

Geschichte des Strafrechts- und des Strafprozessrechts

Dozent: Prof. Michele Luminati
E-Mail: michele.luminati@unilu.ch
Verfasser: Markus Widmer

Inhaltsverzeichnis

<u>I. EINLEITUNG</u>	5
1.1. PRÜFUNGSHINWEISE	5
1.2. HINWEISE ZUM UNTERRICHT	5
1.3. ZIEL DES UNTERRICHTS	6
1.4. LERNZIELE	6
<u>II. GESCHICHTE DES STRAFRECHTS- UND DES STRAFPROZESSRECHTS</u>	7
<u>1. GERMANISCHES STRAFRECHT</u>	7
1.1. DIE PROBLEMATIK: KONFLIKTBEWÄLTIGUNG DURCH RECHT	7
1.1.1. KONFLIKT ALS SOZI-BIOLOGISCHES GRUNDPHÄNOMEN	7
1.1.2. GEFAHR DER ESKALATION	7
1.1.3. RECHT ENTSTEHT PRIMÄR ALS VERFAHREN	7
<u>2. IDEALTYPEN DER KONFLIKTLÖSUNG</u>	7
2.1. REGULIERTE KAMPF- UND SPIELFORMEN	7
2.2. DRITTINTERVENTION	8
2.3. WEITERE KONFLIKTLÖSUNGSFORMEN	8
<u>3. KONFLIKTLÖSUNGSMECHANISMEN IN ARCHAISCHEN GESELLSCHAFTEN</u>	9
3.1. RECHT OHNE STAAT	9
3.2. GERMANISCHES STRAFVERSTÄNDNIS	9
3.3. EINFLUSS CHRISTLICHER ETHIK	10
3.4. WIEDERHERSTELLUNGSEFFEKT VON RACHE UND SÜHNE	10
3.5. BUSSENKATALOGE	11
3.6. DER ARCHAISCHE PROZESS	11
3.7. DAS PROBLEM DER EFFEKTIVITÄT	12
3.8. QUELLENTEXTE	13
<u>4. ANSÄTZE EINES ÖFFENTLICHEN STRAFRECHTS?</u>	14

4.1. GERMANISTISCHE ANSÄTZE	14
4.1.1. RACHE ALS SAKRALE PFLICHT	14
4.1.2. SAKRAL-KULTISCHE STRAFE	14
4.1.3. FRIEDLOSIGKEIT	14
4.2. NEUERE DEUTUNGEN (HERMANN NEHLSSEN)	14
4.3. NEUERE DEUTUNGEN (JÜRGEN WEITZEL)	15
<u>5. HOCH- UND SPÄTMITTELALTER</u>	16
5.1. ALLGEMEINE TENDENZEN	16
5.2. MITTELALTERLICHE FRIEDENSBEWEGUNG	16
5.2.1. GOTTESFRIEDEN	16
5.2.2. LANDFRIEDEN	16
5.2.3. REICHSLANDFRIEDEN VON BARBAROSSA (1152)	17
5.2.4. REICHSLANDFRIEDEN VON FRIEDRICH II (1235)	18
5.3. STÄDTISCHES STRAFRECHT	18
5.4. GEWOHNHEITSRECHTLICHES STRAFRECHT	18
<u>6. DAS ÖFFENTLICHE STRAFRECHT IN DER FRÜHEN NEUZEIT</u>	19
6.1. ABSCHLUSS DER LANDFRIEDENSBEWEGUNG DURCH DIE REICHSREFORM VON 1495	19
6.2. NEUE GERECHTIGKEITSETHIK	19
6.2.1. STAATSWZWECK DES FRÜHNEUZEITLICHEN TERRITORIALSTAATS IST DAS GEMEINWOHL	19
6.2.2. REFORMATION UND GLAUBENSSPALTUNG	19
6.3. STRAFVERSTÄNDNIS	19
6.3.1. STRAFE ALS INSTRUMENT DER VERSÖHNUNG MIT GOTT	19
6.3.2. SÜHNE- UND ABSCHRECKUNGSFUNKTION DER STRAFE	19
6.4. CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA VON 1532 (CCC)	20
6.4.1. ENTSTEHUNG	20
6.4.2. VERFAHRENSRECHT	20
6.4.3. MATERIELLES RECHT	21
6.4.4. STRAFVOLLZUG	22
6.4.5. WIRKUNG DER CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA (CCC)	22
6.5. STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	22
6.6. OBERITALIENISCHE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	22
6.6.1. ALBERTUS CANDIUS	22
6.6.2. DECIANUS / COVARRUVIAS / TIRAQUELLUS	22
6.7. WEITERE ENTWICKLUNG DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	22
6.7.1. GEMEINRECHTLICHE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	22
6.7.2. BENEDICT CARPZOV (1595 – 1666)	23
<u>7. KRIMINALISIERUNG UND KRIMINALITÄT IN DER FRÜHEN NEUZEIT</u>	23
7.1. HISTORISCHE KRIMINOLOGIE	23
7.2. VERSCHIEDENE WISSENSCHAFTSVERSTÄNDNISSE	23
7.3. VERSCHIEDENE THEORETISCHE ANSÄTZE	23
7.4. ASPEKTE HISTORISCH-KRIMINOLOGISCHER FORSCHUNG	24
7.4.1. UMGANG MIT RANDGRUPPEN	24
7.4.2. DIE HEXENVERFOLGUNG	24
<u>8. STRAFVOLLZUG UND GEFÄNGNISWESEN IN DER FRÜHEN NEUZEIT</u>	28
8.1. UNTERSUCHUNGSHAFT	28
Zusammenfassung Geschichte des Strafrechts von Markus Widmer	2/50

8.2.	STRAFFÄLLIGE ALS ARBEITSPOTENTIAL (UTILITARISMUS)	29
8.3.	DIE MODERNE FREIHEITSSTRAFE ALS SOZIALE FÜRSORGEMASSNAHME	29
8.4.	EINFLUSS DER AUFKLÄRUNG	29
8.5.	ÜBERGANZ ZUM MODERNEN GEFÄNGNISWESEN (19. JAHRHUNDERT)	30
8.5.1.	PANOPTICON	30
8.5.2.	US-GEFÄNGNISMODELLE	30
8.5.3.	ÜBERNAHME DES AMERIKANISCHEN SYSTEMS IN EUROPA	31
 <u>9. AUFKLÄRUNG UND STRAFRECHT</u>		<u>31</u>
9.1.	GRUNDSÄTZLICHE WIRKUNG DER AUFKLÄRUNG UND DES VERNUNFTRECHTS	31
9.2.	AUSWIRKUNGEN DER AUFKLÄRUNG AUF DAS STRAFRECHT	32
9.3.	DIE ZWEI WICHTIGSTEN GESELLSCHAFTSVERTRÄGE	33
9.4.	DIE WICHTIGSTEN STRAFRECHTSTHEORETIKER	33
9.4.1.	THOMASIVS (1655 – 1728)	33
9.4.2.	GROTIUS (1583 – 1645)	34
9.4.3.	PUFENDORF	34
9.4.4.	BECCARIA (1738 – 1794)	35
9.4.5.	VON SONNENFELS	35
9.4.6.	VOLTAIRE	35
9.4.7.	FILANGIERI	36
9.4.8.	KANT	36
9.5.	DIE WICHTIGSTEN STRAFRECHTSKODIFIKATIONEN IN DER NEUZEIT	36
9.5.1.	LEOPOLDINA (1786)	36
9.5.2.	ALLGEMEINES PREUSSISCHES LANDRECHT (ALR) (1794)	37
9.5.3.	FRANZÖSISCHE STRAFGESETZGEBUNG (CODE PÉNALE)	37
 <u>10. LIBERALES STRAFRECHT</u>		<u>38</u>
10.1.	DIE STRAFTHEORIEN DES LIBERALISMUS	38
10.1.1	IMMANUEL KANT (1724 -1804)	39
10.1.2	PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH (1775 -1833)	40
10.1.3	KARL LUDWIG VON GROLMAN (1775 – 1829)	41
10.1.4	KARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER (1787 – 1867)	41
10.1.5	GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL (1770 – 1831)	42
10.2.	LIBERALE STRAFGESETZGEBUNG	42
 <u>11. SCHULENSTREIT UND SOZIOLOGISCH-KRIMINOLOGISCHES STRAFRECHT</u>		<u>43</u>
11.1.	HAUPTTHEMEN DES SCHULENSTREITS (AB 1882)	43
11.2.	DIE SOGENANNT KLASSISCHE SCHULE	43
11.2.1	KARL BINDING	43
11.2.2	KARL BIRKMEYER (1906)	44
11.3.	DIE SOZIOLOGISCH-KRIMINOLOGISCHE SCHULE	44
11.3.1	RUDOLF VON JHERING	44
11.3.2	FRANZ VON LISZT (1882)	44
11.4.	STRAFZWECKLEHRE	45
11.5.	STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	46
11.7.	DIE VERMITTELNDE POSITION VON ADOLF MERKEL: VEREINIGUNGSTHEORIE	46
11.8.	KRIMINALANTHROPOLOGIE	46
11.8.1	CESARE LOMBROSO (L'UOMO DELINQUENTE)	46
11.8.2	ENRICO FERRI (SUOLA POSITIVA)	47

12. STRAFRECHTSWISSENSCHAFT UND STRAFRECHTSGESETZGEBUNG (CH)	47
12.1. RECHTSVEREINHEITLICHUNG STRAFRECHTSKODIFIKATION	47
12.2. SCHWEIZERISCHE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	48
12.2.1 CARL STOSS	48
12.2.2 EMIL ZÜRCHER	48
13. TOTALITÄRES STRAFRECHT	48
13.1. VORSPIEL: KRIEGS- UND KOLONIALSTRAFRECHT	48
13.2. NS-STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	49
13.3. NS-STRAFRECHTSPRINZIPIEN	49
13.4. STRAFRECHTSREFORM	50
13.5. NS-BEWÄLTIGUNG	50

I. Einleitung

1.1. Prüfungshinweise

Es gibt eine mündliche Einzelprüfung. Sie dauert 20 Minuten. Wir bekommen ein Text und können uns während einiger Minuten darauf vorbereiten und uns Notizen machen. Anschliessend können wir während einiger Minuten etwas über den Text erzählen. Nachher werden uns Fragen zum Text gestellt.

Es können 4 ECTS Punkte erreicht werden.
4 ECTS zu 30 h = 120 h

Die Aufbereitung teilt sich wie folgt auf:

a)	Vorbereitung	48 h
b)	Präsenzveranstaltung	24 h
c)	Nachbearbeitung	12 h
d)	Prüfungsvorbereitung	<u>36 h</u>
	Total	120 h

1.2. Hinweise zum Unterricht

Themenhinweis

Die Lehrveranstaltung beschäftigt sich mit der Geschichte des materiellen Strafrechts und des Strafvollzugs in Europa seit dem Mittelalter. Behandelt werden insbesondere die Frühformen des Strafrechts, die Entstehung der europäischen Strafrechtswissenschaft, der Übergang von der Privatstrafe zum öffentlichen Strafrecht, die Körperstrafen und ihre Ablösung durch die Freiheitsstrafe, das Phänomen der Hexenverfolgung, Strafrechtslehre und Strafgesetzgebung vom Liberalismus bis zum Totalitarismus.

Empfohlene Literatur

- a) H. Meyer, Skript europäische Geschichte
- b) Rüping / Jerouschek
Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Auflage, München, 2006

Methode

Die Strafrechtsgeschichte ist eine empirische, historische Wissenschaft.

Gegenstand

- Strafe als Instrument organisierter Gesellschaften
- Europäische Strafrechtsgeschichte
Man legt den Schwerpunkt auf die kontinental-europäische Strafrechtsgeschichte
- Exemplarisches Vorgehen

Themenüberblick

- Germanische Strafrecht
- Strafrecht im Hoch- und Spätmittelalter
- Frühe Neuzeit: öffentliches Strafrecht
- Frühe Neuzeit: Kriminalisierung und Kriminalität
- Frühe Neuzeit: Gefängniswesen / Strafvollzug
- Aufklärung und Strafrecht
- Liberales Strafrecht
- Schulenstreit
- Totalitarismus

1.3. Ziel des Unterrichts

Die Vorlesung beschränkt sich auf die kontinentaleuropäische Strafrechtsgeschichte.

1.4. Lernziele

Die Studierenden sollen einen vertieften Einblick in die Historizität des Strafrechts erhalten und über grundlegende Kenntnisse der europäischen Strafrechtsentwicklung verfügen.

II. Geschichte des Strafrechts- und des Strafprozessrechts

1. Germanisches Strafrecht

1.1. Die Problematik: Konfliktbewältigung durch Recht

1.1.1. Konflikt als sozi-biologisches Grundphänomen

Die ursprüngliche Reaktion auf Konflikte war Gewalt. Konflikte beruhen meist auf Enttäuschungen. Sozi-biologisch hat der Mensch keine Gewalthemmung. Es gibt ursprünglich keine angeborene Tötungshemmung. Heute sieht es anders aus. Die Konfliktlösung mittels Gewalt führte zu einer endlosen Reihe von Gewalt und Gegengewalt. Es besteht die Gefahr der Eskalation.

1.1.2. Gefahr der Eskalation

Wenn Fehde und Gegenfehde ausarten, besteht die Gefahr der Eskalation. Um die Gefahr der Eskalation zu bannen, werden Rechtsregeln eingeführt. Konflikte sollen durch Verfahren gelöst werden.

