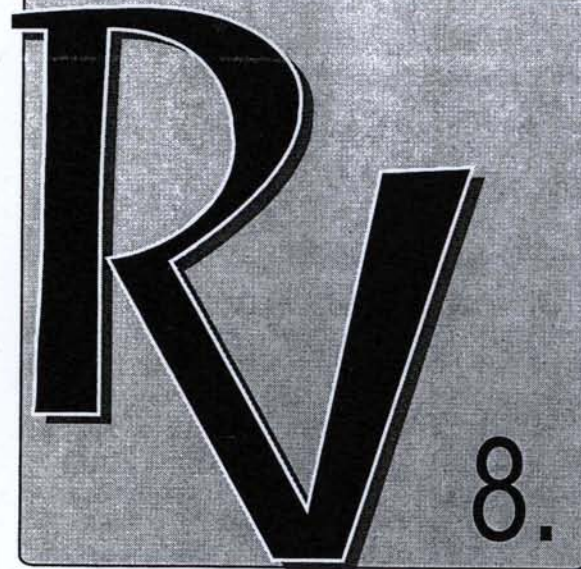


Rechtsgeschichtliche Vorträge

Entwicklungslinien der deutschen
Strafrechtsgeschichte

von
MICHAEL KÖHLER
Budapest
2005



Rechtsgeschichtliche Vorträge

Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte

von
MICHAEL KÖHLER
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

© Michael Köhler 1998, Nachdruck 2005

Textverarbeitung und Computersatz:

Ágnes Horváth

ISSN 1218-4942

ISBN 963 462 912 1

Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte*

Michael Köhler

Universität Hamburg

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

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

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

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

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

I. Grundzüge der neuzeitlichen Entwicklung des Strafrechtsdenkens

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

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

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

Welcher ist in dieser empirisch-instrumentalen Richtung der entscheidende Grundsatz? Ausgangspunkt ist das empirische Subjekt in seinen positiven und negativen Möglichkeiten. Das Recht bestimmt sich daher als Instrument einer

äußeren Zwangsordnung gegen die negativen Intentionen, Strafrecht als spezielles Präventionsinstrument gegen die Negativität schlechthin – das Verbrechen. Der zugrundeliegende Begriff des selbstbezogenen Subjekts in seiner interpersonalen Gegensätzlichkeit und Gefährlichkeit spaltet die Gesellschaft zutiefst: Auf der einen Seite steht das gesellschaftliche Friedensinteresse, auf der anderen Seite das gesellschaftsschädliche Individuum. Dieses Freund-Feind-Konzept läßt sich weit zurückverfolgen. Schon die grausame Härte des mittelalterlichen Strafrechts richtete sich vornehmlich gegen die außerhalb der Gesellschaft stehenden "landschädlichen Leute". In der Neuzeit erfährt diese instrumentale Qualität des Rechts eine religiöse Befestigung durch den Calvinismus, der seinerseits manichäische Züge hat: In einer von allem Anfang der prädestinierten Spaltung zwischen Gut und Böse bewährt sich die immanente Tätigkeit des Menschen, bewährt sich die Rechtsordnung in ihrem Kampf gegen das Böse, wenn nicht durch dessen Besserung, so doch durch die Demonstration der Auserwähltheit an den Verworfenen. Ein Stück Hochmut und Erbarmungslosigkeit liegt in dieser Auffassung. Soweit sei die eine Linie skizziert, die das Recht als äußeres Ordnungsinstrument, die Strafe als Abschreckungs- und Besserungsmittel definiert. Ein wesentlicher Teil der strafrechtsgeschichtlichen Phänomene ordnet sich danach. Zu erinnern ist beispielsweise an die Institution des Zuchthauses, die – ausgehend von den calvinistischen Niederlanden – mit ihren wesentlichen Merkmalen der Disziplinierung, des Arbeitszwangs, der religiösen Unterweisung zu dieser Traditionslinie gehört.

