

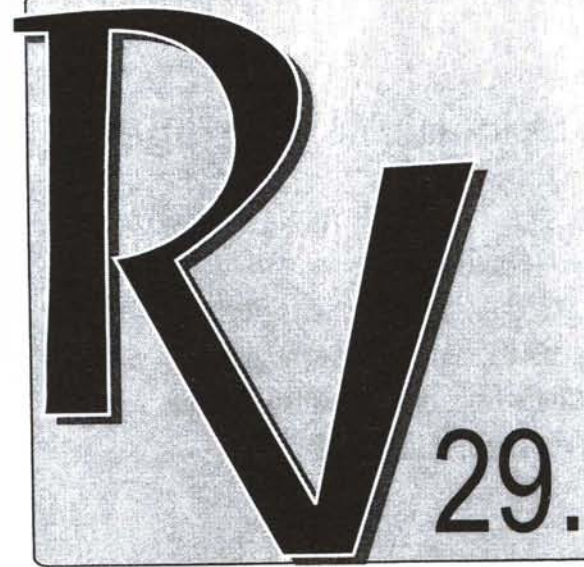
**Rv** 29.

Rechtsgeschichtliche Vorträge

“Ein Schauspiel für den Pöbel”  
Zur Leichnamstrafe und ihrer Überwindung  
in der Aufklärungsphilosophie  
von  
HARALD MAIHOLD

Budapest  
2005

392207



Rechtsgeschichtliche Vorträge

“Ein Schauspiel für den Pöbel”  
Zur Leichnamstrafe und ihrer Überwindung  
in der Aufklärungsphilosophie  
von  
HARALD MAIHOLD

Budapest  
2005

---

# Rechtsgeschichtliche Vorträge

---

Publikation  
der Rechtsgeschichtlichen Forschungsgruppe  
der Ungarischen Akademie für Wissenschaften  
an dem Lehrstuhl für Ungarische Rechtsgeschichte  
Eötvös Loránd Universität



Herausgegeben von:

Prof. Dr. Barna Mezey

© Harald Maihold 2005

Textverarbeitung und Computersatz:

Ágnes Horváth

ISSN 1218-4942

*Dem Andenken an Angela Augustin-Anderheiden*

# „Ein Schauspiel für den Pöbel“ – Zur Leichnamsstrafe und ihrer Überwindung in der Aufklärungsphilosophie

Harald Maihold

Universität Basel

*Se 'l pastor di Cosenza, che a la caccia  
Di me fu messo per Clemente allora,  
avesse in Dio ben letta questa faccia,  
l'ossa del corpo mio sarieno ancora  
in co del ponte presso a Benevento,  
sotto la guardia de la grave mora.  
Or le bagna la pioggia e move il vento  
Di fuor dal regno, quasi lungo 'l Verde,  
dov' e' le trasmutò a lume spento.*

Dante Aligheri

## *I. Die Bedeutung der Aufklärung für das Strafrecht*

Die Aufklärungsphilosophie und ihre Ideen von Humanität, Rationalität, religiöser Toleranz und Liberalismus haben das moderne Recht und insbesondere das Strafrecht stark geprägt. Zwar war das Strafrecht schon seit der Rezeption des römischen Rechts rationaler geworden, wurde im Strafverfahren nach der materiellen Wahrheit gesucht und der Prozeß nicht mehr formal durch Eidesleistungen entschieden. Dieser Prozeß der Rationalisierung verstärkte sich im 16. Jahrhundert durch die systematisierenden Einflüsse der spätscholastischen Theologie, die das moderne Schuldstrafrecht vorbereiteten, und die Lösung des menschlichen Rechts aus dem deistischen Kosmos des Mittelalters im Humanismus. Aber trotz Rezeption und Humanismus war noch das 17. Jahrhundert voller Widersprüche, was Phänomene wie die Hexenprozesse und die Anwendung der Folter belegen – Phänomene, die in der Vorstellung der Laien und einigen Bereichen der Populärwissenschaft oft mit dem Mittelalter verbunden werden, aber ganz zum Bild der frühen Neuzeit gehören. Diese Phänomene verschwanden erst im Laufe

des 18. Jahrhunderts, besiegt von der neuen Aufklärungsphilosophie und ihrer gesetzgeberischen Durchsetzung in ganz Europa.<sup>1</sup>

## II. Die Leichnamsstrafe

Um die Überwindung eines dieser Phänomene geht es in der folgenden Untersuchung: um die „Bestrafung“ von Leichnamen.

### 1. Der Begriff des Leichnams

Um das Phänomen der Leichnamsbestrafung ganz zu verstehen, müssen wir uns zunächst dem Begriff des Leichnams widmen.

Das Wort „Leichnam“ stammt von dem althochdeutschen „*lih-hamo*“ oder „*lichamo*“ ab und meinte ursprünglich die „Körperhülle“, also auch den lebenden Körper. Das geht daraus hervor, daß, noch bei Luther, zur Umschreibung des toten Körpers von dem „sterblichen Leichnam“ die Rede ist. Bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts war dann aber unbestritten „Leiche“ der Körper eines toten Menschen. Erst in den siebziger Jahren wurde dieser Begriffe des Leichnam durch die ansetzende Hirntoddiskussion erneut in Frage gestellt. Man weigerte sich, den Hirntoten, der unter der Reaktivierung wieder Leben in sich trug, unter den Begriff der Leiche zu subsumieren; stattdessen sprach man von „lebenden Toten“, „Vitalkonserven“ oder „lebenden Organpräparaten“.<sup>2</sup>

Nach bisherigem Erkenntnisstand gingen die älteren Rechtsordnungen davon aus, daß der Leichnam den Toten repräsentiert, daß er Rückstand seiner Persönlichkeit ist. Nach germanischer Vorstellung konnte der Tote hören und sprechen, Nahrung zu sich nehmen und sogar das Beilager ausüben. Er konnte verletzt werden und die Verletzung anklagen. Die Klage des toten und die Klage gegen den toten Mann wurden mit dem Leichnam selbst erhoben.

Weiter geht man davon aus, daß die Vorstellung von der Persönlichkeit des Leichnams seit dem Mittelalter unter dem Einfluß des römischen Rechts immer schwächer wurde; der Leichnam wurde zur Sache, an der Rechte bestehen können.

<sup>1</sup> Zur Straflehre der Aufklärungszeit vgl. Hinrich Rüping, Strafrechtsgeschichte, 3. Auflage, München 1998, Rdnr. 192ff m.w.N.

<sup>2</sup> Nikolaus Englert, Todesbegriff und Leichnam als Element des Totenrechts, München 1979, S. 114.

Daß sich diese beiden Grundpositionen aber nur bedingt mit Quellen aus dem römischen und germanischen Rechtskreis belegen lassen, hat schon Nikolaus Englert 1978 nachgewiesen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß sich weder im römischen Recht noch im germanischen Recht ein unmittelbarer Anhaltspunkt findet, der die Frage nach der Rechtsnatur der Leiche beantwortet hätte, und man daher auf Interpretationen angewiesen sei.<sup>3</sup>

Noch heute ist die Frage nicht geklärt. Erst jüngst wurde die Diskussion über das, was man mit Leichnamen tun darf und was nicht, durch die Ausstellung „Körperwelten“ angeregt. Die präparierte Leichname durften u.a. in Basel und Berlin, nicht aber in München zur Schau gestellt werden.<sup>4</sup>

### 2. Klassifizierung

Wenn wir von Leichnamsstrafen sprechen, so müssen wir dabei verschiedene Phänomene auseinanderhalten. In einem weiteren Sinne fallen darunter:

- die Vollstreckung der Körperstrafe am Leichnam als Ersatz für die nicht mehr mögliche Bestrafung eines verstorbenen Straftäters (Leichnamsstrafe im engeren Sinne)
- postmortale Strafen an der Ehre (*damnatio memoriae*) und am Vermögen des Toten (Güterkonfiskation, Verlust des Erbrechts),
- unselbständige Strafschärfungen, die zur Vollstreckung einer qualifizierten Todesstrafe gehören und nach Eintritt des Todes am Leichnam fortgesetzt werden, etwa die Strafe des Verbrennens nach Enthauptung,
- sonstige den Leichnam betreffende Maßnahmen, wie die Freigabe des Leichnams zur anatomischen Forschung.

In der ersten und dritten Variante gehört die Leichnamsbestrafung zu den „Ehrenstrafen“ und steht im Zusammenhang mit der im Mittelalter härter gewordenen Todesstrafe. Sie ist erst in der Neuzeit von Wissenschaft und Rechtsprechung mit klaren Konturen versehen worden. Damit im Zusammenhang steht die *executio in effigie*, also die Vollstreckung einer Strafe am Bildnis eines abwesenden Täters.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Englert, Todesbegriff, S. 120ff.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Kurt Seelmann, Körperwelten und Pietät. Der Umgang mit den Toten und die Würde der Lebenden, in: NZZ vom 4. 10. 1999 (abrufbar unter: <http://www.kirchen.ch/pressespiegel/nzz/0228.htm>).

<sup>5</sup> Vgl. Wolfgang Brückner, Artikel „Leichenbestrafung“, in HRG II, Sp. 1810.

### 3. Die Praxis

Strafen am Leichnam sind sehr alt. Schon das mosaische Recht kannte zwar keine selbständigen Leichnamstrafen, wohl aber qualifizierte Todesstrafen, etwa Verbrennen, Aufhängen oder Steinigen nach vollzogener Todesstrafe.<sup>6</sup> Auch für das römische Recht ist eine solche Praxis belegt. Von einem allgemeinen Rechtsinstitut kann zwar schon in klassischer Zeit nicht mehr die Rede sein.<sup>7</sup> Noch in nachklassischer Zeit ist die Praxis aber offenbar sehr verbreitet gewesen, wie das entschiedene Vorgehen der Kaiser gegen Leichnamsschändungen bezeugt.<sup>8</sup> Auch Aurelius Augustinus (354-430), wettet gegen die Grausamkeiten, die zu seiner Zeit an den Körpern der Toten vollzogen wurden.<sup>9</sup>

In germanischer Zeit konnte der Leichnam, entsprechend der Vorstellung, daß darin die Persönlichkeit des Toten fortwirke, für seine Bluttaten geköpft oder gepfählt werden. Es ist auch vorgekommen, daß der Leichnam eines gefährlichen Täters bei der Bestattung präventiv mit Pfahl und Dornen fixiert wurde, um ihn an weiteren Taten zu hindern. Unterschwellig ist diese Vorstellung noch lange wirksam gewesen. Noch die Bestattung Napoleons 1815 in sieben fest verschlossenen Marmorsärgen erinnert daran.

Im 15. Jahrhundert erlebt die Leichnamstrafe in Mitteleuropa einen quantitativen Aufschwung, der von der wissenschaftlichen Kritik begleitet wird. So berichtet der spanische Jurist Antonio Gómez (1501-vor 1572) von einem Prozeß in Salamanca, wo sich ein pädophiler Geistlicher im Kerker das Leben genommen hatte: Die Strafe des Erhängens wurde an seinem Leichnam vollstreckt.<sup>10</sup> Ein anderer wichtiger spanischer Jurist des 16. Jahrhunderts, Fernando Vázquez de Menchaca (1509-66), spricht von einer „schlechten Gewohnheit“ („*pessime faciunt utentes contraria consuetudine*“), die er darauf zurückführt, daß Baldus die Frage dem Richter habe überlassen wollen.<sup>11</sup>

Vornehmlich bei den Häresie- und Majestätsdelikten angewendet, begegnet die Leichnamstrafe in erster Linie als Waffe in den Glaubenskriegen,

angefangen bei den Vorläufern der Reformation im 15. Jahrhundert (Wiclif), bis hin zu den Hugenottenkriegen im Frankreich des 17. Jahrhunderts, wo sie so üblich wird, daß die Kritiker von einer „französischen Gewohnheit“ sprechen.<sup>12</sup> Mit der Zeit wurde der Anwendungsbereich aber erheblich ausgedehnt. So ergibt sich aus einer Dissertation von 1699, daß die Leichnamstrafe nicht mehr nur in Fällen des Hochverrats, der Häresie und der Majestätsverletzung, sondern auch bei Zauberei, Sodomie, Brandstiftung und Mordbrennerei angewendet wurde.<sup>13</sup>

Gleiches gilt für die *executio in effigie*, die, dem römischen Recht noch unbekannt, eine eigentliche Erfindung der Neuzeit ist. Auch hier wurde der Deliktskatalog bald erweitert und die Bildnisstrafe auch bei Meideid, Verrat und Betrug angewendet.<sup>14</sup>

### 4. Erste Kodifizierungen

Die Zunahme der Leichnamstrafen hat erst im 17. Jahrhundert zu ersten gesetzlichen Regelungen geführt. Noch die Carolina von 1532, wie ihr Vorläufer, die Bambergensis von 1507, enthalten keine Regelung. Sie kennen aber Vermögensstrafen gegen Selbstmörder, die erst nach dem Tode verhängt werden: den Verlust der Erbfähigkeit und Einzug des Vermögens.<sup>15</sup>

Die „Ferdinanda“ Kaiser Ferdinands III. von 1656 bestimmt dagegen für den Selbstmord des Verbrechers die „*Straff deß Cörpers zum Exempel nach Beschaffenheit deß großen Verbrechens*“ Scheiterhaufen, Rad oder Galgen.<sup>16</sup> Unabhängig vom Selbstmord regelt erstmals die französische *Ordonnance criminelle* von 1670 für das Majestätsverbrechen (*lèze majesté divine ou humaine*) den Prozeß und die Vollstreckung der Strafe gegen die Leiche oder das Andenken des Toten: „*De la manière de faire le procès au cadavre ou à la mémoire d'un défunt*“, eine Regelung, die zur Grundlage der Leichenstrafen in den Hugenottenverfolgungen wurde.<sup>17</sup>

<sup>6</sup> Johann David Michaelis, *Mosaisches Recht*, Biel 1777, Teil 5, § 235; Gallus Aloys Kleinschrod, *Systematischen Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, Erlangen 1794, 3. Teil, § 93a) (S. 163).