1.1.3. Recht entsteht primär als Verfahren

Das Recht bezweckt folgendes:

- a) Bewältigungsinteresse
- b) Friedensstiftung

Bewältigungsinteresse

Das Recht soll Konflikte bewältigen.

Friedensstiftung

Der gute Herrscher schafft durch Gesetze (lex) Frieden (pax). Der Sachsenspiegel soll Vorschläge zur Bewältigung von Konflikten geben. Die Schaffung von Gerechtigkeit hat eher untergeordnete Bedeutung. Das Duell war ein Überbleibsel der Fehde aus dem Mittelalter. Es wurde im 19. Jahrhundert durch die bürgerliche Gesellschaft übernommen.

2. Idealtypen der Konfliktlösung

Es gab zwei Idealtypen der Konfliktlösungen:

1. Regulierte Kampf- und Spielformen
2. Drittintervention

2.1. Regulierte Kampf- und Spielformen

Man einigt sich innerhalb eines sozialen Kontextes wie Konflikte gelöst werden. Die wilden Kämpfe sollen durch regulierte Kampfformen abgelöst werden. Der Zweikampf vor Gericht wurde streng reguliert. Eine weitere Steuerung war die Drittintervention. Ein Konflikt musste durch einen unabhängigen Dritten gelöst werden.

2.2. **Drittintervention**

Die Streitsache wird nicht mehr unter den Parteien (Recht des Stärkeren) sondern durch einen unabhängigen Dritten gelöst.

Es gab zwei Formen:

1. Gottesurteil
2. Schlichtung

Gottesurteil

Der Zweikampf wurde als Gottesurteil angesehen. Dies ging von der Idee aus, dass Gott die Person, welche nicht im Recht ist, nicht beschützt. Gott kann kein Unrecht zulassen. Es gewann somit nicht der Stärkere sondern derjenige, welcher im Recht ist. Die Entscheidung wird somit durch eine höhere Macht getroffen.

Weitere Formen des Gottesurteils waren:

- a) Feuerlaufen
(Man musste über glühende Kohlen laufen.)
- b) Kesselprobe
(Die Hand muss in siedendes Wasser getaucht werden. Je nach Heilungsprozess ist ersichtlicht, ob der Angeklagte schuldig oder unschuldig ist.)

2.3. **Weitere Konfliktlösungsformen**

Schlichtung

Es wurde durch Vermittlung eines unabhängigen Dritten versucht, eine Lösung zu finden, mit dem alle Parteien leben können. Der Schlichter fällt kein Urteil sondern schlug einen Kompromiss vor.

Entscheiden

Ein Entscheider wird mit einer Konfliktlösung betraut.

Es brauchte lange bis die Entscheidung eines Dritten von den Leuten akzeptiert wurde. Es wurde so materielles Recht entwickelt.

Die Leute mussten Risiken übernehmen und sich mit einer Niederlage abfinden.

Der Entscheider ist von seinem sozialen Kontext gelöst. Es soll keine Rolle spielen, ob der Kläger arm oder reich ist. Der Entscheider (Richter) soll unabhängig vom sozialen Kontext der Parteien entscheiden.

Anordnen

Der König kann verbindlich anordnen, sofern er genügend Macht hat. Im Mittelalter war dies meist nicht der Fall. Der König konnte sich sehr schwer mit wichtigen Stammesführern anlegen. Er musste das fragile Gleichgewicht der Gesellschaften akzeptieren.

3. Konfliktlösungsmechanismen in archaischen Gesellschaften

3.1. Recht ohne Staat

Es gab keinen Staat, der das Recht durchsetzen konnte. Es gab keine Polizei und keine Untersuchungsbehörde sowie kein materielles Strafrecht. Es herrschte deshalb die Privatrache vor.

Reziprozität

Körperverletzungen mussten je nach Art des verletzten Körperteiles mit Geld entschädigt werden. Je wichtiger ein Körperteil, desto höher war die Busse. Die Geldbeträge wurden in der Regel mit Vieh bezahlt.

Präsenz des Dritten (Öffentlichkeit, Gericht, Volk)

Die Gerichtsprozesse wurden meist in Anwesenheit von Dritten durchgeführt. Der Dritte (Eideshelfer) bekräftigte die Ehrhaftigkeit des Klägers oder des Beklagten.

Ehrzentrische Gesellschaft

Die Gesellschaften waren sehr fragil.

Der Statuserhalt der Gesellschaften war deshalb sehr wichtig.

Durch das Bezahlen eines Bussgeldes wurde der Schädiger entreichert und der Geschädigte bereichert. Die Statusgleichheit wurde wieder hergestellt.

Institutionalisierung durch Drittbeteiligung

Die Parteien waren zwar bereit, das Verfahren durchzuführen. Sie waren aber nicht bereit das Urteil zu akzeptieren. Es musste deshalb ein Verfahren gefunden werden, um die unterlegene Partei zu zwingen, einen Gerichtsentscheid zu akzeptieren.

3.2. Germanisches Strafverständnis

Herkunft des germanischen Rechts

Das germanische Recht besteht aus Bruchstücken von römischem und germanischem Recht. Es hat heidnische und christliche Einflüsse.

Sippeninterne Disziplinierungsmassnahmen

Strafen ist eine sippeninterne Disziplinierungsmassnahme. Sie wurde als private Angelegenheit betrachtet. Es gab keine Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Delikten. Die Strafen werden innerhalb der Sippe vollstreckt.

Soziale Geltung und Unangefochtenheit der Sippe haben existentielle Bedeutung

Der einzelne ist innerhalb seiner Sippe aufgehoben. Persönliche Freiheit kann nur innerhalb der Gruppe erworben werden. Wer nicht Mitglied der Gruppe ist, ist nicht frei und geniesst keinen Schutz.

3.3. Einfluss christlicher Ethik

Mit der zunehmenden Christianisierung der Germanengebiete wurden folgende Prinzipien im Strafrecht integriert:

- a) Nächstenliebe und Barmherzigkeit
- b) Ideal des Verzeihens
- c) Strafrechtliches Verhalten als Sünde
=> persönliche Schuld
Die Schuld kann durch die Beichte getilgt werden.
- d) Individuelle Tilgung durch Sühne und Busse
=> volle Rehabilitation möglich
Der Einzelne kann sich durch seine Taten von seiner Schuld befreien.
Die Kirche kann den einzelnen Sünder von seiner Schuld befreien.
Durch Beichte und Busse kann man sich von seiner Schuld befreien.
Ein Ausschluss aus der Sippe ist noch nicht möglich.

3.4. Wiederherstellungseffekt von Rache und Sühne

Die Rache verfolgt folgenden Zweck:

- a) Rache als Reaktion auf Beeinträchtigung des sozialen Prestiges durch eine Verletzungshandlung
- b) Rache als Rückgewinnung des sozialen Status durch Herabminderung des gegnerischen Status
-> Reziprozität
- c) Eskalationstendenz der Rache
-> Fehde
-> existentielle Gefährdung schwach integrierter Gesellschaften
-> Bedürfnis nach Rechtsfrieden
- d) Sühne als sekundäres, unblutiges Sozialkorrektiv
-> materielle Verschiebung

Die Sühne hat folgende Vorteile bzw. wurde aus folgenden Gründen notwendig:

1. Der Sühnevertrag stabilisiert die Gesellschaft
2. Herrschaft verfügt nicht über Instrumente zentraler Reaktion
=> Regulierung des Ausgleichsmechanismus

Die Sühne konnte wie folgt herbeigeführt werden:

1. Sühnevermittlung
2. Sühnezwang
Die Parteien können gezwungen werden, einen Vergleich abzuschliessen.
3. Einschränkung bzw. Verbot der Rache
Die Fehde oder Rache wird eingeschränkt. Die Fehde wird nicht verboten sondern nur eingeschränkt.

Das Ziel war die Etablierung von Herrschaft und Frieden. Ein Herrscher, der für Frieden in seinem Reich sorgte, war angesehen und dessen Herrschaft war legitimiert. Der mittelalterliche Kaiser sollte deshalb die Fehde unterdrücken. Er war für den Frieden zuständig.

3.5. Bussenkataloge

Germanische Stammesrechte (*Leges*) = älteste Rechtsaufzeichnungen der sesshaft gewordenen Germanen mit unterschiedlicher römischer Prägung

Das Bussensystem war ein Kompensationensystem. Es ermöglichte die legale Fixierung der Sühnesätze. Ziel war die Reziprozität. Die zu bezahlende Geldbusse sollte dem Wert der abgetrennten Gliedmassen entsprechen.

Als Modell für das Bussgeld dienten die christlichen Bussbücher. Das Bussgeld wurde auch Mannbusse oder Wergeld genannt.

Es kamen unterschiedliche Ansätze zur Anwendung, je nach sozialem Status der getöteten oder verletzten Person. Aus dem Bussgeldsystem lässt sich auch das soziale Gefüge der germanischen Gesellschaft ablesen.

Bsp.: Die Franken hatten die anderen germanischen Stämme besiegt. Das Bussgeld für die Tötung eines freien Franken war deshalb höher als für die Tötung eines anderen germanischen Stammes oder etwa eines Sklaven.

Die Gesellschaft liess sich wie folgt unterteilen:

- a) spätantike römische Gesellschaft: Freie und Sklaven
- b) germanische Verbände: Verwandtschaft und Sklaverei

3.6. Der archaische Prozess

Merkmale des archaischen Prozesses

Der archaische Prozess wies folgende Merkmale auf:

- a) Öffentlichkeit
(heute: Geschworenengericht)

- b) Mündlichkeit und Förmlichkeit (Ritual)
Heute werden Strafverfahren mündlich durchgeführt.
- c) Die Prozesse laufen nach ganz bestimmten Verschriften ab.
Bei einem Formfehler hat man den Prozess verloren.
Der Fürsprecher hilft den Parteien im Prozessverfahren.

Ziel: Beweisurteil (zweizünftig)

Das Ziel bestand in der Erlangen eines Beweisurteils. Der Richter entschied nicht materiell sondern legte fest, ob der Angeklagte einen Beweis erbringen konnte oder nicht. In einem Zivilverfahren wurde festgelegt, wer den Beweis erbringen muss und wie der Beweis erbracht werden muss.

Wurde jemand zum Beweis zugelassen, sollte der Entscheid durch eine höhere Gewalt herbeigeführt werden.

Beweisformen

- a) Gottesurteil (Ordal)
- b) Eid = bedingte Selbstverfluchung

Gerichtsstruktur

Richter	=	Herrschaftsvertreter, Verfahrensleiter
Urteiler	=	Dinggenossenschaft, Schöffen

Es gab kein mehrstufiges Gerichtsverfahren mit einer Appellationsmöglichkeit. Der erstinstanzliche Entscheid war endgültig. War der König jedoch im betreffenden Gebiet, konnte die Angelegenheit ihm unterbreitet werden. Der König konnte die Gerichtsverfahren auch an sich reißen.

Zeter mordio

Hatte jemand einen anderen auf frischer Tat ertappt (Bsp. beim Stehlen), konnte er Zeter Mordio schreien und ihn zum Richter schleppen.

3.7. Das Problem der Effektivität

Das Bussgeldsystem wies folgende Schwächen auf:

- a) Das Bussensystem war gerichtsuntauglich.
Wollte der Schädiger die Busse nicht bezahlen, konnte die Fehde wieder aufbrechen.
Bsp.: Sichar
- b) Die Streitbeilegung war von sozialen Faktoren und Machtverhältnissen abhängig. Das Bussensystem musste auch durchgesetzt werden.

Der Bussenkatalog diente mehr als Orientierungskriterium und als Schlichtungsangebot denn als ein effizientes Strafrecht.

Es kann keine Aussage gemacht werden, ob dieses Gesetz (Bussensystem) wirklich funktioniert hat. Die historischen Quellen sagen nichts dazu. Der Zweck der Gesetze, war zu zeigen, dass der König als treusorgender Landesvater am Wohl der Untertanen interessiert war und Gesetze erliess.

Der grösste Teil der Bevölkerung inkl. der Dorfrichter konnte nicht lesen. Es gab nur wenige Abschriften dieser Gesetze. Auch aus diesem Grund muss die Effektivität der Gesetze bezweifelt werden.

Das grösste Problem war auch, dass die Gesetze nicht durchgesetzt werden konnten. Wurde die Busse nicht gezahlt, gab es keine Zwangsvollstreckungsmittel.

3.8. Quellentexte

„Die Germanen essen zum Frühstück gebratene Fleischkeulen und trinken dazu Milch. Den Wein trinken sie, ohne ihn mit Wasser zu vermischen.“
(Poseidonios, 100 v. Chr.)

