz der Unschuldigen – prägte aber nicht nur die Strafrechtsentwicklung der frühen Neuzeit. Mit neuer „säkularer“ Begründung, nämlich der Lehre vom Gesellschaftsvertrag, bildete sie in der Zeit der Aufklärung die Grundlage für die Kritik am Inquisitionsprozess und für die Reformbestrebungen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die in Deutschland im Prozesstyp des reformierten Strafprozesses mündeten, der praktisch ein reformierter Inquisitionsprozess war.<sup>20</sup> Diese Kritik entzündete sich – in einer, man möchte fast sagen, dialektischen Weise – an einer Reihe von Instituten des Inquisitionsprozesses, die ursprünglich zum Schutz des Unschuldigen geschaffen worden waren, nun aber als antiquiert und unzweckmäßig beanstandet wurden, darunter all die soeben genannten. Bei dieser Kritik hatte man insbesondere den Zweck der Bestrafung der Schuldigen als ein grundlegendes Erfordernis des Gemeinwohls im Blick.<sup>21</sup>

Freilich war die Kritik am hergebrachten Inquisitionsprozess keine bloß „kriminalistische“. Sie mischte sich stark mit den konstitutionellen Bestrebungen, die traditionelle Stellung des Einzelnen gegenüber der „Obrigkeit“ zu einem Rechtsverhältnis umzugestalten, in welchem der (Staats-) Bürger der Staatsgewalt mit originären (Freiheits-) Rechten gegenübersteht.<sup>22</sup> Daher wurden Verfahrensformen zum Schutz der Unschuld als Ausprägungen „bürgerlicher Freiheit“, wir würden heute sagen: grundrechtlicher Freiheit, verstanden.<sup>23</sup> Andererseits wurde die Notwendigkeit, den Schuldigen zu be-

---

<sup>17</sup> Buch der Sprüche 17, 15.

<sup>18</sup> Dazu *Alexander Ignor* (Fn. 1), S. 91 ff.

<sup>19</sup> Dazu *Alexander Ignor* (Fn. 1), S. 94 ff.

<sup>20</sup> Dazu *Alexander Ignor* (Fn. 1), S. 18 ff., 212 ff.

<sup>21</sup> Dazu *Alexander Ignor* (Fn. 1), S. 147 ff.

<sup>22</sup> Dazu *Alexander Ignor* (Fn. 1), S. 220 ff.

<sup>23</sup> Begriff der „bürgerlichen Freiheit“ z. B. bei *Carl Joseph Anton Mittermaier*, Die

strafen, als eine Forderung der „*öffentlichen Sicherheit*“ betont. Daraus erwuchs die Leitidee des reformierten Strafprozesses, die im Anschluss an den wohl berühmtesten deutschen Strafjuristen des 19. Jahrhunderts, Karl Joseph Anton Mittermaier (1787–1867), schlagwortartig als „Harmonie von Sicherheit und Freiheit“ beschrieben werden kann. „*Die höchste Aufgabe der Gesetzgebung in Bezug auf den Peinlichen Prozess*“, postulierte Mittermaier bereits im Jahre 1810, liege darin, „*die öffentliche Sicherheit, das dringende Interesse des Staats, dass Verbrechen entdeckt werden, mit der Sicherheit der einzelnen Bürger und der Rücksicht auf eine mögliche Unschuld in Harmonie zu bringen.*“<sup>24</sup> Die Strafverteidigung bezeichnete er als „*die vom Staate zur Sicherung möglicher Unschuld eingeräumte Befugnis*“.<sup>25</sup> Etwa zur gleichen Zeit (1807) formulierte der österreichische Rechtsgelehrte Franz v. Zeiller (1751–1828), einer der führenden österreichischen Juristen seiner Zeit, als „*Hauptgrundsatz*“ einer (vernünftigen) Kriminalordnung die „*Vereinigung der öffentlichen Sicherheit mit der Privat-Sicherheit oder Freyheit eines jeden Einzelnen*“.<sup>26</sup>