<sup>7</sup> Max Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, 2. Auflage, München 1971, § 142 Fn 23; Arlette Lebigre, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit Romain classique*, Paris 1967, p. 93.

<sup>8</sup> C. 9, 19, 6; N. 60, 1, 1 und N. 115, 5, 1.

<sup>9</sup> Augustinus C. 23, q. 5, c. 2. Dazu noch unten.

<sup>10</sup> Antonio Gómez, *Commentariorum variarumque resolutionum...*, lib. 3, cap. 1, num. 79 (Antverpiae 1634, p. 438).

<sup>11</sup> Fernando Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium, aliarumque usu frequentium libri tres...*, lib. 3, cap. 96, num. 8f (Francofurti ad Maenum 1572, p. 256-256a), zitiert Baldus ad C. 6, 22, 2.

<sup>12</sup> Brückner, HRG II, Sp. 1811f.

<sup>13</sup> Vgl. Brückner, HRG II, Sp. 1813.

<sup>14</sup> Johann Christian Edler von Quistorp, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, 5. Auflage, Rostock und Leipzig 1794, § 93.

<sup>15</sup> Bambergensis Art. 160, Carolina Art. 135, zit. nach: Arno Buschmann, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Die klassischen Gesetze*, München 1998.

<sup>16</sup> Zit. nach Brückner, HRG II, Sp. 1812.

<sup>17</sup> *Ordonnance criminelle*, tit. 22, zit. nach Brückner, HRG II, Sp. 1812.

### III. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung bis zum 16. Jahrhundert

Seitdem mit den italienischen Kommentatoren und Kriminalisten im Spätmittelalter die Rechtspraxis wissenschaftlich beleuchtet wurde, stand die Praxis der Leichnamsbestrafung zunehmend in der Kritik. Die Kommentatoren konnten sich dabei sowohl auf das römische wie das kanonische Recht berufen. In beiden Gebieten waren Grundsätze formuliert worden, mit denen die Praxis der Leichnamsstrafe kaum vereinbar war. Mit der Kritik wurden aber auch die Ausnahmen, die das römisch-kanonische Recht für eine „Bestrafung“ nach dem Tod zuließ, rezipiert.

#### 1. Die Kritik der Leichnamsstrafe

Schon das römische Recht anerkannte den Grundsatz, daß die Verfolgung des Verbrechens mit dem Tod endet: „*crimen extinguitur mortalitate*“.<sup>18</sup> Auch das kanonische Recht kennt diesen Grundsatz.<sup>19</sup> Eine Begründung für den genannten Grundsatz, der eher im Sinne eines Verfahrenshindersnisses verstanden worden sein wird, findet sich bei dem spätclassischen Juristen Iulius Paulus. Danach muß das Verfahren mit dem Tod enden, weil die Besserungsfunktion der Strafe am toten Täter nicht mehr eintreten kann, denn ein Toter könne die Strafe nicht mehr fühlen:

Paulus D. 48, 19, 20. „*quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.*“

Eine ähnliche Begründung scheint dem Kommentatoren Angelus de Ubaldis (1328-1404) vorgeschwebt zu haben. Ihm zufolge kann einem Leichnam kein Unrecht geschehen:

„*Cadaveri nulla potest inferri iniuria; ideo errant assessores, qui cadavera puniendorum mittunt ad furcas.*“<sup>20</sup>

Hier wird also auf die Straffunktion abgestellt.<sup>21</sup> Die römische Lehre kennt neben dem hier von Paulus genannten (spezialpräventiven) Zweck der Besserung aber auch noch die Zwecke der Vergeltung und der (generalpräventiven) Abschreckung potentieller Täter („*Capitali poena in*

*exemplum vindicare.*“).<sup>22</sup> Mommsen nimmt an, daß nach römischer Anschauung die Rache am toten Täter nicht mehr gekühlt werden konnte, da sie auf die bereits eingetretene Tötung abzielen müßte.<sup>23</sup> Doch dies vermag die Praxis der Leichnamsstrafen nicht zu erklären; dieses Phänomen beweist ja gerade, daß auch nach römischer Vorstellung die Rache keine Grenze kennt und sehr wohl auch noch am Toten gekühlt werden konnte. Auch die Abschreckung ist als Begründung für eine Leichnamsstrafe denkbar.<sup>24</sup> Die paulinische Begründung gegen die Leichnamsstrafe erscheint also wenig sattelfest. Ihre Berufung auf den Strafzweck der Besserung verlangte geradezu danach, das Phänomen unter Hinweis auf andere Strafzweck zu legitimieren.

Daß die Strafzwecke einer Bestrafung des Leichnams nicht unbedingt entgegenstehen, erkennt auch Augustinus, der gegen die Leichnamsstrafe daher nicht mit nicht mehr erreichbaren Strafzwecken argumentiert, sondern mit der moralischen Motivation des Rächers: Die Abscheulichkeit der Sünde dürfe nicht zum ungezügelten Rachevollzug verführen, sondern es müsse Milde walten. Die katholische Milde („*mansuetudo, lenitas*“) sei nicht unwürdige Schwäche, sondern zeige in der Beherrschung des Willens den trefflichen Charakter.

Augustinus C. 23, q. 5, c. 2: „*Pena illorum, quamuis de tantis sceleribus confessorum, rogo te ut preter supplicium mortis sit, et propter conscientiam nostram, et propter catholicam mansuetudinem commendandam. Ipse enim fructus ad nos peruenit confessionis illorum, quia inuenit ecclesia catholica, ubi erga atrocissimos inimicos seruet atque exhibeat lenitatem. In tanta quippe crudelitate, quaecumque preter sanguinem uindicta processerit, magna lenitas apparebit. Quod etsi modo quibusdam nostris illa atrocitate commotis uidetur indignum, et quasi dissolutionis et negligentiae simile, transactis tamen motibus animorum (qui recentioribus factis solent turbulentius excitari) egregie luculenta bonita apparebit.*“

Demnach ist aber die Bestrafung des Leichnams nur über die Milde bzw. Barmherzigkeit ausgeschlossen, während sie nach aller Strenge des Rechts möglich bleibt. Dies ist keineswegs ungewöhnlich. Das kanonische Recht versteht sich vielfach als Ergänzung und Korrektur des „strengen“ römischen Rechts. Kanonische Äquitas wird gegen den *rigor iuris civilis*, Barmherzigkeit und Liebe gegen „blinde“ Gerechtigkeit ausgespielt.

Eine Bündelung erfahren diese unterschiedlichen Rechtsbereiche im 16. Jahrhundert in der Spanischen Naturrechtslehre, die neben der Legistik und

<sup>18</sup> D. 48, 4, 11; D. 49, 14, 9; C. 9, 6, 6. Wilhelm Rein, Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, Leipzig 1844, Nachdruck Aalen 1962, S. 280; Lebigre, *Quelques aspects*, p. 92.

<sup>19</sup> Edwin Katz, Ein Grundriß des kanonischen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1881, S. 55.

<sup>20</sup> Zit. nach Brückner, HRG II, 1811.

<sup>21</sup> Vgl. Lebigre, *Quelques aspects*, p. 10, 93f.

<sup>22</sup> C. 4, 55, 4. D. 48, 3, 6, 1; D. 48, 8, 3, 2; D. 48, 19, 6, 1; D. 48, 19, 16, 10.

<sup>23</sup> Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Berlin 1899, S. 75; Lebigre, *Quelques aspects*, p. 92.

<sup>24</sup> Lebigre, *Quelques aspects*, p. 95f.

Kanonistik auch stark von der spätscholastischen Theologie und ihren Systematisierungsbestrebungen geprägt ist. Antonio Gómez übernimmt die Begründung des Römers Paulus, daß Anklage und Strafe nach dem Tode grundsätzlich ausgeschlossen seien, „*quod omne delictum extinguitur morte*“, weil der Tote die Strafe nicht mehr fühlen könne.<sup>25</sup> Nach Fernando Vázquez de Menchaca muß jedenfalls die Körperstrafe mit dem Tod des Täters erlöschen. Sie ist nämlich eine Strafe, die gefühlt werden soll, der Tote aber kann sie nicht mehr fühlen („*quia illa est poena sensus, mortuus autem non sentit*“). Vázquez stellt den Toten dabei auf eine Linie mit dem Geisteskranken, der ebenfalls eine Körperstrafe nicht mehr fühlen und daher nur mit einer Geldstrafe bestraft werden könne.<sup>26</sup> Dies hat freilich für die theokratisch angelegte Rechtslehre zur Folge, daß derjenige, der im gesunden Zustand eine Todsünde begangen hat und aufgrund späterer Geisteskrankheit im menschlichen Gericht nicht verurteilt werden konnte, in der Todsünde stirbt und also vor Gott verdammt wäre. Vázquez erinnert aber daran, daß das göttliche Urteil milder ausfalle als das menschliche. Im übrigen treffe die Strafe den Sünder aufgrund eigener Schuld, denn da niemand den Tag und die Stunde kenne, zu der er abgerufen werde, hätte er sich vor Eintritt des Wahnsinns der Sünde enthalten müssen.<sup>27</sup>

Mit der Betonung der Gefühllosigkeit wird der Leichnam unter den Sachen subsumiert und in einen Zusammenhang mit Geisteskranken, Tieren und gefühllosen Sachen gestellt. Die Rede von der „Leichnamsstrafe“ störte das Prinzip von der Personalität der Strafe, das sich im 16. Jahrhundert in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre in Parallele zum Schuldprinzip entwickelt hat (Alphonso de Castro, Diego de Covarrubias y Leyva). Die Tendenz, unter „Strafe“ mehr oder weniger ausschließlich die Schuldstrafe zu verstehen,<sup>28</sup> führte dazu, daß die „Strafe“ nur bei vernunftbegabten Personen, die eine „Schuld“ begehen können, einen Sinn haben kann. Der Leichnam als Sache scheidet aus dem Adressatenkreis der Strafe aus und so wird die Leichnamsstrafe zunächst ihrer Legitimation als „Strafe“ entkleidet. Daß die Schwere des Delikts eine solche Bestrafung schon nach dem Vergeltungszweck der „Strafe“ erfordere, ist zwar immer noch häufig zu hören, doch überzeugend ist dieses Argument vom Konzept einer allein auf die Person bezogenen Strafe nicht mehr.

Einen wichtigen Beitrag zur Durchsetzung des Personalitätsprinzips der Strafe hat Hugo Grotius (1583-1645) in seinem 1625 erschienenen Werk *De iure belli ac pacis* geleistet. Bei der „Strafe“ der Gesamtheit für Vergehen des

Fürsten äußert Grotius die Ansicht, die Strafe müsse enden, sobald die schuldigen Teile der Gesamtheit verstorben seien. Zur Begründung verweist er auf das Wesen der Gesamtheit. Diese ist zwar einerseits von dem Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig („*quamdiu durat universitas videtur posse, quia idem corpus manet.*“), andererseits ist aber eine Seele nur den Einzelnen und nicht der Gesamtheit selbst eigen („*primo enim convenit singulis ut animum habentibus quem universitas per se non habet.*“) Es ist daher mit der Strafe wie mit dem Verdienst, das nach dem Tod derjenigen, die sich verdient gemacht hätten, nicht mehr auf die Gesamtheit ausstrahle, ja noch strenger als dort, denn selbst wenn Verdienste noch auf andere ausgedehnt würden, könne dies von der Strafe nicht gelten.<sup>29</sup>

Unter Zugrundelegung des engen Strafbegriffs kommt Grotius zu dem Grundsatz, daß Unbeteiligte nicht bestraft werden können. Dieser Grundsatz beruht nicht auf dem Besserungszweck der Strafe, da dieser auch durch Bestrafung anderer erreicht werden könne. Vielmehr beruht er auf dem Prinzip, daß die Strafe sich auf die persönliche Schuld des Täters gründet, die aus dem ureigensten Willen stammt:

„... *neminem delicti immunem ob delictum alienum puniri posse ... quia obligatio ad poenam ex merito oritur: meritum autem est personale, quippe ex voluntate ortum habens, qua nihil est magis nobis proprium, unde αυτεξουσιον vocatur.*“<sup>30</sup>

Das Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit überwiegt bei der Strafbegründung demnach das generalpräventive Bedürfnis nach Verhinderung einer späteren Rache durch Erstreckung der Strafe auf andere. Diese Straftheorie wird grundsätzlich auch von Benedikt Carpzov (1595-1666) übernommen. Die Straftheorie Carpzovs stützt sich wie dessen Verbrechenbegriff auf den *animus*: Nur der willentlich schädigende Mensch ist Subjekt der Strafe, nur die Urheber (*auctores*) sind strafbar.<sup>31</sup>

## 2. Die Diskussion um Ausnahmen

Wenngleich sich auf der Grundlage des römisch-kanonischen Rechts in der Legistik und Naturrechtslehre die Kritik an der Praxis der Leichnamsbestrafung formierte, so wurde doch auch zu allen Zeiten der Versuch unternommen, zumindest bei den Schwerstdelikten „Strafen“ gegen den Toten einer

<sup>25</sup> Gómez, *Comm. var. res. lib. 3, cap. 1, num. 78f* (p. 437f).