„Fehden des Vaters oder eines Verwandten müssen wie die Freundschaften von den Erben übernommen werden. Doch dauern solche Feindschaften nicht bis zur Unversöhnlichkeit fort. Selbst der Totschlag wird mit einer bestimmten Zahl von Rindern oder Schafen abgebüsst, und die ganze Sippe nimmt die Genugtuung entgegen. Dieses ist von allgemeinem Nutzen, weil infolge der Ungebundenheit des Lebens alle Feindschaften gleich sehr gefährlich werden.“
(Tacitus, Germania (1. Jh. n. Chr.), Kap. 21)

„Insbesondere ist in Totschlagsfällen zu beachten, dass die Verwandten des Erschlagenen nur den Täter selbst verfolgen dürfen. Wenn wir auch den Täter der Vernichtung preisgeben, so lassen wir nicht zu, dass ein Unschuldiger darunter zu leiden hat.“
(Lex Burgundionum, um 500, II, 7)

"Schlägereien und Wundbussen büsst man, wenn es unter freien Männern vorkommt, nach der hier folgenden Vorschrift, und die Fehde (faida) d.h. Feindschaft hat dann zu unterbleiben."
(Edictum Rothari von 643, Kap. 45)

„Die Frövinsöhne Käte und Vige folgten mit ihren Waffen König Adils, dem Mörder ihres Vaters. Als Adils sie bemerkte, blieb er stehen, denn er hielt es für unehrenhaft, einem Angriff auszuweichen. Sie riefen: „Jetzt wollen wir Rache an dir nehmen für Frövins Tod.“ Adils entgegnete: „Denkt an eure Jugend! Hütet euch, eure schwachen Kräfte mit meinen geübten zu messen. Ich bin bereit, euch Busse für den Fall eures Vaters zu bieten; für euch wird es immer ein hoher Ruhm sein, einen so mächtigen König zum Wergeld gezwungen zu haben.“ Käte sprach: „Umsonst versuchst du unser Verlangen nach Rache ins Wanken zu bringen. Wähnst du, wir wollen unseren Vater im Geldbeutel tragen? Andere mögen sich ihre Rache abkaufen lassen. Tritt an zum Zweikampf mit mir!“
(Saxo Grammaticus, Historia Danica, 12. Jh.)

4. Ansätze eines öffentlichen Strafrechts?

4.1. Germanistische Ansätze

4.1.1. Rache als sakrale Pflicht

Die Rache wurde als sakrale Pflicht verstanden. Der Mann ist heilig. Wer die Mannheiligkeits zerstört, zerstört den Frieden. Wer den Frieden stört, wird unheilig. Der Verletzte darf Rache üben und ist zur Fehde ermächtigt.

4.1.2. Sakral-kultische Strafe

Wer den Frieden stört, verletzt die übernatürliche Ordnung. Der Täter darf in diesen Fällen von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden (Friedlosigkeit). Wer friedlos ist, wird vogelfrei. Er darf von Drittpersonen nicht geschützt werden. Wer den Friedlosen beherbergt, wird selber zum Täter und muss eine Busse zahlen.

4.1.3. Friedlosigkeit

Die Friedlosigkeit ist die Strafe für ein Verbrechen gegen den Staats- und Volksverband oder für ein Verbrechen, welches aus ehrloser Gesinnung begangen wurde.

Kann der Täter die Busse nicht bezahlen und sind auch die Angehörigen nicht bereit oder willig zur Zahlung, verfällt der Täter der Friedlosigkeit. Er ist völlig rechtlos und kann von jedermann bestraft werden. Er wird vogelfrei. In diesem Fall darf ihm auch seine Sippe nicht helfen. Tut sie dies trotzdem, muss seine Sippe eine Busse bezahlen.

Die Friedlosigkeit führt zur Rechtlosigkeit.

4.2. Neuere Deutungen (Hermann Nehlsen)

Die Römer kannten öffentliches Strafrecht. Sie kannten auch ein spezielles Strafrecht für Sklaven. Im Anfang der Strafrechtsgeschichte konnte die Strafe des Sklaven durch seinen Herrn abgelöst werden. Später konnte die Strafe des Sklaven nicht mehr durch seinen Herrn abgelöst werden. Er musste zwingend der peinlichen Strafe unterworfen werden.

550 n. Chr.

Die peinlichen Strafen können auch auf Freie angewandt werden. Insolvente Freie werden den Sklaven gleichgestellt.

596 n. Chr.

Solvente Freie können erstmals auch unabdingbar der Todesstrafe unterworfen werden. Dies ist gemäss Hermann Nehlsen eindeutig auf den christlichen Einfluss zurückzuführen. Es wurde das mosaische Talionsprinzip angewandt.

Der Ausschluss aus der Gemeinschaft (warc / wargus) weist Parallelen zu frühen kirchlichen Quellen auf. Auch die Kirche konnte Mitglieder ausschliessen, bis diese Busse getan hatten (Anathema). Der Gemeinschaftsausschluss war somit keine altgermanische Friedlosigkeit und kein sakrales germanisches Recht.

Die repressiven Komponenten nahmen durch den kirchlichen Einfluss zu. Das Westgotenreich kannte ein voll ausgebildetes öffentliches Strafrecht.

Die Kirche hat eine Doppelfunktion. Sie will heidnische Sitten bekämpfen. Sie will, dass die Straftäter Sühne leisten. Gegen Taten, welche gegen die christliche Tradition verstossen (z.B. Blutschande, Grabschändungen etc.), sollen sehr streng bestraft werden.

4.3. Neuere Deutungen (Jürgen Weitzel)

Jürgen Weitzel betont den Zweck der Strafe als öffentliche Aktion. Es fand eine Abkehr von der Privatstrafe statt. Die Privatstrafe hatte den Zweck des Ausgleichs zwischen Täter und Opfer. Die öffentliche Strafe hat den Zweck der Abschreckung.

Beispiel: Strafe für Zauberer und Wettermacher

Zauberer und Wettermacher sollen mit 300 Peitschenhieben bestraft, skalpiert und durch mind. 10 Dörfer getrieben werden. Der Strafzweck ist die öffentliche Abschreckung.

Das Strafrecht gilt als sanktionierendes Handeln öffentlicher Machthaber. Das Bussverfahren verliert die Relevanz. Die peinliche Strafe steht im Zentrum.

Bereits die merowingische Zeit kennt Hinrichtungen und Körperstrafen auch gegenüber Freien. Die Strafe ist eine gerichtsförmig geübte Rache. Die Strafe ist eine Verrechtlichung der königlichen Rache.

Die Folter ist ein prozessuales Mittel und dient dem Zweck ein Geständnis zu erhalten. Die Folter ist kein Strafmittel.

Sichar Geschichte

Der König konnte nur vermitteln. Er konnte keine Strafe vollziehen.

Im Hochmittelalter konnte der König Strafen vollziehen. Es gibt deshalb Autoren, welche sagen, dass es vor dem Hochmittelalter kein öffentliches Strafrecht gab.

5. Hoch- und Spätmittelalter

5.1. Allgemeine Tendenzen

Im Hochmittelalter werden Gewalttaten nicht mehr als Einbrüche in die Herrschaft einer anderen Sippe geahndet sondern als Friedensbruch. Friedensbruch gilt als öffentliches Vergehen, da der Herrscher verpflichtet ist, den Frieden zu wahren. Dies führte dazu, dass die Strafverfolgung und die Bestrafung eine öffentliche Angelegenheit wurde und nicht mehr als private Angelegenheit betrachtet wurde. Das Kompensationssystem wurde langsam abgeschafft. Es wurden peinliche d.h. körperliche Strafen eingeführt. Eine Zeitlang gab es beide Systeme parallel. Die Herrschaft wollte die Kontrolle über die physische Gewalt. Die Fehde wurde langsam abgeschafft.

5.2. Mittelalterliche Friedensbewegung

5.2.1. Gottesfrieden

Die dauernden Fehden zwischen den Adligen sollten eingeschränkt werden. Die Bischöfe führten den Gottesfrieden ein. Die Kirche war zur damaligen Zeit die einzige supranationale Organisation.

Zeitlich lässt sich der Gottesfrieden um 1'000 n. Chr. einordnen. Es war auch die Zeit des Niederganges und des Verfalles des karolinischen Reiches. Zur damaligen Zeit gab es nur kleine Fürstentümer und keine Zentralmacht. Diese kirchliche Reformbewegung erreichte ihren Höhepunkt im 11. Jh. n. Chr. Treibende Kraft war der Abt von Cluny.

Die Adligen mussten den Gottesfrieden schwören. Wer den Gottesfrieden bricht, erleidet den Kirchenbann und wird aus der Kirche ausgeschlossen (Exkommunion) und muss nach Jerusalem auswandern. Es gab auch eine Kombination mit peinlichen Strafen.

Ein Mittel der Friedensstiftung war auch die dauernde Befriedigung gewisser Orte (z.B. Kirchen, Dörfer innerhalb des Dorfzaunes, Königsstrassen) und gewisser Personen (Bauern, Kaufleute und Juden) sowie gewisse Sachen (Pflüge, Mühlen). Die Juden standen unter besonderem Schutz des Königs, da sie nicht dem Zinsverbot unterlagen und das Bedürfnis nach Krediten stillen konnten. Dies nannte man Pax.

Zusätzlich wurden Friedenstage eingeführt (Mittwochabend bis Sonntagabend). Dies nannte man Treuga. Es kam zu Pax et Treuga. Dogmatisch wurden die Strafen mit dem Eidbruch begründet.

5.2.2. Landfrieden

Das Gottesfriedensmodell wurde durch die erstarkende weltliche Herrschaft gefördert. Ein Beispiel für die erstarkende weltliche Herrschaft war die Herrschaftsfamilie der Stauffer.

Dieser Landfrieden zeichnete sich durch folgende Merkmale aus:

- a) Vertragscharakter
Selbstunterwerfung durch den Eid
- b) Fehdeeinschränkung
Pax und Treuga.
- c) Zeitliche Befristung
Dieser Landfrieden musste periodisch erneuert werden.

Der Bundesvertrag von 1291 war ein Landfriede. Es sollten die Kämpfe in Uri, Schwyz und Unterwalden beendet werden.

Der Landfrieden entwickelte sich wie folgt:

Jahr	Herrscher / Tätigkeit
1103	Heinrich IV
1152	Barbarossa
1158	Roncaglia
1186	Konstitution gegen die Brandstiftung.
1235	Mainz
1254	Rheinischer Städtebund
1287	Erneuerung des Mainzer Landfriedens durch Rudolf von Habsburg
1495	Ewiger Reichsfrieden = absolutes Fehdeverbot

5.2.3. Reichslandfrieden von Barbarossa (1152)

Mit dem Reichslandfrieden von Barbarossa (1152) sollten folgende Ziele erreicht werden:

1. Zusammenspiel von Kaiser und Fürsten
Das Ziel war die Herrschaftskonsolidierung.
2. Keine Komposition
Das Bussensystem der Germanen sollte abgeschafft werden und durch öffentliche Strafen ersetzt werden.
3. Gerichtszwang
Die Parteien mussten vor Gericht erscheinen. Die Privatfehde wurde verboten.
4. Spiegelnde Strafen
Die Strafe musste die Untat widerspiegeln.
Dem Dieb wurden die Hände abgehackt.

5. Ständische Aufgliederung der Fehde
Die Anzahl Eideshelfer war je nach Standesordnung unterschiedlich. Adlige mussten vier Eideshelfer bringen. Die Bauern mussten sieben Eideshelfer bringen oder sich einem Gottesurteil zu unterziehen.

Den Bauern wird das Tragen von Waffen verboten. Kaufleute dürfen Waffen tragen. Die Waffen dürfen aber nicht so getragen werden, dass sie sofort gezückt werden können.

5.2.4. Reichslandfrieden von Friedrich II (1235)

Im Reichslandfrieden von Friedrich II sollte der Reichsfrieden folgende Zwecke erfüllen:

1. Kaiser als „Gesetzgeber“
Der Kaiser hat gesetzgeberische Macht.
2. Generelle Ablösung der Geldbussen durch Leibes- und Lebensstrafen
3. Gerichtszwang
Aufbau einer entsprechenden Gerichtsorganisation (Reichshofgericht)
Die Fehde wurde verboten.
4. Einschränkung der Fehde
Die Fehde ist nur noch bei Notwehr oder Rechtsverweigerung zulässig.
5. Verhängung der Acht
Wenn jemand mit der Acht bestraft werden, muss der andere noch acht Tage bis zum Angriff warten. Die Acht führte zur Rechtlosigkeit. Er wurde für vogelfrei erklärt werden.

Der Eidg. Bundesbrief (1291) ist auch Einladung zur Wahrung des Landfriedens.

5.3. Städtisches Strafrecht

Im 11. bis 14. Jahrhundert kam es zu verschiedenen Städtegründungen. Es bildete sich städtische Sozialstrukturen heraus. Durch die Zuwanderung kam es zu Spannungen innerhalb der Gesellschaft. Es brauchte deshalb eine innerstädtische Rechtsordnung. Der Frieden soll durch eine zentralgesteuerte Repression gewahrt werden.

5.4. Gewohnheitsrechtliches Strafrecht

Der Sachsenspiegel zeichnete sich durch folgende Elemente aus:

- a) Archaische Elemente, insbesondere Gottesurteile und Bussen
- b) Pax und Treuga
- c) Peinliche Strafen
Es wurden spiegelnde Strafen eingeführt.
Die Strafe soll der Schwere der Schuld entsprechen.

6. Das öffentliche Strafrecht in der frühen Neuzeit

6.1. Abschluss der Landfriedensbewegung durch die Reichsreform von 1495

Der Reichsfrieden soll mit folgenden Massnahmen sichergestellt werden:

- a) Ewiger Reichsfrieden
- b) Vollständiges Fehdeverbot
- c) Einrichtung des Reichskammergerichts (RKG)
- d) Anstoss für umfassende Straf- und Strafprozessgesetzgebung

Der ewige Reichsfrieden ist eine Vereinbarung, welche die Privatfehde verbietet. Das Fehdeverbot galt für alle Stände. Fehden müssen direkt vor das Reichskammergericht gebracht werden. Das Reichskammergericht ist unmittelbar zuständig. Das Recht zu Strafen wird öffentliches Recht.

6.2. Neue Gerechtigkeitsethik

6.2.1. Staatszweck des frühneuzeitlichen Territorialstaats ist das Gemeinwohl

Recht und Religion bildeten eine Einheit. Das war sowohl in katholischen als auch in reformierten Gebieten der Fall. Zwingli und Calvin waren sowohl religiöse als auch politische Führer. Zürich und Genf waren Theokratien und keine Demokratien.