Das im heutigen deutschen Strafprozessrecht vielfach konstatierte „*Spannungsverhältnis*“ zwischen den Freiheitsrechten des Einzelnen und den Bedürfnissen einer wirksamen Verbrechensbekämpfung<sup>27</sup> scheint mir u. a. aus der inzwischen verfassungsrechtlichen Verankerung strafprozessualer Institute zur „*Sicherung möglicher Unschuld*“ zu resultieren, die z. T. im Grundgesetz selbst (Art. 101, 103, 104 GG) als auch von Rechtsprechung und Lehre mit Blick auf die darin verbürgten Grundrechte vorgenommen wurde. Dabei ist die verfassungsrechtliche Fundierung im Laufe der Zeit derart in den Vordergrund getreten, dass sie sich quasi verselbständigt hat und manche Institute, die ursprünglich vor allem die Ermittlung der Wahrheit sichern sollten, nunmehr als originär verfassungsrechtlich begründete Beschränkungen von Strafverfolgung verstanden werden. Das gilt beispielsweise für die Zeugnisverweigerungsrechte aus persönlichen Gründen, bei denen heutzutage der Schutz der Familie gegenüber der Vermeidung falsch-

---

öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschworenengericht in Vergleichung mit dem deutschen Strafverfahren, Landshut 1819, S. 12, 14.

<sup>24</sup> Carl Joseph Anton Mittermaier, Handbuch des peinlichen Prozesses I/1, Heidelberg 1810, S. 136 ff., 139, 175. Dazu Alexander Ignor (Fn. 1), S. 218.

<sup>25</sup> Siehe Mittermaiers in mehreren Auflagen erschienene Anleitung zur Verteidigungskunst im deutschen Criminalprozesse und in dem auf Öffentlichkeit und Geschworenengerichte gebauten Strafverfahren mit Beispielen; z. B. in der 3. Auflage, Regensburg 1828, S. 33.

<sup>26</sup> Franz v. Zeiller, Jährlicher Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Österreichischen Erbstaaten, Wien 1807, S. 2.

<sup>27</sup> Bspw. BVerfG NJW 1966, 1259 – Untersuchungshaft.

er Aussagen aus persönlichen Motiven im Vordergrund steht.<sup>28</sup> Auch das Nemo-tenetur-Prinzip und das Verbot der Anwendung von Gewalt zur Erzwingung einer Aussage werden überwiegend grundrechtlich bzw. menschenrechtlich begründet. Der Gesichtspunkt der Unzuverlässigkeit von Angaben in eigener Sache, zumal solcher unter Zwang, fällt demgegenüber kaum ins Gewicht.<sup>29</sup> Bezeichnend für diese Sicht ist die häufig gebrauchte Formel des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, es sei „kein Grundsatz der StPO, dass die Wahrheit um jeden Preis ermittelt werden müsste“.<sup>30</sup> Das gerade der „Preis“ die Wahrheit verderben kann, kommt hierin nicht zum Ausdruck.

Man findet bisweilen aber auch heute noch die traditionelle doppelte Maxime des Strafprozesses – Bestrafung des Schuldigen, Schutz des Unschuldigen – in ihrem ursprünglichen Sinn. Beispielsweise schreibt Claus Roxin in seinem Vorwort zur dtv-Ausgabe der Strafprozessordnung:<sup>31</sup>

„Das Strafprozessrecht hat eine doppelte Aufgabe, in der die ungewöhnliche Schwierigkeit dieses Rechtsgebietes beschlossen liegt: Es soll Verfahrensformen zur Verfügung stellen, die eine Überführung des Schuldigen und damit dem Schutz der Gesellschaft vor dem Verbrecher mit größtmöglicher Sicherheit gewährleisten; es soll aber gleichzeitig Vorsorge dafür treffen, dass ein Unschuldiger nicht verurteilt und dass in seine persönliche Freiheit so wenig eingegriffen wird, wie es mit dem Ziel der Verbrechensbekämpfung irgend vereinbar ist.“

Freilich weist auch Roxin darauf hin, dass die „Lösung der geschilderten zweifachen Aufgabe“ zu einem wesentlichen Teil von der „verfassungsrechtlichen Frage“ abhängt, „welche Stellung die Rechtsordnung dem einzelnen gegenüber der Staatsgewalt einräumt“. Die StPO, so Roxin, hätte die mehrfachen Wandlungen der Staatsformen vom Kaiserreich bis heute nicht überdauern können, wenn sie nicht der veränderten staatsrechtlichen Lage jeweils angepasst worden wäre.<sup>32</sup> Allerdings, so darf man hinzufügen, blieb das Ziel der Ermittlung der „Wahrheit“ als solches unverändert, vgl. § 244 Abs. 2 StPO.