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

Was bedeutet das für das Strafrecht? Eine revolutionäre, in wesentlichen Ansätzen der Aufklärungszeit schon vorbereitete Wende des Inhalt, daß auch

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

Dies ist die Linie, die zur freiheitlichen Straferechtigkeit führt. Es ist die Leistung der europäischen Revolution des ausgehenden 18. Jahrhunderts und der ihr entsprechenden Rechtsphilosophie der Freiheit. Die nachrevolutionären Kodifikationen des rechtsstaatlichen Strafrechts sind davon geprägt: Gesetzmäßigkeit des Strafrechts, Beschränkung auf substantielle Rechtsgüter, Schuldprinzip. Ein wesentlicher Entwicklungsschritt kommt im 19. Jahrhundert mit der modernen (industriellen) Gesellschaft hinzu. Eingesehen wird, daß die einzelne Person in der modernen Gesellschaft auch als Resultat institutioneller (familiärer, gesellschaftlicher) Prägungen erscheint. Dies ist die epochale Erkenntnis der von Montesquieu und Hegel ausgehenden Gesellschaftswissenschaften. Auf die Ambivalenz der modernen gesellschaftlichen Entwicklung reagiert in noch unabgeschlossener Weise der Sozialstaat der distributiven Gerechtigkeit (oder teilhabenden Gerechtigkeit). Das wirkt sich auch auf das Strafrecht aus. Da auch das Verbrechen oder die Verbrechenshaltung (Habitualität) des Täters durch die gesellschaftliche Formung des Individuums mitbedingt sind, muß dem im Strafrecht und insbesondere in den Straffolgen Rechnung getragen werden. Notwendig ist daher eine nicht bloß abstrakte Straferechtigkeit, sondern konkretisierende Straferechtigkeit.

II. Gegensätzliche Tendenzen in der neueren Strafrechtsentwicklung

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

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

Unser Jahrhundert, das ausgehende 20., beginnt im Zeichen der sozialen Krise mit einer entschiedenen Funktionszuweisung an das Strafrecht. Der Zweckgedanke, der Instrumentalismus im Rechtsdenken erfaßt erneut das Strafrecht. Franz von Liszt definiert in seinem kriminalpolitischen Programm das Strafrecht radikal als Präventionsinstrument zur Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung. "Unschädlichmachung" ist ein Terminus, der im deutschen brutal klingt. Zunächst eher naiv ausgesprochen, schwingt darin doch mit Schädlingsbekämpfung, Ausrottung, also die furchtbare Vernichtungstechnik dieses Jahrhunderts – als hätte man es nicht auch mit Menschen, mit Rechtssubjekten zu tun, die bei aller notwendigen Härte den Zweck des Rechts und der Strafe mitkonstituieren. Gesetzgeberisch am deutlichsten wird das instrumentale Programm verwirklicht in den sog. Maßregeln der Sicherung und Besserung, die neben den Strafen eingeführt wurden durch das sog. Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933. Besonders exemplarisch ist hier die Maßregel der Sicherungsverwahrung, also die unbestimmt dauernde Einsperrung von "Unverbesserlichen" (Terminus von Liszts), als hätte man es mit wilden Tieren zu tun. In der prognostischen Behauptung der Unverbesserlichkeit und der unbestimmten Sicherungsstrafe oder Maßregel gelangt der Instrumentalismus zum Extrem. So hat denn die eigentlich strafrechtliche Kritik sich damit nie beruhigt. Stets war die Sicherungsverwahrung dem Einwand des "Etikettenschwindels", der

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

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

Wohl gemerkt ist nichts einzuwenden gegen Gesetze, die veränderten Verbrechensformen Rechnung tragen. Aber Kritik verdient die Wiederkehr eines ungezügelter Instrumentalismus, wobei das Prinzip der Strafgerechtigkeit vergessen wird. Daraus könnte durchaus ein europäischer Trend werden: Eine europäische Wirtschaftsgesellschaft mit instrumental-polizeistaatlichen Rechtsformen. In Erinnerung früherer Erfahrungen und Erkenntnisse wird

dagegen das Strafrechtsdenken den Faden der freiheitlichen Strafgerechtigkeit fortspinnen und durchsetzen.

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 Brauneder:** 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

In Vorbereitung

- Attila Horváth:** Die privatrechtliche und strafrechtliche Verantwortung in dem mittelalterlichen Ungarn
Allan F. Tatham: Parliamentary Reform 1832-1911 in England