6.2.2. Reformation und Glaubensspaltung

Das Strafrecht wird theologisiert.

Luther: „Obrigkeit führt das Schwert in Gottes Auftrag“

Zwingli: „Obrigkeit als Rächerin Gottes“

„Die Obrigkeit sind Rächer und Diener Gottes. Gott wird nicht erzürnt, wenn der Herrscher sein Dienst tut und die Bösen bestraft.“

Die Bestrafung des Übeltäters wurde als göttliche Pflicht verstanden. Man bestrafte den Täter und hatte zugleich Mitleid mit dem „armen Sünder“.

6.3. Strafverständnis

6.3.1. Strafe als Instrument der Versöhnung mit Gott

Der Teufel wurde als real existierend verstanden. Der Straftäter hat keinen freien Willen. Er wurde vom Teufel beeinflusst. Die Bestrafung des Täters dient der Reinigung der Gemeinschaft. Sie soll die Seele des Täters retten.

6.3.2. Sühne- und Abschreckungsfunktion der Strafe

Der Strafvollzug (d.h. meistens die Hinrichtung) geschah öffentlich. Das Recht soll unmittelbar erfahren werden. Die Grausamkeit wurde durch besonders grausame Hinrichtungsmethoden inszeniert. Es sollte der Sieg über das Böse dargestellt werden. Die Strafe hat eine Abschreckungs- und Vergeltungsfunktion. Spiegelnde Strafen sollen die Tat abbilden.

Das Verbrennen der Hexe soll die Hexe und die Gemeinschaft von der Tat reinigen.

Es gab strafschärfende und strafmildernde Formen der Todesstrafe.
Bsp.: Das Erdrosseln der Hexe vor dem Verbrennen war eine Strafmilderung.
Bsp.: Das Vierteilen oder Rädern war eine Strafschärfung.

6.4. Constitutio Criminalis Carolina von 1532 (CCC)

6.4.1. Entstehung

Die Carolina ist ein Produkt des Reichsfriedens und der Reichsreform. Es sollte eine reichsweite einheitliche Strafprozessordnung und eines Strafgesetzbuches geschaffen werden. Die Carolina wurde während der Regierungszeit Karl des Grossen erlassen.

Der Anstoss entstand 1495 mit der Schaffung des Reichskammergerichts. Im Jahr 1498 fand der Reichstag zu Freiburg statt.

Im Jahr 1507 wurde die Constitutio Criminalis Bambergensis erlassen. Es war eine Rezeption des italienischen Strafrechts. Der Inquisitionsprozess und die Folter wurden geregelt.

Im Jahr 1532 wurde die Carolina angenommen. Es gab jedoch lokale Widerstände. Dies wurde dadurch gelöst, dass die Carolina eine salvatorische Klausel enthielt. Die Carolina musste nur angewendet werden, wenn kein anders lautendes lokales Recht bestand (Subsidiarität der Carolina).

6.4.2. Verfahrensrecht

Kollegiale Strafgerichte

Die Carolina orientiert sich am Berufungsgericht (Art. 1 CCC). Die Richter sollen bei Rechtsproblem bei den Ratsverständigen Rat einholen (Art. 81 CCC). Dies gilt auch für untere Gerichte.

Übergang vom Akkusations- zum Inquisitionsprozess

Begriffe:

Akkusationsprozess:

Es wird nur Anklage erhoben, sofern ein Strafantrag vorliegt.

Inquisitionsprozess:

Die Klage wird von Amtes wegen erhoben. Dies entspricht dem heutigen Offizialprinzip. Der Sachverhalt muss von Amtes wegen abgeklärt werden.

Instruktionsmaxime

Der Richter ist der Ermittler und der Richter. Die Ermittlungen fanden in einem nichtöffentlichen Verfahren statt. Meistens wurden die Beweise mittels Folter erhoben.

In der Regel ging die Carolina vom Akkusationsprinzip aus. Sie sah jedoch bereits den Inquisitionsprozess vor.

Rationalisierung des Beweisrechts

Die Beweise wurden wie folgt erbracht:

- a) Indizien
Der Richter muss von Amtes wegen die Indizien (Beweise) erheben. Liegen genügend Beweise vor (Bsp. Zeugenaussagen), kann der Richter den Täter auch ohne Geständnis verurteilen. Die Folter ist somit nicht mehr notwendig.
- b) Zeugen
Es sind mindestens zwei Zeugen notwendig. Die Zeugen dürfen nur aussagen, was sie selber gesehen haben. Sie dürfen nicht sagen, was sie von Dritten gehört haben (Art. 65 CCC).
- c) Geständnis („confessio est regina probationum“)
Das Geständnis ist der Königsweg. Dies kommt aus dem christlichen Ideal. Der Sünder muss seine Sünden selber bekennen, damit er erretten werden kann. Der Richter kann sich nicht alleine auf das Geständnis des Angeschuldigten verlassen, er braucht weitere Beweise (Zeugenaussagen).

Das Geständnis hatte auch einen religiösen Aspekt. Nur wer ein Geständnis ablegt und seine Sünden bekennt, dem können die Sünden erlassen werden und nur der kann sein Seelenheil retten.

- d) Folter (Art. 58 CCC)
Die Folter muss unter Aufsicht des Richters und des Gerichtsschreibers aufgenommen werden. Die Folter wird vom Folterknecht vorgenommen. Die Art und Dauer der Folter war auch von der Person des Täters abhängig. Der Richter hatte einen Ermessensspielraum, was die Art, Dauer und Häufigkeit der Folter betraf.

Ein Schwachpunkt der Carolina war, dass die Folter nicht begrenzt wurde. Sie konnte beliebig oft eingesetzt werden.

6.4.3. Materielles Recht

Der Zweck der Carolina bestand in der Abschreckung und Unschädlichmachung der Verurteilten.

Die Carolina führte ein:

- a) Zurechnungsfähigkeit
- b) Vorsatz
Es wird zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz unterschieden.
- c) Versuch
Der Versuch wurde bereits bestraft.

- d) Problem: Landschädlichkeit
Herumtreiber konnten bereits bei Verdacht bestraft werden.

Strafzumessung

Es gab zwei Arten von Strafen:

- a) Poena ordinaria
Gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Strafe
Der Richter hat kein Ermessen.
- b) Poena extraordinaria / arbitraria
Der Richter hat ein Ermessen.

6.4.4. Strafvollzug

Es fand eine öffentliche Urteilsverkündung statt. Die Strafe wurde öffentlich vollzogen. Es gab ein eigentliches Bestrafungsritual.

6.4.5. Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina (CCC)

Die Carolina war eine Musterordnung und eine verbindliche Richtlinie für die territoriale Strafrechtsentwicklung. Sie bildete auch die Grundlage für die Strafrechtswissenschaft. Sie hatte allerdings nur subsidiären Charakter. Die Constitutio Criminalis Carolina wurde nur angewendet, wenn kein örtliches Strafrecht bestand.

6.5. Strafrechtswissenschaft

Die Carolina führte zur Rezeption der Strafrechtspraxis. Ausgangspunkt war die kirchliche Busspraxis. Im Jahr 1215 kam das Gebot der jährlichen Beichte auf. Der Beichtstuhl wurde zum Gewissensgericht. Das Kirchenrecht beschäftigte sich mit der Busspraxis.

6.6. Oberitalienische Strafrechtswissenschaft

6.6.1. Albertus Candius

Albertus Candinus (1298) beschäftigte sich mit dem Strafrecht. Er verstand das Strafrecht als Vergeltungspraxis und wollte das Talionsprinzip angewendet haben. Die Strafe wurde als Ausdruck göttlicher Gerechtigkeit verstanden. Der Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit kam auf.

6.6.2. Decianus / Covarruvias / Tiraquellus

Decianus wollte im Strafrecht einen Allgemeinen Teil haben. Covarruvias führte eine zunehmende Begrifflichkeit ein. Tiraquellus führte die relative Straftheorie ein.

6.7. Weitere Entwicklung der Strafrechtswissenschaft

6.7.1. Gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft

Es gab eine Rezeption der Reichskammergerichtsordnung (RKG) und der Constitutio Criminalis Carolina (CCC). Die juristischen Fakultäten führten eine Gutachter- und Spruchstätigkeit ein.

6.7.2. **Benedict Carpzov (1595 – 1666)**

Er war Mitglied des Leipziger Schöfenstuhls. Er war orthodoxer Lutheraner. Er vertrat eine theokratische Straftheorie.

Im Jahr 1635 verfasste er eine Neue Praxisorientierte Strafrechtswissenschaft. Er arbeitete die Strafrechtspraxis systematisch auf. Er verarbeitete die europäische Strafrechtsliteratur. Er stützte sich auf die Constitutio Criminalis Carolina (CCC). Er führte eine differenzierte Strafzumessungslehre ein.

7. **Kriminalisierung und Kriminalität in der Frühen Neuzeit**

7.1. **Historische Kriminologie**

Die historische Kriminologie war eine Reaktion der Sozialgeschichte auf den traditionellen strafrechtsgeschichtlichen Zugang (normativ und dogmatisch). Es kam zu einer Abkehr vom Positivismus.

In England und Frankreich haben Sozialhistoriker sich mit der Kriminalität beschäftigt. Es gab die „History of Crime“ und der „Histoire de la criminalité“. Um das Jahr 1990 kam die historische Kriminologie auch in der Schweiz und Österreich auf.

7.2. **Verschiedene Wissenschaftsverständnisse**

Die Strafrechtswissenschaft ist eine Geschichte von unten. Ein anderer Gesichtspunkt ist die Wechselwirkung zwischen Strafnormexegese und Kriminalität. Die Herrschaft definiert die Strafnormen. Ein weiterer Gesichtspunkt ist die Erforschung der Gesellschaftsgeschichte anhand von Kriminal- und Gerichtsakten.

7.3. **Verschiedene theoretische Ansätze**

Es gibt verschiedene soziologische Ansätze:

- a) **Anomie**
Abweichendes Verhalten als Symptom für das Auseinanderklaffen von kulturell vorgegebenen Zielen und von sozial strukturierten Wegen, auf denen diese Ziele erreicht werden.
- b) **Labeling**
Abweichendes Verhalten entsteht durch das Kriminalisieren. Die Kriminalität ist das Ergebnis eines selektiven Definitionsprozesses (Etikettierung).
- c) **Sozialdisziplinierung (Dirk Blasius)**
Die individuelle Delinquenz wird als Ausdruck des kollektiven Widerspruchsgeistes verstanden. Die Bekämpfung soll mit den Mitteln des Strafrechts erfolgen. Gewisse Handlungen werden durch das Strafrecht kriminalisiert.

Bsp.: Verbot des Söldnerwesens
 Die Reformierten hatten das Söldnerwesens verboten.
 Die Katholiken hatten das Söldnerwesen noch erlaubt.
 Später haben die Reformierten das Söldnerwesen verstaatlicht.

- e) Michel Foucault (1975)
 Strafe ist ein Ritual der Manifestation der Macht. Es fand ein Übergang von der Bestrafung der Körper zur Überwachung der Seelen statt.

7.4. Aspekte historisch-kriminologischer Forschung

7.4.1. Umgang mit Randgruppen

Landstreicher, Räuber und Gauner

Die Reformation führte zu einer negativen Bewertung der Armut. Armut war nun selbstverschuldet. Die Bettelei wurde als Strafhandlung verstanden.

Art. 128 CCC

Die „landtzwinger“ = „Landstreicher“ wurden unabhängig von der Schuldfrage bestraft.

Juden

In der Spätantike wurden die Juden den Unfreien gleichgestellt. Im Jahr 1215 wurde beim Laterankonzil die Judenkleidung eingeführt.

Im 14. Jahrhundert wurden den Juden die rituelle Kindstötung und die Brunnenvergiftung bei den Pestepidemien vorgeworfen. Dies führte zu Pogromen.

Die Juden wurden als königliche Kammerknechte bezeichnet. Sie standen unter kaiserlichem Schutz. Durch den Verkauf von königlichen Schutzbriefen konnte die Herrscher Geld einnehmen (Judensteuer).

Zigeuner

Im Reichstag von 1498 wurde das Umherziehen verboten. Die Tötung von Zigeunern war straffrei. In der Reichspolizeiordnung von 1530 wurden die Zigeuner als Verräter und Spione bezeichnet. Es wurde ihnen vorgeworfen, für die Türken zu spionieren. Im 18. Jahrhundert kam es zu Zigeunerjagden, Ausweisungen, Brandmarkungen und Erschiessungen.

7.4.2. Die Hexenverfolgung

Allgemein

Die Hexenverfolgung ist kein Relikt aus dem Mittelalter sondern aus der frühen Neuzeit. Der Höhepunkt der Hexenverfolgung war im 16. und 17. Jahrhundert.

Die kirchliche Inquisition

Seit dem 13. Jahrhundert wurden die Ketzer durch die Inquisitoren verfolgt. Die Schuldigen wurden an die weltliche Gerichtsbarkeit ausgeliefert. Seit dem Jahr 1252 wurde die Folter angewendet (Bsp.: Inquisitionsprozess gegen Johanna von Orléans, 1431).

Hexenprozesse

Bereits im 13. Jahrhundert ist die Rede von Teufelsanbetungen und –ritualen. Im Jahr 1419 erschien zum ersten Mal in einem deutschsprachigen Gerichtstext in Luzern der Begriff der „Hexe“.

Im 14. bis 15. Jahrhundert kam es zu ersten Verfolgungen von Hexen und Zaubern in der Westschweiz.