<sup>26</sup> Vázquez de Menchaca, *Contr. illustr., lib. 3, cap. 96, num. 7ff* (p. 256-265a).

<sup>27</sup> Ebd. num. 11, § Alium (p. 256a).

<sup>28</sup> Vgl. dazu Harald Maihold, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln u.a. 2005.

<sup>29</sup> Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres, lib. II, cap. 21, num. 7f* (Leiden 1939, p. 543ff).

<sup>30</sup> Ebd. num. 12 (p. 547).

<sup>31</sup> Benedikt Carpzov, *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium, pars 3, q. 131, num. 1-5* (Wittebergae 1635, Goldbach 1996, p. 325).



Rechtfertigung zugänglich zu machen. Je nachdem um welche „Strafen“ oder Massnahmen es sich handelte, wurden unterschiedliche Argumente für eine postmortale Sanktion angeführt.

#### a) Vollstreckung der Körperstrafe am Leichnam

Für die Leichnamstrafe im eigentlichen Sinne, also die Mißhandlung des toten Körpers des Delinquenten, war eine Rechtfertigung am schwierigsten. Auf das römische Recht konnte sie sich nicht stützen, hatten doch sowohl die klassischen römischen Quellen wie die italienischen Kommentatoren eine solche Sanktion für unzulässig erklärt.

Anders sah es für das kirchliche Recht aus. Hier konnte man sich auf eine Augustinus-Stelle im Dekret Gratians stützen.<sup>32</sup> „Strafen“ an vernunftlosen Tieren und Sachen waren dem kirchlichen Recht nicht unbekannt, wie überhaupt das Prinzip, daß „Strafe“ immer eine Schuld voraussetzt und sich nur auf eine Person beziehen könne, noch nicht allgemein Geltung hatte, sondern zunächst nur bei den „Strafen“ Anwendung fand, die einen Bezug zur Seele hatten. Der Strafbegriff war sehr viel weiter und erfasste jedes auch indirekte Übel.

Tiere und Sachen werden nicht wegen einer Sünde „bestraft“, sondern aus anderen „Gründen“, die seit Gratian um 1140 in der Literatur immer wieder rezipiert wurden.<sup>33</sup>

1. Mit der „Strafe“ wird ein Zeichen gesetzt („*causa sacramenti*“), wie bei der „Verfluchung“ des Schatzes Jerichos und der Tiere der Amalekiter (Ios 12; I Rg 15). Weder der Schatz noch die Tiere wurden Eigentum der Israeliten, sondern fielen zur sakramentalen Verwaltung an die Priester. Weitere Beispiele sind die Tötung der ägyptischen Erstgeburt, die Austrocknung des Schilfmeers beim Exodus der Israeliten und die Vernichtung der Tiere bei der Sintflut.<sup>34</sup>

2. Mit der „Strafe“ wird die Sünde abgewiesen („*detestatione peccati*“). Diesem Zweck diente die Verfluchung des Geldes, das Simon für die Verschaffung des Heiligen Geistes angeboten hatte (Act 8, 20). Deshalb wird die Kirche, die von einem Ämterkäufer geweiht wurde, eher als entheiligt denn

<sup>32</sup> C. 15, q. 1, c. 4.

<sup>33</sup> Raymundus de Peniaforte, *Summa de poenitentia, et matrimonio*, lib. 3, tit. 32, § 7 (Roma 1603, Neudruck Meisenheim/Glan 1967, p. 378f). *Dictum Gratiani post C. 1, q. 4, c. 11, pars 3, § 7* (Beispiele z.T. falsch zugeordnet!).

<sup>34</sup> Das Sintflutbeispiel findet sich bei Augustinus, *De Civitate Dei* lib. 15, cap. 24 (ed. Bernard Dombart u. Alfons Kalb, Stutgardiae 1981, p. 471).

als geheilt angesehen.<sup>35</sup> Ähnlich hatte Augustinus nach einer vielzitierten Stelle die Tötung des durch Sodomie mißbrauchten Tieres begründet.<sup>36</sup>

3. Die „Strafe“ an Tieren und Sachen dient der Geißelung der Delinquenten („*flagello delinquentium*“), wie im Fall der zehn ägyptischen Plagen (Ex 7ff).

4. Schließlich kann die Tier- und Sachstrafe die Geduld auf die Probe stellen, wie dies Gratian („*in experimentum et exemplum patientiae*“)<sup>37</sup> und die Dekretglosse („*imperitia patientiae*“)<sup>38</sup> formulieren.

Diese Tradition greifen die spanischen Legisten Gómez und Vázquez de Menchaca auf und transferieren sie in das System der weltlichen Strafen. Die Spätscholastik sorgte allerdings für eine Einengung des Strafbegriffs auf die Schuldstrafe, so daß von einer „Strafe“ im eigentlichen Sinne nicht mehr die Rede sein konnte.<sup>39</sup> Die Argumentationsmuster für die Tier- und Sachstrafe wurden aber außerhalb des Begriffes von der „eigentlichen“ bzw. der „echten“ Strafe neu angesiedelt. In den Kontext der Tier- und Sachstrafen wird nun auch die Leichnamstrafe eingeordnet. Nach Gómez und Vázquez de Menchaca soll bei Schwerstdelikten („*delicta gravissima et enorme*“) der Leichnam des Verbrechens am Galgen aufgehängt oder anders „bestraft“ werden, um das Andenken (*memoria*) an das Delikt auszulöschen und um andere von solchen Verbrechen abzuschrecken. Bei Häresie, Majestätsverbrechen und „*delicta contra naturam*“ sollen die Gebeine der Täter verbrannt werden, damit ein Fortwirken der Sünde ausgeschlossen ist.<sup>40</sup>

Man unterstellt den Spaniern gern eine biologische Verbrechenslehre, nach der das Blut zum Verbrechen (insbesondere das der Juden zur Häresie) prädestiniert war. Die Strafe des Verbrennens wird als Versuch verstanden, die Wurzel des Übels, die Materie, aus der das Verbrechen zum Vorschein kam, auszurotten. Dagegen spricht aber, daß nach Gómez und Vázquez nicht der Leib des Täters aus der Welt geschafft werden soll, sondern das Andenken an das Verbrechen. Beide Autoren berufen sich auf die in diesem Zusammenhang viel zitierte und bereits erwähnte Augustinus-Stelle, wonach das durch den Sodomiten mißbrauchte Tier getötet werden solle, nicht aus „Strafe“ – diese ist an vernunftlosen Geschöpfen nicht möglich – sondern damit die Erinnerung an das Verbrechen ausgelöscht werde. Es ist also nicht die Materie, sondern der Geist des Verbrechens, der bekämpft werden soll. Die Gemeinschaft weist

<sup>35</sup> C. 1, q. 4, c. 11.

<sup>36</sup> Vgl. C. 15, q. 1, c. 4.

<sup>37</sup> *Dictum Gratiani post C. 1, q. 4, c. 11, pars 3, § 7*.

<sup>38</sup> Glosse *casus ad C. 1, q. 4, c. 11*.

<sup>39</sup> Vgl. Hinweis Fn 28.

<sup>40</sup> Gómez, *Comm. var. res. lib. 3, cap. 1, num. 78f* (p. 437f). Vázquez, *Contr. Illustr. lib. 3, cap. 96, num. 11* (p. 256a).

durch den Vollzug der „Strafe“, einen magischen Reinigungsritus, den Gedanken der Sünde von sich. Man sollte daher eher von einer magischen als von einer biologischen Straflehre sprechen.

Die Naturrechtslehrer schieben aber mit dem Hinweis auf die Abschreckung anderer noch eine Begründung nach, die sich nicht unmittelbar aus dem kanonischen Recht ergab. Dahinter steht sicher die Einsicht, daß das Andenken an die Sünde zur Nachahmung verleitet, während die Abweisung der Sünde eine Nachahmung verhindern kann. Die Perspektive hat damit aber tendenziell gewechselt: Von einer Reinigungshandlung gegenüber Gott ist die Leichnamsstrafe zu einem Präventionsinstrument des Staates geworden. Die Berufung auf Augustinus macht zudem deutlich, daß die Leichnamsstrafe, angeregt von der Kanonistik, als „Strafe“ an einer Sache verstanden wird. Der Leichnam ist nicht mehr ein strafwürdiger Rückstand der Persönlichkeit des Täters, der er noch in der älteren Rechtsanschauung war, sondern bloße Sache. Damit ist einem rationalen Verständnis der Leichnamsstrafe der Weg bereitet.

#### b) Postmortale Ehr- und Vermögensstrafen

Während die Vollstreckung der Körperstrafe am Leichnam dem eben Gesagten zufolge als eine präventionistische Maßnahme außerhalb des Katalogs der „Strafe“ im eigentlichen Sinne verstanden wurde, hatte man bei der postmortalen Verhängung von Strafen, die nicht den Körper, sondern die Ehre oder das Vermögen betrafen, mit dem Strafbegriff weniger Probleme.

Schon in römischer Zeit kannte man bei bestimmten Delikten postmortale Verfahren, die noch nach dem Tod des Angeklagten eine Feststellung und Bestrafung des Verbrechens ermöglichten. Historisch gehen diese Verfahren auf die Hostiserklärungen zurück, mit denen die Hochverräter auch nach ihrem Tod aus der römischen Gesellschaft ausgeschlossen wurden, ihr Vermögen eingezogen und ihr Andenken ausgelöscht wurde. In klassischer Zeit waren sie üblich für:

1. Majestätsverletzung (*crimen laesae maiestatis*)
2. Häresie (*crimen haereseos*) und Abtrünnigkeit (*apostatis*)
3. Unterschlagung und Erpressung öffentlicher Gelder (*crimen repetundarum*)
4. Diebstahl und Unterschlagung von Staats- und Tempelgut (*peculatus, sacrilegium* und *residuum*)
5. Zollübertretung (*crimen fraudati vectigalis*)
6. Fahnenflucht (*desertio*).

7. Delikte, die mit Erhängen (*suspendiosi*) und Totalkonfiskation (*ademptio bonorum*) bestraft wurden.

Die in diesen Fällen angestrebten postmortalen Verfahren waren nicht selten politisch motiviert und machten auch vor Konsuln und Kaisern nicht Halt.<sup>41</sup> Erst die italienischen Kommentatoren haben das postmortale Verfahren systematisiert und die Delikte unter den Oberbegriff des *crimen (laesae) maiestatis* zusammengefaßt, das in *divinae* und *humanae* unterteilt wird. Trotz allem blieb aber ein Unbehagen. Die Glossatoren bezeichnen diese Fälle daher als äußerste Ausnahme („*ultimum speciale*“).<sup>42</sup>

Das Verfahren findet nicht gegen den Toten selbst statt, da dieser nur von Gott gerichtet werden kann, sondern gegen sein Andenken (*memoria*).<sup>43</sup> Dementsprechend hatte eine Verurteilung zunächst ehrenrechtliche Folgen für das Andenken des Toten: Mit der sog. *damnatio memoriae* wurden dem Verurteilte nachträglich alle Bürgerrechte aberkannt.<sup>44</sup> Der Entehrung des Toten wurde dadurch Ausdruck verliehen, daß dessen Denkmäler und Bildsäulen niedrigerissen wurden und man den Namen des Toten aus öffentlichen und Privatdokumenten tilgte.<sup>45</sup>

Die Konfiskation des Vermögens eines Hingerichteten bot keine Schwierigkeit. Der Grundsatz, daß das Verfahren mit dem Tod endet, beinhaltete zwar auch den Ausschluß der Erbenhaftung für Delikte des Erblassers.<sup>46</sup> Noch Grotius erinnert daran, daß der Erbe den Erblasser nur hinsichtlich seines Vermögen, nicht dagegen seine Person repräsentiert.<sup>47</sup> Da mit der Verurteilung aber insoweit eine von der Strafe unabhängige Prozeßobligation („*nova quaedam causa obligationis*“) entstanden war, konnte die Beitreibung aus dieser Verpflichtung erfolgen.<sup>48</sup>

<sup>41</sup> Christoph Heinrich Brecht, *Perduellio*. Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik. München 1938, S. 211; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, S. 765 Fn 1 und 5, 772.

<sup>42</sup> Glosse *actio* zu D. 48, 11, 2 (Azo); Glosse *heredem* zu D. 48, 13, 14 (16). Vgl. Lebigre, *Quelques aspects*, p. 100ff.

<sup>43</sup> Glosse *memoria* zu I. 3, 1, 5: „*nam ipse, cum sit mortuus, non potest damnari nisi a Deo.*“ Gómez, *Comm. var. res. lib. 3, cap. 2, num. 12* (p. 448).