Wie aber verhielt es sich in früheren Zeiten und Rechtskulturen, beispielsweise im *fränkischen Recht*, in dem so eigentümliche Rituale wie Gottesbeweise und Reinigungseide eine große Rolle spielten? Was haben diese mit Wahrheit zu tun? Wurde hier nicht die Entscheidung über die Strafe dem Zufall überantwortet?

<sup>28</sup> Vgl. Gerson Trüg, StV 2010, 528, 530 f.

<sup>29</sup> Vgl. z. B. BGHSt 38, 214.

<sup>30</sup> Erstmals BGHSt 14, 358 (365); dazu Matthias Jahn, StraFo 2011, 117.

<sup>31</sup> Einführung zur dtv-Ausgabe der StPO, 46. Aufl. 2009, S. IX.

<sup>32</sup> Claus Roxin (Fn. 31), S. X.

Dies wäre eine unangemessene Deutung. Abgesehen davon, dass die religiöse Gedankenwelt früherer Zeiten in vielfältiger Weise von der Vorstellung geprägt war, dass Gott – oder Gottheiten – in das Geschehen auf Erden eingreifen, wenn sie es nicht überhaupt steuern, haben auch „archaische“ Beweisverfahren, wie sie beispielsweise noch im „Sachsenspiegel“ (um 1200) greifbar werden, eine eigentümliche Rationalität und Berechenbarkeit.

Dazu hier nur soviel<sup>33</sup>: Die im Sachsenspiegel und in den hierzu verfassten „Richtsteigen“ beschriebenen Gerichtsverfahren kannten, anders als das spätere und heutige Recht, nicht das Institut des Endurteils, mit dem das Gericht den Streitgegenstand entscheidet; sondern sie bestanden aus Regeln, nach denen einer der streitenden Parteien durch das Gericht die Möglichkeit eingeräumt wurde, für seine Rechtsbehauptung den erforderlichen Beweis zu führen. In diesen Verfahren ging es überhaupt nur um *Rechtsbehauptungen*. Dem zufolge war es von größter Bedeutung, wer den Beweis führen durfte und worin die Anforderungen an die Beweisführung bestanden. Das konnte ein schlichter Reinigungseid sein, es konnte aber auch eine Beweisführung mithilfe von Leumundszeugen, gegebenenfalls auch von Tatzeugen sein wie im Falle der so genannten handhaften Tat. Schließlich kamen auch der Gottesbeweis und der Zweikampf in Betracht.

Allgemein lässt sich sagen, dass das Gericht nur denjenigen zum Beweis zulassen durfte, für dessen Rechtsbehauptung aufgrund der Gesamtumstände die größere *Wahrscheinlichkeit* sprach und der, ebenfalls aufgrund der Gesamtumstände, als der *Glaubwürdigere* erschien. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit war immer vorhanden; sei es aufgrund sachlicher Indizien, die für die eine oder andere Behauptung sprachen, sei es aufgrund ihrer jeweiligen sozialen Integrität, wonach ihnen Glaubwürdigkeit zuzutrauen war oder nicht. Zum Zuschlag des Beweisführungsrechtes führte regelmäßig eine durchaus nicht zufällige, sondern in sich plausible und bestimmten Regeln folgende, daher kalkulierbare Abwägung von Indiz- und Integritätsgesichtspunkten.

Wenn man sich, um wieder einen großen zeitlichen Bogen zu schlagen, vor Augen führt, dass auch heutzutage im Rahmen der sogenannten freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) Fragen der Glaubhaftigkeit, Indiztatsachen und Wahrscheinlichkeitsurteile eine große Rolle spielen, erscheint das frühe Beweisrecht vielleicht nicht ganz so irrational und unverständlich, wie es

---

<sup>33</sup> Ausführlich Alexander Ignor, Indiz und Integrität. Anmerkungen zum Gerichtsverfahren des Sachsenspiegels, in: Text-Bild-Interpretation. Untersuchungen zu den Bilderhandschriften des Sachsenspiegels, hrsg. v. R. Schmidt-Wiegand, München 1986, S. 77 ff.; vgl. auch Alexander Ignor (Fn. 1), S. 56 ff.