Es gab eine Anknüpfung an die Ketzerverfolgungen der Waldenser. Analog der Waldensersekte wurde die Existenz der Hexensekte konstruiert. In Genf gab es einen sehr aktiven Bischof, der an die Existenz von Hexen glaubte und die weltliche Behörden überreden konnte, die Hexen strafrechtlich zu verfolgen.

Die wichtigsten Vertreter des Hexenglaubens waren:

- a) 1437 Johannes Nider
„Formicarius“ Erste systematische Erfassung der neuen geheimen Hexensekte.
- b) 1484 Hexenbulle von Innozent VIII.
Er erliess eine Ermächtigung zur Hexereiinquisitionen
- c) 1487 Heinrich Kramer
Er wurde vom Bischof mit der Hexenverfolgung beauftragt und verfasste den Hexenhammer „Malleus maleficarum“
Heinrich Kramer hatte in Südtirol wenig Erfolg, da der dortige Bischof nicht an die Existenz von Hexen glaubte. Heinrich Kramer hatte vor allem in den deutschsprachigen Gebieten einen grossen Erfolg.

Die Hexenverfolgung lässt sich wie folgt erklären:

- a) Frauenfeindliche Haltung
Das Hexereidelikt wurde mit dem weiblichen Geschlecht assoziiert. Den Frauen wurde zudem eine geringere Standfestigkeit als den Männern zugesprochen. Es wurde ihnen deshalb vorgeworfen, sich leichter vom Teufel verführen zu lassen.
- b) Zuständigkeit der geistlichen und der weltlichen Gerichtsbarkeit für Hexereidelikte

- c) Ausweitung des Tatbestandes „maleficium“
Für die Verurteilung war kein spezieller Taterfolg geschuldet (Schadenszauber). Die Feuerstrafe konnte auf Fälle des blossen Teufelsbundes ohne reale Schadensfolgen angewandt werden.

Die Hexerei wurde mit folgenden Tathandlungen gleich gesetzt:

- a) Teufelspakt
Die Frau wurde auf körperliche Anzeichen des Teufelspaktes untersucht. Mögliche Anzeichen konnten Muttermale sein.
- b) Teufelsbuhlschaft
Darunter wird der Geschlechtsverkehr mit dem Teufel verstanden.
- c) Hexenflug
Den Hexen wurde nachgesagt, dass Sie fliegen können.
- d) Hexensabbat
Dies ist das Treffen der Hexensekte. Es weist auch Parallelen zur Judenverfolgung auf, da die Juden ja den Sabbat kannten.
- e) Schadenszauber
Der Schadenszauber war nur ein Beweis für die Hexerei. Der Schadenszauber war nicht zwingend notwendig für eine Verurteilung.

Prozessuale Aspekte

- a) Instruktionsmaxime
Die Ermittlungen fanden von Amtes wegen statt. Es war keine Anklage mehr notwendig wie im Aquisitionsprozess.
- b) Summarischer Ketzerinquisitionsprozess
Die Beweiserfordernisse wurden gelockert. Es waren keine Zeugenaussagen mehr notwendig, um mit der Folter beginnen zu können.
- c) Möglichkeit der Verdachtsstrafen
Es konnten auch nicht geständige Hexen verbrannt werden. Ein Geständnis war für die Verurteilung nicht mehr notwendig.

Rechtsgrundlagen

Art. 109 CCC

Der Schadenszauber wurde mit der Todesstrafe bedroht.

Es war ein Erfolgsdelikt.

Art. 44 CCC

Die Hexerei wurde als „crimen exceptum“ (Sonderverbrechen) bezeichnet. Die Verfahrensvorschriften wurden gelockert. Die Folter konnte auch ohne Zeugenbeweis und bei anonymer Anzeige angewendet werden. Es gab keine einschränkende Bestimmung zur Anwendung der Folter (Dauer, Art und Intensität).

Anwendung territoriales Recht

Teilweise kam auch territoriales Recht zur Anwendung. Die Kursächsische Konstitution von 1572 erlaubte die Verbrennung der Hexe auch ohne Vorliegen eines Schadenszaubers.

In Gebieten mit Berufsrichtern wurden weniger Hexen verbrannt als in Gebieten mit Laienrichtern.

Strafrechtswissenschaft und Hexerei

Sämtliche berühmten Strafrechtswissenschaftler glaubten an die Existenz der Hexerei. Es wurde nur vereinzelt Kritik am Verfahrensablauf laut. Insbesondere wurde der Einsatz der Folter kritisiert. Dies gilt auch für Benedict Carpzov.

Verhalten des Reichskammergerichtes (RKG)

Das Reichskammergericht hat nur sehr zurückhaltend auf die Hexenverfolgung reagiert.

Einige Zahlen

Der Höhepunkt der Hexenprozesse war im Zeitraum zwischen 1580 bis 1660. Man geht von 60'000 bis 100'000 Hinrichtungen aus. Die Hexerei war eher ein mitteleuropäisches Problem. Verfolgungshöhepunkt war die Schweiz und Deutschland.

Besonderheiten der Hexenprozesse

- a) Geschlechtsspezifische Aspekte der Hexereiverfolgung
Es gibt die Figur des Hexers. Er wurden auch Männer verfolgt.
Rund 80 % der Opfer waren Frauen.
- b) Zusammenspiel von Verfolgungsbegehren der Bevölkerung und Verfolgungsbereitschaft der Obrigkeit
Der grösste Druck kam von der Bevölkerung. Je nach Obrigkeit wird dem Verfolgungsbegehren der Bevölkerung mehr oder weniger nachgegeben.
- c) Anwendung der Folter zwecks Nennung angeblicher Komplizenschaft
Die Prozesse wurden so auf einen grossen Personenkreis ausgedehnt.

- d) **Aussprechen einer Verdachtsstrafe**
Konnte die Hexe nicht verurteilt werden, weil sie zum Beispiel nicht gestanden hatte, wurde häufig trotzdem eine Verdachtsstrafe ausgesprochen. Dies war in der Regel die Verbannung. Es gibt viele Fälle, in denen die Hexe die Folterung überlebte und sie nicht gestand. Eine nicht geständige Hexe konnte nicht verurteilt werden. Es kam die Verbannungsstrafe zur Anwendung. Die Hexe wurde daraufhin verbannt. Kehrete sie zurück, konnte sie wieder neu in die Verfolgungsmühe geraten.
- e) **Rolle der Denunziation**
Kleinräumigkeit, soziale Konflikte, private Interessen, Krisen und Katastrophen und kollektive Ängste.
Der Verdacht der Hexerei wurde häufig geäußert, um missliebige Nachbarn loszuwerden.
- f) **Schlüssige Erklärung für real existierende Krisen und Katastrophen**
Wetterereignisse wie Lawinen, Hagel oder Sturm sowie eine kranke Kuh brauchten eine schlüssige Erklärung. Der Schadenszauber der Hexen eignete sich dazu maximal, da die Leute zum damaligen Zeitpunkt sich die Ereignisse nicht anders erklären konnten.
Das Phänomen der kleinen Eiszeit fällt mit der Hexenverfolgung zusammen.

Kritik an der Hexenverfolgung

Es gab folgende Kritiken an der Hexenverfolgung:

- a) Erasmus von Rotterdam
- b) Johann Weyer, Über die Blendwerke der Dämonen, 1563
- c) Friedrich von Spee, Cautio Criminalis, 1631
Er übte Kritik am Hexereiverfahren. Er kritisierte vor allem das Verfahren (im speziellen die Folterung). Unter der Folter werden alle Taten gestanden.
- d) Christian Thomasius, 1701
Vom Laster der Zauberei
Christian Thomasius kritisierte den Glauben an die Hexerei. Er argumentierte, dass es gar keine Hexerei gebe. Er übte grundsätzliche Kritik am Delikt und nicht nur am Verfahren.

8. Strafvollzug und Gefängniswesen in der frühen Neuzeit

8.1. Untersuchungshaft

Der Zweck des Gefängnisses war nicht die Folterung der Gefangenen sondern zum Vollzug der Untersuchungshaft. In den meisten Fällen wurde eine peinliche Strafe (Körperstrafe) vollstreckt. Eine mildere Strafe war die Verbannung.

8.2. Straffällige als Arbeitspotential (Utilitarismus)

Besonders beliebt war in der Schweiz die Galeerenstrafe. Die Häftlinge wurden nach Italien verkauft. Ferner wurden die Gefangenen zur Festungs- und Strassenarbeit verurteilt. In Russland, Amerika und England wurde die Häftlinge in die Kolonien verbannt.

Hinter der Freiheitsstrafe standen vor allem die Länder mit grossen Kolonien. Die Sträflinge wurden als billige Arbeitskräfte gebraucht.

8.3. Die moderne Freiheitsstrafe als soziale Fürsorgemassnahme

Die calvinistische Berufs- und Arbeitsethik führte zu einer Neubewertung der Arbeit. Die Armut wurde nicht mehr als Tugend verstanden sondern als Laster. Die armen Leute wurden strafrechtlich verfolgt.

In England wurde im Jahr 1555 in Bridewell das 1. Zuchthaus gebaut. Es wurde „work house“ oder „house of correction“ genannt.

In Amsterdam gab es folgende Zuchthausgründungen:

1595	Männerzuchthaus	(Tuchhuis)
1597	Frauenzuchthaus	(Spinhuis)
1603	Secretes Zuchthaus	

Im Zuchthaus gab es harte Arbeit und strengste Disziplin. Der Versorgungsgedanke ist mit strafrechtlichen Sanktionen verknüpft. Die Resozialisierungsidee kam auf.

Die Schweiz übernahm zwar die Zuchthausidee. Priorität wurde jedoch der Zwangsarbeit (Schellenwerke) eingeräumt.

Im Jahr 1772 wurde in Gent das „maison de force“ eröffnet. Dort musste während des Tages gemeinsame Arbeit verrichtet werden. In der Nacht wurden die Gefangenen isoliert.

8.4. Einfluss der Aufklärung

Die Aufklärung führte zur Humanisierung des Strafvollzuges. Die Humanisierung hatte folgende Aspekte:

- a) Präventive staatliche Erziehungspflicht
(Voltaire: „La véritable jurisprudence est d'empêcher les délits“.
Voltaire: Die gute Rechtsprechung verhindert das Delikt.
- b) Proportionalität der Strafen (Montesquieu)
Montesquieu forderte, dass die Strafe proportional zur Tat stehen soll. Die Freiheitsstrafe ist ideal dazu. Den die Freiheitsstrafe kann je nach Tat kürzer oder länger sein.

- c) Nützlichkeit der Strafen für die Gemeinschaft
Mit Aufkommen des Merkantilismus bekam das Gefängniswesen eine wirtschaftliche Bedeutung. Die Arbeitskraft der Häftlinge wurde wirtschaftlich genutzt und Gefängnisse wurden privatisiert.
- d) Kritik am Strafvollzug
Johan Howard (The State of the Prison, erschienen 1777) und Wagnitz waren für eine Gefängnisreform.

8.5. Übergang zum modernen Gefängniswesen (19. Jahrhundert)

8.5.1. Panopticon

Ein Vertreter des modernen Gefängniswesens war Jeremy Bentham (1787). Er wollte die Gefängnisse auch architektonisch reformieren. Er führte das Panoptikum ein. Das Gefängnis war ein Rundbau. Die Wärter waren in der Mitte des Rundbaues und konnten die Gefangenen überwachen. Die Gefangenen wurden in Einzelzellen gehalten.

Mit dem Panoptikum bzw. der Freiheitsstrafe sollten folgende Ziele verfolgt werden:

- a) Permanente Beobachtung
Die Gefangenen wurden in Einzelzellen gehalten und konnten so permanent überwacht werden.
- b) Einzelzelle
Damit der Gefangene einzeln überwacht werden kann, wurden Einzelzellen gebaut.
- c) Quantifizierung der Strafe
Mit der Gefängnisstrafe konnte die Tat genau quantifiziert werden. Je nach Schwere der Tat, konnten unterschiedlich lange Freiheitsstrafen verhängt werden.
- d) Umformung des Individuums
Die Freiheitsstrafe diente der Erziehung des Täters. Der Täter sollte umgeformt werden. Er sollte während der Haft über seine Tat nachdenken.

8.5.2. US-Gefängnismodelle

"Solitary system"

- a) Philadelphia (1790): strengste Einzelhaft ohne Beschäftigung
Der Täter soll Zeit erhalten, um sich intensiv mit seiner Tat beschäftigen zu können.

b) Eastern Penitentiary of Cherry Hill (1829): Arbeitszwang in der Einzelhaft

"Silent system"

Auburn (1823): Gemeinsame Tagesarbeit mit Schweigegebot und nächtlicher Isolierung

Der alte Mensch soll in seiner Identität vernichtet werden. Er soll mit einer neuen Identität aus dem Gefängnis entlassen werden. Dies entsprach auch dem quäkerischen Ideal.

8.5.3. Übernahme des amerikanischen Systems in Europa

Pentonville bei London (1840) als Nachahmung des Eastern Penitentiary
Progressivsystem: Einzelhaft und Fortsetzung in den australischen Kolonien mit freier Ansiedelung.

9. Aufklärung und Strafrecht

9.1. Grundsätzliche Wirkung der Aufklärung und des Vernunftrechts

Deismus

Es kommt der „Deismus“ auf. In der Theorie des „Deismus“ wird Gott als Schöpfer der Welt angesehen. Er hat die Naturgesetze geschaffen. Er greift jedoch nicht mehr aktiv in das Geschehen der Menschen ein.