<sup>44</sup> Mommsen, *Römisches Strafrecht*, S. 591f, 987; Lebigre, *Quelques aspects*, p. 95ff.

<sup>45</sup> D. 48, 19, 24. Vgl. auch Kleinschrod, *Systematische Entwicklung*, 3. Theil, § 93f (S. 163ff).

<sup>46</sup> Walter Lehmann, *Über die Vermögensstrafen des römischen Rechts*. Eine rechtshistorische Studie, Berlin 1904, S. 87f führt auch den Grundsatz „*noxam caput sequitur*“ an; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, S. 6, 66, 524f, 755; Ernst Levy, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1915, S. 3; Kaser, *Römisches Privatrecht* I, § 142 VI 1 a); II, § 271 II 4; Lebigre, *Quelques aspects*, p. 7, 9f. Vgl. auch Maihold, „Der Sohn antwortet für den Vater nicht.“ - Die deliktische Sippenhaftung: Ein deutschrechtlicher Grundsatz?, in: *forum historiae iuris*, hrsgg. von der Humboldt-Universität Berlin, Artikel vom 9. 10. 2000 (<http://www.forhistiur.de/>).

<sup>47</sup> Grotius, *De iure belli*, lib. II, cap. 21, num. 19 (p. 552f).

<sup>48</sup> Ebd. num. 20 (p. 553).

Mit der postmortalen Verurteilung in den oben genannten Fällen von Schwerestrafbarkeit konnte aber neben der *damnatio memoriae* auch die Konfiskation des Vermögens ausgesprochen werden. Da diese rückwirkend eintrat, trafen die vermögensrechtlichen Sanktionen aus dem postmortalen Prozeß die Erben.<sup>49</sup> Als „Strafe“ wurde diese Sanktion aber nur für den Täter angesehen („*poena patrimoniale*“), für die Erben handelte es sich nur um eine indirekte Konsequenz daraus, daß der Täter – rückwirkend vor der Erbschaft – sein Vermögen (und auch das aktive Erbrecht) verlor.<sup>50</sup>

Für die mittelalterliche Kanonistik und Legistik war die Vermögensstrafe am Toten und damit die Beitreibung der Konfiskationsstrafe beim Erben weniger ein Problem. Gemäß einem weit verbreiteten Grundsatz war die „Strafe“ dem Schuldprinzip nur unterworfen, soweit sie „höchstpersönliche“ Güter, nämlich die Seele und den Körper des Täters betraf. Der Schutz der Seele ist dabei anscheinend der Kanonistik, der des Körpers der Legistik zu verdanken. Etwas anderes galt bis ins 16. Jahrhundert hinein für Vermögens- und Geldstrafen, mit denen jemand, so die gängige Floskel, auch „ohne Schuld, wengleich nicht ohne Grund“ („*sine culpa, sed non sine causa*“) „bestraft“ werden konnte.<sup>51</sup>

Das postmortale Urteil hatte nur deklaratorische Wirkung, weil bereits mit der Begehung des Verbrechens unmittelbar eine Verwirkung des Bürgerrechts (*capitis deminutio*), eine bedingte Selbstverurteilung eingetreten war.<sup>52</sup> Dagegen ist zwar für das klassische römische Recht eingewandt worden, daß die Quellen ein postmortales Urteil und einen Schuldspruch voraussetzen, mit dem erst der Tatbestand festgestellt wird, was auf eine (rückwirkende) konstitutive Wirkung des Urteils hindeutet.<sup>53</sup> Das gemeine Recht hatte sich aber eine aus der Kanonistik stammende Konstruktion zu eigen gemacht, wonach die Strafe der Exkommunikation unmittelbar mit der Deliktsbegehung, *ipso iure*, eintrat – was zur Folge hatte, daß auch die mit der Exkommunikation verbundenen Strafen, insbesondere die Vermögenskonfiskation zum Zeitpunkt der Deliktsbegehung eintraten und folglich alle Vermögensveräußerungen, die nach der Deliktsbegehung stattgefunden hatten, unwirksam waren. Zum Einzug

<sup>49</sup> C. 9, 8, 6 pr. Vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 66f; Lehmann S. 97, 129.

<sup>50</sup> Carpov, *Practica nova*, pars 3, q. 131, num. 7-10 (p. 325f). Vgl. Lebigre, *Quelques aspects*, p. 8. Olivia F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, London 1995, p. 16. – Die Erben wurden im klassischen Recht durch eine Quotenregelung geschützt. Außerdem konnten sie eine Haftung durch Nachweis der Unschuld oder durch Genugtuung (D. 48, 4, 11: „*nisi a successoribus purgetur*“) abwenden.

<sup>51</sup> Vgl. dazu meine in Arbeit befindliche Dissertation.

<sup>52</sup> Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 256, 590, 592, 772; Lebigre, *Quelques aspects*, p. 8, 56f.

<sup>53</sup> Vgl. D. 5, 1, 74, 2. Brecht S. 204f, 222ff.

der Güter bedurfte es daher nur eines deklaratorischen Urteils.<sup>54</sup> Diese Konstruktion wurde von den spanischen Legisten auch für das weltliche Majestätsdelikt übernommen.<sup>55</sup>

#### c) Qualifizierte Todesstrafe und Bestattungsverbot

In den weiteren Kontext der Leichnamstrafen fallen auch solche Strafen, die am Lebenden vollstreckt, aber nach dem Eintritt des Todes fortgesetzt werden, etwa daß der Täter nach dem Erhängen noch den wilden Tieren zum Fraß vorgeworfen wird. Solche qualifizierten Todesstrafen gab es schon im römischen Recht, so daß die spanischen Legisten daran anknüpfen konnten.

Dazu gehört auch das Verbot der kirchlichen Bestattung. Schon aus einer Ulpianstelle in einem Digestentitel mit der Überschrift *De cadaveribus punitorum* geht hervor, daß die Auslieferung des Leichnams eines Hingerichteten in Fällen der Majestätsverletzung einer richterlichen Erlaubnis bedurfte.<sup>56</sup> War ein Verbannter im Exil gestorben, durfte er nicht im Bannkreis bestattet werden, solange die Bannfrist noch lief.<sup>57</sup> Das kirchliche Recht bestimmte, daß die Gebeine eines auf einem kirchlichen Friedhof bestatteten Exkommunizierten exhumiert und hinausgeworfen werden sollten, sofern sie unterschieden werden konnten.<sup>58</sup>

#### d) Freigabe zur anatomischen Forschung

Schließlich konnte der Richter auch anordnen, daß der Leichnam des Täters den Medizinern oder Chirurgen zur anatomischen Forschung freigegeben wird („*tradi medicis, & chirurgicis ad anatoniam faciendam*“). Der Richter, so Gómez, begehe kein Unrecht, wenn er für das Wohl des Gemeinwesens und gegen das Interesse eines Einzelnen entscheide.<sup>59</sup> Die Freigabe des Körpers versteht Gómez, wie der Zusammenhang zeigt, als Konfiskation (des toten Körpers), die zur Strafe gehört. Die Interessenabwägung und das Staatswohl

<sup>54</sup> Vgl. etwa Gómez, *Comm. var. res. lib. 3, cap. 2, num. 1* (p. 444). Von der Konfiskation waren nur zukünftige Güter (*bona futura*) und unter strengen Voraussetzungen einige bedingte Rechte (*iura conditionalia*) ausgenommen, ebd. cap. 14, num. 1-2 (p. 557).

<sup>55</sup> Ebd. cap. 2, num. 11 (p. 448).

<sup>56</sup> D. 48, 24, 1.

<sup>57</sup> D. 48, 24, 2. Zum Ganzen vgl. Gómez, *Comm. var. res. lib. 3, cap. 14, num. 8* (p. 562). Vázquez, *Contr. Illustr. lib. 3, cap. 96, num. 10* (p. 256a).

<sup>58</sup> X 3, 24, 12.

<sup>59</sup> Gómez, *Comm. var. res. lib. 3, cap. 14, num. 9* (p. 562).

sind daher wohl nur als zusätzliches Argument, nicht als hinreichende Begründung gedacht.

#### IV. Umdeutung und Überwindung der Leichnamsstrafe im 18. Jahrhundert

Wir erinnern uns, daß die Leichnamsstrafe in den Religionskriegen des 17. Jahrhunderts einen erheblichen Aufschwung erlebte. Dieser war nicht nur quantitativ, sondern ging auch einher mit einer Inflation der zugelassenen Delikte. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung wurde dabei weitgehend zu einem Resümee der Praxis. Zwischen 1659 und 1737 war das Thema „*de iure circa cadavera punitorum*“ mehr als ein Dutzend Mal Thema von juristischen Dissertationen an deutschen Universitäten.<sup>60</sup>

Aber auch in den wissenschaftlich geprägten Strafrechtslehrbüchern zeichnet sich ein neuer Umgang mit der Leichnamsstrafe ab. Die spanische Naturrechtslehre des 16. Jahrhunderts hatte mit der Verknüpfung von römischem und kanonischem Recht bereits die Weichen für die weitere Diskussion der Leichnamsstrafe gelegt, sowohl was die Kritik als auch was die Zulassung von Ausnahmen angeht. Im 18. Jahrhundert wird das Personalitätsprinzip der Strafe weiter gefestigt. Die Leichnamsstrafe verschwindet aber noch lange nicht von der Bildfläche. Es läßt sich beobachten, wie zunächst das von Gómez und Vázquez de Menchaca aus der Kanonistik entwickelte Abschreckungsargument aufgegriffen und verselbständigt wird, bis in der zweiten Jahrhunderthälfte die Aufklärungsphilosophie diese Argumentation überwindet und das Phänomen der Leichnamsstrafe wieder grundsätzlich in Frage stellt.

##### 1. Die Personalität der Strafe

Der Grundsatz der Personalität der Strafe, wie er von der Spanischen Naturrechtslehre vorgebildet worden war, gelangt über Hugo Grotius in die Aufklärungsphilosophie.

<sup>60</sup> Brückner, HRG II, Sp. 1813.

#### a) Luigi Cremani

Die Konsequenzen des Personalitätsprinzip werden zuerst für die Körperstrafe gezogen. Von Bedeutung ist hier insbesondere Luigi (Aloys) Cremani (1748-1838). Dieser aus Arezzo stammende italienische Jurist, der in Pisa u.a. bei Giovanni Maria Lampredi studierte und ab 1775 für ca. 20 Jahre Professor in Pavia war, verfaßte neben einer Geschichte des Strafrechts (*De varia iurisprudentia criminali apud diversas gentes, usque casis, oratio habita in Regio Caesareo Ticinensi Gymnasio*, Pavia 1776) auch einen der vier wichtigsten strafrechtlichen Traktate der italienischen Aufklärung: *De iure criminali*, zuerst zweibändig 1779 in Lucca, dann dreibändig 1791-93 in Pavia erschienen. Darin stützt sich Cremani sowohl auf die Naturrechtslehre von Grotius und Pufendorf als auch auf die italienische Aufklärungsphilosophie, insbesondere auf Gaetano Filangieri, mit dem er bis zu dessen frühen Tod einen intensiven Briefwechsel pflegte. Neben seiner wissenschaftlichen Laufbahn war Cremani, der 90 Jahre alt wurde, auch Staatsmann. In den neunziger Jahren geriet er in die Wirren des napoleonischen Krieges, wo er als Vertreter des alten Regimes die Interessen der Restauration vertrat.<sup>61</sup>

Nach Cremani setzt Strafe ein Verdienst (*meritum*) voraus, das persönlich aus dem Willen, dem Vorsatz des Delinquenten entspringt. Er nennt dafür einige Grundätze, für die er sich auf Grotius beruft, die sich aber zumeist schon in den römischen Quellen finden. Eine stellvertretende „Strafe“ ist damit ausgeschlossen, also die Strafe für den Vater, den Sohn oder andere verbundene Personen.

„*Vulgatum, atque in ore, et sermone omnium est, delictum sequi poenam. Quorum verborum sensum ut perfecte assequamur, praemittendum est, quid proprie sit mereri. Nemo enim, auctore Grotio, puniendus, nisi ob meritum.... Haec cum ita sint, tria facile intelliguntur animadversione dignissima. Primum est poenas non infligi nisi ob meritum, quod quidem personale est ex animo, proposito, et voto eius, qui deliquit, ortum habens: quo septant illa: noxa capit sequitur; ibi est poena, ubi et noxa est; peccata suos tenent auctores, nec ulterius progreditur metus, quam reperitur delictum. Qua omnia eo recidunt, ut delicti immunem ob delictum alterius, puta patris, filii, coniugis punire non liceat, nec reo unquam permittendum sit alterum substituere, qui poenam pro eo subeat.*“<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Dizionario Biografico degli Italiani, ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma ab 1960, Bd. 30, p. 593ss.

<sup>62</sup> Aloys Cremani, *De iure criminali libri tres*, vol. 1, pars 2, cap. 1, num. 4 (altera editio Italica, Maceratae 1834, p. 156).

Aus diesem Grundsatz folgt nach Cremani, daß die Strafe weder gegen den Toten, gegen den sie verhängt wurde, noch gegen seine Erben vollstreckt werden darf. Jedenfalls für die Körperstrafe sei dies offensichtlich, während Cremani bei den Ehr- und Vermögensstrafen noch auf die gemeinrechtlichen Ausnahmen hinweist.