# Register

- Administratives Unrecht 147, 148, 149,  
150, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 159,  
160, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 168,  
170, 172, 179, 181, 183
- Aequitas 24, 25, 26, 27, 29, 30, 34, 36, 37,  
39, 40, 42, 43, 44, 56, 63
- Appellation 85, 90, 91
- Begnadigung 26, 46, 52
- Billigkeit 29, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 42, 43,  
44, 46, 55, 56, 58, 59
- Billigkeitsjustiz 35
- Bußgeld 49, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 89, 152,  
154
- Common law 33, 57, 58, 59, 60, 63, 64
- Diktatur 70, 167, 168, 169, 170, 185
- Doppelstaat 157, 168, 170
- Einzelfallentscheidung 25, 40, 44
- Encomiendas 105, 107, 108, 109, 110, 111,  
112, 113
- Epikie 25, 26, 29, 30, 32, 41, 43
- Equity 26, 33, 56, 57, 58, 63, 64
- Evokation 80, 84
- Funktionsfähiges Gericht 72
- Geistliches Gericht 86
- Gerechtigkeit 27, 28, 29, 31, 32, 41, 43, 44,  
73, 77, 82, 94, 97, 99, 168, 185
- absolute/strenge 26, 27, 29
  - Gerechtigkeit Gottes 34, 35, 67
  - Gesetzesgerechtigkeit 29, 31, 44
  - Herrschergerechtigkeit 25, 41, 44, 46,  
48, 93, 96, 97
  - im Strafverfahren 4, 11, 13, 17, 18, 20
- Gerichtsbarkeit 25, 37, 43, 44, 46, 56, 60,  
73, 76, 77, 79, 80, 82, 84, 85, 86, 87, 88,  
96, 97, 113
- Gesetzgeber 19
- Gesetzgebung 8, 32, 37, 38, 39, 40, 44, 48,  
106, 114, 117, 123, 133, 137, 148, 183,  
184, 185, 186, 187
- im Strafverfahren 19, 20
  - Sklavereigesetzgebung 114, 127, 128,  
132, 139, 140, 143
- Hofgericht 34, 85, 86, 87, 92
- Ingelheimer Oberhof 52, 55, 56, 84
- Inquisitionsprozess 5, 6, 7, 15
- Iustitia 13, 24, 28, 32, 37, 44, 65, 72, 82,  
85, 95, 96
- Kanonisches Recht 5, 12, 13, 15, 41, 43,  
72, 88
- Kolonien 101, 102, 103, 104, 105, 108,  
113, 116, 117, 118, 121, 125, 126, 128,  
135, 143, 145
- Königsgericht 25, 34, 35, 36, 37, 40, 77,  
80, 82, 84, 85
- Misericordia 25, 26, 28, 29, 30, 34, 37, 39,  
40, 41, 42, 65
- Naturrecht 32, 99, 138, 139, 158, 163, 184,  
185
- Nichtigkeitsbeschwerde 12, 14
- Ordre public 151, 152, 160
- Rechtsbeugung 151, 154, 168, 183
- Rechtsverweigerung 35, 67, 68, 69, 70, 71,  
72, 77, 78, 79, 80, 84, 85, 86, 87, 88, 92,  
93, 97, 98, 99, 183
- Rechtsverzögerung 68, 77, 80, 85, 86
- Rechtswidrigkeit 149, 150, 151, 152, 153,  
154, 170, 184
- Rechtszug 70, 79
- Richter 5, 12, 13, 16, 32, 35, 41, 44, 45, 46,  
51, 57, 67, 68, 69, 71, 72, 74, 75, 76, 77,

- 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 89, 90, 93, 96, 97, 98, 109, 133, 135
- gerechter/idealer Richter 45, 67, 93, 98
- oberster/oberer Richter/König als Richter 56, 77, 78, 80, 81, 83, 84
- ordentlicher 87
- zuständiger 13, 80, 83, 85
- Richterablehnung 92
  
- Sanktion 3, 4, 18, 19, 48, 49, 55, 110, 139, 161
- Sklavenshandel 102, 103, 104, 109, 111, 116, 124, 126, 138, 139
- Slave laws 116, 117, 118, 127, 128, 136, 137, 140, 141, 143
- Sonderrecht 156
- Strafverfahren 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 135
  
- Strengrecht 25, 26, 29, 30, 34, 46, 49, 56, 64, 65
- Talionsprinzip 26, 78
- Unabhängigkeit des Gerichts 92
- Urteiler 68, 69, 73
- Urteilsschelte 91, 92
  
- Verfahrensfehler 11, 12, 13, 14, 15
- Verfahrensverzögerung 74
- Vollstreckung 43, 55, 70, 72, 76, 128, 129, 135
- Willkür 1, 2, 29, 47, 135, 153, 158, 163, 165, 168, 169, 170, 183, 185