Wirkung der Aufklärung (ca. 1650 – 1800)

1. Vertrauen auf die Vernunft (Rationalismus)
2. Empirismus (Naturwissenschaften)
3. Individualismus
4. Säkularisierung und Toleranz

Wirkung des Vernunftrechts (17. – 18. Jh.)

1. Säkularisierte Variante des Naturrechts
2. Fiktion des Gesellschaftsvertrages
3. Universaler Anspruch
4. Autonomie (Trennung von Religion und Theologie)
5. Rationale Methode (mos geometricus)

Etappen des Vernunftrechts

1. Spanische Spätscholastik
2. Grotius
3. Hobbes / Locke
4. Pufendorf
5. Wolff
6. Montesquieu
7. Kant

Verbindung von Vernunftrecht und Aufklärung

1. Kampf gegen Vorurteile und Aberglauben
Kritik an Hexenprozesse / Ablehnung des Aberglaubens
2. Praktische Reformen (Säkularisierung und Humanisierung)
Qualifizierende Todesstrafen werden abgeschafft.
Gewährung der Religionsfreiheit

9.2. Auswirkungen der Aufklärung auf das Strafrecht

Wirkung auf Strafrecht

Es findet eine Abwendung von der Vergeltung und dem Gottbezug hin zur Nützlichkeit der Strafe und der Rationalität statt. Es kommt zur Trennung von Recht und Moral. Bestraft wird nur wer ein gegen die Rechtsnormen verstossenden Verhaltens zeigt. Ein Verhalten, welches nicht gegen Gesetzesnormen sondern nur gegen sittliche Normen verstösst, wird nicht bestraft.

Dies führt zu folgenden Auswirkungen auf das Strafrecht:

1. Die Hexerei ist kein Verbrechen mehr.
Es wird bestritten, dass Hexen und Teufel in die Geschehnisse der Natur eingreifen können. Wenn Hexen und Teufel weder Naturereignisse noch das Verhalten von Menschen beeinflussen können, muss die Hexerei auch nicht bestraft werden.
2. Neubeurteilung und Abschaffung der Folter
Es setzt sich die Erkenntnis durch, dass die Folter nicht der Wahrheitsfindung dient und dass nur der Schwächste auf der Folter gesteht. Der stärkere Verbrecher geht straffrei aus, weil er auf der Folter nicht gesteht. Die Folter wird verboten. Eine Verurteilung ist bereits bei einem Indizienbeweis zulässig.
3. Naturrechtliche Begründung der Strafe
Der Strafe dient nicht mehr der Rache oder der Wiederherstellung der göttlichen Ordnung. Die Strafe soll dem Gemeinwohl dienen und der Straftäter soll sich für die Gemeinschaft nützlich machen. Die Idee des Utilitarismus kommt auf. Die Strafe wird naturrechtlich und vernunftrechtlich begründet. Die Strafe ist die Folge einer Rechtsverletzung.
4. Übergang von der Privatstrafe zum staatlichen Strafvollzug.
Es gibt ein Übergang des Rechts des Privaten einen anderen zu bestrafen auf den Staat. Nur der Staat darf Straftäter bestrafen. Die Privatstrafe ist verboten.

5. Nützlichkeitsprinzip des Strafrechts
 - a) Verstümmelnde Strafen werden abgeschafft
 - b) Die Todesstrafe wird nicht mehr so oft angewandt
 - c) Die Tat muss eine Proportionalität zu der begangenen Straftat aufweisen.

9.3. Die zwei wichtigsten Gesellschaftsverträge

Es gibt zwei Arten von Gesellschaftsverträgen, welche sich im Umfang der Machtübertragung an den Herrscher unterscheiden:

1. John Locke
Die Menschen schliessen sich durch einen Gesellschaftsvertrag zu einer Gemeinschaft zusammen. Die Macht wird einem Herrscher übertragen. Die geben jedoch nicht sämtliche Rechte an den Herrscher ab. Der Tyrannenmord ist erlaubt.
2. Thomas Hobbes
Die Menschen schliessen sich durch einen Gesellschaftsvertrag zu einer Gemeinschaft zusammen. Die Menschen übertragen mit dem Gesellschaftsvertrag ihre sämtlichen Rechte an den Herrscher. Um ein Chaos zu verhindern, hat der Herrscher eine absolute Macht. Der Tyrannenmord ist nicht erlaubt.

9.4. Die wichtigsten Strafrechtstheoretiker

9.4.1. Thomasius (1655 – 1728)

Folter	Die Folter wird abgelehnt.
Hexerei / Aberglaube	Ablehnung der Hexenverfolgung und des Aberglaubens. Thomasius war ein starker Kritiker der Hexenverfolgung. Er leugnet, dass der Teufel Menschengestalt annehmen kann. Der Teufel kann die Naturgewalten nicht beeinflussen. Er ist machtlos gegenüber die von Gott geschaffenen Naturgewalten. Er leugnet den Teufelspakt. Aber keine Leugnung der Existenz des Teufels.

9.4.2. Grotius (1583 – 1645)

Strafzweck	<p>Der Strafzweck der Rache ist verboten. Die Strafe muss einen Nutzen für die Öffentlichkeit haben (Utilitarismus). Die Strafe soll von der göttlichen Ordnung gelöst werden.</p> <p>Die Strafe verfolgt zwei Zwecke:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Die Strafe gereicht dem Täter selbst zum Nutzen. 2. Der Nutzen des Geschädigten besteht darin, dass er nicht nochmals der gleichen Schädigung ausgesetzt ist, sei es von Seiten des Täters, sei es von Seiten eines andern.
Strafmass	Das Strafmass soll zur begangenen Tat in einem vernünftigen Verhältnis stehen. Eine übermässig strenge Bestrafung soll vermieden werden.
Gesetzesmässigkeit (nullo poena sine lege)	<p>Die Strafbarkeit soll sich auf die äusseren Handlungen beschränken. Tugendlosigkeit soll nicht bestraft werden.</p> <p>Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ ist Grotius noch nicht bekannt.</p>
Gesellschaftsvertrag	Unabhängigkeit der Strafbarkeit von der Existenz eines (vorhergehenden) Strafgesetzes.
Auslegung	Es braucht noch keine staatliche Gewalt für den Vollzug der Strafe. Die Strafe ist die Folge einer Rechtsverletzung.

9.4.3. Pufendorf

Strafzweck	Strafbare Handlungen soll sich nicht lohnen. Pufendorf bringt das Nützlichkeitsargument ein. Für ihn ist das Wohl des Staates das oberste Prinzip (Nützlichkeitsprinzip). Durch die Strafe sollen die Menschen von der Begehung von Straftaten abgehalten werden (Generalprävention). Er vertritt ebenfalls den Besserungsgedanke des Straftäters (Spezialprävention).
Strafmass	Besonders grausame Strafen werden abgelehnt. Die Proportionalität muss gewahrt werden.
Gesetzesmässigkeit (nullo poena sine lege)	Er geht von einem Gesellschaftsvertrag aus, welcher dem Herrscher das Recht zur Bestrafung gibt. Er vertritt die Linie von Hobbes.
Auslegung	Er hat die Zurechnungslehre begründet. Nur diejenigen Menschen dürfen bestraft werden, welche für ihre Taten verantwortlich gemacht werden können. Er unterscheidet zwischen Moral und Gesetz.
Todesstrafe	Die Todesstrafe ist nicht nützlich
Hexerei	Er lehnt das Hexereidelikt ab.

9.4.4. Beccaria (1738 – 1794)

Strafzweck	General- und Spezialprävention
Strafmass	Die Strafe muss im Verhältnis zur Tat stehen. (Proportionalität)
Gesellschaftsvertrag	Er befürwortet den Gesellschaftsvertrag. Der Gesellschaftsvertrag dient zur Begründung der Ablehnung der Todesstrafe. Der Mensch kann jedoch nicht freiwillig auf sein Leben verzichten. Die Todesstrafe ist deshalb unzulässig.
Gesetzesmässigkeit (nulle poena sine lege)	Dient der Beseitigung der richterlichen Willkür
Auslegung	Befürworter eines absoluten Auslegungsverbot
Todesstrafe	Beccaria lehnt die Todesstrafe ab. Der Wohl des Staates ist Zentral ist ihn. Er befürwortet Arbeitsstrafe.
Folter	Grausam, inhuman und unnütz

9.4.5. Von Sonnenfels

Von Sonnenfels ist das österreichische Pendant zu Beccaria.

Strafzweck	Spezial- und Generalprävention (abschreckende Wirkung)
Strafmass	Proportionalität Nützlichkeitsprinzip
Gesetzesmässigkeit (nulle poena sine lege)	Bestimmtheitsgebot Der Richter darf nur in dem Ausmass strafen als es eine gesetzliche Grundlage gibt.
Todesstrafe	Die Todesstrafe wird grundsätzlich abgelehnt. Besser ist eine Arbeitsstrafe. Die Todesstrafe ist nur noch als letztes Mittel zulässig, wenn der Übeltäter sich nicht bessern will (ultimo ratio)
Folter	Er lehnt die Folter ab! Ein bereits verurteilter Verbrecher darf gefoltert werden, damit er Mittäter nennt.
Hexerei / Aberglaube	Hexerei und Aberglauben werden abgelehnt.

9.4.6. Voltaire

Strafzweck	Nützlichkeit Er vertritt den Strafzweck der Nützlichkeit. Der Staat soll das „Gemeinwohl“ der Bürger vertreten.
Strafmass	Proportionalität
Auslegung	Der Richter soll ein reiner Subsumtionsautomat sein. Er darf die Gesetze nicht auslegen.
Todesstrafe	Er lehnt die Todesstrafe ab und Befürwortet die Arbeitsstrafe. „Lehret den Menschen Arbeit und macht einen besseren Menschen aus ihm“.

	Die Todesstrafe wird für Hochverrat befürwortet.
Folter	Er lehnt die Folter ab. Die Leute gestehen unter der Folter alles.
Hexerei / Aberglaube	Er kritisiert die Hexerei und den Aberglauben.

9.4.7. Filangieri

Strafzweck	Generalprävention / Nützlichkeitsgedanken Die Gemeinschaft ist vor der Begehung von Straftaten abzuhalten.
Strafmass	Proportionalität Die Strafe hat sich nach der Bosheit des Täters zu bemessen.
Gesellschaftsvertrag	Der Gesetzesbruch ist ein Vertragsbruch. Auf die Verletzung eines Vertrages folgt der Verlust eines Rechtes.
Gesetzesmässigkeit (nullo poena sine lege)	Anwendung des Gesetzmässigkeitsprinzips Es darf nur soweit gestraft werden als dies das Gesetz vorsieht. Es werden nur Handlungen bestraft und keine Gedanken.

9.4.8. Kant

Strafzweck	Absolute Straftheorie Es wird bestraft, weil der Mensch gefehlt hat.
Strafmass	lex talionis (Gleiches soll mit gleichem vergolten werden) Wiedervergeltungsrecht
Gesellschaftsvertrag	Der Mensch ist unantastbar. Es soll eine scharfe Trennung zwischen Recht und Sittlichkeit geben. Nur der Bruch der Gesetze wird bestraft, aber nicht die Verfolgung einer Gesinnung.
Todesstrafe	Gutheissung der Todesstrafe.

9.5. Die wichtigsten Strafrechtskodifikationen in der Neuzeit

9.5.1. Leopoldina (1786)

Die Leopoldina beruhte auf dem Einfluss Beccaria und auf empirischer Basis.

Sie brachte folgende Verbesserung:

- a) Abschaffung der Todesstrafe
Die Todesstrafe wurde durch schwere Formen der Zwangsarbeit ersetzt.
- b) Aufhebung der Folter
- c) Stärkung der Rechte des Angeklagten

9.5.2. Allgemeines Preussisches Landrecht (ALR) (1794)

Das Preussische Landrecht wurde unter Friedrich II, dem grossen Aufklärer eingeführt. Er stand unter dem Einfluss der Aufklärung.

Das preussische Landrecht brachte folgende Verbesserungen:

1. Abschaffung der Folter
Die Folter wurde bereits im Jahr 1740 aufgehoben.
2. Proportionalität
Es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen der Tat und der Strafe geben.
3. Ahndung Religionsdelikte
Religionsdelikte wurden nur im Falle einer Friedensstörung geandet.
4. Ahndung Sittlichkeitsdelikte
Sittlichkeitsdelikte sind nur als Verletzung des Gemeinwohls relevant.

Der strafrechtliche Teil des preussischen Landrechts wurde durch E.F. Klein und K.G. Svarez erarbeitet. Es beruhte auf einer naturrechtlichen Basis.