*„Ex eo, quod poenae ob meritum infligantur, sequitur eo mortuo, in quem poena constituenda erat, ipsam poena desinere, nec ad heredem transire, qui in meritis, quae mere personalia sunt, personam defuncti non refert. Quod de poenis, quibus corpus afficitur, aut vita tollitur, manifestum magis est, quam probatione egeat: dubitatio oritur circa poenas, quibus bona adimuntur...“<sup>63</sup>*

#### b) Kant und Hegel

Die Personalität der Strafe folgt für die Aufklärungsphilosophie aus dem Strafzweck der Wiedervergeltung, für den Immanuel Kant und Georg Wilhelm Friedrich Hegel genannt seien. In Kants berühmter Steller zur absoluten Straftheorie heißt es:

*„Richterliche Strafe... kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt.“<sup>64</sup>*

Der Zusammenhang wird deutlicher bei Hegel: Weil Strafe Wiedervergeltung des Verbrechens ist, das Verbrechen aber der besondere Wille des Verbrechers ist, kann Strafe nur bedeuten, den Willen des Verbrechers aufzuheben, zu zeigen, daß dieser besondere Wille, der das Recht negiert hat, nicht gilt, sondern der allgemeine, an sich seiende Wille des Gesetzgebers.<sup>65</sup> Strafe ist damit begrifflich auf die Person des Täters bezogen und beschränkt.

<sup>63</sup> Ebd. pars 2, cap. 3, num. 2 (p. 379f).

<sup>64</sup> Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* E. ed. Weischedel, Darmstadt 1963, S. 453.

<sup>65</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 97ff, Hamburg 1999, S. 93ff.

## 2. Der Präventionsgedanke bei Beccaria, Filangieri und Cremani

### a) Der Abschreckungszweck und die Verhältnismäßigkeit der Strafe

Doch die Personalität der Strafe hatte es nicht leicht, gegen den Präventionsgedanken zu bestehen, der im 18. Jahrhundert die Diskussion um die Strafbegründung beherrscht. Die Abschreckung erhält im 18. Jahrhundert den Vorrang vor allen anderen Strafzwecken. Der berühmte italienische Aufklärer Cesare Beccaria (1738-1794), hat dies in seinem Hauptwerk, *Dei delitti e delle pene*, 1764 formuliert.

*„Der Zweck der Strafen kann somit kein anderer als der sein, den Schuldigen daran zu hindern, seinen Mitbürgern abermals Schaden zuzufügen, und die anderen davon abzuhalten, das gleiche zu tun. Diejenigen Strafen also und diejenigen Mittel ihres Vollzugs verdienen den Vorzug, die unter Wahrung des rechten Verhältnisses zum jeweiligen Verbrechen den wirksamsten und nachhaltigsten Eindruck in den Seelen der Menschen zurücklassen, für den Leib des Schuldigen hingegen so wenig qualvoll wie möglich sind.“<sup>66</sup>*

Auch Gaetano Filangieri (1752-1788), der sich dem Strafrecht in dem 1783 erschienenen dritten und vierten Band seiner *Scienza della legislazione* widmet, hält nicht die Vergeltung vergangenen Unrechts, sondern die Prävention für den Endzweck der Strafe, wobei am Schluß deutlich wird, daß diese Zweckbestimmung die Strafgewalt einschränken soll, indem sie endlich die Wirkung der Strafe auf die Gesellschaft berücksichtigt.

*„Wenn die Gesetze strafen, haben sie blos die Gesellschaft und nicht den Verbrecher vor Augen; dann leitet sie blos das Beste des Ganzen und nicht Privathaß; dann suchen sie blos ein Beyspiel zu geben für die Zukunft, und nicht, Rache zu nehmen fürs Vergangene... Der Endzweck der Gesetze, wenn sie Verbrechen bestrafen, kan also kein anderer seyn, als den Verbrecher von fernerer Beunruhigung der Gesellschaft abzuhalten; und andere von der Nachahmung seines Beyspiels durch den Eindruck abzuschrecken, den die an ihm vollzogene Strafe auf ihr Gemüth machen soll... Jene Strafen sind folglich die vorzüglichsten, welche, obgleich immer in dem nöthigen Verhältnis mit dem Verbrechen, durch den kleinst möglichen Schmerz des Uebertreters, den größtmöglichen Abscheu vor Missethaten, und die größtmögliche Furcht bey solchen hervor bringen, die sich könnten dasselbe Verbrechen gelüsten lassen. Wenn daher der Gesetzgeber Strafen für die verschiedenen Arten Verbrechen*

<sup>66</sup> Cesare Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und hrsg. von Wilhelm Alff, Frankfurt am Main 1966, cap. 12 (S. 74).

vestsetzt, so darf er sich keinen höhern Grad von Strenge erlauben, als zur Unterdrückung der schlimmen Leidenschaft nöthig ist, welche dieß oder jenes Verbrechen hervorbringt...“<sup>67</sup>

#### b) Die Kritik der Abschreckungswirkung qualvoller Todesstrafen

Filangieri geht auf dieser Grundlage mit den qualvollen Leibes- und Lebensstrafen seiner Zeit hart ins Gericht. Er spricht sich für eine „behutsame“ Anwendung der Todesstrafe aus, wobei er sicher auch die qualifizierten Todesstrafen im Blick hat, wenn er gegen den Gebrauch einiger Länder wettet:

„Man schaffe alle jene unmenschlichen Lebensstrafen ab, die noch bey einigen Völkern üblich sind, welche sich ihrer menschenfreundlichen Sitten rühmen, aber in ihren peinlichen Gesetzbüchern noch Barbaren sind; die Gerechtigkeit schäme sich, sich in den Mantel der Tyranny zu hüllen, wenn sie ihre Schlachtopfer zum Richtplatz führt.“<sup>68</sup>

Dabei sieht Filangieri auch, daß qualvolle Strafen nicht unbedingt eine abschreckende Wirkung haben müssen, sondern durch das Mitleid der Menge sogar kontraproduktiv sein können.

„der Gesetzgeber überzeuge sich, daß die ausgesuchtesten Qualen zu nichts weiter dienen, als die Menschen wider die Gesetze zu erbittern, ohne sie zu bessern; daß sie die Wirkung der Strafe schwächen, anstatt sie zu verstärken; daß sie vielmehr Mitleid mit dem Verbrecher erwecken, als Abscheu gegen sein Verbrechen; daß sie vielmehr Beyspiele von Grausamkeit geben, anstatt der wohlthätigen Belehrungen der Gerechtigkeit; er überzeuge sich endlich, daß eine Execution von iener Art nimmermehr vom Publikum wird gebilligt werden; daß eine Execution, die die Stimme des Publikums nicht gut heist, ohne Nutzen ist; und daß eine unnütze Execution auch immer ungerecht ist, weil die Absicht, die das Gesetz bey der Strafe hat, nicht darin besteht, die Gesellschaft wegen der ihr vom Verbrecher zugefügten Beleidigung zu rächen, sondern blos sie vor weiterm Schaden zu sichern, der ihr, wenn iener ungestraft bliebe, zuwachsen könnte.“<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Caietan Filangieri, System der Gesetzgebung, 4. Band, [übersetzt von G. C. R. Link und hrsg. von J. E. Siebenkees], 2. Auflage, Anspach 1790, S. 18ff.

<sup>68</sup> Ebd. S. 53.

<sup>69</sup> Ebd. S. 54.

#### c) Das Lob der Ehrenstrafe

Als Ehrenstrafe haben die Totenstrafen für Filangieri aber dennoch einen wichtigen Platz im Strafrechtssystem. Für die Bedeutung und Berechtigung der Ehrenstrafen führt er zu Beginn das Beispiel der Ägypter an, bei denen jedermann, wie geehrt er auch zu Lebzeiten war, sich nach seinem Tod beim Übersetzen über den Nil auf die Seite der Totenstädte einem Gericht stellen mußte. Diese Sitte beweist nach Filangieri die „hohe Denkungsart“ der Ägypter, die nicht nur auf die physische, sondern auch auf die moralische Existenz des Menschen achtgegeben habe. Eine solche Meinung „bietet der geschickten Hand des Gesetzgebers die wirksamsten Mittel dar, um die Menschen von Verbrechen abzuhalten“.<sup>70</sup>

Freilich machen Ehrenstrafen nur Sinn, wenn sie der Denkungsart der Gesellschaft entsprechen, wie Filangieri an den Duellgesetzen demonstriert, die beide Duellanten der Infamie unterwarf:

„Was wirkte nun dieses Gesetz? Die Zweykämpfe waren eben so häufig, als zuvor. Die Opinion des Publikums wollte nichts von der Infamie, die das Gesetz verordnet hatte, wissen... Das Gesetz vermag also keineswegs, die Ehrlosigkeit zu bestimmen; es bleibt ihm nichts übrig, als sie bekannt zu machen.“<sup>71</sup>

Auch Cremani verweist auf die Beeindruckung des Volkes. Die *damnatio memoriae*, das Aufhängen des entseelten Körper, die Infamie, die Verbrennung oder Geißelung eines Bildnisses, der Verzehr des Leichnams durch wilde Tiere, so schreibt Cremani, seien zwar eigentlich unnützlich, wenn man die Sache ernst betrachte, dienen aber dazu, die Seele der einfachen Leute aufzurütteln, die es im Volks reichlich gebe, und sie durch solche Spektakel von ähnlichen Verbrechen abzuschrecken.

„Nec abs re videtur subjungere nullibi Imperatorem constituisse, vel ut memoria defuncti damnetur; vel ut ejus exsangue corpus suspendatur, nudumve omnibus infamiae causa spectandum praebatur; vel ut effigies damnati igne comburatur, consumaturve a canibus; vel ficta rei imago flagellis caedatur; vel alia ejusmodi commentitia supplicia irrogentur, quae quidam inutilia, ac propria dumtaxat eorum esse ajunt, quibus ludere in re seria volupe est; alii vero defendunt quasi ideonea ad criminis horrorem in animis imperitorum excitandum, quibus vulgus abundat, quique spectaculis vehementer perculluntur, quin aliquid amplius secum persaepe cogitent.“<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Ebd. S. 58ff.

<sup>71</sup> Ebd. S. 76f.

<sup>72</sup> Cremani, De iure criminali, vol. 1, pars 2, cap. 3, num. 8 (p. 383f).

Seine Äußerung zur abschreckenden Wirkung der Leichnamsstrafen liest sich jedoch eher wie eine Darstellung der Praxis; eine Stellungnahme zugunsten der Ehrenstrafen ist wohl nicht gemeint.

### 3. Der Legitimationsversuch Böhmers

Der Abschreckungsgedanke wird aber im 17. und 18. Jahrhundert für die Legitimation der Leichnamsstrafe erst voll zur Geltung gebracht, indem die Leichnamsstrafe aus dem Kontext der Tierstrafe gelöst wird. Besonders gut läßt sich dies bei dem u.a. in Halle wirkenden Strafrechtler Johann Samuel Friedrich Böhmer (1704-1772) nachlesen, einem der vier Söhne des bekannteren Justus Henning Böhmer. Seine *Elementia jurisprudentiae iuris* waren das wichtigste Strafrechtslehrbuch nach Carpzov.

Auch Böhmer leitet seine kurze Darstellung jeweils mit einem Hinweis darauf ein, daß die Kriminalstrafe für ein Verbrechen auferlegt wird und daher nur Schuldige treffen darf.

*„Tollitur inquisitio morte inquisiti naturali... Quum enim persecutiones criminales ideo suscipiantur, ut nocens poenam promeritam sustineat, innocens ab eadem absolvatur... eos tantum puniendos esse, qui ipsi deliquerunt.“<sup>73</sup>*

#### a) Lösung aus dem Kontext der Tierstrafe

Das hindert Böhmer freilich nicht daran, die „Strafen“ an Tieren und Sachen zu legitimieren. Die Tötung des Tieres bei Sodomie sei keine „Strafe“ des Tieres, sondern finde statt, damit das Andenken an das Verbrechen getilgt werde, was, so Böhmer weiter, auch der Grund für die Vollstreckung der Strafe am Bildnis sei.

*„Nec in crimine sodomitico brutum punitur, sed memoriae abolendae causa e medio tollitur. Eodem modo licet aliquando aedificia, in quibus crimen commissum, ob criminis enormitatem diruenda sint... tamen ita proprie in res inanimatas nihil statuitur, quod poenam spirare potest...“<sup>74</sup>*

Ebenso bemerkte Benedikt Carpzov, daß die Tötung des Tieres bei Sodomie nicht wirklich eine „Strafe“ sei, sondern eine Maßnahme, die dem Anstandsgefühl des Menschen entspringe. Es wäre nämlich ungeziemend, das

<sup>73</sup> Johann Samuel Friedrich Böhmer, *Elementia jurisprudentiae criminalis*, sect. 1, § 344, sect. 2, § 12 (editio tertia, Halae 1743, Goldbach 1996, p. 231f, 258).

<sup>74</sup> Böhmer, *Elementia*, sect. 2, § 12 (p. 258). Vgl. sect. 1, § 307 (p. 204).

irrationale Tier am Leben zu lassen, während der rationale Mensch getötet würde.

*„Pecora inde credendum est jussa interfici, quia tali flagitio contaminata indignam refricant facti memoriam, c. mulier. 15. quaest. 1. Neque enim animantia bruta in crimine hoc Sodomiae ob peccatum commissum puniuntur, sed quia instrumenta fuere socia, cum quibus homines nefandissimum perpetrarunt nefas, unde et ipsi morte horrendi plectuntur, aequum est, ut et illa ceu instrumenta cum homine simul plectantur. Indignum siquidem et odiosum esset, tale brutum irrationabile vivere, atque in conspectu hominum versari, ob quod misera morte periisset homo rationalis...“<sup>75</sup>*

Rationaler formulierte es Hugo Grotius, indem er die Tötung des Tieres einfach als Ausübung des Rechts über das Tier betrachtete.<sup>76</sup>

#### b) Verselbständigung des Abschreckungsgedankens

Die Leichnamsstrafe wird hingegen nicht mehr unmittelbar in den Kontext der Tier- und Sachstrafen eingereiht und damit nicht mehr magisch, sondern nur noch über die Abschreckung begründet.

So schreibt Benedikt Carpzov, die „Bestrafung“ des menschlichen Leichnams sei zwar eine direkt gegen einen „Unschuldigen“ gerichtete Handlung, doch nicht eine „Strafe“ im eigentlichen Sinne, sondern zum Zweck eines Exempels für andere.

*„Nihilominus tamen, ratio quaedam animadversionem in cadavera Reorum delinquentium defendit; quo nempe recordatione istius poenae, a delinquendo caeteri facilius abstineant: Inter alias namque poenarum causas, haud minima est exemplum et memoria punitio, ut alii similibus a peccatis, quae prohiberi publice interest, metu cognitae poenae deterreantur, nec in mores abeant maleficia.“<sup>77</sup>*

Daß Carpzov die Mißhandlung des Leichnams nicht ausschließt, bedeutet keine Ausdehnung des Strafbegriffs auf Sanktionen gegen Gefühlslose. Auch nach Carpzov endet das Verbrechen mit dem Tod des Delinquenten. Aber die „Bestrafung“ des Toten kann doch noch den Zweck der Abschreckung erfüllen, den die Strafe neben der Vergeltung auch hat.

Die Loslösung aus dem Kontext der Tierstrafe wird wiederum bei Böhmer besonders deutlich. Im Anschluß an die oben zitierte Begründung zur Tier- und

<sup>75</sup> Carpzov, *Practica nova*, pars 2, q. 76, num. 33 (p. 275), vgl. pars 3, q. 131, num. 16 (p. 326).

<sup>76</sup> Grotius, *De iure belli*, lib. II, cap. 21, num. 11 (p. 546f).

<sup>77</sup> Carpzov, *Practica nova*, pars 3, q. 131, num. 30 (p. 328), vgl. ebd. num. 27ff, q. 141, num. 1ff (p. 435ff).

Bildnisstrafe stellt Böhmer nämlich fest, daß im Gegensatz dazu die Leichenstrafe dem Heil des Staates und zur Abschreckung anderer dient.

„*Quia poro poena salutem civitatis intendit... et haec imprimis iubet, ut terror aliis poenae inflictione iniiciatur.*“<sup>78</sup>

#### c) Das Extraordinarverfahren

Der Abschreckungsgedanke wird verfahrensmäßig mit dem Extraordinarverfahren verbunden. Böhmer zufolge kann gegen den Toten zwar kein ordentliches Strafverfahren mehr geführt werden, aber bei Schwertverbrechen kann eine Strafe „*extra ordinem*“ am Leichnam vollstreckt werden.

„*contra mortuum vero regulariter sententia statui nequeat... sua sponte fluit, processum criminalem ordinarie contra mortuum nec locum habere, nec coeptum ulterius currere... In quibus criminibus econtra extra ordinem in mortuum quid statui potest.*“<sup>79</sup>

Böhmer unterscheidet dabei die Fälle der außerordentlichen Leichnamstrafe von der fortgesetzten Vollstreckung einer qualifizierten (ordentlichen) Todesstrafe.

„*in iis quoque adversus reum persecutio criminalis suscipi, vel suscepta continuari potest...*“ „*consequitur, ut poena ordinarie quidem vivo, quandoque tamen mortuo reo quoque dictari possit.*“<sup>80</sup>

Mit dieser Unterscheidung wird die Leichnamstrafe im engeren Sinne aus dem ordentlichen Strafverfahren und damit auch aus dem engeren Bereich des Strafrechts herausgenommen. Außerhalb dieses engeren Strafrechts, in dem das Schuldprinzip und der Grundsatz der Personalität der Strafe uneingeschränkt gelten, wird jedoch ein Bereich eines außerordentlichen Strafrechts angesiedelt, der diesen Grundsätzen nicht folgt, wie überhaupt das *crimen laesae maiestatis* nicht den Grenzen des ordentlichen Verfahrens unterstellt war. Wie die Tat, so durfte auch das Verfahren alle Grenzen sprengen.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Böhmer, Elementia, sect. 2, § 13 (p. 259).

<sup>79</sup> Böhmer, Elementia, sect. 1, § 344f (p. 231).

<sup>80</sup> Ebd. sect. 1, § 344f (p. 232), sect. 2, § 13 (p. 259).

<sup>81</sup> Vgl. Rüping, Strafrechtsgeschichte, Rdnr. 169.

## 4. Die praktische Kritik Quistorps

### a) Das Bemühen um Verfahrensgarantien

Während das Extraordinarverfahren grundsätzlich keinen Regeln folgte, wurde mit zunehmender Kritik an der Leichnamstrafe versucht, auch sie gewissen Verfahrensgarantien zu unterwerfen. Dieses Bemühen prägt den Abschnitt über die Leichnamstrafe in den „Grundsätzen“ von Johann Christian Edler von Quistorp (1737-1795). Der königlich-schwedische Oberappellationsrat und Rostocker Professor geht überhaupt nicht auf die zu seiner Zeit schon fragwürdige Begründung der Leichnamstrafe ein, sondern geht mit der Praxis seiner Zeit von der Zulässigkeit dieser Strafe aus. Allerdings will er die Leichnamstrafe nur unter sechs verfahrensmäßigen Voraussetzungen zulassen:

„*Man erfordert nämlich, daß die Untersuchung der Missethat gehörig geschehen, und der Urheber dieselbe entweder bekannt habe, oder er auch derselben überwiesen sey; daß die Gesetze der begangenen Missethat wegen die Todesstrafe bestimmen; daß noch ein peinliches Verfahren zulässig sey, und solches nicht wegen der bereits vorhandenen Verjährung, oder erfolgten Abolition wegfalle; daß keine solche Milderungsgründe erweislich vorhanden sind, um derentwillen die Todesstrafe nicht würde haben statt finden können (Man pflegt daher dem verstorbenen Missethäter eine Vertheidigung zu gestatten...); daß die häufige Begehung des Verbrechens die Stiftung eines besonderen Denkmals erfordere; daß endlich die Vollziehung der Strafe nach dem Tode sich auf das Erkenntnis der Obrichter, oder der Rechtsgelehrten gründe...*“<sup>82</sup>

### b) Die ehrenrührige Bestattung

Liegt zwar ein Urteil vor, stirbt der Verbrecher aber vor dessen Vollstreckung, so ist eine Vollziehung der Strafe am Leichnam aber ebenfalls nicht mehr möglich. Quistorp hält nur eine ehrenrührige Bestattung für zulässig und beruft sich dafür auf das Abschreckungsargument:

„*man pflegt jedoch überhaupt einen solchen Verbrecher... nicht auf den Gottesacker, sondern durch den Büttel an einem andern Ort, jedoch nicht auf eine eselmäßige Art und Weise einscharren zu lassen, indem die gemeine Wohlfahrt erfordert, daß, weil an dem Körper des Verbrechers keine Strafe statt*

<sup>82</sup> Quistorp, Grundsätze, § 94.



finden kann, doch wenigstens dessen Begrabung auf eine solche Art geschehe, welche bey den Lebenden einen ernsthaften Eindruck machen, und einen Abscheu vor der von jenem verübten schweren Missethat wirken kann.“<sup>83</sup>

Es wäre falsch, wollte man Quistorp aufgrund des Abschreckungsargumentes als Befürworter der Leichnamsstrafe auf eine Linie mit Carpzov und Böhmer stellen. Quistorp versucht keine Legitimation der Leichnamsstrafe, sondern setzt sie als Faktum voraus. Seine Kritik ist unterschwellig, aber sehr wirksam. Zum einen macht er die Leichnamsstrafe von der Einhaltung eines Verfahrens abhängig, das unter Wahrung der Verteidigungsrechte die Schuld des Toten feststellen soll. Quistorp adressiert also seine Kritik direkt an den Richter, der ja über die Verhängung einer Leichnamsstrafe zu entscheiden hatte. Zum anderen erlaubt er aber selbst dann, wenn der Täter vor seinem Tod rechtskräftig verurteilt wurde, nicht etwa die Mißhandlung des Leichnams, sondern nur die ehrenrührige Bestattung. Die aber trifft jeden in der Untersuchung verstorbenen Täter, so daß die Leichnamsstrafe als außerordentliche Maßnahme ganz ihren besonderen Anwendungsbereich verliert. Quistorps Kritik geht also viel weiter als es auf den ersten Blick aussieht. Sie mündet letztlich in der Abschaffung der Leichnamsstrafe in ihrer eigentümlichsten Form der Ersatzkörperstrafe. Zulässig bleibt nur eine Ehrenstrafe, wie sie auch Filangieri vertreten hatte.

### c) Die Rationalisierung der Bildnisstrafe

Quistorp legt den Abschreckungsgedanken schließlich auch der Bildnisstrafe zugrunde:

„Damit dem Endzweck der Strafe ein Genüge geschehe, und andere abgehalten werden, daß sie nicht durch ähnliche Verbrechen die Ruhe und Sicherheit des Staats stöhren und ihre Pflichten verletzen, schreitet man, wiewohl selten, zu der Vollstreckung der verwirkten Strafe an dem Leichnam, oder dem Bildniß des abwesenden Missethätters.“<sup>84</sup>

Diese Entwicklung kommt nicht von ungefähr. Die Bildnisstrafe hatte häufig nicht mehr den Charakter eines magischen Rituals, in dem das Bild stellvertretend für den Täter gehängt wurde, sondern sie drückte sich, weitaus rationaler, in der Entehrung des Geflohenen aus. So berichtet Quistorp:

„Anstatt der Strafe im Bildniß, die man gewöhnlich nur am Galgen vollziehet, pflegt man sich auch zuweilen, besonders bey Deserteurs, damit zu

<sup>83</sup> Ebd.

<sup>84</sup> Ebd. § 93.

begnügen, daß man die Namen der Verbrecher, mit Beschreibung ihres Unfugs, am Galgen schläget und sie für ehrlos erklärt... An dem Ort, wo die Vollziehung der Strafe im Bildniß geschehen, pflegt man zuweilen einen Schandpfahl zu errichten, auch die Ehrendenkmäler und Wappen der Entflohenen zu zernichten.“<sup>85</sup>

Mit dem Abschreckungsgedanken wurde also auch bei der Bildnisstrafe die Magie von rationaler Argumentation abgelöst.

### 5. Kleinschrods Widerlegung der Leichnamsstrafe

Wie gesehen, war in der Diskussion um die Leichnamsstrafe bis in die 80er Jahre des 18. Jahrhunderts der Abschreckungsgedanke vorherrschend. Das Beispiel Quistorps hat aber gezeigt, daß es nicht nur für eine Legitimation der Leichnamsstrafe im eigentlichen Sinne, sondern auch für die ehrenrührige Bestattung verwendet werden konnte.

Erst 1794, wenige Jahre bevor Kants *Metaphysik der Sitten* dem Abschreckungsdenken im Strafrecht ein Ende setzte, stellte der Würzburger Professor und Hofrat Gallus Aloys Kleinschrod (1762-1824) in seiner *Systematischen Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung* die Abschreckungswirkung der Leichnamsstrafe auch in tatsächlicher Hinsicht in Frage. Ihrer klaren Gedankenführung wegen verdienen seine Ausführungen, hier weitgehend im Originaltext wiedergegeben zu werden.

Kleinschrod fragt nach der Nützlichkeit und Gerechtigkeit solcher Strafen.

„Es versteht sich von selbst, daß diebey kein anderer Zweck als Abschreckung des Publikums gedenkbar ist. Aber es fragt sich: kann man von Bestrafung der Todten Abschreckung der Lebendigen erwarten? und ist man sie auf diese Art zu bewirken berechtigt? Ich glaube beyde Fragen mi Nein beantworten zu können.“<sup>86</sup>

### a) Die Widerlegung der Nützlichkeit

Die Nützlichkeit der Leichnamsstrafe, d.h. ihre Abschreckungswirkung, widerlegt Kleinschrod mit drei Argumenten. Erstens funktioniert die Abschreckung mit einer nach dem Tod eintretenden Ehrenstrafe nur, wenn ein entsprechendes Ehrgefühl in der Bevölkerung vorhanden ist:

<sup>85</sup> Ebd.

<sup>86</sup> Kleinschrod, Systematische Entwicklung, 3. Theil, § 91 (S. 160ff).