9.5.3. Französische Strafgesetzgebung (Code pénale)

Die französische Strafgesetzgebung durchlief folgende Etappen:

- | | |
|-----------|--|
| 1780/1788 | Beschränkung der Folter
(Bereits vor der Revolution) |
| 1789 | Erklärung der Menschenrechte <ol style="list-style-type: none"> a) Gesetzlichkeit des Strafrechts b) Strafbegrenzung auf das Notwendige c) Unschuldsvermutung |
| 1791 | Verfassung <ol style="list-style-type: none"> a) Prinzip des gesetzlichen Richters b) Anklagegrundsatz (ne bis in idem) c) öffentlicher Strafprozess |
| 1791 | Strafverfahrensgesetze <ol style="list-style-type: none"> a) Schwurgerichte b) Mündlichkeit im Strafprozess c) menschenwürdiger Strafvollzug |
| 1791 | Code pénal <ol style="list-style-type: none"> a) Trennung von AT und BT b) Zurückdrängung der Todesstrafe c) Keine Schärfung bei der Vollstreckung der Todesstrafe d) Resozialisierung
aber: Vermehrung politischer Straftaten |

- 1792 Einführung der Guillotine
Humanität und Gleichheit
- 1793 Errichtung des Revolutionstribunals als ausserordentlicher
Kriminalgerichtshof
- a) Abschaffung des gesetzlichen Richters
 - b) ungenaue Tatbestände
(Schutz des Gemeinwohls)
 - c) politische Abweichung mit Deportation bestraft
- 1793 Dekrete über Bestrafung von Gegenrevolutionären
- a) Rechtlosigkeit politischer Täter
 - b) Schutzhaft
 - c) Ausdehnung der Todesstrafe
 - d) Wiedereinführung der Vermögenskonfiskation
 - e) Ächtung der Emigranten
- 1810 Napoleonischer Code pénal
- a) Effektivität und Härte
 - b) Zunahme des todeswürdigen Delikte
 - c) Deportation, Zwangsarbeit und bürgerlicher Tod
 - d) Brandmarkung und Anprangerung

10. Liberales Strafrecht

10.1. Die Straftheorien des Liberalismus

Politisch-ideologische Grundlagen

Es gab folgende politisch-ideologischen Grundlagen:

1. Bürgerliche Kritik an Gemeinwohl- und Erziehungsdenken des aufgeklärten Absolutismus / Ablehnung jeglicher Fremdbestimmung des Individuums durch staatliche Lenkung
Das Bürgertum sollte sich von Absolutismus lösen. Der Landesvater ist nicht für das Glück seiner Bürger verantwortlich.
2. Freiheit und Gleichheit
Das Bürgertum will die Aufhebung von Privilegien. Der Staat soll zurückgedrängt werden. Es soll ein laissez-faire geben. Jegliche Fremdbestimmung durch staatliche Lenkung wird abgelehnt.
3. Ablehnung präventiver Strafzwecke
4. Ambivalenz zwischen Schutz der Freiheit und Ordnungswunsch
Es besteht jedoch eine Ambivalenz zwischen Schutz der Freiheit und Ordnungswunsch. Diese zwei Ziele konkurrenzieren sich.

10.1.1 Immanuel Kant (1724 -1804)

Kant ist sehr relevant für die Aufklärung. Anselm von Feuerbach ist ein Schüler von Kant.

Immanuel Kant vertrat folgende Postulate:

1. Freiheit als Selbstbindung an das Gesetz der Vernunft
Der Staat hat auf seine Bürger keinen Zwang auszuüben.
2. Aufgabe des Staates ist Garantie der Freiheit
Der Staat darf sich in die autonome Sphäre des Individuums nicht einmischen. Die menschliche Würde ist unantastbar.
3. Trennung von Recht und Moral
Das Recht beschäftigt sich nur mit der äusseren Freiheit. Das Recht ist jedoch indirekt an die Sittengesetze gebunden, da die sittlichen Vorstellungen der Gesellschaft in die Gesetzgebung einfließen. Das Recht verlangt nur, dass wir die Gesetze befolgen.
4. Das Recht ist an überpositive Rechtsgrundsätze gebunden.
5. Recht verlangt lediglich Befolgung der Gesetze und kümmert sich nicht um Gesinnung.
Das Recht verlangt nicht ein bestimmtes Denken. Es werden keine Gedankendelikte verfolgt sondern nur äussere Delikte. Die Strafbarkeit von Religionsdelikten wird abgeschafft. Die Erfüllung moralischer Pflichten kann rechtlich nicht eingefordert werden.
6. Notwendigkeit des Rechts für die Ermöglichung eines widerspruchsfreien gesellschaftlichen Zusammenlebens
7. Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann.
8. Strafgesetz als kategorischer Imperativ
Er verlangt die absolute Gleichheit. Jede Straftat ist - unabhängig von der Täter – gleich zu bestrafen. Kant lehnt deshalb die Spezialprävention ab.
 - a) Imperativ
Ein Sollen, also eine Aufforderung: „handle!“
 - b) Hypothetischer Imperativ:
wenn... dann...

- c) Kategorischer Imperativ
ohne Vorbehalt gültige sittliche Verbindlichkeit

1. Kategorischer Imperativ:
„handle sittlich!“

Kategorischer Imperativ des Strafgesetzes:
„Tötest du, so tötest du dich selbst, so sollst du sterben!“

Kant lehnt aufgrund des Gleichheitsprinzips die relativen Straftheorien ab. Die Vergeltung am Straftäter gilt als Wiederherstellung der Gerechtigkeit. Kant veranschaulichte dies an seinem berühmten Inselbeispiel. Der letzte Mörder auf einer Insel, deren Bewohner beschlossen haben, ihren Staat aufzulösen, muss vor der Auflösung hingerichtet werden, damit der Gerechtigkeit genüge getan wird. Die Vergeltung dient der Wiederherstellung des freien Willens.

Kant lehnt die Besserungstheorie ab. Nach Kant hat der Mensch einen freien Willen. Der freie Wille des Menschen kann gegen seinen Willen nicht gebessert werden.

10.1.2 Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775 -1833)

Anselm von Feuerbach ist für das liberale Strafrecht sehr bedeutend. Er hat das Strafgesetzbuch Bayerns entworfen.

Er entwarf die Theorie des psychologischen Zwangs. Er betrachtete den Täter als vernunftbegabten Mensch. Er ging von der Vorstellung aus, dass der Straftäter vor der Begehung der Straftat, das Strafgesetzbuch zur Hand nimmt und überlegt, ob es sinnvoll ist, die geplante Straftat zu begehen.

Von Feuerbach wollte mit seiner Theorien und seiner Strafrechtskodifikation folgende Zwecke verfolgen:

1. Täter als vernunftbegabter Mensch
Die Persönlichkeit des Täters spielt bei der Strafzumessung keine Rolle.
2. Steuerung der Tatmotivation
Hohe Strafen sollen von der Begehung von Straftaten abschrecken.
3. Generalprävention
Die Bevölkerung soll von der Begehung von Straftaten abgeschreckt werden.
4. Strafgesetz zentral
Der Staat darf nur Taten bestrafen, welche im Strafgesetz explizit als strafbar erklärt worden sind.

5. **Strafzweck**
Die Spezialprävention sowie die reine Vergeltung werden abgelehnt. Der Strafzweck ist reine Generalprävention. Die Gestaltung des Strafvollzuges ist deshalb sekundär.
6. **Nulla poena sine lege**
Dies wurde umgesetzt durch das Legalitätsprinzip und das Rückwirkungsverbot. Das Strafgesetz soll die Freiheit garantieren. Der Täter soll vor Begehung der Straftat wissen, welche Konsequenzen er zu vergegenwärtigen hat.
7. **Schwerpunkt bei Strafandrohung**
Hohe Strafen sollen den Täter abschrecken.
8. **Fixe Strafen / Harte Strafen**
Der Richter soll keinen Ermessensspielraum haben.

10.1.3 Karl Ludwig von Grolman (1775 – 1829)

Grolman war ein enger Freund Feuerbachs aber auch sein härtester Kritiker. Von Grolmann war ein Verfechter der Spezialprävention.

Er vertrat folgende Thesen:

1. **Strafe ist Zwang**
2. **Freier Wille des Täters**
Die Gesinnung des Täters soll für die Strafzumessung massgeblich sein.
3. **Strafzweck**
Abschreckung des Täters oder dessen Unschädlichmachung
4. **Strafmass und Strafart richten sich nach der Zurechenbarkeit**

Probleme dieser Forderung:

- a) **Zwang zu einer moralischen Bewertung und Prognosen über den Täter.** Dies widerspricht jedoch der Trennung von Recht und Moral.
- b) **Unvereinbarkeit einer indeterministischen Schuldauflassung mit dem Präventionsstrafrecht**

10.1.4 Karl Joseph Anton Mittermaier (1787 – 1867)

Mittermaier bekämpfte alle doktrinären Positionen und einseitiger Strafprinzipien. Dennoch stand er in enger Freundschaft mit Feuerbach und führte dessen Lehrbuch zu Ende. Er hatte eine starke rechtshistorische und rechtsvergleichende Ausrichtung. Er berücksichtigte empirisch-psychologische Tatsachen. Er erkannte, dass Feuerbachscher Vorsatzbegriff nicht auf Affekthandlungen passte.

Im Strafprozessrecht konnte er folgende Neuerungen einführen:

1. Kampf gegen Inquisitionsprozess
2. Anklageverfahren und Staatsanwaltschaft
3. Öffentlichkeit und Mündlichkeit
4. Geschworenengericht
5. Freie Beweiswürdigung
6. Aufhebung der Freiheit richterlicher Tätigkeit

10.1.5 Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 – 1831)

Hegel vertrat folgende Theorien:

1. Reine Vergeltungslehre
Es gibt keine sozialen oder psychologischen Erwägungen.
2. Die Straftat ist eine Verletzung bzw. Negation des Rechts
Eine Negation ist an sich nichtig, da unmöglich (weil das Recht absolut ist) und widersprüchlich (da sie zur Selbstvernichtung führt).
3. Die Strafe ist Rücknahme der Verletzung
(Negation der Negation)
Das Verbrechen ist eine Störung der Anerkennungsbeziehung. Die Strafe ist die Wiederherstellung dieser Beziehung durch Ausgleichung (= Anerkennungsverlust des Täters).
4. Die Strafe ist ein Prinzip der Vernunft
Der Verbrecher wird durch die Bestrafung als Vernunftwesen anerkannt.

10.2. Liberale Strafgesetzgebung

Es wurden folgende Strafgesetze erlassen:

- a) Territoriale Strafgesetzbücher
1813 Bayern (Feuerbach)
1851 Preussen
- b) Reichsstrafgesetzbuch von 1871

11. Schulenstreit und soziologisch-kriminologisches Strafrecht

11.1. Hauptthemen des Schulenstreits (ab 1882)

Die Hauptthemen des Schulenstreits waren:

- a) Indeterminismus gegen Determinismus
 Der Indeterminismus sagt, dass der Mensch völlige Willensfreiheit hat. Der Determinismus sagt, dass der Menschen meist keine Willensfreiheit hat. Der Gedanke der fehlenden Willensfreiheit wurde jedoch nicht absolut verstanden. Der Mensch hat in gewissen Fällen zwar einen freien Willen. Er hat jedoch keine Handlungsalternativen. Dieser Schulenstreit hat einen grossen Einfluss auf die Zurechnungsfähigkeit. Wenn der Mensch einen freien Willen hat und sich aus diesem freien Willen entschliesst eine Straftat zu begehen, kann die Straftat ihm persönlich zugerechnet werden.

 Für Lombroso waren die Straftäter genetisch programmiert. Sie mussten deshalb präventiv eingesperrt werden. Karl Binding kritisierte diese Denkweise und forderte die Aufhebung der Todesstrafe.
- b) Vergeltungsstrafe gegen Zweckstrafe
 Die klassische Schule von Karl Binding forderte, dass der Täter bestraft wird, weil er gefehlt hat und weil etwas geschehen ist.

Die absoluten Straftheorien wurden durch Hegel stark betont. Der Staat galt als etwas „Absolutes / Höheres“. Er hatte deshalb ein Recht zu strafen. Die Staatsgewalt wirkte strafbegründend. Der Staat hatte aufgrund seiner Macht, die Befugnis Strafen zu verhängen. Er sah in der Aufhebung der Todesstrafe eine Begrenzung der Freiheit. Gemäss Hegel soll jemand bestraft werden, weil er gegen eine staatliche Regel verstossen hat.

Gemäss Hegel sollte nur die Missachtung des staatlich verlangten Verhaltens straffrechtliche Folgen nach sich ziehen.

Für Hegel war allein die Missachtung des formellen Strafgesetzbuches Grundlage für die Bestrafung. Das Delikt wurde als schuldhaft normwidriges Verhalten verstanden.

Das Delikt wurde als Auflehnung des Einzelnen gegen den Rechtsstaat verstanden (Rechtsbruch). Es ging auch nicht um Rache, sondern um den Willen Genugtuungsaparche gegen den zwei Neuen zu erlassen im Strafgesetzbuch.

11.2. Die sogenannt klassische Schule

11.2.1 Karl Binding

Gemäss Binding sollte der Rechtsbrecher gebeugt werden und die Rechtsherrlichkeit soll sich bewähren. Binding war auch bekannt für seine „Normentheorie“. Der Strafvollzug bezweckt die Unterwerfung des Täters unter das Recht. Er hat keine andere Funktion wie z.B. die Prävention.

11.2.2 Karl Birkmeyer (1906)

Birkmeyer leitete den Strafanspruch aus der Geschichte her. Er wollte eine Vergeltungsstrafe. Die Strafe hat ihren Ursprung in der Rache. Die Strafe ist die vorstaatliche, fortgeschrittene Rache.

Ausgangspunkt für die Strafe war und ist, die Möglichkeit des Täters sich angesichts der Strafe anders zu verhalten.

Ausgangspunkt war die Willensfreiheit. Der Täter hätte sich anders verhalten können. Die Strafe ist deshalb verdient, weil der Täter sich so verhalten hat, obwohl er sich andern hätte verhandeln können.

Schon damals forderte man: Keine Strafe ohne Schuld und die Strafe müsse proportional zur Schuld bzw. der Tat stehen.

11.3. Die soziologisch-kriminologische Schule

Die Gegenposition wurde durch die soziologisch-kriminologische Schule vertreten. Die Hauptvertreter waren Rudolf von Jhering und Franz von Liszt.

11.3.1 Rudolf von Jhering

Gemäss Rudolf von Jhering ist der Zweck des Strafrechts die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft.