„der größere Theil des Volks hat kein so feines Gefühl von Ehre, daß er sich dadurch von Verbrechen sollte abhalten lassen, wenn er auch befürchten müßte, nach dem Tode noch beschimpft und bestraft zu werden. Wenn auch gleich jeder Mensch auf seine Ehre hält, so lange er lebt, und jeder auf die geringste Kränkung derselben aufmerksam ist; so bekümmert sich doch der größte Theil der Menschen nicht darum, was man nach seinem Tode mit seinem Leichname machen möge. Bey den meisten Menschen ist der Drang nach Leidenschaften und deren Befriedigung größer, als der Wunsch, seine Ehre auch nach dem Tode zu erhalten, sein Andenken frey von aller Beschimpfung zu wissen... Wenn sich nur meine Leidenschaft befriedigt, mir diesen oder jenen Nutzen verschafft habe, denken die meisten Verbrecher, was bekümmert es mich, was man nach dem Tode mit meinem Leichname machen wird.“<sup>87</sup>

Zweitens ist, ein entsprechende Ehrgefühl unterstellt, die Abschreckungswirkung von Leichnamsstrafen gar nicht meßbar, da schon die Ehrenstrafen an Lebenden zu einer maximalen Abschreckung führen.

„Es ist zwar gar nicht zu läugnen, daß es viele Menschen giebt, denen am Nachruhm und der Erhaltung eines guten Namens gelegen ist. Aber diese werden sich ohnedies von Verbrechen enthalten. Sie werden, solange sie leben, sich vor den Strafen also auch vor den Missethaten hüten, weil sie durch die Begehung der letztern befürchten müssen, daß ihr guter Namen befleckt werde. Bey solchen sind die Strafen gegen Lebende ein hinlänglicher Abhaltungsgrund von verbotenen Handlungen. Und sollten sie diese Wirkung nicht haben, so werden ohne Zweifel die Drohungen einer Strafe gegen Todte noch weniger zu bewirken fähig seyn.“<sup>88</sup>

Schließlich zeigen also Strafvollstreckungen an Toten nicht die Macht, sondern die Ohnmacht des Staates. Sie sind also nicht nur unnütz, sondern sogar kontraproduktiv.

„Strafen gegen Todte sind gewöhnlich ein Schauspiel für den Pobel; und der Staat, der sie vollzieht, giebt seine Ohnmacht dadurch zu erkennen. Weil man den Verbrecher nicht bey dessen Leben strafen konnte, so will man doch wenigstens an seinem Andenken oder Leichname Rache ausüben.“<sup>89</sup>

Man vermag in diesen Zeilen deutlich den Einfluß Filangieris zu spüren. Dessen Argumentation gegen die Abschreckungswirkung der qualvollen Todesstrafen wird im Grunde nur auf die Leichnamsstrafe übertragen. Von der Nutzlosigkeit der Leichnamsstrafe hatte auch Cremani schon gesprochen.

<sup>87</sup> Ebd.

<sup>88</sup> Ebd.

<sup>89</sup> Ebd.

Dennoch ist der Text Kleinschrods der erste, in dem die Berechtigung der Leichnamsstrafe direkt in vollem Umfang angegriffen wird.

## b) Die Widerlegung der Gerechtigkeit

Kleinschrod bleibt bei dem Ergebnis der Nutzlosigkeit nämlich nicht stehen, sondern er hält die Leichnamsstrafe außerdem für ungerecht. Dafür stützt er sich auf den Strafbegriff, der die Abschreckung nur als Nebenmotiv beinhaltet. Dieser Strafbegriff ist, wie wir gesehen haben, schon lange bekannt, hatte sich aber bei den Leichnamsstrafen noch nicht konsequent durchgesetzt.

„Der einzige Zweck wäre Abschreckung; nun nehme ich... an, daß Abschreckung anderer nie der Hauptzweck der Strafen seyn, daß dieselbe nie die Größe der Ahndung, sondern nur die Art der Vollziehung bestimmen könne. Ich sehe nicht ein, warum hier eine Ausnahme von diesen Grundsätzen zu machen sey... So wenig man also Lebende strafen und beschimpfen darf, blos um Andere zu schrecken, eben so wenig wird dieß bey Todten erlaubt seyn.“<sup>90</sup>

Umgekehrt leugnet Kleinschrod aber nicht, daß die Ehrung der Toten die Lebenden zu guten Taten anspornen kann. Dabei kommt schließlich der in der Aufklärung sehr wichtige Erziehungsgedanke ins Spiel:

„Der Staat muß vielmehr dadurch, daß er die Ehre der Todten schont, die Volksmeynung dahin zu leiten suchen, daß auch der rohere Theil desselben mehr Empfänglichkeit für den Nachruhm bekommt, als er gegenwärtig hat. Man muß sich bemühen, diese so edle Leidenschaft anzufachen, die eine so fruchtbare Mutter großer Thaten ist.“<sup>91</sup>

## c) Übertragung auf die Bildnisstrafe

Diese Argumentation überträgt Kleinschrod auch auf die Bildnisstrafe:

„solche Bestrafungen beweisen die Ohnmacht des Staates, daß er nicht strafen kann. Sie sind mehr eine Unterhaltung und Belustigung des gemeinen Volks; an eigentliche Abschreckung wird wenig oder gar nicht gedacht. Also Strafen solcher Art setzen den Verbrecher nicht ausser Stande zu schaden, sie schrecken und befestigen das Ansehen der Gesetze nicht; also ist kein wahrer Zweck, kein Vortheil gedenkbar. Hat sich der Missethäter aus dem Lande geflüchtet, so ist er, so lange er abwesend ist, ausser Stande zu schaden, gesetzt

<sup>90</sup> Ebd. § 92 (S. 162f). Vgl. auch 2. Theil, § 49 (S. 115).

<sup>91</sup> Ebd. 3. Theil, § 92.

also der Hauptzweck aller Strafe erreicht. Wozu soll also noch die Bestrafung im Bilde dienen?“<sup>92</sup>

#### d) Die Übernahme des Arguments durch Feuerbach und Grolman

Die gründliche Widerlegung der Leichnamsstrafe durch Kleinschrod verfehlte ihre Wirkung nicht. Das bedeutendste der folgenden Strafrechtslehrbücher, das 1801 erstmals erschienene *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* von Anselm von Feuerbach (1775-1833), folgt Kleinschrods Argument freilich noch nicht. Der Präsident des bayerischen Appellationsgerichts erklärt darin die Leichenstrafe noch als Symbol, womit er in der kanonistischen Tradition verbleibt, die Tier- und Sachverstrafen als Zeichen (*sacramenti*) zu verstehen.

„Die Vollstreckung am Leichnam oder im Bildnisse mag nur als besondere Form der Ehrlosigkeit auszusprechen oder als ein Symbol, dass dem drohenden Gesetze unter allen Bedingungen Genüge geschehen müsse, gerechtfertigt werden.“<sup>93</sup>

Zwölf Jahre später hat er sich aber von der Zeichenhaftigkeit der Leichnamsstrafe gelöst. In seinem Kommentar zum Bayerischen StGB von 1813, das er als Staatsrat im Münchener Justizministerium maßgeblich mitgeprägt hat, erklärt er:

„Der Tod des Übertreters tilgt dessen Strafe. Bei jenen Strafen, welche die Person selbst und unmittelbar treffen, z.B. Leibesstrafen, versteht es sich von selbst, denn Vollstreckung am Leichnam oder Bilde eines toten Verbrechers sind eine fruchtlose Rache, welche selbst den Eindruck auf das Publikum verfehlt, wofür sie manche Gesetzbücher beibehalten haben.“<sup>94</sup>

Auch Feuerbachs stärkster Gegner, der Gießener Professor Karl Ludwig Wilhelm von Grolman (1775-1829), wendet sich unter Berufung auf den Personalitätsgrundsatz gegen die Leichnamsstrafe:

„Die Strafe soll ein Uebel für den Strafbareren seyn. Der Unschuldige darf um des Strafbareren willen nicht leiden. Keine Strafe daher gegen Tote. Dass die Observanz mancher Orte bey schweren Capitalverbrechen Straf-

<sup>92</sup> Ebd. 3. Theil, § 96 (S. 167).

<sup>93</sup> Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14. Auflage, hrsg. von C.J.A. Mittermaier, Giessen 1847, § 137, S. 236.

<sup>94</sup> Feuerbach, *Kommentar zum Bayerischen StGB von 1813*, Art. 138, zit. nach Brückner, HRG II, Sp. 1810f.

*Executionen an Todten zuläßt, ist zwar nicht unrechtlich, aber nicht gemeinrechtlich und auf jeden Fall verwerflich.“*<sup>95</sup>

#### 6. Die Durchsetzung des Personalitätsprinzips bei den Vermögensstrafen

Damit war das Personalitätsprinzip aber erst für den Bereich der Ersatzkörperstrafen und der Ehrenstrafen durchgesetzt. Vermögensstrafen gegen den Toten wurden aber bis ins 19. Jahrhundert hinein noch ohne weitere Diskussion allein unter Berufung auf die römischen Quellen für zulässig gehalten.

##### a) Zivil- und Strafklagen bei Cremani

Cremani etwa nennt etliche Ausnahmen, in denen die Erben mit dem Vermögen des Toten haften. Einige davon gehören nach heutiger Anschauung zum Zivilrecht, wie Klagen auf Schadenersatz, sachverfolgende Klagen oder die Bereicherungshaftung. Aber auch die Geldstrafe, für die der Erbe nach der Streitbefestigung (*litis contestatio*) haftet, und die Vermögenskonfiskation bei Selbstmord nennt Cremani noch als Ausnahmen.<sup>96</sup>

##### b) Urteil und ipso iure-Strafe bei Feuerbach und Grolman

Die folgenden Autoren nehmen den Bereich des Zivilrechts gar nicht mehr in die Erörterung auf. Feuerbach und Grolman kennen aber immerhin noch beide Ausnahmen des gemeinen Rechts, in denen Geld- bzw. Vermögensstrafen nach dem Tod des Straftäters nicht erlöschen, sondern gegen den Erben vollstreckt werden können. So heißt es bei Feuerbach:

„Eine Strafe, die nicht zugleich als öffentliche Schuld auf dem Eigenthume des Verbrechers haftet, geht nie auf die Erben über. Nur Vermögensstrafen, wenn entweder a. der Verbrecher schon bei seinen Lebzeiten verurtheilt worden, oder b. das begangene Verbrechen ein solches ist, bei welchem, nach den Gesetzen, in dem Augenblicke der begangenen That das Vermögen oder ein Theil desselben unmittelbar von Rechtswegen (ipso jure) dem Staate zufällt.“<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Karl von Grolman, *Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft*, 4. Auflage, Gießen 1825, § 150 S. 153f.

<sup>96</sup> Cremani, *De iure criminali*, vol. 1, pars 2, cap. 3, num. 3-7 (p. 381ff).

<sup>97</sup> Feuerbach, *Lehrbuch*, § 138, S. 237.

Ebenso heißt es bei Grolman:

„Selbst auf die Erben kann daher keine Strafe übergehen, wenn sie nicht durch die Sentenz, oder doch sonst, wie bey ipso iure eintretenden Confiscationen, schon bey Lebzeiten des Erblassers an dem Vermögen desselben begründet war.“<sup>98</sup>

### c) Die rechtskräftige Verurteilung bei Kleinschrod und Köstlin

Kleinschrod war da schon einen Schritt weiter gegangen. Nach der Natur der Sache müsse ein Richterspruch vorliegen, der nur gegen den Verbrecher selbst erfolgen kann, „da diese Eigenschaft und alle Verbindlichkeit zur Strafe persönlich ist. Ist der Missethäter gestorben, ohne daß ein Urtheil gegen ihn ergangen war, so... war so lang er lebte keine bestimmte Verbindlichkeit da, eine Geldbuße zu erlegen; diese ist nunmehr mit seinem Tode erloschen“.<sup>99</sup>

Den gleichen Gedanke formuliert erst sehr viel später wieder der Tübinger Strafrechtslehrer Reinhold Köstlin (1813-1856), der sich in seinem eng an Hegels Rechtsphilosophie angelehnten *System des deutschen Strafrechts* mit dem Tod des Verbrechers auseinandersetzt: Ihm zufolge ist der Tod nicht nur ein faktischer, sondern auch ein rechtlicher Grund für die Strafaufhebung.

„Er liegt nicht darin, daß die Strafe bloß den Schuldigen treffen darf, mithin nicht vererblich ist, sondern lediglich in der Natur der Strafe selbst, die nur den Willen zum Gegenstand hat und daher schlechthin wegfallen muß, wo dieser Wille nicht mehr existiert.“<sup>100</sup>

Die auf den Willen des Täters gegründete Straftheorie Hegels ist damit voll zur Geltung gebracht. Dieser Grundsatz gilt nach Köstlin auch für Vermögensstrafen, die deshalb nur übergehen, wenn sie bereits rechtskräftig geworden sind:

„Daß in diesem Falle die Vollziehung auch noch nach dem Tode des Schuldigen erfolgt, bildet keine Ausnahme von dem Prinzip, da hier die Strafe den noch Lebenden getroffen hat und als noch bei seinen Lebzeiten vollzogen gedacht werden muß, daher sein Vermögen eben nur nach Abzug der verfallenen Summe an seine Erben übergehen kann.“<sup>101</sup>

Demgegenüber rügt Köstlin „mancherlei Mißgriffe“ des römischen und gemeinen Rechts, nämlich (1) die *damnatio memoriae* bei Hochverrat und

<sup>98</sup> Grolman, Grundsätze, § 150, S. 153f.

<sup>99</sup> Kleinschrod, Systematischen Entwicklung, 2. Theil, § 38 (S. 80).

<sup>100</sup> Reinhold Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I. Abteilung, Tübingen 1855, § 126, S. 475.

<sup>101</sup> Ebd. S. 475, 477.

Selbstmord, (2) die Entziehung des ehrlichen Begräbnisses, (3) den Übergang der nicht rechtskräftigen Vermögensstrafe bei *crimina extraordinaria* und (4) die Fortsetzung des Prozesses bei den *crimina ordinaria* sowie (5) die stillschweigende Konfiskation bei Hochverrat und Selbstmord.<sup>102</sup> Auch in den neueren Territorialgesetzen sieht Köstlin in zahlreichen Bestimmungen einen „Rest alter Barbarei“, eine „Rohheit verjährter Vorurtheile“.<sup>103</sup>

Erst sehr viel später hat man auch die letzte Ausnahme beseitigt und die Vollstreckung selbst einer bereits rechtskräftigen Geldstrafe abgeschafft.

## V. Die aufgeklärten Gesetze

Die aufgeklärten Gesetze des 18. Jahrhunderts versuchen das Phänomen der Bestrafung des Leichnams in den Griff zu bekommen.

Fortschrittlich und rational zeigt sich der dafür eigentlich sonst nicht bekannte Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751. Dort wird zunächst der Landesbrauch beschrieben, daß „der entseelte Körper auf das Rad gelegt, verbrannt, geviertheilt und die Viertheil an offener Strassen ausgehenckt“ werde, und diesen Brauch dann abzuschaffen: „Welch Letzteres jedoch zu Vermeidung ohnnöthiger Kosten, hinführo unterlassen werden soll.“<sup>104</sup>

Die kaiserlichen Gesetze bleiben dahinter zurück: Sie begründen die Leichnamstrafe, auch als Ersatzstrafe für einen verstorbenen Täter, mit dem Abschreckungsargument. Nach der „Theresiana“ von 1768 soll bei „überschweren und abscheulichen Lastern... zu allgemeinen Schrecken... an dem entseelten Körper des Thäters die verdiente Straffe, in soweit es thunlich vorgenommen, oder demselben eine öffentliche Unehre, und Spott angethan... werden.“<sup>105</sup> Ganz ähnlich bestimmt noch das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 für den Selbstmörder: „Ist bereits ein Strafurtheil wider sie ergangen: so soll dasselbe an dem toden Körper, so weit es möglich, anständig, und zur Abschreckung Andrer dienlich ist, vollzogen werden.“<sup>106</sup> – eine Bestimmung übrigens, auf die sich auch Quistorp beruft.<sup>107</sup>

Schon bald nach der wissenschaftlichen Kritik an der abschreckenden Wirkung der Leichnamstrafen schlägt sich diese auch in der Gesetzgebung nieder. Das Josephinische Strafgesetzbuch von 1787 kennt eine Mißhandlung

<sup>102</sup> Ebd. S. 477f.

<sup>103</sup> Ebd. S. 480.

<sup>104</sup> Codex Juris Bavarici Criminalis, I. Theil, I. Cap., § 6, zit. nach Buschmann, Textbuch.

<sup>105</sup> Theresiana, Art. 15, § 2, zit. nach Brückner, HRG II, Sp. 1813.

<sup>106</sup> Preußisches Allgemeines Landrecht, 20. Titel, § 805, zit. nach Buschmann, Textbuch.

<sup>107</sup> Quistorp, Grundsätze, § 94.

des Leichnams nicht mehr, versucht dem Bedürfnis nach postmortaler Entehrung des Täters „bey Verbrechen... die unter dem Volke grössere Aufmerksamkeit und weiter verbreitetes Aergerniß erregt haben“ aber dadurch Rechnung zu tragen, daß „der Name des Verbrechers, die begangene Missethat, und das hierauf erfolgte Kriminalurtheil... in einer Anzeige an einen Galgen geschlagen, und allgemein durch öffentliche Zeitungsblätter bekannt gemacht“ werden.<sup>108</sup>

Lange gehalten hat sich hingegen die nicht unmittelbar den Leichnam betreffenden Strafen, wie die Verscharrung des Selbstmörders unter dem Galgen,<sup>109</sup> die mehr als Entehrung des Toten betrachtet wurde. Ähnliche bestimmt das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 als Strafschärfung für den Hochverräter: „Auf seinem Grabe wird eine Schandsäule errichtet. Seine Familie soll ihren Namen verändern.“<sup>110</sup>

Am längsten konnten die das Vermögen betreffenden Strafen überleben, vor allem die Erbenhaftung für bereits vor dem Tod festgestellte Strafen.<sup>111</sup> 1845 kann Carl Franz Wilhelm Jerome Haerberlin (1813-1898) feststellen, daß alle neueren Strafgesetzbücher die Strafbarkeit mit dem Tod des Verbrechers enden lassen; Vermögensstrafe allerdings „finden auch selbst nach dem Tode des Verbrechers in dessen Vermögen noch einen Gegenstand der Execution, da dasselbe auf seine Erben nur deducto aere alieno übergeht.“ Mit der Rechtskraft werde die Geldstrafe „zu einer auf dem Vermögen haftenden Schuld“.<sup>112</sup>

Schließlich findet sich etwa im sächsischen Gesetz noch die Bestimmung, „die Leichname der bereits zur Todesstrafe verurteilten Verbrecher an die anatomischen Lehranstalten abzugeben“.<sup>113</sup>

<sup>108</sup> Sog. Josephinisches Strafgesetzbuch, 1. Theil, § 17 und § 178f, zit. nach Buschmann, Textbuch.

<sup>109</sup> Codex Juris Bavarici Criminalis, 1. Theil, 3. Cap. § 25. Sog. Josephinisches Strafgesetzbuch, 1. Theil, § 123. Preußisches Allgemeines Landrecht, 20. Titel, § 803, zit. nach Buschmann, Textbuch. Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen..., von Christian Ernst Weiß, 2. Auflage, Dresden und Leipzig 1848, art. 74 (S. 302f).

<sup>110</sup> Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813, Art. 301, zit. nach Buschmann, Textbuch.

<sup>111</sup> Codex Juris Bavarici Criminalis, 1. Theil, 1. Cap., § 41, zit. nach Buschmann, Textbuch. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, hrsg. von Hans Hattenhauer, Frankfurt am Main 1970, I 9 § 363f S. 116. Bayerisches Strafgesetzbuch, Art. 138, zit. nach Buschmann, Textbuch. Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen..., von Christian Ernst Weiß, 2. Auflage, Dresden und Leipzig 1848, art. 74 (S. 302f). - Vgl. August Wilhelm Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf die nicht exclusiven Landesrechte, Halle 1833, § 169 (S. 186ff), § 191f (S. 211f), § 688 (S. 675).

<sup>112</sup> Carl Franz Wolf Jerome Haerberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern, Erster Band, Leipzig 1845, S. 181f.

<sup>113</sup> Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen..., von Christian Ernst Weiß, 2. Auflage, Dresden und Leipzig 1848, art. 74 (S. 302f).

Die Diskussion um die Leichnamsbestrafung hat sich als ein Paradebeispiel für den Einfluß aufklärerischen Gedankengutes auf das in vielen Bereichen in seiner Irrationalität noch „mittelalterlich“ anmutende Strafrecht erwiesen.

Die Leichenstrafen sind häufig in einen magischen Zusammenhang gerückt worden.<sup>114</sup> Für die metaphysische Straftheorie des Mittelalters machten zeitliche Strafen am Leichnam auch durchaus Sinn, konnte damit doch die Seele vor weitaus schlimmeren Strafen – der Fegefeuerstrafe oder der ewigen Strafe Gottes – bewahrt werden, indem die noch am Leichnam erlittene Strafe darauf angerechnet wurde. Der Tod war zudem nicht die Grenze, sondern der Anfang des ewigen Lebens, der Leichnam lange Zeit Garant dieses ewigen Lebens (weshalb Einäscherung verboten war).

Mit der Säkularisierung des Strafrechts war dieser Weg einer Begründung der Leichnamsstrafe nicht mehr möglich. Aber die Theorie war noch zu sehr Ordnung der Praxis als daß sie die Leichnamsstrafe einfach hätte abschaffen können. So mußte sie nach anderen Rechtfertigungen suchen und fand diese zunächst im Abschreckungsgedanken, dessen ungeheurer Aufschwung an der Wende zum 18. Jahrhundert sie sich nutzbar machte. Erst zum Ende des 18. Jahrhundert, mit Kleinschrod und Feuerbach, wurde das Abschreckungsargument endgültig widerlegt. Parallel dazu fand aber die Infamierung des Toten als Ehrenstrafe durch die Aufklärungsphilosophie eine Aufwertung. Erst der Gedanke der Personalität der Strafe, von den Wurzeln in der Kanonistik und vermittelt durch die Spanische Spätscholastik im deutschen Idealismus zu voller Reife gelangt, konnte die Leichnamsstrafe in der Theorie besiegen. In der Gesetzgebungspraxis wurde sie freilich noch lange beibehalten.

*Der Text gibt den Vortrag wieder, den Dr. Harald Maihold in Budapest am 28. März 2003 gehalten hat.*

<sup>114</sup> Vgl. Brückner, HRG II, Sp. 1810.

# Rechtsgeschichtliche Vorträge

Publikation des Lehrstuhls für Ungarische Rechtsgeschichte  
Eötvös Loránd Universität Budapest

1. **Kurt Seelmann:** Hegels Versuche einer Legitimation der Strafe in seiner Rechtsphilosophie von 1820, Budapest 1994
2. **Wolfgang Sellert:** Der Beweis und die Strafzumessung im Inquisitionprozeß, Budapest 1994
3. **Wilhelm Brauner:** Grundrechtsentwicklung in Österreich, Budapest 1994
4. **Barna Mezey:** Kerker und Arrest (Anfänge der Freiheitsstrafe in Ungarn), Budapest 1995
5. **Reiner Schulze:** Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur, Budapest 1995
6. **Kurt Seelmann:** Feuerbachs Lehre vom "psychologischen Zwang" und ihre Entwicklung aus Vertragsmetaphern des 18. Jahrhunderts, Budapest 1996
7. **Kinga Beliznai:** Gefängniswesen in Ungarn und Siebenbürgen im 16-18. Jahrhundert (Angaben und Quellen zur Geschichte des ungarischen Gefängniswesens) Budapest 1997
8. **Michael Köhler:** Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte, Budapest 1998
9. **Attila Horváth:** Die privatrechtliche und strafrechtliche Verantwortung in dem mittelalterlichen Ungarn, Budapest 1998
10. **Allan F. Tatham:** Parliamentary Reform 1832-1911 in England, Budapest 1999
11. **Arnd Koch:** Schwurgerichte oder Schöffengerichte? C.J.A. Mittermaier und die Laienbeteiligung im Strafverfahren, Budapest 2002
12. Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der deutschen Rechtsgeschichte Die Entwicklung des Strafsystems und der Straftheorie in Europa Deutsch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar I.
13. Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der ungarischen Rechtsgeschichte Die Entwicklung des Strafsystems und der Straftheorie in Europa Deutsch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar II.
14. **Markus Hirte:** Poenae et poenitentiae – Sanktionen im Recht der Kirche des Mittelalters, Budapest 2003
15. **Werner Ogris:** W. A. Mozarts Hausstandsgründung, Budapest 2003
16. **Hoo Nam Seelmann:** Recht und Kultur, Budapest 2003
17. **Arnd Koch:** Die Abschaffung der Todesstrafe in der DDR, Budapest 2003
18. **Kurt Seelmann:** Gaetano Filangieri, Budapest 2003
19. **Elisabeth Koch:** Die historische Entwicklung der Kodifikation des Privatrechts, Budapest 2003
20. **András Karácsony:** Relationship between state-, political- and legal sciences in education of law, Budapest 2004
21. **Barna Mezey:** The history of the harmonisation of law and the legal education in Hungary, Budapest 2004
22. **Gizella Föglein:** Conceptions and Ideas about National Minorities in Hungary 1945-1993, Budapest 2004
23. **József Ruzsoly:** István Csekey und die ungarische Verfassung, Budapest 2004.
24. **Attila Horváth:** Rechtswissenschaft in den sowjetischen Staaten, Budapest 2004.
25. **Mária Homoki-Nagy:** Die Kodifikation des ungarischen Zivilrechts im 19. Jahrhundert, Budapest 2004.

26. **András Karácsony:** On legal culture, Budapest 2004.
27. **Gernot Kocher, Barna Mezey:** Juristenausbildung in der österreichischen und ungarischen Geschichte, Budapest 2004.
28. **Markus Steppan:** Die Grazer Juristenausbildung von 1945 bis zur Gegenwart, Budapest 2004.

## In Vorbereitung:

- Barna Mezey:** Vier Vorträge über den Staat in der Zeit des Rákóczi-Freiheitskampfes  
**Michael Anderheiden:** „Selbstverschuldete Unmündigkeit“ Philosophie Erläuterungen zur Aufklärung  
**Attila Barna:** Verwaltungsreformkonzeption des Josephinismus in Ungarn