Die Grundsatzfrage im Strafrecht ist:

1. Schutz der individuellen Freiheit?
oder
2. Schutz der Gesellschaft vor Kriminalität?

Die gleiche Diskussion wird in der Schweiz mit der Verwahrungsinitiative geführt.

Die Gesellschaft definiert selbst, wo Strafe notwendig ist, um sich vor dem Straftäter zu schützen.

11.3.2 Franz von Liszt (1882)

Franz von Liszt baut auf Rudolf von Jhering auf. Beide kritisieren den dominanten Gesetzespositivismus. Er spricht gleichzeitig vom Strafgesetz als Magna Charta des Verbrechers und vom Strafgesetz als Bollwerk des Bürgers gegen den Staat (Leviathan). Dies ist jedoch ein Widerspruch in sich selbst. Gemäss Liszt muss die Strafe auf den individuellen Täter abgestellt werden.

Gemäss Franz von Liszt soll das Strafrecht folgende Zwecke erfüllen:

- a) Gerechte Strafe = notwendige Strafe
Die gerechte Strafe bzw. das Strafmass hat sich am Zweckgedanken zu orientieren.

- b) Rechtsgüterschutz
Die Strafe hat der Prävention zu dienen. Sie soll deshalb vom Rechtsgüterschutz abhängen.
- c) Rechtsgüter als zweckmässige Überlebensbedingungen
Es muss eine Abwägung zwischen Gesellschaftsinteressen, Gemeinschaftswerte und Gemeinschaftsgüter getroffen werden. Überlebenswichtige Güter gehen über die individuelle Freiheit hinaus. Es bestehen Pflichten gegenüber der Gemeinschaft.
- d) Rechtsgüter gegen individuelle Freiheiten
Das Strafrecht wird zu einem politischen Element, da das Strafgesetz die Güter von hohem öffentlichem Interesse definiert (Ruhe und Ordnung etc.). Das Strafrecht steht im Dienst des Rechtsgüterschutzes.
- e) Strafrecht als Grenze
Das Strafrecht ist zugleich ein Bollwerk des Bürgers gegen den Staat. Durch die Kodifizierung wird er vor Willkür geschützt.

11.4. Strafzwecklehre

Die Strafzwecklehre beantwortet die Frage, wie weit jemand zu beeinflussen ist. Braucht es einen psychologischen Zwang oder Motivation?

Folgende Ziele können verfolgt werden:

- a) Besserung des Täters
=> gilt für besserungsfähige Täter
- b) Abschreckung des Täters
=> gilt für nicht besserungsbedürftige Täter
=> deterministischer Ansatz!
- c) Mechanischer Zwang
=> Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Täter
Diese Idee muss als lebensfremd abgelehnt werden.

Franz von Liszt lehnt die Abschreckung des Täters durch psychologischen Zwang à la Feuerbach ab, da der Täter keinen freien Willen habe.

Beim nicht besserungsfähigen Täter ist jedoch die Abschreckung der einzige Weg (Vollzug der Abschreckung).

*„Die Täter lassen sich nicht abschrecken also muss man sie „Unschädlich“ machen“
(vgl. die Mafia führen ihre Geschäfte ja sogar im Gefängnis weiter)*

11.5. Strafrechtswissenschaft

Die Strafrechtswissenschaft befasste sich mit folgenden Fragen:

- a) Das Verbrechen als soziale Erscheinung (Kriminologisch-soziologische Methode)
- b) Suche nach kausalen Erklärungen des Verbrechens und Untersuchung der Wirkungsmöglichkeiten der Strafe

Methode:

1. Historische, soziologische und naturwissenschaftliche Elemente
2. Empirische Grundlage für die Kriminalpolitik
3. Interdisziplinäre Zusammenarbeit

Die Idealvorstellung war dass bei einer interdisziplinären Zusammenarbeit alles Verbrechen verschwindet mit Ausnahme der Affekthandlungen.

11.7. Die vermittelnde Position von Adolf Merkel: Vereinigungstheorie

Adolf Merkel nahm eine vermittelnde Position ein. Er prägte die Vereinigungstheorie. Die Vereinigungstheorie vereint die Vergeltungstheorie und die Präventionstheorien (General- und Spezialprävention).

Die Rechtsstrafe soll als „bewusst gestaltete und geregelte Gegenwirkung gegen die im Verbrechen wirksamen antisozialen Kräfte“ wirken.

Adolf Merkel kritisiert Liszt und Bindung. Beide bezeichnen ihn jedoch als ihren Schüler. Die deterministische Seite ist ihm jedoch zu einseitig.

Adolf Merkel will eine Vergeltung im Sinne eines Ausgleichs, aber beruhend auf einem moralischen Werturteil (Was ist antisozial?).

Er fordert auch eine Kombination von Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit, wobei die Gerechtigkeit die Zweckmässigkeit zügeln als begrenzen muss.

11.8. Kriminalanthropologie

Die Kriminalanthropologie fällt in die Zeit des Sozialdarwinismus. Der Sozialdarwinismus wollte darwinsche Lehren auf die Gesellschaftstheorie übertragen.

11.8.1 Cesare Lombroso (L'uomo delinquente)

Lombroso ist ein Psychiater und kein Jurist. Er arbeitete in verschiedenen Irrenanstalten. Er vertrat die Meinung, dass die Verbrechensmerkmale erkennbar seien und das Verbrechen, dass Ergebnis einer Erbanlage sei.

Er vermäss die Insassen von Gefängnissen und glaubte aufgrund von äusserlichen Körpermerkmalen die Gefährlichkeit, der betreffenden Täter erkennen zu können.

Vertritt man die Meinung, dass das Verbrechen ererbbar sei, kann der Täter für seine Straftaten nichts dafür. In diesem Sinne macht das Schuldstrafrecht keinen Sinn mehr. Lombroso wollte deshalb das Strafrecht abschaffen und die Straftäter psychiatrisch begutachten.

Es gab eine Diskussion wegen vom Täter hin zur Gefährlichkeit des Täters. Für die Strafe oder Massnahme soll nicht mehr der Täter oder die Straftat sondern nur noch die Gefährlichkeit des Täters der Massstab für die Strafzumessung des Täters sein.

11.8.2 Enrico Ferri (Suola positiva)

Enrico Ferri nahm die Ideen von Cesare Lombroso auf und wollte kriminalsoziologische Komponenten berücksichtigen. Gleich wie bei Lombroso soll Massstab für die Strafbarkeit die Gefährlichkeit sein.

12. Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsgesetzgebung (CH)

12.1. Rechtsvereinheitlichung Strafrechtskodifikation

1799 Helvetisches Peinliches Gesetzbuch

Die Schweiz war von 1799 bis 1803 von den Franzosen besetzt. Die Franzosen führten ein neues Strafrecht ein.

1803 Mediation / 19. Jh. (Kantonale Strafrechtskodifikationen)

Nach der Befreiung von den Franzosen ging die Gesetzgebungshoheit auf die Kantone über. Die Kantone führten über 40 verschiedene Strafgesetzgebung ein.

Es gab vier Hauptrichtungen in der Schweiz:

- a) Modell Carolina
- b) Modell Code pénal
- c) Modell Bayern
- d) Modell Preussen

Rechtsvereinheitlichung und Leidensgeschichte des StGB

Im Jahr 1867 forderte die Société pénitentiaire Suisse eine Rechtsvereinheitlichungen insbesondere auch im Strafrecht durchzuführen. Das neue Strafgesetzbuch trat erst am 01.01.1942 in Kraft.

Carl Stoss bekam im Jahr 1889 den Auftrag vom Bundesrat einen Vorentwurf für ein eidg. Strafgesetzbuch zu entwerfen. Im Jahr 1898 wurde der neue Art. 64 und 64bis BV in einer Volksabstimmung angenommen. Dieser Artikel ermöglichte es dem Bund auf dem Gebiet der Strafrechtskodifikation tätig zu werden.

12.2. Schweizerische Strafrechtswissenschaft

12.2.1 Carl Stoss

Carl Stoss war Obergericht in Bern. Er wurde später Professor an der Universität Bern. Im Jahr 1888 wurde durch Carl Stoss die Zeitschrift für Schweizer Strafrecht gegründet. Diese Zeitschrift sollte ein Werbemittel für die eidg. Strafrechtskodifikation sein.

Carl Stoss wollte mit dem Strafrecht präventiv wirken. Er bekam im Jahr 1889 den Auftrag vom Bundesrat einen Vorentwurf für ein eidg. Strafgesetzbuch zu entwerfen. Das Schweiz. Strafgesetzbuch wurde berühmt, weil es als 1. Strafgesetzbuch die Möglichkeit einführte anstelle von Strafen Massnahmen zu verhängen.

Im Jahr 1896 bekam er einen Ruf nach Wien. Er konnte jedoch nicht an der österreichischen Strafrechtskodifikation mitarbeiten. Er starb in Graz. Wäre er in die Schweiz zurückgekehrt, hätte er seine österreichische Pension verloren.

12.2.2 Emil Zürcher

Emil Zürcher machte sich für die Ideen von Lombroso stark. Er war ein berühmter Kriminalanthropologe. Er machte sich für ein einheitliches Strafrecht stark.

Emil Zürcher war gegen die Todesstrafe. Er befürwortete jedoch Massnahmen anstelle von Strafen.

13. Totalitäres Strafrecht

13.1. Vorspiel: Kriegs- und Kolonialstrafrecht

Die Rechtsprechung Italiens der 30er Jahre wurde zu einem grossen Teil von Richtern geprägt, welche in den Kolonien tätig waren. Es gab auch harte Strafen im Militärstrafrecht während des 1. Weltkrieges. Das strenge Kriegs- und Kolonialstrafrecht hatte mit Sicherheit auch eine Ausstrahlung in die 30er Jahre.

Das Kriegs- und Kolonialstrafrecht zeichnete sich wie folgt aus:

- a) Brutalität der Strafen
Eingeborene dürfen ausgepeitscht werden.
- b) Schwächung der Gesetzesbindung
In den Kolonien wurde das deutsche Strafrecht nicht angewandt. Es kam spezielle Strafverwaltungsrecht zur Anwendung, welche vom Gouverneur angewandt werden kann.
- c) Durchbrechung des Analogieverbotes
- d) Schwächung der Verfahrensgarantien
Die Eingeborenen hatten keinen Anspruch auf eine Verteidigung.

- e) Notrecht (Ermächtigungsgesetze)
Während Krisen kam immer Notrecht zur Anwendung.

13.2. NS-Strafrechtswissenschaft

Die Kieler Schule um 1930 unterstützte das nationalsozialistische Strafrechtssystem. Wichtige Vertreter waren Wolf, Schaffstein und Dahm. Sie opponierte gegen das bestehende liberale Strafrecht.

Sie befürworteten ein autoritäres Strafrecht. Das Verbrechen wurde als Pflichtverletzung an der Gesellschaft und dem Volk aufgefasst. Es gab eine Kritik an der Spezialprävention und der Täterfreundlichkeit. Der Strafvollzug wurde als zu Täterfreundlich bezeichnet.

13.3. NS-Strafrechtsprinzipien

Das NS-Strafrecht zeichnete sich durch folgende Prinzipien aus:

- a) Zweckorientierung
Der Zweck war der Schutz des Volkes. Es gab eine Verschiebung vom Individualschutz hin zum Schutz der völkischen Gemeinschaft. Das Volk war nicht das gesamte Volk sondern nur die völkische Gemeinschaft (Herrenmenschen).
- b) Strafgesetz als Mittel der Politik
Einschüchterung und Terrorisierung
Bsp. Reichstagsbrand
- c) Einheit von Recht und Moral
Strafbar ist alles, was dem gesunden Volksempfinden widerspricht.
- d) Straftat als Pflichtverletzung
Es gibt keine Freiheiten mehr sondern nur noch Pflichten.
Straftäter werden wie Friedensstörer behandelt. Sie tragen einen feindlichen Willen in sich.
- e) Nullum crimen sine poena
Kein Verbrechen ohne Strafe.
Sämtliche römische Rechtsinstitute wurden abgelehnt. Der Individualismus wurde abgelehnt. Der Gemeinssinn soll wieder gepflegt werden. Das geschriebene Recht wurde als Hindernis betrachtet.
- f) Aufhebung liberaler Grundsätze
Das Ziel soll die materielle Gerechtigkeit sein.
- g) Abstellen auf „historische“ Argumente
- Germanenmythologie
- Römisch-französisch vs. germanisch
Der individualistische Gedanke des römischen Rechts soll durch das kollektive, gemeinschaftliche Denken des germanischen Rechts ersetzt werden.

Der wichtigste Verbündete Deutschland war Italien. Dies ergab ein propagandistisches Problem. Mussolini pflegte das Erbe Roms. Hitler pflegte das Erbe Germaniens. Diese zwei Rechtstraditionen widersprechen sich.

13.4. Strafrechtsreform

- a) 1933 -1935 Novellen
Es gab diverse Gesetzesrevisionen.
- b) 1936 StGB-Entwurf (Strafrecht ist Kampfrecht)
Der Entwurf wurde nie veröffentlicht. Es wurde mit dem alten Strafrecht weitergearbeitet. Man wollte keine Kodifikation.
- c) Kriegszeit und Strafrecht
In den eroberten Ostgebieten gab es nur Sonderstrafrecht. Es wurde kurzen Prozess gemacht.

13.5. NS-Bewältigung

Nürnberger Prozess

Nach welchem Gesetz sollten die Verbrecher verurteilt werden? Gemäss den Verteidigern der NS-Kriegsverbrecher sollten diese NS-Kriegsverbrecher nur bei einem Verstoß gegen damals geltenden Rechts verurteilt werden.